

**LA PONDERACIÓN O LA DÉBIL FRONTERA  
ENTRE LA ARBITRARIEDAD Y EL USO  
LEGÍTIMO DE LA DISCRECIONALIDAD\***

***DIMENSION OF WEIGHT OR THE WEAK  
BORDER BETWEEN THE ARBITRARY AND  
LEGITIMATE USE OF DISCRETION***

*Sergio Estrada-Vélez\*\**

*Fecha de recepción: 19 de marzo de 2010  
Fecha de aceptación: 30 de agosto de 2010*

---

\* Artículo de la investigación “Los principios jurídicos en el ejercicio de la función jurisdiccional en la actualidad”, financiada por la Universidad de Medellín y finalizada en el año 2008, desarrollada por la línea de investigación en Teoría General del Derecho TGD, perteneciente al Grupo de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín.

\*\* Profesor de Teoría del Derecho, Principialística y Hermenéutica Jurídica de la Universidad de Medellín; especialista en Derecho Constitucional; especialista en Argumentación Jurídica; diploma de Estudios Avanzados Universidad de León (España); autor de los textos *La excepción de principalidad* y *Los principios jurídicos y el bloque de constitucionalidad*.  
Contacto: siestrada@udem.edu.co

## RESUMEN

El Estado constitucional de derecho se caracteriza por la incorporación de un conjunto de principios cuya estructura difiere de las reglas en tanto no tienen definido el supuesto de hecho ni la obligación de imputar en caso de infracción. La presencia de esos principios representa un aumento de la discrecionalidad que, como potestad para determinar el sentido de los enunciados jurídicos, debe ser limitada como presupuesto básico del Estado de derecho en el que toda expresión de poder debe estar condicionada por una norma jurídica. En ese contexto tiene lugar la ponderación asumida por un sector de la doctrina como un límite a la discrecionalidad y, por otro, como un ejercicio ilimitado de la misma. Optar por una u otra posición depende del reconocimiento de las transformaciones de la teoría del derecho en el contexto del Estado constitucional y, en especial, de la noción de principios que se asuma. En síntesis, no es posible comprender la ponderación como método sin determinar de manera previa la naturaleza (jurídica o moral) del objeto sobre el cual se impone la ponderación.

**Palabras clave autor:** principios, reglas, discrecionalidad, Estado constitucional, dimensión del peso.

## ABSTRACT

*The constitutional state of law is characterized by the incorporation of a set of principles whose structure differs from the rules as. They don't have defined the obligation to charge in case of infringement. The presence of these principles represents an increase of discretion, as the power to determine the meaning of legal statements must be limited as a basic rule of law in which any expression of power must be constrained by a rule of law. In this context the principles have a dimension of weight assumed by a sector of the doctrine as a limit on the discretion and by another as the unrestricted exercise of the same. The decision in favor of either position depends on the recognition of the changing legal theory in the context of the constitutional state and, especially, the notion of principles to be adopted (moral or legal principles).*

**Key words author:** Principles, rules, discretion, values, Constitutional State, dimension of weight.

## **SUMARIO**

Introducción.- I. Breve referencia al contexto colombiano.- II La ponderación como extensión o contención de la discrecionalidad jurisdiccional.- 1. La ponderación como límite a la discrecionalidad.- 2. La ponderación como extensión de la discrecionalidad.- III. Controles al ejercicio de la ponderación. En defensa de un uso moderado.- 1. Controles teóricos.- a. Transformaciones en la teoría de las fuentes del derecho.- b. Cambios en la noción de ordenamiento jurídico: Paso de la jerarquización a la coordinación normativa u organización sistémica del derecho.- c. Cambios en la noción de norma jurídica.- 2. Controles metodológicos.- a. Corrección de puntos débiles de la ponderación.- b. Controles a través de la argumentación.- Conclusión.- Bibliografía.

## INTRODUCCIÓN

Desde una perspectiva teórica se puede afirmar que son claras las transformaciones del razonamiento jurídico (entendido para estos efectos como la forma de pensar los procesos de creación, interpretación y aplicación del derecho) con la incorporación en Colombia del modelo político de Estado social, constitucional y democrático de derecho. La presencia de los derechos fundamentales, de los principios como fundamento de los mismos y de los valores, representó un aumento de la discrecionalidad judicial y, como consecuencia, una mayor intervención de la función jurisdiccional en los procesos de configuración del ordenamiento jurídico.

A la par de la teoría de los principios se fortalecen aspectos metodológicos como la interpretación, la argumentación y, en particular, la ponderación como herramienta para la aplicación de los mismos. Con ella surgen problemas de naturaleza política, moral y jurídica. Problemas políticos, como la mayor o menor legitimidad del órgano encargado de realizar la ponderación e imponer el resultado de la misma a la voluntad de las mayorías representada por la ley creada por el Congreso; la necesidad de contener la discrecionalidad (en la medida en que se entienda como una facultad política) del órgano que pondera, y la intervención de ese órgano en la configuración de la política económica como tarea que dista de ser propia a la función jurisdiccional, entre otros.

Problemas morales, como la fijación del fundamento del cual se extraerán los argumentos justificativos o axiológicos (de una moral individual, como podría ser la de cada magistrado, de una moral objetiva derivada de la razón o de una moral social o pública); la determinación de los elementos en los que se concreta esa moral (directrices, valores o principios); las relaciones entre la moral y el derecho, las tensiones entre la justicia y el interés general, etc.

Y problemas jurídicos, como el paso de una teoría de las fuentes elaborada a partir de criterios jerárquicos a una relación de coordinación entre las mismas; de la defensa de una legalidad formal a una material; de una teoría del ordenamiento que afirmaba su plenitud a su apertura a través de los derechos fundamentales no consagrados en el texto de la Constitución Política (art. 94) y de la equidad como mecanismo de heterointegración; de una teoría de la norma tipo regla a un modelo que incorpora reglas y principios; de la aplicación racional de la norma a un modelo de interpretación a la luz de la denominada lógica de lo razonable.

De todos los problemas mencionados el que se pretende abordar, a modo de pregunta, es el siguiente: ¿es la ponderación un medio de control de la discrecionalidad de los tribunales constitucionales o una licencia para el desarrollo ilimitado de la misma?

La estructura del escrito es la siguiente: inicialmente se expone un mínimo marco contextual que busca desvelar los cambios jurídicos aparejados a la incorporación del Estado social, constitucional y democrático de derecho; seguidamente se advierte la necesidad de una comprensión de los principios como paso previo al estudio de la ponderación; luego se exponen las posiciones a favor y en contra de este mecanismo de aplicación de principios y, finalmente, se hacen algunas sugerencias para su ejercicio moderado a partir de dos líneas de trabajo: una teórica, consistente en la definición de elementos mínimos acerca de lo que es (o debe ser) la teoría jurídica en el Estado social, constitucional y democrático de derecho, y otra metodológica, dirigida a exponer la importancia de la argumentación al momento de realizar la ponderación.

## **I. BREVE REFERENCIA AL CONTEXTO COLOMBIANO**

La implementación del modelo de Estado social, constitucional y democrático de derecho representa un conjunto de transformaciones económicas, políticas, sociales y, en general, culturales, que inevitablemente afectan tanto el estudio y la enseñanza del derecho como la forma de creación, interpretación y aplicación del mismo.

Nociones como la de fuentes del derecho, norma jurídica u ordenamiento jurídico sufren serias transformaciones. La principal fuente del derecho no es la ley sino la Constitución Política; ya no se habla de jerarquización de fuentes sino de coordinación; la jurisprudencia (con su *ratio decidendi*) no es sólo criterio auxiliar sino norma jurídica vinculante, y los principios jurídicos, con todos los problemas filosóficos y teóricos a ellos vinculados, se erigen en los principales paradigmas normativos, así como lo fue la ley en el Estado liberal de derecho.

Respecto de la interpretación y aplicación, las modificaciones se traducen básicamente en el reconocimiento de una mayor potestad del juez en la configuración del ordenamiento jurídico a través de una innegable facultad creadora de derecho. El juez no se limita a la aplicación racional o subsuntiva de la norma (regla) sino que debe procurar que el resultado de su interpretación esté ajustado a los fines del ordenamiento jurídico y a la realidad social (decisiones razonables). Se advierte así una transformación (todavía en marcha) de la función jurisdiccional en la medida en que todos los jueces fungen, a la par de la Corte Constitucional, de medios de protección de la primacía constitucional y de los derechos fundamentales a través del control difuso de constitucionalidad y de la acción de tutela, respectivamente. Ello representa una inevitable irradiación de los contenidos constitucionales a todas las áreas del derecho.

En razón de que la Constitución está compuesta por elementos como las directrices y los valores, cuya naturaleza, estructura y funciones distan de ser similares a la norma jurídica tipo regla (supuesto de hecho, operador deóntico y consecuencia jurídica), la interpretación del juez representará necesariamente el ejercicio de una discrecionalidad mayor a la existente bajo el modelo de reglas del tipo “todo o nada”. Sin duda, el deber de aplicar los valores, directrices, principios y derechos fundamentales que se encuentran tanto en el texto de la Constitución Política como en el bloque de constitucionalidad impone cambios en el razonamiento jurídico. El texto de la regla, por claro que sea, resulta insuficiente. A él se le suman elementos constitucionales de naturaleza política (directrices), moral (valores) y jurídica (principios jurídicos).

El aumento de la discrecionalidad, en especial en la función de control constitucional<sup>1</sup>, exige mejores mecanismos de control ya que su uso puede confundir el deber de decir el derecho con la imposición de una voluntad política antidemocrática o de una concepción moral específica.

El juez, como actor político en la estructuración del derecho con facultades otorgadas por la misma Constitución para inaplicar la ley y procurar por la defensa de los derechos fundamentales aun sobre la voluntad del legislador<sup>2</sup>, se convierte en centro de atención en la teoría de los límites al ejercicio del poder. En la actualidad no solo se piensa en limitar las potestades del ejecutivo o del legislativo. Ahora se deben buscar límites a la función jurisdiccional, máxime si se acepta que en un Estado democrático sometido al derecho toda expresión de poder (y la discrecionalidad es una manifestación del mismo) debe estar condicionada por el ordenamiento jurídico.

En un contexto en el que tiene lugar el imperio de la ley no se duda en acudir a la jurisdicción como medio de control jurídico a la actividad del legislador. Pero frente a las crecientes potestades jurisdiccionales se deben promover, en beneficio del equilibrio y desarrollo armónico de las funciones del poder público (art. 113 C.P.), reflexiones acerca de cómo limitar la discrecionalidad de los tribunales constitucionales, máxime cuando en el Estado constitucional es la misma función jurisdiccional la que otorga el carácter de norma jurídica a los valores, les da contenido y hace de ellos parámetros de constitucionalidad<sup>3</sup>.

---

1 Señala Carlos Bernal Pulido, *El derecho de los derechos* 63 (Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005): “La comunidad jurídica no puede pretender eliminar un margen irreductible de discrecionalidad en las valoraciones de la Corte”.

2 Artículo 4: “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”.

3 Como ejemplo se puede citar la sentencia C-479 de 1992, en la que se indica, con apoyo en decisión de la Corte Suprema de Justicia de 1980, que el desconocimiento de los valores por parte de una norma positiva acarrea invalidez o inconstitucionalidad “pues todo lo que sea contrario a la justicia, tiene que ser contrario al derecho”.

Una constitución claramente permeada de cláusulas que establecen mandatos políticos (directrices) y morales (valores), que a su vez ordena su primacía sobre las restantes normas del ordenamiento (art. 4 C.P.) y cuya aplicación y protección se encomienda a la función jurisdiccional, exige, en relación con los límites al poder, un giro en el periscopio de la función legislativa hacia el órgano jurisdiccional.

En síntesis, la incorporación de elementos morales y políticos (valores y directrices), aunada al deber de aplicación directa de la Constitución, representa un inevitable aumento de la discrecionalidad del juez (en especial de la Corte Constitucional), que es directamente proporcional a su responsabilidad política en la configuración del derecho, discrecionalidad que hay que contener en beneficio, se insiste, de la misma separación de poderes, de la primacía constitucional, de la protección efectiva de los derechos fundamentales, del equilibrio entre el poder y el derecho y, en síntesis, del mismo Estado de derecho.

## **II. LA PONDERACIÓN COMO EXTENSIÓN O CONTENCIÓN DE LA DISCRECIONALIDAD JURISDICCIONAL**

La ponderación se puede describir, en términos generales, como un procedimiento dirigido a determinar, en caso de conflicto entre principios o entre derechos fundamentales, y dadas unas circunstancias específicas, el mayor peso de un principio frente a otro, esto es, las condiciones de precedencia que permiten hablar de la mayor jerarquía dinámica (en el sentido de que es sólo un estudio a partir de casos o problemas jurídicos concretos) de un principio sobre otro. Se considera como un mecanismo a través del cual se concreta la proporcionalidad o el grado de afectación legítima de un derecho fundamental cuando entra en conflicto con otro principio o derecho fundamental. Es (o trata de ser) un medio de concreción o demostración de la razonabilidad de una interpretación y de confrontación entre medios y fines que se desarrolla a través de tres pasos:

1) Adecuación: busca definir todos los medios que resulten aptos o idóneos para la promoción o protección del derecho.

2) Necesidad: busca definir, entre los medios adecuados, el que mejor proteja el fin que se busca promover.

3) Proporcionalidad en sentido estricto. busca determinar que ese medio necesario guarde coherencia con el ordenamiento jurídico.

El tema de la ponderación es uno de los que concitan mayor interés al momento de hablar de la metodología jurídica (entendida en este contexto como la teoría y práctica referida a la forma o pasos para la aplicación del derecho) en un Estado constitucional fundamentado en un modelo normativo de principios. Se puede señalar que son dos las posiciones que sintetizan la

discusión referida a los inconvenientes o bondades del uso de la ponderación: la primera indica que representa un aumento de la discrecionalidad a niveles que pueden rayar con la arbitrariedad<sup>4</sup>; la segunda, defiende que la ponderación, con auxilio de la argumentación, presta importante ayuda a la disminución o limitación de la discrecionalidad judicial<sup>5</sup>.

No obstante la importancia de la ponderación y de los estudios dedicados a ella, se puede afirmar que se ha descuidado un análisis previo del objeto sobre el cual recae la misma: los principios jurídicos. En otros términos, se ha prestado mayor atención al método que al objeto. El análisis de la ponderación, entendida como un método para hallar la regla adscrita aplicable al caso concreto, debe estar precedido de mínimas reflexiones acerca de la naturaleza de los principios.

No es posible hablar de las bondades o inconvenientes de la ponderación sin comprender el objeto sobre el cual recae. En medio de las extensas discusiones referidas a la ponderación, no es claro qué entienden defensores y opositores por principios. Unos pueden hacer referencia a los principios como normas jurídicas, y otros a los principios como normas morales o de derecho natural.

Un sector del positivismo afirma que los principios son elementos estructurales del ordenamiento jurídico, extraídos del mismo a través de un método o razonamiento inductivo denominado *analogia iuris*, normas jurídicas prevalentes, de aplicación directa, y que sólo se acude a la ponderación en los casos de conflictos entre los mismos. Estos principios acotan, a diferencia de los principios morales, el margen de acción de la discrecionalidad.

De otro lado está la idea, elaborada bajo una fuerte influencia de la filosofía dworkiana, de que los principios son normas extrasistemáticas, estándares o guías que corrigen desde el ámbito de la justicia la creación, interpretación

4 Se puede citar a Juan Antonio García Amado como uno de los principales críticos del uso de la ponderación: cfr. *Derechos y pretextos. Elementos de crítica al neoconstitucionalismo*, en *Teoría del neoconstitucionalismo* 237-264 (Miguel Carbonell, Ed., Trotta, Madrid, 2007). Igualmente Riccardo Guastini, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho* 171 (Gedisa, Barcelona, 1999).

5 Esta posición es la defendida, con algunas diferencias, por Alexy, Bernal Pulido y Prieto Sanchís. Señala Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 167 (Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993): “Ciertamente, la ley de la ponderación en cuanto tal no formula ninguna pauta con cuya ayuda pudieran ser decididos definitivamente los casos. Pero, el modelo de ponderación como un todo proporciona un criterio al vincular la ley de la ponderación con la teoría de la argumentación jurídica racional. La ley de la ponderación dice lo que tiene que ser fundamentado racionalmente”. A su vez, Carlos Bernal Pulido, *Refutación y defensa del neoconstitucionalismo*, en *Teoría del neoconstitucionalismo*, 322 (Miguel Carbonell, Ed., Trotta, Madrid, 2007), afirma en defensa de la ponderación: “la ponderación cumple la función de fundamentar aquello que en la subsunción sólo se afirma. De este modo, la ponderación no excluye a la subsunción y, a su vez, la subsunción y la interpretación necesitan la ponderación”. Y Luis Prieto Sanchís,  *Réplica a Juan Antonio García Amado*, en *Teoría del neoconstitucionalismo*, ob. cit., 279, expresa: “La ponderación proporciona un modelo de justificación que obliga (que pretende obligar) al intérprete a mostrar las razones en cuya virtud a partir de un juicio de relevancia acerca de la concurrencia de dos normas en conflicto se desemboca en una decisión que privilegia a una de ellas en detrimento de la otra”.

y aplicación de la norma jurídica. Esta noción presta pobre favor a la ponderación como medio para controlar la discrecionalidad de los tribunales constitucionales.

Bajo una noción de principios como normas morales, metajurídicas, inferiores a las reglas, como mandatos de optimización (teoría débil de principios), mayor será la discrecionalidad y la necesidad de limitarla a través de la ponderación. Por el contrario, si se asume una idea de principios como normas jurídicas, fundamento de los derechos fundamentales, pautas para la evaluación de la validez material de las restantes normas jurídicas, de aplicación directa y prevalente sobre las reglas, máximos criterios de legitimidad racional del poder del Estado, principal *ratio* de las decisiones de las altas cortes (estas características corresponden a lo que se podría denominar teoría fuerte de principios), la discrecionalidad será menor (nunca inexistente) y el uso de la ponderación será excepcional, esto es, sólo para los casos de conflicto entre principios.

Se impone un estudio de la relación entre ponderación, principios y discrecionalidad. Otros tantos problemas como la legitimidad del órgano que realiza la ponderación y la posible infracción de la estricta legalidad representada en el respeto a la potestad de configuración legislativa, serán desarrollados en otra oportunidad.

## **1. LA PONDERACIÓN COMO LÍMITE A LA DISCRECIONALIDAD**

La presencia en el ordenamiento jurídico de principios y derechos fundamentales, entendidos como normas que carecen de una estructura lógica que permita su aplicación mediante la subsunción silogística, exige una metodología dirigida a evitar la arbitrariedad. Ella, se afirma por la doctrina, es la ponderación. No obstante, consideramos que el mayor o menor éxito en el uso de la ponderación como medio para limitar la discrecionalidad depende directamente de la noción de principios que se asuma.

A nuestro juicio, uno de los problemas más serios que se presenta al momento de ejercer la ponderación es la no fijación por parte del ponderador del sentido (naturaleza jurídica y funciones) de los principios como objetos de ponderación. En otros términos, cuando se habla de la ponderación parece que existe un consenso acerca de su empleo como método para la aplicación de los principios, pero, a su vez, en medio de ese consenso se advierten posiciones diferentes, hasta contrarias, acerca de qué se entiende por el objeto de la ponderación: los principios. Por ejemplo, mientras que para Dworkin los principios son una especie de estándares o directrices que se desarrollan

dentro del ámbito de la justicia<sup>6</sup>, para Alexy los principios son normas jurídicas<sup>7</sup>. Pero ambos autores coinciden en que son mandatos de optimización que se aplican en la medida de las posibilidades jurídicas y fácticas.

Nos atrevemos a afirmar que el estudio de la ponderación se ha concentrado en problemas metodológicos sin que se allanen consensos mínimos acerca de la naturaleza y función de los principios en el Estado constitucional y social de derecho (prueba de ello es la dispersa y ambigua jurisprudencia de la Corte Constitucional<sup>8</sup> y la incipiente, pero sin duda importante, doctrina nacional referida al tema). Dicho de otra manera, se ha abordado la ponderación como metodología sin una noción clara del objeto sobre el cual se aplica la misma. Nuestro criterio, ya expuesto, es que no es posible hablar de ponderación sin unas mínimas reflexiones, pero nunca únicas o definitivas dada la complejidad del tema, en torno a los principios, o, en otros términos, sin unas mínimas aproximaciones epistemológicas a la compleja teoría de los principios.

Como se indicó, frente a los principios existen básicamente dos posiciones que buscan describir, además de su naturaleza y funciones, las relaciones entre éstos y las reglas: una fuerte y otra débil<sup>9</sup>. Ambas sugieren una específica actitud del operador jurídico al momento de aplicar los principios:

**a. Posición débil.** Afirma que los principios no son normas jurídicas sino normas extrasistemáticas, morales, que están por fuera del derecho, que sólo ejercen una función auxiliar frente a las normas jurídicas y que sólo se aplican en los denominados casos difíciles. Son entendidos generalmente como principios de derecho natural. Como autores defensores de esta posición se pueden mencionar principalmente Giorgio del Vecchio<sup>10</sup> y Ronald Dworkin<sup>11</sup>. En Colombia se aducen como

6 Cfr. Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, 72 (Ariel, Barcelona, 1984): “Llamo ‘principio’ a un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considere deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad”.

7 Cfr. Alexy, ob. cit., supra nota 5, 83-86: “Tanto las reglas como los principios son normas porque ambos dicen lo que debe ser [...] La distinción entre reglas y principios es pues una distinción entre dos tipos de normas [...] Toda norma es bien una regla o un principio”.

8 Por ejemplo la dificultad para armonizar la noción de principios y valores establecida por la Corte Constitucional en sus sentencias T-406 de 1992, C-479 de 1992 y C-083 de 1995. En la primera indica que los principios son normas jurídicas diferentes a los valores, que son fines; en la segunda señala que los valores son obligatorios y que sirven de parámetros de constitucionalidad, y en la tercera, que los principios son normas extrasistemáticas, normas de la moral o de derecho natural.

9 Este criterio de clasificación hace relación al carácter jurídico o no jurídico de los principios, a su naturaleza jurídica, no a la presencia de normas morales en el ordenamiento o principios de derecho natural.

10 *Los principios generales del derecho*, 113-125 (3ª ed. Bosch, Barcelona, 1971).

11 Ob. cit., supra nota 6. Michael Bayles, *Principles of Law. A Normative Analysis*, 11-12 (Reidel, 1987) comparte las diferencias lógicas entre principios y reglas, pero otorga a aquellos la posibilidad de ser aplicados directamente: “That is, conflicting principles must be weighed or balanced against one another, and some have more weight than others. Because rules apply in an all-or-nothing fashion, they do not have to be weighed or balanced against one other [...] In short, principles present good-or-bad-making characteristics than can be weighed or balanced against one other. They are usually used to

argumentos en su defensa el artículo 4 de la Ley 153 de 1887<sup>12</sup> y la Sentencia C-083 de 1995<sup>13</sup>. Esta teoría débil afirma que los principios son normas metajurídicas, extrasistemáticas o morales, y que siempre se deben ponderar en caso de conflicto entre los mismos o entre el principio y otro principio subyacente a una regla.

**b. Posición fuerte.** Además de una teoría débil, existe una teoría fuerte de los principios, que asume que éstos forman parte del universo de las normas jurídicas junto con las reglas al ser resultado de un procedimiento inductivo del mismo ordenamiento jurídico. Esta posición fuerte se puede clasificar, a su vez, en dos: una posición (que se podría llamar fuerte-fuerte) que defiende que los principios son normas jurídicas que priman sobre las restantes normas del ordenamiento por las siguientes razones: 1) los principios, como se indicó, son normas jurídicas, las más importantes del ordenamiento, que condicionan la validez de las restantes normas (argumento ontológico); 2) los principios sirven de principal razón de la decisión o *ratio decidendi* de las sentencias de las altas cortes (argumento funcional), y 3) los principios prevalecen sobre las restantes normas por mandato del mismo legislador, por ejemplo, los artículos 13 del Código Penal<sup>14</sup>, 26 del Código de Procedimiento Penal<sup>15</sup>, 21 de la Ley 734 de 2002<sup>16</sup>, 5 de la Ley 1098 de 2006<sup>17</sup> y 3 de la Ley 1306 de 2009<sup>18</sup>, entre otros (argumento lógico). Estos

---

*evaluate more specific principles or rules, although, they can be used directly to evaluate particular actions or decisions”.*

- 12 Señala: “Artículo 4. Los principios del derecho natural y las reglas de la jurisprudencia servirán para ilustrar la Constitución en casos dudosos. La doctrina constitucional es, a su vez, norma para interpretar las leyes”.
- 13 En esta sentencia la Corte Constitucional interpreta la expresión principios generales del derecho del artículo 230 de la Constitución Política: “6.2.6. Los principios generales extrasistemáticos. Pero ¿a qué alude entonces, es ahora la pregunta pertinente, la expresión principios generales del derecho en el contexto del artículo 230 de la Carta de 1991? [...] Se trata entonces de principios que no satisfacen las condiciones de la regla de reconocimiento y, por ende, no hacen parte del ordenamiento pues no son materialmente reductibles a la Constitución. Según expresión afortunada de Carrió ‘pueden ser llamados principios jurídicos en cuanto se refieren a aquél (el derecho) pero no en cuanto partes de él’. Y añade: ‘el uso judicial de ellos puede conferirles, en el mejor de los supuestos, el rango de candidatos a integrar el sistema, una vez que ese uso adquiera consistencia, regularidad y carácter normativo suficientes como para considerar que las pautas aplicadas son normas jurisprudenciales en vigor’, o se incorporen al ordenamiento –agrega la Corte– por disposición del legislador”.
- 14 “Artículo 13. Normas rectoras y fuerza normativa. Las normas rectoras contenidas en este código constituyen la esencia y orientación del sistema penal. Prevalecen sobre las demás normas e informan su interpretación” (destacado fuera de texto).
- 15 “Artículo 26. Prevalencia. Las normas rectoras son obligatorias y prevalecen sobre cualquier otra disposición de este código. Serán utilizadas como fuente de interpretación” (destacado fuera de texto).
- 16 “Artículo 21. Aplicación de principios e integración normativa. En la aplicación del régimen disciplinario prevalecerán los principios rectores contenidos en esta ley y en la Constitución Política. En lo no previsto en esta ley se aplicarán los tratados internacionales sobre derechos humanos y los convenios internacionales de la OIT ratificados por Colombia, y lo dispuesto en los códigos Contencioso Administrativo, Penal, de Procedimiento Penal y de Procedimiento Civil en lo que no contravengan la naturaleza del derecho disciplinario” (destacado fuera de texto).
- 17 “artículo o. naturaleza de las normas contenidas en este código. Las normas sobre los niños, las niñas y los adolescentes, contenidas en este código, son de orden público, de carácter irrenunciable y los principios y reglas en ellas consagrados se aplicarán de preferencia a las disposiciones contenidas en otras leyes” adestacado fuera de texto).
- 18 “Artículo 3. Principios. En la protección y garantía de los derechos de las personas con discapacidad mental se tomarán en cuenta los siguientes principios: a) El respeto de su dignidad, su autonomía individual,

argumentos sugieren que los principios jurídicos pueden integrar el bloque de constitucionalidad, que son normas de aplicación directa, y que sólo cuando entran en conflicto con otros principios procede la ponderación.

Esa primacía se refleja en los casos de infracción manifiesta de un principio o de un derecho fundamental por parte de una regla, en los que se debe aplicar directamente el principio sin necesidad de ponderación (caso frecuente en fase de control de constitucionalidad cuando se emplean los principios como *ratio* de las decisiones de las altas cortes y parámetros de constitucionalidad). Bajo esta noción la ponderación se supone excepcional pues sólo se aplica en casos de conflicto entre principios, por demás, poco frecuentes en relación con el número de eventos en los que se hace una aplicación directa de los mismos. Esto es, la regla general es la aplicación inmediata del principio y la excepción, la ponderación. Como el principio jurídico debe prevalecer sobre la norma regla, no es necesario hablar de la ponderación sino en los casos de excepción a esa regla general (conflicto entre principios). Se pueden inscribir en esta posición autores como Alchourrón y Bulygin<sup>19</sup>, Atienza y Ruiz Manero<sup>20</sup>, Bobbio<sup>21</sup> y Guastini<sup>22</sup>. La segunda posición (fuerte-débil) asume que los principios son normas jurídicas pero, en relación con las reglas y en general con todo el ordenamiento jurídico, desempeñan una función auxiliar o subsidiaria (sirven para crear, integrar e interpretar el derecho). Se puede confundir con una teoría débil (principios como normas morales) y defiende la ponderación como único medio de aplicación de los principios cuando hay colisión entre ellos en un caso concreto, donde se debe determinar el mayor peso o jerarquía móvil de un principio sobre otro a través de la ley de la colisión, descrita ésta como “*las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente*”<sup>23</sup>.

Esta posición fuerte resulta frecuente en fase de amparo o acción de tutela y tiene por uno de sus argumentos principales el texto del artículo 230 de la Constitución<sup>24</sup>, que señala que los principios desempeñan una función auxiliar de la actividad judicial. Indica que sólo se aplican por ponderación al ser mandatos que ordenan realizar lo exigido en la medida de las posibilidades jurídicas y fác-

---

*incluida la libertad de tomar las propias decisiones y su independencia; b) La no discriminación por razón de discapacidad; c) La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; d) El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad mental como parte de la diversidad y la condición humana; e) La igualdad de oportunidades; f) La accesibilidad; g) La igualdad entre el hombre y la mujer con discapacidad mental; h) El respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad mental y de su derecho a preservar su identidad. Estos principios tienen fuerza vinculante, prevaleciendo sobre las demás normas contenidas en esta Ley” (destacado fuera de texto).*

19 *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, 127-129 (Astrea, Buenos Aires, 1975).

20 *Las piezas del derecho*, 23-50 (2ª ed., Ariel, Ariel, 2004).

21 *Teoría general del derecho*, 251 (Debate, Madrid, 1991).

22 *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, 447-462 (Giuffrè, Milano, 1993).

23 Alexy, ob. cit., supra nota 5, 94.

24 “Artículo 230. Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”.

ticas. Se puede vincular a esta posición a autores como Alexy<sup>25</sup>, Bernal Pulido<sup>26</sup> y Zagrebelsky<sup>27</sup>.

Pues bien, presentado un panorama muy general frente al escabroso tema de los principios, a la luz del problema de los límites a la discrecionalidad estimamos pertinente una teoría fuerte-fuerte de los principios que los asuma como normas jurídicas extraídas inductivamente del ordenamiento jurídico (no metajurídicas o morales), de aplicación inmediata sobre las reglas y por vía de ponderación sólo en casos de conflicto entre ellos. No obstante, la posición que parece ser de mayor aceptación es la teoría fuerte-débil que considera los principios subsidiarios a la ley, y sugiere que en todo caso de aplicación de un principio se debe acudir a la ponderación<sup>28</sup>. Esta posición frente a los principios como criterios auxiliares se refleja en el amplio consenso acerca de las diferencias lógicas entre principios y las reglas<sup>29</sup>.

Toda posición que se asuma frente a los principios (no son normas jurídicas, son normas jurídicas prevalentes sobre las reglas o son normas jurídicas pero auxiliares de las reglas como mandatos de optimización) repercute directa o indirectamente en el estudio de la metodología de la ponderación y exige una revisión al tema de las diferencias lógicas entre principios y reglas, que no se realizará en esta oportunidad.

Basta con expresar nuestra preocupación en la medida en que los criterios empleados para una diferenciación lógica entre principios y reglas no guardan coherencia con la necesidad de complementar el estudio dogmático del derecho (razonamiento teórico) con el estudio del contexto en el que se desarrolla ese derecho y de las consecuencias sociales de una determinada interpretación (razonamiento problemático)<sup>30</sup>.

En otros términos, las diferencias entre principios y reglas, asumidos aquellos como normas jurídicas, no es de naturaleza normativa y sólo es predicable dentro del mundo de las ideas, por cuanto no es cierto, al menos en el contexto del Estado constitucional y social de derecho, que las reglas (salvo las que son ejercicio del *ius puniendi* del Estado) se aplican del modo *todo o nada*.

Esas diferencias lógicas encajan muy bien con un razonamiento teórico, pero, en la práctica, cuando se le exige al juez que debe interpretar la regla, corregirla, adaptarla

25 Alexy, ob. cit., supra nota 5, 86.

26 Ob. cit., supra nota 5, 324.

27 *El derecho dúctil*, 110 (2ª ed., Trotta, Madrid, 1997).

28 Señala Bernal Pulido, ob. cit., supra nota 1, 96-97: “La ponderación es la manera de aplicar los principios y de resolver las colisiones que puedan presentarse entre ellos y los principios o razones que jueguen en sentido contrario [...] La ponderación es entonces la actividad consistente en sopesar dos principios que entran en colisión en un caso concreto para determinar cuál de ellos tiene un peso mayor en las circunstancias específicas y, por tanto, cuál de ellos determina la solución para el caso”.

29 Dworkin, ob. cit., supra nota 6, 74-75; Zagrebelsky, ob. cit., supra nota 27, 110-111; Juan Ruiz Manero, *Principios jurídicos*, en *El derecho y la justicia*, 152-154 (2ª ed., Ernesto Garzón Valdés y Francisco Laporta, Eds., Trotta, Madrid, 2000); Rodolfo Vigo, *Los principios jurídicos*, 9-18 (De Palma, Buenos Aires, 2000).

30 Por ejemplo las palabras de Zagrebelsky, ob. cit., supra nota 27, 122-126, cuando diferencia la *juris prudentia* de la *scientia iuris*.

a los requerimientos sociales y aproximarla a la justicia material<sup>31</sup>, no resultan tan claras, en especial cuando se insiste en que las reglas se aplican del modo todo o nada. Adviértase que de un lado se defiende la existencia de diferencias lógicas entre principios y reglas ubicando los principios debajo de las reglas pero, al mismo tiempo, se afirma la necesidad de la función validadora o correctiva de los principios en la interpretación y la argumentación de los enunciados tipo regla. Se incurre, en nuestro criterio, en alguna de estas dos situaciones: o bien en una seria contradicción (de un lado se invita a un razonamiento problemático pero de otro se acude a criterios lógicos para diferenciar principios y reglas de difícil distinción en la práctica judicial), o bien en la defensa de un frágil criterio lógico para diferenciar principios y reglas, que se debe complementar con un criterio ontológico (qué son los principios jurídicos) y funcional (para qué sirven) de los principios jurídicos en la práctica judicial.

La norma tipo regla sólo se aplicará del modo todo o nada una vez haya superado los juicios de validez formal y material (competencia y correspondencia con los principios jurídicos), pero por la sola circunstancia de ser una regla no releva al juez, sobre todo en modelos de control de constitucionalidad difusos o mixtos, de realizar esos juicios de validez o corrección, como tampoco le obliga a aplicarla, según se dice, del modo todo o nada<sup>32</sup>.

Retomando el tema de la ponderación, para definir la jerarquía móvil o las circunstancias de precedencia condicionada que se constituirán en el supuesto de hecho de la norma adscrita (regla) derivada del conflicto de principios en un caso concreto, existen dos alternativas: dejar al juez la fijación del mayor peso de un principio sobre otro de acuerdo a su leal saber y entender, o acudir a la ponderación que busca determinar, a través de la proporcionalidad y los hechos concretos, algunos límites racionales mínimos en la determinación de la prevalencia de un principio sobre otro.

La primera representa una potestad incontenible que no cabe dentro del Estado de derecho entendido como un modelo político en el que el poder debe estar limitado por el orden jurídico, desequilibra los poderes a favor de la jurisdicción y evoca el denominado gobierno de los jueces. La segunda, pretende una reducción de la discrecionalidad judicial mediante la imposición de herramientas de racionalidad

- 
- 31 Recuérdense las palabras de la Corte Constitucional en la famosa Sentencia T-406 (M.P. Ciro Angarita Barón) en la que se describe que el paso del Estado liberal al Estado social de derecho trajo consigo una transformación cualitativa en el modo de interpretar: “*Estos cambios han producido en el derecho no sólo una transformación cuantitativa debida al aumento de la creación jurídica, sino también un cambio cualitativo, debido al surgimiento de una nueva manera de interpretar el derecho, cuyo concepto clave puede ser resumido de la siguiente manera: pérdida de la importancia sacramental del texto legal entendido como emanación de la voluntad popular y mayor preocupación por la justicia material y por el logro de soluciones que consulten la especificidad de los hechos*” (destacados fuera de texto).
- 32 Resultan pertinentes al respecto las palabras de Rodrigo Uprimny, *Autoridad y poder del juez: sentencias con dimensión humana*, en *Perfiles Liberales* N° 49, 25 (septiembre-octubre de 1996): “*La ley es un mandato, por lo cual su aplicación deductiva es muy discutible, ya que no puede el juez dejar de tomar en consideración su finalidad y los valores que subyacen a ella. Por ello no es ‘fiel’ a ninguna ley aquel juez que aplica las supuestas consecuencias lógicas derivadas del tenor literal de una ley o de la invocación de un principio, a pesar de que esa deducción produzca resultados contrarios a la finalidad de la norma*”.

que conducirán, en opinión de algunos, a una decisión correcta u objetiva. Esta segunda alternativa propone la denominada fórmula del peso que permite fijar en toda circunstancia el mayor o menor peso de un principio sobre otro. Nos apartamos de ambas posiciones. De aquella, por cuanto es una puerta abierta al ejercicio de una discrecionalidad ilimitada en detrimento de la separación de poderes y del mismo Estado de derecho; y de ésta, por las siguientes razones:

1) La fórmula del peso elude los problemas referidos a los medios de fijación de los factores que serán empleados en la misma. Se centra, en otros términos, en el uso de los factores pero no en el problema de la concreción de los mismos. Esto es, supone la certeza y posibilidad de que todo juez fije, de igual manera a como lo hizo o puede hacerlo otro juez, los factores que participan en la fórmula del peso en casos similares. Se fijan los medios y los fines bajo el supuesto de que todos los jueces van a coincidir, en un mismo caso o en casos similares, en los mismos fines y medios que se deben adoptar en la protección de un derecho fundamental, lo que sólo es posible bajo una idea de derecho geométrica o exacta. La labor debe estar dirigida más al estudio de los criterios para la concreción de los factores de la fórmula del peso (o directivas secundarias de la ponderación) que a la evaluación acerca del uso racional de los mismos, en lo que la argumentación desempeña una función primordial. El problema no está en el uso de la fórmula del peso sino en un momento previo que es aquel en el que el juez determina el grado de importancia de los principios en colisión<sup>33</sup>, le otorga el peso abstracto a un principio<sup>34</sup>, determina todas las circunstancias fácticas en las que un principio prevalece sobre otro principio o fija los fines a proteger.

2) La fórmula del peso puede representar un exceso de confianza en la racionalidad (estimamos que no es el caso de Alexy quien defiende un uso de la ponderación en conjunto con la argumentación), propia de un razonamiento decimonónico, por lo que las mismas críticas al uso de la exégesis se pueden extender al uso de la fórmula del peso.

33 Señala Carlos Bernal Pulido, *Consideraciones sobre la fórmula de la ponderación de Robert Alexy*, en *La ponderación en el derecho*, 125-126 (Eduardo Montealegre Lynett, Coord., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008): “la aplicación de la fórmula del peso abre al juez un ámbito de deliberación según el cual, su decisión depende de sus apreciaciones acerca de la moral crítica, así como de su ideología política. La utilidad de la fórmula del peso en estos casos reside precisamente en esclarecer cuál es el ámbito de deliberación que la ponderación depara al juez” Adviértase que la fórmula del peso ejerce una doble función: amplía el ámbito para el desarrollo de la ideología del juez, pero a la vez acota el espacio de desarrollo de la argumentación jurídica dirigida a determinar el mayor peso de un principio sobre otro. En todo caso, nunca eliminará la discrecionalidad ni garantizará decisiones objetivas. Esa discrecionalidad se evidencia cuando es el mismo juez quien puede determinar la conversión de un caso fácil en un caso difícil.

34 También acá la discrecionalidad está presente. Señala Bernal Pulido, *ibíd.*, 129-130: “El juez también goza de un margen de deliberación a la hora de determinar el peso abstracto de los principios. El peso abstracto es una variable muy particular, por cuanto siempre depende de consideraciones morales e ideológicas y lleva necesariamente al juez a adoptar una posición acerca de la teoría sustancial de la Constitución [...] La determinación del peso abstracto de los principios en los términos de la escala triádica depende de la búsqueda por parte del juez de la mejor teoría sustancial de la Constitución”.

## 2. LA PONDERACIÓN COMO EXTENSIÓN DE LA DISCRECIONALIDAD

No obstante la aparente fuerza o racionalidad de la denominada fórmula del peso y su uso como medio para contener la discrecionalidad, surgen objeciones de naturaleza política, axiológica y jurídica al empleo de la misma. Sólo nos ocuparemos de la crítica referida a su idoneidad como herramienta para limitar la discrecionalidad.

Las objeciones formuladas a la ponderación se centran principalmente, tal como se señaló, no en el uso de los factores de la denominada fórmula del peso sino en la fijación o determinación de los mismos. No hay forma, se señala con razón, de garantizar que todos los jueces coincidan en la fijación de los factores de la fórmula (el medio idóneo, necesario y proporcional a los fines del ordenamiento) en todos los casos de conflicto o infracción de un mismo derecho fundamental en situaciones similares. No existe un baremo para determinar que todos los jueces fijarán los mismos medios adecuados y, entre estos, los más necesarios; o para que todos los jueces coincidan en la totalidad de los fines a promover en el caso particular.

En aras de la discusión, si existiese(n) ese (esos) criterio(s) de medición para determinar la idoneidad, necesidad y proporcionalidad, no hay reglas para el uso de esos criterios, por lo que la aplicación de la ponderación seguirá siendo discrecional y sólo los jueces podrán decidir cuándo ponderan y cuándo no ponderan. De poco o nada servirá tener un termómetro sin el conocimiento necesario de las reglas o instrucciones para su aplicación con el fin de determinar la temperatura de un paciente o saber que un metro son cien centímetros sin saber cómo se puede emplear para medir la estatura de una persona.

En síntesis, es posible afirmar que la ponderación cuenta con reglas primarias que indican su estructura y pasos para su aplicación, pero carece de reglas secundarias referidas a la forma en que se debe hacer uso de las reglas primarias que señalen, por ejemplo, cómo se determina la existencia o no de un conflicto entre principios, cuándo se pondera, cómo se fijan los fines en conflicto, cómo se definen todos los medios necesarios para su posterior empleo en la ponderación, y algo muy importante: cómo resolver las tensiones entre el deber de ejercer un control de constitucionalidad y el deber de respeto de la potestad de configuración legislativa a favor del Congreso. En otros términos, se debe inquirir acerca de la posibilidad de reglas mínimas de segundo grado que promuevan un uso moderado de la ponderación<sup>35</sup>.

---

35 Coincidimos con lo expuesto por Ana María Montoya Caballero, *Ventajas del método de la ponderación*, en *La ponderación en el derecho*, ob. cit., supra nota 33, 238: “La única manera de saber si el peso colocado a uno u otro lado de la balanza es o no razonable u objetivo está definida por el modo en que la decisión de ponerlo se adecua o no a los criterios fijados por la Constitución en tanto fronteras que el juzgador no puede traspasar”.

Los comentarios realizados frente a la necesidad de fijar el sentido o naturaleza de los principios como objetos de ponderación, deben ser retomados en este acápite. Una noción de principios entendidos como normas morales, metajurídicas o extrasistemáticas implica claramente un aumento de la discrecionalidad. Cuando se asume una idea de principios en este sentido, resulta difícil fijar en ellos la *razón para la acción* que guíe la conducta del destinatario, y los mismos pueden ser confundidos, lo que es frecuente, con normas axiológicas o valores. En la medida en que se asuma esta noción de principios como normas morales, mayor será la importancia de la ponderación como medio para contener la discrecionalidad. *Contrario sensu*, si se asume una idea de principios como normas jurídicas, *razones para la acción* que prevalecen sobre las reglas, mayor será la posibilidad de su aplicación directa, menor el uso de la ponderación y con ella, menor la discrecionalidad.

### **III. CONTROLES AL EJERCICIO DE LA PONDERACIÓN. EN DEFENSA DE UN USO MODERADO**

El uso de la discrecionalidad es inevitable al momento de aplicar toda norma jurídica, al menos en un Estado social, constitucional y democrático de derecho que exige una función jurisdiccional activa (no activista) y atenta a las consecuencias que pueden surgir de la aplicación de una norma jurídica. A la luz de la interpretación asumida como un problema de valoración y elección entre varios sentidos derivados de los enunciados jurídicos, no es posible criticar los principios jurídicos señalando que generan inseguridad jurídica cuando el texto de la regla tampoco es garantía de certeza o previsibilidad. La objetividad, entendida como la búsqueda de la verdad, no puede ser propósito ni de una teoría ni de una metodología jurídica acordes con el Estado constitucional y social de derecho<sup>36</sup>. Por ello es imposible negar la ponderación como medio, entre otros, para limitar la discrecionalidad, así como defenderla de la manera que se hizo con la subsunción en el siglo XIX. No se trata de ver en la ponderación la posibilidad de hallar únicas decisiones correctas sino de allanar caminos hacia la configuración de decisiones que no linden con la arbitrariedad.

En términos simples, la utilidad o pertinencia de la ponderación no debe recaer en la posibilidad de ver en ella un medio para la consecución de la certeza o previsibilidad de las decisiones judiciales. Se debe entender como una alternativa, entre otras, para evitar que una decisión jurisdiccional en fase de control constitucional se erija como ejemplo de abuso del poder, como medio de imposición de una moral individual o de infracción del principio de separación de poderes con colaboración armónica entre las funciones públicas.

36 Al respecto son ilustrativas las diferencias y relaciones que Zagrebelsky, ob. cit., supra nota 27, 120-126, señala entre el razonamiento teórico y el razonamiento práctico, entre racionalidad y razonabilidad, entre *scientia juris* y *juris prudentia*.

A partir de esta idea moderada de ponderación y teniendo presente la necesidad de limitar la discrecionalidad, es posible pensar en controles que pueden ser de dos tipos: teóricos y metodológicos.

## 1. CONTROLES TEÓRICOS

Este tipo de controles atiende básicamente a la necesidad de que el operador jurisdiccional tenga conocimiento de los cambios en la teoría y práctica del derecho con el ingreso de un nuevo modelo político<sup>37</sup>. Si se parte de la idea básica de que el derecho es un objeto cultural, resulta imposible negar que las diferentes transformaciones sociales, entre ellas las políticas, afectan su creación, interpretación y aplicación. Si se está de acuerdo con esta premisa, se deben analizar algunas transformaciones que sufre la teoría del derecho en el Estado social y constitucional.

Se trata de asumir el reto de reconocer los cambios que sufre el derecho con el tránsito de un modelo de Estado liberal a uno de Estado social y constitucional. Acá radica uno de los problemas de la ponderación: como metodología se puede predicar su aplicación al margen del contexto político o social, pero cuando se determina que su uso depende de la noción de principios, no es posible afirmar una idea universal de principios al margen de cada contexto cultural<sup>38</sup>. Por esta razón, se debe delinear la noción y uso del concepto de principios en cada país para determinar posteriormente el papel que pueden desempeñar en la ponderación.

Un punto de inicio debe ser el reconocimiento de un creciente consenso acerca de la importancia de un pluralismo epistemológico al momento de determinar el sentido del derecho<sup>39</sup>, esto es, la necesidad de tener en cuenta

37 Sobre esos cambios en la jurisdicción y en la teoría del derecho, señala Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías*, 68 (2ª ed., Trotta, Madrid, 2001): “*La jurisdicción ya no es la simple sujeción del juez a la ley, sino también análisis crítico de su significado como medio de controlar su legitimidad constitucional. Y la ciencia jurídica ha dejado de ser, supuesto que lo hubiera sido alguna vez, simple descripción, para ser crítica y proyección de su propio objeto: crítica del derecho inválido aunque vigente cuando se separa de la Constitución; reinterpretación del sistema normativo en su totalidad a la luz de los principios establecidos en aquélla, análisis de las antinomias y de las lagunas; elaboración y proyección de las garantías todavía inexistentes o inadecuadas no obstante venir exigidas por las normas constitucionales*”.

38 Sin olvidar las distintas responsabilidades que asumen los jueces de acuerdo al modelo de control de constitucionalidad (concentrado, difuso o mixto) de cada país.

39 Acerca de la importancia de un enfoque tridimensional del derecho para una integral comprensión del fenómeno jurídico, así como de la necesidad de superar las fricciones iusnaturalismo-iuspositivismo, cfr. Aulis Aarnio, *Derecho, racionalidad y comunicación social*, 79 (2ª ed., Fontamara, México, 2000); Manuel Atriaza, *Derecho y argumentación*, 19-26 (Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1997); Chaím Perelman, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, 180-181 (Civitas, Madrid, 1979); Luigi Ferrajoli, *La teoría del derecho en el sistema de los saberes jurídicos*, en *La teoría del derecho en el paradigma constitucional* 30, 51-52 (Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2008); Martín Kriele, *Introducción a la teoría del Estado*, 37-39 (Depalma, Buenos Aires, 1980); Carlos S. Nino, *Derecho, moral y política*, 11, 41, 137, 147, 158 (Ariel, Barcelona, 1994); Gregorio Peces Barba, *Derecho y derechos fundamentales*, 279 (Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993); ROBLES, Gregorio Robles,

aspectos fenomenológicos (la realidad política y social), axiológicos (los valores) y lógicos (la norma).

Son importantes las transformaciones que sufre la teoría del derecho en el contexto del Estado social, constitucional y democrático<sup>40</sup>, pero para los efectos del problema planteado se pueden sintetizar en los siguientes temas: variación en las nociones de fuentes del derecho, de ordenamiento jurídico y de norma jurídica. Se harán breves comentarios a cada uno de ellos centrando la atención en la norma jurídica, siempre teniendo como fin demostrar que el reconocimiento de esas mutaciones es fundamental al momento de hablar de un uso mesurado de la ponderación.

### **a. TRANSFORMACIONES EN LA TEORÍA DE LAS FUENTES DEL DERECHO**

Sin duda uno de los temas de teoría del derecho que sufre más cambios en el Estado social es el de las fuentes del derecho. El principal se traduce en la imposibilidad de continuar con una idea de fuentes estatista<sup>41</sup> que refleja una jerarquización de fuentes formales, para dar paso a una noción de pluralismo de fuentes caracterizado por el desarrollo de relaciones de coordinación entre las mismas y no de subordinación.

El estudio de las fuentes del derecho representa uno de los mejores ejemplos del ya mencionado pluralismo epistemológico. Aspectos propios de un realismo jurídico, de una determinada filosofía moral vinculada al derecho y de un estructuralismo o normativismo, se presentan no como contradictorios sino como diferentes y complementarios puntos de vista del mismo objeto. Al respecto es importante la sugerencia de Aguiló Regla de abordar un estudio de las fuentes del derecho a partir de tres dimensiones: 1) la del poder o competencia; 2) la directiva del derecho o guía de conducta; 3) la valorativa o de justificación de la conducta. Señala dicho autor: “*aunque estas tres ‘dimensiones’ son relevantes a la hora de componer la ‘imagen’ del Derecho, aisladamente consideradas ninguna de ellas suministra una imagen mínimamente aceptable. El problema fundamental será pues el de cómo armarlas entre sí*”<sup>42</sup>.

*Introducción a la teoría del derecho*, 137 (Debate, Madrid, 1988); Rodolfo Luis Vigo, *Interpretación constitucional*, 45-60 (2ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires); Zagrebelsky, ob. cit., supra nota 27, 122.

40 Sobre esos cambios, señala Alfonso García Figueroa, *La teoría del derecho en tiempos del constitucionalismo*, en *Neoconstitucionalismo(s)*, 160-161 (Miguel Carbonell, Ed., Trotta, Madrid, 2003): “*En los últimos años ha crecido notablemente la atención que la teoría del derecho ha dispensado a las transformaciones experimentadas por los sistemas jurídicos en su tránsito desde el Estado de Derecho sin más especificaciones hacia el Estado constitucional. De hecho, el papel que juega la Constitución en los actuales sistemas jurídicos ha llegado a condicionar intensamente el discurso filosófico-jurídico, hasta el punto de fundar nada menos que una nueva teoría del Derecho aún por definir, cuyo presupuesto sería el ‘paradigma del constitucionalismo’, el ‘paradigma del Estado constitucional de derecho’*”.

41 Esta noción estatista, en términos de Häberle, representa una “*idea simplista de la construcción escalonada del orden jurídico*”: Peter Häberle, *El Estado constitucional*, 235 (Astrea, Buenos Aires, 2007).

42 *Teoría general de las fuentes del derecho*, 163 (Ariel, Barcelona, 2000).

Una teoría de las fuentes del derecho debe fusionar armónicamente las funciones explicativa, justificativa y legitimadora del derecho<sup>43</sup>. En todo caso, resulta imposible afirmar un estudio de las fuentes del derecho a partir de la ley entendida como principal fuente del derecho<sup>44</sup>.

Es necesario recordar que el estudio de las fuentes del derecho en el contexto colombiano se enfrenta a dos problemas: el primero representado por la insistencia en una enseñanza de fuentes bajo el esquema adoptado en el Estado liberal, y el segundo en una exposición a partir del artículo 230 de la Constitución Política que, dada su redacción en términos claramente decimonónicos, ha sido uno de los enunciados superiores que más transformaciones ha tenido por cuenta de la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

## **b. CAMBIOS EN LA NOCIÓN DE ORDENAMIENTO JURÍDICO: PASO DE LA JERARQUIZACIÓN A LA COORDINACIÓN NORMATIVA U ORGANIZACIÓN SISTÉMICA DEL DERECHO**

La noción de ordenamiento jurídico dentro del Estado social de derecho implica no sólo relaciones de jerarquía normativa sino la vinculación de criterios de coordinación entre todas las fuentes del derecho. El paso de la jerarquía a la coordinación exige una reconceptualización de la unidad normativa con la cual debe trabajar todo operador jurídico y, en especial, el funcionario jurisdiccional. Una idea de ordenamiento jerarquizada obliga igualmente a un pensamiento cartesiano en la adopción de decisiones jurídicas; por el contrario, un ordenamiento entendido como resultado de una coordinación de fuentes exige un razonamiento menos lógico en el proceso de adopción de la(s) norma(s) que se estima(n) más adecuada(s) para el caso específico.

43 Todo problema jurídico, como lo indica Aguiló, *ibid.*, 24, es fundamentable desde alguna de estas perspectivas, siendo indudable que cada una de ellas ejerce innegable influencia en la teoría de las fuentes del ordenamiento y de las normas jurídicas. En sus palabras: “*en la reflexión jurídica en general han concurrido tres grandes enfoques, que podríamos llamar 1) el enfoque explicativo o social, 2) el justificativo o valorativo, y 3) el sistemático o formalista. Naturalmente estos tres enfoques generales han tenido su influencia en la discusión sobre las fuentes del Derecho*”. Estos enfoques corresponden a lo que Pérez Luño, citado por Marina Gascón, *Fuentes del derecho, en Lecciones de Teoría del Derecho*, 201 (Jerónimo Betegón Carrillo et al., McGraw-Hill, Madrid, 1997), p. 201, señala como las tres grandes actitudes teóricas sobre las fuentes: 1) la positivista, 2) la realista y 3) la iusnaturalista. En palabras de Gascón: “*En el análisis de las fuentes del Derecho confluyen aspectos de temáticas diferentes que se corresponderían con lo que A.E. Pérez Luño ha identificado como las tres grandes actitudes teóricas sobre las fuentes que se pueden registrar en nuestro siglo: 1) la positivista, que centra su atención en la ‘causa formal’ de las fuentes y circunscribe su estudio a la identificación del criterio de validez; 2) la realista, que enfatiza la ‘causa material’ de las fuentes, al situar su fundamento en las fuerzas sociales que contribuyen a crear el Derecho y su fin de determinar su grado de eficacia; y 3) la iusnaturalista, que prima la ‘causa eficiente’ y la ‘causa final’ de las fuentes*”. Excluir dentro del nivel teórico en alguna de ellas da lugar a las diferentes tendencias sociológicas, lógicas o axiológicas frente al derecho. Exigirle al juez que se incline por alguna de ellas sería negar parte esencial de su función: atender a los hechos, a la moral presente en una sociedad o al mismo carácter lógico del derecho.

44 Como lo expresa Luis Prieto Sanchís, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, 120 (Trotta, Madrid, 2003): “*una teoría de las fuentes no puede girar exclusivamente en torno a la ley*”.

Desvirtuada la sabiduría del legislador, la claridad de su producto –la ley–, desvelada su, en ocasiones, incoherencia con los fines pretendidos por el ordenamiento y ante la necesidad de ver en el derecho, más que una jerarquía de normas, un sistema de coordinación entre las mismas en relación constante con otros sistemas sociales, se impone una perspectiva del derecho que permita el mantenimiento de las características del ordenamiento a partir de los principios jurídicos como normas que optimizan la ley y a la vez procuran alcanzar la plenitud y coherencia del ordenamiento. La noción actual de ordenamiento exige una percepción del derecho sistemática como un conjunto de normas coordinadas que se encuentran en permanente relación.

Sobre la transformación del concepto de ordenamiento señala Prieto Sanchís:

*“la pluralidad de fuentes representa no solo un golpe mortal para el legalismo estatista, sino que obliga también a replantearse en otros términos la idea de unidad que ya no puede lograrse a través de un sistema jerarquizado y escalonado, sino que precisamente intenta reconstruirse a partir de la [C]onstitución como expresión de un marco de consenso y unidad, ya no formal, sino material o sustantivo y, sobre todo, procedimental, donde han de coexistir distintas concepciones de la justicia”<sup>45</sup>.*

### **c. CAMBIOS EN LA NOCIÓN DE NORMA JURÍDICA**

El paso del Estado liberal de derecho al Estado social y constitucional de derecho implicó una mutación de la noción de norma constitucional y su función dentro del ordenamiento. Ya no es considerada como una referencia para la determinación de las fuentes del derecho sino que se erige ella misma como fuente del derecho<sup>46</sup>. Sin abandonar la legalidad, se busca una interpretación de la norma acorde con los llamados “contenidos materiales de la Constitución”, que no son otros que los principios (entendidos como normas jurídicas) y valores (asumidos como fines o normas morales).

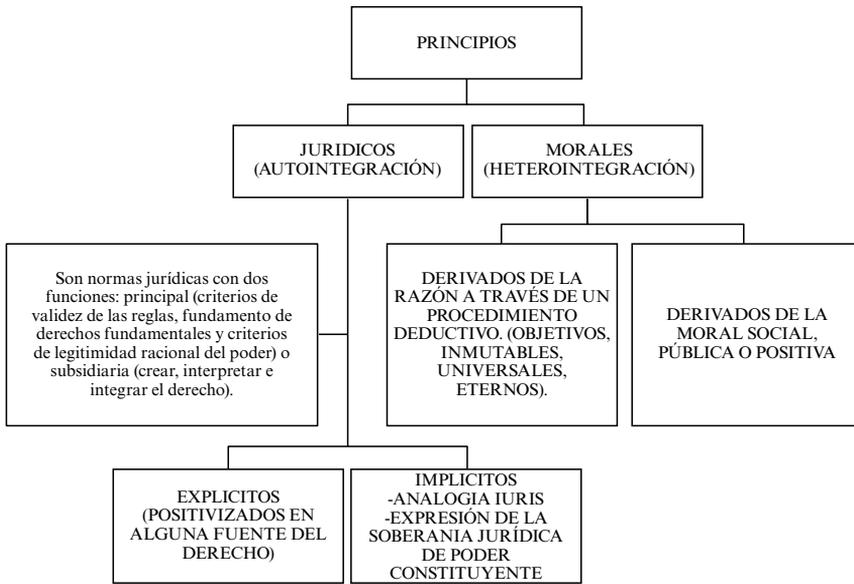
La teoría de la norma jurídica sufre igualmente cambios sustanciales que se sintetizan en el paso de un modelo de reglas a uno de reglas y principios<sup>47</sup>. El problema radica, nuevamente, en la noción de principios que se asuma. El uso de la expresión “principios” ha estado acompañado de una pluralidad semántica que ha generado serias dificultades al momento de determinar el sentido

45 Luis Prieto Sanchís, *Constitucionalismo y positivismo*, 37 (Fontamara, México, 1997).

46 Al respecto señala José Rubio Llorente, *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, 83 (Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993): “*La Constitución no es solo una disciplina sobre las fuentes del derecho. Ella misma es, y con eso entramos en el meollo de nuestra reflexión, fuente del derecho. De ella dimanar derechos y obligaciones para los ciudadanos y para los poderes públicos, cuya relación se establece así como relación entre sujetos, como relación jurídica*”.

47 Señala Luis Prieto Sanchís, *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, en *Neoconstitucionalismo(s)*, 131 (Trotta, Madrid, 2003), como característica de una nueva teoría del derecho impulsada por el constitucionalismo, la presencia de más principios que reglas..

de dicha expresión. Es, en pocas palabras, un claro ejemplo de ambigüedad. Se puede afirmar que, pese a la importancia del tema de los principios<sup>48</sup>, se está lejos de contar con un consenso básico en torno al significado y uso de los mismos. El siguiente esquema representa los diferentes ámbitos de uso de la expresión:



48 Señala Bernal Pulido, ob. cit., supra nota 1. 95: “Una de las ideas más importantes de la teoría del derecho contemporánea, tanto en el mundo anglosajón como en el derecho continental, es que los ordenamientos jurídicos no están compuestos exclusivamente por reglas, es decir, por el tipo tradicional de normas jurídicas, sino también por principios”. A su vez, expresa Marco Gerardo Monroy Cabra, *Introducción al Derecho*, 259 (14ª ed., Temis, Bogotá, 2006): “Dentro del Estado constitucional las normas constitucionales reconocen principios de justicia material con lo cual está fuera de duda la preponderancia del derecho por principios [...] Es indudable que la teoría de las fuentes del derecho se ve enriquecida por el papel privilegiado que están asumiendo los principios del derecho. En todo caso se debe reconocer la importancia creciente de una lectura principialista de todos los ámbitos del derecho”.. Y Manuel Aragón Reyes, *El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad*, 23 (Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1997) indica: “Parece difícil negar que hoy el Derecho de la Constitución es un Derecho ‘por principios’, esto es, que tenemos una Constitución principialista. Y ello origina unas consecuencias que han de aceptarse. Entre las que se cuentan un mayor margen de discrecionalidad en la interpretación jurídica y, por lo mismo, un reforzamiento de la importancia del papel de los jueces en el Estado de Derecho, que pasa a ser, así, Estado Jurisdiccional de Derecho”. En similar sentido expresa Guastini, ob. cit., supra nota 4, 35: “los principios se caracterizan respecto a las (otras) normas porque desempeñan en el ordenamiento jurídico el papel de normas ‘fundamentales’. Esto ocurre en un doble sentido. En primer lugar, en el sentido de que los principios son normas que sirven de fundamento o justificación de otras normas (generalmente, cada principio constituye el fundamento de una multiplicidad de otras normas). En segundo lugar, en el sentido de que los principios son normas que parecen no requerir, a su vez, fundamento o justificación (ya que son percibidos como obvios, autoevidentes o como intrínsecamente justos)”.

Se puede afirmar que la noción de principios más generalizada es aquella que los asume como normas vagas que por su indeterminación, sea del supuesto de hecho o de la conducta exigida, se erigen en herramientas auxiliares o criterios últimos en la búsqueda de una solución a un problema jurídico<sup>49</sup>, y por esa razón no se hace referencia a ellos como fuentes del derecho<sup>50</sup>.

La noción de principios como normas generales, en las que no es posible fijar el supuesto de hecho ni la razón para la acción o en donde, en caso de tener una, ésta no es de carácter perentorio como en las reglas, hace de ellos mandatos de optimización, normas a aplicar, según posición mayoritaria, a través de la ponderación<sup>51</sup>.

Los principios se asumen, en este orden de ideas, como normas de menor peso que las reglas; no establecen una razón para la acción perentoria; son razones *prima facie*, y se les presta adhesión. Mientras que las reglas son razones definitivas<sup>52</sup>, los principios sólo pueden definir la conducta a la que obligan en un caso específico o, en otros términos, no definen la conducta en abstracto o al margen de un problema concreto<sup>53</sup>. Estas son características de la ya mencionada teoría débil de los principios.

49 Respecto a los principios generales como normas de cierre del sistema de fuentes español señala Luis Prieto Sanchís, *Apuntes de Teoría del Derecho*, 207 (Trotta, Madrid, 2005): “*para que este último dogma [haciendo referencia al dogma de la plenitud y coherencia del sistema] tuviera alguna apariencia de verosimilitud no bastaba con afirmar un tanto acriticamente la omnisciencia y omnipresencia del legislador, sino que resultaba imprescindible, entre otras cosas, ofrecer un cuadro completo de las fuentes del Derecho, es decir, asegurar (también en apariencia) que el juez se halla en condiciones de encontrar siempre la norma aplicable al caso. Con este fin nacieron los principios generales del Derecho, que serían una especie de último recurso, de más lejana frontera hasta la que puede caminar el juez sin convertirse en creador de Derecho*”.

50 Por ej., Ricardo Guibourg, *Fuentes del derecho*, en *Derecho y justicia*, 177-197 (2ª ed., Ernesto Garzón Valdés y Francisco Laporta, Eds., Trotta, Madrid, 2000).

51 Señala Ruiz Manero, ob. cit., supra nota 29, 154: “*de los principios explícitos cabe decir que son razones para la acción independientes del contenido, pero no perentorias. Son razones independientes del contenido porque la razón por la que son razones para la acción de sus destinatarios es la misma que en el caso de las reglas: a saber, su origen en una determinada fuente. No son, sin embargo, razones perentorias porque, al configurar de forma abierta sus condiciones de aplicación y no determinar, por consiguiente, en qué casos prevalecen frente a otros, exigen su ponderación con otros principios que sean razones para actuar en otro sentido*”.

52 Señala Alexy, ob. cit., supra nota 4, 101: “*Los principios son siempre razones prima facie; las reglas, a menos que se haya establecido una excepción, razones definitivas*”. Se pueden observar veinticuatro diferencias entre reglas y principios en Vigo, ob. cit., supra nota 29, 9-24.

53 Señala Zagrebelsky, ob. cit., supra nota 27, 110-111, acerca de los principios como mandatos no definitivos a los que se presta adhesión, lo siguiente: “*En pocas palabras, a las reglas ‘se obedece’ y, por ello, es importante determinar con precisión los preceptos que el legislador establece por medio de las formulaciones que contienen las reglas; a los principios, en cambio, ‘se presta adhesión’ y, por ello, es importante comprender el mundo de valores, las grandes opciones de cultura jurídica de las que forman parte y a las que las palabras no hacen sino una simple alusión. Así pues –por lo que aquí interesa–, la distinción esencial parece ser la siguiente: las reglas nos proporcionan el criterio de nuestras acciones, nos dicen cómo debemos, no debemos, podemos actuar en determinadas situaciones específicas previstas por las reglas mismas; los principios, directamente no nos dicen nada a este respecto, pero nos proporcionan criterios para tomar posición ante situaciones concretas pero que a priori aparecen indeterminadas [...] Su significado –el de los principios– no puede determinarse en abstracto, sino sólo en los casos concretos, y sólo en los casos concretos se puede entender su alcance*”.

Una teoría débil de los principios, como estándares dentro del ámbito de la moral, conduce a asumir los mismos más como normas morales asimilables a los valores que como normas jurídicas. Esta parece ser la preocupación de Habermas cuando señala la necesidad de una distinción entre principios y valores, pues el aumento de los niveles de legitimidad de la función de los tribunales constitucionales depende en gran medida de esa diferenciación. Señala:

*“En la medida en que un tribunal constitucional adopta la ‘teoría de los valores’ o ‘teoría del orden valorativo’ y la pone a la base de su práctica de toma de decisiones, aumenta el peligro de juicios irracionales porque con ello cobran primacía los argumentos funcionalistas a costa de los argumentos normativos”<sup>54</sup>.*

El problema de los principios se torna más complejo cuando dos de las más importantes sentencias de nuestra Corte Constitucional que tratan el tema de los principios (T-406 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón, y C-083 de 1995, M.P. Carlos Gaviria Díaz) reflejan, desde nuestro punto de vista, alguna incoherencia epistemológica que se traduce en un caos conceptual y metodológico. Mientras que la primera alude a los principios como normas jurídicas de aplicación inmediata dotados de toda la fuerza derivada de la primacía constitucional, en la segunda se señala, interpretando la expresión “principios generales del derecho” del artículo 230 de la Constitución, que no son normas jurídicas, no forman parte del ordenamiento sino que hacen alusión a él y, en consecuencia, sólo sirven de pautas de interpretación.

Alguien podrá indicar que no existe incoherencia alguna en la medida en que la Sentencia T-406 alude a los principios constitucionales y la C-083 a los generales del derecho; pero, teniendo en cuenta la naturaleza (normas jurídicas) y funciones (prevalencia sobre las restantes normas del ordenamiento), ambos principios son material y funcionalmente equivalentes. La diferencia se justifica en la medida en que por principios generales se entienda normas de derecho natural. En síntesis, tanto los principios constitucionales como los generales del derecho positivo pueden ser considerados normas jurídicas prevalentes sobre las restantes normas del ordenamiento.

Dados los problemas derivados de una teoría débil de los principios y con el propósito de establecer límites a la discrecionalidad, insistimos en la ya descrita teoría fuerte caracterizada por asumir que los mismos son criterios de validez de las restantes normas jurídicas, normas jurídicas extraídas del mismo ordenamiento a través de un razonamiento inductivo (*analogia iuris*), fuente de los derechos fundamentales, principales criterios de legitimación

---

54 *Facticidad y validez*, 332 (Trotta, Madrid, 1998). Sobre la importancia de la distinción entre principios y valores en el contexto colombiano, cfr. Sergio Estrada Vélez, *De la jerarquización filosófica de los valores a la coordinación jurídica de los principios*, en [www.filosofiaydericho.com](http://www.filosofiaydericho.com) N° 8.

racional del poder en un Estado social y constitucional de derecho, normas de aplicación directa y por ponderación sólo en los casos de conflicto con otro u otros principios.

En todo caso, la teoría de los principios está lejos de ser unívoca, y ello exige incrementar los esfuerzos para superar los problemas derivados de una teoría de los principios configurada a partir de la segunda mitad del siglo XX con las obras de Esser<sup>55</sup>, Del Vecchio<sup>56</sup>, García de Enterría<sup>57</sup>, Dworkin<sup>58</sup> y Alexy<sup>59</sup>, que ha estado influenciada, directa o indirectamente, por una determinada filosofía moral. Consideramos que la incorporación de una teoría fuerte de principios jurídicos en el contexto colombiano debe:

- 1) Distinguir entre principios morales y principios jurídicos.
- 2) Superar el pluralismo semántico haciendo referencia a ellos a través de la expresión principios jurídicos.
- 3) Distinguir entre enunciados políticos, axiológicos y jurídicos en el texto de la Constitución.
- 4) Interpretar el artículo 230 superior en el sentido de que hace referencia a una de las funciones de los principios, no a la única ni a la más importante.
- 5) Revisar críticamente la Sentencia C-083 de 1995, en la que se confunde principios jurídicos y principios morales (extrasistemáticos).
- 6) Evaluar la existencia o no de diferencias entre los principios generales del derecho y los principios constitucionales.
- 7) Comprender el artículo 4 de la Ley 153 de 1887 como una referencia sólo a los principios de derecho natural.
- 8) *Desworkinizar* la teoría de principios.
- 9) Superar la creencia en que rechazando la teoría de principios jurídicos se defiende un iuspositivismo jurídico que al mismo tiempo los reconoce.
- 10) Diferenciar entre los conceptos de principio y valor.
- 11) Diferenciar entre principios jurídicos y directrices.
- 12) Promover una teoría de las fuentes del derecho acorde con el contexto del Estado constitucional.

## 2. CONTROLES METODOLÓGICOS

A la par del reconocimiento de las transformaciones de la teoría del derecho en temas como las fuentes del derecho, el ordenamiento y la norma jurídica, se impone un control de corte metodológico en el desarrollo de la ponderación.

55 *Principio y norma en la creación jurisprudencial del derecho privado* (Bosch, Bosh, 1991).

56 *Los principios generales del derecho* (Bosch, Barcelona, 1933).

57 *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho* (Civitas, Madrid, 1986).

58 Ob. cit., supra nota 6.

59 Ob. cit., supra nota 5.

### a. CORRECCIÓN DE PUNTOS DÉBILES DE LA PONDERACIÓN

La ponderación no puede ser asumida de la misma forma en que se entendió la exégesis en el Estado liberal: no busca garantizar respuestas absolutas, correctas o únicas. Es sólo una herramienta más al servicio del control de la discrecionalidad. La ponderación debe ser asumida como una posibilidad para canalizar la libertad del juez en la configuración de las decisiones jurídicas, pero no como la única o excluyente vía de solución a los problemas derivados del ejercicio de la discrecionalidad judicial. Estimamos pertinentes las siguientes reflexiones o sugerencias frente a la ponderación:

1) Para hablar de ponderación es necesario hacer una remisión a la teoría de los principios. De acuerdo a una concepción fuerte o débil de los mismos será la mayor o menor importancia que se le preste a la ponderación. Una de las diferencias entre principios y reglas compartidas por Dworkin, Alexy y otros más es que los principios son mandatos de optimización y las reglas normas que se aplican de la forma *todo o nada*. Dan a entender que son razones para la acción no perentorias, como lo señala Manero. En ese sentido, los principios como mandatos de optimización se pueden asimilar más a directrices que a normas jurídicas, sólo que operan en el campo de la moral, la justicia o la equidad, y no en el de la conveniencia o interés general.

Se puede afirmar que el principal representante de esta teoría débil de los principios es Ronald Dworkin quien equipara los principios a las directrices pero dentro del plano de la justificación moral y no política. Señala:

*“Llamo ‘directriz’ o ‘directriz política’ al tipo de estándar que propone un objetivo que ha de ser alcanzado; generalmente, una mejora en algún rasgo económico, político o social de la comunidad [...] Llamo principio a un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad. De tal modo, la proposición de que es menester disminuir los accidentes de automóvil es una directriz, y la de que ningún hombre puede beneficiarse de su propia injusticia, un principio”<sup>60</sup>.*

Alexy, a diferencia de Dworkin, sostiene una teoría de los principios asumidos como normas jurídicas y no como estándares<sup>61</sup>. Ambos coinciden

60 Dworkin, ob. cit., supra nota 6, 72-73. A pesar de que Dworkin afirma cierta similitud entre principios y directrices, es claro el mayor peso otorgado a aquellos en el ejercicio de la función jurisdiccional. Señala, en *A Matter of Principle*, 69 (Clarendon Press, Oxford, 1986): “My own view is that the court should make decisions of principles rather than policy—decisions about what rights people have under our constitutional system rather than decisions about how the general welfare is best promoted—and that it should make these decisions by elaborating and applying the substantive theory of representation taken from the root principle that government must treat people as equals”.

61 Señala Alexy, ob. cit., supra nota 5, 87: “la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o un principio”.

en señalar que los principios son mandatos de optimización<sup>62</sup>, posición ésta vinculada más a una teoría débil de los principios (los principios se aplican siempre mediante ponderación) que a una teoría fuerte de los mismos (los principios se aplican directamente, aun sobre las reglas, sin necesidad de ponderación, la que opera sólo en casos de conflicto con otro principio). En este orden de ideas, para el estudio y ejercicio de la ponderación se debe definir, se insiste, si se empleará una teoría débil o fuerte de principios.

2) De otro lado, si la ponderación surge de la necesidad de determinar el mayor o menor peso de un principio en relación con otro principio en un caso o problema determinado, o como forma de fijar la prevalencia de un interés sobre otro interés en un caso específico<sup>63</sup>, es fundamental hallar las razones suficientes para que un principio preceda a otro principio en unas circunstancias específicas. Allí se advierte un problema doble: qué se entiende por razones suficientes y cómo fijar las mismas.

3) Es fundamental para el desarrollo de la ponderación tener presentes dos aspectos básicos de naturaleza teleológica y pragmática. De acuerdo con el primero, se debe procurar por que la lista de fines que se busca promover o proteger sea lo más completa posible, esto es, la no incorporación de todos los fines generalmente afecta el resultado de la ponderación y disfraza la voluntad del ponderador. El segundo, el órgano encargado de la ponderación debe igualmente enunciar todos los medios jurídicos y fácticos que se estimen posibles, pues al igual que respecto de los fines, la omisión de uno de esos medios representa un desequilibrio en el desarrollo de la ponderación y, en especial, en el juicio de ponderación estricto.

Cuando la fijación de los fines no es completa o se fija aleatoriamente, se altera sustancialmente el resultado de la ponderación. No es lo mismo, a modo de ejemplo, analizar la prohibición de fumar como medida para reducir el índice de personas afectadas con cáncer en calidad de fumadores pasivos que como medio de protección del medio ambiente. En el mismo sentido,

62 “De acuerdo con la teoría estándar de la teoría de los principios, los principios son normas que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas. Como consecuencia, los principios son mandatos de optimización, que se caracterizan por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferentes grados y de que la medida ordenada en que deben cumplirse, no sólo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas”: *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, 95 (Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003). A su vez, indica Dworkin, ob. cit., supra nota 6, 77: “Los principios tienen una dimensión que falta en las normas: la dimensión del peso o importancia. Cuando los principios se interfieren [...] quien debe resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno”. Señala Bernal Pulido, ob. cit., supra nota 33, 116: “Los principios son mandatos de optimización. Son normas que no establecen exactamente qué debe hacerse, sino que exigen –citando a Alexy– ‘que se haga algo en la mayor medida posible, dadas las posibilidades jurídicas y fácticas’”.

63 Señala Alexy, ob. cit., supra nota 5, 93: “este tipo de intereses no puede tener peso en un sentido cuantificable. Por ello cabe preguntar qué se quiere decir con el discurso de los pesos. El concepto de relación de precedencia condicionada permite una respuesta simple. El principio P tiene, en un caso concreto, un peso mayor que el principio opuesto P2, bajo las condiciones C dadas en el caso concreto”.

cuando la fijación de los medios para la protección no es lo suficientemente amplia, se desconocen alternativas que pueden inclinar la balanza a favor de un derecho o principio diferente al finalmente protegido.

4) La ponderación se debe entender como un deber jurídico y no como una potestad. Es claro que nuestra Corte Constitucional determina cuándo pondera y cuándo no pondera, y esa libertad de elección genera sospechas frente a los esfuerzos por su uso racional y razonable. Se pueden mencionar algunos ejemplos: ¿por qué la Corte Constitucional en la Sentencia C-355 de 2006 (MM.PP. Jaime Araújo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández) señaló como excepción a la pena de aborto el caso de la violación sin una ponderación previa entre los derechos de la madre y del *nasciturus*? ¿Era razonable a la luz de los fines constitucionales señalar que el *nasciturus* no es titular del derecho a la vida sino del bien vida? ¿Acaso no era razonable (por demás lógico) pensar que si el mismo ordenamiento jurídico anticipa la personalidad para efectos patrimoniales, con mayor razón se imponía anticipar la personalidad para hacerlo titular de derechos fundamentales? ¿Realmente se tuvieron en cuenta todos los medios posibles de protección de la dignidad de la mujer antes de acudir al aborto en los casos de violación? En la Sentencia C-551 de 2003 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett), en la que la Corte determinó la imposibilidad del voto en blanco en los referendos constitucionales, cuando alude a la necesidad de proteger la abstención (sin duda alguna se debe promover todo tipo de expresión política dentro de las reglas de juego democráticas y jurídicas), ¿por qué se desconoció el claro fin constitucional de promover la participación (Preámbulo, arts. 1, 2, 40, 41, 95 num. 5, 107, 258, entre otros) y se inclinó a favor de la abstención, promoviendo con ello una clara infracción a la igualdad? En la Sentencia C-039 de 2004 (M.P. Rodrigo Escobar Gil) se resolvió la constitucionalidad de parte del artículo 146 de la Ley 769 de 2002, que cambió el régimen de medidas cautelares en procesos ordinarios por accidentes de tránsito: ¿por qué la Corte optó por la protección de la potestad de configuración del legislador en contra, a nuestro modo de ver, del derecho fundamental de acceso efectivo a la administración de justicia?

5) Con el uso de la ponderación se corre el riesgo de que el órgano jurisdiccional invente un conflicto entre derechos o principios con el propósito de ponderar y aparentar cierto autocontrol racional, cuando de antemano existen soluciones establecidas por el mismo ordenamiento jurídico.

6) Se erige en problema no tanto de la ponderación sino de un sector de la doctrina la separación radical de este método de la subsunción. Se llega a afirmar, de manera excluyente, que el modo de aplicar las reglas es la subsunción y el de los principios la ponderación<sup>64</sup>. Pero, ¿qué sería de la pon-

64 Señala Bernal Pulido, ob. cit., supra nota 33, 115: “Mientras las reglas se aplican mediante subsunción, la manera de aplicar los principios es la ponderación”. Igualmente Alexy, ob. cit., supra nota 62, 96-103.

deración sin la subsunción para la aplicación de la regla adscrita resultante de la ponderación? Basta analizar la estructura de la ley de colisión<sup>65</sup> para determinar que su resultado es una norma tipo regla donde el supuesto de hecho son las circunstancias del caso específico en que se da el conflicto y la consecuencia jurídica es la precedencia de un principio (o mayor peso) sobre otro principio bajo esas mismas circunstancias.

Ponderación y subsunción no son métodos incompatibles, todo lo contrario, se requieren mutuamente. La subsunción necesita de la ponderación como uno de los medios para determinar la razonabilidad de la decisión, y la ponderación requiere de la subsunción como paso final del proceso que busca aplicar la regla que dirima el conflicto de principios en el caso concreto<sup>66</sup>. En este sentido resultan importantes las palabras de Alexy:

*“Comoquiera que, según la ley de colisión, establecer una relación de precedencia condicionada es siempre establecer una regla construida con ocasión del caso concreto, debe concluirse que el nivel de los principios y el nivel de las reglas de ningún modo están separados. Resolver un caso mediante la ponderación significa decidirlo por medio de una regla que se fundamenta teniendo en cuenta los principios que juegan en principio contrario”<sup>67</sup>.*

Es posible inscribir a Alexy entre los defensores de un uso moderado de la ponderación en la medida en que hace de ella un medio que suministra pautas (no definitivas) para determinar lo que resulta relevante y debe ser sometido a la argumentación racional<sup>68</sup>. El problema radica, así lo estimamos, en la defensa de una noción débil de principios.

Para Alexy, el mayor peso de un principio sobre otro se puede determinar a través de tres elementos: la fijación de la importancia de los principios en colisión, el peso abstracto del principio de acuerdo a la jerarquía de la fuente que lo consagra y a los valores sociales positivos y, finalmente, la *“seguridad o certeza de las apreciaciones empíricas concernientes al grado en que la medida analizada implica tácticamente la falta de satisfacción del primer principio y la*

65 *“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 R”*: ibid., 100.

66 Sobre las relaciones entre la ponderación y la subsunción, cfr. Juan José Moreso, *Conflictos entre principios constitucionales*, en *Neoconstitucionalismo(s)*, 120-121 (Miguel Carbonell, Ed., Trotta, Madrid, 2003); Luis Prieto Sanchís, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, 193 (Trotta, Madrid, 2003); Mauricio García F., *Principios y positivismo jurídico*, 198-199 (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998).

67 Ob. cit., supra nota 52, 100-101.

68 Señala Alexy, ob. cit., supra nota 6, 168, frente a la ponderación: *“La ley de la ponderación en tanto tal no formula ninguna pauta con cuya ayuda pudieran ser decididos definitivamente los casos. Pero, el modelo de ponderación como un todo proporciona un criterio al vincular la ley de la ponderación con la teoría de la argumentación jurídica racional. La ley de la ponderación dice qué es lo que debe ser fundamentado racionalmente”*.

*satisfacción del segundo en las circunstancias del caso concreto*<sup>69</sup>. No es del caso analizar cada uno de estos tres criterios, pero estimamos pertinentes algunas preguntas:

¿Podrá la mayor jerarquía de un enunciado que incorpora un principio determinar, de manera directamente proporcional, el mayor peso de un principio sobre otro cuando, a la vez, son menos claras las diferencias entre los principios constitucionales (que están en su texto) y los principios legales (consagrados en la ley)? ¿Acudir a la jerarquía no es evocar los mismos elementos teóricos del modelo de reglas ampliamente criticados? ¿Si se acepta que a la jerarquía de fuentes subyace una disputa política por el monopolio en la creación de normas jurídicas, la consagración de un principio en una determinada fuente formal evita la intervención de consideraciones políticas en el uso de la ponderación? ¿Se podrá acudir a la noción de valores sociales positivos al margen de los problemas de fijación del contenido de esos valores? ¿La noción de valores sociales positivos no puede ser una remembranza de consideraciones morales cognoscitivistas que justificaron (siguen justificando) decisiones mayoritarias en contra de los derechos de las minorías?

## **b. CONTROLES A TRAVÉS DE LA ARGUMENTACIÓN**

Es imposible, por numerosas, hacer mención a las principales reflexiones acerca de la teoría y práctica de la argumentación jurídica y su relación con la ponderación<sup>70</sup>, pero, en todo caso, resulta claro que para acotar (imposible eliminar) el ejercicio de la discrecionalidad es necesaria una teoría de los principios que los asuma como normas jurídicas, y acompañar su aplicación con la argumentación.

La argumentación es una herramienta fundamental para el ejercicio de controles a la actividad judicial. Como se advirtió, en la ponderación se trata de determinar las *razones suficientes* para fijar el mayor peso de un principio sobre otro. Frente a la pregunta acerca de cómo fijar esas razones suficientes una de las posibilidades más importantes dentro de la literatura contemporánea es la argumentación jurídica. Es amplísima la doctrina referida a la argumentación, pero para estos efectos sólo interesa señalar que en la propuesta de Atienza subyace un ejemplo del ya mencionado equilibrio epistemológico por cuanto sugiere que en la argumentación deben confluir varias perspectivas del derecho: estructural, funcional y valorativa, que co-

69 Bernal Pulido, ob. cit., supra nota 33, 117-119.

70 Se recomienda la lectura del importante debate entre Prieto Sanchis, García Amado y Bernal Pulido a través de sus textos *El constitucionalismo de los derechos*, *Derechos y pretextos*, y *Refutación y defensa del neoconstitucionalismo*, respectivamente, todos en *Teoría del neoconstitucionalismo* (Trotta, Madrid, 2007).

rresponden a tres concepciones de la argumentación: formal, pragmática y material<sup>71</sup>.

En síntesis, la argumentación debe representar el pluralismo y el equilibrio epistemológico anunciado al principio de estas ideas: debe demostrar el uso conjunto de estas tres perspectivas: fenomenológica (cuál es la realidad política y social observada por el operador a efectos de compararla con la realmente existente), axiológica (cuál es el deber moral advertido por el operador jurisdiccional y si el mismo tiene relación con el deber al que aspira una sociedad) y lógica (cuál es el deber jurídico que el operador considera debe proteger y su coherencia con el deber jurídico impuesto por todo el ordenamiento).

Quienes se encuentran familiarizados con el modo de argumentación de la Corte Constitucional habrán advertido que en algunas oportunidades hay una elección no argumentada en favor de alguno de los anteriores campos (justificativo, sociológico o jurídico) sin atender a las consecuencias derivadas de su uso conjunto. Es fundamental, como lo señala Atienza, que la argumentación demuestre en lo posible un equilibrio entre esos niveles.

Ponderación sin argumentación se puede representar como un juego de ajedrez en el que se le vendan los ojos a uno de los contrincantes, esto es, no se le suministra información alguna sobre los movimientos de su rival. La argumentación es la exigencia de exteriorización de los motivos de la decisión que facilitará un control por parte de su destinatario a través de los recursos establecidos en el ordenamiento. De lo expuesto se puede señalar que las razones suficientes deberán reflejar un equilibrio entre el derecho que es, el que debe ser y el que opera en la realidad.

En pasada oportunidad se propuso a modo de *lege ferenda* la necesidad de exigir a todo juez una argumentación que demostrara el uso armónico o integral de argumentos políticos, axiológicos y jurídicos. El texto sería el siguiente: “*La argumentación es un derecho fundamental del cual depende el debido proceso, por lo que todo servidor público está obligado, salvo las excepciones legales, a expresar conjuntamente las razones políticas, morales y jurídicas que motivan la adopción de sus decisiones*”.

---

71 Expresa Manuel Atienza, *Derecho y argumentación*, 50-51 (Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1997): “*El hecho de que se trate de tres concepciones distintas de la argumentación no significa exactamente que sean incompatibles entre sí. Más bien me parece que habría que tratarlas como complementarias, en el sentido, por ejemplo, de que una teoría adecuada de la argumentación jurídica no puede dejar de considerar ninguno de esos tres enfoques. Por lo demás, me parece que hay no pocas cuestiones que se plantean en el ámbito de la argumentación jurídica, que podrían clarificarse teniendo en cuenta esas tres perspectivas*”.

## **CONCLUSIONES**

Los principios y la ponderación son dos de los temas de mayor interés dentro de la dogmática y la filosofía jurídicas en el contexto del Estado social, democrático y constitucional de derecho. Su estudio conjunto debe estar encaminado al fortalecimiento de límites a la discrecionalidad judicial que tiene el titular de la función jurisdiccional en fase de control constitucional. En ese sentido se sugiere una teoría de la ponderación moderada (sólo se aplica en casos de conflictos entre principios) y limitada teórica y metodológicamente. A nivel teórico, se debe reconocer un concepto fuerte de principios, entendidos como normas jurídicas que pertenecen al bloque de constitucionalidad, que determinan la validez de las restantes normas del ordenamiento, de aplicación directa y, excepcionalmente, en los casos de conflicto con otros principios, por ponderación; a nivel metodológico, se deben formular reglas o directivas de segundo grado referidas a la ponderación y, seguidamente, se debe fortalecer una teoría de la argumentación que exija la fundamentación de las razones justificativas, funcionales y jurídicas que acompañan a la realización de los juicios de necesidad, adecuación y proporcionalidad en sentido estricto.

**BIBLIOGRAFÍA**

- Aarnio, Aulis, *Derecho, racionalidad y comunicación social* (2ª ed., Fontamara, México, 2000).
- Aguiló, Regla. Josep, *Teoría general de las fuentes del derecho* (Ariel, Barcelona, 2000).
- Alchourrón, C. & Bulygin, E., *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales* (Astrea, Buenos Aires, 1975).
- Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales* (Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993).
- Alexy, Robert, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios* (Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003).
- Aragón, Reyes, *El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad* (Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1997).
- Atienza, Manuel y Ruiz, J., *Las piezas del derecho* (2ª ed., Ariel, Barcelona, 2004).
- Atienza, Manuel, *Derecho y argumentación* (Universidad Externado de Colombia, 1997).
- Bayles, Michael, *Principles of Law. A Normative Analysis* (Reidel, 1987).
- Bernal Pulido, Carlos, *Refutación y defensa del neoconstitucionalismo*, en *Teoría del neoconstitucionalismo* (Miguel Carbonell, Ed., Trotta, Madrid, 2007).
- Bernal Pulido, Carlos, *Consideraciones acerca de la fórmula de la ponderación de Robert Alexy*, en *La ponderación en el derecho* (Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008).
- Bernal Pulido, Carlos, *El derecho de los derechos* (Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005).
- Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales* (3ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007).
- Bobbio, Norberto. *Teoría general del derecho* (Debate, Madrid, 1991).
- Del Vecchio, Giorgio, *Los principios generales del derecho* (3ª ed., Bosch, Barcelona, 1971).
- Dworkin, Ronald, *A Matter of Principle* (Clarendon Press, Oxford, 1986).
- Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio* (Ariel, Barcelona, 1984).
- Esser, Josef, *Principio y norma en la creación jurisprudencial del derecho privado* (Bosch, Barcelona, 1991).
- Estrada V., Sergio, *De la jerarquización filosófica de los valores a la coordinación jurídica de los principios*, en [www.filosofíayderecho.com](http://www.filosofíayderecho.com) N° 8.
- Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías* (2ª ed., Trotta, Madrid, 2001).
- Ferrajoli, Luigi, *La teoría del derecho en el sistema de los saberes jurídicos*, en *La teoría del derecho en el paradigma constitucional* (Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2008).
- García Amado, Juan Antonio, *Derechos y pretextos*, en *Teoría del neoconstitucionalismo* (Miguel Carbonell, Ed., Trotta, Madrid, 2007).
- García De Enterría, Eduardo, *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho* (Civitas, Madrid, 1986).

- García F., Alfonso, *Principios y positivismo jurídico* (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998).
- García F., Mauricio, *La teoría del derecho en tiempos del constitucionalismo*, en *Neoconstitucionalismo(s)* (Miguel Carbonell, Ed., Trotta, Madrid, 2003).
- Gascón A., Marina, *Fuentes del derecho*, en *Lecciones de Teoría del Derecho* (Jerónimo Betegón Carrillo et al., McGraw-Hill, Madrid, 1997).
- Guastini, Riccardo, *Distintuendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho* (Gedisa, Barcelona, 1999).
- Guastini, Riccardo. *Le fonti del diritto e l'interpretazione* (Giuffrè, Milano, 1993).
- Guibourg, Ricardo, *Fuentes del derecho*, en *Derecho y justicia* (2ª ed., Ernesto Garzón Valdés y Francisco Laporta, Eds., Trotta, Madrid, 2000).
- Häberle, Peter, *El Estado constitucional* (Astrea, Buenos Aires, 2007).
- Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez* (Trotta, Madrid, 1998).
- Kriele, Martín, *Introducción a la teoría del Estado* (Depalma, Buenos Aires, 1980).
- Monroy Cabra, Marco Gerardo, *Introducción al Derecho* (14ª ed., Temis, Bogotá, 2006).
- Montoya Caballero, Ana María, *Ventajas del método de la ponderación*, en *La ponderación en el derecho* (Eduardo Montealegre Lynett, Coord., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008).
- Moreso, Juan José, *Conflictos entre principios constitucionales*, en *Neoconstitucionalismo(s)* (Miguel Carbonell, Ed., Trotta, Trotta, 2003).
- Nino, Carlos S., *Derecho, moral y política* (Ariel, Barcelona, 1994).
- Peces-Barba, Gregorio, *Derecho y derechos fundamentales* (Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993).
- Perelman, Chaïm, *La lógica jurídica y la nueva retórica* (Civitas, Madrid, 1979).
- Prieto Sanchís, Luis, *Apuntes de Teoría del Derecho* (Trotta, Madrid, 2005).
- Prieto Sanchís, Luis, *Constitucionalismo y positivismo* (Fontamara, México, 1997).
- Prieto Sanchís, Luis, *El constitucionalismo de los derechos*, en *Teoría del neoconstitucionalismo* (Trotta, Madrid, 2007).
- Prieto Sanchís, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales* (Trotta, Madrid, 2003).
- Prieto Sanchís, Luis, *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, en *Neoconstitucionalismo(s)* (Trotta, Madrid, 2003).
- Prieto Sanchís, Luis, *Réplica a Juan Antonio García Amado*, en *Teoría del neoconstitucionalismo* (Miguel Carbonell, Ed., Trotta, Madrid, 2007).
- Rubio, Francisco, *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)* (Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993).
- Ruiz Manero, Juan, *Principios jurídicos*, en *El derecho y la justicia* (2ª ed., Ernesto Garzón Valdés y Francisco Laporta, Eds., Trotta, Madrid, 2000).
- Uprimny, Rodrigo, *Autoridad y poder del juez: sentencias con dimensión humana*, en *Perfiles Liberales* N° 49 (septiembre-octubre 1996).

Vigo, Rodolfo Luis, *Interpretación constitucional* (2ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires).

Vigo, Rodolfo, *Los principios jurídicos* (De Palma, Buenos Aires, 2000).

Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil* (2ª ed., Trotta, Madrid, 1997).