

**“Las tensiones entre las perspectivas axiológica y deontológica del
derecho y el modelo de principios en Colombia”**

DIANA CAROLINA GALINDO POBLADOR

**Trabajo de grado presentado para optar el título de Magister en
Derecho**

**Oscar Mejía Quintana
Director**

**UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO, CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES
MAESTRIA EN DERECHO
2010**

Agradecimientos:

A Quien todo lo puede y a quienes lo pueden con Él.

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	<u>3</u>
CAPITULO 1	<u>8</u>
Principios, jerarquización y modelos de decisión: análisis teórico	
1.1. El paradigma neocontractualista de John Rawls.	<u>9</u>
1.2. El paradigma interpretativo Ronald Dworkin	<u>16</u>
1.3. Habermas: democracia liberal y principios	<u>22</u>
1.4. Los principios en la decisión judicial	<u>31</u>
1.4.1 La teoría de la Ponderación: Robert Alexy	<u>32</u>
CAPITULO 2	<u>39</u>
Corte Constitucional: crítica y perspectiva	
2.1. Corte Constitucional y su rol de guardián	<u>39</u>
2.1.1 Poder legislativo y control de constitucionalidad	<u>40</u>
2.1.2. Control judicial de constitucionalidad	<u>44</u>
2.2. Modelo de decisión constitucional y principios	<u>48</u>
2.2.1 Modelos decisorios	<u>53</u>
CAPITULO 3	<u>64</u>
Fracaso del modelo de principios y complejidad	
3.1. Las posibilidades del modelo de principios en Colombia	<u>64</u>
3.1.1. La constitución de 1991	<u>66</u>
3.2. El legislativo y el modelo de principios	<u>68</u>
3.3 Conclusiones	<u>74</u>
Bibliografía	<u>78</u>

INTRODUCCION

La importancia del Tribunal Constitucional dentro de un Estado democrático es evidente. Este propende a la defensa de la Constitución, o por lo menos, de su integridad. En Colombia dicha defensa ha ido desplazándose a lo largo del tiempo. En un principio, posiblemente influenciada por las corrientes de la exégesis y buscando conservar la integridad del texto y el espíritu del legislador, se encontró en cabeza del Congreso en pleno y luego del Senado.

Posteriormente fueron los tribunales los encargados de la guarda, ya no sólo del texto y de su integridad, sino de su supremacía dentro del sistema jurídico. Es a partir del Acto Legislativo número 3 del 31 de octubre de 1910, que reformó la Constitución de 1886, cuando se le asigna esta tarea a la Corte Suprema de Justicia.

Este Acto Legislativo, en su artículo 40, introduce la noción de la superioridad constitucional dentro del ordenamiento jurídico al establecer que, en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley, se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales. El artículo 41 determina que el mecanismo del cual se valdría la Corte Suprema de Justicia para llevar a cabo “la guarda de la integridad de la Constitución” sería la decisión definitiva sobre la exequibilidad de los actos legislativos que hayan sido objetados por el gobierno o sobre todas las leyes o decretos acusados ante ella por cualquier ciudadano. Posteriormente, esta tarea se asigna directamente a la Sala

Constitucional de la Corte Suprema (Acto Legislativo número 1 del 25 de 1924).

Es a partir de la expedición de la Constitución de 1991 cuando se crea una Corte autónoma encargada de la guarda de la Constitución, no sólo de su integridad sino de mantener su supremacía. Además, con la inclusión de los catálogos de derechos dentro de las Constituciones, la Corte adquirió un papel importante en la garantía de los derechos constitucionales y de las condiciones que posibilitarían el ejercicio de los mismos. Su importancia dentro de un Estado democrático es indudable.

Es por la conciencia de dicha importancia que a lo largo de la corta historia de la Corte Constitucional colombiana se han generado debates en torno a la metodología y la postura epistemológica que debe tomarse con respecto a la decisión judicial. Estos debates, de amplia trascendencia, se han visto reflejados, la mayor parte de las veces, en el cambio de líneas jurisprudenciales. Otra de las discusiones que ha cobrado fuerza es la de la aplicación de los principios (y no sólo de reglas) dentro de las decisiones judiciales, respondiendo a las nuevas teorías del derecho.

No obstante, la tarea emprendida por la Corte no ha sido exitosa, o por lo menos, ha tenido poca aceptación en el resto del ordenamiento jurídico. Es más, al interior de la Corte ha sido problemática la elección de un modelo de principios y de una fórmula para solucionar los conflictos entre este y las normas o principios entre sí. Frente a la primera problemática, la Corte ha aceptado la existencia de los principios dentro del texto constitucional y la prevalencia que, como parte de la Constitución, tiene sobre el ordenamiento jurídico. No

obstante, el desarrollo no ha logrado permear el resto del ordenamiento jurídico sino en algunos temas, especialmente en materia de derechos laborales y de unas cuantas libertades. En relación con lo segundo, la jurisprudencia se inclinó en dos diferentes momentos hacia posturas de orden deontológico y posteriormente hacia posturas axiológicas, que predominan hasta este momento.

La pregunta que trata de responder esta investigación es si ha fracasado el alto tribunal en la implementación de un modelo de principios dentro del Sistema Jurídico colombiano y cuál ha sido el desarrollo de la Corte con respecto a los conflictos entre normas y principios o entre principios entre sí. Además, si el desconocimiento de aspectos relevantes de las teorías sobre la interpretación ha provocado una mayor tensión social y política, lejos de lograr que la jurisprudencia de la Corte Constitucional logre dar unidad y coherencia al sistema jurídico y garantizar la justicia material.

Hipótesis de trabajo

Las teorías del derecho contemporáneo han planteado la necesidad de incluir los principios como un elemento integrador del sistema, los cuales permean el sistema jurídico y le permiten guardar la coherencia que garantice condiciones de justicia formal y material frente a la sociedad.

En aquellos sistemas en los cuales se ha reconocido el papel de los principios, con miras a consolidar un sistema jurídico coherente, aparece un dilema con respecto a la interpretación de los principios pertenecientes al mismo: asumir, de una parte,

*una perspectiva deontológica que, en una tradición rawlsiana, dworkiniana y habermasiana, se inclina por un modelo de justicia constitucional que, justificando el peso de los principios discursiva, racional y argumentativamente, propenda a **decisiones justas para todos**, o de otra, una perspectiva axiológica que, en la línea de Alexy y la metodología de trabajo del Tribunal Constitucional alemán, interpreta los principios y los derechos fundamentales como bienes jurídicos optimizables en vez de principios jurídicos deontológicos, convirtiendo el derecho en un medio de realización de patrones de vida buena y proporcionando con ello **decisiones buenas para algunos**, con lo cual, antes de reducir la complejidad del sistema jurídico, se lo sobrecarga de expectativas sociales que no puede cumplir. Corre así el riesgo de no garantizar efectivamente la justicia material.*

Esta falta de precisión ha dado lugar en Colombia al fracaso del modelo de principios planteado en el texto constitucional de 1991 y en la actual teoría jurídica.

En el sistema jurídico colombiano se ha reconocido la existencia de los principios, sin que hasta el momento estos hayan podido garantizar condiciones de justicia para todos. El resultado es la generación de grandes tensiones, el aumento de la complejidad dentro del sistema y la falta de uniformidad en la jurisprudencia constitucional, acelerando con ello procesos de deslegitimación jurídico-política y social que desestabilizan tanto el sistema jurídico como el político e incrementando la inestabilidad del sistema social en su conjunto.

Para llevar a cabo lo planteado anteriormente, desarrollaré el siguiente itinerario.

En el primer capítulo retomaré la idea de los principios dentro del derecho desde las teorías del derecho contemporáneo, así como desde las teorías sobre la interpretación constitucional. En este campo, profundizaré especialmente en las posturas de autores como John Rawls, Ronald Dworkin, Robert Alexy y Jürgen Habermas y plantearé la discusión entre los modelos de decisión de Corte axiológico y deontológico.

El segundo capítulo es de carácter descriptivo. Haré un recuento del rol de control constitucional en Colombia, su importancia y los cambios que se han realizado a lo largo de la existencia de este mecanismo, así como los surgidos con la aparición del modelo de principios.

El capítulo tercero será conclusivo. En este se intentará determinar cuáles han sido las deficiencias del sistema jurídico colombiano con relación a la aplicación del modelo de principios a partir de la discusión entre las posturas axiológicas y deontológicas de la Corte Constitucional y la actividad legislativa en nuestro país.

CAPITULO 1
PRINCIPIOS, JERARQUIZACIÓN Y MODELOS DE DECISIÓN:
ANALISIS TEÓRICO

Introducción

La teoría moderna del derecho ha planteado la necesidad de que el sistema jurídico no sea concebido únicamente como un conjunto de reglas (entendidas éstas como manifestaciones de voluntad del legislador y fórmulas de regulación social), sino que incluya otras formas de regulación o de existencia jurídica, como los denominados principios.

Los principios son representaciones de la moralidad política de la sociedad y su función es la de permear el ordenamiento jurídico dotándolo de coherencia y solidez. Sin embargo, la creación de un modelo de principios no es asunto sencillo. Debe, en primer lugar, hacerse dentro de una sociedad organizada y por conducto de un Estado democrático y, en segundo lugar, obtener dichos principios a través del consenso.

La idea de la coexistencia de principios y reglas no es nueva. Ha tenido que enfrentarse a la permanencia de los modelos positivistas del derecho que limitan la estructura del sistema jurídico a un conjunto de reglas, ordenadas, emanadas de la voluntad del legislador y coherentes con una norma fundamental que regularmente se confunde con la

existencia de una Constitución¹. Es por esto que se hace necesario resaltar la nueva teoría y mostrar las formulaciones más importantes que respaldan la existencia de otras formas de pensar el derecho y específicamente el sistema jurídico. A continuación haré una síntesis de las teorías que considero más significativas sobre el tema: las de John Rawls, Ronald Dworkin y Jürgen Habermas.

1.1 El paradigma neocontractualista de John Rawls

El paradigma neocontractualista de John Rawls se fundamenta en los modelos contractualistas clásicos, pero con una mejora sustancial que intenta superar sus debilidades. Rawls desliga el contrato social hobbesiano de sus preceptos iusnaturalistas y le da connotación moral al criterio de legitimación de los modelos de Locke y Rousseau, desechando toda posibilidad de arbitrariedad y corrigiendo la postura kantiana de la fundamentación monológica del criterio de legitimación fáctico.²

En la primera parte de la *Teoría de la justicia*, su principal obra, desarrolla la concepción de Posición Original como mecanismo para encontrar un consenso contrafáctico, consenso entendido como opuesto al simple acuerdo de mayorías. En ese consenso contrafáctico, se establecerán los principios de justicia que deben orientar las

¹ Con frecuencia, la Teoría Pura del Derecho ha sido mal interpretada, y dentro de sus múltiples malformaciones se encuentra la idea de la coincidencia de la norma fundamental y la constitución.

² Mejía Quintana, Óscar. Justicia y democracia consensual. La teoría neocontractualista en John Rawls. Bogotá: Ediciones Uniandes, Siglo del Hombre Editores. 1997.

instituciones sociales y los procesos legales³. Este constructo contiene varios elementos. El primero, un conjunto de personas libres e iguales, y el segundo, una serie de condiciones no reales que se constituyen en una condición para la deliberación.

Estas personas se encuentran en una situación en la cual deben asumir ciertas restricciones que son llamadas por Rawls “*restricciones del concepto de lo justo*”⁴ cuya función es la de permitir la escogencia de los principios⁵. Las restricciones planteadas por Rawls son cinco: En primer lugar los principios deben ser *generales*, es decir, formulables a través de propiedades y relaciones generales que les permita servir como base pública perpetua de una sociedad bien ordenada.

En segundo lugar, deben ser *universales en su aplicación*, es decir que valgan para todos por ser personas morales, limitando el grado de complejidad que puedan tener. La tercera condición es que sean principios de *carácter público*, que sean aceptados como resultado del acuerdo, públicamente reconocidos y totalmente efectivos.

La cuarta condición la encuentro particularmente importante; una concepción de lo justo para Rawls “*debe imponer una ordenación de las demandas conflictivas. Esta necesidad surge directamente del papel que desempeñarían sus principios para concertar las demandas*

³ Rawls, John. Teoría de la justicia. México: Fondo de Cultura Económica. 1979. Pág. 35-40

⁴ *Ibíd.* Pág. 129

⁵ Rawls propone la existencia de estas restricciones por la función que estos cumplirán dentro de la sociedad “*la adecuación de estas condiciones formales se deriva de la misión que tienen los principios de justicia de resolver las demandas que las personas se hacen unas a otras, y a sus instituciones. Si los principios de la justicia han de desempeñar su apel de asignar derechos y deberes básicos y de determinar la división de las ventajas, entonces estas demandas serán completamente naturales*” Cfr. Rawls, John. Teoría de la Justicia. México: fondo de cultura económica. 1979. Pag.130

*competitivas*⁶. La justicia, debe estar en capacidad de ordenar las demandas de acuerdo con aspectos relevantes “*independientes de su situación social o de su capacidad para intimidar o coaccionar*”.

Por último, los principios deben tener un carácter definitivo, no existen normas más elevadas sobre las cuales deban modificarse, están por encima del derecho, la costumbre o las reglas sociales en general. Una vez se han especificado estas condiciones, Rawls considera en términos generales que una condición de lo justo “*es un conjunto de principios, de forma general y universales en su aplicación que han de ser públicamente reconocidos como tribunal final de apelación para jerarquizar las demandas conflictivas de las personas morales. Los principios de justicia se identifican por el papel que desempeñan y por los sujetos a los que se aplican*”⁷.

Una vez definidas las condiciones formales de lo justo, Rawls establecerá el procedimiento que permita que, sin importar cuales son los principios que se convengan, estos sean justos. Para ello recurre a lo que denomina “velo de ignorancia”, que tiene por objeto darles a las personas los lineamientos de la información que deben o no tener y eliminar las contingencias naturales o sociales que puedan utilizar en su propio provecho⁸. Por ejemplo, deben tener información sobre el plan racional de vida, pero no conocimiento sobre su “ser” (sexo, raza, capacidad...) con el fin de garantizar el bien general. El velo de ignorancia permite poner a la persona en la peor situación e introduce la incertidumbre y el azar en la sociedad.

⁶ *Ibíd.* Pág. 133

⁷ *Ibíd.* Pág. 134

⁸ *Ibid.* Pág. 135

Para evitar críticas y nivelar la situación para que la deliberación sea lo más neutral posible aunque no abstracta, Rawls introduce los “bienes sociales primarios”⁹, que pretenden ser criterios para la selección imparcial de los principios de justicia. Estos principios de justicia cumplen la función de informar no sólo el sistema jurídico sino de alimentar otros principios que asegurarán la justicia como virtud de las instituciones sociales mediante “la formulación de restricciones en cuanto a la forma como las prácticas pueden definir posiciones y cargos, asignando con ello poderes y responsabilidades, derechos y deberes”¹⁰.

Rawls plantea la existencia de dos principios de justicia, no exclusivos: primero, cada persona que participa en una práctica, o que se ve afectada por ella, tiene igual derecho a la más amplia libertad compatible con una similar libertad para todos y segundo, las desigualdades son arbitrarias, a no ser que pueda razonablemente esperarse que redundarían en provecho de todos, y siempre que las posiciones y cargos a los que están adscritas, o desde los que pueden conseguirse, sean accesibles a todos¹¹. Una característica básica de los principios dentro del pensamiento de Rawls y que será clave en nuestra argumentación en adelante, es que se trata de principios jerarquizados no ponderables

Un segundo momento, al que Rawls denomina jurídico-político¹², se inicia con las deliberaciones en el congreso legislativo a partir de los principios de justicia. Estos principios, como ya se ha dicho, deben

⁹ *Ibíd.* Pág. 167

¹⁰ Rawls, John. Justicia como equidad, en *Revista Española de control externo Vol 5 N° 13*, Madrid: Tribunal de Cuentas. Pág. 129-158.

¹¹ *Ibíd.* Pág. 130

¹² Mejía Quintana, Óscar. El paradigma consensual del Derecho en la Teoría de la Justicia de John Rawls, en Rawls, John. *El derecho de los pueblos*. Bogotá: Universidad de Los Andes. 1996. Pág.42-49

desde ese momento permear todas las instituciones para hacerlas justas¹³.

Para que esto se lleve a cabo, Rawls introduce la idea de un “consenso traslapado” o entrecruzado, que se da entre doctrinas razonables y comprensivas (entendiéndolas como visiones omnicomprendivas, no sólo de comunidad o asociación, que incluyen doctrinas religiosas que afirman la libertad de conciencia y defienden las libertades constitucionales básicas y doctrinas filosóficas liberales¹⁴). Los agentes deben tomar la posición de sujetos duraderos, mayores de edad, y poseer una racionalidad estratégica persiguiendo su propio interés pero con la capacidad de ser altruistas y considerando una unanimidad perpetua.

De aquí surgen los principios de justicia social que regularán los derechos y deberes de las sociedades en la búsqueda de sociedades bien ordenadas, reguladas por principios de justicia conocidos por todos. Estos principios de justicia tienen la categoría kantiana de imperativos categóricos con la pretensión de ser universales.

Para Rawls, estos principios son jerarquizados y no ponderables. Para ello, el tratadista recurre a las normas de prioridad, instrumentos por medio de los cuales se hace efectiva la aplicación de los principios y se resuelven las pugnas entre ellos. La primera norma de prioridad es la de la libertad. En esta, los principios de justicia han de ser clasificados en un orden lexicográfico, lo que da lugar a que las libertades sólo puedan ser restringidas a favor de la libertad en sí misma y una vez satisfecha.

¹³ *Ibíd.* Pág.43

¹⁴ Rawls, John. *La justicia como equidad. Una reformulación.* Buenos Aires: Paidós. 200. Pág. 59-60

La segunda norma de prioridad es la de la justicia sobre la eficacia y el bienestar. Así pues, la justicia es lexicográficamente anterior a la eficacia.

Los principios dentro de la teoría de la justicia juegan un papel preponderante. No son sólo un fundamento extrasistémico del orden jurídico, sino que además se integran a este, convirtiéndose en un criterio de interpretación y, a través de la configuración de la razón pública, contribuyen a la legitimación misma del Estado.

La razón pública se configura a partir de los principios de justicia y se constituye en la manifestación de la razón de los ciudadanos en “pie de igualdad”¹⁵ que, como colectivo, ejercen el poder político final (a través de la ley y el cambio constitucional) con relación a aquellos temas que implican “elementos constitucionales esenciales”. De ahí que los principios garanticen no sólo la unidad del sistema jurídico, sino también a la sociedad como tal, garantizándole además niveles de justicia básica.

No obstante, existen otros principios igualmente importantes que acompañan los de justicia en la constitución de la razón pública. Estos son los principios de razonamiento y las reglas de evidencia. Estos principios y reglas son los que le permiten a los ciudadanos determinar si los principios de justicia son aplicados adecuadamente e identificar las leyes y políticas que mejor los satisfacen¹⁶.

¹⁵ Rawls, John. *Liberalismo político*. México: Fondo de Cultura Económica. Quinta reimpresión. 2006. Pág. 204

¹⁶ *Ibid.* Pág. 213.

La razón pública y los principios de justicia son, para Rawls, partes complementarias del consenso. Le permiten su permanencia y lo legitiman en el momento en que es refrendado por lo ciudadanos. Son elementos que permiten la permanencia de la Constitución.

Según Rawls, la Constitución está definida a partir de sus elementos esenciales:

1. Principios fundamentales que especifican la estructura general de gobierno y el proceso político: los tres poderes, así como el alcance del gobierno de la mayoría.

2. Derechos y libertades básicos de la ciudadanía, en pie de igualdad, que la mayoría legislativa debe respetar, así como las protecciones del estado de derecho¹⁷.

Con relación a este segundo punto, Rawls aclara que los principios de justicia son diferentes cuando especifican derechos y libertades básicas para ciudadanos en pie de igualdad y cuando entran a regular asuntos de justicia distributiva tales como las desigualdades sociales y económicas. Cuando se trata de los primeros, los principios de justicia cumplen una función reguladora de las formas de adquisición del poder político y limitan su ejercicio. En relación con los principios de justicia distributiva, los principios de justicia regulan el entorno en el que debe ejercerse la justicia social y económica.

Como se ha visto, el papel de los principios en Rawls es fundamental para el derecho y, además, para el desarrollo y subsistencia de la

¹⁷ *Ibíd.* Pág. 217.

democracia. Los principios no solo implican una formulación jurídica sino que atraviesan el modelo democrático y político para hacerlos coherentes y comprensivos entre sí.

1.2. El paradigma interpretativo de Ronald Dworkin

Dworkin plantea una teoría del derecho en la cual afirma que es imposible mantener la idea de la distinción neta entre derecho y moral, así como la distinción entre el discurso de los jueces y la argumentación moral¹⁸. Pone el acento de su tesis en el papel de los jueces y en que, como fenómeno social, el derecho es una práctica argumentativa. Postula una serie de críticas hacia el positivismo jurídico reinante para la época en que se publica su obra *Taking Rights Seriously*, considerando que el derecho no es un mero conjunto de normas, sino que, dentro de éste, coexisten normas y principios que representan exigencias de justicia.

Es precisamente por la existencia de normas y de principios que cualquier controversia puede ser resuelta sobre la base del derecho existente. Toda controversia admite una única respuesta correcta o justa. La decisión judicial se mueve dentro del margen dado por las normas y los principios, que son la base para la solución de casos difíciles.

Ronald Dworkin hace un conjunto de variaciones al paradigma neocontractualista de Rawls. Parte de la idea rawlsoniana de un Estado inicial donde ya coexisten un conjunto de valores y principios. Estos determinan una moralidad política que, para Dworkin, se va a ver reflejada en la función de juez y en la decisión judicial, donde se

¹⁸ Guantini, Ricardo. Distinguiendo estudios de teoría y metateoría del derecho. Barcelona: Editorial Gedisa. 1999. Pág. 277.

encuentra la fuerza del derecho. Considera que *“las personas pueden ganar o perder más por el asentimiento de un juez que por cualquier acto general del congreso o parlamento”*¹⁹. Así mismo, *“porque la ley a menudo se convierte en lo que el juez sostiene que es”*²⁰

Introduce una lectura deontológica del derecho, es decir, una idea de derecho que emana de un conjunto de principios. El derecho es entonces “integridad”. Los jueces se encuentran obligados a identificar los deberes y los derechos legales, *“sobre la suposición de que todos fueron creados por un mismo autor (la comunidad personificada) que expresa la correcta concepción de justicia y equidad”*²¹. Ellos asumirán entonces que el derecho está estructurado como un conjunto coherente de principios sobre justicia, equidad y debido proceso (además de reglas), contenidos en la Constitución como manifestación de la voluntad de la comunidad²². Esta interpretación realizada por el juez a partir de los principios debe ser coherente con las estructuras y decisiones políticas y con la equidad política de su comunidad.

Sin embargo, la aplicación de los principios no es verificable a simple vista. De hecho, es en los “casos difíciles” donde se evidencia su existencia. Los casos difíciles son entendidos por Dworkin como aquellos en los que diferentes grupos de principios se adaptan a decisiones anteriores lo suficientemente bien como para ser consideradas elegibles. Existe, entre los operadores jurídicos, disenso

¹⁹ Dworkin, Ronald. El imperio de la justicia. Barcelona: Editorial Gedisa. 1992. Pág. 15.

²⁰ Ibid.

²¹ Ibid Pág. 164.

²² Ibid. Pág. 177.

sobre cuál de ellas es la más equitativa o justa y no existe una norma de equidad o justicia neutral que se pueda utilizar para decidir entre ellas²³.

Estos principios son clasificados por Dworkin en Principios propiamente dichos y directrices políticas y otro tipo de pautas. Los principios son estándares que han de ser observados por razones de equidad, justicia o moralidad, y las directrices políticas son estándares que proponen objetivos que han de ser alcanzados²⁴.

Los principios establecen derechos y obligaciones individuales. No son negociables y ni de aplicación inmediata. Para comprenderlos se debe acudir a los argumentos de principio: son finalidades políticas individualizadas. Mientras que las directrices políticas, son objetivos sociales que han de alcanzarse y considerarse socialmente beneficiosos²⁵, una mejora en algún aspecto social, económico o político de la sociedad²⁶.

Los principios y las normas (reglas) se diferencian, según Dworkin, por una distinción lógica, a saber, que las normas son aplicadas a manera de disyuntivas (si los hechos descritos en la norma se dan, la norma es válida y aplicable; de lo contrario, no será tenida en cuenta para la decisión), mientras que los principios no se aplican automáticamente²⁷: marcan una dirección, enuncian un razón. No establecen una consecuencia jurídica precisa, orientan las decisiones. Son de contenido

²³ *Ibíd.* Pág. 191.

²⁴ Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Editorial Ariel. 1989. Pág. 72

²⁵ *Ibíd.* Pág. 9

²⁶ *Ibíd.* Pág. 72. Dworkin considera que la interpretación en el caso de las directrices políticas, se hace a través de argumentos políticos y no de principio “*Los argumentos de principio se proponen establecer un derecho individual; los argumentos políticos se proponen establecer un objetivo colectivo. Los principios son proposiciones que describen derechos, las políticas son proposiciones que describen objetos*” (Pág. 158)

²⁷ *Ob. cit.* Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio*. Pág. 76.

indeterminado y dependen de la argumentación al momento de ser aplicados.

Estos principios y directrices políticas han sido determinados²⁸ previamente por los sujetos miembros de una sociedad. Para Dworkin, retomando la teoría de Rawls, es necesario que éstos hayan sido elegidos por un consenso mediante el cual los miembros de la comunidad buscan alcanzar los objetivos perseguidos por cada uno de ellos.

Pero, ¿cuál sería la fórmula para aplicar los principios y qué se necesitaría para solucionar la disputa entre éstos?

Para Dworkin, la interpretación en general, incluyendo aquella que se hace sobre los principios dentro de un caso concreto, debe contar con un procedimiento en el que es necesario identificar tres pasos fundamentales: en primer lugar, una etapa “preinterpretativa” en la que se identifican las reglas y normas que proporcionan el contenido provisorio de la práctica. Segundo, una etapa “interpretativa”, que establece una justificación de los elementos de la práctica identificativa.

La última etapa es “posinterpretativa”. Allí se ajusta el sentido sobre lo que se necesita en la práctica para adecuarse a la justificación de la etapa interpretativa²⁹. Así pues, sólo es posible hallar una respuesta correcta al interpretar el derecho luego de haber seguido el proceso de interpretación, ya que en últimas la función de esa interpretación de la norma es la de defender los derechos individuales³⁰.

²⁸ Ob cit. Dworkin, Ronald El imperio de la justicia. Pág. 164.

²⁹ Arango, Rodolfo. ¿Hay respuestas correctas en el derecho? Bogotá: Editorial Siglo del Hombre. 1999. *Ibíd.* Pág. 57-58.

³⁰ *Ibíd.* Pág. 54.

Cuando dentro de este proceso, se evidencia el choque de dos principios, Dworkin plantea la necesidad de determinar la “prioridad” de cada uno de ellos. El juez debe estar en capacidad de determinar la importancia de los principios en disputa y de verificar su peso relativo³¹. Sin embargo, reconoce que ésta no es una mediación exacta, sino que sirve para darle un sentido coherente con el resto del sistema. Dworkin apela a la idea de que los principios tienen “su peso” o prioridad gracias a su correspondencia con la moralidad política de la comunidad³².

En cierto sentido, la jerarquización de los principios que va a proponer Dworkin tiene coincidencias con la planteada por Rawls y se encuentra determinada por la moralidad política de una comunidad.

La moralidad política a la que Dworkin se refiere se corresponde con su concepción del liberalismo igualitario. El fin último de la comunidad organizada en un Estado es la de alcanzar el cumplimiento del principio de igualdad: que el gobierno trate a todos sus ciudadanos con la misma consideración³³.

Obviamente, la moralidad política está determinada por el consenso en el que participan los ciudadanos y determina los mecanismos para llevar a cabo este principio de igualdad. Aclara, sin embargo, que esta participación se lleva a cabo mediante la representación, dado que las sociedades contemporáneas, por su tamaño y complejidad, no podrían tomar la opinión de cada uno de los miembros de la comunidad. De allí

³¹ Op. cit. Dworkin, Ronald. Los derechos en serio. Pág. 77.

³² Op. cit. El imperio de la justicia. Pág. 193.

³³ Bonilla, Daniel & Jamillo, Isabel Cristina. Estudio preliminar en Dworkin, Ronald *La comunidad liberal*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes. 1996. Pág. 112.

en adelante, los principios serán funcionales a este objetivo. Por ello Dworkin complementa este principio de igualdad con los de justicia, equidad y debido proceso.

Una vez determinada la moralidad política dentro de una comunidad, el Estado tendría la facultad de forzar a los miembros a vivir en consonancia con los principios morales establecidos colectivamente³⁴.

Una de las formas de permear el sistema y darle cumplimiento a esta moralidad política y al principio de igualdad, es a través del derecho y específicamente de las decisiones de los jueces. El juez debe entonces fundamentar sus decisiones en la norma y los principios que garanticen una respuesta correcta para cada caso y, por ende, en el cumplimiento de los fines de la moralidad política.

A pesar de que la función del juez es indispensable, el parlamento debe adoptar los principios y legislar a partir de ello. De hecho, los jueces, en su interpretación, pueden acudir a la intención del legislador y, en especial, a aquélla que se encuentra oculta en la norma³⁵.

Por ejemplo, en el caso de las directrices políticas (que no están de ninguna manera en un segundo plano con respecto a los principios propiamente y específicamente frente al principio de igualdad), como conjunto de propósitos a través de los cuales se deben mirar las relaciones entre los gobernantes y los gobernados (para que, dentro de las limitaciones propias de una sociedad en proceso de consolidación irradian todo el tramado institucional) es al legislador a quien

³⁴ Dworkin, Ronald. La democracia posible. Barcelona: Editorial Paidós. 2007. Pág. 37

³⁵ Dworkin, Ronald A matter of Principle. Cambridge: Harvard University Press. 1985 Págs. 48-57.

corresponde, de manera prioritaria, la tarea de establecer su delimitación.

Estas directrices políticas consagran prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política y axiológica reconocida y, en consecuencia, restringen el espacio de interpretación, lo cual hace de ellas normas de aplicación inmediata, tanto por el legislador como por el juez constitucional. Ellas hacen referencia a la naturaleza política y organizativa del Estado y de las relaciones entre los gobernantes y los gobernados. Contribuyen a la integridad y la supremacía de la Constitución.

El problema de la aplicación de los principios constitucionales va más allá de una discusión teórica, pues su no aplicación provocaría una falta de validez de la decisión judicial, ya que esta no se acoplaría a los requerimientos de la Carta fundamental y, por lo tanto, estaría por fuera del ordenamiento jurídico. Pondría además en juego la legitimidad misma del sistema democrático.

1.3. Habermas: Democracia deliberativa y principios

De acuerdo con el autor Bjarne Melkewic³⁶, Habermas defiende una idea del Derecho atada a la noción de democracia y, más específicamente, al proceso democrático, dada la idea de la democracia como proyecto inacabado, una cuestión de fundamental discrepancia con autores como Rawls.

³⁶ Melkewik, Bjarne. Habermas y la concepción democrática del Derecho, en *Rawls o Habermas. Un debate de filosofía del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006. Pág. 127-142.

El derecho, al igual que la democracia, no se fundamenta en instituciones justas y liberales³⁷ como en el planteamiento de Rawls, sino en “mentalidades democráticas” que desean autolegislar y asegurar por esta vía “el consentimiento de todos en aquello que concierne a los derechos, a las normas y a las instituciones”³⁸. De allí la importancia que cobra en Habermas la idea de “soberanía popular” y del derecho entendido dentro de esta soberanía como “un instrumento para la solución de conflictos y organización para la cooperación en procura del bien común”.³⁹

En esta lógica, los sujetos deben estar en capacidad de reconocerse como los autores y destinatarios de sus derechos, normas e instituciones a través de estructuras de comunicación. Se crean entonces una opinión y una voluntad comunes que garantizan la obediencia al derecho y la generación de consensos en casos determinados. Para que tales consensos se logren es necesario además que los sujetos se encuentren en capacidad de manifestar su autonomía pública y privada. La primera le permite llegar a acuerdos con los demás sobre el grado y el sentido de

³⁷ En este sentido vale la pena recordar apartes de la discusión entre Rawls y Habermas sobre el liberalismo político, pero esencialmente lo que considera Habermas un error de la teoría de Rawls. La idea de que Rawls parta de la suposición de la existencia de personas “libres e iguales” sin la idea de derecho es para Habermas un ejemplo de ello. Considera que es finalmente el derecho positivo y obligatorio el que puede regular legítimamente la convivencia de una comunidad política. El orden jurídico determina las “iguales libertades subjetivas de acción” y asimismo las relaciones entre las personas. Solo en la medida en que el derecho determine los procedimientos democráticos que aseguren la autonomía política es posible hablar de “libres e iguales”. “Los ciudadanos son políticamente autónomos, así, solo cuando pueden entenderse a sí mismos conjuntamente como autores de aquellas leyes a las que se someten como destinatarios”. Al respecto ver Habermas, Jürgen. Reconciliación mediante el uso público de la razón. En *Debate sobre liberalismo político*. Barcelona: Editorial Paidós Iberoamérica S. A. 1996. Pág. 69 y 70.

³⁸ *Ibíd* Melkevik, Bjarne. Habermas...

³⁹ Hoyos Vásquez, Guillermo. *La filosofía política de Jürgen Habermas*. En Ideas y Valores N° 116. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. 2001. Pág. 135.

las libertades subjetivas y la segunda, reclamar y disfrutar esas libertades.⁴⁰

No obstante, la misma teoría de Habermas reconoce que al enfrentar la teoría de la Democracia como proceso a la realidad, hay diferencias en las cuales el derecho juega un papel preponderante en la medida en que se convierte en el único instrumento social que logra regular el “mundo de la vida”. El derecho, para Habermas es un mecanismo de socialización para humanizar las otras esferas de la sociedad (el mercado y el poder político). El derecho tiene entonces una función mediadora no de dominación⁴¹.

En *Facticidad y validez*, Habermas plantea una tensión en el mantenimiento del orden social. Considera que el mundo de la vida, las instituciones y el derecho son los llamados a absorber las inestabilidades de una socialización mediante la afirmación o negación de pretensiones de validez⁴². Habermas considera problemática la estabilización de la validez del orden social cuando, en las sociedades modernas, existe una clara diferencia entre dos conceptos fundamentales dentro de su teoría: la acción comunicativa y las interacciones de tipo estratégico.

⁴⁰ Ibíd. En este punto Habermas se acerca a la noción de justicia de Hart, en la medida en que propende a una idea en la que el derecho debe fijar criterios que permitan trato similar a lo similar y trato diferenciado a lo diferente. Para Hart, esas variables se encuentran insertas en la Regla de Reconocimiento, una es de carácter uniforme o constante, que se resume en la idea “tratar los casos semejantes de la misma manera” y un criterio dinámico o variable usado para determinar cuando los casos son semejantes o diferentes (El concepto del Derecho, Capítulo VIII). Hay un mecanismo racional que permite aplicar el derecho a aquellos y solo a aquellos que son iguales en los aspectos relevantes señalados por el derecho mismo. En Habermas, estas variables no están en una Regla de Reconocimiento, sino en el mismo proceso democrático.

⁴¹ Hoyos Vásquez, Guillermo. *La filosofía política de Jürgen Habermas*. Pag. 136

⁴² Habermas, Jürgen. *Facticidad y validez*. Madrid: Editorial Trotta S.A. 1998. Pág. 70.

De allí la importancia que posteriormente Habermas le dará al derecho a través del sistema de derechos que dota de coerción a libertades subjetivas. Sostiene que la obediencia logrará dotar a la validez de lo “fáctico” y permitirá la coexistencia de la coerción fáctica y la validez legítima⁴³. No obstante, no se trata de cualquier tipo de coerción, sino de una coerción fundamentada en el reconocimiento racionalmente motivado.

El reconocimiento racionalmente motivado es complementario de la idea de la “soberanía popular”, en el sentido de que se construye mediante la participación ciudadana. Es “la facticidad de la democracia (que no es entendida de manera alguna como dominio de la mayorías), la condición de posibilidad de validez del derecho, es decir, del derecho legítimo vigente reconocido como tal por los ciudadanos”⁴⁴.

El derecho así concebido incluye dos nociones importantes: la noción de derechos (*rights*) y la noción de principios. Ambas son el resultado de acuerdos mínimos que implican la existencia de una democracia participativa⁴⁵. La participación permite la construcción de consensos y disensos de carácter político y constitucional.

Los derechos (*rights*) son entendidos desde la idea de derechos fundamentales, los cuales son el resultado “del desarrollo y configuración políticamente autónomos del derecho *al mayor grado posible de iguales libertades subjetivas de acción*”⁴⁶. Estos derechos guardan una estrecha relación con el concepto de soberanía popular, en

⁴³ *Ibíd.* Pág. 88-89.

⁴⁴ Hoyos Vásquez, Guillermo. *La filosofía política de Jürgen Habermas*. Pág. 137.

⁴⁵ Habermas, Jürgen. *Facticidad y Validez*. Pág. 147

⁴⁶ Habermas, Jürgen. *Facticidad y validez*. Pág. 188.

el entendido de que permiten la universalización del querer popular y garantizar a todos iguales libertades subjetivas. Estos derechos coexisten, para Habermas, con cuatro categorías de derechos fundamentales diferenciables, dos de defensa del *orden privado* y dos relacionados a derechos políticos.

Los dos primeros grupos de derechos fundamentales, aquellos que se refieren a la autonomía privada, son para Habermas: 1. Aquellos derechos fundamentales que resultan del status de miembro de la asociación voluntaria que es la comunidad jurídica y 2. los derechos fundamentales (en sentido subjetivo), su ejercicio, la posibilidad de reclamar judicialmente su cumplimiento y los mecanismos políticamente admitidos para su protección.

En relación con el segundo grupo, se encuentran aquellos derechos fundamentales a participar en el ejercicio de la autonomía política y finalmente derechos fundamentales a que “*se garanticen condiciones de vida que vengan social, técnica y ecológicamente aseguradas en la medida en que ello fuere menester en cada caso para un disfrute en términos de igualdad de oportunidades*”⁴⁷ de los demás derecho civiles.

Los derechos (*rights*) para Habermas no sólo se encargan de garantizar la expresa manifestación del querer popular a través del texto jurídico, sino también la autonomía privada de los sujetos jurídicos que posteriormente será reconocida entre sujetos para que puedan ser reclamados y exigidos frente a otros⁴⁸.

⁴⁷ Ibid. Pág. 189

⁴⁸ Habermas, Jürgen. Facticidad y validez. Pág. 188.

Una vez entregados estos derechos a los sujetos de derecho, Habermas considera que es necesario incluirlos en el papel de autores de su propio orden jurídico, y para ello es necesario entregar otros derechos fundamentales, que define como aquellos que les permiten *“participar con igualdad de oportunidades en procesos de formación de la opinión y la voluntad comunes, en los que los ciudadanos ejerzan su autonomía política y mediante los que establezca el derecho legítimo”*⁴⁹. Esto les da la facultad de intervenir en la creación del derecho y de la formación de la voluntad común. Por último, incluye una serie de derechos cuya función es la de garantizar condiciones sociales, técnicas y ecológicas para el ejercicio de los demás derechos.

Este esquema de derechos tiene en su centro la teoría de los principios de Habermas. El lugar de encuentro y origen de este esquema está fundamentalmente en lo que denomina el “principio de democracia”. No obstante, es necesario aclarar que para Habermas existen dos grupos de principios: unos que operan al interior del derecho y otros que determinan las relaciones entre el derecho y el poder político.

Con respecto al primer grupo de principios, es importante decir que éstos determinan las relaciones entre derecho y moral y su incidencia en el sistema de derechos. Para Habermas, el derecho y la moral han venido en una paulatina separación ya que, si bien se refieren a los mismos problemas (ordenar legítimamente las relaciones interpersonales y coordinar la solución de conflictos), lo hacen de diferente manera⁵⁰. Mientras la moral representa en las sociedades postradicionales sólo una

⁴⁹ *Ibíd.* Pág. 189.

⁵⁰ *Ibíd.* Pág. 172.

forma de conocimiento, el derecho tiene un respaldo institucional sustentado por unos principios específicos que se verán más adelante.

El principio que media entre el derecho y la moral y que regula las exigencias posconvencionales dentro de una sociedad es el principio discursivo. Es a través del principio de discurso como se logra la neutralidad frente al derecho y la moral y la imparcialidad dentro de lo que Habermas llama los juicios prácticos. Este principio de discurso puede enunciarse de la siguiente manera, según Habermas:

D: Válidas son aquellas normas (y solo aquellas normas) a las que todos los que puedan verse afectados por ellas pudiesen prestar su asentimiento como participantes en discursos racionales”⁵¹

Este principio contiene en sí mismo dos principios más: uno moral, que resulta cuando se especifica el principio general del discurso para aquellas normas que pueden ser justificadas si y sólo si una consideración igual será dada a los intereses de todos los que están posiblemente comprometidos, y un principio de democracia, que resulta de la correspondiente especificación de las normas de acción⁵² que se presentan en forma de derecho y que, para Habermas, pueden justificarse con otro tipo de razones de índole pragmática, ético-política y moral, y no sólo morales⁵³.

⁵¹ Ibid. Pág. 172.

⁵² Habermas define las normas de acción como aquellas “expectativas de comportamiento generalizadas en la dimensión temporal, el la social y en la de contenido”, podría asimilarse al concepto de Derecho vigente en la teoría del derecho de Alf Ross.

⁵³ Ibid. Pág. 173.

Estos principios actúan como “razones decisorias”, es decir, como punto de equilibrio entre las diferentes valoraciones y conjuntos de intereses que compiten entre sí dentro de un conflicto.

El segundo conjunto al que hace referencia Habermas comprende aquéllos por medio de los cuales se legitima el orden y el ejercicio de dominación y se establece la relación entre el derecho y el ejercicio del poder. El derecho y los derechos son obedecidos, dentro del esquema habermasiano, por convicción y, por lo tanto, la coerción que se ejerza no puede de manera alguna destruir los motivos racionales de obediencia y de reconocimiento. Estaría determinada por la forma de construcción del derecho como una voluntad popular.

De la misma manera, la obediencia al orden debe encontrarse en decisiones colectivamente vinculantes para los sujetos, decisiones como el establecimiento de una administración de justicia cuyo fin sea el de poner en funcionamiento el poder sancionatorio del Estado para decidir los litigios, y proteja, desarrolle, perfeccione y precise el derecho⁵⁴.

Son cuatro los principios de esta índole⁵⁵: a) el principio de soberanía popular; b) el principio de garantía de una comprehensiva protección de los derechos individuales; c) el principio de legalidad de la administración y, por último, d) el principio de autonomía social que permita la oportunidad de hacer uso como ciudadano de los derechos de participación y comunicación políticas.

⁵⁴ Habermas, Jürgen. Facticidad y validez. Pág. 201.

⁵⁵ Cfr. Habermas, Jürgen. Facticidad y Validez. Pág 236-243.

El primero de estos principios, soberanía popular, parte de la idea de que todo poder político deriva del poder comunicativo de los ciudadanos. Este se refleja en la capacidad de expedir leyes que rigen y legitiman la dominación de sí y para sí. Para Habermas, es el procedimiento democrático (institucionalizado jurídicamente de antemano) por medio del cual los ciudadanos manifiestan su opinión y voluntad el que puede garantizar la aceptación racional de las decisiones políticas.

El principio de garantía de una comprehensiva protección de los derechos individuales cumple la función específica de permitirles a los ciudadanos el acceso a vías jurídico-procesales que les permitan exponer y satisfacer sus pretensiones jurídicas. Este se relaciona directamente con el debido proceso y las garantías con respecto a la aplicación del derecho en caso de accionar el sistema judicial.

El principio de legalidad de la administración, según Habermas, busca darle sentido a la división del trabajo en materia de normas, haciendo una diferenciación institucional de las tareas de expedición y aplicación de estas. Así, el poder administrativo estará sujeto a la ley y sus órdenes, estatutos, disposiciones y medidas sólo podrán ser vinculantes en la medida en que se adhieran a la reserva de ley. Esta reserva garantiza que el poder administrativo se sujete a los procedimientos democráticos por medio de los cuales se manifiesta el poder comunicativo generado en común por los ciudadanos.

Por último, el principio de autonomía social, pretende que la sociedad civil amortigüe y neutralice “la desigual distribución de las posiciones de

poder social y de los potenciales de poder que de él resulta⁵⁶” facilitando el ejercicio de la autonomía ciudadana.

Una vez vistos estos principios y la noción que sobre ellos tiene cada uno de los autores, me permitiré realizar algunas precisiones sobre la función de éstos en la decisión judicial, ya que me interesa particularmente la idea del fracaso de los modelos de principios en la interpretación judicial.

1.4 Los principios en la decisión judicial: la discusión entre lo axiológico y lo deontológico

Vista parte de la teoría sobre los principios, es necesario examinar una de las principales discusiones sobre la función de éstos dentro de la decisión judicial y la incidencia de la interpretación de principios en la concepción del Derecho.

Hemos visto la teoría de tres autores fundamentales, Dworkin, Rawls y Habermas, quienes coinciden en la necesidad de incluir los principios dentro del sistema jurídico y en que éstos cumplen una función específica, la de darle solidez y coherencia al sistema jurídico. Su modelo se inclina por uno de justicia constitucional que, justificando el peso de los principios, discursiva, racional y argumentativamente, propenda a “decisiones justas para todos”. Esto quiere decir que los principios sean jerarquizados mediante el consenso, de tal manera que no sean un factor que aumente la complejidad del sistema jurídico o que por lo menos se fijen criterios de prioridad que impidan la discrecionalidad judicial.

⁵⁶ Habermas, Jürgen. Facticidad y validez. Pág. 243.

No obstante, es importante hacer una síntesis de la teoría que sobre la aplicación de principios tiene Robert Alexy, especialmente porque dentro del sistema jurídico colombiano tuvo gran aceptación y se ha convertido en el modelo de decisión de la Corte Constitucional.

1.4.1 Teoría de la ponderación: Robert Alexy

Alexy postula una teoría como respuesta a las visiones deontológicas del derecho y se inclina por una teoría axiológica del mismo. Propone, entonces, una “teoría débil de los principios”⁵⁷ dado que si bien no puede negarse la existencia de los mismos dentro del sistema jurídico, no pueden regularse a sí mismos para su aplicación. Según Alexy esto hace necesario acompañar la teoría de los principios de una teoría de la argumentación jurídica que dé lugar a decisiones fundamentadas.⁵⁸

Los principios para Alexy deben definirse como “normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas”⁵⁹. Son entonces “*mandatos de optimización*” que, según Alexy, “se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados y porque la medida ordenada de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas”. En el caso de estas últimas, depende no sólo de las “reglas” sino además de otros principios que pueden ser opuestos dentro del sistema jurídico y que, por lo tanto,

⁵⁷ Alexy, Robert. *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica* en Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho N° 5. Madrid: 1998. Pág. 148

⁵⁸ Ibid. Pág. 149.

⁵⁹ Ibid. Pág. 143.

pueden y deben ser ponderados⁶⁰. Entre otros, los derechos fundamentales tienen para Alexy el carácter de principios y de mandatos de optimización⁶¹.

Considera que el juez está encargado de determinar qué es derecho cuando es capaz de reconocerlo. Se trata de un proceso práctico de la dogmática jurídica⁶². Por ello, es necesario interpretar la racionalidad jurídica de acuerdo con la teoría del discurso. Esto es, que la función del juez debe perseguir una *pretensión de corrección* sujetando al juez a la aplicación directa de la norma, la cual le indica la forma de interpretar correctamente, aunque incluye la idea de que una mala interpretación judicial es ofensiva de las reglas sociales y no sólo de las jurídicas.

Alexy propone una serie de contenidos mínimos de las decisiones judiciales, contenidos sin los cuales la decisión judicial podría considerarse incompleta o incorrecta. Allí ubica la llamada justificación interna, que se manifiesta en el silogismo jurídico, una operación lógica, y la justificación externa, que se sale del silogismo y se refiere a la fundamentación de las premisas usadas en la justificación interna, es decir, las reglas de derecho, los enunciados empíricos y las premisas que no son ni reglas de derecho ni enunciados empíricos. Para Alexy, el papel del juez también es argumentativo y no sólo se limita a la operación lógica de la justificación interna.

⁶⁰ Alexy, Robert. *Derechos, racionamiento jurídico y discurso racional* en Isonomía N° 1. Madrid: 2003. Pág. 40

⁶¹ Alexy, Robert. Epilogo a la Teoría de los derechos fundamentales. En *Revista Española de Derecho Constitucional Año 22 N° 66*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. Septiembre-Diciembre de 2002. Pág. 13.

⁶² ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1989.

Cuando dentro del proceso interpretativo el juez evidencia la existencia de un caso difícil, es decir, una disputa entre normas de la misma jerarquía o derechos fundamentales (incluyendo principios), recurre a la ***ponderación***.

El proceso de ponderación o balanceo se refiere a una parte elemental de un principio más comprensivo, el principio de la proporcionalidad⁶³. Es un principio que, de acuerdo con Alexy, se aplica en casi todos los lugares donde se ejercen los poderes constitucionales de revisión. Comprende pues tres subprincipios: a) el principio de idoneidad; b) el principio de necesidad y c) el principio de proporcionalidad propiamente dicho.

La ponderación daría lugar a que el juez estuviera en la capacidad de dirimir el conflicto entre dos o más derechos fundamentales considerando el grado de no satisfacción o afectación del principio, la importancia de satisfacerlo y si la satisfacción de uno de los derechos necesariamente excluye la satisfacción de otro. Sin embargo, hay quien critica la ponderación por considerar que es imposible, basándose en principios, crear un discurso racional para la solución del conflicto. Es más, podría pensarse que, mediante el discurso, un juez puede llegar a conclusiones diferentes dentro del mismo caso a través de la ponderación de los principios.

A esta crítica responde Alexy planteando una fórmula lógica en la cual el peso del principio se exprese de acuerdo con las circunstancias del caso

⁶³ Alexy, Robert. Artículo “*Sobre la ponderación y la subsunción. Una comparación estructural*” en *Revista Pensamiento Jurídico* N°16. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. 2006. Pág. 97.

que hay que resolver⁶⁴. En esta fórmula “el peso concreto (de cada principio) puede definirse como un cociente, solamente en un modelo numérico que ilustre la estructura de la ponderación”⁶⁵. Así entonces, la salida de Alexy al álea de la ponderación se cifraría en la asignación de un modelo numérico que estaría en función de la asignación de pesos a cada uno de los principios en disputa.

No obstante, para Alexy el hecho de que puede hacerse una formulación lógica de la decisión judicial no significa que este tipo de razonamiento deje de ser un caso especial de razonamiento moral⁶⁶. Ésta es su forma de llevar a cabo dos dimensiones en su teoría. La primera, de Corte pasivo, se limita a reconocer la existencia de los principios y del razonamiento jurídico como un caso especial de razonamiento moral que requiere de criterios morales. La segunda, que es activa, se refiere a la formulación de una serie de argumentos que convierten el sistema jurídico en un sistema de argumentos y procedimientos y que ha sido considerado un giro neorrealista de su teoría⁶⁷.

Lo importante, según los intérpretes de Alexy, no es la aplicación de la norma o el principio sino su aplicabilidad, es decir, una aplicación justificada del derecho, dependiente de un sistema justificatorio, que hace necesaria la existencia de un procedimiento lógico que permita la justificación moral a través del razonamiento jurídico dando razones fundamentadas en enunciados normativos y descriptivos (*sensu*

⁶⁴ *Ibid.* Pág. 105.

⁶⁵ *Ibid.* Pág. 105.

⁶⁶ García Figueroa, Alfonso. *Teoría de la Argumentación y Teoría del Derecho*. En *Revista de Ciencias Sociales N°45*. Valparaíso (Chile): Universidad de Valparaíso. 2000. Pág. 193

⁶⁷ *Ibid.*

largissimo) como en enunciados normativos a partir de sistemas justificatorios concretos, no generales (*sensu stricto*)⁶⁸.

Esta dimensión de la teoría de Alexy pretende superar los vacíos relacionados con la aplicación de principios dentro de la argumentación jurídica, separándose tanto de una concepción positivista como de una iusnaturalista y de la teoría dworkiniana. Para Alexy, la formulación lógica permitirá una aplicabilidad eficaz del derecho, aspecto fundamental dentro de su teoría⁶⁹.

Aquí debemos volver al tema de la pretensión de corrección, pero vista como una cualidad intrínseca de la ley y no solo de su aplicación. La pretensión de corrección es una característica que compete al legislador y al juez, es decir, los actos de quienes crean, interpretan, aplican y ejecutan el derecho deben afirmarse correctos, ser fundamentables y tener lo que Alexy llama “expectativa de reconocimiento de la corrección”⁷⁰.

La pretensión de corrección es fundamental para sostener la validez del derecho. Así, la expedición de una Constitución debe estar acompañada de una pretensión de corrección (una pretensión de justicia) y, por consiguiente, las leyes que se derivan de ella están acompañadas de la misma pretensión. En el caso de los jueces, la pretensión de corrección implica que la sentencia sea correcta y, en general, que posea una pretensión de fundamentabilidad.

⁶⁸ Ibid.

⁶⁹ Alexy, Robert. La Institucionalización de la razón. En *Persona y Derecho. Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*. Vol 43. Navarra: Universidad de Navarra. 2000. Pág. 218.

⁷⁰ Ibid.

A partir de esta idea de la pretensión de fundamentabilidad, Alexy plantea la necesidad de una teoría del discurso, de origen kantiano, como procedimiento de corrección. El procedimiento del discurso es un procedimiento argumentativo que implica un sistema de reglas que expresan las condiciones de la argumentación práctica racional⁷¹. Entre éstas se encuentran la ausencia de contradicción, la universalizabilidad (referida al uso coherente de los predicados), claridad lingüístico-conceptual, verdad empírica, consideración de las consecuencias, ponderación, intercambio de roles y génesis de las convicciones morales⁷². Estas reglas deben acompañarse de libertad e igualdad en la argumentación para lograr la imparcialidad del discurso. Sin embargo, esta teoría tiene unos límites que Alexy resume esencialmente en tres: problema del estatus (existencia de relación necesaria entre los discursos y la corrección práctica), problema de la fundamentación (si las reglas se presuponen) y el problema de la aplicación.

Consciente de las limitaciones de la teoría, Alexy propone que ésta teoría del discurso se acompañe, para el caso del derecho, de procedimientos jurídicamente regulados que puedan garantizar una decisión⁷³. Procedimientos que deben acompañarse también de una pretensión de corrección que garantice su presencia en el derecho no como una relación alternativa sino como una relación complementaria y de refuerzo⁷⁴.

⁷¹ *Ibíd.* Pág. 226.

⁷² Debe recordarse que en Alexy la argumentación jurídica puede acompañarse de la argumentación moral, siempre y cuando ésta cumpla con la pretensión de justificabilidad. Es además un elemento importante en la idea de la pretensión de corrección.

⁷³ *Ibíd.* Pág. 233.

⁷⁴ *Ibíd.* Pág. 235.

Concluyo este apartado resaltando la importancia que Alexy da a la pretensión de corrección de nivel constitucional. En sus palabras, “*una Constitución solo satisface la pretensión de corrección y, por lo tanto, es legítima si garantiza los derechos como derechos fundamentales, tal y como lo exige la teoría del discurso*”⁷⁵, es decir, a partir de una justificación teórico-discursiva que supere la dualidad entre discurso ideal y discurso real en el marco de la deliberación.

⁷⁵ *Ibíd.* Pág. 240.

CAPÍTULO 2

CORTE CONSTITUCIONAL: CRÍTICA Y PERSPECTIVA

Introducción

El presente capítulo persigue tres fines esenciales: el primero, recordar la importancia de la función de control constitucional realizado por la Corte; el segundo, establecer los puntos más relevantes del ejercicio de esta función por parte de la Corte Constitucional y, por último, evidenciar las críticas, especialmente en relación con sus modelos de decisión.

Para conseguir lo propuesto, el capítulo empieza con un recuento de la función constitucional en la historia de Colombia desde 1821 hasta la Constitución de 1991 mostrando, en un primer momento, al legislativo como encargado de esta función y, posteriormente, el papel judicial en materia constitucional. Una vez terminado el recuento, se muestran los principales modelos de decisión utilizados por la Corte Constitucional y las críticas hechas a ellos.

2.1 Corte Constitucional colombiana y su rol de guardián

La función de las cortes constitucionales dentro de un Estado democrático moderno no es despreciable. No en vano algunos autores han considerado que estamos ante la aparición de la “soberanía de la

Constitución⁷⁶” o bajo la idea de la creación de un “constitucionalismo global” como el de Luigi Ferrajoli⁷⁷.

Este auge de la preocupación constitucional ha dado un verdadero protagonismo democrático a los órganos que se encargan de su defensa, como es el caso, en la mayor parte de países, de las Cortes Constitucionales.

En Colombia, el control de constitucionalidad y la defensa de la Constitución han ido trasladándose poco a poco hasta llegar al modelo que actualmente conocemos.

2.1.1. Poder Legislativo y control de constitucionalidad

Como lo veremos al final de este acápite, la defensa del texto constitucional estaba puesta en un principio en quien, según la teoría y específicamente la corriente de la exégesis, podía develar la verdadera voluntad del legislador, la cual era considerada inmutable y casi

⁷⁶ Esta tendencia puede ser vista en el trabajo de Gustavo Zagrebelsky y se refiere al papel garantista de la Constitución. Se trata de una evolución de la soberanía popular, la cual se encuentra determinada y resguardada por el texto constitucional y su intérprete legítimo. Al respecto es importante señalar “*No hay más soberanía que la de la Constitución, no porque ésta sea el centro del que emanan las fuerzas concretas que aseguran la unidad política, sino como simple (aunque omnicompreensiva) propuesta de soluciones y coexistencias (pág. 10). La Constitución incorpora los distintos valores y principios presentes en la comunidad, y al hacerlo les priva de toda pretensión de absoluto, pues siendo plurales forzosamente han de ser entendidos como limitados y prácticamente compatibles entre sí; para la Constitución pluralista no hay ningún valor absoluto, aunque sí el metavalor del mantenimiento del pluralismo y la lealtad en el enfrentamiento (pág. 11)*”. Texto de la reseña del libro *Il diritto mite* de Gustavo Rubio Llorente. Rubio Llorente Gustavo. *Il diritto mite* en Revista Española de Derecho Constitucional. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1994. Páginas 427-435.

⁷⁷ Ver Ferrajoli, Luigi. *Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global*. En Revista Isonomía N°9. México D.F.: Instituto Tecnológico autónomo de México, octubre de 2008. Páginas 174-184.

perfecta, en la medida en que no permitía la existencia de lagunas. A continuación exponemos la evolución normativa en relación con la defensa legislativa o de autor de la Constitución en Colombia.

En primer lugar, la Constitución de la República de Colombia de 1821, en su artículo 189, establecía que el Congreso en pleno era el que se encontraba facultado para resolver las dudas sobre la inteligencia de “algunos” artículos de la Constitución, así como para reformarla (artículo 190). Posteriormente, el Decreto Orgánico de la Dictadura de Simón Bolívar del 27 de agosto de 1828 (en el cual se arroga funciones de dictador comisarial⁷⁸) estableció una nueva función: que el Senado debía encargarse de vigilar el cumplimiento de la Constitución. En lo demás mantiene la función de interpretación en cabeza del Congreso en pleno (artículo 159).

Posteriormente, en la Constitución Política del Estado de la Nueva Granada de 1832, aunque crea la Corte Suprema de Justicia (artículo 131), preserva las funciones de interpretación para el Congreso. No debemos olvidar que éste tenía la facultad para resolver las dudas sobre la inteligencia de algunos artículos de la Constitución (artículo 213).

⁷⁸Se trata de una dictadura comisarial dado que ésta se había instaurado por un tiempo limitado, “*Que debe servir de Ley constitucional [sic] del Estado hasta el año de mil ochocientos treinta*” dado que según el considerando de éste documento, desde “*principios del año de 1826, se manifestó un deseo vivo de ver reformadas las instituciones políticas, el cual se hizo general y se mostró con igual eficacia en toda la República, hasta haber inducido al congreso de 1827 a convocar la gran convención para el día 2 de marzo del presente año, anticipando el período indicado en el Artículo 191 de la Constitución del año 11.*” y que “*la convención no pudo ejecutar las reformas que ella misma había declarado necesarias y urgentes, y que antes bien se disolvió, por no haber podido convenir sus miembros en los puntos más graves y cardinales*” Por éstas razones, Simón Bolívar asume que el pueblo “*me ha encargado de la suprema magistratura para que consolide la unidad del Estado, restablezca la paz interior y haga las reformas que se consideren necesarias*”. Es así como nace el periodo de la Dictadura Comisarial de Simón Bolívar, que se extendió 1828 hasta 1830.

Es en la Constitución de la Nueva Granada, de 1843, donde se introducen modificaciones con respecto a la función de interpretación del Congreso. Como primera medida, la Carta restringe esta facultad al Senado de la República y, en segundo lugar, determina que será a través de Ley Especial y expresa como se resolverán las dudas que se susciten sobre el texto constitucional. Esto denota una mayor importancia al texto constitucional. No en vano era el lugar donde se encontraban el procedimiento y la asignación de facultades para la expedición de los demás tipos de leyes.

La Constitución Política de la Nueva Granada de 1853 representa una de las cartas más “progresistas” de aquellos tiempos, establece el sufragio universal (artículo 3) y el voto directo y presenta una novedad: el artículo 42 numeral 6 del texto constitucional faculta a la recién creada *Suprema Corte de la Nación* para resolver sobre la nulidad de las ordenanzas municipales cuando estas fueran contrarias a la Constitución. No obstante, el artículo 57 mantiene las facultades de interpretación en cabeza del Senado por medio de ley.

Con relación al tema de la modificación del texto constitucional, esta facultad sufre una variación con respecto a las Constituciones anteriores, dado que introduce la posibilidad de convocar una Asamblea que asumiría las atribuciones del Congreso fuera del Acto Legislativo ya tradicional, aunque con posterioridad, en el Acto legislativo número 1 de 1858, se volvió a la fórmula según la cual la Constitución podía adicionarse o reformarse de la misma manera como se adiciona o reforma una simple ley (artículo 1).

El artículo 50 de la Constitución Política para la Confederación Granadina de 1858 estableció como función de la Corte Suprema la de suspender los actos de la legislaturas de los Estados en cuanto contrarios a la Constitución o las leyes, aunque era el Senado quien decidía de manera definitiva sobre la validez o nulidad de estos actos. En relación con la reforma de la Constitución, el artículo 70 estableció un procedimiento en el cual era necesaria la mayoría de las legislaturas y aprobación en cada una de las cámaras.

La Constitución Política de los Estados Unidos de Colombia reafirma la función del Senado de decidir definitivamente sobre la nulidad o validez de los actos legislativos de las Asambleas de los Estados y que hayan sido denunciados como contrarios a la Constitución. Asimismo introduce, en el artículo 57, la potestad presidencial de sancionar la constitucionalidad de las leyes.

Finalmente, la Constitución Política de 1886 atribuye al Senado la posibilidad de interpretar las leyes aunque no nombre expresamente esta facultad con respecto a la Constitución, como lo habían hecho sus antecesoras. El artículo 15 otorga a la Corte Suprema de Justicia la posibilidad de decidir sobre la exequibilidad de los Actos Legislativos que hayan sido objetados por el gobierno. Sucesivas reformas dieron la forma final al control de constitucionalidad por parte de la Corte Suprema.

Este modelo de control de constitucionalidad era el adecuado, en términos teóricos, para el momento en que se implementó. En primer lugar, debe tenerse en cuenta que para la segunda mitad del siglo XIX la Constitución aún no era considerada una ley de superior jerarquía (o la

más alta jerarquía) dentro del sistema jurídico. Generalmente, la Constitución era vista como un documento en el cual se estipulaba, a lo sumo, la parte orgánica del Estado y los procedimientos mediante los cuales se expedían las leyes. En segundo lugar, es importante señalar la existencia de una corriente dentro del pensamiento jurídico (aunque no exclusivamente) como es la de la exégesis, heredada del derecho francés y que consideraba que el derecho estaba completamente contenido en la ley y que, por lo tanto, era una expresión pura de la voluntad del legislador.

La Constitución, como cualquiera otra ley, era una manifestación de la voluntad del legislador y, por lo tanto, en el momento en que se presentara alguna duda sobre su “inteligencia” debía ser el mismo legislador quien pudiera dar claridad al texto. No sobra resaltar que esta corriente exegética consideraba que la ley no tenía lagunas porque, en todo caso, era posible rastrear la voluntad del legislador para clarificar las posibles inconformidades del texto.

El avance de la teoría y las nuevas tendencias del derecho constitucional empezaron a darle un connotado lugar al texto constitucional, considerándolo una norma de superior jerarquía a las demás ordinarias. Este cambio significó también un nuevo mecanismo para preservar su contenido: el control judicial.

2.1.2. El control judicial de constitucionalidad

En Colombia, una vez la Corte asume algunas funciones de control constitucional, se expiden sendas reformas que irían reafirmando esta función. Como primera medida, el Acto Legislativo número 3 de 31 de

octubre de 1910, en su artículo 40, introduce la noción de la superioridad constitucional dentro del ordenamiento jurídico al establecer que en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley, se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales.

El artículo 41 de esta misma reforma le confía a la Corte Suprema de Justicia expresamente “la guarda de la integridad de la Constitución” y la decisión definitiva sobre la exequibilidad de los actos legislativos objetados por el gobierno o sobre todas las leyes o decretos acusados ante ella por cualquier ciudadano.

Luego el Acto Legislativo número 1 del 25 de 1924 modifica la estructura de la Corte Suprema de Justicia a través del sistema de salas. El Acto Legislativo número 1 de febrero 16 de 1945 traslada al Consejo de Estado (artículo 41), como suprema autoridad de la jurisdicción contencioso administrativa, el conocimiento de las acusaciones por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el gobierno, aunque mantenga la función de guarda de la Constitución en la Corte Suprema.

La Constitución de 1991 crea la Corte Constitucional y, en el artículo 241, le otorga “la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución”. Este órgano se compone actualmente por nueve magistrados elegidos por el Senado de la República para períodos individuales de ocho años, de ternas que le presentan el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado (artículo 239)

No cabe duda de que una de las principales influencias de orden doctrinal en Colombia ha sido Hans Kelsen y, por lo tanto, es posible

entender ahondando en su pensamiento la razón por la cual se prefirió un modelo de control judicial de constitucionalidad.

En los primeros años del control judicial, es claro que cuesta reconocer la Constitución como el fundamento del resto del ordenamiento jurídico y expresión de su validez. Las reformas de la primera mitad del siglo XX se ocupan de darle ese lugar preponderante a la Constitución.

El pensamiento kelseniano permite ver también la razón por la cual la defensa de la Constitución se da sólo a partir de las violaciones directas a ella⁷⁹. Para Kelsen, la garantía de la estabilidad de una Constitución se alcanza controlando de las leyes por medio de un tribunal constitucional⁸⁰. Debe existir así un organismo que se encargue de velar por la constitucionalidad de las leyes comprobando que éstas se ajustan a los procedimientos previstos y, además, que no contrarían el contenido material de la misma. En el caso de las monarquías, esta función había sido adoptada por el monarca, lo cual, para el modelo absolutista, era eficaz.

No sucede lo mismo en los Estados democráticos. En ellos se hace necesaria la existencia de un tribunal al cual le sea garantizada plena independencia judicial⁸¹ frente a las demás ramas del poder público. Al respecto, retoma un debate con Carl Schmitt y asegura que en el momento en que un tribunal constitucional anula una ley que considera inconstitucional, opera como un garante real y actual de la Constitución. Para Kelsen, en todo caso, existe, en esa decisión del tribunal, un acto

⁷⁹ Kelsen, Hans. ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución. Madrid: Editorial Tecnos. 1995. pág. 3.

⁸⁰ Estévez Araújo, José Antonio. La Constitución como proceso y la desobediencia civil. Madrid: Editorial Trotta. 1994. P. 53.

⁸¹ Kelsen, Hans. ¿Quién debe ser... Op. cit. P. 15.

político que plantea un conflicto de intereses, un conflicto de poder que puede ser resuelto a través de una decisión jurídica.

De esta manera, refuta la posición de Schmitt, quien considera que la defensa sólo puede hacerla un poder neutral puesto que de lo contrario sería dudosa. Kelsen resalta que, cuando un tribunal decide, lo hace con respecto a una norma lo cual garantiza la neutralidad de la decisión. La “neutralidad exigida por Schmitt” está aún en mayor medida en un tribunal constitucional que en el Presidente como representante de la unidad nacional, dado que, generalmente de acuerdo con Kelsen, en las violaciones el ejecutivo y el parlamento son “partes en causa”⁸².

El tribunal constitucional, contrariamente a lo que sucede con los otros dos actores, no toma parte en el ejercicio del poder y busca dirimir los conflictos no de los poderes sino de aquellos que se presentan entre las normas con respecto al contenido material y formal de la Constitución.

En relación con la crítica que hace Schmitt sobre el carácter no democrático de los tribunales constitucionales, Kelsen considera que ese carácter no puede estar dado sino sólo a través de su designación y de su situación jurídica⁸³. En otras palabras, no se opone a que el tribunal sea elegido a través del voto del pueblo, al igual que el jefe de Estado.

En todo caso, la defensa que hace Kelsen de la Constitución es esencialmente jurídica y se debe, en gran parte, a la ruptura de la dualidad entre derecho y política que ofrece su obra. No obstante, puede considerarse que una de sus debilidades se encuentra en el hecho de que

⁸² *Ibid.* P. 54.

⁸³ *Ibid.* P. 72.

niega la existencia de otro tipo de sistemas jurídicos incluso en un mismo Estado y que, por lo tanto, no podría sobrevivir una teoría tan estricta en ese sentido.

Sin embargo, este modelo de defensa judicial también ha tenido cambios de paradigma. La Corte Constitucional colombiana, más cercana al modelo español, propone una defensa íntegra de la Constitución que, como veremos más adelante, reconoce la existencia de valores y principios, y no sólo de enunciados normativos.

2.2. Modelos de decisión constitucional en Colombia y principios

La creación de la Corte Constitucional posibilitó avances importantes en relación con la implementación de nuevas teorías del derecho en Colombia. Es casi revolucionario, a la luz de la doctrina jurídica nacional dominante, la introducción de conceptos como los de principios y valores constitucionales que a primera vista, se contraponían al espíritu del sistema jurídico que desde el principio se caracterizó por su rigidez frente a nuevos paradigmas. Es así como en la sentencia T-406 de 1992 se establece la primera postura de la Corte frente al tema de los principios constitucionales y su influencia en el sistema jurídico colombiano. Esta sentencia da una explicación clara del Estado Social de Derecho y su alcance en el sistema jurídico.

La Corte considera que el Estado Social de Derecho y su progresiva evolución han representado un cambio cualitativo en el derecho, debido, según lo dicho, “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...de allí la importancia que adquiere el juez constitucional en el Estado Social de Derecho.”⁸⁴

Siguiendo su análisis, la Corte especifica la influencia del Estado Social de Derecho y manifiesta que:

*“La Constitución colombiana recoge ampliamente los postulados normativos del Estado Social de Derecho. Ello se comprueba no solo al repasar lo consagrado en la lista de los principios, y de la carta de derechos, sino también la organización del aparato estatal”*⁸⁵.

La enunciación de principios trae consigo un nuevo margen para la decisión de los jueces, retoma de Dworkin la idea de valores como “catálogo axiológico a partir del cual se deriva el sentido y la finalidad de las demás normas del ordenamiento jurídico”⁸⁶ y hace una enumeración de una serie de valores extraídos de los artículos 1 y 2 de la Constitución. Esto quiere decir que dentro de la Constitución política no solo es posible encontrar un conjunto de enunciados normativos, sino que admiten lo dicho por Rawls y Dworkin algunos años atrás, en relación con la necesidad de considerar que el sistema jurídico requiere la existencia de principios para conseguir una mayor integridad.

Así pues, se trata de la adopción de un modelo deontológico de decisión judicial, no obstante con una gran carencia que posibilitó una

⁸⁴ Sentencia T-406 de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón.

⁸⁵ *Ibid*

⁸⁶ Ob. Cit. Dworkin, Ronald. A matter of principle.

transformación de la jurisprudencia constitucional: la ausencia de una jerarquización de los principios de dichos principios.

Para ese momento, la Corte reconoció que la existencia de principios dentro de la Constitución representaba un gran desafío debido a su enorme generalidad y textura interpretativa abierta. Debido a estas características, es posible encontrar una gran variedad de sentidos que pueden poner en peligro el papel del juez, ya sea por generar una discrecionalidad muy amplia o porque se haga imposible la aplicación efectiva de los principios y valores.

Dada esta situación la pregunta necesaria es cuál debe ser el procedimiento mediante el cual el juez tome decisiones fundamentadas en principios y en qué casos debe hacerlo. Efectivamente, por ser una construcción jurisprudencial, la respuesta ha sido dada a través de la jurisprudencia misma. Si bien la sentencia hito del magistrado Ciro Angarita reconoció la existencia y la importancia de los principios y los valores en el ordenamiento jurídico colombiano, no estableció el procedimiento por medio del cual el juez, sea constitucional o no, debe aplicarlos, ni la forma de determinar su alcance ni cómo debe solucionarse el conflicto entre principios.

Lo anterior, a pesar de que en la misma sentencia hito, el ponente hace varias consideraciones al respecto, entre ellas, la idea de que en los casos difíciles, el juez debe valerse de los valores constitucionales para valorar otras normas o instituciones, ya que no se trata de un enunciado normativo de aplicación directa.

En principio, frente al tema de la aplicación, la sentencia es clara en reconocer que los principios fundamentales del Estado, contenidos en el texto constitucional, son una pauta de interpretación ineludible que tiene la misma fuerza normativa de la ley. En este primer paso, les otorga fuerza normativa sin que se trate de enunciados normativos que prescriban una conducta.

Por el contrario, como lo expresa Dworkin, se trata de enunciados no normativos que se encuentran implícitos dentro de la Constitución, no explícitos ni evidentes, y que para hacerse evidentes a los ojos de los destinatarios de la decisión judicial, corresponde al juez su determinación.

Los valores y principios incluidos en el texto constitucional cumplen la función de asegurar la permanencia y obligatoriedad del contenido material de la Constitución. Aquí se refleja la voluntad constituyente de hacer obligatorio el respeto de principios considerados como universales e inherentes a la persona, cuya obligatoriedad va más allá de las contingencias propias del ordenamiento jurídico nacional. Así de esta manera generan unidad en el ordenamiento jurídico y se constituyen en referentes obligados para los jueces en sus decisiones⁸⁷.

⁸⁷ El tema de los principios es posteriormente desarrollado en varias sentencias, entre ellas la sentencia T-058 de 1995, que recalca lo dicho por la Corte acerca de la importancia de los principios dentro de la interpretación jurídica; la sentencia C- 079 de 1995 introduce un aspecto importante en el tema de los principios constitucionales, que es la diferencia de los principios constitucionales con los principios generales del derecho; la sentencia C-083 de 1995 retoma lo dicho sobre la utilidad de los principios como reductores de complejidad y como elementos que permiten darle plenitud y validez al sistema jurídico; la sentencia C-690 hace un análisis más detallado sobre los principios del bloque económico de la Constitución; la sentencia C126 de 1998, al tratar el tema de los principios coincide con sus antecesoras, dice “Los principios constitucionales, a pesar de tener una forma de interpretación y aplicación diversa a las reglas, pues están sujetos a un ejercicio de ponderación, no por ello dejan de ser normas constitucionales, por lo cual deben ser respetados por la ley. Por ende, una

Continúa la sentencia tocando otro tema de vital importancia, la utilidad de los principios y valores, fundamental para el propósito de éste trabajo: los principios como reductores de complejidad dentro del sistema jurídico, un postulado extraído del paradigma autopoiético de Niklas Luhmann. Para la Corte, las nuevas condiciones sociales exigen del derecho la aplicación de principios y de precedentes al momento de fallar, debido básicamente al reconocimiento de que la norma está imposibilitada para prever todas las soluciones posibles, son necesarios entonces criterios finalistas para reducir la complejidad del sistema⁸⁸.

Con posterioridad a la sentencia hito han sido expedidas un sinnúmero de sentencias con referencia al tema de los principios y valores constitucionales. Algunas, como C-546 de 1992, se desligan incluso del bloque de los derechos fundamentales y terminan por establecer que también dentro del bloque económico de la Constitución Política existen una serie de principios que gobiernan la actividad económica del país.

disposición legal incompatible con un principio constitucional debe ser declarada inexecutable, en caso de que no admita una interpretación conforme a la Carta”

⁸⁸ Al respecto la Corte dijo: “El aumento de la complejidad fáctica y jurídica en el Estado contemporáneo ha traído como consecuencia un agotamiento de la capacidad reguladora de los postulados generales y abstractos. En estas circunstancias la ley pierde su tradicional posición predominante y los principios y las decisiones judiciales, antes considerados como secundarios dentro del sistema normativo, adquieren importancia excepcional. Esta redistribución se explica ante todo por razones funcionales: no pudiendo el derecho, prever todas las soluciones posibles a través de los textos legales, necesita de criterios finalistas (principios) y de instrumentos de solución concreta (juez) para obtener una mejor comunicación con la sociedad. Pero también se explica por razones sustanciales: el nuevo papel del juez en el Estado social de derecho es la consecuencia directa de la enérgica pretensión de validez y efectividad de los contenidos materiales de la Constitución, claramente señalada en su artículo 228 (“Las actuaciones [de la administración de justicia] serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y **en ellas prevalecerá el derecho sustancial**”). Sentencia T-406 de 1992 (negrillas del original).

2.2.1. Modelos decisorios

Fue sólo tiempo después cuando la Corte Constitucional se percató de la necesidad de establecer los procedimientos mediante los cuales se hiciera la aplicación de principios y la forma en que deberían dirimirse los conflictos entre ellos, ante la ausencia de una jerarquización.

De acuerdo con Henrik López⁸⁹, podría considerarse que la Corte tuvo un punto de partida en su discurso, que denominó “*posición original*”, en el cual utilizó elementos de la Corte Europea de Derechos Humanos y formuló un test que hacía las veces de juicio de proporcionalidad con el fin de determinar el modo de proceder en casos en los cuales la decisión implicara un trato desigual. Ejemplo de estas sentencias, de acuerdo con el autor, son la C-530 de 1993, la T-230 de 1994 y la C-022 de 1996.

El *juicio de proporcionalidad* busca establecer una relación entre medios y fines en la cual se evidencie la persecución de un fin legítimo dentro de la acción estatal. En relación con el medio, éste no debe estar prohibido y debe ser idóneo y necesario⁹⁰. Este último elemento resulta central en la construcción hecha por la Corte en relación con el *juicio de proporcionalidad*. De acuerdo con éste, no es posible pensar en la restricción de un derecho o principio si existe otro medio que permita lograr el fin con un menor impacto. La proporcionalidad debe estar presente tanto en la elaboración de la ley como en el momento de la

⁸⁹ López Sterup, Henrik. Una observación de segundo grado sobre el ‘discurso’ de la Corte Constitucional de Colombia: una aproximación desde la teoría de Niklas Luhmann. Monografía Maestría en Ciencia Política. Bogotá: Universidad de los Andes. Facultad de Ciencias Sociales. 2002. Pág. 47.

⁹⁰ Araújo Rentería, Jaime. La protección de los derechos fundamentales por la justicia constitucional. Técnicas de control de constitucionalidad y ponderación crítica. En *Revista Iusta* N 29. Bogotá: Universidad Santo Tomás de Aquino. 2009. Pág. 78.

decisión judicial especialmente si se trata de un choque entre derechos o principios⁹¹.

López considera que en este primer momento o “posición original”, la Corte no hizo distinciones precisas entre los test de igualdad, proporcionalidad o razonabilidad y que, por tanto, el modelo de decisión era el mismo en cualquier caso en que se afectara el principio/derecho de igualdad.

La sentencia C-475 de 1997, con ponencia de Eduardo Cifuentes Muñoz, introdujo la idea propiamente dicha de *ponderación*, aplicable ya no a la ruptura o afectación del principio-derecho a la igualdad, sino como mecanismo por medio del cual se iba a *“promover la aplicación armónica e integral de los valores constitucionales”*.

Esta situación es interesante, en primer lugar porque se adopta la postura de Alexy con respecto a que los derechos fundamentales como principios son bienes optimizables y por lo tanto ponderables. Para la Corte, la mayor parte de los derechos fundamentales guarda una estructura lógica que admita la ponderación: *“La Carta consagra estándares de actuación que deben ser aplicados atendiendo a las*

⁹¹ Henrik López cita como sentencia hito de la necesidad como elemento constitutivo del juicio de proporcionalidad, la sentencia C-022 de 199 -M. P. Carlos Gaviria Díaz-, en la cual se dice: *“El concepto de proporcionalidad sirve como punto de apoyo de la ponderación entre principios constitucionales: cuando dos principios entran en colisión, porque la aplicación de uno implica la reducción del campo de aplicación de otro, corresponde al juez constitucional determinar si esa reducción es proporcionada, a la luz de la importancia del principio afectado... El concepto de proporcionalidad comprende tres conceptos parciales: la adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido, la necesidad de la utilización de esos medios para el logro del fin (esto es, que no exista otro medio que pueda conducir al fin y que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de esos medios), y la proporcionalidad en sentido estricto entre medios y fin, es decir, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionalmente más importantes”(subrayado propio).*

condiciones que, circunstancialmente, pueden dar un mayor peso relativo a un derecho sobre otro... la Carta adoptó un modelo en el cual las normas iusfundamentales tienen una estructura lógica que exige acudir a la metodología de la ponderación para resolver los eventuales conflictos. En suma, la Constitución no consagró un sistema jerárquico entre sus normas, sino un modelo de preferencia relativa, condicionada a las circunstancias específicas de cada caso. La tarea del legislador es la de armonizar los distintos derechos y cuando ello no resulte posible, la de definir las condiciones de precedencia de un derecho sobre otro.”⁹² (Subrayado propio).

Ya entrada la tercera Corte, se afina el criterio de la misma sobre la aplicación de los juicios o test al momento de la decisión judicial. Es así como en sentencia C-673 de 2001, sostiene que no es uno solo el test aplicado en las decisiones, sino que son tres, diferenciados por la intensidad: leve, intermedio y estricto.⁹³

En relación con el *test leve*, la Corte aclara que se limita a establecer cuál es la legitimidad del fin y de la medida. Para ello se deberá determinar si el fin y el medio no se encuentran constitucionalmente prohibidos, y si el medio es adecuado para el fin con base en el principio democrático⁹⁴.

⁹² Sentencia C-475 de 1997 Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁹³ Ob. cit. López, Henrik. Pág. 49.

⁹⁴ El texto de la Corte es: “El test leve se limita a establecer la legitimidad del fin y de la medida, debiendo ésta última ser, además, adecuada para alcanzar el fin buscado. En consecuencia, la Corte se limita cuando el test es leve, por una parte, a determinar si el fin buscado y el medio empleado no están constitucionalmente prohibidos y, por otra, a establecer si el medio escogido es adecuado, esto es, es idóneo para alcanzar el fin propuesto. Este es, por así decirlo, el punto de partida o de arranque en el análisis de la razonabilidad. La intensidad leve como punto de partida del test de razonabilidad tiene como fundamento el principio democrático, así como la presunción de constitucionalidad que existe sobre las decisiones legislativas. La aplicación ordinaria de un test leve en el análisis de razonabilidad tiene como finalidad exigir que el legislador no adopte decisiones arbitrarias y caprichosas sino fundadas en un mínimo de racionalidad. Esta

El *test intermedio*, además de preocuparse por los elementos expuestos anteriormente, verifica la importancia del fin, pues se refiere a intereses públicos que necesitan medidas específicas para su efectivo cumplimiento.

Por último, el *test estricto* tiene en cuenta una serie de elementos como aquellas limitaciones impuestas al legislador por la Constitución, por ejemplo: *“1) cuando está de por medio una clasificación sospechosa como las enumeradas en forma no taxativa a manera de prohibiciones de discriminación en el inciso 1º del artículo 13 de la Constitución; 2) cuando la medida recae principalmente en personas en condiciones de debilidad manifiesta, grupos marginados o discriminados, sectores sin acceso efectivo a la toma de decisiones o minorías insulares y discretas; 3) cuando la medida que hace la diferenciación entre personas o grupos prima facie afecta gravemente el goce de un derecho constitucional fundamental; 4) cuando se examina una medida que crea un privilegio”*.

Lo que caracteriza estas situaciones para la Corte es que en ellas no basta con que el fin que se persigue sea legítimo e importante, sino que debe tratarse de un fin “imperioso”, inaplazable. Así mismo con relación al medio, no basta con que se utilice uno adecuado y conducente, sino que debe ser considerado como “necesario” e irremplazable. No existen otros medios menos lesivos.

carga que pesa sobre el legislador, al igual que sobre cualquier autoridad pública y órgano estatal, surge directamente de la razón de ser misma del constitucionalismo que, desde sus orígenes históricos y su consolidación en el periodo de la Ilustración, aspira a lograr que el poder sea ejercido de conformidad con la razón no con la fuerza. De ahí que preguntarse qué se busca con una norma (análisis de la finalidad), cómo se va a lograr lo buscado (análisis del medio) y qué tan propicia es la medida para alcanzar lo buscado (análisis de la relación medio-fin), sean criterios elementales para determinar si la afectación de la igualdad, u otro derecho fundamental, es razonable y, por lo tanto, constitucional o, arbitraria, y, por lo tanto, inconstitucional.”

Se trata de un test de *proporcionalidad en sentido estricto*⁹⁵, es decir, un método que relaciona costo-beneficio y que, de acuerdo con Araújo Rentería, está íntimamente ligado con la máxima realización de los derechos fundamentales. Así entonces, cuando existen dos derechos fundamentales o principios en conflicto, es necesario examinar el costo-beneficio para determinar la decisión, el grado de afectación del derecho y el beneficio conseguido a través de la medida⁹⁶.

Para Alexy, la ponderación tiene tres pasos fundamentales que coinciden con los adoptados por la Corte Constitucional colombiana. En primer lugar, *“es preciso definir el grado de la no satisfacción o afectación de uno de los principios. Luego, en un segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Finalmente, en un tercer paso debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro.”*⁹⁷

No obstante, es importante señalar los matices económicos que adquiere su teoría al introducir categorías de optimización⁹⁸. Me refiero por

⁹⁵ Sobre la definición de este tipo de control de constitucionalidad, me baso en la dada por el ex magistrado Jaime Araújo Rentería en el texto antes citado.

⁹⁶ Ob. cit. Araújo Rentería, Jaime. *“Dicho de otra manera, la norma sólo está ajustada a la Constitución si el beneficio que recibe la sociedad es mayor que el costo de haber restringido o limitado un derecho fundamental. En primer lugar, el Tribunal Constitucional debe preguntarse cuál es la importancia del fin que el Estado persigue con su intervención; en segundo lugar, cuál es la importancia del derecho fundamental que se limita por medio de la ley. Después de comparar los dos derechos en conflicto y de determinar que el que se limita es menor que el que se protege con el fin perseguido, se puede declarar que la limitación del Derecho se ajusta a la Constitución”* Pág. 80.

⁹⁷ Ob. cit. Alexy, Robert. Epilogo a la teoría de los derechos fundamentales. Pág. 32.

⁹⁸ Alexy, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1993. Pág. 161. *“De acuerdo con la ley de la ponderación, la medida permitida de no satisfacción o de afectación de uno de los principios depende del grado de importancia de la satisfacción del otro. Ya en la definición del concepto de principio, con la cláusula “relativo a las posibilidades jurídicas- aquello que es ordenado por el respectivo principio fue puesto en relación con aquello que es ordenado por principios opuestos. La ley de la ponderación dice en qué consiste esta relación. Pone claramente de*

ejemplo a la utilización de curvas de indiferencia como medio de representación del resultado del análisis de fines y medios y la decisión judicial en general. Partiendo de esta idea, continuaré con las críticas más relevantes al modelo de decisión de la Corte Constitucional en general y a la teoría de Alexy en particular.

2.2.2 Crítica

La ponderación como fórmula de decisión de la Corte Constitucional, en relación con la interpretación de derechos y principios, ha sido muy debatida, básicamente porque esta situación ha dado lugar a aplicaciones polémicas en las que la ponderación adoptada por la Corte no ha permitido consolidar un discurso racional y sólido. Es por esta razón que utilizaré la crítica hecha por Jürgen Habermas al Tribunal Constitucional Alemán en el capítulo sexto de *Facticidad y validez*.

Habermas considera que la “teoría de los valores” desarrollada por el tribunal alemán equipara la orientación por principios con la ponderación o sopesamiento de bienes, lo que a la postre produce grandes preocupaciones en cuanto a la salvaguarda del Estado⁹⁹.

El Tribunal Constitucional Alemán, lejos de considerar la Constitución como un sistema de reglas estructurado por principios, la reconoce como “un orden concreto de valores”. Al no existir una jerarquización de los principios que se encuentran dentro de la Constitución, debe

manifiesto que el peso de los principios no es determinable en sí mismo o absolutamente, sino que siempre puede hablarse tan sólo de pesos relativos. Con la ayuda de curvas de indiferencia, tales como las que se usan en las ciencias económicas, pueden ilustrarse las ideas que se encuentran detrás de la ley de la ponderación. Una curva de indiferencia es un medio para la representación de la relación de sustitución de bienes.”

⁹⁹ Ob. cit. Habermas, Jürgen. *Facticidad y validez*. Pág. 312.

recurrirse a ese orden concreto de valores, que a su vez, para hacer eficaz la aplicación de los principios debe recurrir a una “ponderación orientada a fines”, ya que ningún valor o principio puede por sí mismo tener una primacía incondicional sobre los demás¹⁰⁰.

La ponderación entonces busca la *realización de valores*, pero orientados a un caso en concreto¹⁰¹. Se dirige esencialmente a la concreción de los valores, en términos generales a través de la consagración de un conjunto de derechos fundamentales como bienes optimizables. Diferente es el sentido que los derechos fundamentales tendrían de ser entendidos a partir de los principios jurídicos deontológicos en un sistema jurídico.

Esta metodología del Tribunal Constitucional, lejos de contribuir a la función del derecho en relación con el proceso de comunicación ciudadano-Estado, toma de decisiones “buenas para algunos” en casos concretos, en los que los derechos como bienes optimizables priorizan concepciones de vida buena (óptima) para el ciudadano, lo cual no permite la concreción de principios de justicia “para todos”.

¹⁰⁰ Habermas dice: “Si los principios sientan un valor que debe ser realizado de forma óptima, y si el grado de cumplimiento de este mandato de optimización no puede obtenerse de la norma misma, pues la norma ni lo establece ni lo puede establecer, la aplicación de tales principios en el marco de lo fácticamente posible hace menester una ponderación orientada a fines. Pero como ningún valor puede pretender de por sí una primacía incondicional sobre los demás valores, con tal operación de ponderación o sopesamiento la interpretación del derecho vigente se transforma en el negocio de una realización de valores, que concretiza a éstos orientándose por el caso concreto: “La concretización es la implementación creadora de algo que solo viene fijado en lo tocando a la orientación o a principio y que en todo lo demás está abierto y a menester que se lo determine y se lo configure para convertirlo en una norma aplicable” Facticidad y validez. Pág. 327.

¹⁰¹ *Ibíd.* Pág. 327.

La concepción axiológica convierte el derecho en un medio de realización de patrones de vida buena, confundiendo los valores morales con principios jurídicos, en términos habermasianos. Esta tendencia daría lugar a que las decisiones judiciales pierdan su legitimidad y eficacia, lo que a la postre pondrá en peligro la propia validez. La deliberación democrática da lugar a principios que no deben ser ponderables o convertidos en valores sino jerarquizados de tal manera, que al aplicarlos sea capaz el juez de tomar decisiones justas para todas y no en función de un patrón de vida buena predominante en una sociedad definida.

Asumir una postura axiológica en la interpretación de principios o de derechos fundamentales aumenta, a juicio de Habermas, el peligro de los juicios irracionales, *“porque con ello cobran primacía los argumentos funcionalistas a costa de los argumentos normativos”*, es decir, daría lugar a la colisión de los argumentos con las normas, se establecería discrecional y arbitrariamente un sistema de “preferencias particulares”. Por el contrario, asumir una postura deontológica da lugar a una pretensión de obligatoriedad general, coherente con el resto de sistema jurídico¹⁰².

El Estado, incluyendo a los jueces, debe asumir una posición de neutralidad frente a las diferentes visiones del mundo presentes en la sociedad, que ya se encuentran manifiestas en el consenso. Así pues se deben establecer procedimientos explícitos, claros y condiciones comunicativas que permitan una adecuada relación entre las instituciones y la opinión ciudadana¹⁰³, lo cual no es posible cuando a

¹⁰² Op. cit. Habermas, Jürgen. Facticidad y validez. Pág. 332.

¹⁰³ Al respecto ver: Mejía Quintana, Oscar & Guzmán, Natalia Andrea. La Corte Constitucional: entre la emancipación social y la eficacia sistémica. Hacia un tercer

través de las decisiones se beneficia una visión de ellas y específicamente su concepción de patrones de vida buena.

Para Habermas, el Tribunal Constitucional, en sociedades complejas (como la nuestra), tiene como misión la de conciliar la tensión entre hechos y normas garantizando a su vez la más amplia participación de los afectados. Para ello sugiere que no es posible ponderar, sino que es necesario un paradigma de adjudicación judicial, que no priorice frente a valores sino que haga una aplicación de principios sistémicos, delimitados y jerarquizados en un procedimiento racional-discursivo de interpretación de los mismos¹⁰⁴.

Otro autor que plantea una crítica al modo de decisión basado en la ponderación es Niklas Luhmann, y básicamente, retomando algunas de las críticas ya enunciadas considerará que un tribunal constitucional debe ayudar a reducir la complejidad dentro de una sociedad¹⁰⁵. No obstante, el primer paso para la reducción de la complejidad está en la elaboración misma de la ley. Su función es la de reducir el exceso de expectativas sociales, reducir la complejidad social en el dominio de la conducta interhumana¹⁰⁶.

Es más, dado que Luhmann pone el tema de la validez del derecho en la decisión jurídica, en un proceso de decisión socialmente controlable, la decisión judicial debe funcionar como el nivel más alto de restricción. En el caso del órgano de cierre, el encargado de la revisión judicial, esta

modelo de tribunal constitucional. En *Revista Pensamiento Jurídico* N15. Bogotá: Facultad de Derecho, Ciencias Política y Sociales. Universidad Nacional de Colombia. 2002.

¹⁰⁴ *Ibíd.*

¹⁰⁵ Ver: Luhmann, Niklas. *Sistema jurídico y dogmática jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1974.

¹⁰⁶ *Op. cit.* Mejía Quintana, Oscar & Guzmán, Natalia Andrea.

función se potencializa con el fin de que constriña el sistema legal para mantener la estabilidad frente a la interpretación y la discrecionalidad judicial. En ese sentido, una fórmula de interpretación fundamentada en valores y no en principios sistémicos aumentará las expectativas dentro de la sociedad, haciendo que el derecho pierda su propia validez.

Para Luhmann, esos principios sistémicos son dos, básicamente: 1. Que en toda decisión política el Estado debe tratar a sus ciudadanos como iguales, con igual preocupación y respeto y 2. Una vez tomada una decisión política cumpliendo el primer principio, el cumplimiento de ésta no es ya una decisión política sino una decisión jurídica que tiene por objeto reducir la complejidad social.

Sin duda, una de las críticas más recurrentes frente al tema de la ponderación es el sincretismo entre valores, principios y derechos fundamentales, rechazado por la mayoría de los autores que hemos visto, entre otras cosas porque la introducción de principios producto del consenso, deliberación o de carácter sistémico, busca limitar la discrecionalidad de las decisiones jurídicas, dando solidez al derecho y reduciendo la complejidad social.

La introducción de valores, sea a través de la noción de derechos fundamentales o de argumentos razonables, no logra los objetivos propuestos frente a la función del derecho, lo que aumenta las expectativas sociales con respecto al derecho en general y a la decisión judicial en particular. Así mismo puede ser contraproducente pretender, con indicadores económicos, medir la satisfacción de derechos o principios dentro de una sociedad. La pregunta es si efectivamente es un medio suficiente para medir la satisfacción o si las lógicas sociales son

tan complejas que los resultados de la medición sean parciales y satisfactorios solo para algunos.

Como lo hemos visto a lo largo de este capítulo en el caso de la Corte Constitucional colombiana, se adoptó la teoría de Robert Alexy sobre la ponderación dirigida a optimizar bienes (derechos fundamentales) específicamente a partir de la sentencia C-475 de 1997, más que todo por la ausencia de una jerarquización de principios. Sus consecuencias serán examinadas con mayor detenimiento en el siguiente capítulo.

CAPÍTULO 3

FRACASO DEL MODELO DE PRINCIPIOS Y AUMENTO DE LA COMPLEJIDAD

Introducción

El presente es conclusivo y tiene dos fines principales: el primero, establecer, después del análisis realizado en los capítulos anteriores, las posibilidades de existencia de un modelo de principios en Colombia y, segundo, cuál es la problemática que enfrenta la Corte Constitucional con respecto a sus decisiones y las consecuencias sociales de las mismas.

Este capítulo se iniciará con una complementación de las críticas hechas en el capítulo anterior al modelo de decisión. Posteriormente se planteará una crítica general no solo desde el punto de vista judicial, sino del derecho y la posibilidad real de la implementación de principios en Colombia. Luego ampliaré el tema de las consecuencias de las decisiones judiciales y mi posición personal.

3.1 Las posibilidades del modelo de principios en el sistema jurídico colombiano

No cabe duda de que el modelo de ponderación adoptado por la Corte Constitucional ha generado en muchos casos incertidumbre sobre la procedencia de las acciones judiciales para la protección de los derechos fundamentales, desencadenando situaciones de inestabilidad social y política, en las que han sido desfavorecidos amplios sectores de la

población por considerar que dentro de la ponderación de las situaciones de vulneración la afectación de un derecho fundamental no sobrepasa el test de razonabilidad.

Efectivamente, dentro del dilema sobre asumir, de una parte, una perspectiva deontológica, en una tradición rawlsiana, dworkiniana y habermasiana, en la cual se establezca el peso de los principios a través de mecanismos discursivos, racionales y argumentativos, y, de la otra, una perspectiva axiológica en la línea de Robert Alexy, en la que los Derechos Fundamentales son interpretados como bienes jurídicos optimizables, la Corte Constitucional colombiana se ha inclinado por la segunda de ellas.

La Corte consideró en un principio que la inclusión de los principios no respondía a un mero agregado simbólico, sino que se trataba de un instrumento a través del cual se mantienen las relaciones entre los gobernantes y los gobernados para que contribuyan al proceso de consolidación de la sociedad conservando la integridad y la supremacía de la Constitución. Sin embargo, posteriormente, al adoptar el mecanismo de la ponderación pura y simple, se dio lugar a que las decisiones de la Corte dejaran por fuera de sus consideraciones a grandes sectores sociales cuyos derechos fundamentales fueron vulnerados, pero sin que las situaciones sobrepasaran el test de razonabilidad.

Esta situación, que puede resumirse en decisiones buenas para algunos, agudizó situaciones sociales que veían en las decisiones de la Corte una forma de salida, con lo cual aumentó la complejidad del sistema jurídico, pues se generó un gran número de expectativas que no son de

posible cumplimiento y no se garantizó de ninguna manera la justicia material. La falta de uniformidad en la jurisprudencia constitucional aceleró de esta manera procesos de inestabilidad social.

Sin embargo, el problema de la inconsistencia del modelo de principios en Colombia no es responsabilidad exclusiva de la Corte Constitucional o de la fórmula de decisión que eligió. Sin duda, el diseño de la propia Constitución Política y la ausencia de una conciencia pro-principios en el legislativo aumentan el problema del derecho en Colombia y, por consiguiente, las consecuencias sociales son lamentables, especialmente el aumento de las expectativas de los ciudadanos con respecto al derecho, generando una gran presión sobre el sistema jurídico.

3.1.1 La Constitución de 1991

Muchos han sido los críticos de la Constitución de 1991 que, pese a los notables avances en los últimos 19 años, ha demostrado igualmente falencias que han dado lugar a graves crisis de orden social y económico.

Algunas investigaciones apuntan a que la Constitución de 1991 no correspondió a un consenso (Rawls) ni al resultado de una deliberación democrática (Habermas), sino a un pacto de élites que no logró concretar los fines para los cuales había sido convocada: paz, participación y mejora de condiciones sociales para la población¹⁰⁷.

¹⁰⁷ Mejía Quintana, Oscar. Elites, eticidades y Constitución en Colombia. En Cuadernos de Ciencia Política. Año 1 N° 2. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. 2004. Pág. 30.

Una vez realizada la consulta ciudadana del 27 de mayo de 1990, se convoca la asamblea constitucional con el fin de reformar la Constitución de 1886¹⁰⁸. Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia consideró que la séptima papeleta era una manifestación del constituyente primario y que por lo tanto no se debía convocar una asamblea constitucional sino una asamblea constituyente en la cual el mismo constituyente pudiera determinar la forma de las deliberaciones.

En las elecciones del 9 de diciembre de 1990 se escogieron los representantes entre los cuales había participación del Partido Social Conservador, el Conservatismo Independiente y el Movimiento de Salvación Nacional por parte de la línea conservadora; el Partido Liberal; el M-19, con 19 de las 72 curules; la Unión Cristiana, la Unión Patriótica; los indígenas y curules para otros grupos guerrilleros como el EPL, el PRT y el Quintin Lame. Sin embargo, la representación de la asamblea no incluía las múltiples visiones omnicomprensivas del mundo, como lo señala la investigación antes citada. La ausencia de representación femenina, de negritudes, campesinos y otros sectores impediría reflejar los intereses de todos los sectores sociales. Solo estarían presentes, como finalmente sucedió, los intereses de las élites partidistas tradicionales¹⁰⁹.

Finalmente se adoptó una lógica de negociación por encima de una lógica de consenso. Los pactos se dieron entre las élites más representativas y por ello no fue posible garantizar que los objetivos propuestos en la iniciativa popular se llevaran efectivamente a cabo.

¹⁰⁸ Valencia Villa, Hernando. Cartas de Batalla. Bogotá: CEREC. 1997. Pág. 178.

¹⁰⁹ *Ibíd.*

Ante este panorama, es lógico pensar que no hubo una intención directa de los constituyentes de alimentar la Constitución y correlativamente, el sistema jurídico, con principios consensuados, discursiva y racionalmente, con el fin de darle plenitud al derecho. Se incluyeron normas con finalidades específicas como el derecho a la paz o la cláusula del Estado Social de Derecho, pero sin ningún tipo de jerarquía o regla de prevalencia que pudiera ser utilizada por los jueces al momento de fallar.

Fue la Corte la que asumió el papel de develar los principios constitucionales a través de la sentencia T-406 de 1992, que se convirtió en la sentencia hito frente al tema de principios. Sin embargo, la contradicción emanadas del texto constitucional, dada la existencia de dos modelos diferenciados de sociedad, ha permitido que la Corte no solo dé cuenta de principios constitucionales de corte socialdemócrata, sino también de una serie de principios de corte neoliberal, agudizando la complejidad y generando mayor incertidumbre en la decisión judicial. Si bien puede darse una aplicación garantista de los principios de un bloque, también, con el mismo rango, puede darse una respuesta constitucional contraria basada en los principios del otro bloque¹¹⁰.

3.2 El legislativo y el modelo de principios

Es necesario ahondar en el tema de la aplicación de los principios por parte del legislador, así no sea el tema central del texto. Dentro de la teoría expuesta en los capítulos precedentes, fue evidente que la función

¹¹⁰ Al respecto ver: Mejía Quintana, Oscar & Galindo Poblador, Carolina. Tercera Corte Constitucional: tensiones y desplazamientos. En. *Intelectuales, tecnócratas y reformas neoliberales en América Latina*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. 2005. Pág. 383.

del juez está acompañada de la del legislador y que este último contribuye necesariamente a implementar el modelo de principios en un sistema jurídico.

Por ejemplo, para Dworkin, el legislador tiene un papel preponderante en la medida en que es él quien a través de la ley desarrolla los principios, pero básicamente, en el caso de las directrices políticas, ya que es al legislador a quien corresponde establecer su delimitación como conjunto de propósitos por medio de los cuales se deben mirar las relaciones entre los gobernantes y los gobernados.

Las directrices políticas consagran prescripciones jurídicas de aplicación inmediata, tanto por el legislador como por el juez constitucional. Ellos se refieren a la naturaleza política y organizativa del Estado y de las relaciones entre los gobernantes y los gobernados. Contribuyen a la *integridad y la supremacía de la Constitución*.

Adicionalmente cree que en muchos casos el juez que se encuentra ante un caso difícil, debe acudir a la intención o propósito de una determinada ley, y que en ese sentido, los argumentos políticos de que haga uso el legislador, para justificar la expedición de una ley, deben ajustarse a las directrices políticas establecidas con anterioridad y a las metas de la sociedad¹¹¹.

En el caso de Habermas, la función legislativa es una parte del proceso de racionalización de los mundos de la vida de las sociedades modernas sometidas a la presión de imperativos sistémicos¹¹². Esta función debe

¹¹¹ Op. Cit. Dworkin, Ronal. Los derechos en serio. Pág. 148

¹¹² Op. cit. Habermas, Jürgen Habermas. Facticidad y validez. Pág. 67.

estar en capacidad de contribuir a absorber las inestabilidades de la socialización hecha a partir de pretensiones de validez. Cumple además una función de integración social de ciudadanos libres e iguales.

Luhmann va a resaltar esta idea considerando que el primer paso para reducir la complejidad está en la elaboración misma de la ley a través de la reducción del exceso de expectativas sociales¹¹³. Esta función legislativa estará acompañada de la función del órgano de cierre, que se encargará de que la ley efectivamente cumpla su función de constricción garantizando límites a la interpretación y la discrecionalidad judicial.

Para Alexy, la función legislativa es el punto de partida de la pretensión de corrección, esta es una cualidad intrínseca a la ley. Se trata de una característica que compete al legislador y al juez, puesto que ellos crean, interpretan, aplican y ejecutan el derecho, y por lo tanto, sus actos deben reputarse correctos, ser fundamentables y tener “expectativa de reconocimiento de la corrección¹¹⁴”.

Sin embargo, la práctica legislativa en Colombia se encuentra muy distante de los objetivos propuestos por los autores citados. Creo que en gran medida esto se debe a que no se ha reconocido en Colombia el derecho como algo diferente a un conjunto de normas de obligatorio cumplimiento. El proceso legislativo no responde a una lógica de consensos o de deliberación. Se encuentra cimentado sobre la regla de mayorías atizada por las reformas políticas que dieron lugar a la ley de bancadas.

¹¹³ Op. cit. Mejía Quintana, Oscar & Guzmán, Natalia Andrea.

¹¹⁴ Op. cit. Alexy, Robert. La institucionalización de la razón. Pág. 218.

Así mismo, el tema de los principios es una cuestión simbólica. La mayor parte de las leyes contiene un capítulo de principios sin ningún tipo de eficacia o coherencia con el articulado de la ley. Se trata de llenar un requisito de “técnica jurídica”, aunque sin ninguna relevancia en la práctica legal.

Debido a la discrepancia entre el modelo jurídico, modelo político y realidad, se ha presentado un fenómeno jurídico que en mi concepto se resolvería con un modelo de principios fuerte y una mayor coherencia entre el papel del juez y el del legislador. Ese fenómeno es el de la “*juridificación*”.

Para algunos autores, “*cumplir con las promesas ‘materiales’ del Estado Social de Derecho a través de la regulación jurídica genera disfunciones sistémicas como la ‘juridificación’ y el ‘trilema regulatorio’, las cuales evidencian la incapacidad del Estado Social de Derecho de alcanzar sus objetivos a través de la ‘hiperregulación’*”¹¹⁵ ”.

Estos fenómenos obedecen a la disparidad entre realidad y regulación, que debe ser resuelto, por lo menos en Colombia, por los jueces constitucionales. Se ha pensado además que expediendo nuevas leyes es posible solucionar los problemas sociales derivados de las expectativas frente a la Constitución.

Claramente, las expectativas no estarían desbordadas si los principios cumplieran realmente su función en el sistema jurídico colombiano. Se

¹¹⁵ Lamprea M., Everaldo. Los servicios públicos domiciliarios y el Estado regulador. En Revista Precedente. Cali: Icesi. 2004. Pág. 137.

ha preferido no obstante optar por la “inflación legislativa”¹¹⁶, tanto para la regulación de áreas específicas como la social emanada del establecimiento del Estado Social de Derecho, como para otras materias que debieron ajustarse a la nueva Constitución. Sin embargo, la fe en la ley como único elemento definitivo del derecho ha ocasionado un exceso de legislación incluso en áreas que no la requieren o que ya se encuentran sobrerreguladas.

La Constitución de 1991 trajo consigo cambios significativos que a la postre iban a ser regulados por el legislador. No obstante, de acuerdo con Everaldo Lamprea, el derecho empezó a tomar espacios que no le eran propios y legisló sobre ellos, y en lugar de lograr un acoplamiento entre las esferas jurídica y política, terminó por perturbarlas, es decir, en términos luhmannianos, impidió el acoplamiento estructural entre estos subsistemas aumentando la complejidad social¹¹⁷.

Así pues, continúa el autor, *“La Constitución, por ejemplo, se encarga de acoplar las estructuras del sistema jurídico y político de modo que sus perturbaciones mutuas puedan ser ‘compensadas’ en cada sistema a través de sus códigos particulares”*. Obviamente, los principios como parte integral de la Constitución tienen funciones tanto con respecto al derecho y la legislación como frente a la política y sus implicaciones sociales¹¹⁸.

¹¹⁶ *Ibíd.* El autor cita a Dennis Holtschneider para definir el fenómeno de la juridificación, que puede ser visto como un (i) crecimiento del derecho positivizado, como (ii) un crecimiento de las áreas sociales normativizadas, y como (iii) una mayor especificidad de las normas. Para este autor, la causa primaria de este fenómeno es el surgimiento y consolidación del Estado Social de Derecho.

¹¹⁷ *Ibíd.* Pág. 140.

¹¹⁸ Continúa el autor: *“No obstante, según Luhmann las presiones que experimenta el derecho por parte de subsistemas como la política y la economía en el Estado Social de Derecho no son siempre resueltas a través de un óptimo acoplamiento estructural. Algunas decisiones del sistema jurídico son comúnmente activadas por criterios externos*

Recordemos que para Luhmann es necesaria la existencia de unos principios sistémicos que informan el derecho: 1. Que en toda decisión política el Estado debe tratar a sus ciudadanos como iguales, con igual preocupación y respeto y 2. Una vez tomada una decisión política cumpliendo el primer principio, el cumplimiento de ésta no es ya una decisión política sino una decisión jurídica que tiene por objeto reducir la complejidad social.

Así pues, el exceso legislativo y el apartarse de los principios van a generar en el derecho una situación que incluso pondría en entredicho la continuidad de la autopoiesis del derecho y, por consiguiente, su función de constricción de la complejidad social.

Habermas tendría la misma preocupación frente al exceso de legislación. La juridificación excesiva puede desembocar en un proceso de “colonización del mundo de la vida” que ponga en peligro su potencial deliberativo. De allí que sea necesario aplicar los principios sistémicos por parte del legislador, y obviamente del juez, para lograr estabilizar las expectativas sociales¹¹⁹.

En ese mismo sentido y para terminar, Gunther Teubner va a tener una apreciación similar de los riesgos de la juridificación de la sociedad: *“La juridificación introduce disfuncionalidades al sistema, cambios en la función del derecho, en su legitimación y en su estructura, y por tanto, el*

de policy o eficiencia que, pese a ser traducidos y decididos con el uso del código legal/ilegal, generan un amplio campo de incertidumbre judicial que podría dar pie a que parámetros de oportunidad política o utilidad económica logren instrumentalizar el derecho para sus propios fines.”

¹¹⁹ Pisarello, Gerardo. Las afinidades constitucionales de Habermas. En Revista Jueces para la Democracia N 39. Madrid: Jueces para la Democracia. 2000. Página 52.

derecho se convierte en un instrumento para la invención política del Estado Social de Derecho. (p. 124). En este sentido el derecho deja de ser un instrumento para la solución de conflictos y se constituye en un derecho regulatorio¹²⁰. Frente a éste fenómeno, Teubner va a proponer un derecho reflexivo que garantice la regulación de la forma de producción de normas coherentes con los distintos sistemas sociales¹²¹.

Como se ha visto, el papel del legislador es fundamental, pero también puede presentar serios problemas cuando no se adecua a la lógica de principios o cuando permanece suspendido en un formalismo tradicional.

3.3 Conclusiones

La primera conclusión a la que he llegado en este documento, es que el modelo de principios en Colombia ha fracasado, es decir, que a pesar de los esfuerzos realizados por la Corte Constitucional, para reconocerlos como integrantes del Sistema Jurídico no ha sido posible.

¹²⁰ Morales de Setién, Carlos. Estudio Preliminar. En *En La fuerza del derecho*. Bogotá: Universidad de los Andes. Instituto pensar. Siglo del Hombre Editores. Segunda reimposición 2005. Pág. 42. En este mismo estudio se explican los diferentes tipos de jurificación del derecho para Teubner: 1. La Explosión Legal: entendida como un crecimiento incontrolado del número de normas y de la intensidad reguladora del legislador. 2. Expropiación del Conflicto: cuando se retira del dominio de otro tipo de actores sociales la solución del conflicto y el derecho asume esta función. 3. Despolitización: entendida como la intervención legislativa estatal dirigida a la neutralización de las luchas políticas a través de la regulación legal. 4. Materialización: que para Teubner es el mejor ejemplo de jurificación, ya que representa una mayor intervención del Estado a través del derecho en la determinación de los fines de la sociedad.

¹²¹ Teubner, Gunther. Elementos materiales y reflexivos en el derecho moderno. En *La fuerza del derecho*. Bogotá: Universidad de los Andes. Instituto Pensar. Siglo del Hombre Editores. Segunda reimposición 2005. Págs. 102-106.

De igual manera podría concluirse que este fracaso se debe fundamentalmente a dos situaciones: de un lado, a la postura teórica de corte axiológica adoptada por la Corte Constitucional en relación con la forma de interpretación de los principios y, del otro, al desconocimiento del modelo de principios por parte del legislador.

Como se dijo al iniciar el presente trabajo, no cabe duda de la importancia y el valor de los pasos dados por la Corte Constitucional en materia de reconocimiento del derecho como algo más que la existencia de un conjunto de normas de obligatorio cumplimiento. No obstante, la discusión interna y la toma de postura frente a la utilización de una metodología o la adopción de una postura epistemológica tiene una amplia trascendencia en la vida social, de tal manera que puede, o bien ayudar a la consolidación de la unidad social, o bien generar una mayor complejidad y mayores expectativas en la sociedad.

Frente a la responsabilidad de la Corte en el fracaso del modelo, debo hacer dos consideraciones principales. Primero, si bien la Corte tuvo la capacidad de aceptar la existencia de los principios dentro del texto constitucional, no ha logrado que éstos permeen efectivamente el resto del ordenamiento jurídico, entendido este como conjunto y no solo referido a las decisiones de otros jueces de menor jerarquía. En segundo lugar, el hecho de haber optado por un modelo de decisión axiológico no contribuyó a que los principios pudieran cumplir su función de reducción de la complejidad del sistema y de unidad del sistema jurídico en particular.

Esta forma de interpretación generó expectativas de optimización que difícilmente se ven satisfechas. La perspectiva según la cual los derechos

fundamentales son vistos como bienes jurídicos optimizables en vez de principios jurídicos deontológicos contribuye a la realización de patrones de vida buena, lo que finalmente sobrecarga de expectativas sociales al derecho sin que efectivamente logre garantizar la justicia material.

Como lo escribe Dworkin, *“las personas pueden ganar o perder más por el asentimiento de un juez que por cualquier acto general del congreso o parlamento”*¹²². De ahí la importancia de la forma de interpretación de la Corte o el alcance de sus decisiones.

En materia legislativa, el panorama tampoco es alentador. En definitiva, el desconocimiento de la Constitución como norma fundamental, la insistencia en mantener una idea de derecho limitada a la norma y la existencia de una lógica de mayorías en el Congreso no han permitido llevar a la práctica el modelo de principios ni su desarrollo legislativo. Por el contrario, ha permitido la aparición de nuevos problemas como la juridificación o hiperinflación legislativa, que desbordan aún en mayor medida las expectativas frente al derecho.

Sin embargo, estas dos situaciones tienen un origen común, la falta de reconocimiento de la Carta Política como norma de superior jerarquía y por consiguiente norma de cierre del sistema jurídico. Si bien la Corte Constitucional se ha enfrentado a la difícil tarea de la defensa de la constitución, tal y como le fue mandado por ella misma, puede percibirse que otros operadores jurídicos no lo han asumido de la misma manera. Esto unido al hecho de que efectivamente el modelo de decisión es ineficiente, ha permitido una justicia constitucional parcial

¹²² Dworkin, Ronald. El imperio de la Justicia. Barcelona: Editorial Gedisa. 1992. Pág. 15.

que aún no ha permeado todo el entramado judicial ni las decisiones de todos los jueces, excepto en algunas materias como la seguridad social.

En el caso del legislativo la cuestión es igualmente preocupante. La experiencia demuestra que los principios constitucionales no son más que un agregado discursivo de los proyectos de ley, incluso la propia constitución, que han modificado reiterativamente, se ha convertido en parte del discurso jurídico.

Esto puede deberse a varias situaciones, una de ellas la incoherencia de la constitución con el actual sistema jurídico y la tradición jurídica implementada en Colombia desde hace muchos años, y la incoherencia del sistema jurídico con la realidad social. En ese sentido, la constitución y por consiguiente los principios constitucionales, se han convertido en un agregado simbólico infaltable en el discurso pero ineficaz en la práctica. Pasados 20 años, la constitución no ha logrado permear la totalidad del sistema jurídico en Colombia.

En ese sentido, en mi concepto, en Colombia, el derecho no unifica, no cohesiona, no restringe la complejidad y en últimas no satisface las expectativas de los ciudadanos básicamente porque no ha logrado encontrar el punto de encuentro entre la Constitución, el sistema jurídico y la realidad social.

Bibliografía

Abramovich, Victor. & Courtis, Cristhian. Los derechos sociales como derechos exigibles. Madrid: Editorial Trotta. 2002

Aguirre Román, Javier Orlando & otros. Lenguaje y Derecho. Habermas y el debate iusfilosófico. Bucaramanga: Universidad Industrial de Santander. 2007.

Alexy, Robert. “Sobre la ponderación y la subsunción. Una comparación estructural” en *Revista Pensamiento Jurídico N°16*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. 2006.

Alexy, Robert. *Derechos, racionamiento jurídico y discurso racional en Isonomía N° 1.* Madrid: 2003.
http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01338308644248274088802/isonomia01/isonomia01_03.pdf.

Alexy, Robert. Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2003

Alexy, Robert. Epilogo a la Teoría de los derechos fundamentales. En *Revista Española de Derecho Constitucional Año 22 N° 66*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. Septiembre-Diciembre de 2002.

Alexy, Robert. La Institucionalización de la razón. En *Persona y Derecho. Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*. Vol 43. Navarra: Universidad de Navarra. 2000.

Alexy, Robert. *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica* en Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho N° 5. Madrid: 1998.
http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12471730982570739687891/cuaderno5/Doxa5_07.pdf.

Alexy, Ronald. Derecho y razón práctica. México: Fontamara. 1998

Alexy, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1993.

Alexy, Robert. Teoría de la argumentación jurídica. Centro de estudios constitucionales. Madrid. 1989

Arango, Rodolfo. El concepto de derechos sociales fundamentales. Bogotá: Editorial Legis. 2005

Arango, Rodolfo. Derecho, Constitucionalismo y democracia. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2004

Arango, Rodolfo. ¿Hay respuestas correctas en el derecho? Bogotá: Editorial Siglo del Hombre. 1999

Araujo Rentería, Jaime. La protección de los derechos fundamentales por la justicia constitucional. Técnicas de control de constitucionalidad y ponderación crítica. En *Revista Iusta* N 29. Bogotá: Universidad Santo Tomás de Aquino. 2009.

Araujo, Jaime. Principios de Derecho Constitucional. Bogotá: Mc Graw Hill. 1999

Arnaud, André- Jean. Critique de la Raison Juridique. París: LGDJ. 1981.

Chavarro Orozco, Danilo. La legitimación del derecho en Habermas. Cali: Universidad ICESI. 2007.

Dworkin, Ronald. La democracia posible. Barcelona: Editorial Paidós. 2007.

Dworkin, Ronald, La comunidad liberal. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes. 1996.

Dworkin, Ronald. El imperio de la Justicia. Barcelona: Editorial Gedisa. 1992.

Dworkin, Ronald. Los derechos en serio. Barcelona: Editorial Ariel. 1989.

Dworkin, Ronald. A matter of Principle. Cambridge: Harvard University Press. 1985

Estévez Araujo, José Antonio. La Constitución como proceso y la desobediencia civil. Madrid: Editorial Trotta. 1994.

García Figueroa, Alfonso. Teoría de la Argumentación y Teoría del Derecho. En *Revista de Ciencias Sociales N°45*. Valparaiso (Chile): Universidad de Valparaiso. 2000

Guantini, Ricardo. Distinguiendo estudios de teoría y metateoría del derecho. Barcelona: Editorial Gedisa. 1999.

Habemas, Jürgen. & Putnam, Hilary. Normas y valores. Madrid. Editorial Trotta. 2008

Habemas, Jürgen. Facticidad y Validez. Madrid: Editorial Trotta S.A. 1998.

Habermas, Jürgen & Rawls, John. Debate sobre el liberalismo político. Barcelona: Paidós, Universidad Autónoma de Barcelona. 1998.

Habemas, Jürgen. Teoría de la acción comunicativa: Complementos y estudios previos. Madrid: Editorial Cátedra. 1989.

Hart, H.L.A. El concepto del derecho. Buenos Aires: Ed Porrúa ,. Abeledo-Perrot, 1968.

Hoyos Vásquez, Guillermo. *La filosofía política de Jürgen Habermas.* En Ideas y Valores Nº 116. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. 2001.

Hoyos Vásquez, Guillermo. Ética discursiva, derecho y democracia. En *Ética y Conflicto*. Bogotá: T-M Universidad de los Andes. 1995

Kalmanovitz, Salomón. Consecuencias económicas de la Corte Constitucional”. Revista Consigna N.466. IV Trimestre. Fundación Universitaria del Área Andina

Kant, Emmanuel. Crítica de la Razón Práctica. México: Editorial Porrúa. 2007

Kelsen, Hans. Teoría Pura del Derecho. México: Porrúa. 2007

Kelsen, Hans. ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución. Madrid: editorial Tecnos. 1995.

Lamprea M., Everaldo. Los servicios públicos domiciliarios y el Estado regulador. En Revista Precedente. Cali: Icesi. 2004

López Sterup, Henrik. Una observación de segundo grado sobre el 'discurso' de la Corte Constitucional de Colombia: una aproximación desde la teoría de Niklas Luhmann. Monografía Maestría en Ciencia Política. Bogotá: Universidad de los Andes. Facultad de Ciencias Sociales. 2002.

Luhmann, Niklas. Confianza. Barcelona: Anthropos. 1996

Luhmann, Niklas. Teoría política del Estado de Bienestar. Madrid: Editorial Alianza. 1994.

Luhmann, Niklas. Sistema Jurídico y Dogmática jurídica. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1974

Mejía Quintana, Oscar & Galindo Poblador, Carolina. Tercera Corte Constitucional: tensiones y desplazamientos. En. *Intelectuales, tecnócratas y reformas neoliberales en América Latina*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. 2005.

Mejía Quintana, Oscar. Elites, Eticidades y Constitución en Colombia. En Cuadernos de Ciencia Política. Año 1 N° 2. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. 2004.

Mejía Quintana, Oscar & Guzmán, Natalia Andrea. La Corte Constitucional: entre la emancipación social y la eficacia sistémica. Hacia un tercer modelo de tribunal constitucional. En *Revista Pensamiento Jurídico N15*. Bogotá: Facultad de Derecho, Ciencias Política y Sociales. Universidad Nacional de Colombia. 2002

Mejía Quintana, Oscar. El paradigma consensual-discursivo como instrumento conciliador de la tensión entre multiculturalismo comunitarista y liberalismo multicultural. En: *Multiculturalismo: los derechos de las minorías culturales*. Madrid: Res Pública. 2000.

Mejía Quintana, Oscar. Justicia y democracia consensual. La teoría neocontractualista en John Rawls. Bogotá: Ediciones Uniandes - Siglo del hombre editores. 1997.

Mejía Quintana, Oscar. El paradigma consensual del Derecho en la Teoría de la Justicia de John Rawls, en Rawls, John. *El derecho de los Pueblos*. Bogotá: Universidad de Los Andes. 1996

Melkevik, Bjarne. Habermas y la concepción democrática del Derecho en *Rawls o Habermas. Un debate de filosofía del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006.

Morales de Setién, Carlos. Estudio Preliminar. En *La fuerza del derecho*. Bogotá: Universidad de los Andes. Instituto pensar. Siglo del Hombre Editores. Segunda reimpresión 2005.

Nino, Carlos Santiago. La validez del derecho. Buenos Aires: Astrea. 1985

Orjuela, Luis Javier. Colombia: Dos proyectos de sociedad enfrentados, en *La crisis política colombiana*, Bogotá: Universidad de los Andes, CESO, Fundación Angel Escobar. 2003

Pisarello, Gerardo. Las afinidades constitucionales de Habermas. En *Revista Jueces para la Democracia* N 39. Madrid: Jueces para la Democracia. 2000.

Rawls, John. Liberalismo Político. México: Fondo de Cultura Económica. Quinta reimpresión. 2006.

Rawls, John. La justicia como equidad. Una reformulación. Buenos Aires: Paidós. 2002

Rawls, John. Teoría de la Justicia. México: fondo de cultura económica. 1979

Rawls, John. Justicia como Equidad en *Revista Española de control externo* Vol 5 N° 13, Madrid: Tribunal de Cuentas.

Rubio Llorente Gustavo. *Il diritto mite* en Revista Española de Derecho Constitucional. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1994.

Schmitt, Carl. Sobre los tres modos de pensar la Ciencia Jurídica. Madrid: Editorial Tecnos. 1996

Serrano, Enrique. Legitimación y Racionalización. México: Anthropos. 1994.

Teubner, Gunther. Elementos materiales y reflexivos en el derecho moderno. En *La fuerza del derecho*. Bogotá: Universidad de los Andes. Instituto pensar. Siglo del Hombre Editores. Segunda reimpresión 2005.

Teubner, Gunther. Le droit un système autopoïtique. Paris: Presses Universitaires de France. 1992.

Valencia Villa, Hernando. Cartas de Batalla. Bogotá: CEREC. 1997