

INTRODUCCIÓN A LOS ELEMENTOS DE LA PONDERACIÓN Y SUS LIMITANTES

INTRODUÇÃO AOS ELEMENTOS DA PONDERAÇÃO E SEUS LIMITES

Edgar Hernán Fuentes Contreras¹

Resumen: El presente texto se estructura como una presentación breve y concisa sobre aquello que puede vincularse como los elementos más significativos de la ponderación, como método de aplicación e interpretación de los mandatos de optimización. En este sentido, recurre principalmente a las obras del profesor Robert Alexy y Carlos Bernal Pulido, con el fin de integrar una exposición breve sobre la temática, para aludir, en un acápite final, a las críticas y limitantes de la metodología con el fin de la obtención de una respuesta correcta en los diferentes ámbitos operacionales del universo normativo; con lo cual busca comprobar que, pese a que no es precisamente una promesa de la teoría ponderativa, difícilmente, como método interpretativo, puede alcanzar una única respuesta verdadera.

Palabras Claves: Principios, Reglas, Ponderación, Test de Proporcionalidad.

Resumo: O presente texto se estrutura como uma concisa apresentação sobre aquilo que se pode vincular com os elementos mais significativos da ponderação, como método de aplicação e interpretação dos mandatos de otimização. Neste sentido, recorre principalmente às obras dos professores Robert Alexy e Carlos Bernal Pulido, com objetivo de proporcionar uma exposição breve sobre a temática. Na parte final, alude a críticas e limitações da metodologia que visa a obtenção de uma resposta correta nos diferentes âmbitos operacionais do universo normativo, com o qual busca comprovar que, apesar de não ser uma promessa precisa da teoria ponderativa, difícilmente, como método interpretativo, pode alcançar uma única resposta verdadeira.

Palavras Chave: Princípios, Regras, Ponderação, Teste de Proporcionalidade.

¹ Abogado de la Universidad de Antioquia. Máster en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia. Especialista y Máster en Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia y Universidad de Sevilla, respectivamente. Becario de la Fundación Carolina. Doctorando en Derecho de la Universidad de Buenos Aires y en Derecho Constitucional de la Universidad de Sevilla. Miembro del Centro Colombiano de Derecho Procesal Constitucional. Actualmente desempeñándose como Director del Área de Derecho Público, Coordinador del Semillero de Investigación: "Justicia y Razón" y profesor de tiempo completo del Programa de Derecho de la Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano. Correo electrónico: edgar.fuentes@utadeo.edu.co.

INTRODUCCIÓN

Sin lugar a negativas, una de las herramientas que han resultado con mayor relevancia dentro de las teorías de la argumentación jurídica está dada por la ponderación. Si bien se pensaba que era un recurso estrictamente de la interpretación constitucional, en la actualidad se asume como una herramienta que puede ser empleada en otros tipos de interpretaciones, incluyendo en la propia labor legislativa. Dicha circunstancia, que ha sido desarrollada al lado de una teoría de los derechos fundamentales, ha conseguido que sea catalogado como uno de los temas de mayor relevancia en las contemporáneas teorías argumentativas.

Sin embargo, ¿qué tan eficiente y racional puede resultar la ponderación como herramienta para la solución de casos concretos? ¿Puede o no conseguir respuestas correctas? Con el fin de efectuar una explicación a las indagaciones antes presentadas, en primera instancia, se realizará una breve presentación sobre la ponderación como herramienta de interpretación y solución de casos concretos, y finalmente terminar el presente texto, con una exposición crítica sobre la misma. En este sentido y para efectos prácticos de acuerdo a las limitantes en espacio, se partirá, básicamente, de algunos textos del profesor alemán Robert Alexy y el trabajo elaborado por el profesor colombiano Carlos Bernal Pulido.

I. EL CONCEPTO DE LA PONDERACIÓN COMO HERRAMIENTA

La modificación de la visualización del papel del juez dentro del marco de los Estados Constitucionales, implicó, sin lugar a dudas, una modificación a las labores y funciones de los operadores jurisdiccionales que se alejaban, de cierta forma, a la idea de convalidados de piedra respecto a la posibilidad de crear, argumentar e interpretar el derecho². Una visión mucho más terrenal construida ante sucesos

² Abordar este tema requiere, en mi opinión, de dos pasos sucesivos. En primer lugar, hay que aclarar cuál es el papel de la argumentación en relación con el Derecho de los Estados constitucionales lo que lleva también, en último término, a plantearse el problema de cómo el constitucionalismo contemporáneo ha modificado nuestra manera de entender el Derecho y ha llevado, en cierto modo, a poner en un primer plano la dimensión argumentativa del Derecho: el Derecho como argumentación. Sólo a partir de ahí es posible, en segundo lugar, abordar el problema de qué cabe

históricos como por ejemplo el propio régimen nazi, distaba de la idea y restricción judicial para interpretar y crear el derecho. De este modo, el papel del operador jurisdiccional, en los casos concretos, se extendía a la mera visión de aplicador mecánico de los textos normativos para generarles un compromiso de mantener la estabilidad del sistema mediante la tarea de dar efectividad a las normas constitucionales, incluso cuando no están expresamente desarrolladas legislativamente, e incluyendo entre ellas, de manera especial, los derechos humanos. En consecuencia, la labor jurisdiccional se constituía en un contrapeso y una de garantía ante las posibles omisiones legislativas, en algunos casos, y/o a las omisiones de la administración, en otros momentos, para que éstas no impidan el aprovechamiento de los derechos ciudadanos.

Conjunto a ello, el reconocimiento y aceptación que la fuerza vinculante de las normas jurídicas no podía estar limitado, en estricto sentido, a su formulación como una regla, sino que podría ostentar dicha validez, vigencia y eficacia normas presentadas a través de principios y valores, en marca la necesidad, aparente, de consolidar un método alternativo que respondiera a las exigencias de aplicación de las normas carentes de un supuesto de hecho, nexo imputativo y consecuencia jurídica.

De tal manera, el concepto de ponderación partió de la existencia de una diferencia entre dos tipos de normas jurídicas³: por un lado las reglas, con una estructura de aplicación, denominada, “*de todo o nada*” o binaria, y, por otro, los principios, que no

entender por “argumentación constitucional” y por “argumentación”, sin más, cómo se diferencian entre sí las argumentaciones constitucionales que llevan a cabo los legisladores, los jueces constitucionales o los jueces ordinarios, qué esquemas de argumentos se utilizan, qué criterios de corrección deben manejarse, qué finalidades se persiguen, etc. ATIENZA, Manuel. *Argumentación y Constitución*. En: http://www2.uah.es/filder/manuel_atienza.pdf; (Consultado: 18, jul. 2012).

³ Sobre la diferencia entre principios y reglas, véase, además y entre otros: ATIENZA, Manuel y RUÍZ MANERO, Juan. *Sobre Principios y Reglas*. En: http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/doxa/12482196462352624198846/cuaderno10/doxa10_04.pdf; (Consultado: 18, jul., 2012); GUASTINI, Riccardo. *Ponderación: Un análisis de los conflictos entre principios constitucionales*. En: http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/articulo_guastini.pdf; (Consultado: 18, jul., 2012); ALEXY, Robert. *Sistema Jurídico, Principios Jurídicos y Razón Práctica*. En: http://213.0.4.19/servlet/SirveObras/12471730982570739687891/cuaderno5/Doxa5_07.pdf; (Consultado: 18, jul., 2012); RUIZ RUIZ, Ramón. *La Distinción Entre Reglas Y Principios Y Sus Implicaciones En La Aplicación Del Derecho*. En: http://www.urbeetius.org/newsletters/20/news20_ruizruiz.pdf; (Consultado: 18, jul., 2012).

están dotados de una estructura condicional hipotética, sino, por el contrario, que se presentan como mandatos de optimización⁴.

El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios, es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida de vida de su cumplimiento no solo dependen de las posibilidades reales, sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestas.

En cambio, las reglas son normas que solo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctico y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grados. Toda norma es o bien una regla o un principio⁵.

Dicha concepción de diferenciación y de definición de los principios implicó por los menos cuatro (04) caracteres fundamentales distintos⁶:

1. **Gradualidad:** en ocasión que los principios no imponen una aplicación disyuntiva, estos permiten que un principio, cuando está en colisión con otro, pueda ser satisfecho en menor o mayor grado, en concordancia con los presupuestos fácticos y jurídicos del caso concreto.

⁴ Los teóricos del Derecho han discutido sobre la distinción entre reglas y principios durante casi tres décadas. En realidad, el debate se abrió en el 1967 cuando Ronald Dworkin publicó la primera versión de su teoría sobre los principios (Dworkin 1978, 54 ss). Desde entonces, las opiniones pueden ser divididas a grandes rasgos en dos tesis principales: a) Según la tesis de la demarcación *fuerte*, la diferencia entre reglas y principios no se refiere, por ejemplo, al grado de generalidad, sino que es más bien cualitativa. Reglas y principios pertenecen a categorías diferentes (ver Alexy 1985, 71 ss; Aarnio 1990, 180 ss). La tesis de la demarcación fuerte se basa principalmente en la (última) noción de wittgensteniana de regla: las reglas son seguidas o no lo son (Finch, 158 ss; Schauer 1992, 226). Las reglas pueden compararse a las vías de ferrocarril: o las sigues o no. [...]. b) También las tesis de la demarcación *débil* está conectada con el pensamiento wittgensteniano: reglas y principios guardan entre sí una relación de parecido de familia, y existe entre ellos una diferencia de grado, no cualitativa. Reglas y principios desempeñan un papel similar o análogo en el discurso jurídico. Típicamente, los principios tienen una mayor generalidad que las reglas, pero por lo demás no hay especiales características para distinguirlos de ellas. AARNIO, Aulis. *Reglas y principios en el razonamiento jurídico*. En: <http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/2070/1/AD-4-35.pdf>; (Consultado: 18, jul. 2012).

⁵ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2002. págs. 86-87.

⁶ Véase: GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Principios y positivismo jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998. pág.186 y ss.

2. **Optimización:** la aplicación de un principio no está dada simplemente por que se satisfaga en una decisión; siempre debe estar satisfecho en la mayor medida de lo posible, y solo limitado por las posibilidades fácticas y jurídicas que rodean el caso concreto.
3. **Deber ser ideal:** los principios están enmarcados dentro de la aspiración de optimización, en este sentido, se satisfacen como deberes ideales.
4. **Carácter prima facie:** los mandatos establecidos en los principios no son definitivos, en consecuencia, su imposición a prima facie se constituye en una equivocación. Los mandatos definitivos de los principios solo están dados para casos particulares, y en esta medida, para sólo el caso objeto de estudio, dado que ninguno de los acontecimientos venideros podrá ostentar los mismos supuestos fácticos y jurídicos, en su totalidad.

En esta medida, la eficacia de los principios parece estar dada no en abstracto, sino que ésta designación se ejecuta en el caso concreto, donde se debe encontrar, en la relación hecho-norma, la decisión más razonable, pero no sólo desde el punto de vista jurídico, sino también desde el punto de vista fáctico.

Los principios⁷, caracterizados por ostentar una *textura abierta*, permite que sean aplicables dos o más en un mismo caso y, en ocasiones, dicha aplicación conjunta permiten tener respuestas totalmente contrarias entre sí, si estos fuesen aplicados a *prima facie*. En este sentido, la aparente contradicción, o respuesta contradictoria, se resuelve, de acuerdo a las características de los principios, mediante la herramienta de la ponderación.

Desde esta perspectiva, la ponderación es, entonces, la actividad consistente en sopesar dos o más principios que entran en colisión en un caso concreto para determinar cuál de ellos tiene un peso mayor en las circunstancias específicas, y por

⁷ Los principios son normas, pero no normas dotadas de una estructura condicional hipotética con un supuesto de hecho y una sanción bien determinados. Más bien, los principios son mandatos de optimización que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, de acuerdo, con las posibilidades jurídicas y fácticas que juegan en sentido contrario. ALEXY, Robert. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Bogotá, D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2002. Pág. 95.

tanto, cuál de ellos determina y prima en la solución para el caso⁸, sin el desconocimiento total de los otros principios involucrados.

Ahora bien, la ponderación es la manera de aplicar los principios y de resolver las colisiones que puedan presentar entre ellos y los principios o razones que jueguen en sentido contrario. La palabra ponderación deriva de la locución latina *pondus* que significa peso. Esta referencia etimológica es significativa, porque cuando el juez o el fiscal pondera, su función consiste en pesar o sopesar los principios que concurren al caso concreto. Y es que, como dejó claro Ronald Dworkin, los principios están dotados de una propiedad que las reglas no conocen: el peso. Los principios tienen un peso en cada caso concreto, y ponderar consiste en determinar cuál es el peso específico de los principios que entran en colisión⁹.

En consecuencia, la ponderación como herramienta de interpretación y aplicación jurisdiccional, siguiendo al profesor Robert Alexy, ostenta una estructura constituida por la ponderación en sentido lato y en sentido estricto. La primera de ellas, hace alusión a la máxima de proporcionalidad, la cual establece que el entendimiento de si una disposición o decisión normativa compagina con los límites del ordenamiento, está dado por la aplicación del denominado test de proporcionalidad¹⁰. El aludido test está conformado, en realidad, por tres test independientes, los cuales se estructuran de tal forma que el uno presupone la superación del anterior, y parten de la existencia de derechos en conflicto, y de éstos como mandatos de optimización¹¹.

TEST DE PROPORCIONALIDAD		
Test de Adecuación	Test de Necesidad	Test de Proporcionalidad
Supone la determinación que si existe un conflicto entre	Se compruebe que dentro de los diferentes medios existentes el elegido sea	Se establezca que existe una ganancia mayor, respecto a la

⁸ Véase: BERNAL PULIDO, Carlos. *Op. Cít.* pág. 97.

⁹ *Ibíd.* Pág. 96-97.

¹⁰ Una de las claves del planteamiento de Alexy es la tesis de la vinculación necesaria entre los principios, entendidos como mandatos de optimización, y el juicio de proporcionalidad: "El carácter de principio implica la máxima de la proporcionalidad, y ésta implica aquella". LOPERA MESA, Gloria Patricia. *Los Derechos Fundamentales como Mandatos de Optimización*. En: www.cervantesvirtual.com/downloadPdf/los-derechos-fundamentales-como-mandatos-de-optimizacion/; (Consultado: 18, jul. 2012).

¹¹ Dicho test se aplica previo indagación y establecimiento de los derechos y/o principios en conflicto o que se contraponen.

el principio P1 y P2, haya por lo menos una ganancia frente a la restricción del otro.	el que menos desconocimiento ostenta al principio que se restringe.	restricción que se ocasiona o causa.
--	---	--------------------------------------

Tabla No. 01.

Habiendo otorgado valores a los principios en contraposición y evaluados por los distintos test, se encuentra si existe o no una respuesta acorde al ordenamiento jurídico.

La segunda herramienta hace referencia a lo que se ha llamado como ponderación en sentido estricto, la cual se estructura en tres (03) elementos: *la ley de ponderación, la fórmula de peso y las cargas de argumentación*.

- **La Ley de la Ponderación:** la cual se puede dividir en tres pasos: el primero es definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios en el caso concreto (P1), posteriormente, se define la importancia de la satisfacción del principio que es contrario (P2); por último, se establece si la importancia de satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro.

Para determinar los grados de afectación o satisfacción se utilizan, dos (02) variables, que responden a tres (03) intensidades para evaluarla (leve, medio o intenso). Por su parte, para la evaluación de la seguridad de las apreciaciones empíricas se emplean, igualmente, tres (03) intensidades pero bajo el marco de lo certero, posible y falso. Dichas valoraciones se concretan así:

GRADOS DE AFECTACIÓN O SATISFACCIÓN		
Afectación/ Satisfacción en el caso Concreto	Leve	1
	Medio	2
	Inmenso	4

(AC/AS)		
Afectación/ Satisfacción en abstracto (AA/SA)	Leve	1
	Medio	2
	Inmenso	4
Seguridad de las apreciaciones empíricas (SE)	No evidentemente falso	$\frac{1}{4}$
	Plausible	$\frac{1}{2}$
	Seguro	1

Tabla No. 02.

Una vez identificados los valores se accede a la fórmula de peso.

- **Fórmula de Peso:** se efectúa para cada principio para así determinar cual de ellos, pesa más para el caso concreto. Una vez se ha multiplicado cada uno de los valores, entonces se dividirá al producto de P1 entre P2, y viceversa. Con los valores que se obtienen se sabrá cual es el que ostenta mayor peso.
- **Cargas argumentativas:** están referidas en el caso de que la fórmula de peso nos de un empate para los dos principios, y son las que deberá llevar a cabo el operador jurídico para resolver el dilema, y exponer porque escoge uno y no otro¹².

De esta manera, la implementación de las herramientas descritas presupone, según las apreciaciones de la doctrina, una ruptura con la arbitrariedad y una visión esperanzadora, debido a que se considera que el juez responderá a la máxima de universalidad Kantiana, propia del llamado *imperativo categórico*. Con todo, se hace posible indagar si *¿es realmente un método eficiente y que procura eliminar*

¹² Según el profesor Carlos Bernal Pulido, el profesor Robert Alexy tiene dos posturas diferentes en relación con las cargas argumentativas, pues en la *Teoría de los derechos fundamentales* defiende la existencia de una carga argumentativa a favor de la libertad jurídica y de la igualdad jurídica, que coincidiría con el *in dubio pro libertatis*, y en el "Epílogo" de la misma obra sostiene que en caso de empate, la decisión enjuiciada, en caso de empate, deberá ser declarada como constitucional, a favor del legislador y del principio de conformación dinámica del Parlamento. Véase: BERNAL PULIDO, Carlos. *Op. Cít.* pág. 103 - 104.

cualquier tipo de arbitrariedad, que atente contra la seguridad jurídica, respecto al operador? Indagación que será, procurada responder a continuación desde una postura crítica.

II. LOS PARÁMETROS DEL MITO PONDERATIVO

No obstante, a la pretensión de Robert Alexy de exhibir su método de solución de conflictos entre principios como un método ajeno a la discrecionalidad y totalmente razonable, parece que éste se convierte en un recurso discursivo para esconder las ideologías y las creencias que rodean al operador jurisdiccional cuando toma una decisión.

En primera instancia, es posible preguntarse sobre el método o manera en la cual se eligen los principios en conflicto por parte de los operadores jurisdiccional. Pues bien, dicha elección es tomada por el juez, sin que exista un parámetro lógico-funcional que le permita acceder con certeza a los principios en disputa. No existe en la propuesta de Alexy una verificación y alusión específica al modo de elección, sino se parte en buena fe de la misma. En este sentido, debe recordarse que la generalidad de los principios genera, en muchas ocasiones, que se pueda acceder a unos y se omitan otros. En otros términos, la cantidad de principios existentes, al poder ser nominados o innominados, genera un inconveniente en el proceso de selección en un posible conflicto, es decir, si bien parece factible una congruencia en los casos sobre principios en colisión, no en todos y cada uno de ellos existe dicho acuerdo sea por la visión judicial, por el propio desconocimiento de la multiplicidad de propios existentes e incluso, por no asumir el papel creador en materia de principios innominados. En este sentido, la elección se transforma en la presentación de las convicciones judiciales, en las ideologías y creencias que abastecen al juez para tomar una opción de las múltiples posibles.

Debido a lo anterior, la determinación de los principios, con regularidad, se transfigura o preceptúa como un juicio anticipado, donde se escoge un principio fuerte, para su desarrollo argumentativo, que satisface la visión personal del juez y

que va a ser optimizado, y uno débil, el cual va a ser restringido. Como problema argumentativo, el juez establecerá un principio que no pueda vencer el conflicto y a aquel que satisface sus convicciones. Así las cosas, el proceso de elección de los principios en conflicto se presenta como la posibilidad de establecer un rival para jugar contra el equipo frente al cual se tiene preferencia, y además, establecer, por argumentos, con que jugadores entra al campo el otro equipo.

Por otro lado, es factible indagar sobre *cómo los jueces se establecen las valoraciones para pasar los test o establecer los valores de intensidad*. Respecto a dicho tema, pareciese que existe una atribución arbitraria de las valoraciones respecto a los puntos que se le atribuyen a los principios para sobrepasar los test o incluso para desarrollar y establecer las intensidades, cuando no resultan evidentemente claras; y dado que no existe una escala de valores previa, sólo quedan aquellas valoraciones propias que ostenta el juez en su cabeza.

Dicha materialización y problemática en los términos ponderativos ha sido regularmente reducida y menospreciada por los operadores jurisdiccionales y parte de la doctrina, al punto que se asume que siempre y en todos los casos los principios no cuentan con una jerarquización o peso en abstracto dentro de los sistemas, visión que sólo se acerca a la expresión de Alexy pero que claramente desconoce las formulaciones de Ronald Dworkin que reconoce una jerarquía entre los principios. La maximización de la teoría de Robert Alexy se vincula con una enunciación y consolidación *paradigmática*, en términos de Kuhn, de ésta y quizás bastante ajena a lo que puede ser la realidad de la aplicación jurisdiccional.

La ausencia de un elemento consensual que omita y restrinja la presencia de elementos axiológicos que puedan postularse como la destrucción o supresión de las minorías, solo avala la imposición de una tendencia de decisiones que estén guiadas a la defensa de la grupos dominantes, de aquellos que ostentan el poder, y que impiden y rompen con el deseo de obtener igualdad y justicia para todos. Las construcciones radicales y totalitarias del siglo XX, los datos abrumantes de desigualdad, la imposición contemporánea de puntos ceros, donde a una persona se le firma como el enemigo y se le despojan de sus derechos, bajo la óptica de la

seguridad, ponen de manifiesto que la presencia que el Estado no se justifica en la medida que sea un vinculador de ideologías, constituidor de un derecho como un cosificador¹³ de las relaciones sociales y defensor conceptos mayoritarios, que atente contra las libertades; olvidando que el Estado sólo debe existir en la medida que *“es necesario para asegurar la libertad en el hombre un control que no permita a un hombre aniquilar la libertad del otro; esta necesidad justifica el Estado”*¹⁴.

Quizás el asunto se encuentra en que Alexy ha propuesto un método interesante y con valor académico, pero la visión construida sobre éste pareciese que fuese sólo un método de respuestas correctas si se es el juez Hércules de Dworkin. Consecuentemente, avalar la ponderación de manera indiscriminada resulta contrario a la seguridad jurídica, y a la idea de garantizar al ser humano sus derechos propios. Dichas inclinaciones pueden estipularse si se piensa que los derechos fundamentales funcionan, en realidad, como mandatos de optimización, tal como el hecho que dependiendo del caso podría justificarse, inclusive, la misma tortura.

Sin embargo, las anteriores afirmaciones no se presentan como una postulación de negar cualquier tipo de utilidad que pueda tener la ponderación como método para la interpretación, más bien se postula como una postura crítica que no desconoce que ésta puede funcionar como método para dilucidar una premisa mayor de un método de subsunción razonable. Es claro, hoy por hoy, pensar que la las normas constitucionales pueden aplicarse desde un silogismo lógico puro es equivocado, al punto de seguir confundiendo lo apodíctico con lo dialectico, como originalmente lo construyo la exégesis, desde la lógica aristotélica. No obstante, la labor jurisdiccional es mucho más amplia a aquella donde se entiende el sistema jurídico como un ordenamiento armónico y coherente; el juez materializa las normas constitucionales

¹³ El reflejo de dicho efecto, acompañado por las doctrinas utilitaristas, esta dado en la reducción de las personas a números. Preocupación que presenta Martha Nussbaum y critica empleando una cita del texto de Charles Dickens, *Tiempo Difíciles*: “[Cuando el maestro utilitarista, M’Choakumchild, le dice a Sissy] que en determinado período de tiempo cien mil personas realizaron viajes marítimos y solo quinientos se ahogaron, Sissy señala que ese bajo porcentaje no significa “nada para los parientes y amigos de la gente que pereció”. En: NUSSBAUM, Martha. *Justicia Poética*. Santiago de Chile: Andrés Bello, 1997. pág. 102.

¹⁴ VELÁSQUEZ TURBAY, Camilo E. *Ensayo sobre el origen de los Principios Constitucionales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001. pág. 151- 152.

cuando acceder a situaciones fácticas concretas y a la aplicación de normas abstractas y generales, para hacerlas congruentes y coherentes, pese a las lagunas, conflictos y limitaciones del sistema. Es ante la viabilidad y factibilidad de incapacidad del sistema jurídico que existen los jueces como operadores para hacerlo autopoietico.

De esta manera, el método silogismo no puede realmente verse tan sencillo como se ha pensado - ni siquiera si fuese factible la limitación absoluta de la textura del lenguaje - . El método del silogismo no es concluyentemente idóneo si no se plantean de forma correctas las premisas. Por ende, pensarlo como un método meramente mecánico, es igual que no ostentar una posición crítica frente a la ponderación. El ejemplo más común para hablar de la estructura de las reglas está dado por las normas penales y con ellas, se acude al silogismo para explicar cómo suceden los acontecimientos aplicativos de la normatividad, pero incluso en ellas la labor jurisdiccional se expande en las diversas delimitaciones lingüísticas, de sanciones, de categorías entre otros: si la aplicación fuese tan mecánica como se ha querido aludir por los críticos del silogismo, no habría lugar para causales de justificación, la inimputabilidad o cualquier otras modificantes de la sanción. Es, en esta medida, el trabajo del juez, más que ser un trabajo totalmente maquinal y casi impensado, es más cercano a la identificación real, y conforme con el sistema como un todo, de las premisas propias del silogismo.

En consecuencia, parecería más prudente tomar la ponderación con posiciones intermedias, y recordar que en el fondo, cuando se emplea como herramienta, tal como lo afirma Moreso, se emplea un ejercicio de SUBSUNCIÓN-PONDERACIÓN-SUBSUNCIÓN, dado que, en primer momento, se subsume para saber en cuales principios cabe los circunstancias fácticas, luego, se emplea la herramienta ponderativa, y por último, teniendo en cuenta la reformulación o formulación exacta de acuerdo al todo del ordenamiento jurídico, se subsume para saber la respuesta concreta del caso; en caso contrario, nada tan peligroso para aquel que es quien recibe la aplicación normativa, que arriesgarse a la ideología o el querer de aquel que lo juzga con parámetros que van más allá de aquello que se menciona.

CONCLUSIONES

Evidentemente no quisiera escapar de la posibilidad de aludir y defender en este espacio conclusivo a una atribución a la cual pudiera ser merecedora el presente texto respecto ante la demarcación crítica que se generó ante las proposiciones y formulaciones concurrentes y paradigmáticas de la teoría del profesor Robert Alexy. Pero es que las características de autoridad que se le han señalado a la mencionada teoría – las cuales se han originado especialmente desde las *malas lecturas* o si se prefiere lecturas transformadoras¹⁵ y no en los términos de Alexy – han demarcado la necesidad de establecer propuestas alternativas que desmitifique la idea que la ponderación obtiene las respuestas precisas y correctas para cada caso. Así, la misma categorización y señalización de ciertas normas como principios, y su propia funcionalidad, parece necesaria y, sin embargo, no suficiente¹⁶.

De forma inevitable, las universalizaciones del método y la teoría ponderativa han tendido a desconocer la diversidad y multiplicidad de racionalidades o cosmovisiones existentes, mientras se ufana de métodos consensuales que no contribuyen, sino contingentemente, una realidad más cercana al multiculturalismo. La existencia de *casos difíciles* y diversidad de respuestas frente a ellos, comprueba la multiplicidad de soluciones así se emplee el mismo método; frente a las cuales seguramente se estará más o menos en acuerdo siguiendo una concepción axiológica e ideológica determinada, pero no por ello incorrecta, en términos de validez como carácter universal, so pena a suprimir la diversidad existente. El asunto está, entonces, que la ponderación como el propio silogismo, le otorga una herramienta a la labor jurisdiccional, sólo que lejos se está a contar con una única

¹⁵ LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *Teoría Impura del Derecho. La transformación de la Cultura Jurídica de Latinoamérica*. Bogotá: Legis, 2004.

¹⁶ En este sentido, por ejemplo Comanducci observa como la atribución de la funcionalidad de los principios, incluso, debe ser más amplia: Pero lo que no creo es que, la situación actual, promulgar o configurar principios sean actividades que persiguen directamente (como parece creer Dworkin) el valor de la seguridad jurídica. Estas actividades persiguen, en mi opinión, otros objetivos, quizás igualmente o más valiosos: como la adecuación del derecho a los cambios sociales, la toma de decisiones «al por mayor», el proporcionar pautas generales a los órganos inferiores, el establecer objetivos de reforma social, la delegación del poder de determinar el contenido del derecho, o sea, generalmente, la étero y/o la autoatribución a los jueces de una parte del poder normativo, etc. COMANDUCCI, Paolo. *Principios Jurídicos e Indeterminación del Derecho*. En: http://www.lluisvives.com/servlet/SirveObras/doxa/23582844322570740087891/cuaderno21/volIII/DOXA21Vo.II_07.pdf; (Consultado: 18, jul., 2012).

solución a los casos presentados: si hay que asumir el beneficio del método ponderativo, éste está más cercano la imposición de cargas argumentativas que a encontrar una verdad judicial, y con todo la obligación de argumentación, factiblemente, no es un beneficio dado por éste método sino quizás de la imposición de la cosmovisión liberal y constitucional de desafío y desconfianza al poder.

BIBLIOGRAFÍA

AARNIO, Aulis. *Reglas y principios en el razonamiento jurídico*. En: <http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/2070/1/AD-4-35.pdf>; (Consultado: 18, jul. 2012).

ALEXY, Robert. *Sistema Jurídico, Principios Jurídicos y Razón Práctica*. En: <http://213.0.4.19/servlet/SirveObras/12471730982570739687891/cuaderno5/Doxa507.pdf>; (Consultado: 18, jul., 2012).

_____. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2002.

_____. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Bogotá, D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2002.

ATIENZA, Manuel. *Argumentación y Constitución*. En: http://www2.uah.es/filder/manuel_atienza.pdf; (Consultado: 18, jul. 2012).

_____ y RUÍZ MANERO, Juan. *Sobre Principios y Reglas*. En: http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/doxa/12482196462352624198846/cuaderno10/doxa10_04.pdf; (Consultado: 18, jul., 2012).

BERNAL PULIDO, Carlos. *El derecho de los Derechos*. Bogotá, D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2005.

COMANDUCCI, Paolo. *Principios Jurídicos e Indeterminación del Derecho*. En: http://www.luisvives.com/servlet/SirveObras/doxa/23582844322570740087891/cuaderno21/volIII/DOXA21Vo.II_07.pdf; (Consultado: 18, jul., 2012).

GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Principios y positivismo jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.

GUASTINI, Riccardo. *Ponderación: Un análisis de los conflictos entre principios constitucionales*. En: http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/articulo_quastini.pdf; (Consultado: 18, jul., 2012).

LOPERA MESA, Gloria Patricia. *Los Derechos Fundamentales como Mandatos de Optimización*. En: www.cervantesvirtual.com/downloadPdf/los-derechos-fundamentales-como-mandatos-de-optimizacion-0/; (Consultado: 18, jul. 2012).

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *Teoría Impura del Derecho. La transformación de la Cultura Jurídica de Latinoamérica*. Bogotá: Legis, 2004.

NUSSBAUM, Martha. *Justicia Poética*. Santiago de Chile: Andrés Bello, 1997.

RUIZ RUIZ, Ramón. *La Distinción Entre Reglas Y Principios Y Sus Implicaciones En La Aplicación Del Derecho*. En: http://www.urbeetius.org/newsletters/20/news20_ruizruiz.pdf; (Consultado: 18, jul., 2012).

VELÁSQUEZ TURBAY, Camilo E. *Ensayo sobre el origen de los Principios Constitucionales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.