

Trabajo recibido el 12 de julio de 2017 y aprobado el 8 de junio de 2019

Las diferencias conceptuales y prácticas entre el “balanceo” de Ronald Dworkin y la “ponderación” de Robert Alexy*

THE CONCEPTUAL DIFFERENCES AND PRACTICES BETWEEN THE “BALANCING” BY
RONALD DWORKIN AND THE “WEIGHING” BY ROBERT ALEXY

JOSÉ MARÍA PELÁEZ MEJÍA**

RESUMEN

Con la presente investigación se pretende demostrar que el *balancing test* de Ronald Dworkin y la *ponderación* de Robert Alexy son completamente diferentes tanto a nivel teórico como en sus consecuencias prácticas, razón por la cual es importante diferenciarlos a pesar de que, en Colombia, tanto la doctrina como la jurisprudencia constitucional los ha asimilado equivocadamente.

PALABRAS CLAVE

Derecho constitucional, Dworkin, Alexy, balanceo, ponderación, proporcionalidad.

ABSTRACT

With the present investigation it is tried to demonstrate that the Balancing Test by Ronald Dworkin and the Weighing Procedure by Robert Alexy are completely different at both theoretical and at its practical consequences, this is why it is important to differentiate them even though, in Colombia, both doctrine and case law have mistakenly assimilated them.

KEYWORDS

Constitutional Law, Dworkin, Alexy, Balancing, Weighing, proportionality.

Introducción

La filosofía del derecho es sin lugar a dudas el punto meridiano a través del cual es posible interpretar y comprender realmente la esencia de todo lo que se

* El presente artículo de investigación es el resultado de un proyecto financiado por el Centro Seccional de Investigaciones de la Universidad Libre de Cúcuta denominado *El paradigma interpretativo Dworkin-Alexy en Colombia. Una lectura de sus diferencias a partir de la filosofía del derecho de Jürgen Habermas*.

** Docente investigador y profesor asociado de la Universidad Libre de Colombia, Seccional Cúcuta. Exdecano de su Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Especialista en el Combate del Crimen Organizado, la Corrupción y el Terrorismo de la Universidad de Salamanca; magíster en Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre de Colombia, Sede Bogotá; magíster en Filosofía del Derecho y Teoría Jurídica de la Facultad de Filosofía de la Universidad Libre de Colombia, Sede Bogotá, y doctor *Summa Cum Laude* en Derecho de la misma universidad. Contacto: jmpmdeus@gmail.com, josem.pelaezm@unilibre.edu.co

considera jurídico. En tal sentido, las perplejidades del Derecho¹ solo pueden aspirar a tener una respuesta en cuanto y en tanto se vean pensadas desde la “reflexión general y sistemática sobre lo que existe, lo que debe hacerse o es bueno, y sobre cómo es posible el conocimiento acerca de estas dos cosas”². Sin embargo, no es suficiente con la simple reflexión de esa “experiencia normativa”³ en la que vivimos, sino que se requiere además de la completa elucidación y clarificación de las posturas planteadas por los filósofos y teóricos del derecho actuales y remotos, pues de lo contrario se desembocaría en una fundamentación caótica que tan solo traería confusión y la incorrecta resolución de los problemas jurídicos.

Ante tal panorama, donde se hace necesario comprender las líneas teóricas de los grandes filósofos del derecho para lograr entonces pragmatizar sus desarrollos en respuestas a los problemas jurídicos más importantes de un Estado, se ha decidido iniciar la presente investigación en torno a uno de los debates actuales más importantes del pensamiento jurídico-filosófico: el denominado paradigma interpretativo Dworkin-Alexy⁴, ya que su utilización en la doctrina y jurisprudencia nacionales es una de las más recurrentes para la resolución y comprensión de los fenómenos e instituciones normativo-constitucionales de nuestro país.

Pese a ello, es verificable por parte de cada uno de los sectores que lo ha aplicado el hecho de considerar como equiparables e incluso iguales las siguientes estructuras teóricas:

(i) La teoría de los principios de Ronald Dworkin y la de Robert Alexy.

(ii) La *balancing theory* (teoría del balanceo o sopesamiento) de los principios de Ronald Dworkin y la teoría de la ponderación de los principios de Robert Alexy.

(iii) El test de razonabilidad anglosajón (*due process of law*) –utilizado en la doctrina de Dworkin – y el principio de proporcionalidad de Robert Alexy.

En ese orden de ideas, la mayoría de la doctrina nacional ha considerado que la solución de los problemas normativos termina siendo la misma sin importar el pensador jurídico al cual se acuda –Dworkin o Alexy– para sustentar la tesis

¹ Verbigracia, la omnisciencia de lo jurídico en nuestra cotidianidad cubriéndonos con un velo imaginario pero permanente y del cual jamás podemos desligarnos, o la imposibilidad de definición del Derecho pese al hecho de que casi cualquier persona puede dar los más variados ejemplos de casos que encuadran muy bien en lo que “es” el Derecho. Sobre estas *perplejidades* nos dice lo siguiente Manuel Atienza: “En la ‘Crítica a la razón pura’, Kant ironizaba a propósito de los juristas que todavía estaban buscando una definición del concepto de Derecho; hoy, un par de siglos después, no puede decirse que la hayan encontrado. Por su parte, Flaubert, en su ‘Diccionario de los lugares comunes’, definía ‘Derecho’ de esta original manera: ‘No se sabe qué es’”. ATIENZA (2011), p. 9.

² ALEXY (2008), p. 36.

³ BOBBIO (2007), p. 3.

⁴ Se toma esta denominación de MEJÍA (2016), pp. 107-136.

de su decisión final. A pesar de ello, el escepticismo por aceptar como válida esa tesis de equiparación y asimilación de sus pensamientos nos lleva a formular una serie de interrogantes que requieren una respuesta clara: teniendo en cuenta que Ronald Dworkin edifica su teoría desde una perspectiva deontológica, mientras que Robert Alexy lo hace desde una perspectiva axiológica, ¿es posible considerar realmente sus teorías como analógicas o inclusive compatibles? Si ello no fuera así, ¿qué consecuencias traería para el intérprete el aplicar a los problemas jurídico-constitucionales los fundamentos teórico-filosóficos de cada uno de ellos? ¿Y, ante tal situación, ¿qué nivel de validez llegaría a tener la argumentación de la jurisprudencia constitucional que basó el sustento de sus premisas en la equiparación de las teorías jurídicas de Ronald Dworkin y Robert Alexy si se demostrase que realmente las mismas constituyen posiciones filosóficas opuestas e incompatibles?

No obstante, esa homogeneidad que en Colombia se le ha dado a dichas estructuras doctrinales dista mucho de la heterogeneidad que desde un principio se les ha visto a las mismas por parte de la filosofía del derecho alemana y en específico por autores tales como Jürgen Habermas, para quien es evidente que dichos filósofos del derecho no solo son diferentes, sino inclusive incompatibles⁵.

Todo este panorama de la mayor importancia trae implícito los siguientes objetivos de investigación, necesarios para la clarificación de tales contradicciones y nubosidades:

(i) Reconstruir el significado, la estructura y el alcance de la teoría de los principios de Ronald Dworkin;

(ii) Reconstruir el significado, la estructura y el alcance de la teoría de los principios de Robert Alexy;

(iii) Exponer la lectura que la doctrina nacional y la jurisprudencia constitucional le han dado al paradigma interpretativo Dworkin-Alexy al considerar sus teorías como iguales, y

(iv) Demostrar las consecuencias prácticas de establecer dicha diferenciación.

A partir del desarrollo de tales metas de investigación se buscará saber cuáles son las diferencias estructurales, ideológicas y filosóficas de la teoría de los principios de Robert Alexy y Ronald Dworkin, poniendo en evidencia cómo en Colombia se ha llevado a cabo una lectura equivocada de dicho paradigma interpretativo por parte de la “doctrina” y la “jurisprudencia” de la Corte Constitucional colombiana.

⁵ Esta diferencia entre la teoría del balanceo de Ronald Dworkin y la teoría de la ponderación de Robert Alexy ya había sido puesta de presente en Colombia, tímidamente, por GALINDO (2010), y de forma explícita por MEJÍA (2012).

1. Significado, estructura y alcance de la teoría de los principios de Ronald Dworkin

1.1. Normas (reglas), principios y directrices políticas como elementos constitutivos del sistema jurídico

En el sistema jurídico existen tres tipologías de estándares con base en los cuales se toman decisiones: (i) las normas⁶, (ii) los principios⁷ y (iii) las directrices políticas⁸. Cuando los juristas deben resolver un caso difícil en el cual no existe una norma aplicable, es posible acudir al “modelo de las normas” de Hart, por ejemplo, y plantear que la solución del mismo se encuentra en la discrecionalidad. Sin embargo, si se utiliza la “tesis de los derechos”, la respuesta a la problemática que plantea dicho caso difícil se encontraría, según Dworkin, en los principios cuya ubicación se hallaría por fuera del sistema de fuentes legislativas.

Conforme el autor norteamericano, preguntarse acerca de si los jueces aplican normas cada vez que fallan un caso o si no lo hacen es un cuestionamiento que supera el simple plano de lo lingüístico y termina convirtiéndose en un verdadero problema moral. Por lo tanto, desde su perspectiva los problemas del Derecho a nivel más profundo siempre habrán de referirse a principios morales.

Ahora bien, en cuanto a la distinción lógica y práctica que existe entre las normas y los principios es posible evidenciar la misma mediante un caso puntual: en el año 1889, cuenta Dworkin, el Tribunal de Nueva York tuvo que solucionar el denominado caso *Riggs Vs. Palmer*, en el cual se planteaba como problemática si el nieto heredero que había sido designado en el testamento por su abuelo tenía derecho a gozar de la correspondiente herencia, “aunque para hacerlo hubiera asesinado a su abuelo”⁹, decidiéndose finalmente negar la pretensión del nieto homicida mediante un argumento cuya premisa central de respaldo consistió en que “nadie puede beneficiarse de su propia injusticia”. De esta manera, cabe preguntarse legítimamente si la base de dicho argumento era una norma o un principio. Y frente a tal cuestionamiento agregar como

⁶ Son estándares que funcionan de manera disyuntiva (todo o nada), planteando como supuestos de hecho reglas de comportamiento.

⁷ Es “un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad”. DWORKIN (2012b), p. 72.

⁸ Las cuales serían un tipo de estándar encargado de fijar un modo de actuar para el cumplimiento de un objetivo social colectivo mediante el cual se asegura una situación económica, política o social.

⁹ DWORKIN (2012b), p. 73.

interrogantes derivados: ¿son diferentes las normas y los principios? ¿qué consecuencias prácticas podrían derivarse al establecer una diferenciación de ese tipo?

Estos cuestionamientos fundamentales son solucionados por Dworkin de la siguiente manera:

Tipologías de estándares
(a) La norma (regla):
<ul style="list-style-type: none"> • <i>Estructura lógica:</i> Toda norma o regla se encuentra conformada por dos partes: (i) un supuesto de hecho (SH) tan preciso que debe incluso incorporar las excepciones al mismo y (ii) una consecuencia jurídica (CJ).
<ul style="list-style-type: none"> • <i>Funcionamiento:</i> Siempre que se presente el SH deberá aplicarse la CJ. Si el estándar “<i>nadie puede beneficiarse de su propia injusticia</i>” fuese una norma, entonces se tendría que (i) el SH sería “<i>realizar una injusticia</i>” y (ii) la CJ la “<i>imposibilidad de obtener un beneficio de ello</i>”. Por lo tanto, siempre que alguien realice una injusticia no podrá beneficiarse de ello y, si el ordenamiento jurídico lo permite, entonces es porque tal norma deja de ser válida.
<ul style="list-style-type: none"> • <i>Solución de conflictos:</i> Las normas son disyuntivas y, por lo tanto, al operar bajo la fórmula de <i>todo o nada / válida o inválida</i>, cualquier conflicto entre normas siempre implicaría la muerte o derogación de una de ellas y el triunfo de otras.
(b) El principio:
<ul style="list-style-type: none"> • <i>Estructura lógica:</i> Debe tenerse en cuenta que: (i) carecen de <i>supuesto de hecho</i> en el sentido tradicional, razón por la cual no establecen la condiciones para su aplicación, y (ii) no imponen una decisión particular o una consecuencia jurídica puntual, sino que tan solo brindan <i>razones unidireccionales</i>, iluminando así el <i>único</i> camino que deberá seguir el juez, pero sin fijar el punto en el cual deba detenerse. Por lo tanto, estos tipos de estándares jurídicos contienen exigencias de justicia, equidad o alguna otra dimensión de la moralidad, cuya forma lógica no es igual a la de las normas.
<ul style="list-style-type: none"> • <i>Funcionamiento:</i> Al darse el contenido previsto en el principio, no necesariamente se sigue la aplicación automática de consecuencias jurídicas. De esta manera, si examinamos la premisa “<i>nadie puede beneficiarse de su propia injusticia</i>”, se verá que constituye en realidad un <i>principio</i> y no una <i>norma</i>, porque: (i) encontraremos casos en los cuales las personas sí pueden beneficiarse de su propia injusticia (ej., la usucapión); (ii) dichas situaciones no serán tratadas como excepciones que integren al supuesto de hecho del estándar, y (iii) la inaplicación de tal premisa en casos como la usucapión no conlleva la invalidez de la misma, lo que nos indicaría que dicho estándar es en realidad un principio y no una norma.

Tipologías de estándares

- *Solución de conflictos:*

Cuando se tiene un caso difícil se pueden presentar, con relación a los principios, por lo menos las siguientes posibilidades de decisión: (i) optar por la posibilidad que conduce en la dirección apuntada por el principio y (ii) si una decisión "X" es apoyada por un principio "A", y una decisión "no X" es apoyada por un principio "B", se tomará la dirección a la cual apunte el principio que tenga mayor peso. De esta manera, los principios tienen una *dimensión* de la cual carecen las normas: la dimensión del peso o la importancia.

Sin embargo, aun cabe cuestionarse si, según Dworkin, los principios pertenecen al ordenamiento jurídico. Y, cuando no se aplican porque uno con mayor peso prevalece sobre otro, ¿el principio inaplicado no hace parte del sistema jurídico? En torno a dichos tópicos se tiene que la *no prevalencia* de un principio ante un caso concreto no significa que no pertenezca al ordenamiento jurídico, dado que, como se explicó en la anterior tabla, ello depende de la *dimensión* particular que posee este tipo de estándares y gracias a la cual es posible balancear los mismos para medir el peso de cada uno de ellos a la hora de tomar una decisión. Por ende, cuando Dworkin afirma que un principio *pertenece* a un sistema jurídico, lo que quiere decir es que *debe* tenerse en cuenta a la hora de tomar una decisión por parte de los jueces y no necesariamente que vaya a ser siempre aplicado, dado que, si así fuese, entonces no se trataría de un principio, sino de una norma o regla, cuyo funcionamiento –se vio– es totalmente diferente.

En ese orden de ideas, un principio tampoco podría equipararse con una regla de comportamiento, sino que constituiría una razón para tomar una decisión en un *determinado sentido*, a menos que exista otro principio que establezca una dirección distinta, en cuyo caso habría que determinar, mediante la aplicación del balanceo, cuál tiene mayor importancia para el sistema. Es por ello que justamente el incumplimiento de un principio no conlleva necesariamente la infracción del Derecho, a diferencia de lo que ocurre con una norma válida, cuya inaplicación no puede ser interpretada de manera distinta que como la violación misma del sistema jurídico.

Llevando, entonces, los principios a los casos difíciles, se vería que los mismos constituyen un conjunto de *buenas razones* para la creación de una nueva norma a partir de una novedosa interpretación de la ley. En consecuencia, no es que se esté creando el Derecho de la nada, dado que los principios también hacen parte del Derecho aun cuando posean un contenido esencialmente moral, sino que lo que se está edificando como nuevo es la norma o regla concreta que se aplicará en la resolución del caso particular, pero respaldándose dicho ejercicio creativo en un principio completamente preexistente y que pertenece al sistema jurídico en su totalidad. Y ello es así porque el origen de los principios

no se encuentra en la decisión de un tribunal particular de crearlos, sino “en el sentido de conveniencia u oportunidad que, tanto en el foro como en la sociedad, se desarrolla con el tiempo. La continuación de su poder depende de que tal sentido de la conveniencia se mantenga”¹⁰. Es por tales razones que los principios no se derogan o rechazan, sino que, cuando se suprimen o inaplican, es porque otro tiene mayor peso o, sencillamente, porque en el momento se encuentran “desgastados”, sin que ello implique una impugnación de los mismos.

Igualmente, estos principios pueden ser analizados, por lo menos, desde dos puntos de vista: sociológica y deontológicamente. Desde la primera perspectiva, implicaría que todos ellos no son más que resúmenes de lo que hacen los jueces cuando deben ir más allá de las normas. En cambio, desde la segunda perspectiva, que es la que asume Dworkin, los jueces cuando aplican principios lo hacen porque son vinculantes para sus fallos, y no porque simplemente ello constituye una costumbre decisional. No obstante, surge la pregunta acerca de si esta visión deontológica implica considerar que los principios constituyen la *forma lógica* de los deberes y derechos. Inclusive, ¿abarcan tanto deberes como derechos o solo alguno de ellos? Y aún más: si los principios no son en sí mismos derechos y deberes, ¿podrían entonces considerarse un tipo de estándar del cual se *derivan* normas que serían las encargadas de definir esos derechos y deberes?

Tales interrogantes fundamentales serán resueltos en el próximo acápite. Sin embargo, se debe por el momento tener en cuenta que no todo principio justifica el cambio de una norma por otra y, en consecuencia, (i) hay principios que cuentan, (ii) hay principios que no cuentan y (iii) hay principios que cuentan más que otros, lo cual no dependerá de las preferencias del juez, sino de otros aspectos, puesto que, desde un inconfesable coherentismo dworkiniano, las razones que desaconsejarán apartarse de ciertos principios o escoger otros los encontraremos en ciertas interpretaciones realizadas también a otros principios en un momento determinado. En palabras del profesor norteamericano, “podemos defender un principio –y su peso– apelando a una amalgama de prácticas y de otros principios en la cual cuenten las implicaciones de la historia legislativa y judicial, junto con referencias a prácticas y sobreentendidos comunitarios”¹¹.

Pero, en todo caso, la decisión del juez siempre estará atada a estándares de algún tipo: normas o principios, y por ello no podremos decir que una problemática judicial altamente compleja solo puede ser resuelta mediante discrecionalidad, dado que desde el punto de vista jurídico existirá, por lo menos, un principio que indique o ilumine la dirección en la cual *debe* decidir. Asimismo,

¹⁰ DWORKIN (2012b), p. 95.

¹¹ DWORKIN (2012b), p. 90.

desde el punto de vista de la filosofía moral, los deberes, como el que obliga a decidir en algún sentido, no son discutibles, porque entonces perderían el estatus que los constituyen en tales figuras imperativas.

1.2. Teoría del balanceo de principios (*the balancing theory*)

1.2.1. Premisas introductorias y precisiones conceptuales

Inicialmente debemos abordar la pregunta acerca de si son los derechos y deberes expresiones sinónimas del significante “principios” en la perspectiva dworkiniana o si, por el contrario, lo que ocurre es que de estos últimos se *derivan* los primeros, sin llegar nunca a ser equiparables dentro de un mismo plano lógico de aplicación y comprensión.

Para dar respuesta a tal interrogante debe comenzarse diciendo que los argumentos políticos o basados en directrices políticas orientan la decisión con base en el cumplimiento de una meta u objetivo colectivo beneficioso para una comunidad determinada. En cambio, los argumentos de principio, nos explica Dworkin, lo que hacen es justificar la toma de una decisión asegurando algún derecho individual o que pertenece a un grupo determinado.

Por lo tanto, mientras que las políticas serían proposiciones que describen algún objetivo, los principios serían “proposiciones que describen derechos”¹². Sin embargo, esto a su vez conlleva diferenciar entre objetivos y derechos. Para ello, Dworkin establece que los derechos no son más que finalidades políticas *individualizadas*, mientras que los objetivos constituyen también una finalidad política, pero *carente de dicha individualización*. Mas, con todo, tanto unos como otros pueden ser absolutos y relativos, siendo en ese sentido similares. Justamente en la relatividad de ciertos derechos es que un principio puede llegar a ceder ante otro o incluso ante una política urgente. Por tales razones, cobra importancia suma la determinación del peso de los derechos o principios, cuya definición no sería otra que “el poder para resistir una competencia tal. De la definición de un derecho se sigue que no todos los objetivos sociales pueden anularlo”¹³. En consecuencia, una finalidad política solamente adquirirá el estatus de un derecho si tiene el peso requerido y la carga de moralidad necesaria para hacer frente a los objetivos colectivos en general (salvo en caso de extrema urgencia).

Así las cosas, los principios no serían deberes, sino *derechos*, entendidos éstos como finalidades políticas individualizadas con un peso o poder suficiente para hacer ceder a los objetivos colectivos. Empero, todo derecho conllevaría a su vez un correlativo deber que impediría la restricción de aquel, pero sin que uno

¹² DWORKIN (2012b), p. 158.

¹³ DWORKIN (2012b), p. 161.

y otro terminen confundidos en un mismo plano lógico. Ejemplificativamente, si un principio establece como proposición que tengo derecho a la libertad de locomoción, implícitamente tal aserto encierra un correlativo deber para los demás y para el Estado de no coartar dicha posibilidad de movilización.

Al respecto, no puede olvidarse que Dworkin inscribe toda su teoría en lo que él autodenomina la “tesis de los derechos”, incluyendo en la misma como un rasgo necesario la “tesis de la única respuesta correcta” ante casos difíciles, en contraposición de la doctrina de la discrecionalidad, sumándose a ello, además, la triple caracterización de los derechos como concretos, institucionales y jurídicos. Igualmente, todo caso difícil incorporará, además del mencionado concepto de principios, la problemática de la intención o propósito de las leyes. De esta manera, para lograr cumplir con el objetivo de descifrar en cada caso concreto la única respuesta correcta mediante el acertado conocimiento del propósito legislativo y de los principios aplicables, inclusive en aquellas situaciones en las que exista un choque de derechos, Dworkin se ha “inventado un abogado dotado de habilidad, erudición, paciencia y perspicacia sobrehumanas, a quien llamaré Hércules. Supongo que Hércules es juez de alguna jurisdicción importante de Estados Unidos”¹⁴.

Sin embargo, ¿cómo razonaría este juez Hércules?, ¿de qué manera llevaría a cabo el ejercicio de *balanceo* entre principios contrapuestos? La respuesta a dichos interrogantes se dará en los siguientes dos acápit.

1.2.2. Razonamiento del juez Hércules: La metodología dworkiniana para la solución de casos difíciles en los cuales existen problemas de subsunción (respecto de normas), de interpretación (tanto para principios como para normas) o de relevancia (ante la ausencia de normas aplicables y que exige la aplicación de principios)¹⁵

Las reglas para solucionar este tipo de casos difíciles implican necesariamente abordar el siguiente tipo de reglas¹⁶:

¹⁴ DWORKIN (2012b), p. 177.

¹⁵ Tomamos prestada esta clasificación terminológica del Neil MacCormick por encajar bastante bien en la tipología de problemas que se presentan cuando estamos en presencia de *casos difíciles*, sin que por ello se estén asumiendo los postulados de su teoría o sugiriendo que entre estos dos autores existan coincidencias filosóficas o teóricas de algún tipo, aun cuando pudieran presentarse. Por ende, se entenderá que existen problemas de relevancia si las dudas versan acerca de la aplicación de una norma y principalmente cuando *no se encuentra ninguna* para resolver un caso concreto; problemas de subsunción o calificación cuando existen dudas sobre si un determinado hecho que no se discute cae o no bajo el campo de aplicación de un determinado concepto contenido en el supuesto de hecho o en la consecuencia de la norma, y problemas de interpretación cuando existen dudas acerca de cuál es la norma aplicable al caso o si ésta admite más de una lectura. MACCORMICK (2018).

¹⁶ DWORKIN (2012b), p. 177.

(a) El juez Hércules inicialmente tendrá que organizar una “teoría de la constitución” para determinar el alcance de las estipulaciones constitucionales que deban aplicarse directamente como rasero de validación de las leyes promulgadas con base en las mismas. En ese caso, tal teoría de la constitución se configurará así:

(i) Como un complejo conjunto de 1) principios y 2) directrices políticas que tendrá la labor de justificar un esquema de gobierno coherente con la estructura jurídica constitucional.

(ii) A su vez, se hará necesario que enriquezca esa teoría con referencias a 1) la filosofía política y 2) los detalles institucionales que hagan viable el adecuado funcionamiento de la teoría al llevarla a la práctica en un momento determinado.

(b) Paralelamente a lo anterior, tendrá que generar teorías alternativas con las cuales se justifiquen diferentes aspectos del esquema de gobierno y poner a prueba todas las teorías “en función de la institución global”¹⁷.

(c) Cuando se trate de un problema de “interpretación legislativa”, todo cálculo que realice el juez acerca de las intenciones de la ley se tratará en realidad de un cálculo en torno a los derechos políticos individuales que tienen las personas, sin que con ello se esté ampliando la acción del legislador o buscando averiguar lo que éste hubiese hecho en caso de haber tenido en cuenta el problema hermenéutico que ahora se está presentando. Por el contrario, lo único que el juez Hércules hace es determinar cuál argumento de principio podría haber persuadido al órgano legislativo para que éste promulgara la ley en el sentido preciso en el cual se le otorgará finalmente.

(d) En lo relativo a los *precedentes*, como parte de la problemática que conlleva aplicar el “Derecho Consuetudinario” ante la inexistencia de una ley exacta, la interpretación de los mismos no se agota en los límites lingüísticos propios de las fórmulas legales. Así pues, lo que inicialmente deberá hacer el juez Hércules en estos casos es distinguir entre la *fuerza de ley* que tiene un precedente y la *fuerza gravitacional* que posee el mismo, en donde la primera consistiría en la obligación que pesa sobre los funcionarios jurisdiccionales encargados de actuar con posterioridad a éste de ajustarse “a las normas o principios establecidos en el caso anterior como si estuvieran establecidos en las leyes”¹⁸, mientras que la segunda haría referencia a la extensión que puede hacerse del precedente sobre casos posteriores cuyos sucesos excedan los límites de cualquier norma o principio allí establecido, aunque limitándose esta última a la posibilidad de ampliar los “argumentos de principio”, dado que

¹⁷ DWORKIN (2012b), p. 179.

¹⁸ DWORKIN (2012b), p. 442.

los meros “argumentos políticos” carecerían del poder de extensión a casos diferentes, pues ellos obedecerían tan solo a razones de oportunidad, y no de maximización de derechos individuales.

(e) Con base en las anteriores reglas, es claro que el juez Hércules en la visión dworkiniana deberá buscar un solo conjunto de principios que reconcilie todas las leyes y precedentes existentes. Sin embargo, ante aquellas partes erróneas de las historias institucionales, es claro que su teoría total deberá incluir la posibilidad de cambio teniendo como premisas de aplicación las siguientes:

(i) Que la autoridad institucional del acto de cumplimiento generado por el precedente no desaparece, pues tal autoridad provendría, no de lo acertado de su decisión, sino del poder que detentaba.

(ii) Que la fuerza gravitacional quedará afectada a tal punto que ningún argumento de principio podrá respaldarlo para continuar extendiendo sus efectos a nuevos casos.

Lo expuesto hasta ahora representa, a su vez, una síntesis de la denominada “teoría del derecho como integridad” y conforme la cual el sistema jurídico es un todo coherente en el que coexisten diversidad de componentes normativos y principialísticos, en cuyas bases el funcionario jurisdiccional debería poder encontrar siempre una respuesta correcta para cada caso concreto que se le presente. Esta teoría utiliza como ruta metodológica de tipo hermenéutica la aplicación de tres fases (que pueden verse tanto de forma descriptiva como prescriptiva): *primero* se tiene una *fase preinterpretativa* en donde se identifican las reglas y principios que hacen parte de la práctica social, utilizando como método de descubrimiento la aceptación general de aquellos. A nivel literario¹⁹, la etapa análoga a esta sería aquella en donde se identifican las novelas discretas, las obras de teatro, etc., estableciendo distinciones entre unas y otras. La palabra “preinterpretativa” no implica que en tal momento no se interprete, sino que constituye un momento anterior al verdadero escalón en el cual se construye el argumento definitorio de la decisión final. En *segundo* lugar, aparece la *fase interpretativa*, en cuyo momento el funcionario jurisdiccional tendrá que buscar los argumentos y razones con los cuales pueda justificar su decisión, valiéndose de la moral como buen fundamento de la decisión. Y, en *tercer* lugar, se tendrá la *fase posinterpretativa*, en la que se buscan realizar reformas a la práctica jurídica existente. Por ende, es en ese lugar en “donde se ajusta su sentido sobre qué necesita ‘en realidad’ la práctica para adecuarse mejor a la justificación que acepta en la etapa interpretativa”²⁰.

¹⁹ Véase DWORKIN (2012c), p. 58.

²⁰ DWORKIN (2012c), p. 58.

Esta teoría del derecho como integridad, a la que sumaremos la denominada “lectura moral de la constitución política”, es la que nos permitirá comprender de qué manera el juez Hércules aplica el *balancing test* cuando, en vez de presentarse la problemática de inexistencia de normas o dificultades hermenéuticas en la determinación del alcance de los principios, lo que suceda sea el *choque* o *conflicto* entre *principios*.

1.2.3. Metodología dworkiniana para la solución de casos difíciles en los cuales se presentan conflictos entre derechos individuales o principios: Aplicación del balanceo desde una perspectiva deontológica o mediante la utilización de una argumentación moral

Ronald Dworkin establece esta teoría de la siguiente manera: los principios tienen una dimensión que falta en las normas, la dimensión del peso o importancia. Cuando los principios se interfieren (la política de protección a los consumidores de automóviles interfiere con los principios de libertad de contratación, por ejemplo), quien debe resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno. En esto no puede haber, por cierto, una mediación exacta, y el juicio respecto de si un principio o directriz particular es más importante que otro será con frecuencia motivo de controversia. Sin embargo, es parte esencial del concepto de principio el que tenga esta dimensión y que justo por ello adquiera sentido preguntar qué importancia o qué peso tiene.²¹

Ahora bien, acudiendo a la definición natural del significante en inglés “*balance*” se tiene que, de conformidad con el Oxford English Dictionary, en su acepción verbal es “*offset or compare the value of (one thing) with another*”. Asimismo, la traducción del verbo “*balance*” según el *Diccionario de Inglés/Español* de Editorial Espasa es “*equilibrar*” y “*sopesar*”, todo lo cual concordaría con las definiciones que el *Diccionario de la Real Academia Española* da de “*balancear*” y “*sopesar*” como sinónimos, cuya significación sería “*igualar o poner en equilibrio, contrapesar*”. Finalmente, resulta fundamental acudir a la definición que del “*balancing (test)*” nos da el *Law Dictionary*, en su sexta edición de Barron, cuando allí se expresa que el mismo es un

“principle basic to the justice system of weighing both sides of an issue. Examining the pros and cons (...). Constitutionally, it involves individual rights guaranteed by the Constitution weighted against state rights in such areas as equal protection and freedom of speech and press”²².

²¹ DWORKIN (2012b), p. 78.

²² GIFIS (2010), p. 47.

En esta última definición, enlazándola con la del diccionario de Oxford, se pone en evidencia que la teoría norteamericana del balanceo no hace alusión por ningún lado a la ponderación de principios, sino que más bien establece la búsqueda por la determinación del equilibrio o igualación de las cargas partiendo del hecho *ex ante* de que dichos principios ya traen consigo un peso relativo que no es otorgado por el caso concreto, sino dado previamente por la sociedad misma. Esto también se puede concluir fácilmente, dado que Ronald Dworkin jamás tuvo en cuenta la existencia de un peso específico para los principios que se fijara a partir de las condiciones particulares de cada caso, puesto que dicha carga de contenido e importancia venía implícita con los mismos desde su edificación.

Conviene ahora distinguir las clases de conflictos que a ese nivel podrían presentarse: (i) regla-regla, (ii) principio-principio y (iii) regla-principio. En relación con el primero de ellos, la solución es sencilla: la invalidación de una de las reglas frente a la supervivencia de la otra. Por el contrario, para el caso de conflictos entre principios la respuesta la encontraríamos en la sopesación que el juez llevaría a cabo sobre cada uno de estos y que, para el caso de los Estados Unidos, como bien lo dice Oscar Mejía Quintana, vendría “dado por el Constituyente de Filadelfia inicialmente”²³, debiendo el funcionario jurisdiccional interpretar ese balanceo ya dado *ex ante* “para darle al principio en conflicto el peso correspondiente”, no adquirido en virtud del caso concreto, sino desde la génesis misma de conformación del sistema jurídico.

Pues bien, esta “teoría del balanceo” se encuentra vinculada íntimamente con la “lectura moral de la constitución” propuesta por Dworkin. De esta manera, puede afirmarse que, como primera medida, para la interpretación constitucional (guiada a la resolución de conflictos entre principios) habrá de comenzarse por determinar qué fue lo que los constituyentes dijeron²⁴ y en qué contexto fue dicho. No obstante, no puede perderse de vista que la clave está en responder la pregunta acerca de lo que ellos intentaron *decir*, y no en la pregunta de *qué otras intenciones* tenían. Por lo tanto, el propósito que pudieran haber tenido en nada importaría para la investigación llevada a cabo con el objeto de *balancear* los principios, sino que la esencia de este procedimiento se encontraría, sin lugar a dudas, en el hallazgo de lo que verdaderamente fue dicho en torno al mayor peso que tendría cada principio. En tal sentido, “*the moral reading, as I said, is a theory about what the Constitution means, not a theory about whose view of*

²³ MEJÍA (2013), p. 56.

²⁴ Véase DWORKIN (2005), p. 10.

what it means must be accepted by the rest of us"²⁵. Es por ello que la lectura moral (*the balancing*) implica comprender que la constitución y sus principios significan lo que los constituyentes intentaron decir y no otra cosa.

De esta manera, como lo plantea adecuadamente Gustavo Beade, la *argumentación moral* tiene como premisa básica solucionar los problemas hermenéuticos "basando la estructura de su razonamiento en una premisa moral que surge de las constituciones o de las cartas de derechos fundamentales. Se origina aquí la famosa idea de la lectura moral de la Constitución"²⁶. Por lo tanto, la idea central del *balanceo* y según la cual *los derechos individuales son principios cuyo peso previamente definido no puede ser alterado arbitrariamente por la perspectiva particularista del juez en cada caso concreto*, encuentra soporte en esa lectura moral de la constitución con base en la cual se busca captar como médula del mismo ordenamiento jurídico una inconfesable filosofía liberal que reconoce la primacía de los derechos individuales como cartas de triunfo contra la arbitrariedad del Estado.

En consecuencia, como lo plantea Gustavo Beade, "La premisa que toma a los derechos como cartas de triunfo, permite sostener que hay derechos que tienen prevalencia en cualquier contexto y en cualquier lugar, e. g. no existen dudas en que la libertad de expresión está por sobre todas las 'cosas', incluso por sobre la sanción penal que reciben como castigo en Alemania aquellos que nieguen el Holocausto"²⁷.

Ahora bien, en cuanto al segundo paso para realizar el procedimiento de sopesación o balanceo, es necesario que la interpretación constitucional conlleve necesariamente la directriz de guiarse por la *integridad* de sus cánones originales, como pautas objetivadas, razón por la cual los jueces no podrán leer sus propias convicciones en la constitución o interpretarlas como juicios morales particularizados.

Un claro ejemplo de aplicación de esta teoría lo encontramos en el libro *La democracia posible*, en donde el autor afirma que existen como base común (irrestricada desde su positivización) dos grandes principios edificadores de la dignidad humana: (i) el principio del valor intrínseco, según el cual toda vida humana tiene un tipo especial de valor objetivo, y (ii) el principio de la responsabilidad personal, consistente en la obligación que cada individuo tiene para conseguir el logro de su propia vida. Y es desde allí de donde Dworkin toma la fuerza argumentativa con la que rechazará las arbitrariedades norteamericanas en

²⁵ DWORKIN (2005), p. 12.

²⁶ BEADE (2011), p. 256.

²⁷ BEADE (2011), p. 257.

torno a la investigación, lucha y represión de actos terroristas. En consecuencia, su análisis no parte de considerar el peso concreto que tienen los principios en el caso específico, sino del peso relativo que ya tenían los mismos y por lo cual “podríamos afirmar que un derecho político es un triunfo que vence al tipo de argumentos basados en ajustes que normalmente sirven de justificación para las acciones políticas”²⁸.

Por último, quedaría por determinar si de cara al conflicto entre una regla y un principio la distinción entre tales componentes del derecho sería jerárquica o estructural. Al respecto, tendrá que decirse que la médula de choque no es de orden piramidal o escalonada, habida cuenta que un principio no resulta ser superior a una regla, sino que el punto de contraste es dimensional: los principios tienen “peso”, mientras que las reglas no. Así las cosas, la sopesación no habrá de hacerse entre la regla y el principio, “sino entre éste y el principio que subyace a la regla”²⁹, si es que subyace alguno, dado que, de lo contrario, ahí sí estaría destinada a su inaplicación.

2. Significado, alcance y estructura de la teoría de los principios y de la ponderación de Robert Alexy

Para poder darle desarrollo a este acápite, debe iniciarse diciendo que ante todo las normas de derecho fundamental son precisamente eso: normas³⁰. Por ello, de manera inicial Robert Alexy comienza por clarificar muchas de las confusiones conceptuales que en relación con ello se presenta.

Así las cosas, lo primero que debe explicarse es que desde la perspectiva de este autor el punto de partida es indudablemente la diferenciación entre *norma* y *enunciado normativo*, ya que el segundo vendría a ser el texto jurídico consagrado literalmente en la constitución o la ley, mientras que el primero (la *norma*) sería “el significado del enunciado normativo”³¹. Ante tal panorama, el concepto de norma deja de ser un concepto primario, en relación con el de enunciado normativo.

Teniendo en cuenta dicha distinción, habrá que señalarse que las normas pueden ser de dos clases: *normas de carácter general* y *normas de derecho fundamental*. En consecuencia, los *derechos fundamentales* habrán de ser en últimas uno de los tipos de *normas* existentes, pero *normas* al fin cabo, y no simples enunciados normativos.

²⁸ DWORKIN (2006), p. 49.

²⁹ RODRÍGUEZ (2008), p. 53.

³⁰ ALEXY (2012), p. 32.

³¹ ALEXY (2012), p. 34.

Luego de ello resulta imperioso distinguir la estructura que pueden llegar a tener las *normas* de carácter fundamental, como *reglas*, *principios* o *valores*. En relación con las *reglas*, se tiene que éstas “contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Ellas son por lo tanto mandatos definitivos”³². Bajo una óptica constitucional, se ha dicho sobre las *reglas* que las mismas son:

“prescripciones que contienen mandatos de acción, dentro de los que generalmente figuran supuesto de hecho y consecuencias jurídicas. Las reglas son mandatos que permiten o prohíben algo; pertenecen al mundo del ‘deber ser’ y por tal razón tiene naturaleza deontológica: están establecidas para que se cumplan en el sentido que ellas contienen”³³.

Los *principios* en cambio son definidos, a diferencia de las reglas, como “mandatos de optimización que se caracterizan por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferentes grados y de que la medida ordenada en que deben cumplirse, no solo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas”³⁴. Las posibilidades jurídicas están determinadas por los principios y reglas opuestas, y las posibilidades reales existentes se derivan de enunciados fácticos. Así, para resolver la incompatibilidad entre principios, la ponderación no garantiza una articulación sistemática material de todos los principios jurídicos, que, habida cuenta de su jerarquía, resuelva de antemano todas las posibles colisiones entre ellos. Por el contrario, al igual que el silogismo, es solo una estructura, que está compuesta por tres elementos, mediante los cuales se puede fundamentar una relación de precedencia condicionada entre los principios en colisión, para así establecer cuál de ellos debe determinar la solución del caso concreto.

Los valores, aun cuando se parecen a los principios, se diferencian de los mismos porque “representan el catálogo axiológico a partir del cual se derivan el sentido y la finalidad de las demás normas del ordenamiento jurídico”³⁵.

Empero, vale la pena resaltar que tanto las reglas como los principios son concebidos en la perspectiva alexiniana como “normas” y que su distinción a nivel tradicional ha sido la siguiente:

(i) La generalidad como criterio de distinción y conforme la cual los principios son normas altamente generales en contraposición con las reglas, cuya generalidad es significativamente más baja.

³² ALEXY (2003), p. 96.

³³ VILA (2007), p. 224.

³⁴ ALEXY (2003), p. 95.

³⁵ VILA (2007), p. 224.

(ii) El doble criterio de distinción de Dworkin, siendo el primero de ellos la consideración de que las reglas tienen la forma de todo-o-nada, a diferencia de los principios, que no determinan necesariamente la decisión, sino que solamente proporcionan razones que hablan en favor de una u otra decisión. El segundo argumento dworkiniano de distinción es que los principios poseen una dimensión que las reglas no poseen: la dimensión del peso.

A dichos criterios tradicionales de distinción, Alexy les hace la crítica de la insuficiencia, llegando a afirmar que

“el punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas (...). En cambio, las reglas son normas que exigen un cumplimiento pleno y, en esa medida, pueden siempre ser solo cumplidas o incumplidas”³⁶.

Vemos, por lo tanto, una marcada diferenciación entre los criterios de distinción de reglas y principios que establece Dworkin, frente a los que propone Robert Alexy. Sin embargo, también hallamos que en lo relativo a la “tesis de la única respuesta correcta” existen múltiples reparos por parte del profesor alemán, dado que según su perspectiva una teoría de tal índole implicaría: a) tiempo ilimitado, b) información ilimitada, c) claridad lingüística ilimitada, d) capacidad y disposición ilimitadas para el cambio de roles, y e) carencia de prejuicio ilimitada, lo cual es por supuesto una utopía que convierte su posibilidad de realización en un imposible práctico.

2.1. ¿El concepto de principios de Alexy es el mismo que el de Dworkin?

Es claro que Dworkin y Alexy representan teóricos del derecho no positivista cuya concepción del sistema jurídico no se encuentra anclada en la visión unidimensional del iusnaturalismo y el positivismo. De esta manera, estos autores han planteado una perspectiva interpretativa superadora de sus predecesores, en la cual, además de la configuración imperativista del engranaje normativo cuya metodología de aplicación se quedaba encapsulada en la subsunción lógica, pretende incluir conceptos tales como razonabilidad, principios y parámetros de corrección extrajurídicos de alto contenido moral.

Esquematizando dichos puntos de encuentro entre ambas teorías, tendríamos lo siguiente:

³⁶ ALEXY (2002), p. 13.

I. Algunas similitudes entre las teorías de Dworkin y Alexy

1. Ambos autores proponen diferenciar a nivel lógico y estructural las *reglas* y los *principios*, asegurando que ambos estándares (como los llama Dworkin) o normas (conforme los denomina Alexy) constituyen componentes de un sistema jurídico, independientemente de la carga moral que puedan tener o no alguno de ellos.
2. Igualmente, el reconocimiento por parte de estos autores de los *principios* como estándares o normas existentes en el ordenamiento jurídico cuya *aplicación* obedece a criterios de razonabilidad para Dworkin o de optimización para Alexy, implica la edificación de una teoría superadora de la *subsunción lógica*, la cual era empleada a la hora de operativizar las *reglas* jurídicas mediante la utilización de criterios de racionalidad puramente formal.
3. Es posible rastrear que la *metodología* de solución de conflictos entre principios (balanceo en Dworkin y ponderación en Alexy), aun cuando es estructural, práctica y conceptualmente distinta, guarda un núcleo común: el hecho de que constituye una técnica o procedimiento superador de los criterios tradicionales para resolver las antinomias normativas o los conflictos que pudieran presentarse entre las reglas, en donde, por ejemplo, una prohibiera lo que otra autorizara o prescribiera, y consistentes en los métodos cronológico³⁷, jerárquico³⁸ y el de especialidad³⁹.
4. En sus múltiples obras existe una constante que los acerca ideológicamente: la conexión necesaria y no simplemente casual entre el derecho y la moral, aunque desde perspectivas diferentes, puesto que para Dworkin esa conexión ingresa a través de los *principios* entendidos como proposiciones jurídicas que describen *derechos esencialmente morales*, mientras que para Alexy tal vinculación es el producto de la *pretensión de corrección* que indefectiblemente contiene todo sistema jurídico.

Sin embargo, las visiones dworkiniana y alexiana acerca de los principios son claramente diferentes y ello terminará afectando, igualmente, las teorías para solucionar el conflicto que se presente entre ellos:

³⁷ La norma posterior prevalece sobre la anterior.

³⁸ La norma superior prevalece sobre la inferior.

³⁹ La norma especial prevalece sobre la general.

II. Algunas diferencias entre Dworkin y Alexy	
Dworkin	Alexy
1. Los <i>derechos individuales</i> (también llamados políticos y cuya esencia es de tipo moral) son descritos por una única forma de estándar: los <i>principios</i> .	1. Todo derecho (individual o no) se encuentra descrito por una <i>norma</i> , y esta <i>norma</i> puede tener la forma de una regla, un principio o un valor.
2. Solo los <i>derechos individuales</i> o <i>fundamentales</i> , y no todos los derechos jurídicos y ni siquiera los constitucionales, representan derechos en contra del gobierno en un sentido fuerte y su formulación se realiza a través de <i>principios</i> .	2. Las normas pueden ser de carácter <i>iusfundamental</i> ; por lo tanto, los derechos fundamentales pueden ser descritos mediante reglas de tipo fundamental, principios de tipo fundamental y valores de tipo fundamental.
3. Los <i>principios</i> establecen la <i>dirección</i> en la cual se debe decidir, pero no determinan la forma específica en que las personas o el Estado deben comportarse.	3. Los <i>principios</i> constituyen verdaderos mandatos dirigidos a las autoridades para que éstas realicen algo en la mayor y mejor medida de lo posible dentro de las posibilidades fácticas y jurídicas.
4. Las <i>normas</i> o <i>reglas</i> , en cambio, establecen pautas puntuales de comportamiento.	4. Las <i>reglas</i> serían un tipo de normas encargadas de establecer mandatos definitivos y determinados para hacer algo.
5. Los <i>principios</i> poseen un peso o importancia específico que no es asignado por el juez, sino descubierto por este.	5. Conforme la <i>ley de la colisión</i> , ningún principio es anterior a otro, ni superior, ni jerárquicamente –en su génesis– más fuerte que otro.
6. Los <i>principios</i> , al condensar derechos individuales, no pueden contener ni ser equiparados con las políticas públicas, los objetivos comunitarios o las directivas políticas.	6. No solamente los derechos fundamentales pueden ser expresados mediante <i>principios</i> , sino que también cualquier norma puede adquirir esta configuración si constituye un mandato de optimización, de ahí que sea la <i>forma</i> de presentación de la norma y no el <i>contenido</i> (como sí ocurre con Dworkin) lo que eleve a la categoría de principio una disposición jurídica cualquiera. Justamente fue esto lo que llevó a Alexy a establecer la diferenciación entre <i>principios formales</i> y <i>principios materiales</i> , en donde los primeros podrían enunciar inclusive ciertas directivas de política institucional y, lo que es aún más llamativo, entrar en verdadero conflicto con los principios materiales, estableciéndose así, por parte del profesor alemán, inclusive la posibilidad de que un principio <i>formal</i> pueda vencer a un principio <i>material</i> (contentivo de derechos fundamentales) dependiendo del grado de afectación que uno u otro conlleve y de los pesos en concreto que cada uno llegue a tener según el caso.

Por lo tanto, es verificable que Robert Alexy establece una distinción totalmente ajena al pensamiento de Dworkin entre principios *formales* y *materiales*. Sobre dicho tópico, se encuentra que la diferencia entre ellos estaría en el “objeto” de la optimización, dado que en los primeros dicho objeto lo constituyen las “decisiones jurídicas independientemente del contenido que estas tengan”⁴⁰, verbigracia, el principio de la democracia y conforme al cual las decisiones que se tomen en el parlamento deben obedecer a la regla de la mayoría, independientemente de cuáles puedan ser éstas. En cambio, en la segunda tipología de principios, la optimización apunta justamente al contenido mismo de la decisión; por ejemplo, la vida, la libertad, un mínimo existencial, etc. Estos principios pueden también interferirse entre sí, y ello requeriría de ponderación, lo cual es ajeno al pensamiento de Dworkin, dado que los principios formales de Alexy no podrían ser catalogados como tales en la teoría del profesor americano y mucho menos *ceder* ante *derechos individuales* cuyo peso ya estaría predeterminado y siempre ganaría ante cualquier pugna con cualquier tipo de norma que no protegiera detrás de ella un derecho individual.

Un ejemplo que permite visualizar la diferencia *sustancial*, más allá de las meras palabras, que existe entre la concepción de principios que tienen Dworkin y Alexy, cuyas consecuencias prácticas terminarán impactando necesariamente en la forma en que habrán de resolverse los conflictos entre principios o la categorización, inclusive, de ciertas tipologías como verdaderos principios o no, lo encontramos en las políticas antiterroristas que violan Derechos Humanos. Según Robert Alexy⁴¹, situaciones como estas implican el conflicto de dos grandes principios: uno *formal*, referido a la “seguridad jurídica” que conllevaría implícito el mandato de tener que cumplir con cualquier disposición legal sin importar el contenido de ésta, y un *principio material* de “justicia”, que ordena la correspondencia de los estatutos legales con los valores mínimos de corrección de un país y que se encuentran bien representados en los derechos humanos. La ponderación de estos dos principios da como resultado la famosa fórmula de Radbruch: *la injusticia extrema no es derecho*. Lo anterior por cuanto:

(a) Según este autor existe un umbral: la injusticia extrema. Ante ese límite es posible, como condiciones de precedencia:

(i) Que fácticamente la injusticia se encuentre *por debajo* del umbral de la injusticia extrema. Piénsese, por ejemplo, un caso consistente en la autorización legal que ha sido dada por el parlamento para que el gobierno revise el historial de búsqueda en Google de las personas o de consultas de libros en la biblioteca

⁴⁰ ALEXY (2016), p. 34.

⁴¹ ALEXY (2016), p. 37.

sin permiso judicial con el objetivo de verificar quiénes indagan acerca de la construcción de bombas o formas de cometer atentados terroristas. Este tipo de situaciones implicarían una clara “injusticia”, si por justicia entendemos el contenido mínimo de los *derechos humanos* representado en este caso por el catálogo de libertades, intimidad y privacidad, que se verían afectadas con tal intromisión del Estado en nuestras vidas. Sin embargo, tal injusticia no podría ser cataloga como *extrema* o superadora de este umbral, en la medida en que la acción estatal tan solo se concretaría en la recolección de datos y no en una intervención que restringiera o prohibiera la realización de tales comportamientos mediante la aplicación de medidas contravenciones (por ejemplo, multas) o penales (verbigracia, prisión preventiva o definitiva por la comisión de un nuevo delito que hubiese creado dicha ley y consistente únicamente en la indagación de tales temas –terrorismo, bombas, atentados, guerra, etc.– por cualquier medio).

(ii) La otra posibilidad es que fácticamente la injusticia se encuentre *por encima* del umbral de la injusticia extrema. Siguiendo con el anterior ejemplo, tal situación podría teorizarse si además de la intervención del Estado en la recolección de datos de búsqueda, se criminalizaran o convirtieran en delito todas las acciones de los ciudadanos encaminadas a averiguar, vía internet o en la biblioteca, acerca de cómo fabricar bombas o realizar atentados terroristas, porque en esos casos el catálogo de libertades y los derechos fundamentales a la intimidad y privacidad no solo se verían afectados, sino anulados en varias de sus facetas importantes o esenciales.

(b) En lo relativo al *principio formal de la seguridad jurídica* se observa que:

(i) Ante la *condición (i) de precedencia* (injusticia por debajo del umbral máximo), prevalece el principio formal de la seguridad jurídica. Por lo tanto, la ley que admite dicha intromisión del Estado al permitir la recolección de los datos de búsqueda sería 1) constitucionalmente válida y 2) no existiría en el ciudadano un derecho que pudiera oponerse al poder del Estado ejercido mediante las facultades concedidas por medio de dicha ley. Esto por cuanto

“El principio formal de seguridad jurídica tiene precedencia por sobre el principio material de justicia si y solo si demuestra tener un peso concreto mayor que este último”⁴².

Ahora bien, en casos concretos como el expuesto (es decir, en todas aquellas disposiciones legales cuya injusticia está por debajo del umbral de injusticia extrema) la prevalencia del principio formal, en perspectiva de Alexy, es clara, dado que: 1) la afectación del principio de justicia no es elevada y a lo sumo

⁴² ALEXY (2016), p. 38.

moderada, mientras que 2) en estas situaciones la afectación del principio de seguridad sí es muy elevada, pues “si todos y cada uno de los actos injustos implicasen indefectiblemente la invalidez jurídica, la función del sistema jurídico como ente coordinador del comportamiento y asegurador de las ventajas de la cooperación y coordinación social sería puesta en peligro”⁴³.

(ii) Ante la *condición (ii) de precedencia* (injusticia por encima del umbral máximo), prevalece el principio material de justicia, dado que éste se vería tan gravemente afectado que se obtendrían más sacrificios que beneficios, razón por la cual dicha desproporcionalidad no podría justificar la intervención prohibitiva del Estado en casos como el aquí propuesto.

En cambio, si acudiéramos a Dworkin la solución del anterior caso sería completamente distinta tanto en el resultado como en el proceso de razonamiento llevado a cabo, puesto que la ponderación y la concepción amplificada de principios que tiene este autor podría llegar a justificar cualquier resultado, inclusive la prevalencia de razones utilitaristas sobre derechos fundamentales o constitucionales de tipo individual. De esta manera, la ponderación alexiniana, en la perspectiva del profesor americano, sería incompatible con un concepto fuerte de derechos individuales que asuma los mismos como *cartas de triunfo* y se definan proposicionalmente a través de principios como un estándar diferente y superior a los demás⁴⁴, por cuanto, *primero*, la metodología del teórico germánico permitiría que prácticamente cualquier contenido pudiera adquirir el estatus de principio y lograr así conflictuar con los derechos políticos individuales, lo que convertiría tales prerrogativas en instituciones jurídicas altamente frágiles, que podrían ser derrotadas con mucha facilidad por los intereses utilitarios del Estado. Además, al buscar Alexy que la ponderación sea neutral terminaría admitiendo todo tipo de resultados, lo que permitiría el reingreso

⁴³ ALEXY (2016), p. 38.

⁴⁴ Justamente estas son las críticas que realiza Habermas a Robert Alexy: *primero*, que ésta consume la fuerza normativa de los derechos fundamentales, degradándolos a simples propósitos, valores o programas de cumplimiento gradual. En tal sentido, perderían los mismos su *fundamentalidad* o al menos la “estricta primacía” que los caracteriza, reblandeciéndose así esa inmutabilidad y fuerza que ellos poseen, para caer finalmente en el *peligro de los juicios irracionales*, puesto que según Habermas no existen parámetros, medidas, ni cánones racionales para ponderar los derechos fundamentales que colisionan. La *segunda* crítica consiste básicamente en atribuirle a dicha metodología un problema conceptual según el cual la motivación deja de preocuparse por determinar la *validez o invalidez* de la misma (o su verdad y falsedad) y se centra únicamente en establecer la *conveniencia* o no de la decisión tomada. Esto trae aparejado consigo un precio muy alto: la pérdida de la categoría de exactitud. HABERMAS (2010). Basado en este punto de vista, asegura MEJÍA QUINTANA (2013) que la perspectiva deontológica a la que vincula el pensamiento de Dworkin es aquella que defiende “decisiones justas para todos”, en contraposición de la perspectiva axiológica de Alexy, que busca tan solo “decisiones buenas para algunos”.

de la discrecionalidad como forma válida de decisión, lo que a todas luces es también incompatible con la perspectiva de Dworkin, quien considera que en todos los casos, inclusive en los difíciles, se puede hallar una única respuesta correcta, la cual es obtenida justamente realizando una lectura del ordenamiento jurídico en la clave moral que brinda la filosofía liberal y cuya puerta de ingreso la encontraríamos justamente en los principios encargados de definir el contorno que tendrían los derechos individuales y fundamentales de las personas.

Por lo tanto, en el hipotético caso generado líneas atrás, donde se enfrentan los derechos básicos de las personas con los intereses del Estado de evitar el terrorismo, es claro que i) la seguridad jurídica no podría ser considerado un principio con la posibilidad de plantear un auténtico conflicto a los principios encargados de definir los derechos fundamentales a la libertad, intimidad y privacidad, y ii) aquí no interesaría, como en Alexy al aplicar su metodología de la ponderación, el grado de afectación que pudiera tener la intervención del Estado, dado que

“La cuestión gira en torno a si esas políticas violan los derechos humanos. Si lo hacen, son inaceptables, aunque sean legales, y aun suponiendo que aumentarían la seguridad de los norteamericanos”⁴⁵.

En el caso de Alexy, en cambio, además de tener en cuenta la “seguridad jurídica”, es muy probable que se adicionara como factor de análisis ponderativo la “seguridad de los ciudadanos” para determinar el “peso concreto” que haría triunfar el principio formal por encima del principio material o sustancial encargado de definir los derechos fundamentales.

2.2. La colisión de principios

Cuando dos reglas entran en conflicto existen dos soluciones posibles: o bien una de ellas invalida la otra, o bien la nueva regla también resulta válida por cuanto se constituye en una excepción de la primera. Sin embargo, si la colisión presentada es en torno a dos o más principios, nos encontramos entonces con que las anteriores alternativas ya no resultan satisfactorias, puesto que los principios son en esencia “mandatos de optimización” y no “mandatos definitivos” –como las reglas– que puedan ser invalidados o excepcionados. Ante tal situación ha de tenerse como marco de solución la denominada teoría de la ponderación, constituida por tres elementos: (i) ley de la colisión, (ii) ley de la ponderación y (iii) fórmula del peso.

⁴⁵ DWORKIN (2006), p. 45.

(i) *Ley de la colisión*: De manera literal, Robert Alexy expresa esta ley de la siguiente manera: “Las condiciones en las cuales un principio tiene precedencia sobre otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente”⁴⁶. Por lo tanto, a partir de esta ley se expresa⁴⁷ el hecho de que entre los principios de un sistema no existen relaciones absolutas de precedencia, por lo que ningún principio es anterior a otro, ni superior, ni jerárquicamente –en su génesis– más fuerte que otro, sino únicamente relaciones de precedencia condicionada, cuya condición surge precisamente del caso concreto. A partir de esta ley, entonces, es posible comprender lo que significa resolver un caso desde la ponderación: “decidirlo por medio de una regla que se fundamenta teniendo en cuenta los principios que juegan en sentido contrario”⁴⁸. Así pues, los principios se referirían a acciones y situaciones que no son cuantificables, generalizándose todo ello en la ley de la colisión, según la cual se establecen como presupuestos o condiciones de priorización de un principio frente a otros, los hechos del caso concreto que conllevan la respectiva contradicción entre uno y otro. La variante técnica de esta ley sería: “Si el principio P_1 precede frente al principio P_2 bajo las circunstancias C : $(P_1 \ P \ P_2) \ C$, y si la consecuencia jurídica R se produce a partir de P_1 bajo las circunstancias C , entonces adquiere validez una regla en la que C es el supuesto de hecho y R la consecuencia jurídica: $C \rightarrow R$ ”⁴⁹.

(ii) *Ley de la ponderación*: Hace referencia a la íntima conexión que existe entre el principio de proporcionalidad y el “carácter” o estructura esencial de los principios y la correlativa implicación entre uno y otro. Entonces, al ser los principios mandatos de optimización dentro del marco de las posibilidades fácticas y jurídicas, se seguirá que lógicamente los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto como deducción inevitable de la ponderación misma. Analicemos cada estadio de los referenciados:

- La *adecuación*, cuya configuración ordena que todas las intervenciones a los derechos fundamentales sean idóneas para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo. Esto implicaría dos pasos: 1) la legitimidad constitucional del fin y 2) la idoneidad de la medida examinada. En relación con el primer paso, puede observarse que éste es de naturaleza cualitativa⁵⁰ (y a veces cuantitativa, por cuanto también supone un mínimo racional de eficacia

⁴⁶ ALEXY (2012), p. 75.

⁴⁷ ALEXY (2003), p. 100.

⁴⁸ ALEXY (2003), p. 100.

⁴⁹ ALEXY (2003), p. 100.

⁵⁰ MONTEALEGRE, BAUTISTA & VERGARA (2014), p. 16.

práctica para la realización de dichos fines), mediante el cual se determina si existe un fundamento constitucional o legal de orden teleológico para poder limitar el ejercicio de un derecho fundamental determinado. En consecuencia, “(...) a la administración le están previamente dados los fines que tiene que perseguir mediante sus funciones legalmente determinadas, y la jurisprudencia está vinculada de manera aún más estricta a encontrar una solución para un caso previamente dado a partir del Derecho previamente acordado”⁵¹. Luego de ello se pasa a establecer la relación entre el medio y el fin de la norma, para identificar si existe idoneidad, aptitud o conducencia en aquél. En tal sentido, esta relación toma en cuenta diversos aspectos⁵²: (i) uno *cuantitativo*, que implica establecer si la “medida uno” puede fomentar más la finalidad legítima que la “opción 2” o no (v. gr., si la protección al debido proceso se ve materializada de una mejor manera a partir de la primera opción, que sería no llevar al acusado a juicio porque sufre del corazón y existe riesgo de infarto, o si la segunda opción –llevarlo a juicio a pesar del riesgo– es la medida más beneficiosa para la optimización del derecho fundamental en discusión); (ii) un aspecto *cualitativo*, en el que se determina cuál de las dos medidas fomentará el fin de mejor manera, y (iii) un aspecto *probabilístico* desde el cual lo fundamental es fomentar el fin con un alto grado de seguridad. Esto lleva a precisar el escalón de *adecuación* a partir de la siguiente fórmula:

“cuando el medio se encuentra en alguna relación con la realización del fin pero no contribuye a su logro en todos los sentidos o solo lo hace en forma abstracta y general, pero no en el caso concreto, el medio establecido es inidóneo, y deben ser aplicadas las reglas del medio alternativo menos gravoso y la de la proporcionalidad en sentido estricto (para examinar la justificación de la restricción del derecho)”⁵³.

• La *necesidad* (postulado del medio más benigno), el cual establece que entre dos medios de similar idoneidad para alcanzar el fin legítimamente propuesto habrá de escogerse el que sacrifique en menor medida los derechos fundamentales puestos en conflicto. Así pues, se lleva a cabo una comparación entre la medida objeto de examen y los otros medios alternativos a aquélla teniendo en cuenta dos cosas: (i) la idoneidad para promover el fin legislativo y (ii) su menor lesividad en relación con los derechos fundamentales que se encuentran afectados por la injerencia legislativa o administrativa. En consecuencia, la medida adoptada tendrá el carácter de necesaria solo si no existe un medio alternativo

⁵¹ SCHLINK (2014), p. 126.

⁵² CLÉRICO (2007), p. 153.

⁵³ CLÉRICO (2007), p. 155.

que, siendo similarmente idóneo para alcanzar el fin propuesto, al mismo tiempo resulte más benigno para los derechos fundamentales que se encuentran en litigio⁵⁴. A partir de todo ello se puede llegar a dos grupos de conclusiones: el primer grupo implicaría establecer si el medio alternativo en comparación con el establecido no es similarmente adecuado, igual de adecuado o más adecuado. El segundo grupo de conclusiones conlleva determinar si dichos medios alternativos en verdad constituirían una menor restricción para los derechos fundamentales afectados o no. Así pues, la regla para este subprincipio sería:

“si hay medios alternativos y su implementación puede fomentar el fin, y si cada uno de esos medios (o algunos de ellos o por lo menos uno) puede hacerlo en igual o parecida medida que el medio establecido, y si la implementación de los medios alternativos restringe en menor medida los principios iusfundamentales u otros constitucionales (o carga menos a la persona afectada) que a través del medio establecido, entonces la medida estatal no es proporcional en sentido amplio”⁵⁵.

• La *proporcionalidad en sentido estricto*, en el cual se evalúa la importancia de los fines perseguidos por las intervenciones en los derechos fundamentales en directa relación con el significado del derecho que es objeto de intervención. Desde esa óptica, podría decirse que este punto busca analizar si las ventajas que se obtienen mediante una medida de intervención en un derecho fundamental deben compensar los sacrificios que ésta implica para su titular y para la sociedad en general. En otras palabras, la proporcionalidad en sentido estricto es donde se lleva a cabo el test de “ponderación de principios”. De esta manera,

“un medio idóneo y necesario para el fomento de un fin no debe ser implementado, sin embargo, si los perjuicios para los derechos fundamentales de los afectados que se derivan del medio son mayores que la importancia del fomento del fin, en modo tal que el medio escogido aparece como desproporcionado”⁵⁶.

La ponderación es la forma en que se aplican los principios jurídicos, o sea, las normas que tienen la estructura de mandatos de optimización. Estas normas no determinan exactamente lo que debe hacerse, sino que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Las posibilidades jurídicas están determinadas por los principios y reglas opuestas, y las posibilidades reales existentes se derivan

⁵⁴ SCHLINK (2014), p. 132.

⁵⁵ CLÉRICO (2007), p. 172.

⁵⁶ CLÉRICO (2007), p. 182.

de enunciados fácticos. Así, para resolver la incompatibilidad entre principios, la ponderación no garantiza una articulación sistemática material de todos los principios jurídicos, que, habida cuenta de su jerarquía, resuelva de antemano todas las posibles colisiones entre ellos. Por el contrario, al igual que el silogismo, es solo una estructura, que está compuesta por tres elementos, mediante los cuales se puede fundamentar una relación de precedencia condicionada entre los principios en colisión, para así establecer cuál de ellos debe determinar la solución del caso concreto. En síntesis, y teniendo en cuenta lo expresado, la ley de la ponderación sería la siguiente: “cuanto mayor sea el grado de afectación o de no cumplimiento de un principio, tanto mayor deber ser la importancia del cumplimiento del otro”⁵⁷.

Esta ley de la ponderación nos hace presente que el análisis puede darse en tres pasos⁵⁸: el *primero*, consistente en la definición del grado de no satisfacción o de no afectación de los principios; el *segundo*, atinente a la importancia de la satisfacción del principio que se encuentra en el otro extremo del litigio, y un *tercer* estadio de análisis, consistente en la determinación de si la importancia de la “satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro” (p. 529)

(iii) *La fórmula del peso*: Consiste en una fórmula algorítmica que permitirá distinguir el valor abstracto de un principio y su concreción según las condiciones específicas del caso en litigio. En tal sentido, “Alexy mantiene que a las variables referidas a la afectación de los principios y al peso abstracto, se les puede atribuir un valor numérico, de acuerdo con los tres grados de la escala triádica, de la siguiente manera: leve 2°, o sea 1; medio 2, o sea 2; e intenso 2, es decir 4”⁵⁹.

Esto nos lleva a resaltar el hecho de que la fórmula permite esclarecer los casos en los que los principios deben tomar sus pesos relativos o concretos para tratar de darle una determinación en la relación de precedencia de uno sobre otro (más allá de la sopesación que en abstracto se haga de sus pesos). Por ende, en los casos en los que la necesidad de la intervención en el principio contrario precede sobre el principio en el cual se examina la vulneración, habrá de optarse por la prelación obtenida para el caso concreto, más allá de cualquier otra consideración.

Todo lo anterior nos pone en evidencia que ponderar no es balancear, puesto que la teoría de Robert Alexy aboga en realidad por la búsqueda de una solución

⁵⁷ ALEXY (2007), p. 18.

⁵⁸ ALEXY (2012), p. 529.

⁵⁹ BERNAL (2008), p. 101.

para los casos concretos a partir del peso específico de los principios deducido de una serie de leyes y fórmulas aplicadas según las particularidades de cada circunstancia y cada hecho puesto en la mesa del conflicto.

No puede, sin embargo, perderse de vista que en las ponderaciones alexinianas no solo son relevantes las intensidades de las intervenciones, sino también los pesos abstractos. Esta posibilidad se vuelve real cuando los pesos que corresponden a los diferentes principios en colisión se diferencian entre sí. Por lo tanto, si los pesos abstractos son iguales, se neutralizan entre sí. Si, por el contrario, ellos tienen diferente magnitud, pueden sopesarse en la balanza.

3. Lectura constitucional realizada en Colombia del paradigma interpretativo Dworkin-Alexy

3.1. Doctrina colombiana

En los acápites anteriores se demostraron tres hipótesis: (i) que, a pesar de las similitudes existentes entre Dworkin y Alexy en torno a la diferenciación entre reglas y principios, el significado, alcance y estructura que cada uno de estos autores le otorga la última tipología de estándar o norma es lo suficientemente relevante para considerar sus concepciones no solo diferentes, sino inclusive opuestas; (ii) que las técnicas de solución de conflictos entre principios utilizadas por uno y otro autor poseen un engranaje y forma de operativización también distinta y antónimas en lo esencial, y (iii) que en casos concretos la utilización de uno u otro autor, ante situaciones en las que dos principios se vean enfrentados, conllevará soluciones completamente diferentes tanto a nivel argumentativo como posiblemente también en sus resultados, dado que estos autores discreparían, *primero*, en el encuadramiento de un estándar o norma bajo la categoría de principios, pues es posible que mientras Alexy vea un choque de dos principios susceptible de ponderación, Dworkin esté observando un conflicto entre un principio y una directriz política en la que no sea necesaria aplicar ninguna técnica de balanceo o argumentación similar, dado que los derechos *siempre* habrán de considerarse cartas de triunfo prevalentes frente a las arbitrariedad y los actos del Estado; y, *segundo*, porque si finalmente se pusieran de acuerdo en que el choque se está presentando frente a verdaderos principios, Alexy buscaría a través de la ponderación averiguar los *pesos que en concreto* tendría cada principio y el *nivel de afectación* que representaría la optimización de uno en sacrificio del otro. En cambio, Dworkin utilizaría el balanceo para sopesar los pesos en abstracto que los *derechos individuales* ya tendrían prefijados desde la elaboración misma de la constitución política o que gradualmente le fueron asignados por la comunidad jurídica y social en general, conforme la mejor y más coherente interpretación de la historia institucional que tengan tales derechos políticos fundamentales.

Ahora se pasará a demostrar que parte de la doctrina colombiana ha asimilado como iguales la teoría del balanceo de los principios de Ronald Dworkin y la teoría de la ponderación de los principios de Robert Alexy, llegando a considerar que tales estructuras conceptuales aplicadas a casos concretos traen las mismas consecuencias por cauces de fundamentación también similares. Miremos dicha equiparación:

(i) *Doctrina de Diego López Medina*: En su *Teoría impura del derecho*, el profesor colombiano, al explicar la forma en que se produce, recibe y transforma la teoría del derecho cuando llega a las latitudes latinoamericanas, sintetiza de forma conclusiva el fenómeno en el que justamente él terminará incurriendo inconscientemente en otros textos de teoría jurídica que ha elaborado, según se pasará a demostrar:

“De esta manera los mapas de afinidades cambian de sitios de producción y sitios de recepción. Para el primero el esquema

Dworkin disafín a Hart, Hart afín a Kelsen

parece correcto. En las lecturas locales de estos autores en América Latina el esquema

Dworkin afín a Hart, Hart disafín a Kelsen

es dominante”⁶⁰.

Precisamente, esas afinidades que los sitios de producción no observan en Dworkin y Alexy, pareciera que sí ha sido vista por una parte de la doctrina colombiana en la, quizás, apresurada lectura realizada de estos autores. Por ejemplo, López Medina en su módulo de capacitación para jueces de la Escuela Judicial Lara Bonilla denominado *“Interpretación Constitucional”* considera que tanto Robert Alexy como Dworkin solucionan los choques de principios a partir de un mismo método: la ponderación. Asimismo, se puede notar el uso indiscriminado de los términos “ponderación” y “balanceo”. Miremos textualmente su afirmación:

“La Corte Constitucional colombiana... utiliza el balanceo para medir el peso específico de dos derechos constitucionales en conflicto y determinar cuál de ellos ha de predominar... Un test es... una formulación verbal... que la Corte Constitucional da como forma de balancear y ponderar entre intereses contrapuestos... Los test que utiliza la Corte Constitucional son: ... ponderación concreta, para el balanceo de Derechos Fundamentales en conflicto[...].

La técnica de ponderación o balanceo no está exenta de críticas... Así, se podría afirmar que la ponderación o balanceo ha implicado un freno

⁶⁰ LÓPEZ (2009), p. 69.

a la justiciabilidad de los derechos sociales. La... ponderación, en la medida en que expresa ese prejuicio político, sería por tanto altamente criticable”⁶¹.

Al respecto, podría pensarse que López Medina lo que está haciendo es la enunciación de un concepto propio de principio y de ponderación que se aleja de los autores originales. Sin embargo, los fragmentos empleados no hacen referencia (i) al concepto propio que tiene acerca de tales instituciones jurídicas y (ii) tampoco corresponde a lo que él piensa que los *demás* autores colombianos consideran respecto de dichas metodologías, sino que se refieren justamente a un grupo de teorías (las de Alexy y Dworkin) que, por las similitudes que él observa en torno al concepto de principios y la solución de conflictos a través de la ponderación o balanceo, le permiten asumirlos como equivalentes.

Asimismo, cuando se refiere más adelante al significado teórico de la ponderación, toma como premisas puntuales las siguientes⁶²: (i) que, al razonar los jueces americanos, éstos optaron por una “ponderación abierta” con la que no se buscaba ver el peso que tenían asignados los principios según el legislador, sino acorde al fin de la norma legal y los derechos que está limitando, lo que claramente correspondería a una lectura alexiniana de la jurisprudencia norteamericana y no dworkiniana, pues, según vimos, este último tenía una visión bien diferente acerca de la manera en que desarrollaban su ejercicio argumentativo los jueces; (ii) que los casos seguían fallándose de forma estrictamente judicial, pues las decisiones se apoyaban en derechos y principios, y no en la simple conveniencia política, como lo haría el legislador, y (iii) que todas esas decisiones judiciales eran concebidas como construcciones de naturaleza objetiva, cuya objetividad provenía de dos fuentes: (a) las “virtudes descriptivas del conflictivismo” y (b) la “formalización y estandarización en *test* de ponderación (razonabilidad e igualdad)”⁶³ de los razonamientos judiciales. Y luego de ello agrega que “sobre esta convicción es que surge, contemporáneamente, el trabajo de autores como Ronald Dworkin y, más particularmente, Robert Alexy”⁶⁴.

Tal afirmación, empero, no es cierta, pues como pudimos ver los cauces medulares y las bases que soportan ambas teorías son fundamentales distintos. Además, Dworkin no lee la jurisprudencia americana como pareciera López Medina indicarlo, dado que para él las decisiones judiciales no pueden partir de una ponderación abierta, sino de un *balanceo fuerte*, que averigüe con

⁶¹ LÓPEZ (2006), pp. 57, 58 y 62.

⁶² LÓPEZ (2006), pp. 63 y 64.

⁶³ LÓPEZ (2006), p. 64.

⁶⁴ LÓPEZ (2006), p. 64.

exactitud el peso que cada principio tendría de forma independiente al caso concreto. Asimismo, Alexy plantea la construcción de una teoría de ponderación neutral y, aunque defiende la objetividad decisional y la búsqueda por la mayor racionalidad de los procedimientos argumentativos, su perspectiva difiere grandemente de la tesis de la única respuesta correcta de Dworkin, cuyas bases se soportan en una lectura moral de la constitución a partir de la edificación de una teoría sólida de derechos individuales que no puedan ser derrotados por objetivos políticos explícitos o implícitos existentes en cualquier normatividad producida a nivel legislativo.

Luego se observa cómo López Medina vuelve nuevamente al uso de los autores mencionados por parte de la Corte Constitucional cuando afirma lo siguiente en su libro *La teoría impura del derecho*:

“Desde 1991 en adelante, la Corte usa de manera consistente autores como Dworkin y Alexy para defender, primero, la distinción entre ‘principios’ y ‘reglas’; segundo para dar estructura a los principios encarnados en ‘derechos constitucionales’; y tercero, para mostrar que esta concepción del derecho es progresista en el sentido de incluir los reclamos de grupos o individuos severamente excluidos o marginados, incluso frente a otros particulares”⁶⁵.

De esta cita, se destaca el hecho de que el mismo profesor López Medina reconoce que la Corte Constitucional utilizó a Alexy y a Dworkin para darle estructura a los principios encarnados en derechos constitucionales. Sin embargo, si asumimos como cierto que eso fue lo que hizo la más alta corporación de justicia colombiana, ¿podría considerarse que partió de una lectura fiel de los pensamientos de tales doctrinantes? Sería difícil estar de acuerdo con ello, porque no puede comprenderse cómo una Corte Constitucional podría haber compatibilizado perspectivas que en su esencia son básicamente antagónicas, encontrándonos con las siguientes dificultades: (i) la concepción de principios que tienen Alexy y Dworkin es incompatible desde el mismo momento en el que el primero de ellos amplía el radio de comprensión de aquellos al abarcar los denominados *principios formales*, en los que se podrían incluir las directrices políticas si llegaran a adquirir la forma de mandatos optimización; (ii) los principios desde la perspectiva de Dworkin no son optimizables o graduables, sino que constituyen mandatos oponibles a la acción del Estado cuya aplicación es inevitable, a menos que por chocar con otros principios de mayor peso no puedan aplicarse en dicho caso, mientras que en Alexy todos los principios serían de alguna manera “dosificables”, graduándose según la afectación y el

⁶⁵ LÓPEZ (2009), p. 454.

peso concreto que el intérprete le asignara a cada una de las normas enfrentadas, y (iii) no es posible observar cómo sería posible conciliar a Dworkin y Alexy a la hora de generar una estructura de *todos* los derechos constitucionales cuando, en el caso del profesor americano, éste explica que no todos los derechos, ni siquiera los constitucionales, tienen la estructura de un principio, sino únicamente aquellos que poseen una alta carga moral y que son denominados tradicionalmente como *derechos individuales* y, en el caso del profesor alemán, los derechos fundamentales son todas normas que pueden tener tanto la forma de principios como de reglas, lo que sería distinto de Dworkin y plantearía una gran dificultad a la hora de compatibilizarlo, además porque, aparte de los derechos individuales, también existirían otras estructuras que podrían adquirir el estatus de *principios* y que Alexy denomina principios formales. Por lo tanto, si lo que López Medina plantea es cierto, resulta altamente probable que la Corte Constitucional, al igual que él, estén asumiendo como equiparables los pensamientos de Dworkin y Alexy, aunque utilizando los desarrollos de este último, sin detenerse a analizar en detalle la teoría del profesor americano y las consecuencias que tendría si realmente se aplicara en toda su pureza.

Finalmente, conforme lo expuesto precedentemente, también para este autor colombiano al parecer tanto Alexy como Dworkin “ponderan” (¿o balancean?) cuando existe colisión de principios, implicando ello la búsqueda del peso concreto que cada “mandato de optimización” tiene según las condiciones fácticas presentadas en el litigio en cuestión. Es claro, entonces, que Diego López Medina considera que la tesis de Alexy es mucho más elaborada que la de Dworkin y en consecuencia distinta frente a dicho punto. No obstante, las “identifica” en un aspecto muy puntual y en torno al cual gira esta investigación: la metodología de solución de los conflictos entre principios a partir de la “ponderación” de los mismos. Así que, y a manera de conclusión, si utilizamos la misma metodología de López Medina en su *Teoría impura del derecho*, en los sitios de producción *Dworkin es desafío de Alexy*, mientras que, para él, como doctrinante receptor, *Dworkin sería afín a Alexy*.

(ii) *Doctrina de Carlos Bernal Pulido*: Puede encontrarse también en este autor la equiparación del paradigma interpretativo Dworkin-Alexy, al establecer que ambos emplearon como método para solventar la colisión de principios la llamada “teoría de la ponderación”, cuya técnica implica –en el concepto de éste– el poder hallar el “peso” que cada principio tiene según el caso concreto. Miremos su propia afirmación:

“Pues bien, a las reglas y a la subsunción, en la moderna teoría del derecho, y sobre todo a partir de las investigaciones de Dworkin en el mundo anglosajón y de Alexy en el germánico, se suman los principios y la ponderación. De esta manera, se ha impuesto la convicción de

que junto a las reglas de estructura condicional hipotética, existen los principios (...).

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 colisión”⁶⁶.

Nótese cómo Bernal Pulido indica que cuando Dworkin establece que los principios tienen un “peso”, está queriendo significar con ello que dicho peso se determina en “concreto” y no en abstracto *ex ante*, lo cual, como lo vimos en el acápite de la “teoría del balanceo” del profesor norteamericano, es precisamente todo lo contrario a lo expuesto por el doctrinante nacional. No es, pues, cierto que según Dworkin los principios tengan “un peso” en cada caso concreto, pues dicha “importancia” del principio viene predeterminada por toda una historia institucional que, gracias a la *teoría del derecho como integridad*, un juez Hércules estaría en la capacidad de describir. De esta manera, como bien lo recuerda Blanco Cortina, conforme el pensamiento de “Dworkin los derechos fundamentales son cartas de triunfo que deben prevalecer en cualquier contexto y sobre cualquier otra entidad normativa que se le enfrente”⁶⁷.

Igualmente, en el libro de Bernal Pulido denominado *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales* asegura que la teoría mediante la cual se distinguen reglas y principios por parte de Robert Alexy constituye un desarrollo de la perspectiva inicialmente planteada por Ronald Dworkin y con relación a la metodología de solución de conflictos entre principios señala, refiriéndose al último, lo siguiente: “La decisión que el juez adopta no implica un juicio de valor abstracto sobre la subordinación de un principio a otro, sino solamente un juicio relativo *al caso específico*, en donde el principio que tenga mayor peso determinará el sentido de la decisión”⁶⁸. Esta afirmación, sin embargo, no se compadece de la opinión pura de Dworkin, para quien la utilización del *balanceo* conlleva la averiguación del peso que la historia institucional más coherente y maximizadora de los derechos individuales le ha brindado a

⁶⁶ BERNAL (2008), p. 96.

⁶⁷ BLANCO (2016), p. 67.

⁶⁸ BERNAL (2014), p. 730.

los principios. Por lo tanto, al considerar que el profesor americano construyó una teoría de determinación de pesos en concreto y no en abstracto, como valores de importancia graduados con precedencia, termina siendo viable e inevitable encontrar un parecido inexistente entre el balanceo dworkiniano y la ponderación alexiniana.

(iii) *Doctrina de Yezid Carrillo de la Rosa*: Este autor establece, al igual que Bernal Pulido, una concepción del “peso” de los principios que es dado a partir el caso concreto y no predeterminada por el constituyente primario de manera previa. Al respecto se tiene:

“[...] para Dworkin la versión positivista ofrece una visión fragmentada y reducida del derecho, porque si bien las normas pueden identificarse a partir de una prueba de origen o de una norma básica, ésta es insuficiente para determinar la pertenencia al sistema de los principios y directrices, pues éstos no pueden identificarse por su origen sino por su peso específico en el caso concreto [...]”⁶⁹.

Asimismo, vemos la siguiente afirmación realizada en el libro *La balanza de los derechos*, de Carrillo de la Rosa y Bechara Llanos:

“Ronald Dworkin citado por Bernal (refiriéndose a Carlos Bernal Pulido) determinó, que los principios están dotados de una propiedad que las reglas no conocen: el peso. Los principios tienen un peso en cada caso concreto. Ponderar consiste en determinar cuál es el peso específico de los principios que entran en colisión. Construyéndose así la ponderación en un criterio metodológico indispensable para el ejercicio de la función jurisdiccional, entrando aquí el papel de la corte constitucional como aplicador y garante de los principios constitucionales, expresados en los derechos fundamentales de los ciudadanos, dentro del marco del estado social y democrático de derecho”⁷⁰.

Adviértase cómo allí se le atribuye a Dworkin la teoría de la ponderación, a pesar de que, según se vio en precedencia, esta es una construcción absolutamente diferente del balanceo, teniendo su origen conceptual y estructural verdadero en el modelo germánico de Robert Alexy.

No obstante, esta asimilación de teorías claramente diferentes no se ha dado en todos los sectores doctrinales colombianos, evidenciándose una clara distinción entre las mismas en autores como Oscar Mejía Quintana, Andrés Botero Bernal y David José Blanco Cortina. Igualmente, es importante aclarar

⁶⁹ CARRILLO (2008), p. 278.

⁷⁰ CARRILLO (2011), p. 23.

que aquí se ha trabajado con el concepto de *principios, balanceo y ponderación* de Dworkin y Alexy, y no con el desarrollo teórico que muchos otros autores les han dado a tales significantes, tales como serían, a modo de ejemplo, Guastini, Moreso, Atienza, etc., pues lo que se busca con la presente investigación no es determinar la *variación* que conscientemente le han dado diversos autores a dichas teorías, sino la errada equiparación que algunos de ellos les dieron puntualmente a los pensamientos originales de Dworkin y Alexy, y las consecuencias prácticas que habría tenido su aplicación exacta.

3.2. Jurisprudencia colombiana

3.2.1. Preliminares

La Corte Constitucional colombiana ha asumido, dentro del esquema de resolución de problemas jurídicos en los que se enfrentan derechos y principios fundamentales de nuestra Carta Magna, el principio de proporcionalidad y, en su tercer subnivel, la teoría de la ponderación, siguiendo así, casi en su integridad, el pensamiento teórico de Robert Alexy. No obstante, en varios fallos nos encontramos con la equiparación entre el balanceo dworkiniano y la ponderación de Alexy.

Así, pues, es recurrente en la jurisprudencia asumir como análogas las teorías de los principios de Dworkin y la Alexy, evidenciándose que la Corte Constitucional⁷¹ recurre a ambos autores para edificar su teoría sin que ponga nunca de presente la diferencia sustancial (o incluso la incompatibilidad) que existe entre ambos pensamientos, quizás porque los considera iguales (ejemplos: T-264 de 2009, T-002 de 2012, etc.). Sin embargo, esta asimilación apresurada por parte de la Corte deja grandes interrogantes abiertos, tales como: (i) si se asume a Dworkin y a Alexy, ¿qué se toma de cada uno con relación a la concepción de principios?, ¿la visión restringida de Dworkin, que circunscribe los principios a derechos individuales, o la ampliada de Alexy, que termina abarcando cualquier mandato de optimización, inclusive lo que él denomina principios formales?; (ii) para Dworkin no pueden entrar en conflicto una directriz política y un derecho individual descrito mediante un principio, mientras que para Alexy es posible tal choque en la medida en que todos los principios (formales o materiales) pueden terminar interfiriéndose, por lo tanto, ¿cuál sería la perspectiva que terminaría validando la Corte Constitucional?, y (iii) los derechos fundamentales, ¿pueden asumir tanto la estructura de una regla como

⁷¹ Sobre este punto puede verse la página 436 de libro la *Teoría pura del derecho*, de Diego López Medina, puesto que él ahí, a pie de página, realiza una tabla mediante la cual expone la cantidad de citas realizadas por la Corte Constitucional sobre Hart, Dworkin y Alexy durante el período 1991-2003.

de un principio iusfundamental, tal y como lo plantea Alexy?, ¿o se toma la perspectiva dworkiniana de que todo derecho individual solo puede ser descrito mediante principios inderogables?

Igualmente, se tiene que, sobre la equiparación teórica que realiza la Corte Constitucional entre *ponderación* y *balanceo*, ha dicho lo siguiente la doctrina constitucional colombiana:

“En estos casos, la Corte Constitucional ha echado mano de la técnica de la ponderación, como posibles instrumentos de solución de los conflictos. La ponderación o balanceo, consiste en una técnica que permite sopesar los intereses opuestos en una determinada situación, a efectos de precisar cuál de ellos tiene mayor peso en el caso concreto, otorgándoles mayor amparo o protección”⁷².

Teniendo en cuenta lo expresado por el profesor Quinche, vemos que la identificación de teorías es realizada por la Corte Constitucional en la resolución de conflictos entre principios y que la doctrina constitucional así lo avala, sin que exista crítica alguna al respecto.

3.2.2. Análisis de un caso concreto

En la sentencia T-264 de 2009, la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional debió determinar si el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Decisión Civil, vulneró los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia de la peticionaria por revocar el fallo de primera instancia producido con ocasión del proceso civil de responsabilidad extracontractual que se originara por la muerte del esposo de la accionante, ocurrida cuando el vehículo que guiaba éste colisionó con un vehículo de servicio público adscrito a una empresa de transporte colombiana. De esta manera, la peticionaria, quien había ganado el caso en primera instancia, lo termina perdiendo con el fallo de segunda, dado que el Tribunal Superior de Bogotá decide revocar el mismo con base en dos consideraciones centrales: (i) la falta de legitimidad por activa de la peticionaria, pues, aparte de las afirmaciones de la demanda, no se aportó prueba alguna sobre la relación de parentesco con la persona fallecida, y (ii) por la falta de legitimidad por pasiva del antiguo dueño demandado, pues el vehículo de servicio público que se encontraba en el accidente, al momento de tomar la decisión el funcionario jurisdiccional, ya no era de su propiedad, sino que pertenecía a una persona distinta.

⁷² QUINCHE (2012), p. 142.

Esta decisión de segunda instancia es justamente la que termina siendo objeto de ataque por parte de la accionante a través de la solicitud de amparo o tutela, frente a lo cual la Corte Constitucional termina accediendo a las pretensiones de la demandante y decidiendo “dejar sin efecto la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el nueve (9) de junio de dos mil ocho (2008), al conocer en segunda instancia del proceso ordinario por responsabilidad civil extracontractual adelantado por la peticionaria” y ordenando a su vez “decretar un período probatorio adicional en el cual hará uso de sus facultades inquisitivas para dictar un fallo en los términos indicado en la parte motiva de esta providencia, cuyo término no podrá exceder de 40 días”⁷³.

Los fundamentos para tomar esta decisión pueden dividirse en dos partes: una de tipo *general*, en la cual utilizan las teorías de Dworkin y Alexy para explicar en qué consiste la ponderación y por qué sería relevante para la solución del caso concreto, y una argumentación *específica*, en la que se resuelven las peticiones puntuales elevadas por la tutelante.

Con relación a la fundamentación general, se tiene que la Corte Constitucional detectó una omisión por parte del órgano jurisdiccional que emitió la decisión de segunda instancia y consistente el decreto de las pruebas de oficio necesarias para solventar las dos deficiencias demostrativas que llevaron a revocar el fallo de primera instancia. Ahora bien, para explicar por qué es constitucionalmente legítimo el decreto de pruebas de oficio en el proceso civil colombiano, la Corte explica “la relación necesaria que se encuentra entre el valor de la verdad (o su búsqueda dentro del proceso) y la efectividad del derecho material, recalando que una sentencia justa solo se alcanza si el Juez parte de una base de conocimiento que pueda considerarse, al menos en cierta medida, verdadera”. Luego de ello argumenta, en punto de lo que nos interesa, que para la adecuada aplicación de los principios y la maximización de la eficacia de estos cuando la misma se encuentra limitada por la colisión con otros principios es indispensable

“(…) determinar cuál principio debe prevalecer en el contexto del caso concreto, garantizando la menor afectación posible del principio que deba ceder. Este proceso se conoce como ponderación y equivale a la determinación del peso específico de cada principio en el caso concreto.

Para realizar un ejercicio de ponderación legítimo, el juez debe contar con información confiable sobre las circunstancias del caso⁷⁴, pues si la que posee es insuficiente, inadecuada, o abiertamente falsa, las rela-

⁷³ Corte Constitucional, Sentencia T-264, de 3 de abril de 2009.

⁷⁴ Especialmente, en lo que se conoce como *juicio de proporcionalidad estricta*. Es decir, el nivel de vulneración de un principio por la aplicación del otro.

ciones de precedencia que establezca entre los principios en conflicto será arbitraria e injusta”⁷⁵.

De manera previa, en lo relativo a la distinción entre reglas y principios, como punto de arranque argumentativo para luego referirse a la ponderación, cita a pie de página número 57 las teorías de Dworkin y Alexy, asegurando que de dichas concepciones proviene el análisis realizado y que, además, la teoría de estos autores (en donde extrañamente también incluye a Kelsen) “es ampliamente aceptada y describe de una manera adecuada aunque esquemática la labor de aplicación del derecho”.

Con base en estos argumentos, analiza luego el caso concreto y concluye que “el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Decisión Civil, actuó en contra de su papel de director del proceso y del rol protagónico que le asigna el ordenamiento en la garantía de los derechos materiales, al omitir la práctica de una prueba imprescindible para fallar, a pesar de la presencia de elementos que le permitían concluir que por esa vía llegaría a una decisión indiferente al derecho material”.

Al respecto, se puede analizar lo siguiente:

(i) Que la Corte Constitucional, al decidir dicho caso, consideró que la distinción entre reglas y principios, así como el significado y alcance de tales normas o estándares, es el producto de las teorías iusfilosóficas de Dworkin y Alexy, aun cuando según se explicó entre ambos autores existen diferencias relevantes que hacen equivocado establecer dicha asimilación apresurada.

(ii) Asumió la Corte Constitucional que la ponderación como método de resolución de conflictos entre principios era un método proveniente de tales teóricos, aun cuando según se vio dicha perspectiva teórica sería más cercana a Robert Alexy y totalmente distinta de la de Ronald Dworkin.

(iii) Si se hubiese asumido la teoría de Dworkin en toda su dimensión, los razonamientos realizados por la Corte Constitucional habrían sido diferentes, dado que en ese evento se concluiría que las circunstancias fácticas no tendrían incidencia alguna para determinar el peso de los principios, como sí ocurre con la teoría de Alexy, puesto que el *balanceo* para la solución de la interferencia de principios exige del juez examinar la historia institucional como un todo coherente y, a partir de allí, delimitar la importancia o el peso de los principios, sin que resulte relevante para ello el conocimiento de las circunstancias fácticas precisas del caso concreto, que en últimas importarían, pero para determinar si el principio prevalente puede ser aplicado o no.

⁷⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-264, de 3 de abril de 2009.

4. Consecuencias prácticas de las diferencias entre la ponderación y al balanceo

A continuación, vamos a poner a modo de ejemplo tres casos y las diversas soluciones a las cuales llegarían cada una de las teorías en mención:

(i) **Caso 1. Ley de Seguridad Aérea Alemana:** “A principios de 2005 y aún bajo los efectos del 11 de septiembre, el gobierno ahora saliente del canciller Schröder aprobó una ley por la que, y según se lee en su párrafo 14, un avión cargado de pasajeros podría ser derribado por el ejército en caso de caer en manos de terroristas, con el fin de evitar males mayores”⁷⁶.

(a) Solución a partir de la teoría de Ronald Dworkin:

En principio podría pensarse que los *derechos* enfrentados son la “vida” de los pasajeros versus la “vida” de las otras personas que se encuentren en donde ocurrirá el atentado. Sin embargo, ello no es más que una distracción de la ley, puesto que en realidad los *principios* objeto del litigio son la “vida” de los pasajeros y la “seguridad” del Estado alterada por el terrorismo (que en la óptica de Dworkin no podría ser considerado un principio, sino una directriz política). Ante ese panorama, la *balancing theory* de Dworkin nos serviría como preclaro instrumento para declarar la inconstitucionalidad de dicha normatividad, puesto que la “vida” hace parte de ese catálogo denominado por dicho autor como *cartas de triunfo*, cuya indiscutible prelación ante las prerrogativas del Estado conlleva a preferir aquélla por encima de la “seguridad” de los entes gubernamentales. Inclusive, no sería necesario acudir al *balancing theory*, porque en estricto sentido no existiría un choque de principios.

No obstante, si se pensara que en realidad los derechos enfrentados son la “vida” versus la “vida” (como originalmente se ha razonado), el *balanceo*, conforme su función, traería la misma consecuencia de declaratoria de inconstitucionalidad, puesto que debería reestablecer el equilibrio perdido por ley al haber ella desbalanceado dos principios que jerárquicamente son iguales, con ocasión de la *capitis deminutio* dada a la vida de un sector de personas, sin consultar que el peso de dichos principios es idéntico más allá del hecho de determinar en cabeza de quién esté radicado.

Al respecto, Beade plantea lo siguiente:

“Situándonos nuevamente en el caso de la LuftSiG (Ley de Seguridad Aérea alemana), es posible sostener que considerando sus afirmaciones respecto la Patriot Act, Dworkin diría que en ningún caso el avión debería poder ser derribado. La respuesta a este dilema desde este punto de vista es bien concreta (...).

⁷⁶ BOLÍVAR (2005).

*La cuestión vinculada con la atribución de pesos es sencilla en abstracto, dado que en el caso en cuestión la decisión implica derribar un avión con personas inocentes a bordo, para salvar a personas inocentes en otro lugar, esto es, la vida de unos contra la vida de otros. Aquí se trata del mismo principio, por lo que la decisión se encuentra igualada en empate*⁷⁷.

(b) Solución a partir de la teoría de Robert Alexy:

En la perspectiva de Robert Alexy, no existe una prelación *ex ante* de principios, por lo cual bien podría, en un momento determinado y a partir precisamente de la *ponderación de los mismos* en el caso concreto, pensarse que la “seguridad del Estado” anclada al interés general puede prevalecer por encima de la “vida” de los pasajeros. No es descabellado, entonces, considerar que, en un momento determinado y dadas las condiciones específicas, si un Tribunal Constitucional aplicara la teoría de la ponderación de Alexy, declarara constitucional una ley como la mencionada.

De igual manera, si el litigio fuera entre “vida” versus “vida”, la ponderación podría en ciertos casos optar por alguna de ellas según “el caso concreto”, lo cual resulta moralmente inaceptable y da al traste con cualquier pretensión de corrección del derecho. En consecuencia, un caso como el propuesto desde la óptica de Alexy, se mire por donde se mire, puede tener un final muy poco aceptable. Esto precisamente fue lo que evidenció el Tribunal Constitucional Alemán y decidió *no aplicar la ponderación* para resolver la constitucionalidad de la ley, dado que, de haberlo hecho, quizás la decisión habría sido injusta.

Miremos el análisis que Kai Moller hace al respecto:

“El tribunal constitucional alemán declaró esta norma inconstitucional y una violación a la dignidad humana, argumentando que derribar mediante disparos un avión con pasajeros inocentes a bordo violaba la dignidad humana de aquellos pasajeros. No hubo ponderación en esta decisión. Incluso en el caso en el que estaba claro que una mayor cantidad de personas podía morir si el avión no era derribado, la destrucción del avión sería todavía prohibida”⁷⁸.

Esto refleja con claridad que *ponderación* y *balanceo* implican tomar caminos diferentes en cuanto a la solución de choque de principios, por lo que su equiparación resultaría equivocada.

⁷⁷ BEADE (2011), p. 288.

⁷⁸ MOLLER (2011), p. 109.

(ii) Caso 2. Ley USA Patriot Act: El objetivo de esta ley es ampliar la capacidad de control del Estado en aras de combatir el terrorismo. A partir de ella, se legalizó no solo la escucha de las conferencias telefónicas, la interceptación de la correspondencia y los mensajes del correo electrónico y la vigilancia externa, sino también formas más refinadas de intervención en la vida privada, tales como sustracción en secreto de documentos de trabajo e historias clínicas. Los servicios secretos hasta llegaron a ver las tarjetas bibliotecarias de los norteamericanos a fin de saber si leen literatura subversiva. Y todo eso sin autorización judicial.

(a) Solución a partir de la teoría de Ronald Dworkin:

En este caso, se encuentra claro que los principios enfrentados serían, por un lado, la “soberanía” y la “seguridad” del Estado versus, por el otro, la “intimidad” de las personas. Así las cosas, y teniendo en cuenta que este último derecho representa en las constituciones actuales las *cartas de triunfos* en contra de la arbitrariedad del Estado, a las que hace alusión Dworkin en sus escritos, lógicamente la conclusión será la inconstitucionalidad de dicha ley, máxime cuando la soberanía y seguridad del Estado no representan principios, sino meras directivas políticas que nunca pueden vencer un argumento de principios.

Esta conclusión es respaldada por el mismo Dworkin, quien tuvo la oportunidad de dar su opinión al respecto de la siguiente manera:

“Pero la principal discusión con respecto a las políticas antiterroristas no expresa básicamente una divergencia con respecto a los hechos. La cuestión gira en torno a si esas políticas violan los derechos humanos. Si lo hacen, son inaceptables aunque sean legales, y aun suponiendo que aumentarían la seguridad de los norteamericanos.

Usamos el concepto de derechos humanos para describir los derechos más básicos y universales de todos; no hay una acusación más grave contra un gobierno que la de haber violado los derechos humanos”⁷⁹.

(b) Solución a partir de la teoría de Robert Alexy:

Al igual que en el análisis anterior, es perfectamente posible que, de la ponderación entre los principios enfrentados, pueda concluirse en el caso concreto que el Estado requiere protegerse para así garantizar a todos los ciudadanos sus derechos más básicos y que, en consecuencia, sea viable declarar la constitucionalidad de una ley como la referida.

Allí radica la diferencia entre Dworkin y Alexy, puesto que para el primero existe una única respuesta correcta a partir de la lectura moral de la constitución,

⁷⁹ DWORKIN (2006), p. 45.

mientras que para el segundo la respuesta varía según las particularidades de cada caso; es decir, según la ponderación que en el caso concreto se realice.

En torno a la tesis de la única respuesta correcta, debe recordarse que Dworkin la considera como la teoría que mejor interpreta la práctica del derecho. De esta manera,

“Como parte especial de la teoría general del derecho, la tesis de la única respuesta correcta comparte las características creativa, evaluativa y pragmático-argumentativa del derecho concebido como práctica interpretativa. Estas características nos permiten estudiar el contenido de la tesis según tres aspectos: como descripción de la práctica judicial a partir del uso que sus participantes hacen del lenguaje jurídico; como método constructivo de la adjudicación y, como criterio valorativo de la corrección de las decisiones judiciales”⁸⁰.

Sin embargo, un sector minoritario de la doctrina rechaza “la tesis de la única respuesta correcta en relación con la forma de entender los escritos de Dworkin”⁸¹, proponiendo como reinterpretación de la teoría del autor norteamericano dos tesis: “por un lado, el rechazo a las principales razones con las que se suele sostener la imposibilidad de considerar que un enunciado valorativo puede ser objetivamente verdadero”⁸². Y, por otro, la afirmación de que en cuestiones valorativas, de las muchas respuestas que rivalizan entre sí, solo se puede tomar en consideración “la respuesta mejor fundada”⁸³.

(iii) Caso 3. Ley sobre el Negacionismo del Holocausto: En Alemania está penalizada la negación o dudas sobre el Holocausto en público según el artículo 130 párrafo 3 (§ 130 Abs. 3) del Código Penal alemán (Strafgesetzbuch) y se considera esto como “incitación al odio” (Volksverhetzung).

(a) Solución a partir de la teoría de Ronald Dworkin:

Al igual que en los anteriores casos, Dworkin se pronuncia en contra de dicha ley, puesto que coarta uno de los derechos privilegiados de los individuos: la libertad de expresión. Por ende (al menos en Norteamérica y según su Constitución Política), un balanceo en torno a la constitucionalidad de esa ley sería claro en favorecer la inexequibilidad de la misma. No obstante, el profesor americano realiza el siguiente análisis:

⁸⁰ ARANGO (2004), p. 58.

⁸¹ BONORINO (2002), p. 21.

⁸² BONORINO (2002), p. 22.

⁸³ BONORINO (2002), p. 22.

“Alemania actúa de buena fe cuando castiga a quienes niegan el Holocausto aunque, según la opinión de los estadounidenses que aceptan sus propias tradiciones, actúa incorrectamente. Los juristas estadounidenses creen que se equivoca acerca de los derechos políticos (...)”⁸⁴.

(b) Solución a partir de la teoría de Robert Alexy:

Puede avizorarse que el empleo de la teoría de la ponderación implica la declaratoria de constitucionalidad de la ley, dado que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos lo hizo y así lo concluyó:

“En conclusión, el Tribunal considera unánimemente que la injerencia en la libertad de expresión de los demandantes no fue desproporcionada en relación con la finalidad legítima perseguida. Y no hubo por tanto violación del artículo 10 del Convenio”⁸⁵.

Conclusiones

1. A pesar de las similitudes existentes entre Dworkin y Alexy en torno a la diferenciación entre reglas y principios, se tiene que el significado, alcance y estructura que cada uno de estos autores le otorga a la última tipología de estándar o norma es lo suficientemente relevante para considerar sus concepciones no solo diferentes, sino inclusive opuestas.

2. Las técnicas de solución de conflictos entre principios utilizadas por uno y otro autor poseen un engranaje y forma de operativización también distintos y antónimos en lo esencial, siendo el *balanceo* la de Dworkin y la *ponderación* de Alexy.

3. En casos concretos, la utilización de uno u otro autor, ante situaciones en las que dos principios se vean enfrentados, conllevará soluciones completamente diferentes tanto a nivel argumentativo como posiblemente también en sus resultados, dado que estos autores discreparían, *primero*, en el encuadramiento de un estándar o norma bajo la categoría de principios, pues es posible que, mientras Alexy vea un choque de dos principios susceptible de ponderación, Dworkin esté observando un conflicto entre un principio y una directriz política en la que no sea necesaria aplicar ninguna técnica de balanceo o argumentación similar, dado que los derechos *siempre* habrán de considerarse cartas de triunfo prevalentes frente a las arbitrariedades y los actos del Estado, y, *segundo*, porque, si finalmente se pusieran de acuerdo en que el choque se está presentando frente a verdaderos principios, Alexy buscaría a través de la ponderación averiguar

⁸⁴ DWORKIN (2006), p. 55.

⁸⁵ BILBAO (2008).

los pesos que en concreto tendría cada principio y el nivel de afectación que representaría la optimización de uno en sacrificio del otro. En cambio, Dworkin utilizaría el balanceo para sopesar los pesos en abstracto que los derechos individuales ya tendrían prefijados desde la elaboración misma de la constitución política o que gradualmente le fueron asignados por la comunidad jurídica y social en general, conforme la mejor y más coherente interpretación de la historia institucional que tengan tales derechos políticos fundamentales.

4. Una parte de la doctrina colombiana ha asimilado como iguales la teoría del balanceo de los principios de Ronald Dworkin y la teoría de la ponderación de los principios de Robert Alexy, llegando a considerar que tales estructuras conceptuales aplicadas a casos concretos traen las mismas consecuencias por cauces de fundamentación también similares.

5. La Corte Constitucional colombiana ha asumido, dentro del esquema de resolución de problemas jurídicos en los que se enfrentan derechos y principios fundamentales de nuestra Carta Magna, el principio de proporcionalidad, y en su tercer subnivel la teoría de la ponderación, siguiendo así, casi en su integridad, el pensamiento teórico de Robert Alexy. No obstante, en varios fallos nos encontramos con equiparación del balanceo dworkiniano y la ponderación de Alexy.

6. A nivel práctico (como se demostró líneas atrás con tres casos), el correcto empleo de una u otra teoría trae consecuencias diametralmente distintas.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALEXY, Robert (1997): *Teoría de la argumentación jurídica* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales).

_____ (2001): Entrevista a Robert Alexy (M. Atienza, Entrevistador).

_____ (2002): *Derecho y razón práctica* (México, Distribuciones Fontamara).

_____ (2003): *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia).

_____ (2005): *Institucionalización de la justicia* (Granada, Editorial Comares de Ciencias Jurídicas).

_____ (2007): "La fórmula del peso", en: Carbonell, Miguel (editor), *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia), pp. 13-42.

_____ (2008): *El concepto y la naturaleza del derecho* (Traducc. Carlos Bernal Pulido, Madrid, Marcial Pons).

_____ (2010): "Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad", en: Carbonell, Miguel, y García, Leonardo (editores), *El canon neoconstitucional* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia), pp. 97-109.

- _____ (2012): *Teoría de los derechos fundamentales* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales).
- _____ (2013): *El concepto y la validez del derecho* (Barcelona, Editorial Gedisa).
- ARANGO RIVADENEIRA, Rodolfo (2004): *¿Hay respuestas correctas en el derecho?* (Bogotá, Ediciones Uniandes, Siglo del Hombre Editores).
- _____ (2004): *Derecho, constitucionalismo y democracia* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia).
- BARBIERI DURÃO, Aylton (2003): “La interpretación de Habermas sobre la tensión entre derechos humanos y soberanía popular en el pensamiento de Kant”, en: Cuadernos de Filosofía del Derecho (Nº 26), pp. 827-847.
- BEADE, Gustavo (2011): “El carácter deontológico de la ponderación. Un análisis de las posiciones de Alexy y Dworkin en relación con el caso de la Ley de Seguridad Aérea Alemana”, en: Beade, Gustavo, y Clérico, Laura (editores), *Desafíos de la ponderación* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia), pp. 253-298.
- BERNAL PULIDO, Carlos (2008): *El derecho de los derechos* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia).
- _____ (2008): *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia).
- _____ (2014): *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia).
- BILBAO UBILLOS, Juan María (2008): “La negación del Holocausto en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: La endeble justificación de tipos penales contrarios a la libertad de expresión. UNED”, en: *Revista de Derecho Político* (Nºs. 71-72), pp. 19-56.
- BLANCO CORTINA, David José (2016): *El viaje de las razones. Hacia una pragmática de la ponderación* (Bogotá, Editorial Ibáñez).
- BOBBIO, Norberto (2007): *Teoría general del derecho* (Bogotá, Temis).
- BONORINO RAMÍREZ, Pablo Raúl (2002): *Objetividad y verdad en el derecho* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia).
- BONORINO RAMÍREZ, Pablo Raúl, y PEÑA AYAZO, Jairo Iván (2006): *Filosofía del derecho* (Bogotá, Módulo de la Escuela Judicial Lara Bonilla).
- BOTERO BERNAL, Andrés (2005): “La jeraquía entre principios generales del derecho: La historicidad y la culturalidad del principio de justicia”, en: *Revista de Derecho* (Nº 23), pp. 29-68.

- CALSAMIGLIA BLANCAFORT, Albert (1992): "El concepto de integridad en Dworkin. Doxa", en: Cuadernos de Filosofía del Derecho (Nº 12), pp. 155-176.
- _____ (2012): "Ensayo sobre Dworkin", en: Dworkin, Ronald (autor), *Los derechos en serio* (Barcelona, Ariel), pp. 1-29.
- CARRILLO DE LA ROSA, Yesid (2008): *Temas y problemas de la filosofía del derecho* (Bogotá, Doctrina y Ley Ltda.).
- CARRILLO DE LA ROSA, Yesid, y BECHARA LLANOS, Abraham Zamir (2019): *La balanza de los derechos. Nuevos modelos de interpretación y aplicación de los derechos fundamentales en los sistemas jurídicos constitucionales* (Bogotá, Editorial Ibáñez).
- CASTILLO CUERVO, Luisa, y RUZ GARZÓN, Olga (2013): "La ponderación de derechos fundamentales", en: Repositorio Documental Universidad Militar Nueva Granada. Disponible en: <http://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/10654/10887/1/Articulo%20LA%20PONDERACION%20DE%20DERECHOS%20FUNDAMENTALES.pdf> [visitado el 13.12.2018].
- CLÉRICO, Laura (2007): "El examen de proporcionalidad: Entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto", en: Carbonell, Miguel (Editor), *El principio de proporcionalidad en el Estado Constitucional* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia).
- BOLÍVAR MANAUT, Luna (2005): "La 'Ley de Seguridad Aérea' ante la justicia", en: DW Actualidad. Disponible en: <http://www.dw.de/la-ley-de-seguridad-a%C3%A9rea-ante-la-justicia/a-1771801> [visitado el 19.12.2018].
- DWORKIN, Ronald (1989): "Rights as trumps", en: Waldron, Jeremy (editor), *Theories of rights* (Hong Kong, Oxford University Press), pp. 153-167.
- _____ (2003): *Virtud soberana. La teoría y la práctica de la igualdad* (Barcelona, Paidós, Estado y Sociedad).
- _____ (2005): *Freedom's Law. The moral reading of the American Constitution* (New York, Oxford University Press).
- _____ (2006): *La democracia es posible* (Barcelona, Paidós, Estado y Sociedad).
- _____ (2007): *La justicia con toga* (Madrid, Marcial Pons).
- _____ (2010): "¿Deben nuestros jueces ser filósofos? ¿Pueden ser filósofos?", en: *Revista de Teoría y Filosofía del Derecho* (Nº 32), pp. 9-29.
- _____ (2012): *El imperio de la justicia. De la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica* (Barcelona, Gedisa Editorial).
- _____ (2012b): *Los derechos en serio* (Barcelona, Ariel).
- _____ (2012c): *Una cuestión de principios* (Buenos Aires, Siglo XXI Editores).

- GIFIS, Steven (2010): Law Dictionary (New York, Barron's).
- GIL BARRERA, Ricardo (2012): “El concepto del derecho y el *post scriptum* al concepto de derecho de H. L. A. Hart”, en: Botero Bernal, Andrés (coordinador), Filosofía del derecho (Bogotá, Sello Editorial, Universidad de Medellín), pp. 435-510.
- GONZÁLEZ DE LA VEGA, R. (2013): “¿Pueden los jueces ser filósofos? ¿Deben los jueces ser filósofos? El dilema de Dworkin”, en: Gonzalez de la Vega, René, y Lariguet, Guillermo (coordinadores), Problemas de la filosofía del derecho. Nuevas perspectivas (Bogotá, Editorial Temis), pp. 211-227.
- HABERMAS, Jürgen (1999): *Teoría de la acción comunicativa, I. Racionalidad de la acción y racionalización social* (Buenos Aires, Editorial Taurus).
- _____ (2010): *Facticidad y validez* (Madrid, Editorial Trotta).
- KELSEN, Hans (2008): *Teoría pura del derecho* (México, Ediciones Coyoacán).
- LÓPEZ MEDINA, Diego (2006): *Interpretación constitucional* (Bogotá, Módulo Escuela Judicial Lara Bonilla).
- _____ (2009): *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana* (Bogotá, Editorial Legis).
- LÓPEZ SÁNCHEZ, Rogelio (2012): “El principio de proporcionalidad en la teoría de los derechos fundamentales”, en: Argumenta-UENP (Nº 16), pp. 195-221.
- MEJÍA QUINTANA, Óscar (2005): *Teoría política, democracia radical y filosofía del derecho* (Bogotá, Editorial Temis).
- _____ (2012): *Filosofía del derecho contemporánea. Una reconstrucción del estatuto epistemológico* (Bogotá, Editorial Ibáñez).
- _____ (2013): “El dilema histórico de la decisión judicial. La teoría del derecho de Jürgen Habermas”, en: Fuentes, Edgar, y Suárez, Beatriz (coordinadores), Reconstruyendo la filosofía jurídica. Estudio crítico de las postulaciones de Luigi Ferrajoli y Jürgen Habermas (Bogotá, Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano, Facultad de Ciencias Sociales, Programa de Derecho), pp. 43-81.
- MOLLER, K. (2011): “Ponderación y estructura de los derechos fundamentales”, en: Beade, Gustavo, y Clérico, Laura (editores), Desafíos de la ponderación (Bogotá, Universidad Externado de Colombia), pp. 79-115.
- MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo; BAUTISTA PIZARRO, Nathalia, y VERGARA PEÑA, Luis (2014): “La actualidad del principio de proporcionalidad y de la ponderación en Alemania”, en: Montealegre, Eduardo; Bautista, Nathalia, y Vergara, Luis (coordinadores), La ponderación en el derecho. Evolución de una teoría, aspectos críticos y ámbitos de aplicación en el derecho alemán (Bogotá, Universidad Externado de Colombia), pp. 11-34.

- NINO, Carlos Santiago (2013): *Introducción al análisis del derecho* (Buenos Aires, Editorial Astrea).
- PRIETO SACHIS, Luis (1985): "Teoría del derecho y filosofía política en Ronald Dworkin", en: *Revista Española de Derecho Constitucional* (año 5, N° 14), pp. 353-377.
- QUINCHE RAMÍREZ, Manuel (2012): *Derecho constitucional colombiano. De la carta de 1991 y sus reformas* (Bogotá, Editorial Temis).
- RODRÍGUEZ, César (2008): "Teoría del derecho y decisión judicial: En torno al debate entre H. L. A. Hart y R. Dworkin", en: Hart, Herbert; Dworkin, Ronald, y Rodríguez, César (autores), *La decisión judicial* (Bogotá, Universidad de los Andes y Siglo del Hombre Editores, Nuevo Pensamiento Jurídico), pp. 15-88.
- SANTOS PÉREZ, M. Lourdes (2003): "Una filosofía para erizos: Una aproximación al pensamiento de Ronald Dworkin", en: *Cuadernos de Filosofía del Derecho* (N° 26), pp. 347-385.
- SCHLINK, Bernhard (2014): "El principio de proporcionalidad", en: Montealegre, Eduardo; Bautista, Nathalia, y Vergara, Luis (coordinadores), *La ponderación en el derecho. Evolución de una teoría, aspectos críticos y ámbitos de aplicación en el derecho alemán* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia), pp. 117-148.
- STERLING CASAS, Juan Pablo (2009): "Ronald Dworkin: ¿Por qué no un realista más?", en: *Revista Dixi* (N° 11), pp. 31-59.
- SUÁREZ-RODRÍGUEZ, José (2012): "El argumento de los principios en la teoría contemporánea del derecho: un alegato antipositivista", en: *Revista Civilizar* (Año 12, N° 22), pp. 57-76.
- VIGO, Rodolfo Luis (2006): *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas* (Buenos Aires, Abeledo-Perrot).
- VILA CASADO, Iván (2007): *Fundamentos del Derecho Constitucional contemporáneo* (Bogotá, Editorial Legis).

JURISPRUDENCIA CITADA

Colombia: Sentencia T-264 de 2009, Corte Constitucional, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.