

**LA DERROTABILIDAD NORMATIVA DEL ARTÍCULO 208 DEL CÓDIGO DE
PROCEDIMIENTO PENAL COLOMBIANO (LEY 906 DE 2004), POR LOS
PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE INTIMIDAD, AUTONOMÍA PERSONAL,
DIGNIDAD HUMANA Y NO AUTO-INCRIMINACIÓN**

**JORGE ARMANDO CHAVES MARCILLO
JUAN PABLO MAFLA MONTENEGRO**

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
PROGRAMA DERECHO
ÁREA: DERECHO PÚBLICO Y CONSTITUCIONAL
SAN JUAN DE PASTO
2008**

**LA DERROTABILIDAD NORMATIVA DEL ARTÍCULO 208 DEL CÓDIGO DE
PROCEDIMIENTO PENAL COLOMBIANO (LEY 906 DE 2004), POR LOS
PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE INTIMIDAD, AUTONOMÍA PERSONAL,
DIGNIDAD HUMANA Y NO AUTO-INCRIMINACIÓN**

**JORGE ARMANDO CHAVES MARCILLO
JUAN PABLO MAFLA MONTENEGRO**

Trabajo de grado presentado como requisito para optar el título de Abogado

**Director
Dr. JHON ERICK CHAVES BRAVO
Decano Facultad de Ciencias Humanas y
Director del Programa de Derecho de la Institución Universitaria CESMAG**

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
PROGRAMA DERECHO
ÁREA: DERECHO PÚBLICO Y CONSTITUCIONAL
SAN JUAN DE PASTO
2008**

NOTA DE RESPONSABILIDAD

Las conclusiones aportadas en este trabajo de grado son de responsabilidad exclusiva de sus autores. En consecuencia, se exonera de toda responsabilidad a la Universidad de Nariño.

Artículo 1º del Acuerdo Número 324 de Octubre 11 de 1966 del Consejo Directivo de la Universidad de Nariño.

NOTA DE ACEPTACIÓN

Firma del Presidente del Jurado

Firma del Jurado

Firma del Jurado

San Juan de Pasto, agosto de 2008

AGRADECIMIENTOS

Los autores expresan profundo agradecimiento al Doctor JHON ERICK CHAVES BRAVO, Decano de la Facultad de Ciencias Humanas de la Institución Universitaria CESMAG, Director del Programa de Derecho de la misma institución y docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Nariño, a quien consideramos como maestro y amigo. Gracias por su apoyo incondicional en el desarrollo de nuestras vidas como estudiantes, por su interés fraterno de formar personas de bien y por su entusiasmo y colaboración constantes en la elaboración del presente trabajo.

DEDICATORIA

A Dios todo poderoso, por bendecir las sendas de nuestras vidas que han llegado hasta aquí.

A nuestros padres y hermanos, por su profunda y grata colaboración.

CONTENIDO

	pág.
INTRODUCCIÓN	15
1. LA DERROTABILIDAD NORMATIVA COMO CONSECUENCIA DEL DEVENIR DE LAS CORRIENTES DEL DERECHO	17
1.1 POSITIVISMO JURÍDICO	18
1.1.1 Escepticismo ético	19
1.1.2 Positivismos ideológico	19
1.1.3 Formalismo jurídico	20
1.1.4 Positivismos metodológico	21
1.2 POST-POSITIVISMO	25
1.3 NEO-CONSTITUCIONALISMO	29
2. LA DERROTABILIDAD NORMATIVA	34
2.1 DERROTABILIDAD NORMATIVA E INDETERMINACIÓN DEL DERECHO	37
2.2 LA DERROTABILIDAD DEL RAZONAMIENTO JURÍDICO	45
2.3 NORMAS JURÍDICAS, PRINCIPIOS JURÍDICOS Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICA	54
2.4 LA NO DERROTABILIDAD DE LAS NORMAS JURÍDICAS Y LA DETERMINACIÓN TOTAL DEL DERECHO	61
2.5 CONCLUSIÓN	67
3. LA DERROTABILIDAD NORMATIVA DE LA NORMA JURÍDICA CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 208 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL COLOMBIANO	73
3.1 LA DIGNIDAD HUMANA	85

3.2 DERECHO FUNDAMENTAL A LA INTIMIDAD	87
3.3 LA INTEGRIDAD FÍSICA	89
3.4 DERECHO A NO AUTO-INCRIMINARSE	90
CONCLUSIONES	94
RECOMENDACIONES	97
BIBLIOGRAFÍA	98

GLOSARIO

DERROTABILIDAD: es aquel fenómeno jurídico donde las normas están sujetas a excepciones implícitas que no son fácilmente identificables para la aplicación de las mismas. Las normas podrían ser derrotables como consecuencia de que a éstas se les puede introducir excepciones al tiempo de aplicarlas, pero que no fueron consideradas por el legislador en el momento de crearlas.

DIGNIDAD HUMANA: es el hecho incontrovertible de que el ser humano es, en cuanto tal, único en relación con los otros seres vivos, dotado de la racionalidad como elemento propio, diferencial y específico, por lo cual excluye que se lo convierta en medio para lograr finalidades estatales o privadas, pues, como lo ha repetido la jurisprudencia, la persona es 'un fin en sí misma'. Pero, además, tal concepto, acogido por la Constitución, descarta toda actitud despectiva frente a sus necesidades corporales y espirituales, todas las cuales merecen atención en el Estado Social de Derecho, que reconoce en el ser humano la razón de su existencia y la base y justificación del sistema jurídico.

FINALIDAD: Las autoridades del Estado tienen por finalidad la protección y conservación del orden público, en desarrollo del principio de la seguridad pública; sin embargo, para la aplicación de medidas que cumplan ese fin o mecanismos que garanticen la protección de bienes jurídicos individuales que se encuentren amenazados, la administración debe utilizar elementos que sean capaces de proteger eficazmente las máximas jurídicas planteadas, haciendo una evaluación objetiva de las situaciones que se pudieren presentar, afectando las esferas privadas en la menor medida posible. De esta manera, la idoneidad de las medidas adoptadas por parte del Estado deriva una prohibición de hecho, que se traduce en la no injerencia o afectación en las esferas personales y en la ponderación de derechos a proteger, a la hora de tomar medidas para la ejecución de sus actividades. Un medio escogido para beneficiar a un alto número de personas es necesario si no existen otros medios alternativos que permitan, sin afectar el interés particular y dentro de las posibilidades disponibles, alcanzar el mismo objetivo.

INTIMIDAD PERSONAL: es el máximo grado de inmanencia, es decir, aquello que se almacena en el interior. Lo íntimo está protegido por el sentimiento del pudor.

LEGALIDAD: se entiende por legalidad a la subordinación de las autoridades y de los asociados al imperio de la ley, donde el actuar de los mencionados debe estar supeditado a las normas preexistentes dentro de un ordenamiento jurídico. Significa la supremacía absoluta de la ley, lo que implica oponerse a todos los sistemas políticos y de gobiernos arbitrarios o discrecionales, descartando de plano el imperio de la voluntad humana por la voluntad de la ley.

NECESIDAD: las autoridades del Estado sólo deben adoptar las medidas que crean necesarias y eficaces para la conservación y reestablecimiento del orden público, pero no a toda costa. La necesidad se traduce en una prohibición de exceso, la del respeto de los derechos constitucionales, que implica la menor intensidad posible de la injerencia del Estado en los derechos fundamentales del individuo.

NEO-CONSTITUCIONALISMO: es un movimiento que surge en la post-guerra y que concibe a la Constitución como un orden de valores que orienta el actuar de todos los poderes públicos en un Estado Constitucional. El contenido normativo de ésta incluye valores, principios y Derechos fundamentales, además de objetivos y metas sociales que guían la manera cómo debe ser interpretada la Constitución.

POSITIVISMO JURÍDICO: es una corriente intelectual que entiende al Derecho primordialmente como un fenómeno normativo, producto del devenir de los procesos sociales, en donde la existencia y el contenido del mismo dependen de la realidad social.

PRINCIPIOS: son mandatos de optimización que se aplican en razón a las posibilidades fácticas y jurídicas, en la medida en que la aplicación sea posible. Estos ordenan que algo deba ser realizado en la mayor medida posible, motivo por el cual los mismos no contienen mandatos categóricos y definitivos, ya que para su aplicabilidad se debe tener en cuenta las circunstancias de realidad del caso en concreto y las decisiones pueden variar de acuerdo con cada caso.

PROPORCIONALIDAD: este parámetro siempre debe ser tenido en cuenta entre los hechos que se presenten y la decisión que se tomó con base en ellos, las medidas deben ser justas y dependerán de los supuestos fácticos, además de que las mismas deben garantizar los fines perseguidos por la Carta Política. En este orden de ideas no se pueden presentar excesos en los medios empleados para cumplir las funciones de las autoridades y los fines estatales.

REGLAS: son aquellas normas que tienen en su contenido una manifiesta disposición de lo que se debe hacer, se deben aplicar en todo o en nada y si no se pueden aplicar por razones jurídicas o empíricas, éstas deben ser conducidas a su invalidez por lo que potencialmente tendrían que salir del ordenamiento. De las anteriores afirmaciones, el autor concluye fácilmente que todos los principios tienen un mismo carácter prima facie y todas las reglas un mismo carácter definitivo.

REGISTRO PERSONAL: consiste en la práctica de requisas visuales o cacheos superficiales sobre las personas y los elementos que éstas poseen, sin que con la actividad se invada la intimidad de las personas.

RESUMEN

El debate acerca de la derrotabilidad normativa, puede ser entendido como aquel fenómeno según el cual las normas jurídicas podrían ser derrotables, como consecuencia de que a éstas se les puede introducir excepciones implícitas. Una norma está sujeta a excepciones implícitas si estas no pueden ser enumeradas exhaustivamente de antemano. Dentro de esta discusión teórica, que nace al interior de la concepción positivista del Derecho, se encuentran los profesores Jorge Rodríguez y Juan Carlos Bayón. El principal punto de divergencia en este debate está en si admitir la existencia de normas derrotables es compatible o no con el positivismo jurídico. Igualmente, ambos docentes analizan las dos formas bajo las cuales se podría presentar la derrotabilidad de las normas jurídicas; la primera es el escepticismo semántico y la segunda es la derrotabilidad valorativa, según la cual las reglas jurídicas son derrotables por su interacción con los principios jurídicos, tesis a la cual se dedica un mayor esfuerzo en este trabajo.

Obtiene también una gran importancia la tesis de la derrotabilidad del razonamiento jurídico, como consecuencia de aceptar que la lógica clásica y el método deductivo ya no ofrecen una respuesta satisfactoria como criterios interpretativos del Derecho. Así, se pone de manifiesto que es indispensable para las modernas prácticas jurídicas desarrollar una satisfactoria teoría de la argumentación jurídica, como la aportada por Robert Alexy.

Para sustentar las anteriores ideas, se examinará cómo la Corte Constitucional Colombiana, al examinar la exequibilidad de la norma contenida en el Artículo 208 del Código de Procedimiento Penal Colombiano, que faculta a la Policía Nacional para adelantar el registro personal, introduce excepciones implícitas a esta regla a partir de principios constitucionales como los de intimidad, autonomía personal, dignidad humana y no auto-incriminación.

ABSTRACT

The debate about the defeat legislation that can be understood as a phenomenon whereby the legal standards could be defeated as a result of these derogations can be implied. A rule is subject to exceptions implied if these can not be exhaustively listed in advance. Within this theoretical discussion, which rises within the positivist conception of law, are professors Jorge Rodriguez and Juan Carlos Bayón. The main point of difference in this debate is whether to admit the existence of rules defeat is compatible or not with the legal positivism. Alike, the two discussed the two forms under which it could submit the defeat of legal norms: the first is the semantic skepticism, and is the second defeat in valuation, according to which legal rules are defeated by their interaction with the principles legal argument to which it devotes more effort into this work. Gets also a very important thesis of the defeat of legal reasoning as a result of accepting that the classical logic and deductive method no longer offer a satisfactory answer as the interpretations of law. This shows that is indispensable to modern legal practices to develop a satisfactory theory of legal argument as that provided by Robert Alexy.

To sustain the above ideas should be considered as the Colombian Constitutional Court to examine the enforceability of the rule contained in Article 208 of the Criminal Procedure Code which empowers the Colombian National Police to advance registration staff, introduces implicit exceptions to this rule since of constitutional principles such as privacy, personal autonomy, human dignity and not to incriminate oneself.

INTRODUCCIÓN

El problema teórico de la derrotabilidad normativa, que se estudiará en este trabajo, puede ser entendido como aquel fenómeno según el cual las normas jurídicas podrían ser derrotables como consecuencia de que a éstas se les puede introducir excepciones al tiempo de aplicar el Derecho, que no fueron consideradas por el legislador en el momento de crearlas. Este tipo de excepciones, a las cuales se les denomina “*implícitas*”, establecen nuevas condiciones que generan por ende nuevas consecuencias jurídicas.

Este debate acerca de la derrotabilidad normativa nace al interior de una concepción del Derecho, la del positivismo jurídico, cuyos principales partícipes son los profesores Juan Carlos Bayón y Jorge Rodríguez, quienes tratan principalmente dos formas bajo las cuales se podría presentar el fenómeno estudiado; la primera se refiere al escepticismo semántico y la segunda, que es central en este trabajo, es la que plantea que las reglas jurídicas son derrotables por su interacción con los principios jurídicos, tesis a la cual se le ha denominado como “*derrotabilidad valorativa*”.

Como discusión originada dentro de las doctrinas positivistas, su importancia radica en responder a la pregunta de si es compatible con estas ideas, afirmar que sea posible derrotar las normas jurídicas en virtud de su interacción con principios jurídicos. El teórico Juan Carlos Bayón responde a esta pregunta afirmativamente, mientras que el profesor Jorge Rodríguez lo hace negativamente.

De este modo, se propone a consideración un tema novedoso que analiza además las prácticas jurídicas y argumentativas que se implementan en los sistemas jurídicos modernos, como los que se dan en los Estados Constitucionales, dentro de los cuales ya no sólo existe un nivel de normas como el de las reglas jurídicas, sino que además existen los principios jurídicos. Vale la pena recordar que tras las desastrosas consecuencias generadas por la Segunda Guerra Mundial, los Estados Constitucionales entraron a garantizar Derechos fundamentales para proteger en su dignidad a los seres humanos, así como también lo hizo el Derecho Internacional al consagrar los Derechos Humanos. Como consecuencia de lo anterior, los principios jurídicos se han convertido en las herramientas más eficientes para garantizar la efectividad de los Derechos de las personas. Por este motivo, existen nuevas prácticas jurídicas; así, la aplicación del Derecho dejó de ser una simple subsunción y ahora es común observar la ponderación de principios. Igualmente, la argumentación jurídica juega un papel preponderante para que los operadores jurídicos lleguen a respuestas jurídicas más racionales.

Para explicar lo anterior, se desarrolla el presente trabajo, titulado: *“LA DERROTABILIDAD NORMATIVA DEL ARTÍCULO 208 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL COLOMBIANO (LEY 906 DE 2004), POR LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE INTIMIDAD, AUTONOMÍA PERSONAL, DIGNIDAD HUMANA Y NO AUTO-INCRIMINACIÓN”*, con el cual se pretende analizar todas las consideraciones anteriormente planteadas.

Para tal efecto, en el primer capítulo se exponen las principales ideas de tres concepciones del Derecho: el Positivismo Jurídico, el Post-Positivismo y el Neo-Constitucionalismo, las cuales no alcanzan a ilustrar todo el horizonte de lo que ha sido la moderna discusión teórica y filosófica del Derecho, pero que sí fundamentan las bases teóricas de la discusión planteada y nos ubican en el estado de evolución del pensamiento jurídico contemporáneo, el cual ha forjado nuestras prácticas y costumbres jurídicas.

En el segundo capítulo se estudian los conceptos de la derrotabilidad normativa, norma derrotable, escepticismo semántico y derrotabilidad valorativa, y se exponen principalmente los puntos de discusión entre los profesores Bayón y Rodríguez. Además, se estudia la derrotabilidad del razonamiento jurídico y la importancia de la argumentación jurídica en las modernas prácticas jurídicas, partiendo de los aportes hechos por Robert Alexy.

Por último, en el tercer capítulo se propone un ejemplo de derrotabilidad normativa; para tal efecto, se demuestra cómo algunos principios de rango constitucional le introducen excepciones implícitas a la norma del Artículo 208 del Código de Procedimiento Penal Colombiano.

1. LA DERROTABILIDAD NORMATIVA COMO CONSECUENCIA DEL DEVENIR DE LAS CORRIENTES DEL DERECHO

El objeto del presente trabajo es el estudio de la derrotabilidad normativa, entendida como aquel fenómeno jurídico donde las normas están sujetas a excepciones implícitas que no son fácilmente identificables para la aplicación de las mismas. Las normas podrían ser derrotables como consecuencia de que a éstas se les puede introducir excepciones al tiempo de aplicarlas, pero que no fueron consideradas por el legislador en el momento de crearlas, de tal forma que se establecen nuevas condiciones que traen como resultado diferentes y nuevas consecuencias jurídicas.

Para entrar en los detalles de la descripción del problema planteado, es necesario precisar que el fenómeno aquí descrito es el resultado de la evolución y desarrollo del Derecho y se presenta como un debate al interior de una concepción del mismo, la del positivismo jurídico, como consecuencia de las teorías de interpretación y argumentación del Derecho y las novedades jurídicas insertadas en los ordenamientos tras las calamitosas consecuencias que se dieron por la Segunda Guerra Mundial, novedades que son la base de los Estados Constitucionales y que garantizan el ejercicio de Derechos fundamentales para proteger la dignidad de las personas y que se traducen en la consagración de los Derechos humanos y en el establecimiento de unos principios jurídicos, que se han convertido en herramientas fundamentales para garantizar la efectividad de los Derechos de los ciudadanos.

En consecuencia de lo anterior, a criterio de los autores, el fenómeno de la derrotabilidad normativa se relaciona muchísimo con el problema suscitado por la pregunta *¿Qué es el Derecho?*, que ha generado a lo largo de la historia, especialmente en el pensamiento jurídico del siglo XX, un sinnúmero de debates y reflexiones acerca del tema, ya que según la forma de ver de los autores, la derrotabilidad se presenta como un fenómeno a partir de la interacción de elementos jurídicos dentro de un ordenamiento; elementos como principios, reglas y valores, que fueron formulados por la posición de cada corriente, especialmente por las corrientes del último siglo.

En este capítulo se analizan tres grandes corrientes doctrinales generadas en el siglo XX, que se consideran pertinentes y necesarias para el análisis del tema central a tratar y que son el resultado de una evolución intelectual, a saber: el positivismo jurídico, el post-positivismo y el neo-constitucionalismo.

En primer lugar se analiza el positivismo jurídico, como una corriente intelectual que entiende al Derecho primordialmente como un fenómeno normativo, producto

del devenir de los procesos sociales, en donde la existencia y el contenido del mismo dependen de la realidad social. Cabe aclarar que esta definición no es la única, pues a lo largo de la historia del positivismo se han planteado diferentes tesis acerca de la existencia y contenido del Derecho. Es así como se elabora un estudio más detenido de una de estas tesis, la denominada tesis del positivismo metodológico, que como se verá más adelante, se podría considerar como la más aceptada por los teóricos y juristas positivistas de la actualidad.

En segundo lugar se estudia el post-positivismo, como lo han denominado algunos autores, en donde se analiza una concepción del Derecho de finales del siglo XX, partiendo fundamentalmente de la obra escrita por el autor norteamericano Ronald Dworkin, quien concibe al Derecho como un sistema integrado por reglas y principios, donde la interpretación y la argumentación al interior de éste son una práctica fundamental. Este movimiento considera que es falso pensar que los jueces tengan poderes discrecionales, ya que tanto en los casos fáciles como en los difíciles existirá siempre una solución acorde con el ordenamiento jurídico preexistente. Critica fuertemente a la concepción positivista por separar la descripción de la justificación, pues según los post-positivistas todos los desacuerdos en el Derecho no son solo empíricos, sino que más bien son teóricos o de justificación.

Por último se aborda el neo-constitucionalismo, un movimiento que surge en la post-guerra y que concibe a la Constitución como un orden de valores que orienta el actuar de todos los poderes públicos en un Estado Constitucional. El contenido normativo de ésta incluye valores, principios y Derechos fundamentales, además de objetivos y metas sociales que guían la manera cómo debe ser interpretada la Constitución. El juez, al interpretar la Carta Fundamental, abarca todos los ámbitos del Derecho; por ende, la parte material o dogmática de la Carta Política es la que le da sentido y razón a toda la Constitución y por este motivo la parte orgánica u organizacional no tiene sentido si no se aplican los valores, principios y Derechos. De este modo, se da un salto de un Estado Liberal Clásico a un Estado Social de Derecho Moderno.

1.1 POSITIVISMO JURÍDICO

Muchos autores afirman que al positivismo jurídico se le han atribuido tesis que sus pensadores nunca han sostenido. Bien piensa Bayón¹, al sostener que Hart² y

¹ BAYÓN, Juan Carlos. El contenido mínimo del positivismo jurídico. Horizontes de la filosofía del Derecho: homenaje a Luís García San Miguel / coord. Por: Virgilio Zapatero Gómez. Vol. 2, págs. 33-54. Disponible en Internet: <http://Derecho.itam.mx/facultad/materiales/proftc/Cerdio/>, 2002.

² HART, H.L.A. Ensayo sobre jurisprudencia y filosofía. Oxford: Clarendon Press, 1983.

Bobbio³, y también Nino⁴ al parecer de los autores, enseñaron que al positivismo jurídico se le han designado *“tesis lógicamente independientes; y que había además buenas razones para aceptar sólo algunas de ellas y rechazar el resto”*⁵. Por este motivo, se considera que en este trabajo se desarrollan varias tesis acerca del tema, pero se enfatiza de manera primordial en la tesis del positivismo metodológico, que ha sido defendido por los principales teóricos de esta corriente del pensamiento jurídico y que por lo tanto se considera como la principal proposición que permite entender verdaderamente lo que plantea esta concepción del Derecho.

Para comenzar, se enumeran y explican las diferentes posiciones atribuidas al positivismo jurídico desde la visión de varios defensores de la corriente, como son los profesores Santiago Nino, Manuel Atienza y Norbert Hoerster, quienes plantean en resumen y partiendo desde las diferencias de los mismos, lo que se puede afirmar como tesis atribuibles al positivismo jurídico.

1.1.1 Escepticismo Ético. Desde este punto de vista, se puede observar que los pensadores consideran al Derecho como un sistema normativo, independiente de principios morales y de justicia, universalmente válidos y cognoscibles por medios racionales objetivos. Para los defensores de esta tesis, a los juicios con contenido empírico se les puede atribuir racionalmente verdad o falsedad en la medida en que éstos se pueden someter a valoraciones, porque los mismos son el resultado de las necesidades o del querer del legislador, e independientes de principios morales, pues estos principios son catalogados como simples ideales de justicia.

Para estos pensadores, el positivismo jurídico es un modo de aproximación científica del Derecho, ya que están sometiendo al mismo a criterios científicas que se pueden corroborar en la praxis, sin querer desconocer con esto concepciones ius-filosóficas. Estos opinan que primero se debe concebir y percibir la realidad jurídica, luego estudiarla científicamente y después concertar los resultados científicos en relación a ciertos valores jurídicos, para adecuar al Derecho a las necesidades y demandas sociales.

1.1.2 Positivismo Ideológico. En el análisis de esta segunda tesis, los autores toman al Derecho como un sistema normativo coherente y consistente. En su opinión, un ordenamiento jurídico está compuesto por normas válidas. Una norma existe en cuanto sea válida, es decir, cuando dicha norma fue creada por el

³ BOBBIO, Norberto. El problema del positivismo jurídico. México: Distribuciones Fontamara, 2002.

⁴ NINO, Carlos Santiago. Introducción al análisis del Derecho. Colección mayor filosofía y Derecho. 2ª edición, 12ª reimpresión. Buenos Aires: Astrea, 1984.

⁵ BAYÓN, Op. cit., p. 33.

organismo competente y cumpliendo todos los procedimientos que viabilizan su creación. Por último, en consideración de los defensores de estas ideas, al ser el Derecho un sistema normativo compuesto por normas válidas, éstas tienen que ser obedecidas por la población sin tener en cuenta la eficacia, como lo sostiene el realismo jurídico, ni tampoco teniendo en cuenta preceptos morales o contenidos de justicia, como lo sostienen los iusnaturalistas, ya que las normas al ser válidas también son justas; ésto es lo que se ha denominado según Bobbio como “*justicia legal*”, donde se tiene en cuenta al Derecho como un conjunto de reglas impuestas por el monopolio de la fuerza, que son independientes de valores morales y sirven de medios para la obtención de fines sociales como el orden, la paz, entre otros.

En este orden de ideas se puede concluir que cualquiera que sea el contenido de las normas del Derecho positivo, tienen validez o fuerza obligatoria y sus disposiciones deben ser ineludiblemente obedecidas por los asociados y aplicadas por los jueces, haciendo caso omiso de sus escrúpulos morales. En esta teoría, el Derecho adquiere un valor autónomo, que nada tiene que ver con la correspondencia a valores filosóficos, morales o de justicia.

Interesa para esta teoría jurídica, el acatamiento y la aplicabilidad de las normas jurídicas sin necesidad de valorarlas filosóficamente. Esta posición indica un rechazo del análisis filosófico ulterior de los resultados científicos jurídicos. En otras palabras, este enfoque propicia en el mundo de los problemas prácticos técnicos una cancelación de los valores jurídicos (contexto de la valoración). Por ejemplo, el hecho de que se considere válida una determinada norma jurídica significa para los positivistas ideológicos una posición incuestionable axiológicamente⁶.

1.1.3 Formalismo Jurídico. Según esta tesis, el Derecho está compuesto únicamente por preceptos normativos de carácter u origen legal. En este sentido, el Derecho sólo se define por la ley, descartando de plano cualquier otro tipo de fuentes del Derecho. Aquí se tiene en cuenta la existencia de normas jurídicas como única herramienta para la práctica judicial, la cual estima al sistema jurídico como pleno, autosuficiente, completo y carente de lagunas, donde todo tiene solución con la aplicación de las normas jurídicas. En esta concepción, se tienen en cuenta ciertos elementos no considerados como fundamentales, que según la caracterización que hace el profesor Manuel Atienza en la descripción de las concepciones acerca del Derecho en su obra “El Sentido del Derecho”, son los siguientes:

a). La plenitud y coherencia del Derecho, como sistema capaz de brindar una respuesta correcta a toda situación jurídica planteada.

⁶ MORALES HERVIAS, Rómulo. Dogmática jurídica y sistema jurídico: aproximaciones a la sociología y antropología jurídicas. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú - Instituto Riva-Agüero, 2001. p. 14.

b). La potestad única del legislador de emanar normas jurídicas, como un ejercicio legítimo de la separación de poderes, propia de los estados democráticos y de Derecho.

c). La seguridad jurídica traducida el carácter estático del Derecho, que para esta corriente constituye un valor preponderante.

d). El verdadero y único Derecho es el que aparece en los códigos.

f). La práctica judicial se debe fundamentar en justificaciones deductivas, aplicando únicamente el silogismo judicial.

Entre otros importantes, pero que se considera en procura de la síntesis de esta primera parte.

1.1.4 Positismo Metodológico. Esta es la tesis del positivismo más compartida por los pensadores, a quienes se puede considerar como positivistas y de la cual se hará un análisis más detallado. En esta teoría se toma al positivismo como una mera tesis conceptual, donde no se tienen en cuenta posiciones valorativas acerca del concepto del Derecho, más bien éste debe responder a propiedades descriptivas. En esta posición no se descarta la existencia de valores morales o de justicia, universalmente válidos y justificables racionalmente; es así como el hecho de que una norma sea considerada injusta no es óbice para que no sea considerada jurídica, pues si se puede valorar con criterios de moralidad y justicia no implica que debe ser desechada del ordenamiento jurídico o que no sea posible resistirse a obedecer dicha norma.

En ese orden de ideas se puede ver que esta posición tiene en cuenta los problemas del lenguaje del concepto de Derecho, y éste tiene que ser definido prescindiendo de su contenido. Se afirma que el concepto de Derecho no debe caracterizarse según las propiedades valorativas, sino tomando en cuenta las propiedades descriptivas del mismo. Desde esta perspectiva, se habla en mayor medida de la científicidad del Derecho, ya que según esta concepción se trata de describir la realidad desde la observación, para que a partir de este punto de vista el Derecho sea coherente y objetivo, partiendo de la lógica de la experiencia.

Por ejemplo, el profesor Rómulo Morales Hervias enseña que: *“todo jurista debe concebir y observar la experiencia normativa teniendo en cuenta la noción convencional entre el lenguaje y la realidad; y las relaciones de compatibilidad y de deducibilidad entre las proposiciones científicas. La concepción y la observación es la abstracción del mundo de las normas para transformar conceptualmente el mundo de las normas en un mundo jurídico”*⁷.

⁷ *Ibíd.*, p. 14.

Esta tesis positivista también ha ofrecido una teoría acerca de lo que es la interpretación. Para entenderla, se explican las ideas expuestas por Hart, jurista británico que utilizó las herramientas de la filosofía analítica o lingüística inglesa prestando una atención preferente al lenguaje y a su indeterminación para la construcción de su teoría, partiendo de la idea de la textura abierta, tanto del Derecho como del lenguaje.

Para Hart, el Derecho es la unión de reglas primarias y secundarias. Por lo tanto, en cualquier grupo social, el instrumento de control social tiene que consistir en reglas generales y no en directivas particulares dirigidas a cada individuo en específico. Según Hart, existen dos recursos fundamentales para comunicar a la sociedad las pautas generales de conducta: el precedente y la legislación. Para él, tanto el precedente como la legislación pueden caer en un grado de indeterminación, y afirma:

En todos los campos de la experiencia, no sólo en el de las reglas, hay un límite, inherente en la naturaleza del lenguaje, a la orientación que el lenguaje general puede proporcionar. Habrá por cierto casos obvios, que aparecen constantemente en contextos similares, a los que las expresiones generales son claramente aplicables. (“Es indudable que un automóvil es un vehículo”). Pero habrá también casos frente a los que no resulta claro si aquéllas se aplican o no (“la palabra ‘vehículo’, tal como se la usa aquí, ¿comprende aeroplanos, bicicletas, patines?”)⁸.

Es así como para este autor la interpretación tiene que resolver dos tipos de casos: los fáciles y los difíciles. Con los primeros no existe dificultad, pues es fácil llegar a una solución. Respecto de los segundos, o sea los casos paradigmáticos, existe un margen de discrecionalidad que puede ser amplio, de modo que la elección que se haga no sea arbitraria o irracional, pero que al fin y al cabo sea una elección. Por tal motivo, para él no existe un método único de interpretación, ni tampoco una respuesta correcta y por lo tanto se puede recurrir a cualquiera de éstos. Por lo tanto, en la decisión de estos casos existe más de una interpretación razonable. Cuando la regla aplicable es imprecisa, el juez no tiene otra salida que escoger de manera prudente (elección) la opción que para él sea la más adecuada. En esta situación, el juez no aplica el Derecho (como lo afirmaba Kelsen) sino que lo crea para el caso en particular.

Analizados los aspectos y tesis anteriores, cabe resaltar que en el positivismo jurídico contemporáneo la discusión se ha planteado desde otra perspectiva, retomando las ideas de los que podríamos llamar clásicos del positivismo, como Hart y Bobbio. Tal es el caso de las ideas planteadas por el profesor Juan Carlos

⁸ HART, Herbert Lionel Adolphus. El concepto del Derecho. Traducción de “The concept of Law” por Genaro R. Carrió. 2ª edición (reimpresión). Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1992. p. 157, 158.

Bayón⁹, quien explica desde su opinión que el debate llevado a cabo en los años 50's, donde se hace la diferenciación entre el positivismo ideológico, el formal y el metodológico, se lo puede considerar superado hasta el punto de afirmar que en la actualidad ya casi existe un consenso en la adopción de la tercera tesis planteada. Pese a esta afirmación y tomando como núcleo fundamental de la teoría esta segunda tesis, la de la independencia o separación conceptual entre el Derecho y la moral, se siguen presentando algunos problemas, pues de tal afirmación se desprenden diversas tesis lógicamente independientes que nos pueden presentar un escenario un poco sombrío respecto de las soluciones que se pudieren dar al problema planteado. En este sentido, la obra del mencionado autor toma un matiz esperanzador para dar luz a la penumbra causada por el problema planteado, problema que él mismo, tomando las ideas de Dworkin referenciadas en la obra *The Philosophy of Law*, lo define como un debate *“acerca de la naturaleza del Derecho (...) que es en el fondo, una discusión en el terreno de la filosofía del lenguaje y la metafísica”*¹⁰.

Para abordar el problema, Bayón empieza estudiando las denominadas “tesis de las fuentes sociales”, donde se afirma que *“el Derecho es un producto de acciones de seres humanos, una práctica social, en definitiva una realidad convencional”*¹¹, donde el contenido y la existencia de éste depende de la realidad social. El autor anota que la afirmación hecha no se la puede calificar como verdadera o falsa, ya que simplemente es una definición conceptual acerca del Derecho y bien desde esta perspectiva se podría utilizar la palabra Derecho como una directriz moral de la sociedad, aunque se la descalifica por la inexistencia de la causalidad entre los hechos sociales y las directrices morales, además de la inexistencia de estereotipos sociales uniformes para la formulación de tales directrices. En cambio, se tiene como válida la idea del uso de la palabra Derecho no como una directriz moral sino como un interés cognoscitivo de la sociedad, de manera que *“existe de hecho un tipo de práctica social compleja que resulta ser enormemente relevante para nuestras vidas, de manera que es esa relevancia la que justifica nuestro interés en contar con un término específico que denote precisamente esa clase de práctica”*¹².

Otra de las distinciones planteadas es la diferencia entre lo que es Derecho y lo que este debe ser. Para esta distinción, el autor formula dos tesis independientes a la de las fuentes sociales, la primera de ellas se denomina “tesis de la no conexión identificatoria entre el Derecho y la moral”, donde se enuncia que el Derecho es moralmente falible y que una cosa es su mérito o demérito y otra su

⁹ BAYÓN, Op. cit., p. 33-54.

¹⁰ *Ibíd.*, p. 3.

¹¹ *Ibíd.*, p. 4.

¹² *Ibíd.*, p. 5.

existencia, que en el contexto de la tesis de las fuentes sociales no se descartan de plano, ya que la primera no aparta la idea de que el contenido y la existencia del Derecho dependan de hechos sociales y no de valoraciones morales; la segunda proposición la denomina “tesis del valor moral contingente del Derecho”, donde no se tiene en cuenta las ideas de las fuentes sociales, ya que se sostiene que el Derecho en cierta medida contiene un valor moral intrínseco.

Pese a la formulación de las dos teorías y al apunte que el mismo autor hace en cuanto a que ambas cosas puedan sostenerse sin contradicción, él mismo aclara que la segunda tesis planteada no es del todo cierta, ya que como se planteó anteriormente y tomando como base la teoría de las fuentes sociales, el contenido del Derecho, sin importar el que sea, depende exclusivamente de hechos sociales; y según las condiciones de cada caso dependerá también de la clase de hechos considerados para dar ese contenido. *“Habrá entonces una serie de propiedades empíricas que con arreglo a ese criterio tendrá por definición todo Derecho”*¹³.

Bayón, siguiendo con su obra y analizando las concepciones de la separación del Derecho y la moral, estudia una nueva posibilidad de describir al Derecho y lanza una nueva tesis, a la que llama “la tesis epistémica de la neutralidad”, donde se tiene que *“el conocimiento y la descripción de las prácticas sociales presupone una referencia a la actitud de quienes aceptan las reglas, no a la adopción de esa actitud”*¹⁴, queriendo hacer entender que si bien es cierto que el Derecho es el resultado de hechos sociales, también es viable la idea de que para la identificación de esos hechos sociales que fundamentan y le dan contenido al Derecho, dependen de un proceso cognoscitivo de la población, acerca de esos fenómenos sociales, y de esta manera determinar los valores que pasarán a ser el contenido del Derecho.

Pese a las evaluaciones y anotaciones que se han resumido hasta aquí del ensayo del profesor Bayón, en la misma obra el autor toma una posición crítica acerca de la tesis de la separación del Derecho y la moral, de donde sigue descomponiendo la tesis de las fuentes sociales del Derecho como núcleo fundamental de la solución al problema planteado. En este orden de ideas, el autor comienza mencionando dos clases de versiones del sistema de fuentes sociales: la primera que se denomina una “versión fuerte” o positivismo estricto, que descarta de plano a la moral como integrante del Derecho, ya que se enfatiza en el Derecho como producto de procesos sociales; y una segunda denominada “versión débil”, a la cual en términos del autor se la ha etiquetado de positivismo blando, donde no se descarta la idea de la conexión entre el Derecho y la moral, en la medida en que se acepta al Derecho como producto de hechos sociales, pero también se tiene en cuenta la posibilidad de que los hechos que dan

¹³ *Ibíd.*, p. 6.

¹⁴ *Ibíd.*, p. 7.

fundamento y contenido al Derecho tengan consigo fines morales o estén respondiendo a demandas y exigencias morales.

Después de enunciadas estas dos versiones de la tesis de las fuentes, Bayón pasa el análisis a un plano más básico tratando de conciliar estas posiciones, partiendo de la idea de que las dos parten de puntos de vista en común, en la medida en que ambas aceptan la idea de las fuentes sociales. De este punto en común y básico se realiza una tercera hipótesis conciliadora entre éstas, a la que se le denomina “tesis convencionalista”, la cual afirma que el Derecho es una función de relaciones sociales, función que no considera qué clases de relaciones se dan en un cuadro social. Sin embargo, en su intento de conciliar las tendencias, el autor advertirá que se puede presentar algún grado de incoherencia en la tesis débil, ya que en su análisis y al observar el argumento del positivismo incluyente, éste no afirma que ciertas normas formen parte del Derecho sólo en virtud de su valor o corrección moral, porque si afirmase tal cosa no podría seguir manteniendo su pretensión de ser realmente fiel a la tesis convencionalista y por lo tanto no podría seguir la tesis de las fuentes sociales, ya que estaría en contravía de los elementos básicos y mínimos de la teoría convencionalista.

Con estas concepciones, sólo podríamos concluir que la aceptación de una tesis ontológica convencionalista con el Derecho implica que la realidad de éste se constituya por el devenir de las relaciones humanas y consistirá en últimas en lo que el autor llama “un conjunto de creencias compartidas y de actitudes y expectativas interdependientes”, que rechazan de plano cualquier tipo de metafísica y que implicaría la existencia de entes independientes en cada mente humana, que no garantizarían ningún grado de objetividad, como sí lo hace el convencionalismo de las fuentes sociales.

Concluyendo, el autor afirma que su ensayo, resumido en este trabajo, sólo pretende mostrar que las diferentes teorías del positivismo jurídico son, en la mayoría de ocasiones, ideas lógicamente independientes que dan una aproximación a la consideración que cada uno tenga de las ideas del concepto del Derecho, y que en muchas ocasiones estas ideas pueden ser consecuencia de otras anteriores. Son, en palabras de Bayón “amalgamas de ideas independientes”, que nos aproximan a la concepción de Derecho.

1.2 POST-POSITIVISMO

Para algunos pensadores modernos, la caracterización del post-positivismo ha sido entendida como *“toda aquella teoría que ataca las dos tesis más importantes del positivismo conceptual: la tesis de las fuentes sociales del Derecho y la no conexión necesaria entre el Derecho y la moral”*¹⁵. Según algunos autores como

¹⁵ *Ibid.*, p. 7.

Manuel Atienza, uno de los pensadores que abanderara esta concepción del Derecho es el jurista norteamericano Ronald Dworkin, quien formula su teoría atacando las tesis planteadas por Hart, a las cuales considera como las tesis centrales del positivismo moderno. Al igual que Atienza, se puede afirmar que este autor defiende tres tesis importantes: la de los principios, la de los derechos y la de la concepción del Derecho como interpretación.

Respecto a los principios, el autor sostiene que el Derecho no puede entenderse como una simple unión de reglas primarias y secundarias determinables a través de la denominada *regla de reconocimiento*¹⁶, como lo plantea Hart¹⁷, ya que además de éstas están los principios que son, según lo manifiesta Dworkin, *“una clase de estándares aparte, diferentes de las normas jurídicas”*¹⁸, que se los puede considerar importantes a la hora de tomar determinadas decisiones por parte del juez. Así, Dworkin considera que la diferencia entre los principios y las reglas *“es una distinción lógica. Ambos conjuntos de estándares apuntan a decisiones particulares referentes a la obligación jurídica en determinadas circunstancias, pero difieren en el carácter de la obligación que dan. Las normas son aplicables a la manera de disyuntivas. Si los hechos que estipula una norma están dados, entonces o bien la norma es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada a la decisión”*¹⁹.

En cambio, los principios no operan así, ya que estos no establecen las consecuencias jurídicas que se sigan automáticamente cuando se satisfacen las condiciones previstas. Siguiendo de nuevo a Dworkin, los principios *“tienen una dimensión que falta en las normas: la dimensión del peso o importancia. Cuando los principios se interfieren (...) quien debe resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno”*²⁰. De esta manera, la distinción radica en que las reglas cuando entran en conflicto entre sí deben aplicarse sin excepción, en cambio los principios cuando entran en conflicto se ponderan y se aplica el que tenga más peso en cada caso particular.

¹⁶ Regla de Reconocimiento: “Esta especificará alguna característica o características cuya posesión por una regla sugerida es considerada como una indicación afirmativa indiscutible de que se trata de una regla del grupo, que ha de ser sustentada por la presión social que este ejerce”. En: HART, Op. cit., p. 217.

¹⁷ “Decir que una determinada regla es válida es reconocer que ella satisface todos los requisitos establecidos en la regla de reconocimiento y, por lo tanto, que es una regla del sistema”. En: HART, Op. cit., p. 218.

¹⁸ DWORKIN, Ronald. Los derechos en serio. Traducción de “Taking Rights Seriously” por Marta Guastavino. 2ª edición. Barcelona: Ariel, 1989. p. 80.

¹⁹ *Ibíd.*, p. 75.

²⁰ *Ibíd.*, p. 77.

Dworkin y Alexy²¹, también tratan el tema del conflicto no sólo entre principio vs. principio, norma vs. norma, sino que también tratan el conflicto que pueda darse entre principio vs. norma. Este tema será tratado en el capítulo segundo del presente trabajo, puesto que es fundamental para el desarrollo del mismo, por ahora sólo se puede decir que se estudiará con posterioridad si las normas son derrotables por los principios.

Siguiendo con el autor, éste toma dos puntos de vista referentes al tema de los principios. En el primero de ellos se trata a los principios como normas jurídicas, que deben ser tenidos en cuenta por los jueces y juristas a la hora de tomar sus decisiones como obligatorios. En cambio en el segundo punto de vista, el juez a la hora de tomar las decisiones puede recurrir a la búsqueda de principios extra-jurídicos para justificar un fallo. Como bien lo afirma Dworkin, *“el primer punto de vista trata a los principios como vinculantes para los jueces, de modo que estos hacen mal en no aplicar los principios cuando vienen al caso. El segundo punto de vista trata a los principios como resúmenes de lo que la mayoría de los jueces hacen <<por principio>> [o <<se hacen el principio de hacer>>] cuando se ven obligados a ir más allá de la norma que los obliga”*²².

Según el profesor, elegir entre uno de estos enfoques dará respuesta a la pregunta si el juez, tanto en los casos fáciles como en los difíciles, aplica derechos y deberes preexistentes, o en cambio decide, amparado en su discrecionalidad. Él concluye que si elegir el primer enfoque será lo correcto, pues como él afirma *“si adoptamos el primer enfoque, aún estamos en libertad de argumentar que, como esos jueces están aplicando normas jurídicas obligatorias, lo que hace es interponer el cumplimiento de derechos y deberes jurídicos. Pero si adoptamos el segundo, el argumento es inaceptable”*²³, ya que se decidiría por un *“acto de discreción judicial aplicado ex post facto”*²⁴, respecto a los derechos y obligaciones jurídicas.

Dworkin distingue entre principios en sentido estricto y directrices políticas, de la siguiente manera: *“(...) llamo directriz o directriz política al tipo de estándar que propone un objetivo que ha de ser alcanzado; generalmente, una mejora en un rasgo económico, político o social de la comunidad. (...) Llamo a un principio a un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad”*²⁵. La

²¹ ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

²² DWORKIN, Op. cit., p. 82.

²³ Ibid., p. 82.

²⁴ Ibid., p. 82.

²⁵ Ibid., p. 72.

anterior distinción pone de manifiesto que las denominadas directrices o también llamadas *policies* son normas que se proponen cambios sociales y que van dirigidas principalmente al legislador, como lo sostiene el profesor Manuel Atienza, en cambio los principios en sentido estricto son contentivos de derechos. Lo anterior ayuda a explicar la tesis de los derechos como se hace a continuación.

En efecto, respecto a tesis de los Derechos, Dworkin sostiene, en primer lugar, que los derechos son otorgados a cada individuo que tenga su titularidad, por lo tanto son una restricción a las directrices, ya que los objetivos sociales no pueden restringir injustificadamente los derechos individuales en aras de conseguir el cumplimiento de metas sociales. Por lo anterior el juez, al decidir, confirma o deniega los derechos a través de la aplicación de los principios.

Respecto a la tesis de la interpretación, el profesor Dworkin crea una teoría del Derecho, basado en una teoría general sobre qué es la interpretación, tanto en la literatura como en el Derecho. Para él, toda interpretación legal expresa una teoría subyacente sobre el carácter general de la ley. En este aspecto, critica tanto al convencionalismo y al pragmatismo. Él observa al Derecho como una práctica interpretativa y sostiene que el objetivo primordial del Derecho es responder a la necesidad de que una comunidad política actúe conforme a sus principios, es decir, se hace indispensable la integridad política. Afirma, además, que no todos los casos difíciles tienen su origen en la vaguedad del lenguaje de una regla jurídica y que es falso pensar que los jueces tengan poderes discrecionales. Para él siempre existe una solución acorde con el ordenamiento jurídico preexistente, tanto en los casos difíciles como en los casos fáciles.

Como primer paso, criticó la distinción o separación que el positivismo hizo entre descripción y justificación. El error del positivismo está en creer que todos los desacuerdos en el Derecho son empíricos y no teóricos (o de justificación), es decir, que puede haber discusiones en cuanto al contenido del Derecho, discusiones que no tienen nada de empíricas. Y son las discusiones teóricas las que hacen las prácticas jurídicas, su carácter argumentativo. La cotidianidad del Derecho deviene de un intercambio o flujo de argumentos y por eso la práctica jurídica es una práctica argumentativa, cuyo objetivo es llegar a una respuesta correcta, de acuerdo con las reglas, principios y prácticas vigentes.

Este proceso interpretativo, según el tratadista, consta de tres fases: pre-interpretativa, interpretativa y post-interpretativa. La primera de éstas hace referencia al momento en el que el intérprete identifica los principios y reglas que conforman las prácticas jurídicas y que proveerán elementos suficientes para la práctica posterior. En la segunda fase es indispensable que se justifique moral y políticamente la práctica jurídica encontrada en la primera fase para que en esta medida, en palabras del autor: *“el interprete pueda verse así mismo interpretando*

*dicha práctica y no inventando una nueva*²⁶. Y por último, en la tercera fase se deben proponer cambios a la práctica jurídica, con el fin de aproximarla a la justificación que desarrolló en la segunda fase, es decir, la interpretativa.

En conclusión, para Dworkin la interpretación sí es un acto de conocimiento y no de voluntad, como lo sostenían Kelsen y Hart.

1.3 NEO-CONSTITUCIONALISMO

Como consecuencia de las atrocidades que ocurrieron durante la Segunda Guerra Mundial, que devino en la muerte y tortura de millones de personas, se generó en Europa occidental un movimiento llamado por muchos como neo-constitucionalismo, el cual concibe a la Constitución no sólo como la norma de jerarquía superior dentro del Estado, sino que además la concibe como un valor que impregna la actividad de las personas que conforman lo que en la actualidad se denomina un Estado Constitucional.

En ese sentido, la Carta Fundamental no puede ser entendida como una simple letra muerta, sino que su contenido normativo está impregnado de valores, principios y derechos fundamentales. Además, contiene objetivos y metas sociales que deben ser cumplidos por todos los poderes públicos. De lo anterior se colige que la Carta Política es, ante todo, un proyecto político que se inmiscuye en toda las actividades políticas de la sociedad y que demanda su aplicación en todos los ámbitos del Derecho. Por ende, la Constitución no sólo organiza la forma Estado (Contenido Orgánico), sino que además es una herramienta necesaria y vital para hacer realidad las aspiraciones de la comunidad y de las personas (Contenido Material). En palabras de Luís M. Cruz, la Constitución *“no se limita a fijar las reglas del juego, sino que participa directamente en el mismo, condicionando futuras decisiones*²⁷.

Como consecuencia de lo anterior, la manera de entender y concebir al Estado de Derecho también fue reformulada. En efecto, el Estado de Derecho, entendido en el sentido liberal, formal y clásico, se transformó en un Estado Social de Derecho, con un amplio contenido material, que garantiza y tutela directamente a través de la Constitución la garantía, efectividad y cumplimiento de los derechos fundamentales. Además, incorpora los derechos sociales para evitar un individualismo extremo.

²⁶ DWORKIN, Ronald. El Imperio de la Justicia. 1ª edición. Barcelona: Gedisa, 1988. p. 58.

²⁷ CRUZ, Luis M. La Constitución como orden de valores. Problemas jurídicos y políticos: un estudio sobre los orígenes del neoconstitucionalismo. Granada: Comares, 2005. p. 1.

El poder del Estado, bajo esta concepción, está subordinado a determinados principios y valores del Derecho, que se encuentran o se fundamentan en las cualidades materiales o sustanciales de la Carta Fundamental. Siguiendo de nuevo a Luis M. Cruz, este movimiento neo-constitucionalista hace de la Carta Política un cuerpo normativo *“omnipresente en toda operación de creación y aplicación del Derecho. De hecho, en la actualidad es difícil concebir un problema jurídico que no encuentre alguna orientación, ya sea próxima o remota, en el texto constitucional. Y, en la medida en que la Constitución se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico, contribuyendo a configurar el orden social en su conjunto, las relaciones entre legislación y jurisdicción se han modificado sustancialmente: el juicio de validez de la ley depende ahora de un juicio de conformidad con la Constitución y, en definitiva, de una cierta interpretación de la Norma Fundamental y de los principios constitucionales por parte de un Tribunal Constitucional”*²⁸.

Este movimiento creó, por ende, una nueva estrategia para el cumplimiento efectivo de los derechos fundamentales; en efecto, otorgó al juez de manera prioritaria la responsabilidad de la eficacia de los derechos fundamentales. Es así como en este proceso de neo-constitucionalización del Estado y del Derecho, se partió en primer lugar de considerar a la Carta Política en un orden vinculante de valores que consagra, por ejemplo, la intangibilidad de la dignidad humana como punto de partida para interpretar una carta fundamental. En segundo lugar, se defiende la creación de un tribunal (Corte) constitucional como un órgano encargado de controlar tanto formalmente, pero sobretodo materialmente la realización de los valores constitucionales.

De este movimiento no fue ajeno el Derecho en Colombia. Es así como la Corte Constitucional, un año después de haber sido creada por el constituyente de 1991, dijo lo siguiente:

La constitución está concebida de tal manera que la parte orgánica de la misma sólo adquiere sentido y razón de ser como aplicación y puesta en obra de los principios y de los derechos inscritos en la parte dogmática de la misma. La carta de derechos, la nacionalidad, la participación ciudadana, la estructura del Estado, las funciones de los poderes, los mecanismos de control, las elecciones, la organización territorial y los mecanismos de reforma, se comprenden y justifican como transmisión instrumental de los principios y valores constitucionales. No es posible, entonces, interpretar una institución o un procedimiento previsto por la Constitución por fuera de los contenidos materiales plasmados en los principios y derechos fundamentales²⁹.

²⁸ *Ibíd.*, p. 4.

²⁹ CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia T 406 del 5 de junio de 1992. Magistrado Ponente: Dr. Ciro Angarita Varón.

Este nuevo modelo constitucional ha sido receptor de muchas críticas. Por ejemplo, para Ernest Forsthoff, la realización del Estado Social sólo puede plantearse a través de la legislación y de la actividad administrativa, y no en el ámbito constitucional. También criticando al modelo constitucional, otros opinan que de este modo se abre paso a un nuevo totalitarismo constitucional, pues si la parte dogmática de una Constitución es entendida como un orden de valores que se aplica en todos los campos del Derecho, de este modo la normatividad de la Norma Fundamental *“sanciona unas determinadas convicciones político éticas, atribuyéndoles una validez jurídica general, y discriminan a las que se oponen a ellas. La Carta de Derechos no garantiza ya la libertad de una forma incondicionada a través de una delimitación jurídico-formal, sino sólo la que cabe dentro del sistema de valores reconocido por ella: quien se sitúa fuera de este sistema de valores, positivizado entre otros en la cláusula de la intangibilidad (Art. 79.3 en relación con el art. 20 LF), deja de tener derecho a la libertad política (Art. 2.1, 2.2 y 18 LF)”*³⁰.

También se ha considerado que si el juez, al interpretar considera a la Constitución como un orden de valores, se convierte en quien dice lo que es la Constitución; de este modo se corre el peligro de que la Constitución siempre permanezca abierta, pues el juez caso a caso determinará lo que es la Constitución. Así, para estos críticos, la principal consecuencia de lo anterior es que se diluye el Estado de Derecho y se forma un Estado Judicial. De esta manera, se ha afirmado que:

La reducción de la Constitución a un orden de valores, el cual habría de ser interpretado por métodos propios de las ciencias del espíritu con su jerarquización de valores (geisteswissenschaftlichwerthierarchische methode), lo que supone una renuncia al método jurídico, con la inevitable consecuencia de la <<desformalización de la Constitución>> (entformalisierung der verfassung), la inseguridad jurídica y la disolución del Derecho en casuística. De esta forma, lejos de actuar como instrumento jurídico de ordenación política, la Constitución queda configurada como un simple programa social, conduciendo a una metamorfosis del Estado de Derecho, que queda convertido en un Estado Judicial (Justizstaat)³¹.

Ante estas críticas, el movimiento constitucional ha recibido el apoyo de autores como Robert Alexy y Dreier, quienes han propuesto como nuevo impulse y enfoque para el movimiento un constitucionalismo moderado, que parte de considerar el modelo de Constitución como un orden de valores compatible con el modelo de Constitución, como un orden macro.

³⁰ BÖCKENFÖRDE, E. W. Origen y cambio del concepto de Estado de Derecho. p. 41. Citado por CRUZ, Op. cit., p. 73.

³¹ *Ibíd.*, p. 59.

Alexy propone una vía intermedia entre el Estado Jurisdiccional y el Estado Legislativo para lograr principalmente una coordinación y trabajo armónico entre el órgano encargado de hacer el control constitucional, la Constitución y la legislación. Para tal efecto, es necesario no sólo tener en cuenta principios materiales, sino que éstos deben profundizar sus relaciones con los principios formales. *“Alexy intenta resolver el problema mediante la combinación de tres leyes: ley material de la ponderación, ley epistémica de la ponderación y ley de la conexión”*³².

Dreier, por su parte, argumenta que un Estado Constitucional Democrático está definido principalmente por tres elementos: los derechos fundamentales, la división de poderes y la democracia. Es a la hora de articular estos tres elementos cuando nacen dos posiciones disímiles: el constitucionalismo y el legalismo. Estas posiciones también se diferencian por los conceptos de Derecho que defienden. En consideración de Luis M. Cruz, al comentar a Dreier, el constitucionalismo defiende una concepción no positivista del Derecho, mientras que el legalismo ampara una concepción positivista. El concepto positivista del Derecho que ampara una visión legalista, se caracteriza por la exclusión de elementos de corrección material o de justicia. En cambio, la concepción no positivista no hace referencia a un Derecho natural o racional, sino a una concepción del Derecho que incluye elementos de corrección material o de justicia, en otras palabras, esta concepción no positivista explica un concepto de Derecho positivo, enriquecido con elementos de corrección material. En virtud de lo anterior, la diferencia *“entre el constitucionalismo y el legalismo radica no tanto en la amplitud de competencias que se le reconocen al poder judicial, sino sobretodo en la referencia o no a un contenido valorativo para determinar la validez del Derecho”*³³.

Analizadas las tres corrientes del pensamiento jurídico del siglo XX, se puede observar que las mismas han cambiado de manera sustancial la forma de ver el Derecho y que cada una de ellas ha aportado un elemento esencial para la configuración de los ordenamientos jurídicos contemporáneos y en la formación de nuestras prácticas jurídicas, donde la interpretación y la argumentación juegan un papel importante, puesto que han introducido criterios novedosos para la resolución de problemas jurídicos fácticos, como por ejemplo: la ponderación de principios, la introducción de reglas de prioridad, la protección de los derechos fundamentales, la consideración de la constitución como un orden de valores y su supremacía dentro del ordenamiento jurídico.

Tales elementos, como se apreciará más adelante, constituirán factores fundamentales dentro de las prácticas jurídicas en la aplicación de las normas para la resolución de los problemas jurídicos que se presentan en la vida real y en

³² *Ibíd.*, p. 137

³³ *Ibíd.*, p. 99.

el contenido de los fallos de la jurisdicción, donde no sólo se encontrará la interacción de estos factores sino también fenómenos más complejos como el estudiado en este trabajo, en el cual se introducen excepciones implícitas a las normas jurídicas al momento de aplicarlas y que no fueron consideradas por el legislador al instante de generarlas, como se evidencia en la jurisprudencia de los tribunales constitucionales que, en muchos casos, introducen excepciones implícitas a las reglas, como consecuencia del control de constitucionalidad que hace de las normas, como se demostrará en el estudio de la sentencia C-789 del 2006³⁴, excepciones que se introducen a partir de la preponderancia que se da a la interpretación constitucional y a la argumentación jurídica, como también por la aplicación directa de la Constitución, de sus valores, principios y derechos fundamentales.

³⁴ Sentencia en la cual se estudia la exequibilidad del Artículo 208 del CPP (ley 906 de 2004).

2. LA DERROTABILIDAD NORMATIVA

En este segundo capítulo se aborda el tema central del trabajo, como lo es la derrotabilidad de las normas jurídicas; para tal propósito, es menester estudiar temas de gran relevancia para la comprensión del problema jurídico en cuestión y la posible respuesta o solución al mismo. En ese sentido, se analizarán las teorías de: el profesor Juan Carlos Bayón, a quien se considera como el máximo exponente de la teoría de la derrotabilidad y quien está convencido de la indeterminación parcial del Derecho, producto de este fenómeno jurídico; del profesor argentino Jorge Rodríguez, quien defiende las posiciones más clásicas del positivismo jurídico y lanza fuertes críticas a la teoría de la derrotabilidad de las normas jurídicas y a la indeterminación del Derecho; y también del profesor Robert Alexy, quien trata a profundidad el tema de los principios jurídicos y de la argumentación como partes importantes del Derecho, la teoría de los derechos fundamentales, su interpretación y aplicación dentro del sistema jurídico.

Para iniciar, es importante definir la noción del concepto de derrotabilidad normativa como aquel fenómeno jurídico donde se tiene que las normas están sujetas a excepciones implícitas, que no son fácilmente identificables para la aplicación de las mismas. Para una mejor comprensión del concepto, el presente trabajo se apoyará en el debate sostenido entre Bayón y Rodríguez, quienes toman como base la definición que hace el teórico del Derecho Carlos Alchourrón³⁵ respecto al tema, quien afirma que todas las reglas jurídicas son un condicional derrotable y están sujetas a excepciones implícitas, es decir, a circunstancias que, aunque no estén explícitamente enunciadas, derrotan la solución normativa prevista.

Para la formulación de tal debate, Bayón y Rodríguez toman tres puntos básicos, que sirven como ejes de discusión, a saber: el primer punto es definir la noción de norma derrotable, la cual sirve para definir e identificar al Derecho desde las prácticas jurídicas, conforme al cual los operadores reconocen la existencia de excepciones implícitas; el segundo punto es la afirmación de que algunas de nuestras prácticas jurídicas corrientes son como lo anteriormente descrito; y el tercer punto establece la posibilidad de la compatibilidad de la tesis de la derrotabilidad normativa con el positivismo jurídico.

Para ambos, el objetivo de la teoría del Derecho consiste en reconstruir una práctica social compleja que se identifica con el nombre de "Derecho". Aunque los dos autores se reconocen como Positivistas, tienen grandes diferencias

³⁵ ALCHOURRÓN, C. y BULYGIN, E. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales. Buenos Aires: Astrea, 1975. (Título original: Normative systems. Viena: Springer-Verlang, 1975).

conceptuales respecto al mismo punto. Bayón afirma que la noción de norma derrotable es útil para reconstruir algunas de nuestras prácticas jurídicas corrientes y que tal afirmación, de manera alguna, es incompatible con las tesis del positivismo jurídico. Negando lo anterior, Rodríguez argumenta que esta noción no sirve para reconstruir ninguna práctica jurídica posible y, por ende, tampoco ninguna de nuestras prácticas corrientes; adicionalmente, plantea que dicha idea es totalmente incompatible con el sostenimiento del positivismo jurídico. En pocas palabras, Bayón brinda una respuesta positiva a las tres cuestiones enunciadas anteriormente, mientras que la respuesta de Rodríguez a cada una de ellas es negativa.

El fenómeno de la derrotabilidad se manifiesta en nuestras prácticas jurídicas de diversas maneras. En particular, es frecuente que los operadores jurídicos, al argumentar en materia constitucional, aduzcan que la respuesta relativa a cuál es la conducta jurídicamente exigible, dependa de una ponderación de derechos o valores en conflicto. Aunque la solución prevista en una norma de carácter constitucional aparente ser clara, es siempre necesario tener en cuenta varios aspectos antes de aplicarla; por ejemplo, el principio de jerarquía constitucional, que a opinión de muchos constitucionalistas modernos tiene una capacidad de irradiación sobre todo el sistema jurídico, de tal manera que puede modificar el alcance de dichas normas y establecer excepciones a la misma que sólo se ponen de manifiesto en el momento de aplicarlas.

El mismo fenómeno que se describe anteriormente puede ocurrir con normas jurídicas que tengan un mismo valor o jerarquía, cuando se acepta que una establece una directiva general y la otra una excepción; no hay acuerdo en establecer cuál de las dos es la excepción. Se presenta un conflicto normativo que puede conllevar, según la práctica, al fenómeno planteado.

Para Bayón, estos fenómenos se explican acudiendo a la noción de norma derrotable. Para él, existen convenciones interpretativas que consagran que las propiedades normativas relevantes consignadas en una norma no son condiciones suficientes al momento de aplicar la misma.

Desde otra perspectiva, Rodríguez afirma que si se admitiera la posibilidad de que exista una situación como la anterior, ésta se podría reconstruir sin acudir a la noción de derrotabilidad de normas; pues si las normas fueran derrotables, sencillamente de ellas no podría derivarse solución normativa alguna. Para él, admitir la ausencia de una regla de clausura de las propiedades relevantes indicaría la existencia de discrecionalidad a la hora de tomar las decisiones por parte del órgano aplicador. Además, si no existe una regla de prioridad que establezca cuál debe preferirse en caso de un conflicto, se estaría en presencia de normas contradictorias y no de normas derrotables.

Otro punto de discusión entre estos dos autores es el argumento de si aceptar la posibilidad de que existan normas derrotables es compatible o no con el positivismo jurídico. Si el positivismo jurídico mira al Derecho como una entidad convencional, en la cual las convenciones interpretativas juegan un papel importante y si existen convenciones que establecen reglas como las de clausura o de prioridad, ¿qué pasaría si estas reglas no existieran, ¿existirían convenciones interpretativas?

Para el profesor Rodríguez, si existen convenciones que se auto-anulan porque remiten a criterios no convencionales, en estricto sentido o genuinamente, entonces no son convenciones. Bayón, en cambio, considera que aunque las convenciones se auto-anulen, en últimas son convenciones. Además, aceptar la idea de que existe una convención que remite a criterios no convencionales, no quiere decir que lo que se identifica a través de esos criterios no convencionales es parte del Derecho; en efecto, *“la admisión de que existen normas jurídicas cuyas excepciones se identifican apelando a consideraciones extra-convencionales, no contradice la tesis positivista que sostiene que el Derecho es una realidad convencional, toda vez que estas excepciones no son vistas por Bayón como jurídicas”*³⁶.

Por último, es importante destacar que para Bayón la derrotabilidad es un problema referido a la identificación del Derecho y no a su aplicación, ya que considera que las excepciones implícitas que contienen las normas jurídicas, al ser determinables por criterios no convencionales, no son parte del Derecho; entonces, estas excepciones afectan a la pregunta de cuál es el Derecho existente. En cambio, para Rodríguez la derrotabilidad es un problema práctico que tiene el juez luego de identificar la norma jurídica, ya que para él lo único posible de derrotar es el conocimiento del Derecho.

Hecha esta breve introducción acerca del tema, se pasa a la exposición del mismo, pretendiendo responder a la principal pregunta planteada en este trabajo, acerca de la viabilidad o no de la tesis que establece que toda norma jurídica puede ser derrotada por principios jurídicos. Para tal efecto, se desarrolla este capítulo en el siguiente orden: I) derrotabilidad normativa e indeterminación del Derecho; II) la derrotabilidad del razonamiento jurídico; estos dos primeros temas tratados por el profesor español Juan Carlos Bayón; III) normas jurídicas, principios jurídicos y argumentación jurídica, tema tratado por el alemán Robert Alexy; IV) la no derrotabilidad de las normas jurídicas y determinación total del Derecho, defensa del positivismo jurídico, realizado por el profesor argentino Jorge L. Rodríguez; y por último, V) nuestra conclusión.

³⁶ BAYÓN, Juan Carlos y RODRÍGUEZ, Jorge. Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales. Edición e introducción de: GAIDO, Paula; SÁNCHEZ, Rodrigo y SELEME, Hugo (Universidad Nacional de Córdoba, Argentina). Serie de teoría jurídica y filosofía del Derecho No. 27. 1ª edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. p. 22, 23.

2.1 DERROTABILIDAD NORMATIVA E INDETERMINACIÓN DEL DERECHO

Como se anunció anteriormente, en esta parte del trabajo se analizan a profundidad los conceptos de derrotabilidad normativa e indeterminación del Derecho, propuestos por el profesor Juan Carlos Bayón, tomando como elemento de trabajo dos de sus ensayos: *“Proposiciones normativas e indeterminación del Derecho”* y *“Derrotabilidad, indeterminación del Derecho y positivismo jurídico”*³⁷, en los cuales se definen estos conceptos y se analizan, en el contexto de los mismos, algunas de las prácticas jurídicas y conceptos que ayudan a entender la tesis del autor.

En sus reflexiones, el profesor Juan Carlos Bayón inicia haciendo un análisis de los sistemas normativos, precisando que para los años 50's éstos se encontraban permeados por una altísima incidencia de la lógica deóntica, donde se le daba poca importancia a la ambigüedad de las expresiones deónticas. Bajo este contexto, el autor examina el trabajo de otros autores para conceptualizar acerca de la interpretación de los sistemas normativos bajo dos perspectivas:

1. La prescriptiva y representativa, que se caracteriza por estar llena de simbolismos y en la que se podría encasillar a las normas jurídicas.
2. Y otra descriptiva, donde se presenta lo que él denomina como *“proposiciones normativas”*.

Haciendo esta distinción, se hace un estudio acerca de la lógica y relación entre una y otra, y se afirma que las proposiciones normativas gozan de valores de verdad mientras se cuestiona la veracidad de las normas. Bayón, desde esta perspectiva, y tomando problemas como la distinción entre los casos fáciles y difíciles, la diferencia entre reglas y principios, la derrotabilidad valorativa y la adjudicación de valores veritativos a las formulaciones de proposiciones normativas, pretende demostrar la indeterminación parcial del Derecho desde dos ópticas: la primera por la imprecisión en los valores semánticos que la componen, de tal forma que en casos donde las normas tengan un contenido semántico claro, no se tendrán problemas a la hora de aplicar la norma, pero habrá casos en que los contenidos semánticos ofrezcan dificultades o se ubiquen en la penumbra, por lo cual surgen los casos difíciles y para la resolución de los problemas no basta con la aplicación de la norma, entonces se tendrán que tener en cuenta otros aspectos o consideraciones valorativas para dar respuesta a los mismos; la segunda óptica corresponde a la derrotabilidad normativa.

Haciendo las anteriores afirmaciones, se hace una precisión conceptual acerca de las denominadas proposiciones normativas y se las significa como una expresión deóntica, utilizada para enunciar que cierta acción es obligatoria, prohibida o permitida de acuerdo con la relación del conjunto de normas. De esta manera

³⁷ Ensayos tomados del libro: BAYÓN, Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales, Op. Cit.

Bayón, aprovechando la filosofía de autores como Caracciolo³⁸, explica que la veracidad de una proposición normativa depende de los hechos sociales que la anteceden y condiciona de esta manera la existencia de normas jurídicas a la ocurrencia de esos hechos, ya que en la producción normativa el legislador tiene en cuenta los hechos que se presentan en los cuadros sociales, que ofrecen problemas o situaciones difíciles y que necesitan ser regulados.

Pese a lo afirmado, Bayón aclara que las normas jurídicas no son entidades empíricas como pudiera parecer por lo explicado, admite que son entidades abstractas que tienen un contenido significativo, compuesto por actos lingüísticos y textos indeterminados; por lo que no se podría concluir que la ocurrencia de ciertos hechos no depende de la existencia de normas, sino todo lo contrario. El hombre actúa conforme a sus necesidades, pasiones y creencias; su actuar está regido por su instinto humano y no por la prescripción de reglas o normas jurídicas, las cuales buscan regular este actuar y dar orden en la convivencia social.

También se aclara, por el autor, que las proposiciones normativas no se pueden catalogar como verdaderas o falsas con respecto al Derecho, pero se puede afirmar con mayor certeza que éstas contienen valores de verdad toda vez que las satisfagan a un conjunto complejo de condiciones, que consiste en la ocurrencia de los hechos.

El problema se puede resumir en cómo formular proposiciones normativas con un valor veritativo, si a la vez una norma pertenece o no al sistema dependiendo del valor semántico de sus enunciados, que deben ser considerados como verdaderos o falsos. En cuanto al problema planteado, se podría tomar como solución el incorporacionismo³⁹, en la medida en que la regla de reconocimiento planteada por Hart, incorpore al ordenamiento jurídico principios morales, para que estos justifiquen de alguna forma excepciones a partir de consideraciones valorativas a la hora de aplicar una regla.

Siguiendo con su análisis, Bayón toma la posición sentada por Mazzaresse, quien afirma que una proposición normativa es una función que consta de dos variables: la primera considerada como un valor semántico de un contenido interpretativo y la segunda el valor semántico de un enunciado de validez.

En cuanto a la distinción planteada, se hacen algunas precisiones. Bayón aduce que en cualquier sistema jurídico es posible encontrar normas que se aplican pero

³⁸ CARACCIOLO, R. Existencia de normas. En: Isonomía. No. 27 (1997). p. 159-178.

³⁹ El incorporacionismo dice que la identificación de una norma como derecho puede depender de la existencia de convenciones sociales, además de su valor o corrección moral. En: BAYÓN, El contenido mínimo del positivismo jurídico, Op. cit., p. 12.

que no pertenecen al ordenamiento jurídico vigente, o viceversa, es decir, que una norma jurídica perteneciente al sistema perfectamente puede dejar de ser aplicable. De esta manera, el autor explica, bajo su concepción de proposiciones normativas, que las mismas dependen en su veracidad de la aplicabilidad de las normas jurídicas, jamás de su pertenencia al ordenamiento jurídico.

Otra de las observaciones realizadas por el autor es que para toda norma dependiente en virtud del criterio de legalidad, el valor semántico de un enunciado que afirma su pertenencia al sistema depende a su vez del valor semántico de algún enunciado interpretativo. Ello es así porque determinar el significado de una formulación normativa que establece criterios de pertenencia, es un paso importante para decir que otra los satisface.

Las anteriores reflexiones sólo aclaran la posibilidad de si caben o no formular proposiciones normativas con valores veritativos y determinar cuáles son sus características y en qué condiciones se aplican.

Hecho este análisis, el autor toma como punto de partida el pensamiento de Hart, en lo que denomina *“la versión clásica del positivismo jurídico”*, donde se habla de un núcleo claro en las normas jurídicas, núcleo que no permite la generación de dudas respecto a la inclusión de objetos particulares en su denotación. Mediante esta idea, se puede ver el argumento de que una norma de carácter general está compuesta o, mejor dicho, formulada bajo lenguajes considerados como naturales, de tal forma que en cualquier caso de norma general siempre habrá un núcleo aplicable; lo cual deja de lado la posibilidad de consideraciones valorativas de alguna índole y que lleva a la idea de pensar en los denominados *“casos fáciles”* o de un núcleo claro según Bayón y donde el status deóntico está perfectamente claro.

Sin embargo, a la luz de la misma teoría, el autor habla de casos que se podrían llamar fáciles desde el punto de vista jurídico, pero difíciles desde el punto de vista moral, donde se tienen soluciones jurídicas aplicables pero que en la realidad y desde una perspectiva moral se llegaría a soluciones muy distintas de las planteadas inicialmente.

Teniendo en claro la diferencia hecha por el autor, al parecer de los autores del presente trabajo, las situaciones que se describen, las cuales son problemáticas para la definición del Derecho, se aclaran de alguna manera cuando se mira a éste como el resultado de prácticas humanas y de hechos sociales, visión ya explicada en el capítulo primero, donde se analizó la teoría de las fuentes sociales del Derecho y se pudo determinar con claridad que para la identificación de los hechos sociales que fundamentan y le dan contenido al Derecho, dependen del proceso cognoscitivo que la población ha tenido acerca de los fenómenos sociales que se presentan en la realidad; para que así se determinen los valores que pasarán a ser el contenido del Derecho.

Hecha la aclaración, que en la teoría de Hart es clara, Bayón también analiza la posición del pensador inglés, acerca de la existencia en los sistemas normativos de ambigüedades que generan los denominados casos difíciles, que no sólo se pueden presentar por ambigüedades o ambivalencias de las normas jurídicas sino también por inconsistencias y contradicciones entre normas, lagunas en el Derecho, etc. La solución planteada para estos casos, según se afirma, no está determinada por el Derecho y por lo tanto las proposiciones normativas para estos casos, según el autor, carecen de veracidad. De esta manera, se muestra la indeterminación en el Derecho desde una perspectiva ya establecida, ya que la solución del problema queda en la libre discrecionalidad del intérprete, que se basará más en preceptos morales que por derivaciones jurídicas.

Se aclara que donde los núcleos generales del Derecho son plenamente aplicables, quedan de lado las posiciones morales y políticas que puedan venir a colación, para ser sólo aplicable la norma general y donde la proposición normativa goza de plena veracidad, con lo que el Derecho se determina. Pero se advierte que en los casos difíciles donde haya discordancias normativas, ambigüedades o lagunas, los preceptos del intérprete u operador cobran mucha importancia; es en estos puntos donde se hace indeterminable el Derecho. Las anteriores son razones suficientes para concluir que la indeterminación del Derecho es evidente, pero que sólo es posible de forma parcial, sin embargo, en cualquier caso y a criterio de los autores plenifican al Derecho, pues la adopción de posiciones o prácticas interpretativas y argumentativas basadas en la, denominada por Hart, norma de reconocimiento, que para nosotros justifica de alguna manera la adopción de criterios morales y políticos, ofrecen una solución a los problemas presentados por la inconsistencia de los ordenamientos jurídicos.

Hecho el análisis desde un punto de vista positivista, tomando como referencia las reflexiones del gran teórico de este pensamiento, Hart, donde se llega a la conclusión de la indeterminación parcial del Derecho, Bayón pasa a hacer una reflexión desde otra concepción, la tesis de la indeterminación radical, donde se afirma que en ningún sistema jurídico pueden haber casos fáciles para la aplicación de las normas, por los distintos problemas de lenguaje dentro de la sociedad, ya que una regla o norma jurídica trae consigo el problema de lenguaje de lo que quiera expresar o de lo que se puede interpretar o comprender de la misma. En este sentido se puede ver que, dependiendo de cada intérprete, se llegará a soluciones diferentes según el problema planteado. Así pues se plantea la indeterminación en el Derecho.

Bayón, tomando la teoría de Kripke⁴⁰, plantea la posibilidad de que ese indeterminismo radical, producto del escepticismo semántico mencionado

⁴⁰ KRIPKE, S.A. Wittgenstein on rules and private language, an elementary exposition. Cambridge (Máss): Harvard University Press, 1982. (Traducción al castellano de A. Tomásini Basools Wittgenstein. Reglas y lenguaje privado. México: UNAM, 1989).

anteriormente, puede ser superado mediante la posibilidad del consenso de la aplicabilidad de normas jurídicas, ya que éstas surgen del acuerdo de la comunidad en su aplicación. Así, una persona no aplica una norma en una sola ocasión y por su voluntad de aplicarla, lo realiza porque el hecho de hacerlo es una práctica social reiterada y la forma de aplicarla según la persona es correcta porque su contexto social estima que es así.

Bayón examina otra posición, donde además de destacar el escepticismo semántico, pone de manifiesto el problema suscitado por el debate entre Hart y Dennis Patterson acerca del propósito de las normas jurídicas, y se plantea la diferenciación entre un caso fácil y un difícil. Desde este punto de partida, donde un caso que por el texto de la norma se podría considerar como fácil, el mismo, por la finalidad que la regla persigue, podría convertirse en un caso difícil. Se advierte, sin embargo, que las consideraciones morales que se puedan tener en algo ya determinado se deben descartar, en este sentido explica el autor que la norma de reconocimiento, que es un presupuesto fundamental para el positivismo jurídico, ha convertido como parte del Derecho a principios morales básicos.

Advierte Bayón que un Estado Constitucional hace explícitas sus condiciones de existencia mediante la formulación de principios. Los principios, por lo tanto, se podrían tomar como normas que prescriben la realización de ciertos valores, sin que se determinen en una forma semántica, pero sí se cataloguen de imperativa observancia por sus implicaciones.

Comprendidos los anteriores argumentos, es claro que en la actualidad ya no se entiende al Derecho como un sistema jurídico compuesto sólo por reglas, las cuales se caracterizan por sus contradicciones, vacíos y espacios de penumbra, se acepta por casi toda la comunidad jurídica que, además de los mencionados, también lo componen los principios jurídicos que complementan a las reglas, justifican la existencia de algunas y descartan la aplicación de otras e introducen, en algunos casos, excepciones para la aplicabilidad de ciertas normas que ofrezcan dificultad en su entendimiento. Bajo esta idea y aterrizando esta teoría en la realidad, se puede ver que la interpretación cobra mucha importancia en la práctica jurídica, ya que para la solución de un caso en particular no basta la simple aplicación de reglas bajo la subyugación de los hechos a éstas.

La interpretación jurídica buscará, en este sentido, nuevos caminos para dar soluciones reales a los operadores jurídicos en los casos difíciles que se le pudieren presentar, descartando de esta manera la vieja hermenéutica jurídica predicada por corrientes positivistas de vieja data, como el formalismo jurídico ya abordado en el primer capítulo del presente trabajo. En las actuales prácticas jurídicas, se ha vuelto común establecer criterios interpretativos que son aceptados por casi toda la comunidad y que se han convertido en lo que se podría llamar factores de decisión a la hora de resolver un problema jurídico, criterios interpretativos que se basan en la protección de derechos fundamentales,

maximización de principios jurídicos y que se introducen a los sistemas jurídicos desde la concepción de los Estados Constitucionales. En este orden de ideas, la interpretación de las normas jurídicas se tiene que hacer de tal manera que se produzca un *“efecto de irradiación de los derechos fundamentales”*⁴¹, donde se establezcan límites a las reglas, con el fin de los propósitos ya anotados.

Sin embargo, aunque el Derecho actual busca la protección a ultranza de los derechos fundamentales, es claro y aceptado que los mismos pueden ser limitados de alguna manera por reglas y normas de carácter jurídico, siempre y cuando dicha normatividad busque la protección de derechos fundamentales de carácter general; aquí encuentra fundamento la máxima de que: el derecho mío llega hasta donde llega el derecho del otro. Pese a lo afirmado, la limitación de esos derechos fundamentales, so pretexto de la protección de otros, deberán estar sometidos a una profunda ponderación, de tal manera que las decisiones tomadas, producto de la misma, tengan un grado de racionalidad y el límite impuesto a un derecho fundamental se justifique en la protección de otro con mayor jerarquía. Es así como *“el alcance de una norma que, en general, establece un límite válido a un derecho fundamental, puede ser a su vez limitado en atención a ese mismo derecho en algunas circunstancias, cuya especificación parece remitirse de nuevo a la ponderación de derechos en conflicto en las circunstancias del caso en concreto”*⁴².

De lo anterior, resultará fácil comprender muchas de las prácticas adoptadas en la actualidad, como la interpretación teleológica de las normas jurídicas, donde la aplicación o inaplicación de una norma jurídica clara dependerá de la consecución de los fines que la norma busca, sin tener en cuenta que esta sea clara o fácilmente subsumible a un hecho en específico. De este modo, *“todos los sistemas jurídicos que no son familiares aceptan el criterio interpretativo, según el cual la aplicación de una norma a un caso indubitadamente comprendido en su tenor literal, es improcedente cuando el resultado de dicha aplicación sea manifiestamente irracional o absurdo”*⁴³.

Aunque lo ya descrito, según el profesor Juan Carlos Bayón, no ofrece tema de discusión entre los juristas y teóricos del Derecho, ya que la aceptación a tales prácticas parece ser plena, no ocurre lo mismo en la construcción conceptual de tales prácticas, pues desde esta perspectiva no parece existir consenso alguno.

La definición del Derecho desde esta óptica, según el autor en mención, puede ser encasillada en la derrotabilidad normativa, teoría que tiene a las normas jurídicas

⁴¹ Denominación utilizada por el Tribunal Constitucional Español, según Juan Carlos Bayón.

⁴² BAYÓN, Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales, Op. cit., p. 160.

⁴³ *Ibíd.*, p. 162.

como entes sujetos a excepciones implícitas, es decir, a circunstancias que aunque no estén explícitamente enunciadas derrotan la solución normativa prevista. Según este autor, los antecedentes de esta teoría se remontan a los primeros escritos de Hart, quien planteó la posibilidad de la existencia de normas de carácter abierto, con unos contenidos poco precisos y sujetas a excepciones implícitas, las cuales no pueden ser aplicadas de la misma manera en determinadas circunstancias. Con estas bases, la teoría de la derrotabilidad se sigue desarrollando hasta el punto de concluir que la misma se estructura con las ideas de teóricos ya estudiados hasta el momento, como son Dworkin y Alexy, quienes en su discusión acerca de la diferencia entre reglas y principios, plantean fenómenos que se presentan en la realidad social y sirven de base para el razonamiento jurídico actual.

El autor, desde la teoría de Dworkin, analiza que los principios jurídicos por sus características son normas derrotables o abiertas, mientras las reglas potencialmente son normas inderrotables o cerradas. Sin embargo, es claro que las reglas de carácter jurídico pueden ceder a los principios en la medida de que estos últimos constituyan excepciones a las reglas, lo que se traduciría en que éstas pueden ser derrotables, descartando de plano la idea del carácter inderrotable de las mismas. Pese a lo afirmado, según Bayón, no todas las reglas son derrotadas por los principios jurídicos; ésto depende de cada situación en particular.

Con todo lo anterior, Bayón sólo quiere orientar acerca de la concepción del Derecho, partiendo de las prácticas jurídicas actuales y da una posibilidad teórico-filosófica para la comprensión y reconstrucción conceptual de tales prácticas, al plantear una noción de derrotabilidad que a la luz de otros autores pudiera parecer inconsistente, pues al hablar del término no hay acuerdos respecto de su significado o alcance.

Mientras para algunos la derrotabilidad de las normas se da siempre y en todos los casos, para otros el mismo fenómeno sólo se presenta en algunos casos en específico y dependiendo de las circunstancias; en tal sentido, estos últimos entienden que *“la derrotabilidad se presenta a veces como una característica inevitable de las normas jurídicas, y otras como una propiedad meramente contingente a las mismas”*⁴⁴. Para muchos pensadores, la teoría de la derrotabilidad normativa tiene el firme propósito de cuestionar y poner en duda la viabilidad del positivismo jurídico, mientras que para otros, incluido el autor, el planteamiento de esta teoría sólo busca una reconstrucción conceptual de las prácticas jurídicas.

De esta manera, Bayón comienza analizando la obra de Hart, para lanzar su teoría de la indeterminación parcial del Derecho, y para tal efecto empieza mencionando

⁴⁴ *Ibíd.*, p. 171.

el contenido del capítulo VII de *“El concepto del Derecho”*, donde el positivista presenta sus opiniones desde la diferenciación de dos concepciones del Derecho: el formalismo jurídico y el escepticismo ante las reglas. De este capítulo se desprende la teoría de la indeterminación parcial del Derecho, ya que se plantea límites y problemas en el lenguaje contenido en las normas jurídicas.

Hart dice que las normas jurídicas, en su contenido, tienen un núcleo de significado que en algunos casos es claro y existe un acuerdo general respecto de su significado, ya que en éstas están formuladas por un lenguaje natural y que, por consiguiente, no se necesitan consideraciones valorativas para su aplicación, lo cual implica que en esta clase de normas existe un núcleo lingüístico claro de aplicación *“e ignorar la existencia de este núcleo claro sería el pecado capital del escepticismo ante las reglas”*⁴⁵ si se llegara afirmar tal cosa.

Pero también se afirma en el texto de Hart que, en ciertas ocasiones, no existirá un acuerdo general sobre los contenidos de las normas, por lo que éstas se ubican en la zona de penumbra y las decisiones jurídicas que se tomen en estas circunstancias deberán ser discrecionales, ya que se deben tomar disposiciones entre alternativas abiertas, que ofrece la denominada zona de penumbra *“e ignorar la existencia de este núcleo claro sería el pecado capital del formalismo”*⁴⁶.

Los problemas descritos anteriormente pueden ubicarse dentro de la vaguedad del Derecho, ya que tratan de contrariedades lingüísticas, pero dicha vaguedad no es el único factor para la indeterminación parcial del Derecho. Según Hart, hay otro factor determinante para dicha indeterminación, y es la ignorancia del individuo de las futuras realidades sociales que el Derecho no puede determinar en cuanto a los hechos y propósitos. En ese sentido nos aclara Bayón que este factor suplementario tendría que ver con nuestra relativa ignorancia de los hechos y nuestra relativa indeterminación de propósitos, esto es, con nuestra incapacidad para prever todas las posibles combinaciones de circunstancias que el futuro puede deparar y para tener una postura tomada respecto a qué se debería hacer en cada una de ellas.

Hart resalta la idea de la posibilidad de adoptar *“actitudes hacia las reglas verbalmente formuladas, que consiste en aferrarse a ciertas características presentes en el caso obvio e insistir en que ellas son a la vez necesarias y suficientes para que todo aquello que las posea quede comprendido por la regla, cualquiera que sean las restantes características que puedan tener o que puedan faltarle, y cualquiera que sean las consecuencias sociales que resulten de aplicar la regla de esa manera. Hacer esto es asegurar un grado de certeza o*

⁴⁵ *Ibíd.*, p.175.

⁴⁶ *Ibíd.*, p.175.

*predictibilidad al precio de prejuzgar ciegamente lo que ha de hacerse en un campo de casos futuros, cuya composición ignoramos*⁴⁷.

Pese a la opinión de Hart, la posición tomada por Bayón se concreta en que la resolución de hechos futuros e inciertos que no están contenidos en una norma jurídica tendrán que resolverse en el instante en que estos lleguen a presentarse, para que dicha solución sea razonable y coherente con el momento y las circunstancias del mencionado hecho.

2.2 LA DERROTABILIDAD DEL RAZONAMIENTO JURÍDICO

En otro de sus ensayos⁴⁸, el profesor español Juan Carlos Bayón, considera que un aporte esencial a la teoría del razonamiento jurídico es aquella según la cual éste se puede considerar como derrotable. Para él, en la actualidad se ha presentado este aporte de una forma más sistemática y elaborada, buscándose así dos objetivos: el primero, es convencer que lo fundamental del razonamiento jurídico son ciertas cualidades que lo hacen no monotónico; el segundo, es sostener que la lógica clásica no es apta para sustentar el razonamiento jurídico, debido a que éste es derrotable.

Para lograr esta empresa, Bayón empieza explicando por qué el razonamiento jurídico es derrotable. Para él, el argumento más seguido es aquel que afirma que un *“razonamiento jurídico es derrotable porque las normas jurídicas mismas son derrotables”*⁴⁹, idea o concepto que proviene de una determinada forma de concebir cómo se desenvuelve la relación entre principios y reglas en los sistemas jurídicos contemporáneos; por tal motivo, las discusiones en torno a establecer la derrotabilidad o no del razonamiento jurídico tienen que ver con aspectos esenciales de la teoría del Derecho.

Entonces, para demostrar la derrotabilidad del razonamiento jurídico, Bayón propone dos argumentos: el primero de ellos es que efectivamente las normas jurídicas pueden ser derrotables, pero no se puede afirmar, según él, que todas lo sean, lo cual implica que este argumento no puede ser tomado como aspecto central de la tesis de la derrotabilidad del razonamiento jurídico; el segundo de ellos propone que no cabe duda en sostener en que el razonamiento jurídico es derrotable, pero sin poner *“en tela de juicio el carácter subsuntivo de la*

⁴⁷ HART, El Concepto de Derecho, Op. cit.

⁴⁸ Ensayo titulado por BAYÓN: ¿POR QUÉ ES DERROTABLE EL RAZONAMIENTO JURÍDICO? Tomado del libro: Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales. Serie de teoría jurídica y filosofía del derecho No. 27. 1ª edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, julio de 2003.

⁴⁹ BAYÓN, Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales, Op. cit., p. 266.

*justificación jurídica*⁵⁰. Pero, para llegar a este punto, Bayón explica tres tesis que él considera no correctas con respecto a la derrotabilidad del razonamiento jurídico:

El primer argumento o tesis sostiene que el razonamiento jurídico es derrotable, el cual no se lo considera correcto, es denominado "*derrotabilidad procesal*", tesis que sostiene que en el campo de la aplicación judicial del Derecho no se puede afirmar que la consecuencia jurídica de un caso concreto no depende simplemente de que se den un determinado conjunto de condiciones, tanto positivas como negativas, que contienen las normas jurídicas. Esto es así porque en el ámbito jurisdiccional, al entablarse un proceso judicial, el demandante debe probar que se dieron las condiciones positivas requeridas por una norma jurídica para lograr que el juez le conceda la pretensión que él ha solicitado; mientras que el demandado asume la carga de probar las condiciones negativas o excepciones explícitas contenidas en una norma jurídica, para de este modo evitar perder el litigio. Por lo tanto, para que se llegue a una decisión, por parte del juez, se debe distinguir entre hechos que han de ser probados por el demandante y suposiciones por defecto que no han de ser desvirtuadas por alguna prueba en contrario.

Quienes defienden la derrotabilidad procesal, en consideración de Bayón, sostienen que la consecuencia del anterior planteamiento es que el razonamiento jurídico es no monotónico o derrotable, pues no se podría entender cómo se puede fundamentar una decisión a partir de probar condiciones positivas y, a la vez, quedar desvirtuada la misma decisión si se logró probar una condición negativa establecida en una norma jurídica. Por lo tanto, el razonamiento jurídico sería derrotable como consecuencia de la forma en que están establecidos los procedimientos jurídicos, pues la lógica clásica no podría superar este tipo de evento procesal.

El profesor Bayón, siguiendo a Rodríguez y a Sucar, afirma que la tesis o argumento de la derrotabilidad procesal ignora que en el razonamiento judicial operan también normas de tipo secundario, ya que no es necesario escapar de la lógica clásica para llegar a una conclusión jurídica, sino más bien sólo es necesario una norma secundaria, la cual, en palabras de Bayón al utilizar un ejemplo, autoriza al juez para:

Dictar una decisión con el contenido c, toda vez que el demandante haya probado p y el demandado no haya probado e (y también no dictarla, a pesar de que se haya probado p, si además el demandado ha probado e). Lo que hay que retener, por tanto, es que se ha de distinguir entre una norma primaria que establece cuáles son las condiciones para que se obtenga una cierta consecuencia jurídica; y una norma secundaria que establece cuáles son las condiciones para que los jueces dicten una

⁵⁰ *Ibíd.*, p. 268.

decisión que tenga a dicha consecuencia jurídica como contenido cuando enjuicia un caso⁵¹.

Es decir, el juez establece una consecuencia jurídica teniendo en cuenta no sólo las condiciones establecidas en una norma jurídica primaria, sino que también debe observar si se cumplieron todas las condiciones exigidas en una norma jurídica secundaria.

En conclusión, Bayón afirma lo siguiente respecto a la tesis de la derrotabilidad procesal: *“en resumen, el argumento de la derrotabilidad procesal fracasa porque confunde una regla jurídica secundaria de adjudicación con una supuesta regla de inferencia no monotónica. Y, en consecuencia, la asignación de cargas de la prueba en los procedimientos jurídicos no implica que el razonamiento jurídico sea no monotónico”*⁵².

El segundo argumento o tesis que sostiene que el razonamiento jurídico es derrotable, y que para el profesor Bayón no es correcto, es denominado por el español como *“conocimiento incompleto”*. Según el profesor español, éste argumento sostiene que al darse una solución a un problema jurídico, así haya la posibilidad de identificar exhaustivamente las excepciones a una norma jurídica, es probable y común que el operador jurídico no tenga presente toda la información necesaria para resolver una situación concreta, pues el conocimiento y la atención del ser humano no puede fijarse en todas las circunstancias de hecho y de derecho requeridas, sino que sólo se fijan en una parte de aquellas.

Este argumento o tesis establece que todas nuestras creencias son derrotables, ya que éstas pueden ser justificadas racionalmente, pero la aparición de nueva información puede lograr que aquellas sean reemplazadas, es decir, que el operador jurídico está constantemente reevaluando sus creencias acerca de cómo darle salida a cualquier problema jurídico y a cualquier situación de hecho y de Derecho que se presente. De este modo, todo razonamiento con información incompleta sería derrotable.

Para el profesor español es cierto que las creencias pueden estar en constante proceso de revisión, debido a que si aparecen nuevos datos relevantes el sujeto racional debe reevaluar o replantear sus creencias. En ese sentido, Bayón menciona lo siguiente: *“cabe por tanto considerar como tesis de epistemología general que toda creencia es derrotable y que decir de alguna de ellas que está justificada, es tanto como decir que, en relación con la información disponible, no ha quedado derrotada”*⁵³. Pero para él, y en contravía de lo explicado

⁵¹ *Ibíd.*, p. 277.

⁵² *Ibíd.*, p. 278.

⁵³ *Ibíd.*, p. 282

anteriormente, el hecho de que una consecuencia jurídica, producto de unas premisas de derecho y de hecho, pueda ser cambiada producto de una nueva información que modifique estas dos clases de premisas, no significa que se apure a afirmar que el razonamiento jurídico sea derrotado porque se reformularon las premisas que dan una solución distinta a un caso concreto.

Desde un punto de vista lógico, no se ha derrotado el razonamiento jurídico, pues según Bayón, ésto no significaría que el método deductivo a través del cual se hace ese proceso de subsunción de la conclusión por medio de las premisas se haya dejado de utilizar, o en palabras del autor: *“no se habría puesto en tela de juicio el carácter deductivo de la inferencia que nos lleva de las premisas a la conclusión”*⁵⁴. Pues para Bayón, un razonamiento sería derrotable sólo en el evento de conservarse las premisas iniciales y a pesar de ésto *“su relevancia queda socavada por la información añadida, de un modo tal que se desplaza la vieja conclusión”*⁵⁵, puesto que esta inferencia ya no se regiría por la lógica o el método deductivo, es decir, el razonamiento jurídico sería sólo en este evento no monotónico.

El tercer argumento o tesis que sostiene que el razonamiento jurídico es derrotable, y el cual para el profesor Bayón no es correcto, es denominado por el español como *“tratamiento de las excepciones en la representación del conocimiento jurídico”*. Según el profesor español, este argumento sostiene que, a partir de un conflicto de reglas, es posible obtener de todo el ordenamiento jurídico, normas jurídicas completas e independientes o, en otras palabras, unas metanormas, que faciliten la superación del conflicto de reglas. Es necesario, según este argumento, que tanto las condiciones positivas como también las excepciones, queden concentradas en metanormas separadas.

De esta manera, si se separa las excepciones en normas separadas, se derrotaría el razonamiento jurídico, pues no sería aplicable el método deductivo o la lógica clásica o, en palabras de Bayón, lo que tendríamos, entonces, sería un marco de razonamiento no monotónico, en el que aplicando una norma a un caso sería posible obtener una conclusión válida que, sin embargo, no se podría seguir manteniendo si se añade la información de que es subsumible también en el supuesto de hecho de otra norma, sin que ello implicara que el antecedente de la primera había sido formulado de manera incorrecta. En suma: si se admite que las unidades apropiadas para operar como premisas del razonamiento jurídico son las normas tal y como aparecen formuladas en los textos legales, lo que exigiría la existencia de excepciones, sería la adaptación *de la lógica misma* (es decir, la sustitución de la noción de inferencia deductiva por la de inferencia no monotónica), y no la reformulación de las premisas del razonamiento para que las

⁵⁴ *Ibíd.*, p. 283.

⁵⁵ *Ibíd.*, p. 284.

excepciones queden incorporadas en ellas (que es lo que nos permitiría seguir manejando una lógica clásica).

El profesor Bayón formula varias objeciones a esa tesis de la derrotabilidad del razonamiento jurídico. En primer lugar, él considera que hay diversas maneras que se pueden utilizar para individualizar normas jurídicas, no sólo el de crear una base del conocimiento jurídico del cual se obtenga un sistema experto. En segundo lugar, Bayón afirma que no sólo es necesario que la representación del conocimiento propuesta sea completa, además es necesario establecer metanormas que establezcan relaciones de prioridad que resuelvan conflictos de reglas que pudieren llegar a existir. Si esto sucede, es decir, si se establecen relaciones de prioridad, para Bayón no tiene sentido separar las metanormas contentivas, de condiciones de las metanormas contentivas, de excepciones, ya que se acabaría la modularidad del sistema, pues las metanormas jurídicas ya no serían tan independientes debido a la existencia de otro tipo de metanormas o normas jurídicas contentivas de relaciones de prioridad.

Por todas las objeciones hechas al argumento anterior, es decir, al denominado *“tratamiento de las excepciones en la representación del conocimiento jurídico”*, se considera la importancia de replantear los argumentos esgrimidos a favor de una teoría de la derrotabilidad del razonamiento jurídico como la planteada anteriormente. De esta manera, Bayón considera que la obtención de metanormas jurídicas deben ser el punto de llegada del razonamiento jurídico y no su punto de partida, ya que en su consideración *“no se puede razonar a partir de normas concebidas en esos términos, porque sólo se accede a ellas cuando el razonamiento alcanza su conclusión. Por tanto, no se debería considerar que una norma con todas las excepciones relevantes incorporadas ya en su antecedente es una premisa adecuada para el razonamiento jurídico”*⁵⁶, ya que lo que se persigue a través del razonamiento jurídico es buscar el Derecho aplicable a un caso genérico, así el Derecho a aplicar sea falible y corregible las veces que sea necesario.

Pero para Bayón, además, es posible a través del razonamiento jurídico encontrar el Derecho que debemos aplicar a un caso concreto o individual a través de una deducción lógica que nos permite subsumir una conclusión. La premisa mayor para encontrar una respuesta a un caso concreto será entonces, para Bayón, uno de aquellos juicios sobre casos genéricos. De este modo *“no hay que entender que esta inferencia sea algo distinto de la deducción clásica sólo porque su conclusión decaiga cuando una de sus premisas haya de ser reemplazada porque se ha revelado errónea. Que la premisa sea ‘derrotable’ (en el sentido de falible o revisable) ni implica que la inferencia misma sea derrotable (en el sentido de no deductiva)”*⁵⁷.

⁵⁶ *Ibíd.*, p. 291.

⁵⁷ *Ibíd.*, p. 292.

Después de hacer la crítica a los tres anteriores argumentos o tesis que propugnan por afirmar que el razonamiento jurídico es derrotable, Bayón explica de manera sucinta dos argumentos que según él explican el fenómeno de la derrotabilidad del razonamiento jurídico. En efecto, para demostrar lo anteriormente afirmado, Bayón propone en resumidas cuentas: en primer lugar, que el fenómeno de la derrotabilidad del razonamiento jurídico puede ser explicado a partir del carácter derrotable de casi todas las normas jurídicas, de tal manera que este argumento no puede ser tomado como el núcleo esencial de la tesis de la derrotabilidad del razonamiento jurídico; en segundo lugar, para Bayón es doble demostrar el carácter derrotable del razonamiento jurídico, sin poner en duda la lógica clásica ni el método deductivo, es decir, que el carácter subsuntivo de la justificación jurídica sigue vigente y, por ende, no se puede afirmar que el Derecho sea totalmente indeterminado.

Para explicar el primer argumento esgrimido anteriormente, Bayón recuerda el concepto de norma derrotable al plantear que *“las normas jurídicas son derrotables -o ‘abiertas’- equivale a sostener que están sujetas a excepciones implícitas que no pueden ser identificadas exhaustivamente de antemano”*⁵⁸. Este concepto de norma derrotable, el cual ha sido ampliamente aceptado, según Bayón, también ha sido objeto de confusiones. Para Bayón es importante dejar en claro que la derrotabilidad normativa no consiste en sostener que cuando el juez se aparte de la norma jurídica por consideraciones morales, se haya derrotado a la norma jurídica, ya que no se puede confundir la aplicación del Derecho con la pregunta de si se debe o no hacerlo de acuerdo con la moral, porque en lo que realmente consiste la derrotabilidad está en el hecho de que el operador jurídico encuentre, al momento de aplicar el Derecho, excepciones implícitas que no fueron previamente consideradas por el órgano creador del Derecho.

Por otra parte, Bayón considera que es pertinente dilucidar este último aspecto. En efecto, él asevera que el verdadero significado de lo que en realidad se quiere sustentar al expresar que una norma jurídica es derrotable, es que ni siquiera es viable encontrar previamente todas las circunstancias *genéricas* que compondrían sus excepciones.

Pese a lo afirmado y explicado hasta el momento, para nosotros es importante tener en cuenta el origen de las excepciones implícitas que se introducen a las reglas, pues si bien es cierto éstas no son fácilmente identificables de antemano por el operador jurídico a la hora de la aplicación del Derecho, no se puede descartar que las mismas no hayan sido previstas por el legislador al momento de emanar las normas, ya que en desarrollo del principio de libertad de configuración normativa se pueden introducir normas que, aunque aparenten ser oscuras, vacías o transgresoras de normas fundamentales, las mismas por suposición del

⁵⁸ *Ibíd.*, p. 293.

legislador sólo pueden ser interpretadas en contexto con otras reglas y principios que conforman el ordenamiento jurídico. Reglas interpretativas que constituirían potencialmente excepciones implícitas que no fueron expresadas en la norma, pero que fueron previstas por el legislador para su aplicación, en razón de la principiología u otras técnicas interpretativas como la teleología y no sólo la subsunción de hechos en normas, que se descarta por la estructura del ordenamiento jurídico.

Hecha la anterior aclaración, y a consideración del profesor español, el problema de la derrotabilidad normativa puede ser presentado como una consecuencia de que en los Estados modernos y constitucionales, hay una interacción normativa de dos niveles, los cuales son, en primer lugar, los principios jurídicos y, en segundo lugar, las reglas. Él entiende que los principios encarnan un valor y son razones para que se den ciertos estados de cosas; por tal motivo puede haber colisiones entre éstos y, en consecuencia de lo anterior, en tal caso se deben someter a una ponderación, es decir, los principios deben ser sopesados en caso de conflicto. En cambio, afirma que las reglas jurídicas pretenden lograr certeza, pues el legislador trata, a través de éstas, suministrar por anticipado una respuesta a cualquier clase de casos. Por tal motivo, las reglas se aplican si se dan las condiciones que se establecen en éstas, es decir, no se ponderan como los principios, sino que se aplican o no se aplican.

Para Bayón, quienes defienden que toda norma jurídica es derrotable, se amparan en el hecho de que en un proceso de interacción entre reglas y principios, no habría norma a la cual no se le pudieran fijar excepciones implícitas, por el motivo de que todo principio está sujeto a ser ponderado. De este modo, Bayón afirma que el argumento que establece que toda norma es derrotable puede resumirse así: *“dado que no es posible precisar de antemano en cuáles casos genéricos prevalecerá un principio sobre otros y que cualquier regla está sujeta a excepciones implícitas por razones de principio (lo que nos reconduciría de un modo u otro a un balance entre principios), toda norma jurídica, ya sea un principio o una regla, tendrá excepciones implícitas que no es posible identificar genéricamente por anticipado”*⁵⁹.

No obstante, para Bayón, a este punto de vista acerca de la derrotabilidad del razonamiento jurídico, se le pueden plantear dos cuestionamientos por transformar en indispensables unas características de los sistemas jurídicos que no más son contingentes. En primer lugar, él considera que insertar excepciones implícitas por la interacción de principios con las reglas no es un rasgo necesario de los sistemas jurídicos, pues esta interacción depende más de las prácticas interpretativas vigentes en una sociedad. Un ejemplo de lo anteriormente afirmado es el hecho de que puede existir en otros sistemas jurídicos lo que se denomina un modelo de normas blindadas o atrincheradas, que establecen en su mayoría

⁵⁹ *Ibíd.*, p. 298

las condiciones necesarias para establecer respuestas jurídicas. De este modo, este modelo tratará en la mayor parte posible de tener normas jurídicas inderrotables.

Como segundo cuestionamiento, Bayón arguye que este planteamiento acerca de la derrotabilidad del razonamiento jurídico no establece que haya metanormas que establezcan relaciones de prioridad cuando se sopesen principios, y mucho menos cuando haya interacción entre principio y normas que no sean consideradas atrincheradas o blindadas. Este segundo hecho, acerca de la existencia de relaciones de prioridad en un sistema jurídico, para el profesor español es contingente y no indispensable, pues para él hay casos paradigmáticos a los cuales sí se les puede establecer relaciones de prioridad a través de metanormas jurídicas, en caso de que los principios jurídicos entren en colisión y por tal motivo sean ponderados o sopesados. Aunque él enfatiza en el hecho de que si no existieran dichas metanormas jurídicas, el Derecho sería indeterminado en todas las situaciones en las que se apliquen todas las normas que sean derrotables. Por tal motivo, afirma lo siguiente: *“en suma, pueden existir normas jurídicas auténticamente derrotables, pero allí donde las haya, habrá en el sistema jurídico una bolsa de indeterminación”*⁶⁰.

Por todo lo analizado anteriormente, el profesor español considera que es peligroso aseverar que todas las normas jurídicas sean derrotables, pues la consecuencia de la anterior afirmación es dar por sentado que el Derecho en sí, sea indeterminado de manera absoluta. De este modo, el Derecho ya no sería convencional y se recurriría para dar solución a diversas situaciones a criterios extrajurídicos.

Como paso a seguir y como consecuencia de lo discrepado, Bayón entra a indagar si todavía es posible sostener la idea de la derrotabilidad de todas las normas jurídicas sin aceptar la idea de que el Derecho sea totalmente indeterminado. Para hacer realidad esta propuesta, sería necesario establecer que el Derecho es determinado en casos individuales, es decir, en este evento se podría establecer una respuesta jurídicamente correcta, partiendo del hecho de que toda norma jurídica es derrotable, pero sin caer en el error de argüir que en los casos genéricos también pueda suceder lo mismo, pues en esta situación el Derecho sería indeterminado.

Este argumento, para este autor, debe ser reforzado con el concepto o punto de vista alternativo que él considera más adecuado y el cual consiste en sostener que la ponderación es un presupuesto de la subsunción y no un modo de aplicar las normas totalmente diferentes a ésta, porque así sería admisible concluir de entrada que a través de la ponderación se extraen las excepciones implícitas de los principios y las reglas, para posteriormente tener a disposición las metanormas

⁶⁰ *Ibíd.*, p. 300.

jurídicas contentivas de relaciones de prioridad, para realizar de este modo el proceso de subsunción. Y afirma lo siguiente: *“si la operación de ponderación se concibe de esta manera, su resultado es un juicio acerca del Derecho que consideradas todas las cosas es aplicable a un caso genérico (o lo que es lo mismo, que desde un punto de vista lógico contiene un cuantificador universal). Y de este modo, como último paso, la justificación jurídica se lleva a cabo subsumiendo en él, el caso individual que está considerando”*⁶¹.

Por lo anterior, asevera que la justificación jurídica es derrotable en el entendido restringido a que su premisa mayor es derrotable, pero sin llegar a sacrificar el carácter subsuntivo último del razonamiento jurídico.

Por tal motivo, él concluye que los defensores del argumento que sostienen que toda norma jurídica es derrotable, se han adscrito erróneamente a una doctrina que él no considera correcta y a la cual denomina como *“particularismo jurídico”*, que según él consiste en lo siguiente:

El particularista (jurídico o moral) impugna la idea misma de que la justificación consista en subsumir supuestos particulares bajo criterios generales. Su lema, por el contrario, es que el peso de cualquier razón (o incluso el que sea una razón) es irreductiblemente *“dependiente del contexto”* o *“relativo al caso concreto”* (HAGE, 1197, p. 116), es decir, algo que depende, de un modo que escapa a cualquier intento de articular condicionales cuantificados universalmente, de todos los rasgos presentes (o ausentes) en cada situación particular. Lo que, supuestamente, haría necesaria una peculiar capacidad de *“juicio”* o *“discernimiento”* que habría que ejercer en el caso concreto para poder alcanzar la respuesta (jurídica o moral) correcta, una presunta *“sensibilidad”* que en palabras de DANCY, en *“ser capaz de distinguir lo correcto caso por caso”* (DANCY, 1993, p. 64)⁶².

Bayón no comparte esta postura del particularismo jurídico, en primer lugar, por el hecho de que ésta renuncia a toda inferencia subjuntiva; en segundo lugar porque tiene un gran obstáculo en explicar en qué consiste ese discernimiento entendido de esa forma tan extraordinaria, ya que no parece existir una respuesta adecuada a que la respuesta jurídicamente correcta lograda a partir de ese discernimiento no sea arbitraria. Lo anterior es causa suficiente para que él asevere esta conclusión: *“parece por tanto, a fin de cuentas, que a quienes mantienen que todas las normas jurídicas son realmente derrotables no les baste con recurrir al particularismo jurídico para evitar la conclusión de que el Derecho es globalmente indeterminado”*⁶³.

⁶¹ *Ibíd.*, p. 303.

⁶² *Ibíd.*, p. 304.

⁶³ *Ibíd.*, p. 306.

Para finalizar, y después de realizar todo el análisis a este ensayo de Bayón, se debe aseverar que este autor propugna por la viabilidad de la tesis que establece que el razonamiento jurídico puede llegar a ser derrotable; pero para él, el hecho de que las normas jurídicas puedan ser derrotables, no significa lo anterior, que todas lo llegaren a ser, lo cual implica que este argumento no puede ser tomado como aspecto central de la tesis de la derrotabilidad del razonamiento jurídico, debido a que el particularismo jurídico no responde satisfactoriamente a la idea de que el Derecho es totalmente indeterminado. Como consecuencia anterior y, desde su punto de vista, el profesor español opina que el razonamiento jurídico tiene un carácter derrotable, pero siempre y cuando se llegue a reafirmar que el razonamiento jurídico o la justificación tiene una forma subsuntiva.

2.3 NORMAS JURÍDICAS, PRINCIPIOS JURÍDICOS Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

En este acápite del trabajo, se estudiará la teoría de los principios jurídicos y de la argumentación práctica elaborada por el jurista Robert Alexy, quien parte de analizar una teoría del post-positivismo como la de Ronald Dworkin, la cual fue explicada en el primer capítulo de este trabajo, pero que por la importancia que tiene para el tema a tratar, se la explicará de manera lacónica. Para tal efecto, se toma como herramienta de trabajo el ensayo elaborado por este iusfilósofo: "SISTEMA JURÍDICO, PRINCIPIOS JURÍDICOS Y RAZÓN PRÁCTICA"⁶⁴, texto que parte de la pregunta base de la obra de Dworkin: ¿existe para todo caso jurídico una única respuesta correcta?

Para el autor, la teoría de la única respuesta correcta planteada por Dworkin parte de una teoría de los sistemas jurídicos radicalmente diferente a la planteada por las corrientes iuspositivistas. Alexy considera que para el positivismo, el sistema jurídico está compuesto por reglas, las cuales son consideradas jurídicas si se fundamentan en la validez y la eficacia. Entonces, el sistema normativo es un sistema abierto, lleno de vaguedades y ambigüedades del lenguaje, además de vacíos y lagunas que obligan al juez, cuando se enfrenta a un caso no regulado, a acudir a fundamentos extrajurídicos para dar solución a los diferentes problemas jurídicos que se presenten. En este orden de ideas, se puede concluir que en este sistema normativo no puede existir una única respuesta correcta.

Por el contrario, Dworkin propone como modelo jurídico un sistema de principios, que se compone además de normas jurídicas, que en el caso de que estas últimas no ofrezcan soluciones a los problemas jurídicos que se le presenten, le brinden al juez una respuesta correcta, en base a una ponderación que se ajuste a la constitución, a las reglas del Derecho y, en especial, a los precedentes judiciales.

⁶⁴ ALEXY Robert. Sistema Jurídico, Principios Jurídicos y Razón Práctica. Traducción: Manuel Atienza. Revista Doxa. Universidad de Alicante. 1988.

Desde este punto de vista, Alexy hace un análisis desde dos perspectivas: en un inicio se estudia la teoría de los principios propuesta por Dworkin y desde otro punto de vista plantea una crítica a la tesis primera, pues la considera insuficiente, ya que él piensa que ésta debe ser complementada por una teoría de la argumentación jurídica, fundamentada en la razón práctica.

En cuanto a la teoría de los principios, se retoma el paralelo que Dworkin hace entre los principios y las reglas, afirmando que los principios se pueden concebir como normas. Por lo tanto, hay que diferenciarlas teniendo en cuenta tal afirmación. En tal sentido, se hace una diferenciación dependiendo del grado de generalidad que estos posean. Los principios, entonces, gozarán de un amplio grado de generalidad, mientras las reglas carecen de ese grado de generalidad o lo tienen en una medida muy baja.

Desde otro punto de vista, se analiza el planteamiento de Dworkin, en cuanto a las reglas, ya que según éste las reglas se aplican en su totalidad (todo o nada). Si la regla es válida, debe aplicarse en su totalidad con todas las consecuencias jurídicas que impliquen, pero si es inválida no se aplica y ni siquiera debe tenerse en cuenta. En cambio los principios no, éstos deben ser evaluados desde varias ópticas y sopesados, ya que la aplicación de uno no implica descartar o anular otro, estos deben ser ponderados por su peso en cada caso.

Aún cuando se podría decir que los anteriores aspectos hacen una diferenciación entre cada elemento, Alexy enuncia que la diferencia más importante y sobresaliente de la obra de Dworkin, en cuanto a la distinción entre regla y principio, es la característica de los principios como normas que ordenan hacer algo en la mayor medida posible en consideración a las posibilidades jurídicas y las realidades sociales, normas que se las cataloga como “*mandatos de optimización*”, que son obligatorios y pueden ser cumplidos en la medida de las posibilidades fácticas para su cumplimiento. En cambio, las reglas deben ser cumplidas en su totalidad, de forma plena.

Sin embargo, al tener a los principios como parte integrante del sistema jurídico y del Derecho, se presenta un problema en cuanto a la separación entre la moral y el Derecho, ya que si tomamos a los principios como mandatos de optimización que tienen en cuenta conceptos como libertad, dignidad humana y justicia, será difícil descartar la idea de que la moral incida en la forma de interpretar y argumentar.

Alexy, en otra de sus obras importantes⁶⁵, hace una distinción fundamental entre las reglas y los principios jurídicos, distinción que se realiza desde su aplicación. Es así como se reitera la idea de que los principios son mandatos de optimización que se aplican en razón a las posibilidades fácticas y jurídicas, en la medida en

⁶⁵ ALEXY, Teoría de los derechos fundamentales, Op. cit..

que la aplicación sea posible. En palabras de Alexy, ordenan que algo deba ser realizado en la mayor medida posible, motivo por el cual los mismos no contienen mandatos categóricos y definitivos, ya que para su aplicabilidad se debe tener en cuenta las circunstancias de realidad del caso en concreto y las decisiones pueden variar de acuerdo con cada caso. Los principios presentan razones que pueden ser desplazadas por otras razones opuestas y por ello se afirma que éstos no tienen un contenido determinado. Las reglas, por su parte, tienen en su contenido una manifiesta disposición de lo que se debe hacer, se deben aplicar en todo o en nada y si no se pueden aplicar por razones jurídicas o empíricas, éstas deben ser conducidas a su invalidez por lo que potencialmente tendrían que salir del ordenamiento. De las anteriores afirmaciones, el autor concluye fácilmente que todos los principios tienen un mismo carácter prima facie y todas las reglas un mismo carácter definitivo.

Pese a la simplicidad del modelo expuesto a opinión del autor, se pueden presentar algunas dificultades, ya que este modelo simple puede ser bastante deficiente, por lo que se propone un modelo más diferenciado, pero sin perder de vista el modelo prima facie de los principios y las reglas. En este sentido y respecto a estas últimas, se plantea la posibilidad de la implementación de cláusulas excepcionales para la resolución de ciertos casos, razón por la cual la regla perdería su carácter definitivo descrito anteriormente. La posibilidad planteada acerca de la cláusula excepcional se podría presentar en la aplicación de un principio.

Pese a la afirmación planteada, el carácter prima facie de las reglas se distingue al de los principios en algo que se considera como fundamental. Un principio puede dejar de aplicarse por otro para la resolución de un conflicto, cuando después de un proceso de ponderación se estime que éste tenía menor peso al principio opuesto que fue aplicado, entonces se puede afirmar que un principio fue soslayado por su opuesto. En cambio, una regla jamás podrá ser soslayada, en la medida en que se pondera un principio con otro y la inaplicación de la regla se da a consecuencia de que el principio que la sustenta tiene menor peso.

Además de los aspectos descritos acerca del debilitamiento del carácter definitivo de las reglas y de la descripción del carácter prima facie de los principios, también se analiza respecto de los últimos, que se pueden fortalecer mediante unas cargas argumentativas que justifiquen su aplicación, para que de esta manera, además del peso que estos tienen por el ejercicio de la ponderación, justifiquen su aplicación en un caso determinado mediante la argumentación.

Aunque los planteamientos acerca de la aplicación de los principios pudieran parecer suficientes, Robert Alexy esboza algunas objeciones que se muestran por algunos pensadores respecto a los conceptos de principios: se dice que en la aplicación de éstos y en las prácticas jurídicas, se tienen como ciertas algunas afirmaciones que a opinión de éste, no son tan verosímiles. Se plantea que para

solucionar problemas o conflictos entre principios, la solución a tales conflictos es la declaratoria de invalidez de uno de los principios. En segundo lugar, surge el argumento de que en el sistema jurídico existen principios de carácter absoluto que no pueden ser puestos en duda ni en consideración con otros principios. Y por último, se dice que el concepto de principio es inútil, pues es demasiado amplio y bajo esta concepción se podría justificar cualquier tipo de decisiones, si se los pondera de manera poco ortodoxa.

Para aclarar cada una de estas objeciones, se analiza cada una de ellas por separado. En primer lugar, se considera la posición según la cual la solución del conflicto entre principios es la declaratoria de invalidez de uno de ellos, para lo cual Alexy nos aclara que para que exista un conflicto entre principio o se produzca una colisión entre los mismos, éstos deben ser parte del ordenamiento jurídico y por lo tanto deberán gozar de validez, de tal forma que la ponderación de éstos no implica sacar del ordenamiento jurídico algún principio.

En segundo lugar, se toma la idea de los principios absolutos, donde se tiene la idea de la existencia de algunos principios de carácter absoluto que no pueden ser desplazados por otros en razón de su naturaleza. Sin embargo, la determinación de esos principios absolutos presenta gran dificultad, ya que los principios justifican a nuestro entender la existencia de derechos fundamentales y bienes jurídicos colectivos. Bajo este punto de vista, se descarta la existencia de los llamados principios absolutos, ya que se analiza la posible situación de contradicción entre principios que justifiquen bienes jurídicos colectivos y principios que sustenten derechos fundamentales, en donde se tendría que descartar alguno de ellos si se considera al otro como absoluto y, en consecuencia, negar la existencia o bien de los derechos fundamentales o bien de los bienes jurídicos colectivos, lo que resultaría un abominable error.

Como se observó anteriormente, la aplicación de un principio por encima de otro no implica descartar al principio inaplicado y mucho menos implica que el principio aplicado tenga el carácter de absoluto. La aplicación de uno u otro principio depende del proceso de ponderación, donde se determine cuál de los dos tiene mayor peso en el caso en concreto, depende de la aplicación del denominado teorema de colisión planteado por Alexy⁶⁶, más las cargas argumentativas que se realicen con el objeto de justificar la decisión.

Aunque con lo argüido aquí sobre el carácter absoluto de los principios, donde se concluye con toda certeza de la improcedencia de tal idea en un sistema jurídico, es menester detenerse en la afirmación de que los principios jurídicos justifican a los derechos fundamentales y a los bienes jurídicos colectivos. A opinión de Alexy, que parece muy elocuente, Dworkin analiza de manera correcta la justificación de los derechos fundamentales de carácter individual en los principios jurídicos. Sin

⁶⁶ *Ibíd.*, p. 90-94.

embargo, su estudio se queda corto, pues a opinión de Alexy estos últimos también justifican bienes jurídicos colectivos y generales, en la medida en que dichos bienes jurídicos también pueden ser aplicados dependiendo de las circunstancias y condiciones reales, *“el hecho de que un principio se refiera a este tipo de bienes colectivos significa que ordena la creación o mantenimiento de situaciones que satisfacen, en una medida lo más alta posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas, criterios que van más allá de la validez o satisfacción de derechos individuales”*⁶⁷.

Con estos conceptos entendidos, Alexy entra a tratar el concepto de principio y la teoría de proporcionalidad, explicando que ésta es aquella máxima para la aplicación de los principios en el sentido de que la misma es un mandato de ponderación, que evalúa el peso de cada principio y le da aplicabilidad a uno u otro, dependiendo de las condiciones empíricas y las posibilidades jurídicas que un determinado caso ofrezca. Hay que recordar que ya se tiene entendido que los principios son mandatos de optimización que dependen de las posibilidades jurídicas que se presenten en un caso en particular, posibilidades jurídicas que son un elemento esencial para la ponderación y la máxima de proporcionalidad.

Analizada la teoría de los principios por parte de Alexy, que en buena parte se basa en las ideas expuestas por Dworkin, el autor pasa a complementarla con una teoría de la argumentación jurídica fundamentada en la razón práctica, ya que como se anunció en el inicio, se la considera insuficiente .

En su parecer, una teoría de los principios tiene dos variantes: una débil y una fuerte. Respecto a la variante débil de la teoría de los principios, considera que si se elaborara una lista exhaustiva de los principios que componen un sistema jurídico, sin tener en cuenta nada respecto al peso relativo de los principios, no se podría establecer un orden de preferencia para establecer un resultado en un caso dado, sino simplemente se lograría decir qué es lo que se debe tener en cuenta. En palabras de Alexy, una teoría de los principios planteada de esta manera *“no sería mucho más que un catálogo de puntos de vista o de topoi”*⁶⁸.

En cambio, una teoría fuerte de los principios, además de tratar de elaborar una lista exhaustiva de la mayor cantidad posible de principios que tiene un sistema jurídico, también contiene todas las relaciones de prioridad tanto concretas como abstractas de todos estos, de tal modo que esta teoría propondría unívocamente una sola decisión en cada uno de los casos. Elaborar una teoría de los principios de la forma más fuerte permitiría acercarse a los planteamientos de Dworkin, quien afirma que en el Derecho puede existir en todos los casos una sola

⁶⁷ ALEXY, Teoría de los derechos fundamentales. Op. cit., p. 110.

⁶⁸ ALEXY, Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. Op. cit., p. 145.

respuesta correcta. Una teoría planteada de esta manera, se fijará en las semejanzas que tienen los principios con los valores.

Para Alexy *“la única diferencia consiste en que la colisión entre principios se trata de la cuestión de que es debido de manera definitiva, mientras que la solución a una colisión entre valores contesta a qué es de manera definitiva mejor. Principios y valores son por tanto lo mismo, contemplado en un caso bajo un aspecto deontológico, y en otro caso bajo un aspecto axiológico”*⁶⁹. Por este motivo, él considera que el problema de las relaciones de prioridad entre principios pertenece también a una cuestión de jerarquía de valores. La búsqueda de una jerarquía de valores a través de un orden estricto resulta infructuosa, pues los principios jurídicos y los valores jurídicos se encuentran sometidos a una medición de su peso y de la intensidad de su realización.

El profesor alemán reflexiona, en el sentido de que el fracaso de los órdenes estrictos en una jerarquía de valores, no implica que a través de un *orden débil* o teoría débil se logre desarrollar una teoría de los principios más dinámica que aquella que mira a éstos como un simple catálogo de puntos de vista o topoi.

Este *orden débil*, según el autor, se basa en tres elementos. El primero de estos es un orden de condiciones de prioridad, que consiste en que para la decisión de nuevos casos puedan establecerse relaciones de prioridad, lo cual conlleva a que la solución de ponderación de principios cuando éstos entran en colisión, no sea la única fórmula importante y significativa para resolver un caso en concreto. Alexy opina que lo anterior se puede sintetizar en una Ley de Colisión, así: *“las condiciones, bajo las que un principio prevalece sobre otro, forman el supuesto de hecho de una regla que determina las consecuencias jurídicas del principio prevaleciente”*⁷⁰. Por lo anterior, las condiciones de prioridad y las reglas que se relacionan con estas, confirman el peso relativo de los principios jurídicos y otorgan información al respecto. Este procedimiento, que propone establecer unas condiciones de prioridad como regla para resolver casos concretos, no ofrece una salida para llegar a una sola respuesta correcta en los demás casos, pero abre un camino a un procedimiento de argumentación más racional que debe ser tenida en cuenta en una *“teoría completa de la argumentación jurídica”*⁷¹.

El segundo de estos elementos es un sistema de estructuras de ponderación. Alexy explica que los principios son mandatos de optimización que requieren ser realizados lo más completamente posible, dependiendo de las posibilidades jurídicas y fácticas. Las posibilidades jurídicas se resuelven a través de una ley de

⁶⁹ *Ibíd.*, p. 145.

⁷⁰ *Ibíd.*, p. 147.

⁷¹ *Ibíd.*, p. 147.

la ponderación: *“cuanto más alto sea el grado de incumplimiento o de menoscabo de un principio, tanto mayor debe ser la importancia del cumplimiento del otro. La ley de ponderación no formula otra cosa que el principio de proporcionalidad en sentido estricto”*⁷².

El tercero de estos elementos es un sistema de prioridades *prima facie*, el cual establece unas cargas de argumentación para crear un cierto orden en el campo de los principios. De esta manera, *“si son más fuertes los argumentos a favor de una prioridad de un principio que juega en sentido contrario, se cumple suficientemente con la carga de la prueba”*⁷³.

En consideración del autor alemán, desarrollar una idea de una única respuesta correcta a través de una teoría fuerte de los principios es imposible, pero de todas maneras es factible desarrollar una teoría débil de los principios, que aunque no ofrezca una única respuesta, permita no abandonar de manera tajante la tesis planteada por Dworkin.

Un ordenamiento jurídico completo está compuesto, no sólo por un nivel de reglas y un nivel de principios, sino que también hace parte de éste un nivel referido a una teoría de la argumentación jurídica, el cual permite una corrección al momento de tomar decisiones por parte del juez y que, por ende, permite decidir de una manera racionalmente fundamentada.

Para él, *“la argumentación jurídica es un caso de la argumentación práctica en general”*⁷⁴, la cual está vinculada a la ley, al precedente y a la dogmática. Según este jurista, ésta vinculación se hace a través de un sistema de reglas y formas específicas de argumentación jurídica, la cual, tanto en el proceso de subsunción de reglas como en el de ponderación de principios, no siempre garantiza un único resultado. Para él los principios, al ser mandatos de optimización, pueden tener un contenido moral, lo cual implica que, en casos difíciles, se realicen valoraciones que no provienen del sistema jurídico; de este modo se hace necesario que la argumentación jurídica controle racionalmente las valoraciones que se realicen en el proceso de aplicación del Derecho. Así, la racionalidad de la argumentación jurídica sirve para fundamentar racionalmente los juicios prácticos o morales en general. Lo anterior no significa que sean posibles teorías morales objetivistas racionalistas que permitan llegar a respuesta única y correcta, sino a través de teorías morales procedimentales, como la del discurso práctico racional, la cual debe fijar reglas para elaborar una argumentación racional.

⁷² *Ibíd.*, p. 147.

⁷³ *Ibíd.*, p. 148.

⁷⁴ *Ibíd.*, p. 149.

Esta teoría del discurso está formada por una serie de reglas y principios del discurso que pretenden lograr racionalidad en la argumentación. Alexy concluye afirmando que, para lograr una respuesta correcta en cada caso, es necesario desarrollar un discurso práctico que consiga un consenso para cada cuestión y sólo podría apelando a *“cinco idealizaciones, a saber: 1) tiempo ilimitado, 2) información ilimitada, 3) claridad lingüística conceptual ilimitada, 4) capacidad y disposición ilimitada para el cambio de roles y 5) carencia de prejuicios ilimitada”*⁷⁵.

Por lo anterior, el autor plantea que en la realidad no existe un procedimiento o teoría que permita llegar a una respuesta correcta, lo cual no es óbice para desistir de esta pretensión, pues la aplicación de la teoría del discurso, la razón práctica y la argumentación jurídica permiten llegar a una respuesta racional y elevadamente precisa, es decir, al grado de lo relativamente correcto.

2.4 LA NO DERROTABILIDAD DE LAS NORMAS JURÍDICAS Y LA DETERMINACIÓN TOTAL DEL DERECHO

El autor argentino Jorge L. Rodríguez, a través de uno de sus ensayos⁷⁶, plantea varias de sus posiciones, a partir de la crítica que realiza a las tesis planteadas por el profesor español Juan Carlos Bayón, en su ensayo “proposiciones normativas e indeterminación del Derecho”, el cual ya fue objeto de análisis en este segundo capítulo del presente trabajo.

El profesor Rodríguez considera pertinente realizar una síntesis de las propuestas hechas por el profesor Bayón, respecto al tema de la derrotabilidad normativa. En su opinión, el profesor Bayón empieza por dar dos argumentos por los cuales él considera que se podría colocar en incertidumbre la idea de poder atribuir valores de falsedad o verdad a las proposiciones normativas.

El primer argumento, que propone Bayón, según Rodríguez, es el del escepticismo semántico, en el cual hay dos vertientes: la de indeterminación parcial, que dice que hay casos jurídicamente fáciles cuando haya un núcleo claro en las normas y en los cuales es posible identificar y aplicar el Derecho sin recurrir a consideraciones valorativas de ninguna clase; pero que el Derecho sólo es parcialmente determinado, pues también existen casos difíciles, en los cuales sería difícil determinar las condiciones de verdad de las proposiciones normativas, ya porque el caso en cuestión no está comprendido en el núcleo claro de la norma o porque el sistema se revela inconsistente o contiene una laguna a su respecto.

⁷⁵ *Ibíd.*, p. 151.

⁷⁶ Ensayo titulado por Rodríguez: La derrotabilidad de las normas jurídicas. Tomado del libro: Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales. Serie de teoría jurídica y filosofía del Derecho No. 27. 1ª edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, julio de 2003.

Entonces, donde el Derecho sí es determinado es ajeno a la moral o a la política y se mantiene la distinción entre el Derecho que es y el Derecho que debe ser, pero donde es el Derecho indeterminado no sucede tal situación. La otra vertiente del escepticismo semántico es la tesis de la indeterminación radical, la cual afirma que en virtud de los problemas que aquejan el lenguaje, no habría casos claros de aplicación de una regla.

El segundo argumento que, según Rodríguez, es formulado por Bayón para poner en tela de juicio el planteamiento según el cual es posible atribuir valores de verdad o falsedad a las proposiciones normativas en el Derecho, es el de la derrotabilidad valorativa. En este último argumento, Rodríguez centra sus críticas hacia el profesor español.

Según los planteamientos esgrimidos por el argumento de la derrotabilidad valorativa, la regla de reconocimiento en un Estado Constitucional agrega a los sistemas jurídicos principios morales esenciales. De tal modo, en un Estado contemporáneo existirán dos niveles normativos, el de los principios y el de las reglas. Según los seguidores de este argumento, el Derecho no podría ser parcialmente determinado, se convertiría en un sistema totalmente indeterminado, debido a que los principios están sujetos a excepciones implícitas; de tal modo, en el proceso de interacción dentro de tales sistemas de reglas y principios, toda regla sería derrotable, ya que un principio le instalaría excepciones no establecidas por el legislador y, por tal motivo, un caso fácil gobernado por una regla clara podría ser resuelto de un modo diferente.

Esto es así para los partidarios de dicho planteamiento, pues estos, según Rodríguez, arguyen que los principios no otorgan de antemano todas las situaciones o casos que éstos gobiernan, es decir, los principios no pueden proponer de antemano todas las excepciones a la que están sujetos. Si esto es así, al entrar en conflicto un principio y una regla, tampoco se podría establecer explícitamente todas las excepciones a la que está sujeta una regla, menos aún se podría establecer ex ante todos los casos o situaciones que gobierna una regla. De este modo, los principios traerían excepciones implícitas a las reglas o, en otras palabras, las normas o reglas serían derrotables.

Rodríguez nos recuerda que para Bayón los principios jurídicos son parte del Derecho, por lo tanto las reglas son derrotables al interior del sistema jurídico; sin embargo, para el profesor español la regla de reconocimiento incorpora principios morales básicos, lo cual trae como consecuencia que las normas creadas por el legislador sean derrotables, en virtud de consideraciones valorativas propias del sistema jurídico.

Después de hacer una breve síntesis de los planteamientos de Bayón, el profesor Jorge L. Rodríguez delimita el punto o tesis objeto del debate. Como consecuencia de lo anterior, afirma lo siguiente: *“por empezar, me parece que lo importante de*

*este argumento es que, si se toma como base la tesis positivista de la separación entre el Derecho y la moral, entonces sorprendentemente podría llegarse a la conclusión, con sólo admitir que un sistema jurídico no sólo está compuesto por reglas sino también por principios, que todas las calificaciones normativas a partir de un sistema tal resultarían derrotables en virtud de consideraciones valorativas*⁷⁷. Afirmar lo anterior, según el profesor argentino, plantea varios cuestionamientos si se tiene en cuenta que Bayón está de acuerdo con el argumento de que los Estados Constitucionales unen al Derecho principios morales básicos. Para Rodríguez, en cambio, el hecho de que los Estados Constitucionales modernos agreguen principios con un contenido parecido al de una valoración moral, no significa que éstos se conviertan en principios morales, ya que si fueron positivizados, son considerados principios jurídicos.

Rodríguez continúa sus objeciones a los argumentos esgrimidos por Bayón, aduciendo que otro inconveniente que presenta la tesis de la derrotabilidad valorativa está en que existen diversas formas para diferenciar un principio de una regla, así como también hay muchas interpretaciones de cómo se debe entender el término principio.

Para el profesor Rodríguez, al usar Bayón la palabra principio, lo hace en el sentido de lo que es una directriz política o policie para Dworkin, es decir, como un modelo de norma que tiene por objetivo mejorar un aspecto en un campo económico, político o social, es decir, que proponen cambios sociales. Aunque hay que aclarar lo anteriormente afirmado, pues el profesor Rodríguez arguye que, en honor a la verdad, la objeción planteada por Bayón se refiere más a lo que Dworkin llamó principios en sentido estricto, es decir, un modelo de norma que debe ser acatado por el órgano que aplica el Derecho, porque es una exigencia de la justicia o de alguna dimensión de la moralidad; por tal motivo, tiene unos contenidos ampliamente abiertos. La diferencia para Dworkin, según Rodríguez, es de orden lógico, las reglas serían válidas o no válidas y contendrían las excepciones a las que están sujetas, entre más completo sea ese enunciado de excepciones, más completo será el enunciado de éstas. En cambio los principios, como ya lo hemos explicado, según Dworkin, no están configurados de manera cerrada y por tal motivo no puede hacerse un listado exhaustivo de todas las excepciones a las que están sujetos.

Para Rodríguez, hacer la objeción desde la óptica de los principios como directrices políticas, sería una refutación que no tendría bases sólidas, ya que para él las autoridades encargadas de cumplir los objetivos sociales se desentienden tanto de las acciones encaminadas a cumplirlos, como también lo hacen con los objetivos mismos. Además, tanto las acciones como los objetivos sociales, para el profesor argentino, están limitados por el ordenamiento jurídico. Al mismo tiempo, él arguye que se podría sostener que hay razones de peso para afirmar que las

⁷⁷ BAYÓN, Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales. Op. cit., p 73.

directrices políticas y las reglas no son normas de orden distintas sino, simplemente, normas del mismo tipo formuladas de otra manera o, más aun, para Rodríguez, puede existir la viabilidad de sostener que este tipo de principios contentivos de directrices políticas puedan traducirse en reglas, objeto de ser aplicadas o no aplicadas en alguna situación concreta. Debido a la debilidad de estas directrices políticas, como argumento de la derrotabilidad normativa por la interacción en un sistema constitucional de reglas y principios, Rodríguez considera necesario analizar desde la perspectiva de considerar los principios en sentido estricto, es decir, como un tipo de normas configuradas de una forma abierta.

El profesor argentino, considera que Bayón, en este punto, coincide en afirmar lo mismo que Robert Alexy en el entendido de que, al igual que los principios, las reglas estarían configuradas de un forma prima facie, pues a pesar de que al inicio, las reglas jurídicas estén establecidas de un modo todo o nada, los principios podrían introducir excepciones no establecidas a priori a las reglas y como consecuencia de lo anterior, las reglas perderían su carácter cerrado o definitivo; así, finalmente las reglas se convertirían en normas de tipo abierto o prima facie.

Para hacer su principal objeción a la tesis de la derrotabilidad valorativa, el profesor argentino empieza por explicar qué significa que una regla introduzca una excepción a otra y, en consideración de él, se necesitan dos requisitos: el primero consiste en que las consecuencias normativas establecidas en dos normas jurídicas sean lógicamente incompatibles; el segundo consiste en que en el sistema jurídico existe un criterio jerárquico, que establece una preferencia de la solución normativa para superar la contradicción devenida de la incompatibilidad normativa.

Entendido lo anterior, Rodríguez considera necesario explicar en qué consiste introducir una excepción en una regla a través de un principio. Para tal efecto, Rodríguez afirma que si los principios fueran caracterizados por ser de carácter abierto, es decir, sujetos a excepciones implícitas, pueden ser representados como condicionales derrotables, debido a que el antecedente de una condicional derrotable no es condición suficiente para que se dé una consecuencia jurídica, en cambio son una condición simplemente contribuyente. Así, el profesor argentino opina que si los principios son entendidos como condicionales derrotables, éstos no satisfarían la ley del refuerzo del antecedente como lo hacen las reglas y, al respecto, afirma: *“en consecuencia, los condicionales derrotables son conectivas debilitadas respecto del condicional material, que no satisfacen ni la ley del refuerzo del antecedente ni el modus ponens. Con ello, la pérdida de poder inferencial al emplear esta conectiva es de tal magnitud que en realidad no parece*

*posible con base en este tipo de enunciados efectuar inferencias respecto de ningún caso particular*⁷⁸.

Entonces, en el evento en que se quiera introducir una excepción implícita a una regla a través de un principio, Rodríguez considera necesario que, tanto el principio como la regla establezcan consecuencias normativas disímiles. Y en tal caso, se necesita que se dé una preferencia normativa a la solución planteada por el principio. Pero, el teórico argentino comenta que este tipo de conflicto regla vs. principio es muy distinto al planteado entre regla vs. regla, ya que en el caso en que entren en conflicto dos reglas se presenta una contradicción toda vez que se configure la ocurrencia de los antecedentes de las dos.

En cambio, para Rodríguez ésto no puede ocurrir en el conflicto entre un principio y una regla, por el hecho de que en los condicionales derrotables contenidos en los principios no se conforma el refuerzo del antecedente y en virtud de lo anterior plantea la posibilidad de que el conflicto en esta situación necesariamente no se dé. Pese a lo anterior, Rodríguez piensa que a pesar de que un principio y una regla no necesariamente entren en conflicto, puede que algunos principios de los sistemas jurídicos puedan configurar consecuencias jurídicas disímiles de las reglas y, en consecuencia de lo anterior, probablemente se le pudiera atribuir una preferencia a la consecuencia establecida por el principio sobre la consecuencia propuesta por la regla. Tal situación, para él, podría darse por medio de dos formas diferentes, que los explica a través de un ejemplo, así:

Alternativa 1:
 $N1': (p \ q \ r) \text{ fi } Oq$
 $N2: r > P \ q$

Alternativa 2:
 $N1'': (p \ fr) \ Oq$
 $N2: r > P \ q$

De acuerdo con la primera alternativa, N1 resultaría reemplazada por N1', la cual dispone que toda vez que se verifique p y no r, resultará obligatorio realizar el acto q. Del sistema así reformulado, no sería derivable ya ninguna contradicción, en razón de haberse limitado el ámbito de aplicación de la regla a los casos en que se verifique p pero no r. De conformidad con la segunda alternativa, también se elimina toda posible contradicción, pero la excepción que se introduce en N1 es menos restrictiva, N1'' sólo excluye la aplicación de la regla originaria en los casos en que se verifique r conjuntamente con los presupuestos implícitos a ella asociados. En esta segunda alternativa, se habrá introducido una excepción a la regla inicial respecto de la cual no puede determinarse exactamente qué casos comprende, dado que se ignora cuáles son los presupuestos asociados a r que vuelven derrotable al condicional de N2. Por tal motivo, N1'' se ha vuelto tan derrotable como N2, ya que, por encontrarse la excepción en ella introducida sujeta también a excepciones implícitas, su campo de aplicación ha devenido determinado. *“Claro que esto no ocurre en la alternativa 1, en la cual la excepción*

⁷⁸ *Ibíd.*, p. 88.

*introducida tiene carácter cerrado, por lo que N1 resulta tan inderrotable como la regla inicial*⁷⁹.

De esta forma, el profesor argentino explica los dos motivos por los cuales no se puede afirmar que todas las normas jurídicas son derrotables por el simple hecho de la coexistencia entre reglas y principios en un sistema jurídico. El primero de estos motivos es que reglas y principios con consecuencias jurídicas disímiles, pueden coexistir sin necesidad de entrar en conflicto; el segundo motivo argüido por Rodríguez es que si las reglas y principios entraran en contradicción, ésta podría remediarse atribuyéndole preferencia al principio y de este modo evitando que la regla se vuelva derrotable.

Pero estos dos motivos podrían ser debatidos principalmente del siguiente modo: respecto al primer motivo, se podría argüir que éste generaría incertidumbre; del segundo motivo podría decirse que, a pesar de que las dos alternativas dadas en el ejemplo por Rodríguez para superar la posible contradicción entre una regla y un principio sirven para este objetivo, la segunda alternativa parecería ser más conveniente que la primera, debido a que lo más adecuado a la hora de introducir una excepción a una norma para impedir que se generen contradicciones según Rodríguez *“es que se efectúe la mínima limitación a su campo de aplicación, que sea suficiente para garantizar la eliminación de la contradicción”*⁸⁰. Como consecuencia de lo anterior, para el profesor argentino se genera un dilema debido a que en la segunda alternativa parecería que la regla es derrotable por medio de la interacción con un principio, ya que implica *“volver incierto el campo de acción de la norma inderrotable”*⁸¹.

Se debe aclarar que, de todas maneras, para Rodríguez la segunda alternativa propuesta no es legítima en el sentido que es necesario, para introducir una excepción a una norma a través de otra norma, que se conozca el campo de aplicación de las dos normas; por ende, si se ignora el campo de aplicación de un principio no podrá determinarse si éste está en conflicto con una regla y carecería de lógica introducir una excepción a una regla con base en un conflicto inexistente. La conclusión a la cual llega Rodríguez es que la tesis según la cual las reglas jurídicas son derrotables en virtud de la introducción de excepciones a partir de principios, no tiene sustento si parte de diferenciar los dos tipos de normas a partir de su carácter de derrotables o inderrotables; así, el profesor argentino afirma lo siguiente:

En consecuencia, la idea de la introducción de una excepción en una regla en virtud de un principio sólo podría tener sentido en la medida en que la

⁷⁹ *Ibíd.*, p. 90, 91.

⁸⁰ *Ibíd.*, p. 92.

⁸¹ *Ibíd.*, p. 93.

distinción entre reglas y principios no consista en atribuir a las primeras el carácter de normas inderrotables y a los segundos el carácter de normas derrotables. Ello en tanto, como se ha visto, una norma derrotable no puede introducir una excepción en una norma inderrotable sin perder su carácter derrotable, esto es, sin que previamente se establezca cuáles son las excepciones que limitan implícitamente su antecedente. Por consiguiente, no puede apoyarse sobre estas bases la conclusión de que todas las normas jurídicas serían derrotables⁸².

2.5 CONCLUSIÓN

Después de haber estudiado el tema de la derrotabilidad normativa, se puede entender la noción de este concepto como aquella situación en la que las normas jurídicas están sujetas a excepciones no establecidas de antemano, es decir, a excepciones implícitas.

A pesar de que los principales teóricos partícipes del debate de la derrotabilidad normativa, los profesores Juan Carlos Bayón y Jorge Rodríguez, son defensores de tesis positivistas, por el hecho de que los dos consideran que el objetivo de la teoría del Derecho gravita en componer una práctica social compleja a la cual se le atribuye la denominación Derecho, se observó como los mismos tienen grandes diferencias conceptuales, las cuales se pueden resumir en tres ejes: el primero, fue definir la noción de norma derrotable, la cual sirve para definir e identificar al Derecho desde las prácticas jurídicas, conforme al cual los operadores reconocen la existencia de excepciones implícitas; el segundo fue la aseveración de que algunas de nuestras prácticas jurídicas son así; y el último fue preguntarse si es conforme a la tesis del positivismo jurídico sostener la tesis de la derrotabilidad normativa.

En síntesis, Bayón asevera que la derrotabilidad normativa es un problema referido a la identificación del Derecho y no a su aplicación, debido a que las excepciones implícitas contenidas en las normas jurídicas son determinadas a su parecer por criterios extrajurídicos o no convencionales, que afectan a la pregunta de cuál es el Derecho que existe en un momento dado. También dice que la noción de norma derrotable es útil para reconstruir algunas de nuestras prácticas jurídicas corrientes y que tal afirmación, de manera alguna, es incompatible con la tesis del positivismo jurídico.

Rodríguez, por otro lado, asevera que la derrotabilidad normativa es un problema de origen práctico que tiene el operador jurídico momentos después de identificar la norma jurídica, entonces lo único viable de derrotar es el conocimiento del Derecho. Además, argumenta que esta noción no es útil para armar una práctica

⁸² *Ibíd.*, p. 93 y 94

jurídica y, por ende, mucho menos una práctica jurídica común. Adicionalmente, afirma con toda seguridad que las tesis objeto de estudio son totalmente incompatibles con el positivismo jurídico.

Para desarrollar su idea parte de la indeterminación parcial del Derecho, de la diferencia entre los casos fáciles y difíciles, de la diferencia entre reglas y principios, de aspectos como la derrotabilidad valorativa y de responder a la pregunta de si es posible aseverar que una proposición normativa es verdadera o no lo es. Así, habrían dos modos o existirían dos argumentos para demostrar la tesis de la derrotabilidad normativa: el primer argumento sería el de la vaguedad y ambigüedad del lenguaje y el segundo argumento, desarrollado ampliamente en este trabajo y tema central de estudio, es el denominado como derrotabilidad valorativa.

Esta tesis dice que todas las reglas jurídicas son derrotables en virtud de que a éstas se les puede introducir excepciones implícitas a partir de su interacción con los principios jurídicos, por el hecho de que los principios jurídicos son normas que se caracterizan por ser abiertas, sujetas a excepciones implícitas, es decir, son derrotables y, como consecuencia de lo anterior, volverían también derrotables a las reglas, las cuales son en un inicio no derrotables. Sin embargo, considera que no todas las reglas son derrotables por los principios jurídicos.

También hay que decir que la interpretación ha cobrado mucha importancia en las prácticas jurídicas, las cuales han vuelto común criterios interpretativos novedosos como la protección de los derechos fundamentales, la supremacía de la constitución, de sus principios y valores, muy vigentes en los actuales Estados Constitucionales.

Por otra parte, respecto a la tesis de la derrotabilidad del razonamiento jurídico, él puede aseverar que éste será derrotable si es no monotónico y si, además, no es posible acudir a la lógica clásica para sustentarlo. Así, demostrar la derrotabilidad del razonamiento jurídico se hace planteando dos argumentos: el primero es que este fenómeno es explicado a partir de considerar que el carácter derrotable de casi todas las normas jurídicas no puede ser tomado como el núcleo esencial de esta tesis; el segundo es que ésta es posible sin poner en duda el método deductivo, la lógica clásica, y el carácter subsuntivo de la justificación jurídica.

El primer argumento es así porque aceptarlo implicaría, según el profesor español, transformar en imprescindibles unas características que en realidad son contingentes de los sistemas jurídicos, ya que fijar excepciones implícitas a las reglas a través de principios con las reglas no es un rasgo necesario de los sistemas jurídicos, sino que esta interacción depende más de las prácticas interpretativas vigentes en una sociedad. Además, si esto fuera así, no existirían metanormas que establezcan relaciones de prioridad cuando se ponderen

principios jurídicos en situación de conflicto, en situaciones en las que sí es factible establecer relaciones de prioridad.

Igualmente, se analizó que para él, siguiendo la idea de la indeterminación parcial del Derecho, es peligroso asegurar que todas las normas jurídicas sean derrotables, porque lo anterior sería admitir que éste sea absolutamente indeterminado, es decir, que el Derecho ya no sería convencional y que por lo tanto se recurriría a criterios extrajurídicos para dar solución a diversas situaciones.

Asimismo se analizó, que éste indaga sobre la posibilidad de mantener la idea de la derrotabilidad de las normas jurídicas sin aceptar la idea de que el Derecho sea absolutamente indeterminado. Para hacer realidad esto, propuso que es necesario implantar la idea de que el Derecho es determinado en casos individuales, es decir, en este evento se podría establecer una respuesta jurídicamente correcta, partiendo del hecho de que toda norma jurídica es derrotable, pero sin caer en el error de argüir que en los casos genéricos también pueda suceder lo mismo, pues en esta situación el Derecho sería indeterminado. Además, se debe entender un punto de vista alternativo adecuado que consiste en sostener que la ponderación es un presupuesto de la subsunción y no el método definitivo para aplicar las normas jurídicas, para que de esta forma sea lógico sostener que el proceso de aplicación del Derecho, en un inicio, a través de la ponderación se extraen las excepciones implícitas de los principios y las reglas y que posteriormente se extraen las metanormas jurídicas que establecen relaciones de prioridad, metanormas a las cuales se les aplica el método subsuntivo.

Por lo anterior, afirma que la justificación jurídica es derrotable en el entendido restringido a que su premisa mayor es derrotable, pero sin llegar a sacrificar el carácter subsuntivo último del razonamiento jurídico. Así, él llega a la conclusión que es viable la tesis que establece que el razonamiento jurídico puede llegar a ser derrotable; pero para él, el hecho de que las normas jurídicas puedan ser derrotables, no significa lo anterior, que todas lo llegaren a ser y además opina que el razonamiento jurídico no puede perder su carácter lógico ni su forma subsuntiva.

En lo referente a este problema, al parecer de los autores del presente trabajo, Bayón tiene parte de razón sobre este tema, pues es evidente que no es muy acertado decir que se puede llegar a una respuesta correcta como lo sostiene el particularismo jurídico; también acierta en aseverar que la subsunción y la ponderación se complementan, como también lo explica Alexy al explicar su teoría de un orden débil, pero esto no significa que se deba abandonar la pretensión de argumentar lo más posible cualquier respuesta o solución en Derecho, ya que después de haber analizado la idea de la derrotabilidad del razonamiento jurídico, es perfectamente coherente darle viabilidad a una teoría de la argumentación jurídica como la planteada por Robert Alexy, quien complementa la teoría de los

principios de Ronald Dworkin por medio de una teoría de la argumentación basada en la razón práctica. Se pudo ver cómo este autor partió de la pregunta base de la obra de Dworkin: ¿existe para todo caso jurídico una única respuesta correcta?

Así, la argumentación jurídica es entendida como una especie de la argumentación práctica en general, la cual está vinculada a la ley, al precedente y a la dogmática. Esta vinculación, como se estudió, se realiza por medio de un sistema de reglas y formas específicas de argumentación jurídica, la cual, tanto en la ponderación de principios que pueden tener un contenido moral como en la subsunción de reglas, como en el de ponderación principios, no todas las veces garantiza una única respuesta. Así, la argumentación jurídica debe funcionar para vigilar racionalmente las valoraciones que se desarrollan en la aplicación del Derecho. Por ende, la racionalidad de la argumentación jurídica es utilizada para basar racionalmente los juicios prácticos o morales en general. Lo anterior quiere decir que, para Alexy, en algunos casos difíciles se realizan valoraciones que provienen de afuera del sistema jurídico.

Igualmente se analizó que este alemán propone una teoría como la del discurso práctico racional, la cual está formada por una serie de reglas y principios del discurso, que pretenden lograr racionalidad en la argumentación, a pesar de que a través de ésta no sea posible llegar a una única respuesta correcta, se debe propugnar por llegar a una respuesta elevadamente racional y precisa, o en otras palabras al grado de lo relativamente correcto.

También se analizó la defensa del positivismo jurídico que elabora Jorge L. Rodríguez, quien objeta la tesis de la derrotabilidad normativa planteada por Bayón, sobre todo al de la tesis de la derrotabilidad valorativa. En desarrollo de estas objeciones, se estudió cómo para el profesor argentino los principios son jurídicos en un Estado Constitucional, a pesar de que éstos tienen un contenido muy parecido al de una valoración moral, debido a su positivización.

Igualmente, se puede extraer que la principal objeción a la tesis de la derrotabilidad valorativa la desarrolla explicando qué significa que una regla introduzca una excepción a otra y aseverando que se necesita que las consecuencias normativas establecidas en dos normas jurídicas sean lógicamente incompatibles, además de que en el sistema jurídico se pueda superar la contradicción por medio de un criterio jerárquico que establezca una relación de preferencia para llegar a una solución normativa. En el evento en que una regla entre en contradicción con un principio, este último al ser abierto o derrotable no satisficiera la ley del refuerzo del antecedente como lo hace una regla. Por tal motivo, si se quiere introducir una excepción implícita a una regla a través de un principio, es necesario que tanto el principio como la regla establezcan consecuencias normativas disímiles; en tal caso, se necesita que se dé una preferencia normativa a la solución planteada por el principio.

Por lo anterior, el teórico argentino asevera que el conflicto principio vs. regla no se da necesariamente debido a que en los principios no se conforma el refuerzo del antecedente, porque para introducir una excepción a una norma a través de otra norma se requiere que se conozca el campo de aplicación de las dos, y en el caso de un principio su campo de aplicación se ignora, por ende, no puede determinarse si éste está en conflicto con una regla; así, carecería de lógica introducir una excepción a una regla en base a un conflicto inexistente. Entonces, la conclusión a la cual llega el profesor argentino es que esta tesis no tiene mayor valor si parte de diferenciar las normas jurídicas a través de caracterizarlas como derrotables o inderrotables. De este modo, se puede afirmar que para Rodríguez no es dable afirmar que todas las normas jurídicas son derrotables por el simple hecho de que en un Estado Constitucional interactúen reglas y principios, porque reglas y principios con consecuencias jurídicas disímiles que pueden compenetrarse sin necesidad de entrar en conflicto y, además, porque si llegara a darse alguna contradicción, él argumenta que ésta podría superarse atribuyéndole preferencia al principio y evitando así que la regla sea derrotable.

Al respecto, parece que la defensa del positivismo jurídico, planteada por el profesor argentino, no resulta satisfactoria. En efecto, los conflictos principio vs. regla no son aparentes, sino que pueden llegar a existir, ya que no es necesario conocer todas las excepciones de las reglas para que estas entren en conflicto con un principio, ya que estos dos tipos de normas pueden ser manifiestamente contradictorias.

Igualmente, es evidente que la jurisprudencia de los tribunales constitucionales permanentemente introduce excepciones implícitas a las reglas en virtud de la interpretación que estos hacen de los principios jurídicos y de los Derechos fundamentales. Así, estas excepciones son incorporadas constantemente a través de formulas usadas por las nuevas teorías de la interpretación de principios y la argumentación jurídica, como por ejemplo, cuando un tribunal constitucional usa la fórmula de establecer un orden de condiciones de prioridad o introducir nuevas reglas, que acompañe a la ponderación de principios y que consiste en crear las condiciones bajo las cuales un principio prevalece sobre otro, lo cual implica que la solución de ponderación de principios, cuando estos entran en colisión, no sea la única fórmula significativa para solucionar un caso en particular. También es utilizado usualmente como fórmula de sistemas de estructuras de ponderación, los cuales se refieren a las posibilidades jurídicas de los principios y su carácter abierto, posibilidades que se resuelven con lo que los tribunales constitucionales han denominado principio de proporcionalidad en sentido estricto.

Todo lo anterior demuestra que los principios siempre están sometidos a un carácter abierto, que impide conocer todas las situaciones a las cuales estos se aplican. De igual forma, lo anterior nos ilustra que perfectamente las reglas jurídicas pueden llegar a ser derrotables por su constante interacción con los principios. Para demostrar lo anteriormente dicho, se plantea como ejemplo en el

siguiente capítulo una regla o norma del Código de Procedimiento Penal Colombiano, en la cual se considera que principios de jerarquía constitucional introducen excepciones implícitas a esta regla, es decir, que en este caso la Corte Constitucional Colombiana condicionó a situaciones no establecidas de antemano la interpretación del Artículo 208, situación que se estudiará a continuación.

3. LA DERROTABILIDAD NORMATIVA DE LA NORMA JURÍDICA CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 208 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL COLOMBIANO

Una vez analizados los aspectos anteriores y teniendo en claro los conceptos explicados en los capítulos primero y segundo del presente trabajo, se pasará a explicar la derrotabilidad normativa desde un punto de vista más empírico, tomando como base una providencia proferida por la honorable Corte Constitucional Colombiana, en la cual se decide sobre la constitucionalidad de un Artículo del actual Código de Procedimiento Penal⁸³ (CPP). Sentencia que, a criterio de los autores de este trabajo, introduce al Artículo 208 del CPP excepciones de carácter implícito, que no fueron tenidas en cuenta a la hora de proferirse la mencionada norma por parte del legislador y que no son fácilmente identificables por el operador jurídico a la hora de su aplicación.

Pero para entrar en materia y hablar de la derrotabilidad normativa en el caso colombiano, y del ejemplo de las excepciones implícitas que se le introducen al Artículo 208 del CPP, es necesario hablar de las circunstancias que anteceden a las actuales prácticas jurídicas adoptadas en nuestro país, para entender la evolución de las mismas y contextualizarlas con los panoramas presentados y descritos en los capítulos anteriores. Para ello, se debe comenzar diciendo que en Colombia, al Derecho se lo concebía desde la teoría positivista, y el formalismo jurídico parecía ser una constante en todas las providencias judiciales. Sin embargo, desde la constitución de 1991 las cosas cambiaron y el sistema jurídico nacional pasó a modernizarse, adoptando conceptos que eran nuevos en el país, como por ejemplo: el de Estado Social de Derecho, igualdad material, derechos fundamentales, principios y valores jurídicos.

La Carta Política creó nuevos mecanismos de protección ciudadana en los derechos considerados como fundamentales con instituciones como la acción de tutela, la acción popular, la acción de grupo, entre otras, y creó la Jurisdicción Constitucional, en donde todos los jueces deben hacer prevalecer los fines y máximas constitucionales, tomando a la misma como norma de normas⁸⁴. Entre otras novedades, y se cree que es la más importante, se creó al tribunal constitucional, como organismo de cierre en decisiones de esta índole y organismo protector de la Carta Política, donde sus decisiones constituyen un precedente de imperativa observancia a la hora de tomar cualquier tipo de disposición.

⁸³ Ley 906 de 2004.

⁸⁴ Artículo 4. Constitución Política de Colombia.

Estas novedades de carácter jurídico hicieron que se forjaran nuevas costumbres, que implicaron la constitucionalización del Derecho, la irradiación de la Constitución Política como orden de valores a todo el ordenamiento jurídico y la maximización de derechos y principios fundamentales que garantizan las libertades y prebendas de los ciudadanos.

Hecho este brevísimo comentario y entendido el contexto colombiano, se pasará a analizar la Sentencia C-789 del 20 de septiembre de 2006, donde se estudia la exequibilidad del Art. 208 del CPP y en la cual, según el criterio de los autores, se introducen reglas para la aplicación de la misma, las cuales se entienden como excepciones implícitas no tenidas en cuenta por el legislador a la hora de proferir la norma, excepciones que no son fácilmente identificables por el operador jurídico para la aplicación de la misma.

En la anunciada sentencia, se decide la exequibilidad de varias de las normas que componen el Código de Procedimiento Penal, pero por la pertinencia al tema a tratar sólo se tendrá en cuenta lo referente a lo mencionado, explicado y decidido sobre el Art. 208 del Estatuto Procedimental. En primera medida, se transcribe el texto original del Artículo 208 del CPP, se enuncian los cargos por los que se demanda a la norma, para posteriormente exponer las reglas implícitas que se introducen a la norma, determinar el proceso de ponderación de principios que hace la Corte para introducir las excepciones a la misma y, por último, explicar por qué se derrota a la norma jurídica.

El texto original de la norma en mención dice lo siguiente:

Artículo 208. Actividad de policía. Cuando en ejercicio de la actividad de policía los servidores de la Policía Nacional descubrieren elementos materiales probatorios y evidencia física como los mencionados en este código, en desarrollo de **registro personal, inspección corporal, registro de vehículos y otras diligencias similares**, los identificarán, recogerán y embalarán técnicamente. Sin demora alguna, comunicarán el hallazgo a la Policía Judicial, telefónicamente o por cualquier otro medio eficaz, la cual sin dilación se trasladará al lugar y recogerá los elementos y el informe. Cuando esto no fuere posible, quien los hubiere embalado los hará llegar, con las seguridades del caso, a la Policía Judicial⁸⁵.

Según la accionante, la norma transcrita en su forma original vulnera los derechos fundamentales y constitucionales a la intimidad, la dignidad humana y el derecho a no auto-incriminarse, ya que, según la actora, para la realización de los procedimientos policiales que menciona la norma, se requeriría la autorización judicial.

⁸⁵ La parte subrayada corresponde a las frases demandadas por la accionante.

En la valoración de la norma y de los cargos respecto de la norma trascrita, la Corte Constitucional considera, en primer lugar, que la inspección corporal como facultad de la Policía Nacional para prevenir hechos punibles y desmanes en el orden público, constituye una violación a los derechos fundamentales de la persona, como lo son: la intimidad, la dignidad humana y el derecho a no auto-incriminarse, y que para la realización de estos procedimientos se requiere de manera imperativa autorización de carácter judicial por la limitación y trasgresión de derechos personales fundamentales. En el mismo sentido, la Corte se pronunció respecto de la frase contenida en la norma y que se refiere a las diligencias similares. En razón a lo expuesto, la Corte saca del ordenamiento jurídico las frases contenidas en la norma en estudio, declarándolas inexecutable.

Pero respecto del registro personal y el registro de vehículos, la Corte valoró de manera diferente los procedimientos en cabeza de la Policía Nacional, declarándolos executable, pero dándoles un entendido determinado, introduciendo reglas a la norma, las cuales se podrían considerar como excepciones implícitas a la misma. Pero antes de realizar la introducción de estas reglas a la norma, la Corte hace varias precisiones y diferencias.

En primer lugar, el Alto Tribunal diferencia el papel y las funciones de la Policía Nacional y la Policía Judicial, ya que se precisa que los procedimientos realizados por los últimos mencionados se hacen en ocasión de la investigación de delitos o en ocasión de procesos de carácter penal, que no son los mismos que realiza la Policía Nacional, ya que estos últimos se hacen para la preservación del orden público y la prevención de la comisión de hechos punibles. En este sentido, las medidas que adopta la Policía Judicial para la investigación de delitos dentro de procesos penales necesitan autorización judicial, mientras que por la naturaleza administrativa de las actuaciones de la Policía Nacional y el fin que persiguen sus procedimientos no se requiere de tal autorización.

Sin embargo, para la realización de los procedimientos de carácter administrativo de la Policía Nacional, se tendrán que tener en cuenta unos parámetros que garanticen la efectividad del ejercicio de los derechos individuales, para que de esta manera no se desconozcan los designios contemplados en la Constitución.

Hecha esta precisión, la Corte pasa a evaluar el fin del registro personal, como actividad y una facultad de la Policía Nacional en razón del principio jurídico de la seguridad pública, la cual se considera como *“una finalidad de la comunidad política, pues sin ella, no es posible garantizar su existencia y, de contera, la del Estado, lo mismo que la tranquilidad pública y la convivencia pacífica de todas las personas que viven en sociedad, así como la vida, la integridad y los demás derechos de los individuos que la componen”*⁸⁶. En este sentido, se tiene que en

⁸⁶ IBÁÑEZ NAJAR, Jorge Enrique. Seguridad nacional, seguridad del Estado y seguridad ciudadana. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, 2006. Prólogo.

razón al principio se deben atribuir en cabeza de la fuerza pública y de los organismos policiales, herramientas idóneas y efectivas para el cumplimiento de este fin estatal y principio jurídico⁸⁷.

De ahí que el legislador, en ejercicio del principio de libertad de configuración normativa, respecto al caso en concreto, le otorgue herramientas a la fuerza policial para hacer efectiva su tarea en pro del bienestar general y garantizar el cumplimiento de unos formalismos a la hora de recolectar material probatorio y evidencia física que, a postre, podrían servir como pruebas dentro de un proceso penal. La intención del legislador, a la hora de la configuración de esta norma, es garantizar el bienestar general y el libre ejercicio de los derechos individuales, con la prevención de hechos punibles y desmanes en el orden público.

Sin embargo y aunque la intención de procurar el bienestar general por parte del legislador es un propósito altruista y acorde a su papel constitucional, él mismo en la emanación de normas jurídicas debe tener en cuenta los límites constitucionales, de tal manera que todo el ordenamiento jurídico esté permeado e irradiado por los preceptos contenidos en la Carta Fundamental. En este orden de ideas, si evaluamos la norma estudiada, se puede ver que la misma no guarda consistencia con el ordenamiento jurídico, ya que restringe de manera notoria las garantías individuales de la dignidad humana, el derecho a la intimidad personal y el derecho a no auto-incriminarse.

Hecho este análisis acerca de la libertad que el legislador tiene de generar las normas de carácter jurídico que considere necesarias para la regulación de las relaciones sociales o situaciones dentro de un cuadro social, y su límite en razón a la máxima de protección del individuo, como principal argumento del Estado Social de Derecho, se pasa a la enunciación y explicación de las reglas que introduce la Corte para la aplicación del Art. 208 del CPP.

En ese sentido, al observar el contenido de la norma, se puede afirmar que se trata de una norma clara que no ofrece dificultad para su interpretación y entendimiento; de su lectura se puede dilucidar sin ninguna dificultad que, en el evento en donde la Policía Nacional descubrieren elementos materiales probatorios en desarrollo de sus actividades propias como el registro personal o el registro de vehículo, su misión es identificar, recoger y embalar los materiales probatorios y comunicar de los mismos al personal de Policía Judicial.

En este orden de ideas, se podría afirmar que respecto a la norma en cuestión, se trata de un conjunto de expresiones deónticas, usadas para enunciar que cierto tipo de acciones son obligatorias por parte de la Policía Nacional de acuerdo con la relación del conjunto de normas y en desarrollo de principios y fines como el de

⁸⁷ Así lo había establecido la Constitución de 1886 en su Artículo 167 y actualmente lo establece la Constitución Política de 1991 en el Artículo 218.

la seguridad pública, acciones que fueron previstas en la producción normativa por el legislador, y las cuales son tenidas en cuenta como hechos que se presentan en la sociedad y que necesitan ser reguladas, por las dificultades y problemas que se pudieren presentar.

Sin embargo, como lo advirtió Bayón cuando explico su teoría de las proposiciones normativas, en el presente caso como en cualquier norma jurídica, no corresponde a una entidad empírica, sino por el contrario corresponde a una norma de carácter abstracto que tiene un contenido significativo, compuesto por actos lingüísticos y textos indeterminados, que pretenden regular una situación en específico y guiar de alguna manera el actuar de los agentes de policía frente a una situación en particular, en este caso, el hallazgo de material probatorio en ejercicio de sus funciones, como las del registro personal o el registro de vehículos.

Haciendo este análisis, a criterio de los autores y retomando las ideas del positivismo clásico, la norma estudiada tiene un núcleo claro, por lo menos en su parte lingüística no ofrece dificultades para su entendimiento, lo cual conllevaría a una fácil aplicación, núcleo que no permite la generación de dudas respecto a la inclusión de objetos particulares en su entendimiento, dejando de lado la posibilidad de consideraciones valorativas de alguna índole, lo que llevaría a pensar que en el caso en particular, se trata de uno de los denominados “casos fáciles”, y donde según Bayón el status deóntico está perfectamente claro.

Sin embargo y en consideración a la gran argumentación que da nuestra honorable Corte Constitucional, la situación que presenta la norma del CPP, no se puede considerar como un caso fácil, pues la misma presenta ambivalencias y discordancias respecto del ordenamiento jurídico y de los principios contemplados en la Constitución Nacional, en relación a las actividades del registro personal, lo que llevaría a pensar en un caso difícil desde distintas ópticas y, por ende, a la conclusión de soluciones muy distintas a las que se pudieran plantear inicialmente.

El Artículo 208 del CPP en efecto tiene un núcleo claro y es, según la Corte, el manejo que el personal de policía debe dar a los elementos materiales probatorios y evidencia física que éstos encuentren en ocasión al ejercicio de sus funciones. Sin embargo, se repara respecto de las actividades de la policía, como lo es el registro personal principalmente, frase contenida en la norma, que se ubicaría en el terreno de penumbra por sus discordancias con el ordenamiento jurídico y que necesitaría de unas reglas para su entendimiento y aplicación.

Cabe recordar la aclaración que hace el profesor Bayón respecto de la derrotabilidad normativa, donde dice que la misma no consiste en sostener que cuando el juez se aparte de la norma jurídica por consideraciones morales se haya derrotado a la norma jurídica, ya que no se puede confundir la aplicación del derecho con la pregunta si se debe o no hacerlo de acuerdo con la moral, porque

en lo que realmente consiste la derrotabilidad está en el hecho de que el operador jurídico encuentre al momento de aplicar el derecho excepciones implícitas que no fueron previamente consideradas por el legislador. En este sentido, y como se explicó en los capítulos que anteceden al presente, la derrotabilidad normativa se presenta como una consecuencia de la evolución del derecho y el pensamiento iusfilosófico, del cual resultan los Estados modernos y constitucionales, en donde se presenta la interacción de los diferentes componentes del ordenamiento jurídico, como las normas, reglas, valores y principios.

Para el caso en específico, la Corte Constitucional, después de valorar los diferentes elementos y circunstancias que rodean a la norma y después de ponderar principios como la seguridad pública, la dignidad humana, la intimidad personal, entre otras, emana una providencia que contiene unas reglas o excepciones implícitas que se tienen que tener en cuenta a la hora de la aplicación del Artículo 208 del CPP, donde se le da un entendido especial a la frase contenida en la norma procedimental, que regula las facultades de la policía para el ejercicio de sus funciones y se refiere al registro personal.

Cuando la Corte estudia la expresión “registro personal” contenida en la norma, aclara que dicha atribución de la Policía Nacional no puede exceder las libertades y derechos de los individuos, ya que no puede servir de excusa el mantenimiento del orden público, para que el Estado por medio de su fuerza policial invada las esferas personales del ciudadano y vulnere derechos como la intimidad, la integridad física y el derecho a la no auto-incriminación. Aclara el tribunal que pese a que el legislador cuenta con la libertad de configuración normativa, especialmente en el ámbito penal, este principio no puede ir en contravía de los designios constitucionales, así:

El legislador tiene un amplio margen de apreciación y una libertad de configuración para determinar el contenido concreto del Derecho Penal, en desarrollo de la política criminal del Estado, pero también que dichas decisiones legislativas deben sujetarse a los principios establecidos por la Constitución. Esto explica por qué el control que el juez constitucional ejerce sobre esas definiciones legislativas es un control de límites, a fin de que el legislador permanezca en la órbita de discrecionalidad que la Carta le reconoce, esto es, que no incurra en desbordamientos punitivos, pero que tampoco desproteja aquellos bienes jurídicos que por su extraordinario valor, la Constitución excepcionalmente haya ordenado una obligatoria protección⁸⁸.

Y por ello, en las atribuciones que el legislativo le brinda a la autoridad policial, la Corte introduce algunas limitaciones, que maximizan los derechos individuales,

⁸⁸ CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia C 226 del 2 de abril de 2002. Magistrado Ponente: Dr. Álvaro Tafur Galvis.

limitaciones que se traducen en el entendido que da la Corte al término contenido en la norma procedimental, en cuanto a que el registro personal debe ser una revisión externa, superficial y no invasiva, que al parecer de los autores son reglas implícitas excepcionales al Artículo 208 de la Ley 906 de 2004.

En este orden de ideas, se puede concluir que cuando el Alto Tribunal se manifiesta acerca de que el registro personal debe tener un entendido especial y que el mismo debe ser externo superficial y no invasivo, el entendido se concreta en unas reglas que se resumen en lo manifestado por el ponente de la sentencia C-822 de 2005:

El término ‘registrar’, se emplea generalmente como sinónimo de ‘tantear’, ‘cachear’, ‘auscultar’, ‘palpar’, lo cual indica que la exploración que se realiza en el registro personal es superficial y no comprende los orificios corporales ni lo que se encuentra debajo de la piel. El empleo de la expresión ‘persona’, permite inferir que el registro personal supone una revisión superficial del individuo y de la indumentaria misma que porta y excluye cualquier exploración de cavidades u orificios corporales. Este registro puede comprender además el área física inmediata y bajo control de la persona, donde pueda ocultar armas o esconder evidencia⁸⁹.

El registro personal como ejercicio de una atribución legal a cargo de la Policía Nacional, como lo explica el magistrado Pinilla, *“consiste simplemente en una exploración superficial de la persona, que como tal no compromete constataciones íntimas, y lo que lleve sobre sí, en su indumentaria o en otros aditamentos, con el fin, entre otros objetivos lícitos, de prevenir la comisión de comportamientos que puedan llegar a generar alteraciones contra la seguridad de la comunidad”*⁹⁰.

De esta manera, se puede concluir que el término “registro personal” consiste en la práctica de requisas visuales o cacheos superficiales sobre las personas y los elementos que éstas poseen, sin que con la actividad se invada la intimidad de las personas y la misma se realice con base en los criterios de entendimiento que da la Corte, al término, con su sentencia.

Hecho todo este análisis, se puede ver que en el caso planteado se presenta la derrotabilidad normativa, ya que el operador jurídico, sólo después de proferida la sentencia encuentra que para la aplicación del Art. 208 del CPP, se deben tener en cuenta estos criterios de entendimiento de la frase contenida en la norma, criterios que son excepciones implícitas imposibles de identificar de antemano a la

⁸⁹ CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia C 822 de 2005.

⁹⁰ CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia C 789 del 20 de septiembre de 2006. Magistrado Ponente: Dr. Nilson Pinilla Pinilla.

providencia y que no fueron tenidos en cuenta por el legislador a la hora de la producción de la norma.

Pero para la introducción de estas excepciones implícitas a la norma estudiada, la Corte realizó un proceso de interpretación, de ponderación de principios, que le sirvieron de base para la emanación de la providencia que establece las reglas para la aplicación del Artículo 208 del CPP, ponderación que tiene en cuenta principios fundamentales para la estructura del Estado. Por un lado tiene en cuenta el principio de la seguridad pública, el interés general y la libertad de configuración normativa, todos los anteriores básicos para una estructura estatal democrática; y por otro lado se tiene en cuenta la dignidad humana y los derechos fundamentales como la intimidad, la integridad física y el derecho a la no auto-incriminación, que son la expresión del carácter social del Estado, ponderación que para el caso en concreto nos da como resultado la prevalencia de los derechos individuales, pues en la situación en particular éstos cuentan con mayor peso y su protección prima sobre los primeros, ya que la protección de la seguridad pública se la puede realizar bajo parámetros que no restrinjan las libertades individuales.

Pero para analizar el proceso de ponderación que realizó la Corte Constitucional en el caso en concreto, es menester recordar el concepto de principio, para posteriormente profundizar acerca del significado y alcance de los ponderados por la Corte en el caso en concreto.

Como lo vimos anteriormente, los principios son normas que ordenan hacer algo en la mayor medida posible en consideración a las posibilidades jurídicas y las realidades sociales, normas que se las cataloga como “mandatos de optimización”, que son obligatorios y pueden ser cumplidos en la medida de las posibilidades fácticas para su cumplimiento. En palabras de Alexy, los principios ordenan que algo deba ser realizado en la mayor medida posible, lo que lleva a entender que éstos no contienen mandatos categóricos y definitivos, ya que para su aplicabilidad se deben tener en cuenta las circunstancias de realidad del caso en concreto. En razón a la estructura de los principios, su aplicación o inaplicación depende del resultado del proceso de ponderación que hayan sufrido y que le otorgan a uno u otro más peso o importancia que los demás en un determinado caso en concreto, más las cargas argumentativas que se utilicen para la justificación de la aplicación de un principio por encima de otros.

Pero el proceso de ponderación no sólo tiene el objeto de evaluar el peso de cada principio en cada caso en concreto; en este proceso, como se vió en el capítulo segundo, también se tiene en cuenta la ley de colisión de principios cuando éstos se contradicen entre sí y, es en este caso, donde la argumentación cobra real importancia, ya que con ella se puede crear un cierto orden en el campo de los principios, de manera que en la medida en que la argumentación sea más fuerte a favor de la prioridad de un principio en contra de otro, la aplicación del principio

por el cual la argumentación fue más fuerte, no tendrá discusión racional alguna. En este sentido, la racionalidad de la argumentación jurídica sirve para fundamentar racionalmente los juicios prácticos en la aplicación de los mismos.

En el caso específico, la Corte, para la evaluación de la constitucionalidad del Artículo 208 del CPP, hace la ponderación de principios fundamentales en la estructura del Estado Social de Derecho. Por una parte analiza los alcances del principio de seguridad pública y considera que este principio se contradice en el caso en particular con los principios de dignidad humana: derecho a la intimidad personal y derecho a la no auto-incriminación. La Corte entiende, en su valoración, que el principio de la seguridad pública fundamenta las facultades que debe tener la Policía Nacional para realizar sus actividades, entre ellas el registro personal; entiende que este principio, en el cual se basa la norma, es un mandato de optimización que propende por el bienestar general, pero que por la teoría de la proporcionalidad no es suficiente para lo que se podría denominar la declaratoria de exequibilidad plena.

En el caso particular, el peso de los principios de dignidad humana, el derecho a la intimidad personal y el derecho a no auto-incriminarse, tuvieron más peso respecto al principio de seguridad pública, por lo cual se le da aplicabilidad a los primeros en razón a las condiciones empíricas y las posibilidades jurídicas que el caso ofrece y por las cuales se introducen reglas excepcionales para la aplicación del Art. 208 del CPP. A continuación, se describe el proceso de ponderación realizado por la Corte, del cual se concluye que el registro personal que hace la Policía Nacional en desarrollo del principio de la seguridad pública, se debe hacer de manera externa, superficial y no invasiva al individuo.

Como se mencionó anteriormente, la Corte empieza evaluando el principio de la seguridad pública, ya que el ejercicio de las funciones policiales está enfocado a la prevención de hechos punibles y desmanes en el orden público. La seguridad pública es entendida por la Corte como una finalidad del Estado, encaminada a propender por la tranquilidad y la convivencia pacífica de todas las personas que viven en sociedad y garantizar el ejercicio de los derechos individuales de los ciudadanos. Es por este importante principio que el legislador le otorga a la fuerza policial facultades que limitan, de alguna manera, las libertades individuales pero con el objeto de garantizar el bienestar general; facultades como el registro personal y el registro de vehículos, son herramientas necesarias para el cumplimiento de estos fines.

Pese a la importancia del principio en mención, para la configuración del Estado, el mismo no tiene un carácter absoluto y se limita por otros principios como el de la dignidad de las personas y derechos fundamentales de carácter personal, que en el caso específico se concretan en la intimidad, la dignidad humana, la integridad física y el derecho a no auto-incriminarse. En este sentido, la aplicabilidad y desarrollo del principio de la seguridad pública se debe hacer bajo

unos determinados parámetros, como lo son la legalidad, finalidad, necesidad y proporcionalidad, que limitan de alguna manera al principio y dan garantía de respeto al principio de dignidad humana y a los derechos fundamentales del individuo, parámetros que enfocan el actuar del Estado en el cumplimiento de sus fines⁹¹ y que limitan el actuar del mismo en protección del ciudadano, en razón a las características que debe guardar un Estado Social de Derecho.

Así lo ha explicado la honorable Corte Constitucional, al plantear que:

Los rasgos definitorios del Estado colombiano tienen implicaciones evidentes sobre las políticas de seguridad y defensa. Si el Estado se fundamenta en la dignidad y derechos de la persona, entonces la preservación del orden público no es una finalidad en sí misma sino que constituye, como esta Corte lo ha dicho, un valor subordinado al respeto por la dignidad humana, por lo que la preservación del orden público, lograda mediante la supresión de las libertades públicas, no es entonces compatible con el ideal democrático. Y de otro lado, si el Estado está al servicio de la comunidad y de las personas, entonces corresponde obviamente a las autoridades del Estado proteger y ser garantes de la seguridad de las personas y no a las personas proteger y ser garantes de la seguridad del Estado⁹².

Es por ello que, en desarrollo de los parámetros mencionados, se han formulado los siguientes conceptos que cumplen la función de maximizar los contenidos constitucionales, en especial los consagrados en el capítulo I del título II de la Carta Política Colombiana de 1991 e irradiar el constitucionalismo a todo el ordenamiento jurídico, como lo planteó el Profesor Juan Carlos Bayón y se explicó anteriormente. Conceptos que no sólo implican el condicionamiento del actuar de la autoridades en uso de su facultades, sino que limita la libertad de configuración normativa que tiene el legislador. A saber:

1.) LEGALIDAD: se entiende por legalidad a la subordinación de las autoridades y de los asociados al imperio de la ley, donde el actuar de los mencionados debe estar supeditado a las normas preexistentes dentro de un ordenamiento jurídico. Significa la supremacía absoluta de la ley, lo que implica oponerse a todos los sistemas políticos y de gobiernos arbitrarios o discrecionales, descartando de plano el imperio de la voluntad humana por la voluntad de la ley. *“Es un requisito y un atributo del poder, que supone ciertos límites al ejercicio del mismo. Un poder es legal y actúa legalmente en la medida en que se constituye de conformidad con un determinado conjunto de normas y se ejerce con apego a otro catálogo de*

⁹¹ Consagrados en el Artículo 2 de la Constitución Nacional.

⁹² CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia C 251 del 11 de abril de 2002. Magistrados Ponentes: Dr. Eduardo Montealegre Lynett y Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

*reglas previamente establecidas*⁹³. Es una garantía de las personas, pues limita el poder del Estado para maximizar los derechos de carácter individual, ya que éste implica la adecuación de los actos de la administración a la Constitución y a la ley. *“Efectivamente, desde la perspectiva jurídica, el principio de legalidad (en sentido estricto) se enuncia de la siguiente manera: ‘todo acto de los órganos del Estado debe encontrarse fundado y motivado en el derecho en vigor’*⁹⁴.

2.) FINALIDAD: como se ha reiterado, las autoridades del Estado tienen por finalidad la protección y conservación del orden público, en desarrollo del principio de la seguridad pública; sin embargo, para la aplicación de medidas que cumplan ese fin o mecanismos que garanticen la protección de bienes jurídicos individuales que se encuentren amenazados, la administración debe utilizar elementos que sean capaces de proteger eficazmente las máximas jurídicas planteadas, haciendo una evaluación objetiva de las situaciones que se pudieren presentar, afectando las esferas privadas en la menor medida posible. De esta manera, la idoneidad de las medidas adoptadas por parte del Estado deriva una prohibición de hecho, que se traduce en la no injerencia o afectación en las esferas personales y en la ponderación de derechos a proteger, a la hora de tomar medidas para la ejecución de sus actividades. Un medio escogido para beneficiar a un alto número de personas es necesario si no existen otros medios alternativos que permitan, sin afectar el interés particular y dentro de las posibilidades disponibles, alcanzar el mismo objetivo.

3.) NECESIDAD: las autoridades del Estado y, en el caso específico la Policía, sólo deben adoptar las medidas que crean necesarias y eficaces para la conservación y reestablecimiento del orden público, pero no a toda costa. La necesidad se traduce en una prohibición de exceso, la del respeto de los derechos constitucionales, que implica la menor intensidad posible de la injerencia del Estado en los derechos fundamentales del individuo. Este principio permite controlar si en lugar del medio empleado para la protección de un bien jurídico, ha podido adoptarse una medida menos gravosa. Así lo estableció la Corte en la sentencia estudiada: *“la adopción del remedio más enérgico -de entre los varios posibles- ha de ser siempre la última ratio de la policía, lo cual muestra que la actividad policial en general está regida por el principio de necesidad*⁹⁵. De esta manera, el ordenamiento jurídico tolera el uso de la fuerza y la utilización de mecanismos que restrinjan libertades y derechos de carácter personal sólo en los casos estrictamente necesarios.

⁹³ SALAZAR, Pedro. Una aproximación al concepto de legalidad y su vigencia en México. En: Isonomía No. 9 (Octubre de 1998); p. 1.

⁹⁴ *Ibíd.*, p. 2.

⁹⁵ CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia C 789 del 20 de septiembre de 2006. Magistrado Ponente: Dr. Nilson Pinilla Pinilla.

En el mismo sentido, se aplica este principio respecto del legislador y su derecho a la configuración normativa, ya que esta atribución debe ser ejercida consecuentemente a la configuración del Estado, de tal forma que las producciones normativas sean protectoras del individuo y se evite injerencias del Estado en las esferas privadas de cada ciudadano y, al contrario como se ha reiterado en este trabajo, se maximicen los derechos fundamentales de carácter individual.

Al respecto, la Corte Constitucional Colombiana ha manifestado que es claro que el Estado debe evitar la criminalización de conductas, cuando tenga otros medios menos lesivos que el Derecho Penal para proteger los bienes jurídicos que pretende amparar. Y es que en un Estado Social de Derecho, fundado en la dignidad humana, en la libertad y autonomía de las personas (CP arts 1º, 5º y 16), resulta desproporcionado que el legislador opte por el medio más invasivo de la libertad personal, como es el Derecho Penal, cuando cuenta con instrumentos menos lesivos de estos derechos constitucionales para amparar los mismos bienes jurídicos. El Derecho Penal, en un Estado Social de Derecho, está entonces también limitado por el principio de necesidad, pues tiene el carácter de última ratio. En consecuencia, resultan inconstitucionales aquellas penalizaciones que sean innecesarias.

4.) PROPORCIONALIDAD: este parámetro siempre debe ser tenido en cuenta entre los hechos que se presenten y la decisión que se tomó con base en ellos, las medidas deben ser justas y dependerán de los supuestos fácticos, además de que las mismas deben garantizar los fines perseguidos por la Carta Política. En este orden de ideas no se pueden presentar excesos en los medios empleados para cumplir las funciones de las autoridades y los fines estatales; el ámbito de control, en esta sede, se reduce entonces a realizar un juicio de proporcionalidad respecto del ejercicio de la potestad de configuración del Legislador en materia punitiva y el uso de las facultades otorgadas a las autoridades.

Sobre el punto, la jurisprudencia constitucional ha deducido el principio de proporcionalidad o 'prohibición de exceso', de los Artículos 1º (Estado Social de Derecho, principio de dignidad humana), 2º (principio de efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución), 5º (reconocimiento de los derechos inalienables de la persona), 6º (responsabilidad por extralimitación de las funciones públicas), 12 (prohibición de tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes), 13 (principio de igualdad) y 214 (proporcionalidad de las medidas excepcionales) de la Constitución.

La Corte ha concluido, entonces, que *“sólo el uso proporcionado del poder punitivo del Estado, esto es acorde con el marco de derechos y libertades constitucionales, garantiza la vigencia de un orden social justo, fundado en la dignidad y la*

*solidaridad humanas*⁹⁶. Igualmente, la Corte ha reiterado que el legislador goza de discrecionalidad para establecer penas diversas a distintos hechos punibles, siempre y cuando “*se fundamenten en criterios de razonabilidad y proporcionalidad que atiendan una valoración objetiva de elementos, tales como la mayor o menor gravedad de la conducta ilícita, la mayor o menor repercusión que la afectación del bien jurídico lesionado tenga en el interés general y en el orden social, así como el grado de culpabilidad, entre otros*”⁹⁷.

Agotados los parámetros explicados, se puede ver que la limitación del principio de la seguridad se da en razón del desarrollo de derechos fundamentales de carácter individual, todos ellos que se fundamentan en el principio de la dignidad humana, el cual se introduce en todas las constituciones que configuran los Estados Sociales de Derecho, como se vio en el capítulo primero del presente trabajo al estudiar el neo-constitucionalismo y como lo ha enseñado la jurisprudencia constitucional colombiana, al plantear que:

La razón primigenia de un Estado constitucional y democrático es cumplir el deber fundamental de proteger a todos sus residentes en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades. Este deber fundamental sintetiza la esencia del contrato político mediante el cual los ciudadanos de una república aceptan obedecer a una autoridad democráticamente instituida, conformada, ejercida y controlada, a cambio de que ésta les brinde protección efectiva contra diversas amenazas de distinto origen, dentro de las cuales se destacan las amenazas provenientes de toda forma de violencia, incluidas las que se manifiestan por el ejercicio arbitrario del monopolio de la fuerza confiado al Estado⁹⁸.

En este sentido, se pasará a analizar el mencionado principio.

3.1 LA DIGNIDAD HUMANA

La dignidad humana se ha definido como:

El hecho incontrovertible de que el ser humano es, en cuanto tal, único en relación con los otros seres vivos, dotado de la racionalidad como elemento propio, diferencial y específico, por lo cual excluye que se lo

⁹⁶ CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia C 070 del 22 de febrero de 1996. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁹⁷ CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia C 1404 del 19 de octubre de 2000. Magistrados Ponentes: Dr. Carlos Gaviria Díaz y Dr. Álvaro Tafur Galvis.

⁹⁸ CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia C 578 del 30 de julio de 2002. Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

convierta en medio para lograr finalidades estatales o privadas, pues, como lo ha repetido la jurisprudencia, la persona es 'un fin en sí misma'. Pero, además, tal concepto, acogido por la Constitución, descarta toda actitud despectiva frente a sus necesidades corporales y espirituales, todas las cuales merecen atención en el Estado Social de Derecho, que reconoce en el ser humano la razón de su existencia y la base y justificación del sistema jurídico⁹⁹.

De dicho argumento se puede concluir que el mencionado principio le otorga al individuo una gama de derechos que se pueden considerar como fundamentales, derechos que se tienen por el simple hecho de existir y ser hombre, como lo ha reconocido la jurisprudencia constitucional:

Al tenor de lo dispuesto en el Artículo 1° de la Constitución Política, Colombia es un Estado Social de Derecho fundado en el respeto de la dignidad humana. La dignidad, como es sabido, equivale al merecimiento de un trato especial que tiene toda persona por el hecho de ser tal. Equivale, sin más, la facultad que tiene toda persona de exigir de los demás un trato acorde con su condición humana. De esta manera, la dignidad se erige como un derecho fundamental, de eficacia directa, cuyo reconocimiento general compromete el fundamento político del Estado colombiano¹⁰⁰.

Derechos que son fundamentales y que deben ser protegidos por el Estado y maximizados en la mayor medida posible, ya que su protección constituye uno de los primordiales fines Estatales. En este mismo sentido, se había pronunciado Carl Schmitt, ya que, según lo anota Robert Alexy, para el autor *"únicamente el individuo puede ser considerado titular de los derechos fundamentales, así como el Estado es el único destinatario de ellos y el objeto sólo puede consistir en abstenerse de intervenir en la esfera del individuo"*¹⁰¹.

Esta máxima jurídica también fue consagrada en la declaración de los Derechos del Hombre, al consagrar en su Artículo primero que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros. Imponiendo

⁹⁹ CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia T 556 del 6 de octubre de 1998. Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

¹⁰⁰ CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia SU 062 del 4 de febrero de 1999. Magistrado Ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

¹⁰¹ ALEXY, Robert. Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios. Traducción y presentación por Carlos Bernal Pulido. Serie de teoría jurídica y filosofía del derecho No. 28. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. p. 24.

una carga imperativa a todos los Estados, para la protección de los derechos fundamentales del individuo.

Aunque la importancia del mencionado principio es evidente, también hay que decir que el mismo es extremadamente amplio, por lo que no sería posible explicar todas las implicaciones del mismo en esta tesis. Por ello, es menester reducirlo al caso en concreto, para lo cual se afirma que los derechos fundamentales a la intimidad, la integridad física y el derecho a no auto-incriminarse, se configuran en esta máxima jurídica y deben ser desarrollados y protegidos por el Estado; estos derechos fundamentales, que se positivizan en el texto de las constituciones¹⁰², establecen “*un derecho contra el Estado para obtener de él protección o ataques provenientes de otros ciudadanos*”¹⁰³, derechos que deben vincular a todas las esferas estatales, todas las ramas del poder público, que tienen la obligación de aplicarlos en sus actuaciones, en la medida en que sea posible, en razón a que los derechos fundamentales son, por una parte, principios materiales, siempre aplicables en todos los casos en los que sean relevantes¹⁰⁴.

Hecha la acotación acerca de la dignidad humana, como principio del ordenamiento jurídico, se pasará a explicar los derechos fundamentales comprometidos en el caso en concreto, los cuales según la Corte Constitucional resultarían vulnerados con la aplicación textual del Artículo 208 del CCP, derechos fundamentales que se fundamentan en el principio ya explicado y que se configuran como máximas jurídicas dentro del Estado Social de Derecho, que condicionan las actuaciones de las autoridades y limitan las facultades del Estado y los particulares.

3.2 DERECHO FUNDAMENTAL A LA INTIMIDAD

Como ya se vio anteriormente, dentro de las constituciones democráticas se introdujo una máxima jurídica que garantiza al hombre su dignidad, que lo protege de arbitrariedades por parte del Estado y le garantiza un acceso fácil a mecanismos de protección de sus derechos, cuando éstos se vean comprometidos. A consideración de los autores, el derecho a la intimidad es la expresión de esa máxima jurídica que tiene al individuo como un ser portador de derechos inalienables, que absolutamente nadie puede desconocer y que sólo pueden ser restringidos o limitados de alguna manera, siempre y cuando se busquen intereses altruistas y que reporten un beneficio general.

¹⁰² Que en el caso colombiano se consagran en los Artículos: 12 a la integridad física, 15 a la intimidad, 33 Derecho a no auto-incriminarse de la Constitución Nacional.

¹⁰³ ALEXY, Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios. Op. cit., p. 36.

¹⁰⁴ *Ibíd.*, p. 37.

La intimidad, pues, se la considera como la parte interior que solamente cada uno conoce de sí mismo y que el accionar del Estado o de los particulares no puede invadir. La intimidad *“es el máximo grado de inmanencia, es decir, aquello que se almacena en el interior. Lo íntimo está protegido por el sentimiento del pudor”*¹⁰⁵.

La finalidad principal de este derecho es resguardar un ámbito de vida privada personal y familiar, excluido del conocimiento ajeno y de cualquier tipo de intromisiones de otros, sin el consentimiento de su titular. El núcleo esencial del derecho a la intimidad define un espacio intangible, inmune a intromisiones externas, del que se deduce un derecho a no ser forzado a escuchar o a ver lo que no desea escuchar o ver, así como un derecho a no ser escuchado o visto cuando no se desea ser escuchado o visto¹⁰⁶.

El núcleo esencial del derecho a la intimidad supone la existencia y goce de una órbita reservada en cada persona, exenta del poder de intervención del Estado o de las intromisiones arbitrarias de la sociedad, que le permita a dicho individuo el pleno desarrollo de su vida personal, espiritual y cultural.

La intimidad es una manifestación necesaria para la vida moral del ser humano, ya que todos los hombres tienen, por necesidad, algo que se reservan para sí. Sin intimidad, el hombre sería un simple animal sensitivo, pues la racionalidad exige, de suyo, una esfera privada. Tal exigencia obedece a que en la esencia humana hay algo de absoluta o limitada reserva, según el caso. Por ello la persona es sui generis su propio género y en tal virtud dominadora de su ser y de sus haberes, tanto físicos como espirituales. La intimidad, entonces, consiste en el dominio exclusivo y reservado que la persona tiene de su fuero interno, compartible sólo con aquellos que la autonomía de su voluntad designe y, en algunos casos, con quienes naturalmente están ligados a ella por vínculos de familia, pero en una medida no absoluta, sino razonable¹⁰⁷.

La dignidad humana, dentro de la esfera de lo social, se garantiza en la medida en que se tenga la posibilidad de conservar su privacidad, entendida como aquel fuero interno que sólo puede interesar al ser humano como individuo o dentro de un contexto reducido de personas que, en últimas, está determinada por el consentimiento de quien es depositario de su existencia.

¹⁰⁵ GARCÍA HOZ, Víctor. El nacimiento de la intimidad y otros estudios. Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1970. p. 33.

¹⁰⁶ CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia T 530 del 23 de septiembre de 1992. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹⁰⁷ CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia T 620 del 14 de diciembre de 1995. Magistrado Ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

La intimidad es el espacio exclusivo de cada uno, es aquella órbita reservada para cada persona y de la cual toda persona debe gozar, que busca el aislamiento o inmunidad del individuo frente a la necesaria injerencia de los demás, dada la sociabilidad natural del ser humano. Es el área restringida inherente a toda persona o familia, que solamente puede ser penetrada por extraños con el consentimiento de su titular o mediante orden dictada por autoridad competente, en ejercicio de sus funciones y de conformidad con la Constitución y la ley. Como todos los demás derechos constitucionales fundamentales, el derecho a la intimidad presenta las características de especialidad e inherencia, en cuanto que sin él quedaría insatisfecha la personalidad como concepto unitario, siendo propio de la persona que con él nace y desaparece; y extra patrimonialidad, es decir, que sobre él se carece de disponibilidad, siendo por eso intransmisible, irrenunciable, imprescriptible, inembargable y no susceptible, en sí mismo considerado, de evaluación económica, aunque pueda tener eventualmente efectos patrimoniales.

En Colombia, todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar, que debe ser respetada y protegida por el Estado, particularmente, lo dice la Constitución, *“en cuanto a la correspondencia y demás comunicaciones privadas que, de conformidad con ella y con el Artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, son inviolables”*¹⁰⁸.

3.3 LA INTEGRIDAD FÍSICA

Este Derecho de carácter fundamental, consagrado en la Constitución Nacional en el Artículo 12, ampara el derecho de todos a la protección de la integridad, tanto física como moral de las personas, al consagrar que nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, derecho que se funda en la máxima de la dignidad y que adquiere una mayor relevancia cuando se observa, para su ejercicio, la estrecha e inherente relación con otros derechos de rango superior, como ocurre con el derecho a la vida y el derecho a la salud, en la medida en que pueden verse lesionados una vez ocurrida la amenaza o vulneración del mismo. De manera que, aunque unos y otros representan bienes jurídicos distintos, sus contenidos se relacionan necesariamente durante la existencia del ser humano, haciendo que la efectividad de los mismos asegure un desarrollo vital de las personas bajo condiciones de respeto a la dignidad humana.

La vulneración de tal derecho se puede efectuar de varias maneras, que no sólo implican las agresiones físicas, sino que también se incluyen las agresiones de carácter mental y que se pueden ocasionar desde distintos ámbitos. Un ejemplo claro es la intromisión en la intimidad del individuo, que causa un perjuicio moral

¹⁰⁸ CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia T 696 del 5 de diciembre de 1996. Magistrado Ponente: Dr. Fabio Morón Díaz.

bastante serio en cualquier ciudadano. Así pues, este derecho fundamental no se concibe como un derecho autónomo, al contrario, su protección deberá implicar la maximización de otros Derechos fundamentales. Sobre el particular, esta Corporación, en la Sentencia T-123 de 1994, mencionó lo siguiente:

La dignidad humana exige pues que al hombre, en el proceso vital, se le respeten también su salud y su integridad física y moral, como bienes necesarios para que el acto de vivir sea digno. De ahí que el derecho a la integridad física y moral consiste en el reconocimiento, respeto y promoción que se le debe a todo individuo de la especie humana de su plenitud y totalidad corpórea y espiritual, con el fin de que su existencia sea conforme a la dignidad personal¹⁰⁹.

3.4 DERECHO A NO AUTO-INCRIMINARSE

Este derecho fundamental se introduce en todas las constituciones de los Estados Democráticos de Derecho, como una garantía del ciudadano al debido proceso y al derecho de defensa, consignados en la Carta Política colombiana en los Artículos 29¹¹⁰ y 33¹¹¹. Este derecho fundamental, que se constituye en una garantía, se convertirá por sus implicaciones en un principio de carácter jurídico procesal, según el cual toda persona tiene derecho a ciertas garantías mínimas, tendientes a asegurar un resultado justo y equitativo dentro del proceso. En este orden de ideas, la no auto-incriminación, en contexto con el debido proceso, se convertirá en una máxima del Derecho Procesal, la cual se expresa en la exigencia de unos procedimientos en los que debe respetarse un marco normativo mínimo en pro de la búsqueda de justicia social.

La existencia de este derecho no sólo se justifica en el respeto por los derechos del individuo, también parte de la obligación que tiene el Estado de investigar los hechos punibles, comprobar su ocurrencia y aportar las pruebas en un proceso

¹⁰⁹ CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia T 123 de 1994. Magistrado Ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

¹¹⁰ ARTÍCULO 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

¹¹¹ ARTÍCULO 33. Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.

penal en contra de un ciudadano amparado por una presunción de inocencia, obligación que debe ser cumplida respetando unos parámetros que garanticen la dignidad de la persona, así lo explica el profesor Francisco de Paula Pérez, al plantear que:

El ciudadano se presume inocente mientras no se le demuestre lo contrario. Por lo mismo resultaría contrario a la naturaleza, que se le obligara en asuntos criminales a declarar contra sí mismo y que se revivieran las torturas con que en las épocas antiguas se trataba del esclarecimiento de acciones criminales que en realidad entrañaban, por la crueldad en los métodos empleados, un delito mayor que cualquiera que hubiese cometido el sindicado. La persona humana tiene el deber de conservar su integridad moral y hasta los más temibles delincuentes han de ser respetados en aquellas prerrogativas esenciales¹¹².

De tal forma que ni las autoridades en uso de sus facultades, ni el legislador en ejercicio de su derecho a la configuración legislativa, pueden vulnerar esas máximas introduciendo al ordenamiento disposiciones normativas que sean contrarias a lo ya expresado. Al respecto, el mismo autor había manifestado:

Es abiertamente inmoral que la ley obligue a ninguna persona, contra natura, a declarar, en asunto de que pueda resultar pena (criminal, correccional o de policía) contra sí misma o contra sus parientes más cercanos, que son los clasificados dentro del cuarto grado civil de consanguinidad o segundo de afinidad. Innecesario nos parece demostrar, ni aún brevemente, la justicia de esta prohibición, exigida por los más elementales principios de moral y de humanidad, y adoptada en la legislación criminal de todos los pueblos civilizados, y entre las garantías civiles consagradas por gran número de constituciones¹¹³.

Hecha esta descripción acerca del proceso de ponderación de principios que hace la Corte, se pasará a dar una conclusión según la cual se considera que el Artículo 208 del CPP fue derrotado.

En primer lugar, se debe analizar que la norma objeto de estudio hace parte de un estatuto procedimental, el cual consagra las sendas procesales en materia penal, así como los formalismos que constituyen garantías al ciudadano y que le indican a las autoridades cómo deben guiar sus acciones para procurar el cumplimiento de sus fines, consagrados en la ley y en la Constitución. Por tal motivo, la norma no puede ser interpretada de manera aislada, sino por el contrario, se la debe interpretar de manera sistemática con todo el ordenamiento jurídico, de donde se

¹¹² PÉREZ, Francisco de Paula. Derecho constitucional colombiano. 5ª edición. Bogotá: Lerner, 1962. p. 176.

¹¹³ *Ibid.*, p. 176, 177.

podrá concluir que el legislador, al momento de proferirla, no quiso exceder el límite de configuración normativa que le otorga la Constitución Nacional; la intención de éste no era vulnerar derechos fundamentales como la dignidad humana, el derecho a la intimidad personal y el derecho a no auto-incriminarse. Al contrario, su intención era otorgarle herramientas a la fuerza policial para hacer efectiva su tarea en pro del bienestar general y garantizar el cumplimiento de unos formalismos a la hora de recolectar material probatorio y evidencia física que, a postre, podrían servir como pruebas dentro de un proceso penal.

Como ya se mencionó anteriormente, también se debe dejar en claro que la norma objeto de estudio, en un inicio es una norma aparentemente clara, con núcleos claros de aplicación que se ubicaría frente a casos fáciles, donde no se tendría que recurrir a criterios exógenos a la misma para su entendimiento o aplicación.

Sin embargo, y a consideración de la Corte, al evaluar la exequibilidad de frases contenidas en el artículo en cuestión, se estimó que algunas de ellas vulneraban a la norma de normas, por lo cual se declararon inexecutable y salieron del ordenamiento jurídico. Pero en otras, la Corporación consideró que son conformes a la Carta Política, pero que se les debe introducir unas reglas para su aplicación, para de esta manera maximizar los derechos fundamentales.

De esta manera, al término “registro personal” se le da un entendido especial que se traduce en que el mismo debe ser una revisión externa superficial y no invasiva al individuo. Entendido que se traduce a unas reglas, ya que el término debe ser un sinónimo de ‘tantear’, ‘cachear’, ‘auscultar’, ‘palpar’ la indumentaria del individuo, donde se revise de manera superficial y externa las áreas físicas del ciudadano que estén bajo su control, además de su indumentaria y vestimenta, donde se puedan ocultar armas o esconder evidencia.

Aunque la sentencia y las reglas introducidas a la norma son elocuentes con el ordenamiento jurídico colombiano y obvias en un Estado Social de Derecho, las mismas no son fácilmente identificables por el operador jurídico a la hora de la aplicación de la norma. Se necesita de la revisión jurisprudencial para darle el entendimiento que da el tribunal constitucional al término “registro personal”, razón por la cual se considera que las mismas son excepciones implícitas que no fueron tenidas en cuenta por el legislador a la hora de proferir la norma en cuestión y que no se pueden identificar fácilmente por el operador jurídico o por la autoridad policial a la hora de su aplicación.

Pese a que a la norma se le introducen las reglas y excepciones implícitas que ya se mencionaron, vale la pena recalcar que la misma norma tiene núcleos claros de aplicación, donde no hay duda sobre su entendimiento, de tal forma que es claro que cuando los servidores de la Policía Nacional encuentren elementos materiales probatorios y evidencia física, en desarrollo de sus actividades propias, deberán

identificar, recoger y embalar técnicamente los mencionados elementos y comunicar el hallazgo de manera inmediata a la Policía Judicial.

En el mismo sentido, se puede decir que dentro del ordenamiento jurídico existen normas y reglas claras, donde no hay duda sobre el alcance, sentido y entendimiento de las mismas. Al parecer de los autores, el ordenamiento jurídico por su complejidad se compone de normas claras y oscuras, de reglas de fácil aplicación que se sustentan en principios jurídicos y no necesitan grandes esfuerzos interpretativos para su entendimiento, ni trabajos argumentativos para justificar su aplicación, al igual que existen reglas ubicadas en zonas de penumbra, las cuales ofrecen dificultades y situaciones problemáticas para su aplicación y que para su entendimiento necesitan ser apoyadas por la interpretación y ponderación de muchos principios y valores jurídicos.

En razón a los argumentos anteriores, se considera que se presenta la derrotabilidad de la norma estudiada, lo que demuestra la indeterminación parcial del Derecho, tal y como lo afirma el profesor Juan Carlos Bayón.

CONCLUSIONES

- 1) El fenómeno de la derrotabilidad valorativa se puede concebir como aquel suceso en el que las normas jurídicas están sujetas a excepciones no creadas ex ante, en otras palabras, a excepciones implícitas.
- 2) Los principales teóricos intervinientes en la discusión acerca de la derrotabilidad normativa, Juan Carlos Bayón y Jorge Rodríguez, son considerados positivistas. Pero sus diferencias se encasillan principalmente en tres aspectos: el primero es si es posible admitir la existencia de excepciones implícitas y si el concepto de norma derrotable sirve para identificar las prácticas jurídicas; el segundo es si es viable sostener que las prácticas jurídicas sean así; y el tercer aspecto es responder a la pregunta de si es coherente a la tesis del positivismo jurídico darle validez a la tesis de la derrotabilidad normativa. Bayón piensa que sí son posibles los tres puntos de debate, en cambio, Rodríguez no lo considera así.
- 3) Los dos autores debaten las dos maneras cómo se podría dar la derrotabilidad normativa: el escepticismo semántico y la derrotabilidad valorativa. Esta última nos expone que todas las reglas jurídicas son derrotables como consecuencia de que a éstas se les puede introducir excepciones implícitas por su interacción con los principios jurídicos, los cuales se caracterizan por ser normas de tipo abierto y, como consecuencia de lo anterior, volverían también derrotables a las reglas. Hay que aclarar que Bayón asevera que no todas las reglas jurídicas pueden llegar a ser derrotables por los principios.
- 4) La tesis de la derrotabilidad del razonamiento jurídico, planteada por Bayón, dice que éste es derrotable si es no monotónico y si no es dable respaldarlo en la lógica clásica. Para él, se puede aseverar que el razonamiento jurídico es derrotable si se acepta que el carácter derrotable de casi todas las normas jurídicas no puede ser tomado como el núcleo esencial de esta tesis y si, además, no se ponen en cuestión la lógica clásica, el método deductivo y el carácter subsuntivo de la justificación jurídica.
- 5) Respecto a la idea propugnada por Bayón de que el razonamiento jurídico es derrotable, se cree que esta afirmación es parcial, en la medida de que es muy consecuente afirmar que no es dable llegar a una única respuesta correcta, como lo propugnan los más ilustres racionalistas o ideas como el particularismo jurídico o moral. Igualmente, tiene razón al sostener que la subsunción y la ponderación se complementan, como también lo expresa Alexy al exponer su teoría de los principios de un orden débil. Sin embargo, se considera, al igual que Alexy, que esto no implica que se deba abandonar la

pretensión de argumentar lo más posible para llegar a una respuesta en Derecho con un alto grado de racionalidad. Lo anterior se lograría con una teoría de la argumentación sólida, como la que basa Robert Alexy en la razón práctica.

- 6) Respecto a lo planteado por Jorge L. Rodríguez, quien desarrolla una defensa a la concepción positivista del Derecho, se puede decir que él refuta la tesis de la derrotabilidad normativa, en especial la derrotabilidad valorativa, haciendo énfasis en los principios, a pesar de su contenido similar al de una valoración moral, afirma que son jurídicos porque fueron positivizados. Asimismo, arguye que un conflicto entre una regla y un principio es aparente, ya que es necesario conocer el campo de aplicación de un principio, el cual se ignora por su forma prima facie.
- 7) La objeción hecha por Rodríguez no desvirtúa la tesis de la derrotabilidad valorativa, debido a que si existen los conflictos principio. vs regla, no se considera que sea suficiente conocer el ámbito de aplicación de un principio para que éste entre en contradicción con una regla.
- 8) La interpretación y la argumentación juegan en la actualidad un papel importante en nuestras prácticas jurídicas, vigentes en los modernos Estados Constitucionales, prácticas que han vuelto común criterios interpretativos novedosos como la ponderación de principios, la introducción de reglas de prioridad, la protección de los derechos fundamentales, la consideración de la Constitución como un orden de valores y su supremacía dentro del ordenamiento jurídico.
- 9) Igualmente, es evidente que la jurisprudencia de los tribunales constitucionales, los cuales concentran el control material y formal de una Constitución, como lo hace en Colombia la honorable Corte Constitucional, introduce constantemente excepciones implícitas a las reglas, como consecuencia del control de constitucionalidad que hace de las normas. Estas excepciones se introducen a partir de la preponderancia que se da a la interpretación constitucional y a la argumentación jurídica, como también por la aplicación directa de la Constitución, de sus valores, principios y derechos fundamentales. Es así como se usan constantemente fórmulas, aplicando las modernas teorías de la interpretación de principios y la argumentación jurídica, como por ejemplo la ley de colisión, los sistemas de ponderación y el principio de proporcionalidad en sentido estricto; conceptos expuestos claramente por Alexy.
- 10) Por lo anteriormente explicado, se considera que los principios jurídicos sí introducen excepciones a las reglas, ya que poseen un carácter abierto que impide establecer todas las condiciones bajo las cuales éstos se aplican. Por

este motivo, las reglas jurídicas pueden ser derrotables porque pueden entrar en contradicción con los principios.

- 11) Con el ejemplo planteado, el cual consistió en demostrar si la regla contenida en el Artículo 208 del Código de Procedimiento Penal Colombiano es derrotable por principios constitucionales como el de la intimidad, la autonomía personal, la dignidad humana y la no autoincriminación, se logró llegar a la conclusión de que, en efecto, los principios constitucionales enunciados anteriormente introdujeron excepciones implícitas a la aplicación de esta regla de carácter procedimental en materia penal.
- 12) Al examinar la constitucionalidad del contenido del Artículo 208 del Código de Procedimiento Penal Colombiano, el cual regula la actividad de la Policía Nacional en cuanto al registro personal, la Corte Constitucional pondera principios como el de la seguridad pública y la libertad de configuración normativa por parte del legislador con principios como son la intimidad, la autonomía personal, la dignidad humana y la no auto-incriminación y establece la siguiente excepción implícita: el registro personal es constitucional siempre y cuando sea “una revisión externa, superficial y no invasiva”. Con ello, la Corte inserta limitaciones a las atribuciones que el legislador le confirió a la Policía Nacional en uso del registro personal.

RECOMENDACIONES

Hecho el análisis de la derrotabilidad normativa y entendido el tema como un fenómeno donde el operador jurídico encuentra normas a las cuales se le han introducido excepciones implícitas que no fueron tenidas en cuenta por el legislador y las cuales no son fácilmente identificables a la hora de interpretar la normas, se tiene que el mismo es uno de los resultados de la evolución del derecho.

Aunque por el devenir de la historia y el desarrollo de la teoría del derecho, se han forjado las costumbres y prácticas jurídicas que hoy se viven en los escenarios judiciales, éstas son materia de discusión en la ius filosofía moderna, de tal forma que sería muy importante que dentro de la cátedra de interpretación y argumentación jurídica se tengan en cuenta las nuevas concepciones del derecho y se estudie el pensamiento de autores muy importantes como: Hart, Dworkin, Alexy; en cuanto a la interpretación de normas, derechos y principios y la argumentación para la toma de las decisiones judiciales.

En cuanto al tema en específico, la comunidad jurídico-académica de la Universidad de Nariño, debería abordar la discusión de los teóricos Juan Carlos Bayón y Jorge Rodríguez, ya que desde una concepción positivista, ellos estudian una gran variedad de problemas filosóficos contemporáneos. En ese orden de ideas, se recomienda a la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas del Alma Máter, la formulación de seminarios o módulos de contexto en los cuales se estudien más a fondo estas cuestiones ius filosóficas contemporáneas.

BIBLIOGRAFÍA

ALCHOURRÓN, C. y BULYGIN, E. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales. (Título original: Normative systems. Viena: Springer-Verlang, 1975). Buenos Aires: Astrea, 1975.

ALEXY, Robert. Sistema jurídico, principios Jurídicos y razón práctica. Traducción por Manuel Atienza. En: Doxa. España: Universidad de Alicante, 1988.

_____. Teoría de la argumentación jurídica. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

_____. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro De Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

_____. Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios. Traducción y presentación por Carlos Bernal Pulido. Serie de teoría jurídica y filosofía del Derecho No. 28. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

ATIENZA, Manuel. El sentido del derecho. 1ª edición. Barcelona: Ariel, 2001.

BAYÓN, Juan Carlos. El contenido mínimo del positivismo jurídico. Horizontes de la filosofía del Derecho: homenaje a Luís García San Miguel / coord. Por: Virgilio Zapatero Gómez. Vol. 2. 2002. p. 33-54. Disponible en Internet: <http://Derecho.itam.mx/facultad/materiales/proftc/Cerdio/>.

BAYÓN, Juan Carlos y RODRÍGUEZ, Jorge. Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales. Serie de teoría jurídica y filosofía del Derecho No. 27. Edición e introducción de: GAIDO, Paula; SÁNCHEZ, Rodrigo y SELEME, Hugo. Universidad Nacional de Córdoba (Argentina.) Bogotá: Universidad Externado de Colombia, julio de 2003.

BERNAL PULIDO, Carlos. El Derecho de los derechos. 1ª edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.

BOBBIO, Norberto. El problema del positivismo jurídico. México: Fontamara, 2002.

_____. Teoría general del Derecho. Traducción de “*Teoría Della norma giuridica*” y “*Teoria dell’ ordinamento giuridico*” por Jorge Guerrero. 2ª edición. Bogotá: Temis, 1994.

CARACCIOLO, R. Existencia de normas. En: Isonomía No. 27 (1997).

CRUZ, Luis M. La constitución como orden de valores. Problemas jurídicos y políticos. Un estudio sobre los orígenes del neoconstitucionalismo. Granada: Comares, 2005.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia T 406 del 5 de junio de 1992. Magistrado Ponente: Dr. Ciro Angarita Varón.

_____. Sentencia T 530 del 23 de septiembre de 1992. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

_____. Sentencia. T 620 del 14 de diciembre de 1995. Magistrado Ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

_____. Sentencia C 070 del 22 de febrero de 1996. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

_____. Sentencia T 696 del 5 de diciembre de 1996. Magistrado Ponente: Dr. Fabio Morón Díaz.

_____. Sentencia T 556 del 6 de octubre de 1998. Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

_____. Sentencia SU 062 del 4 de febrero de 1999. Magistrado Ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

_____. Sentencia C 1404 del 19 de octubre de 2000. Magistrados Ponentes: Dr. Carlos Gaviria Díaz y Dr. Álvaro Tafur Galvis.

_____. Sentencia C 226 del 2 de abril de 2002. Magistrado Ponente: Dr. Álvaro Tafur Galvis.

_____. Sentencia C 251 del 11 de abril de 2002. Magistrados Ponentes: Dr. Eduardo Montealegre Lynett y Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

_____. Sentencia C 370 del 14 de mayo de 2002. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Montealegre Lynett.

_____. Sentencia C 578 del 30 de julio de 2002. Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

_____. Sentencia T-787 de 2004 Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil.

_____. Sentencia C 789 del 20 de septiembre de 2006. Magistrado Ponente: Dr. Nilson Pinilla Pinilla.

DWORKIN, Ronald. Los derechos en serio. Traducción de "*Taking Rights Seriously*" por Marta Guastavino. 2ª edición. Barcelona: Ariel, 1989.

_____. El imperio de la justicia. 1ª edición. Barcelona: Gedisa, 1988.

GARCÍA HOZ, Víctor. El nacimiento de la intimidad y otros estudios. Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1970.

HART, Herbert Lionel Adolphus. El concepto de Derecho. Traducción de "*The concept of Law*" por Genaro R. Carrió. 2ª edición (reimpresión). Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1992.

_____. Ensayo sobre jurisprudencia y filosofía. Oxford: Clarendon Press, 1983.

HOERSTER, Norbert. En defensa del positivismo jurídico. Barcelona: Gedisa, 1992.

IBÁÑEZ NAJAR, Jorge Enrique. Seguridad nacional, seguridad del Estado y seguridad ciudadana. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, 2006.

KRIPKE, S.A. Wittgenstein on rules and private language, an elementary exposition. Cambridge (Mass): Harvard University Press, 1982. (Traducción al castellano de A. Tomásini Basools Wittgenstein. Reglas y lenguaje privado. México: UNAM, 1989).

MORALES HERVIAS, Rómulo. Dogmática jurídica y sistema jurídico: aproximaciones a la sociología y antropología jurídicas. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú (Instituto Riva-Agüero), 2001.

NINO, Carlos Santiago. Introducción al análisis del derecho. Colección mayor filosofía y derecho. 2ª edición, 12ª reimpresión. Buenos Aires: Astrea, 1984.

PÉREZ, Francisco de Paula. Derecho Constitucional colombiano. 5ª edición. Bogotá: Lerner, 1962.

RODRÍGUEZ, César. La decisión judicial: el debate Hart-Dworkin. 1ª edición. Bogotá: Siglo del hombre, 1997.

SALAZAR, Pedro. Una aproximación al concepto de legalidad y su vigencia en México. En: Isonomía No. 9 (octubre de 1998).