

PROBLEMAS INELUDIBLES EN LA CARACTERIZACIÓN DE LOS CONFLICTOS CONSTITUCIONALES Y LA PONDERACIÓN DE PRINCIPIOS (PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN)

Yezid Carrillo de la Rosa¹

RESUMEN

El presente artículo refleja los avances del proyecto de investigación titulado “Argumentación y ponderación constitucional”, que intenta puntualizar los posibles problemas a los que se enfrentan los teóricos del derecho que defienden una concepción racional de la ponderación, tanto en su versión particularista como universalista. Al constituir un avance, muestra el estado actual de la investigación y las posibles líneas de desarrollo conceptual y teórico necesarias para llevar a término el proyecto.

PALABRAS CLAVES

Ponderación, racionalidad, argumentación, constitucionalismo, principios.

ABSTRACT

This article reflects the advances of the research project titled “argumentation and weighting”, which intends to zero in the problems the law theorists have to tackle when defending a rational theory of weighting on its particular and universal versions. Of course, by building an advance, it shows the current status of the research and the possible lines of conceptual and theoretical development, which are necessary to bring the project to completion.

KEYWORDS

Weighting, rationality, argumentation, constitutionalism, principles.

Depositado en febrero 12 de 2013, aprobado en mayo 09 de 2013.

¹ Profesor de Filosofía del derecho en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Cartagena y en la Universidad libre Sede Cartagena. Doctorando en Derecho, Universidad Externado de Colombia, Magister en Derecho, Universidad Nacional de Colombia, Abogado de la U. Nacional de Colombia y Licenciado en Filosofía y Letras de la U. Santo Tomas, Director del Grupo de investigaciones en Teoría jurídica y derechos fundamentales “Phronesis”. yezidcarrillo@hotmail.com. yezidcarrillo@gmail.com.

INTRODUCCIÓN

La tesis comúnmente admitida es que la aplicación de los derechos se hace mediante subsunción o mediante ponderación. Alexy, por ejemplo, sostiene que las reglas se aplican por subsunción y los principios por ponderación. Sobre la subsunción se ha discutido bastante y pareciese existir un consenso tácito en la teoría jurídica; no así sobre la ponderación, sobre la que aún subsisten debates como los que veremos más adelante.

Por lo pronto se puede afirmar, que la subsunción es un procedimiento por medio del cual se establece que un caso individual es una instancia de un caso genérico para el que una regla general prevé una solución normativa determinada. El caso genérico está definido mediante una propiedad o una combinación de características relevantes según la regla, de suerte que aquellas características del caso individual que no concuerden con las propiedades seleccionada por la regla general se consideran irrelevante; por ejemplo, en el asesinato lo relevante es si se mató con alevosía y no cómo iba vestida la víctima (Moreso, 2007: 82). La idea de ponderación nos remite metafóricamente al símbolo de la balanza y de los pesos. Según esta metáfora, de la misma forma que sopesamos ciertas cantidades de materia, podríamos de manera racional e impersonal sopesar valores o principios morales para hallar un equilibrio entre ellos (Prieto Sanchís, 2007: 116), para establecer una relación de precedencia condicionada entre dos principios en conflicto (Alexy, 2007: 64) o para determinar cuál de los dos principios vence en un caso concreto (Martínez Zorrilla, 2007: 155). No obstante, como ya se dijo, sobre este concepto subsisten intensos debates.

1. APLICACIÓN DEL DERECHO: REGLAS Y PRINCIPIOS

Un primer foco de discusión se centra en lo relativo al tipo de normas involucradas en los procesos de subsunción y ponderación. En primera instancia, nos remite a la distinción entre reglas y principios, cuya conceptualización, en su versión actual, puede remontarse a las críticas que Dworkin formuló a Hart. Según Dworkin, las

reglas se diferencian de los principios porque la primeras son aplicables de manera disyuntivas (todo o nada); esto es, si se dan determinados hechos que caen dentro del ámbito de una regla válida, se actualizan las consecuencias que prevé la regla, igual a como sucede en un juego (beisbol o ajedrez). Por el contrario, los principios son aplicables de otra manera, en primer lugar, porque no establecen consecuencias jurídicas frente a determinados supuestos de hecho. Además de eso, se debe recordar que los principios poseen una “dimensión de peso” o importancia que está ausente en las reglas. Finalmente, si dos reglas son contradictorias una de las dos no es válida, en cambio, si dos principios son incompatibles se debe valorar el peso relativo que cada uno de ellos tiene en el caso (Dworkin, 1999: 74-78).

Una teoría más refinada de los principios es la de Alexy, quien los concibe como mandatos de optimización que ordenan que algo se realice, en la mayor medida posible, desde la perspectiva fáctica y jurídica. A diferencia de las reglas que deben ser cumplidas, como ya lo vimos, en forma de todo o nada, los principios pueden ser cumplidos en diversos grados, según las posibilidades fácticas y jurídicas (Alexy, 2002: 86). Los principios no contienen mandatos definitivos, y, contrario a las reglas, que sólo pueden ser cumplidas o no cumplidas, no exigen un cumplimiento pleno de lo que ordenan. En el caso de las reglas, si se da un supuesto de hecho que cae dentro de la regla y ésta se considera válida, se aplica, de lo contrario no se aplica; los principios, como ya se dijo, pueden ser cumplidos de manera gradual, de allí su carácter *prima facie* (Alexy, 2002a: 30-32).

Ahora bien, los principios no constituyen una categoría homogénea, debido a que se puede llamar principios a normas como los derechos fundamentales –que se caracterizan porque presentan de manera fragmentaria el supuesto de hecho o de aplicación– y también se pueden llamar principio a las denominadas “directrices o mandatos de optimización”, que no se caracterizan por la incondicionalidad, como los anteriores, sino por el deber que incorporan, el cual exige que se siga cierta conducta finalista

que puede ser cumplida en diversa medida (Prieto Sanchís, 2007: 105).

Un ejemplo de colisión de principios en el primer sentido lo constituye el principio de igualdad, que en realidad engloba dos principios: “el de tratar igual aquello que es igual y el de tratar desigual aquello que es desigual”. Según este principio existe discriminación cuando la desigualdad en el tratamiento legal no sea razonable; pero ¿dónde se encuentra la fuente de lo razonable? Si bien la Constitución establece el principio de igualdad, no dice en qué determinadas circunstancias fácticas puede o debe operar una diferenciación normativa. Es al legislador y al tribunal constitucional a quienes les corresponde tal tarea; sin embargo, dicha tarea no se realiza con fundamento en la Constitución sino en el particular razonamiento, porque no existe en aquella una condición de aplicación (Sanchís, 2007: 107).

Los principios, vistos como directrices o mandatos de optimización, están representados por todos aquellos derechos consagrados en la Constitución que se traducen en mandatos dirigidos a los poderes públicos y que les exigen que actúen de una determinada manera (por ejemplo, los derechos sociales, económicos y culturales). En este caso, la cuestión es saber hasta qué punto es exigible a los poderes públicos que adopten una particular conducta, pues la Constitución no establece un rasero por debajo del cual se entiende vulnerado el derecho (Sanchís, 2007:108).

1.1. Los principios y la caracterización de los conflictos constitucionales

Es evidente que la presencia de los “principios” en los textos constitucionales bajo el rótulo de “derechos fundamentales”, “principios o valores constitucionales”, ha complejizado y potencializado las situaciones de conflicto normativo en los sistemas jurídicos actuales.

Un segundo foco de discusión tiene que ver con la forma como se resuelven los conflictos o colisiones entre principios. Sobre el particular, se puede optar por considerar que estos conflictos

constitucionales son aparentes, esto es, que no son verdaderas contradicciones o colisiones normativas. Quienes sostienen esta posición consideran que, si en una circunstancia concreta entran en conflicto el derecho al honor y la libertad de expresión, puede que lo que sucede es que se trate de expresiones no amparadas por la libertad de expresión –caso en el cual nos encontramos fuera de su ámbito de aplicación y se hace necesario proteger el honor– o bien, de expresiones que caen dentro del ámbito de aplicación y, por tanto, no queda lesionado el derecho de honor (Martínez, 2007: 63). También se puede admitir, como se hace en este trabajo, que los conflictos constitucionales entre principios constituirían verdaderas contradicciones normativas. Sin embargo, lo importante es caracterizar el tipo de incompatibilidad a que se refieren los conflictos constitucionales y el procedimiento idóneo para resolverlos.

Una manera de identificar este tipo de contradicciones normativas es distinguir, entre colisiones internas o relativas al discurso de validez –que afectan la validez de una norma y pueden identificarse con independencia de las situaciones de aplicación– y colisiones externas o relativas al discurso de aplicación, debido a que únicamente pueden identificarse en las situaciones de aplicación (Gunther, 1995: 281). También se puede diferenciar entre conflictos “en abstracto” o “necesario” y conflictos “en concreto” o “contingente”. El primer caso ocurre cuando dos normas vinculan dos consecuencias jurídicas contradictorias a dos supuestos específicos que se sobreponen (en todo o en parte) desde la perspectiva conceptual. En tales circunstancias, no es necesario que nos encontremos ante un situación concreta para que se presente la colisión; basta con una interpretación textual en abstracto como cuando una norma prohíbe el aborto y otra permite el aborto terapéutico. En los conflictos en concreto dos normas, en el momento de su aplicación, vinculan dos consecuencias jurídicas contradictorias a dos clases de supuestos (independientes desde el punto de vista conceptual) que cobijan a un mismo caso concreto. Estos conflictos no pueden identificarse sino en presencia de un situación particular para la que dos normas resulten aplicables (Guastini, 2012: 226).

Prieto Sanchís, por su parte, ha distinguido entre antinomias “internas” o “en abstracto”, y antinomias “externas” o “en concreto”. El primer tipo de contradicción sucede cuando en un mismo sistema jurídico se establecen consecuencias incompatibles para los mismos supuestos fácticos. En las antinomias internas o en abstracto son los supuestos de hecho de las dos normas los que se superponen conceptualmente, de manera que siempre que se pretenda aplicar una de ellas entrará en conflicto con la otra. En estas circunstancias, no es necesario estar ante un caso concreto para que surja la antinomia, pues las normas se encuentran en posición de un conflicto en abstracto, como en el tema del aborto, planteado en el párrafo anterior. No sucede lo mismo con las antinomias externas o en concreto, en las cuales se está en presencia de dos normas válidas, y en principio coherentes, que pueden entrar en conflictos en determinadas circunstancias concretas, sin que pueda establecerse con anticipación en qué situaciones se pueden dar esos conflictos ni cuáles son los criterios que deben usarse para resolverlos; sólo en los casos concretos de aplicación se puede constatar el conflicto y justificar por qué se decide en favor de una u otra norma (Prieto Sanchís, 2007: 103).

El hecho de que lo enfrentado sean principios y no reglas conlleva importantes consecuencias, especialmente en relación con la forma en que se evidencian estas incompatibilidades. Como ya hemos visto, mientras las antinomias entre reglas se pueden constatar en abstracto, ello no es posible en las colisiones entre principios, porque éstos se caracterizan precisamente porque en abstracto no son excluyentes, sólo en determinadas situaciones concretas pueden chocar produciendo una incompatibilidad; por consiguiente, sólo ante un proceso concreto se puede evidenciar una incompatibilidad entre principios (Martínez, 2007: 64).

Cuando se está ante una contradicción normativa “en abstracto”, “interna” o relativa al “discurso de validez”, propia de los conflictos entre reglas, se apela a los criterios tradicionales de jerarquía, temporalidad y especialidad para proveer una solución. Con respecto a esto, lo más probable es que una de las dos norma en conflic-

to no sea válida o no esté vigente, debido a que está en contradicción con una norma superior o posterior, o una de las normas actúe como excepción de la otra en virtud de su especialidad. Por el contrario, cuando se está ante una contradicción normativa “en concreto”, “externa” o propia del “discurso de aplicación”, como las que se producen mayormente entre principios, se resuelve apelando a la ponderación. Según Alexy, mientras las incompatibilidades entre reglas se resuelven introduciendo una cláusula de excepción o alegando la no validez de una de las reglas (Alexy, 2002: 88), en el caso de los principios es diferente. Cuando dos principios colisionan uno de los dos tiene que ceder; en tal evento, el que tiene menos peso es desplazado por el que tiene más y no por ello se declara inválido el principio desplazado: simplemente, para el caso concreto, se establece una relación de precedencia de un principio frente a otro (Alexy, 2002: 89). Después de todo, los principios contienen razones que pueden ser desplazadas por otras y carecen de contenido de determinación en relación con los principios contrapuestos.

De lo anterior podemos colegir que los conflictos constitucionales susceptibles de ponderación se caracterizan, primero, porque lo que entra en juego son principios y no reglas. Segundo, porque o bien no existe superposición de supuestos de hecho –haciendo improbable prever en abstracto los posibles conflictos, como en el caso de los derechos fundamentales– o bien pueden preverse las condiciones de aplicación, como en el caso de principios (directrices) que ordenan el cumplimiento de una conducta en el mayor grado posible, pero su exigibilidad depende de la concurrencia de otros principios o mandatos. Tercero, porque la incompatibilidad no se resuelve declarando inválida una de las dos normas o considerando a una de ellas como excepción de la otra, haciendo inadecuados los criterios tradicionales de solución de antinomia. Cuarto, porque la solución, que puede consistir en el triunfo de una norma sobre otra, o la satisfacción de ambas, no constituye una regla general aplicable a otros casos en los que estos principios participen (Prieto Sanchís, 2007: 110). Quinto, porque la solución que se da está determinada por las particularidades del caso,

de suerte que para éstas o circunstancias parecidas se puede establecer una relación de precedencia condicionada, pero si varían las condiciones puede que la precedencia se invierta (Alexy, 2002: 92). Finalmente, porque la solución se formula en una norma de derecho fundamental “adscrita” que funciona como regla y bajo la cual puede subsumirse el caso (Alexy, 2002: 98).

1.2. Concepciones sobre la ponderación

Como se insinuó en párrafos atrás, no existe una concepción única de la ponderación. Por un lado podemos encontrar autores que la consideran una actividad más bien discrecional y decisionista, no sometida a ningún control racional, y, por otro, los que la consideran un procedimiento racional.

Los primeros –que podríamos denominar escépticos– no creen que la razón juegue un papel preponderante en el juicio de ponderación. Para ellos, si algo es evidente en la ponderación es su indeterminación, debido a la ausencia de criterios jurídicos precisos y vinculantes que garanticen su objetividad y racionalidad, de suerte que el juicio de ponderación constituiría más bien un procedimiento vacío y retórico que enmascara relaciones de poder y las apreciaciones ideológicas y subjetivas del juez constitucional (Bernal, 2009: 22). Las reservas de Habermas contra la jurisprudencia constitucional alemana precisamente tienen que ver con la interpretación que el Tribunal Constitucional hace de los principios, asimilándolos a valores que deben ser realizados de forma óptima y que exigen una ponderación orientada a fines, pues el cumplimiento del mandato de optimización no puede determinarse a partir de lo que establece la misma norma (Habermas, 1998: 327). Lamentablemente, para Habermas, la ponderación no se apoya en criterios racionales, por ello se lleva a cabo de manera discrecional o arbitraria o de manera irreflexiva (Habermas, 1998: 332). Para este autor, lo que operaría en ella sería, entonces, la pura subjetividad del juez y el decisionismo (Alexy, 2007: 18).

Una segunda objeción sostiene que la ponderación compara magnitudes inconmensurables,

principios que no pueden compararse debido a sus radicales diferencias. Para llevar a cabo tal procedimiento sería necesaria una medida común que permitiera saber qué cosas se comparan o una organización jerárquica de principios que estableciera de antemano el peso de cada principio en el caso. Finalmente, también se sostiene que la ponderación no permite predecir racionalmente los resultados y por ello admite cualquier tipo de decisión (Alexy, 2007: 25), de suerte que se sacrifican principios básicos del derecho como la certeza, la coherencia y la generalidad del derecho (Bernal, 2009: 23).

Guastini también considera al juicio de ponderación constitucional como una operación discrecional. En la ponderación se trata de otorgar un diferente peso (importancia ético-política) a las normas en juego, a través de una jerarquía axiológica que le asigne un cierto valor a las normas en conflicto. No obstante, al no haber sido fijada esta jerarquía por el derecho (sistema de fuentes), le corresponde hacerlo al juez constitucional de manera discrecional, mediante un juicio de valor comparativo cuya forma lógica es: “el principio P1 tiene más valor que el principios P2”. Ahora bien, esta jerarquía axiológica solo opera para el caso concreto y podría invertirse para casos futuros dependiendo de las circunstancias concretas de los mismos; de allí que se trate de una jerarquía móvil. El principio que sucumbe no es declarado inválido ni derogado, sino que sigue jugando para próximas controversias. La discrecionalidad entonces se manifiesta, no sólo en el establecimiento de una jerarquía axiológica, sino también en la modificación del valor relativo de esos principios dependiendo del caso planteado (Guastini, 2012: 229-31).

Quienes defienden una concepción racionalista de la ponderación la consideran, en términos generales, como un procedimiento que permite resolver incompatibilidades entre principios, sin que se entienda que a través de ella se garantice un orden jerárquico de principios o valores que de antemano prevea todas las soluciones frente a todas las posibles colisiones de principios. Lo que intenta la ponderación es proveer al operador jurídico de una estructura justificativa para establecer una relación de

precedencia entre principios, condicionada a las circunstancias del caso (Bernal, 2009: 29). Los racionalistas coinciden en que la ponderación es un procedimiento relativo a casos concretos, esto es, que ella tiene su origen en una situación concreta y que la solución, por tanto, afecta a ese caso concreto; pero difieren en lo que debe entenderse por casos concretos. Para algunos se trata de casos estrictamente individuales (particularista), mientras que para otros de casos genéricos (universalistas) (Martínez Zorrilla, 2007: 156).

Los defensores del particularismo sostienen que la ponderación es un mecanismo relativo al caso específico y, por tanto, la solución que se proponga para un determinado caso no es generalizable a otras situaciones de conflicto entre los mismos principios; esto es, no se puede establecerse una regla general que resuelva de manera unívoca todos los supuestos posibles de colisión que puedan darse entre los mismos principios ulteriormente (Martínez Zorrilla: 2007:163). Detrás de la concepción particularista de la ponderación parece estar la filosofía moral particularista o el “particularismo moral”, según el cual, la corrección moral de una acción no depende de su subsunción o inclusión en un principio sino de la adecuada comprensión de la situación concreta del contexto en que se produce la acción, esto es, de la “justicia del caso concreto”, de que no se desconozcan aspectos relevantes de la situación y se tengan en cuenta las circunstancias del caso concreto, porque en un contexto diferente puede estar presente alguna otra circunstancias que varíe el “peso moral” de ese elemento (Martínez Zorrilla: 2007:165-66).

Los partidarios de la concepción universalista de la ponderación consideran que la mejor manera de asegurar el control de la razón en el resultado de la ponderación, es relacionándola con reglas y casos genéricos; tal sería el caso de la teoría de Alexy, Moreso y Pietro Sanchís. Los universalistas, a pesar de que reconocen que el punto de partida es el caso concreto en el que se presenta la colisión de principios, pretenden que las razones invocadas para justificar el mayor peso de un principio frente a otro no se limiten únicamente al caso y puedan extenderse a otros

casos que compartan las mismas propiedades relevantes con el caso particular bajo examen. Los defensores de esta postura consideran que el propósito último de la ponderación consiste en crear un conjunto de reglas que articulen casos genéricos a soluciones, lo que permitiría en el futuro resolver casos parecidos mediante un procedimiento subsuntivo.

La ponderación, en el sentido universalista, sería un procedimiento que permitiría ir decantando y delimitando las condiciones de aplicación de cada principio (Martínez Zorrilla, 2007: 180). Habría que señalar que la posición universalista de la ponderación no es incompatible con la tesis de que la solución que se proponga para el conflicto de principios puede variar según las circunstancias. Así, si en las circunstancias C1 se debe aplicar el principio P1 y en las circunstancias C2 se debe aplicar P2, debe entenderse desde la perspectiva universalista que C1 y C2 no son las condiciones específicas del caso particular sino un conjunto de “propiedades definitorias de casos genéricos” (Martínez Zorrilla, 2007: 181).

2. CONCLUSIONES Y CONSIDERACIONES PROVISIONALES: PROBLEMAS RELATIVOS A LA RACIONALIDAD Y LA LEGITIMIDAD EN EL JUICIO DE PONDERACIÓN

La concepción racionalista de la ponderación – sea la versión particularista o universalista– debe que resolver tres cuestiones básicas. La primera de ellas tiene que ver con la cuestión del lugar y los límites de la racionalidad en la ponderación. La segunda apunta al problema de la inclusión de la moral en los textos constitucionales y el de la justificación racional de los juicios éticos, que nos remite a los problemas metaéticos ineludibles en la ponderación de principios. Por su parte, la tercera se refiere a la estructura de la ponderación. La investigación que nos proponemos llevar a cabo sostiene que sólo si se puede dar cuenta de los siguientes problemas es posible admitir la ponderación como un procedimiento racional, adecuado y legítimo para resolver los conflictos constitucionales entre principios.

En relación con el primer asunto baste decir que, si se quiere sostener que el juicio de ponderación es racional, hay que tener en cuenta el enfoque lógico y retórico del razonamiento jurídico (razonamiento analítico y dialéctico); este ayuda a proponer un enfoque mínimo de la argumentación constitucional, y provee al juez constitucional de una serie de técnicas de argumentación que deben ser usadas en la ponderación de principios. Entre dichas técnicas las más conocidas, aunque no las únicas, son las de Perelman (los argumentos cuasi-lógicos o cuasi-matemáticos, los argumentos fundados sobre la estructura de lo real, y los argumentos que fundan la estructura de lo real).

No sólo es importante el enfoque retórico sino también el enfoque dialógico de la argumentación jurídica que permite dar cuenta del razonamiento justificativo en la argumentación jurídica y la ponderación de los principios constitucionales. Para ello es fundamental la distinción entre racionalidad teórica y racionalidad práctica. La racionalidad teórica permite la elaboración de proposiciones que encierran un conocimiento acerca del universo físico, y suponen que es posible la producción de juicios sobre la naturaleza y la realidad empírica susceptibles de verificarse como verdaderos o probables. Estos juicios tienen carácter apodíctico y su demostración permite formular leyes o teorías ciertas e infalibles. Según Kant, el interrogante que justifica el uso de la razón pura teórica es ¿qué puedo conocer? Por ello su dominio lo constituye las ciencias formales o axiomatizadas, tales como la matemática o las ciencias físicas o naturales, cuya quintaesencia es la matemática.

Por el contrario, la racionalidad práctica produce enunciados que encierran un saber sobre el mundo metafísico y por ello se expresa en juicios aporéticos que permiten la formulación de directivas (normas), interpretaciones, valoraciones, consejos, máximas, lugares comunes, definiciones, etc., y que no pueden valorarse como verdaderas. Según Kant, el interrogante que guía el uso de la razón práctica es ¿qué debo hacer? De ahí que su dominio sean el de la moral y el de todo aquello donde aparezcan las valoraciones éticas como en las ciencias humanas y sociales.

Los problemas de la racionalidad práctica, a diferencia de los problemas de la racionalidad teórica, suponen la producción de argumentaciones no susceptibles de valorarse como verdaderas o falsas sino como correctas o buenas. En ello el modelo de Alexy, que él denomina teoría del discurso racional, será importante. Este no es un modelo real sino ideal y normativo, esto es, no trata de describir seres reales, ni presupone que los hombres actúen siempre de manera racional. El modelo intenta formular una serie de principios (consistencia, eficacia, comprobabilidad, coherencia, generalidad y sinceridad) y un sistema de reglas de la razón práctica que, según Alexy, expresan los ideales y reglas implícitas en la cultura y los valores de la modernidad. Estas reglas se agrupan en: reglas fundamentales, reglas de la razón, reglas sobre la carga de la argumentación, reglas sobre la forma de los argumentos, reglas de fundamentación y reglas de transición.

Ahora bien, el enfoque dialógico no puede limitarse únicamente al uso de las reglas de la razón práctica debido al carácter no vinculante de éstas. Alexy reconoce que una de las debilidades de la teoría del discurso radica en que el seguimiento de sus reglas no garantiza que pueda alcanzarse un acuerdo en cada cuestión práctica que se discute o, que si llegase a concretarse, este sea definitivo o irrevocable. Ello se debe a que las reglas del discurso no pueden cumplirse sino de manera parcial, que estas reglas no establecen todos los pasos de la argumentación y que esta argumentación debe partir siempre de concepciones normativas de los participantes mudables y circunscritas históricamente (Alexy, 2007a: 201). Debido a lo anterior, el discurso jurídico queda justificado en su dimensión normativa, debido a que su existencia permite que aumente la posibilidad de resolver las cuestiones prácticas, y en su dimensión coactiva, por cuanto sus normas pueden imponerse aun a aquellos que no están dispuestos a seguirlas (Atienza, 2004: 163).

La segunda cuestión parte del reconocimiento de que el análisis de los conflictos constitucionales actuales y la ponderación de principios sólo son inteligibles en el contexto del nuevo constitucionalismo o neoconstitucionalismo, el

cual se encuentra asociado a un grupo de textos que surgen luego de la Segunda Guerra Mundial, especialmente por los años setenta del siglo XX. Dichos textos contienen un conjunto de normas que ya no se limitan a determinar la estructura del Estado y las competencias de los poderes para la producción del derecho, sino que establecen criterios de carácter sustantivo o moral que instituyen derechos, principios, valores, bienes o fines (derechos fundamentales) que condicionan y, en ocasiones, limitan el ejercicio del poder al interior del Estado, en especial el del legislativo (Carbonell, 2007: 9-11).

Este reconocimiento de la inclusión de la moral en los textos constitucionales y del deber de justificación racional de los juicios éticos por parte del juez constitucional, nos remite a un problema metaético ineludible. Las discusiones metaéticas giran en torno a tres problemas. El primero es el de si los predicados o conceptos morales hacen referencia a propiedades reales de cosas; el segundo, si los juicios morales son aptos para la verdad y la falsedad, y tercero,

si podemos fundamentar racionalmente las proposiciones morales y nuestros juicios de valor. Los desarrollos más importantes de la metaética han sido aglutinados bajo dos grandes corrientes: descriptivistas (o definicionistas) y no descriptivistas (o no definicionista).

La tercera y última cuestión nos remite a la estructura de la ponderación. Al respecto hay que señalar que Alexy ha distinguido en la ponderación tres fases. La primera busca definir de manera precisa el grado de no satisfacción o afectación del primer principio. La segunda señala la importancia de la satisfacción del principio incompatible o en pugna con el primero. Finalmente, en la tercera se indaga si la importancia de la satisfacción del segundo principio justifica la restricción o no satisfacción del principio afectado (Alexy, 2007: 18). En su última versión la estructura de la ponderación está compuesta por tres elementos: la ley de la ponderación, la fórmula del peso y las cargas de la argumentación (Bernal, 2009: 28).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Alexy, R. (2007). "La fórmula del peso", En, Carbonell, M. *El principio de proporcionalidad en el Estado Constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
2. Alexy, R. (2007a). *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales.
3. Alexy, R. (2002). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales.
4. Alexy, R. (2002a). *Derecho y razón práctica*. México: Ediciones distribuciones Fontamara.
5. Atienza, M. (2004). *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
6. Bernal, C. (2009). *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
7. Dworkin, R. (1999). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel
8. Guastini, R. (2012). *Interpretación, Estado y Constitución*. Perú: Ara editores.
9. Gunther, K. (1995) "Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica", en, Revista *Doxa* No. .
10. Martínez, D. (2007). *Conflictos constitucionales, indeterminación normativa y ponderación*. Madrid: Marcial Pons.
11. Moreso, J. J. (2007). "Alexy y la aritmética de la ponderación", En, Carbonell, M. *El principio de proporcionalidad en el Estado Constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
12. Sanchís, L. P. "El juicio de ponderación constitucional", En, Carbonell, M. *El principio de proporcionalidad en el Estado Constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.