

# LÍMITE A LA TEORÍA DE LA PONDERACIÓN DE ALEXY El caso de la igualdad en Colombia\*

## LIMIT TO ALEXY'S WEIGHTING THEORY The case of equality in Colombia

## LIMITE À TEORIA DA PONDERAÇÃO DE ALEXY O caso da igualdade na Colômbia

*David Mercado Pérez\*\* y Luis Fernando Bermeo Álvarez\*\*\**

Recibido: 07/X/2022

Aceptado: 23/XI/2022

### Resumen

Este trabajo expone una crítica al intento de objetivación del Derecho a partir de los Test de Ponderación de Robert Alexy, mediante un análisis sobre la potencial aplicación de estos, en el Derecho colombiano. Se parte de plantear brevemente el problema, a partir de las consideraciones de Alexy y luego se precisa el carácter paradójico de los derechos fundamentales, para después analizar algunas de las dificultades argumentativas en la aplicación de la igualdad en Colombia. Las conclusiones se concentran en mostrar porqué las particularidades del razonamiento jurídico hacen que la aplicación de estos test no puede eliminar del todo la subjetividad de la decisión judicial.

**Palabras clave:** Igualdad; Razonamiento; Jurisprudencia; Proporcionalidad; Argumentación

### Abstract

This work exposes a criticism of the attempt to objectify the Law from Robert Alexy's Weighting Test, through an analysis of their potential application in Colombian law. It begins by briefly raising the problem, based on Alexy's considerations and then the paradoxical nature of fundamental rights is specified, to later analyze some of the argumentative difficulties in the application of Equality

in Colombia. The conclusions focus on showing why the particularities of legal reasoning mean that the application of these tests cannot eliminate the subjectivity of the judicial decision.

**Keywords:** Equality; Reasoning; Jurisprudence; Proportionality; Argumentation

### Resumo

Este trabalho expõe uma crítica a intenção de objetivação do Direito a partir do Teste de Ponderação de Robert Alexy, mediante uma análise sobre a potencial aplicação destes no direito colombiano. Se parte de plantear brevemente o problema, a partir das considerações de Alexy y logo se aponta o carácter paradoxal dos direitos fundamentais, para depois analisar algumas das dificuldades argumentativas na aplicação da Igualdade na Colômbia. As conclusões se concentram em mostrar porque as particularidades do raciocínio jurídico fazem que a aplicação destes testes, não possam eliminar de seu todo a subjetividade da decisão judicial.

**Palavras-chave:** Igualdade; Raciocínio; Jurisprudência; Proporcionalidade; Argumentação

\* Este artículo es resultado del proyecto de investigación Los Test de Ponderación y Balanceo en el Derecho Colombiano, desarrollado por los autores como miembros del grupo de investigación Filosofía del Derecho y Derecho Constitucional en la Universidad Libre sede Cartagena, Colombia.

\*\* Abogado de la Universidad de Cartagena, Colombia; especialista en Derecho Público de la Universidad Externado de Colombia; profesor de planta de Derecho Constitucional colombiano y Teoría Constitucional en la Universidad de Cartagena, con más de cuarenta y seis años de experiencia; investigador y director del grupo de investigación Filosofía del Derecho y Derecho Constitucional. Correo electrónico: davidmercadoperez@yahoo.com

\*\*\* Abogado de la Universidad de Cartagena, Colombia; docente de la Institución Universitaria Mayor de Cartagena, Colombia; Magister en Derecho con énfasis en investigación de la Universidad del Norte, Barranquilla, Colombia; becario doctoral en Derecho en la Universidad del Norte, Barranquilla, Colombia; investigador del grupo de investigación Filosofía del Derecho y Derecho Constitucional. Correo electrónico: lbermeo@uninorte.edu.co

**Cómo citar este artículo:** Mercado Pérez, David y Luis Fernando Bermeo Álvarez. 2023. "Límite a la teoría de la ponderación de Alexy. El caso de la igualdad en Colombia". *Revista de estudios jurídicos Cálamo*, n.º 18: 55-65.

## INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

*Hay una pregunta, sin embargo, que ninguna forma de dogmatismo solucionista podrá llegar nunca a resolver. Es la pregunta que La Boétie, en el siglo XVI, consideraba la raíz de toda insubordinación a la servidumbre voluntaria: ¿es esto vivir? Es una pregunta, como él mismo escribía, que está al alcance de cualquiera y que puede aparecer en cualquier contexto de vida. No apela a una objetividad calculable sino a una dignidad que siempre puede ser puesta en cuestión.*

Marina Garcés (2017, 58)

Las diferentes propuestas teóricas de Robert Alexy han sido acogidas y criticadas por la comunidad académica jurídica latinoamericana, dada su relevancia para resolver casos relativos a derechos fundamentales, que están muy conectados con los ideales sobre: ¿cómo organizar el Estado? o ¿para qué existen el Estado y el Derecho? En la tradición política latinoamericana la construcción del Estado nación es algo aún muy nuevo, por lo que teorías jurídicas como las de Alexy ayudan a promover y practicar el constitucionalismo sobre la base de la protección de los derechos fundamentales.

Sin embargo, el concepto de derechos fundamentales no es una invención de juristas, sino de la Filosofía Contractualista que, al afirmar que todas las personas nacen con estos y que el Estado es producto del Contrato Social, creado para que estos se garanticen, constituye estos mismos derechos en naturales. De hecho, en dicho contrato su limitación es voluntad de sus titulares, por lo que las autoridades del Estado sólo pueden hacer aquello que les esté expresamente permitido y, en consecuencia, los derechos fundamentales son un límite de su poder político (Dippel 2009, 44-45). En este sentido se expresa la misma Constitución colombiana en su artículo 6, consagrando esto como principio:

Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

Por ello, concepciones como las de Alexy, sobre el Derecho, la decisión judicial y las normas jurídicas,

son importantes para ejercitar la argumentación jurídica en un Estado constitucional que se precie de valorar los derechos fundamentales de sus asociados y asociadas. Sin embargo, estas propuestas teóricas, en general, parecen tener una aspiración epistemológica que puede considerarse imposible de alcanzar en la realidad. Al respecto, véanse, por ejemplo, las reflexiones de Alexy al final de su obra Teoría de los derechos fundamentales:

*¿Acaso no debe exigirse siempre la convergencia entre lo que es válido en razón de los derechos fundamentales y lo que puede identificarse como válido? Esta exigencia no expresa nada distinto al postulado de que el operador jurídico debe intentar trabajar siempre sobre la base del conocimiento ideal. [...] Sin embargo, esta espina es el imprescindible tributo que los ideales *iusfundamentales* tienen que pagar a cambio del triunfo, nunca suficientemente apreciado, de su institucionalización en el mundo, tal como es. (2007, 561-562)*

Para este autor, puede haber objetividad en el Derecho, propiamente en su aplicación, por lo que también puede encontrarse conocimiento objetivo a través de esta práctica social (Guibourg 2019, 22). En tanto, como lo manifiesta Escudero:

Alexy y McCormick consideran que la argumentación jurídica es un discurso práctico sustentado en la veracidad de los hechos y la seguridad de las premisas con las cuales se explican los hechos en relación con las normas (Alexy 1985), (McCormick 1997). (2017, 114)

Esta aparente aspiración de Alexy puede llevar a conclusiones erradas sobre el potencial del razonamiento jurídico y del ejercicio del Derecho respecto

a sus posibilidades como ciencia que pueda lograr conocimiento objetivo, mediante el uso de un método científico. Así mismo, la teoría de la ponderación se convierte, entonces, en el método propio de esta aspiración epistemológica de Alexy, en tanto permite decisiones judiciales más objetivables. De ahí que la ponderación tenga, en la propuesta de este autor, varios pasos y juicios indispensables para lograr el resultado más justo en cada caso (Alexy 2007, 297). Sin embargo, una interpretación más caritativa con los planteamientos del autor sería: que sus propuestas apuntan a afirmar la racionalidad del razonamiento jurídico (Sieckmann 2014), más no a eliminar del todo la subjetividad de la decisión judicial. En este sentido se expresa Espinosa:

En definitiva, para Alexy, es posible hacer juicios racionales y razonables a través del análisis de la estructura de la ponderación estableciendo grados de intensidad e importancia en los principios que entran en colisión, en contraposición a opiniones como las de Habermas, García Amado y Schlink que sostienen

que la ponderación es arbitraria, excesiva e irracional. (2017, 23)

En este contexto, en adelante se criticará esta aparente aspiración, poco reflexionada, sobre la posibilidad de eliminar del todo la subjetividad del razonamiento jurídico y así lograr conocimientos objetivos por medio del Derecho; especialmente mediante la teoría de la ponderación de Alexy, usando un análisis sobre la potencial aplicación del derecho a la igualdad en Colombia, como derecho fundamental. Para esto, metodológicamente, se hará uso de un análisis sobre algunas características esenciales del lenguaje jurídico y del Derecho en sí mismo, a partir de la bibliografía escogida sobre el problema referenciado.

Posteriormente, se expondrá un estudio de caso para comparar los planteamientos teóricos de Alexy, antes señalados, en el contexto de la aplicación del Derecho colombiano por parte de un Tribunal en el norte del país, en dos casos puntuales. Por último, se presentarán las conclusiones.

## EL LENGUAJE PARADÓJICO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Desde que nacieron las primeras constituciones liberales se constató que el lenguaje de la Filosofía y del Derecho sobre los valores jurídico-políticos fundamentales, no es del todo compatible. En efecto, aún positivizados, las normas que contienen derechos fundamentales carecen de supuesto jurídico y sin este, la norma no sirve para solucionar caso o problema jurídico alguno. Al adaptar el lenguaje filosófico contractualista al jurídico, el Derecho ha debido apelar a muchos artilugios que le permitan aplicar la teoría contractualista como si fuese una creación jurídica. Así, el concepto filosófico de libertad se convirtió en derecho a la libertad cuando se lo organizó en grupos, tales como las libertades físicas, espirituales, económicas, entre otras. Para ilustrar lo anterior, cabe la metáfora del Derecho como Rey Midas, utilizada por autores de la Filosofía del Derecho: todo lo que toca, lo vuelve jurídico (Martínez 1992; Bermeo y Ruiz 2018, 163); en especial a través la interpretación jurídica (Núñez 2022, 78).

Aun así, esta segmentación siguió careciendo de supuesto jurídico y, lo que es peor, el lenguaje jurídico tuvo que pagar un alto precio: el de generar paradojas (De Asís 2000). Además, este fenómeno históricamente ha pasado por tres fases: generalización, positivación e internacionalización. La primera va de la mano de la expansión de la ideología liberal; la segunda, del hecho político de que los nuevos Estados liberales adoptaron Constituciones escritas donde estos figuraban; y la tercera, con los Juicios de Núremberg, donde se juzgó y condenó a los criminales de guerra nazis.

A partir de lo anterior se puede afirmar que la existencia de paradojas en el lenguaje jurídico es inevitable (Lowenstein 1976). Sobre todo, porque el Derecho, desde la propia época romana antigua, ha sido considerado como un ámbito de la vida social relativo a lo sagrado o, mejor, como una forma de religión, por lo que fue considerado más bien como *tekné* (técnica, en griego) o *ars* (arte, en latín), como cualquier religión.

El uso de su lenguaje genera paradojas, en tanto que los lenguajes de base religiosa parten de postulados para justificar el discurso religioso, toda vez que son imposibles de demostrar por estar basados en sentimientos e ideales.

Lo antes expuesto lleva a una constatación: las religiones parten de consideraciones que se asumen como verdades, pero que son indemostrables. Son, por esto, auténticos elementos mitológicos (Schiaivone 2012). No obstante, estas irracionalidades son necesarias porque sobre ellas se elabora la racionalidad del Corpus Fides religioso. Y, en lo que al Derecho compete, se plasman como principios que adoptan la forma de enunciados razonables, sin los cuales es imposible la interpretación jurídica (Viehweg 1997, 15-22).

En este contexto, el citado Rafael De Asís (2000), apoyándose en la obra del profesor Umberto Cerroni, muestra ocho paradojas observables en la historia de los derechos fundamentales, que inciden sobre su práctica *iusfilosófica* y jurídica, inevitablemente:

- a) La paradoja del siervo: en tanto que, si se hace diferencia entre señores y vasallos, los derechos fundamentales no son universales.
- b) La paradoja del patrón: porque si los contractualistas afirman que la propiedad nace del trabajo: ¿cómo es que sus trabajadores nunca se convierten en propietarios?
- c) La paradoja de la tolerancia: porque para Locke y para la primera generación de contractualistas, la libertad de religión representaba el deber de creer en Dios; por lo que esa libertad solo era para escoger una confesión religiosa. Así, los ateos, los agnósticos y los no cristianos, quedaban excluidos.

- d) La paradoja de los derechos coloreados: en tanto que la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América y la Declaración de los Derechos del Hombre hicieron excepciones, por motivos raciales.
- e) La paradoja del Estado de derecho: porque esta figura originalmente se entendió como igualdad ante la Ley, por parte de la ciudadanía; pero nunca para que ésta decidiera sobre las leyes, por lo que la idea de democracia estaba desconectada de la de Estado de derecho (Fioravanti 2011, 163).
- f) La paradoja machista de los derechos fundamentales: porque el liberalismo mantuvo a las mujeres como no personas; es decir, sin titularidad de derechos, hasta el siglo XX.
- g) La paradoja del sufragio restringido: en tanto solo podían votar los que tenían renta o patrimonio.
- h) La paradoja de la autodecisión de los pueblos: porque en la Declaración Universal de 1948 se creó un status especial para Israel, Palestina y otros Estados, cuando la Organización de las Naciones Unidas dijo que: “Todos los pueblos tienen derecho a decidir por sí mismos sólo si están liberados” (De Asís 2000, 47). Esto equivale a afirmar que el principio de autodeterminación de los pueblos depende de quién los colonice.

En este sentido, De Asís Roig va incluso más allá y expone tres tipos de paradojas en el enunciado: los derechos fundamentales son un límite del poder; así: i) la del limitado límite, ii) la del límite delimitado y iii) la del limitador limitado, que a su vez comprenden otras (De Asís 2000)<sup>1</sup>. Solo en la primera están las paradojas de positivización, internacionalización, regreso al infinito y disenso, que, por estar más allá del problema de este trabajo, no serán abordadas.

## LA ARGUMENTACIÓN EN DERECHO: EL CASO DEL DERECHO A LA IGUALDAD EN COLOMBIA

Obsérvese con lo dicho hasta aquí, un análisis con respecto al tratamiento jurídico del derecho a la igualdad en Colombia, como derecho fundamental,

expresado en la propia Constitución. Este derecho puede ser abordado desde varias pantallas del conocimiento o marcos de precomprensión o de referencia,

<sup>1</sup> La dificultad para entender esto ha llevado a que algunos *iusfilósofos* y teóricos enmarquen el Derecho dentro de límites reduccionistas de un único punto de vista, que solo tiene sentido si este se asume en forma dogmática.

integrados por una red de valores culturales, sociales y políticos; por lo que se partirá de los siguientes presupuestos para dicho análisis: i) existe una relación entre Derecho y poder, ii) el poder es el fundamento de la validez del Derecho y, iii) el Derecho es una racionalización del poder (García 2014, 100-118). Teniendo en cuenta esto, véase el art. 13 de la Constitución Política de Colombia:

Todas las personas nacen libres e iguales ante la Ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

De la lectura de esta norma se desprende la pregunta: ¿qué se puede entender por igualdad, según este artículo? Para responder a esta pregunta, el tratadista español Francisco Rubio Llorente dijo, hace años, que:

La igualdad designa un concepto relacional, no una cualidad de una persona, de un objeto (material o ideal) o de una situación, cuya existencia pueda ser afirmada o negada como descripción de esa realidad aisladamente considerada; es siempre una relación que se da al menos entre dos personas, objetos o situaciones. Es siempre el resultado de un juicio que recae sobre una pluralidad de elementos (en el caso límite, al menos una dualidad), los “términos de la comparación”, entre los cuales debe existir al mismo tiempo alguna diversidad, aunque sólo sea espacial y/o temporal, pues de otro modo, como es obvio, no cabría hablar de pluralidad.

La diferencia, al menos numérica, entre los elementos comparados es condición de posibilidad del juicio de igualdad. (1993, 640)

Más aún, el mismo Rubio Llorente profundiza sobre este punto incluyendo el concepto de *tertium comparationis*<sup>2</sup>, así:

Toda igualdad es siempre, por eso, relativa, pues sólo en relación con un determinado *tertium comparationis* puede ser afirmada o negada y desde esa perspectiva sólo puede existir o no existir, de manera que el conjunto de elementos de los que se predica constituye una clase en sentido lógico, integrada por elementos absolutamente homogéneos, y ello con absoluta independencia de que el *tertium comparationis* obligue a tomar en consideración sólo un rasgo (por ejemplo, sólo el sexo), varios o muchos (por ejemplo, además del sexo, también la edad, la estatura, el grado de instrucción, la localidad de origen, etc.). (1991, 13)

De este modo, cualquier juicio de igualdad parte de la desigualdad o, lo que es lo mismo, de la no identidad.

### Luego, ¿cómo aplicar la igualdad?

Teniendo en cuenta lo anterior, se analizará ahora: ¿cómo aplicar este derecho fundamental colombiano? Para ello, se debe tener en cuenta que la aplicación del derecho a la igualdad es siempre muy problemática porque, como se dijo, este carece de supuesto jurídico y es de estructura semántica absolutamente irreducible; en tanto no se puede disminuir la extensión del concepto y aumentar su comprensión. Cuanto más se delimite el concepto de igualdad, se creará más desigualdad, conceptualmente hablando, al dejar más elementos por fuera de este concepto, paradójicamente. ¿Cómo, entonces, determinar la aplicación de la igualdad como principio o establecer la violación del derecho a la igualdad? Una respuesta a esta pregunta se puede dar, declarando la filosofía que subyace al

<sup>2</sup> Este concepto fue doctrinariamente desarrollado por el Alemán Peter Häberle, como desarrollo filosófico de la Constitución alemana de 1949. Aparece por primera vez en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia T-422/1992: “La igualdad designa un concepto relacional y no una cualidad. Es una relación que se da al menos entre dos personas, objetos o situaciones. Es siempre resultado de un juicio que recae sobre una pluralidad de elementos, los ‘términos de comparación’. Cuáles sean éstos o las características que los distinguen, no es cosa dada por la realidad empírica sino determinada por el sujeto, según el punto de vista desde el cual lleva a cabo el juicio de igualdad. La determinación del punto de referencia, comúnmente llamado *tertium comparationis*, para establecer cuándo una diferencia es relevante, es una determinación libre más no arbitraria, y sólo a partir de ella tiene sentido cualquier juicio de igualdad”.

mencionado artículo 13 y dividiéndolo en cuatro mandatos más específicos, como propone Bernal:

(1) un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas; (2) un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no compartan ningún elemento común; (3) un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, siendo las similitudes más relevantes que las diferencias (trato igual a pesar de la diferencia); y (4) un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso, las diferencias sean más relevantes que las similitudes [...]. (2002, 51-52)

En este sentido, para este autor los problemas interpretativos se encuentran en el tercer y cuarto mandato (2002) de este artículo. Son estos dos mandatos, precisamente, los que le dan vida a la definición del principio de la igualdad en la Constitución Colombiana o, en palabras de Bernal:

El artículo 13 establece el mandato de trato paritario en su primer inciso y, en sus incisos 2 y 3, el mandato de trato diferenciado. En el lenguaje de la Constitución, mientras el mandato de trato paritario equivale a la prohibición de discriminación –correlativa a la prohibición de tratar de manera privilegiada a ciertos destinatarios del derecho–, el mandato de trato diferenciado es sinónimo del deber de “promoción” y de “protección” de los desfavorecidos, que corre a cargo del Estado. (2002, 53)

Aun así, estos mandatos están llenos de indeterminación y vaguedad al no incorporar definiciones, por ejemplo: ¿qué significa trato diferenciado?, ¿cuándo ese trato diferenciado es discriminatorio o no? o ¿cuándo se da un trato paritario entre diferentes? Tal vaguedad e indeterminación se debe a que los derechos fundamentales no pueden ser reglas, sino principios. Por ello, siguiendo a Alexy, los principios son entendidos como mandatos de optimización que imponen su desarrollo, en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas (Alexy 2002, 95). A su vez, el mismo autor manifiesta que:

Las posibilidades fácticas dependen de cursos de acción alternativos. Si no es necesaria la limitación de un derecho fundamental para alcanzar los objetivos del legislador, especialmente si hay medios aptos para alcanzar dichos objetivos que interfieran menos intensamente con el derecho en mención, entonces hay una posibilidad fáctica mayor de realización de este derecho y la delimitación queda prohibida por el principio que está en la base del derecho. Las posibilidades jurídicas de la realización, además de depender de reglas jurídicas, están determinadas esencialmente por medio de otros principios opuestos. Estos pueden ser bienes jurídicos individuales o colectivos. [...]

En la determinación, tanto de las condiciones fácticas como de las jurídicas, el Derecho constitucional posee *vis* Jurídica o fuerza por sí mismo. Esta es la razón para concebir a los derechos fundamentales como derechos *prima facie*, esto es, como derechos basados en principios. Si seguimos esta propuesta, la aplicación de un derecho es algo más que la mera subsunción de un caso en una regla, es un proceso de ponderación o balanceo. (Alexy 1994, 43-44)

Este método de resolución de casos generalmente implica el conflicto o tensión entre dos o más principios, o conflicto entre derechos fundamentales y la facultad legislativa del Congreso (Alexy 2007, 563); ponderación justificada por lo relativo de todos los principios; es decir, que ninguno es absoluto y que todos son derrotables. Con respecto al derecho a la igualdad, es este el problema fundamental, según lo analizado por David Mercado:

la expedición de legislación busca, al menos en teoría el logro de un fin constitucionalmente aceptable; pero a veces la consecución del fin aceptable ocasiona la restricción de un derecho fundamental. Una respuesta legalista le daría prioridad absoluta a la Ley en virtud del principio democrático, una respuesta constitucionalista sería dar primacía a los derechos por razón de la supremacía de la Constitución. La dificultad con ambas soluciones está en que las dos son parcialmente correctas, por lo que para acomodar estos intereses en choque se debe ponderar la legitimidad, necesidad y urgencia de la legislación frente a la importancia y fundamentalidad del derecho conculcado. (2009, 74)

Por ello, al ser paradójico el lenguaje de los derechos fundamentales y su asimilación por el Derecho, teniendo en cuenta lo dicho hasta aquí, la doctrina constitucional ha adoptado dos posibles respuestas al problema planteado; esto es: ¿cómo aplicar este tipo de normas a casos concretos? La primera se gestó en el Tribunal Constitucional Alemán y la segunda en la Suprema Corte de Estados Unidos, en desarrollo de la cláusula *equal protection*. Ambas consisten en un proceso argumentativo que trata de objetivar la decisión judicial, comparando las normas jurídicas aplicables al caso con las circunstancias fácticas del mismo; pero en ambas, la interpretación de las normas y la construcción narrativa del caso son operaciones subjetivas, que pueden variar según cada operador judicial.

La primera se relaciona con el antes mencionado *tertium comparationis*, descrito por Peter Habermas, (2019) y la segunda, con el juicio de proporcionalidad en sus diferentes versiones: débil, estricto e intermedio (Echeverría y Mercado 2015, 216-9). Sin embargo, lo sorprendente es que la escogencia del test predetermina la decisión (Echeverría y Mercado 2015, 223); por lo que, en últimas, por mucho que se intente eliminar la subjetividad de la decisión judicial, esto es imposible. Más aun tratándose de decisiones relativas a derechos fundamentales, como el derecho a la igualdad de la Constitución colombiana, por ser estos, en sí mismos, valores filosófico-políticos; lo cual elimina la posibilidad de objetividad en su aplicación, porque

el operador judicial siempre deberá interpretarlos frente al caso concreto, a partir de su precomprensión hermeneútica.

Precisamente, la fuente principal de casos de la que se nutre el jurista alemán para plantear su teoría de los derechos fundamentales es la jurisprudencia alemana (Alexy 2009, 31; Alexy 2007, 22), por lo que esta no puede escapar a las características del lenguaje y razonamiento jurídico aquí expresadas, si de verdad aspira a tener un potencial ampliamente explicativo sobre cómo decidir en Derecho.

A su vez, otra premisa clave para criticar la mencionada aparente aspiración epistemológica de las propuestas teóricas de Alexy, como la ponderación, el juicio de proporcionalidad y la fórmula del peso, es la concepción según la cual: el ejercicio del Derecho está plagado de incertidumbre (Frank 2001, 136-137). Esto es muy fácil de constatar para alguien que ejerce el Derecho en cualquier sistema jurídico. En este contexto, como se mencionó en la introducción de este trabajo, conviene ahora estudiar un caso concreto y comparar los aspectos señalados de la teoría de Alexy, mediante la técnica de estudio de casos. Se ofrece aquí un ejemplo de un caso que se dio en Colombia y con el que los autores tuvieron contacto de primera mano y en el que la incertidumbre jurídica se expresó con mucha claridad: el caso de los guardias de un hospital público, en el norte de este país.

## EL CASO DE LOS GUARDIAS DE UN HOSPITAL EN EL NORTE DE COLOMBIA: ESTUDIO DE CASO

Colombia es un país de regiones, dividido administrativamente en Departamentos y Municipios (ciudades o pueblos, grandes o pequeños), de forma general. En uno de estos municipios, al norte del país, un ciudadano prestaba sus servicios personales como guardia de seguridad en un hospital público, junto con otros compañeros que ejercían la misma actividad. Cada año recibían un contrato nuevo, de carácter civil y no laboral, que duraba un año completo; así habían completado tres años de trabajo continuo. Sin

embargo, un día el hospital decidió no renovar más sus contratos, dándolos por terminados por el cumplimiento del tiempo pactado de un año (término), sin que hubiera lugar a indemnización.

Ante esta situación, el ciudadano y otro compañero decidieron presentar una demanda ante los juzgados para que se reconociera que ambos habían sido trabajadores del Estado y no solo contratistas, lo que implicaba una indemnización por la terminación

unilateral del contrato, que debía considerarse como de carácter laboral y no simplemente civil. Ambos estaban en la misma situación. Las demandas individuales se presentaron con seis meses de diferencia entre uno y otro; pero, más allá de esto, los resultados judiciales fueron diferentes.

En el caso del primer trabajador que demandó, el tribunal al que correspondió el caso en segunda instancia, consideró que los contratos que había suscrito el hospital eran prueba de la mala fe del Estado en esta contratación, sin dar mayores razones para considerarlo así, por lo que condenó a este último a pagar la indemnización correspondiente a favor del trabajador. Sin embargo, solo cinco meses después, el mismo tribunal, también en segunda instancia, consideró, en el caso del otro trabajador, que los contratos que había suscrito el hospital con él, eran prueba de la buena fe del Estado; por lo que negó la indemnización a este trabajador, igualmente, sin ofrecer mayores explicaciones sobre por qué valorar la misma prueba de esa manera. Luego, ¿cómo es que una misma prueba puede valorarse de forma diametralmente opuesta en un caso igual?

En este ejemplo, no hubo circunstancias normativas diferentes que afectaran la segunda decisión; es decir, no hubo ni cambios en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (última instancia en estos casos), ni cambios en las leyes sobre la materia, ni mucho menos una reforma constitucional. Entonces, ¿cómo se entiende esta diferencia de criterio jurídico de un mismo operador judicial frente a casos prácticamente iguales?

La clave para esto está en la caracterización del razonamiento jurídico como uno de tipo abductivo, que va de caso a caso y que no puede eliminar del todo la subjetividad. Aquí es importante, además, caracterizar al Derecho mismo como un arte de resolución de problemas (Theodor Viehweg 1997), más que como una ciencia. En este contexto, la decisión judicial está marcada por la precomprensión hermenéutica que tengan jueces y juezas, en tanto la cultura de una sociedad determina los valores con los que se toman las decisiones sociales; por lo que el Derecho, al ser también

un producto cultural, está incluido en esta afectación ideológica en su aplicación (Mercado, 2009). Para David Mercado:

En esta Precomprensión está la matriz del Derecho, entendido como de origen Pretoriano o Jurisprudencial. Al respecto, no existen ni reglas ni leyes que obliguen a 'Pre-Comprender' de cierta forma u otra. Ningún operador jurídico está obligado a aceptar mecánicamente la valoración de la mayor o menor relevancia de los 'Hechos' que otro hubiese efectuado. Los HECHOS, que son los que posibilitan la búsqueda de 'Semejanzas' y 'Diferencias' que conforman el precedente y el nuevo caso, no son realidades ontológicas sino reconstrucciones interpretativas del pasado que solo son posibles cuando se 'valoran' las pruebas, es decir, cuando se interpretan. (2009, 40-41)

Quienes deben aplicar el Derecho también hacen parte de la misma sociedad y, por lo tanto, de la cultura, por lo que es imposible escapar de estos condicionantes interpretativos. En este sentido, estos valores culturales que se expresan en el Derecho se convierten en lugares comunes, con los que se resuelven los casos, también llamados *topois* (valores) y *ceteis* (principios) por Viehweg, que luego son expresados en sentencias como argumentos normativos (Sieckmann 2014, 205). Si esto es así: ¿qué sentido tiene aspirar a un conocimiento ideal en la decisión judicial, si eso es inalcanzable? Cualquier propuesta teórica sobre el Derecho, que aspire a ser lo más precisa en la tarea de resolver problemas jurídicos por parte del Estado, debe siempre tener en cuenta estas características del Derecho y, por ende, también del razonamiento jurídico. De otro modo perderá su potencial como teoría que explique la realidad.

En este sentido, los Test de ponderación de Robert Alexy, aunque son una interesante propuesta teórica, no consideran ni la incertidumbre, ni la precomprensión, ni la subjetividad (del todo) en la decisión judicial, por lo que pierden su potencial explicativo como teoría; quedando, quienes aplican el Derecho, como siempre, determinados por las características de este fenómeno y las del razonamiento jurídico, libres de hacer uso o no de esta propuesta para fundamentar sus decisiones.

## CONCLUSIONES

Teniendo en cuenta lo anterior, se puede afirmar que el maestro alemán en sus propuestas teóricas considera válido aspirar a alcanzar un conocimiento por medio de la aplicación del Derecho (Alexy 2007). Especialmente mediante la teoría de la ponderación, en tanto aporte como método de resolución de casos sobre derechos fundamentales. Sin embargo, esto es inalcanzable dada la propia caracterización del Derecho como lenguaje y cultura; que lo determinan como una disciplina no científica, que opera con elementos subjetivos como los valores sociales, aunque positivizados en normas jurídicas, mediante el razonamiento jurídico.

Más aún, los derechos fundamentales son paradójicos, en tanto dependen del lenguaje filosófico que los creó en un contexto histórico determinado, por lo que son aspiraciones políticas derrotables en cualquier sistema jurídico. En este sentido, el derecho a la igualdad en el sistema jurídico colombiano es de difícil aplicación, precisamente por las complejidades que trae consigo tratar de conceptualizar qué es la igualdad. De ahí que, la jurisprudencia de diferentes países, y con ello las teorías jurídicas, han tratado de proponer mecanismos para su aplicación, sin esquivar las consecuencias que tiene precisar este concepto, siempre que intentar definirlo implique comprenderlo; por lo que, entonces, quedan por fuera elementos de su conceptualización que potencialmente pueden significar desigualdades (aunque esto suene paradójico). Por ello, incluso en algunos casos, como el reseñado de los guardias del Hospital público en el norte de Colombia, donde las

circunstancias fácticas y normatividad son las mismas, los operadores jurídicos omiten estas consideraciones y se apartan racionalmente de las reglas con que han resuelto casos parecidos, plagando al Derecho de incertidumbre (Frank 2001, 72).

Lo anterior ha sido explicado por autores como Mercado, para quien:

Esto se debe a que el Derecho es, como se dijo antes, un sistema lingüístico abierto, que no tiene una regla omnicompreensiva que establezca criterios incuestionables para verificar las semejanzas de los 'supuestos fácticos' de casos distintos y, sin supuestos fácticos no puede existir una 'Base Objetiva' de la decisión judicial; en este sentido el Derecho no puede ser objetivo, sino, apenas objetivable. (2009, 41)

En tratándose de los test de ponderación, este asunto se observa de bulto, toda vez que los criterios de operatividad de los derechos fundamentales dependen del propio operador jurídico; lo máximo que es factible esperar es que jurisprudencialmente se determinen esos criterios y se respeten para casos posteriores. Pero, basta decir que el caso que se resolverá difiere del resuelto para que los criterios se amolden al nuevo. Por estas razones, no existe una teoría de la aplicación de los test, a pesar de los esfuerzos de Alexy para crear un sistema de principios, reglas y subreglas que intente objetivar su aplicación a casos concretos, toda vez que de esta técnica no se puede obtener conocimiento objetivo alguno.

## BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, Robert. 2009. "Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático". En *Neoconstitucionalismo(s)*, editado por Miguel Carbonell, 31-48. Madrid: Trotta.
- \_\_\_\_\_. 2007. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- \_\_\_\_\_. 2002. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- \_\_\_\_\_. 1994. "Derechos, Razonamiento Jurídico y Discurso Racional". *Isonomía*, n.º 1: 37-49.
- Bermeo, Luis y Paola, Ruiz. 2018. "La recepción de la teoría de los sistemas de Luhmann en la jurisprudencia constitucional colombiana". *Prolegómenos-Derechos y Valores*, n.º 21(42): 161-175.
- Bernal, Carlos. 2002. "El Juicio de la Igualdad en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana". En *Instrumentos de Tutela y Justicia Constitucional*, coordinado por Juan Vega y Edgar Corzo, 51-74. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México.
- De Asís, Rafael. 2000. *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*. Madrid: Editorial Dykinson.
- Dippel, Horst. 2009. *Constitucionalismo moderno*. Madrid: Marcial Pons.
- Echeverría, Mario y David, Mercado. 2015. *La interpretación en el Derecho: El lenguaje como constructor de la realidad jurídica*. Cartagena de Indias: Universidad Libre. Acceso el 17 de mayo de 2022: <https://www.unilibre.edu.co/cartagena/pdf/investigacion/libros/derecho/INTERPRETACIONDERECHO.pdf>
- Escudero, Jhoel. 2017. "La legitimación política y argumentación jurídica en el control constitucional: un vistazo a la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador". *Revista de estudios jurídicos Cálamo*, n.º 7: 110-121.
- Espinosa, Carla. 2017. "Ponderación y Proporcionalidad en el caso Kimel-Argentina de la Corte IDH". *Revista de estudios jurídicos Cálamo*, n.º 7: 19-30.
- Fioravanti, Maurizio. 2011. *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta.
- Frank, Jerome. 2001. *Derecho e Incertidumbre*. México D.F.: Fontamara.
- Garcés, Marina. 2017. *Nueva ilustración radical*. Barcelona: Anagrama.
- García, Mauricio. 2014. *La eficacia simbólica del Derecho. Sociología política del campo jurídico en América Latina*. Bogotá D.C.: Debate.
- Guibourg, Ricardo. 2019. "Función y Límites de La Argumentación Jurídica". *Revista de Derecho*, n.º 19: 17-30.
- Haberle, Peter. 2019. *Los derechos fundamentales en el Estado prestacional*. Lima: Palestra.
- Lowenstein, Karl. 1976. *Teoría de la Constitución*. Buenos Aires: Ariel.
- Martínez, Jesús. 1992. *La imaginación jurídica*. Madrid: Debate.
- Mercado, David. 2009. *Análisis Crítico sobre la coherencia del Derecho en la función judicial*. Cartagena de Indias: Universidad de Cartagena.

- Núñez, Álvaro. 2022. “El Conocimiento Jurídico a través del Rey Midas: Ciencia jurídica y Teoría del Derecho en la obra de Paolo Comanducci”. En *El encanto del método. Diálogos latinoamericanos con Paolo Comanducci*, editado por Federico Arena, Edith Cuautle, Pablo Navarro y Alberto Puppo, 75-94. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Rubio, Francisco. 1993. *La forma del poder*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- \_\_\_\_\_. 1991. “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal constitucional”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 11: 9-36.
- Sieckmann, Jan-R. 2014. *La Teoría del Derecho de Robert Alexy. Análisis y crítica*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Schiavone, Aldo. 2012. *Ius. La invención del Derecho en Occidente*. Buenos Aires: Adriana Hidalgo.
- Viehweg, Theodor. 2007 (1997). *Tópica y Filosofía del Derecho*. Barcelona: Gedisa.
- Normativa y jurisprudencia**
- Constitución Política de Colombia. Colombia. 1991.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-422, 19 de junio de 1992.
- Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, Colombia, Sala Laboral. Sentencia n.º 13244-40-89-001-2015-00084-01, 22 de febrero de 2018.
- Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, Colombia, Sala Laboral. Sentencia n.º 13244-31-89-001-2015-00037-01, 27 de septiembre de 2017.