



Falsos dilemas del neoconstitucionalismo*

Julián David Agudelo Osorio**

Resumen

Con la llegada del Estado constitucional se han presentado y renovado algunas discusiones frente a la teoría del derecho con posturas antagónicas y en clave de dilema. En un extremo estaría una concepción que plantea un modelo de reglas, subsunción, separación entre derecho y moral, primacía de la legislación sobre la jurisprudencia y una ciencia del derecho descriptiva; mientras, en el otro extremo, estaría una concepción que defiende un modelo de principios, ponderación, vinculación derecho y moral, primacía de la jurisprudencia sobre la legislación y una ciencia del derecho prescriptiva. Estos polos son los dos paradigmas que quiere enfrentar la doctrina nacional como teorías del derecho contrapuestas correspondientes al antes y después de la Constitución de 1991, cuando realmente la relación entre los modelos no es dicotómica ni excluyente, sino de continuación y complementación, tal como se desarrollará en este artículo.

Palabras clave: neoconstitucionalismo; positivismo; falsos dilemas; reglas y principios; subsunción y ponderación; derecho y moral; legislación y jurisprudencia; ciencia del derecho.

False dilemmas of neoconstitutionalism

Abstract

With the arrival of the constitutional State, some discussions have been presented and renewed in front of the theory of law with antagonistic positions and in the key of a dilemma. At one extreme would be a conception that proposes a model of rules, subsumption, separation between law and morality, primacy of legislation over jurisprudence and a science of descriptive law; while, at the other extreme, there would be a conception that defends a model of principles, consideration, right and moral linkage, primacy of jurisprudence over legislation and a science of prescriptive law.

These poles are the two paradigms that the national doctrine wants to face as opposing theories of law corresponding to the before and after the 1991 Constitution, when the relationship between the models is not really dichotomous nor exclusive, but rather of continuation and complementation, as it will develop in this article.

Key words: neo-constitutionalism; positivism; false dilemmas; rules and principles; subsumption and weighing; law and morals; legislation and jurisprudence; science of law.

Falsos dilemas do neoconstitucionalismo

Resumo

Com a chegada do Estado constitucional surgiram e se renovaram algumas discussões diante da teoria do direito com posturas antagónicas e em termos de dilema. Em um extremo haveria uma concepção que propõe um modelo de regras, subsunção, separação entre direito e moral, primazia da legislação sobre a jurisprudência e uma ciência do direito descritiva; enquanto que, no outro extremo, haveria uma concepção que defende um modelo de princípios, ponderação, vinculação direito e moral, primazia da jurisprudência sobre a legislação e uma ciência do direito prescritiva.

Estes polos são os dois paradigmas que quer enfrentar a doutrina nacional como teorias do direito divergentes correspondentes ao antes e depois da Constituição de 1991, quando realmente a relação entre os modelos não é dicotômica nem excludente, mas sim de continuação e complementação, tal como será desenvolvido neste artigo.

Palavras-chave: neoconstitucionalismo; positivismo; falsos dilemas; regras e princípios; subsunção e ponderação; direito e moral; legislação e jurisprudência; ciência do direito.

* Artículo de investigación. Da como resultado *Los falsos dilemas del neoconstitucionalismo: una mirada crítica a las grandes corrientes jurídicas*, financiado por el CODI de la Universidad de Antioquia. El proyecto inició el 23 de septiembre de 2013 y finalizó el 23 de septiembre de 2015, el investigador principal fue Julián David Agudelo Osorio. Asimismo, participaron como auxiliares de investigación: Yeison Octavio Macías González, José Luis González Jaramillo, Larry Alexis Isaza Marín, Jhon Fredy Ríos Agudelo, Julián Alberto Hincapié, José Luis Sánchez Cardona, Felipe Villa y Pedro Stewart Palacios.

** Profesor del pregrado de Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, Colombia, Correo electrónico: julian.agudelo@udea.edu.co ORCID: 0000-0002-7036-2627

Introducción: falsos dilemas o dilemas aparentes en la teoría del derecho

Los falsos dilemas en general, y en el caso especial del derecho, suelen presentar dos extremos opuestos o una relación dicotómica en que se muestran dos tesis contrarias y excluyentes como las únicas posibles (Martínez Zorrilla, 2010, p. 251), por ejemplo: guerra o paz, amigo o enemigo, ser o no ser, blanco o negro, todo o nada, bonito o feo, bueno o malo, teoría o práctica, etc. El dilema se repite en conceptos fundamentales y teorías del derecho como: positivista o no positivista, válido o inválido, actos de pura creación o de pura aplicación, formalismo o antiformalismo, casos fáciles o casos difíciles y constituciones materiales o constituciones formales; tesis en las que se incurre en una falacia porque sugieren la idea de que no hay otras alternativas ni puntos intermedios o relaciones graduales entre conceptos y teorías, diferente a lo que ocurre en la realidad y en los ordenamientos jurídicos.

Casos de falsos dilemas o dilemas aparentes en la teoría jurídica han sido advertidos y resueltos en las obras de Kelsen, Hart, Ferrajoli, Alexy y Prieto Sanchís, que han mostrado, en su orden, lo errado de creer que solo existen actos de creación y aplicación cuando la mayoría de actos, *verbi gratia*, leyes y sentencias son actos mixtos (producción y ejecución) (Kelsen, 1983, p. 244); o el extremo de disposiciones normativas claras (donde no hay discrecionalidad) en comparación con disposiciones normativas oscuras (donde hay discrecionalidad), cuando todas las disposiciones pueden tener una zona de penumbra donde es dudosa su aplicación (Hart, 1963, p. 159); o los opuestos entre normas jurídicas válidas e inválidas, derecho o no derecho, cuando es posible encontrar derecho ilegítimo (Ferrajoli, 2011, Vol. I, p. 16), es decir, normas jurídicas viciadas, existentes formalmente (vigentes) pero inválidas desde el punto de vista material.

Asimismo, de manera exagerada, los principios constitucionales se han querido mostrar como normas que dicen “demasiado” y ahogan la libertad de configuración del legislador (sobreconstitucionalización) frente a los principios entendidos como normas que dicen “demasiado poco” y no limitan verdaderamente el poder legislativo (infraconstitucionalización), dilema que se resuelve con constituciones que son a la vez orden marco y orden fundamental, en las que existen esferas de lo necesario, lo imposible y lo posible constitucionalmente, de modo que prohíben,

obligan y permiten un ejercicio adecuado y parcialmente limitado de la libertad de configuración del Congreso, tal como lo plantea Alexy en el epílogo a la *Teoría de los derechos fundamentales* (2007, p. 511-562). Igualmente, respecto de las tipologías o modelos de constitución se han opuesto las constituciones puramente formales (tendientes a un sistema dinámico) contra las constituciones puramente materiales (tendientes a un sistema estático), enfrentamiento que se resuelve con constituciones y sistemas mixtos que regulan no solo quién y cómo manda, sino también qué puede o debe mandarse (Prieto, 2010, p. 276).

Con la entrada en vigencia de las nuevas constituciones, posteriores a la Segunda Guerra Mundial, se han presentado y renovado algunas discusiones frente a la teoría del derecho con posturas antagónicas y en clave de dilema. En un extremo estaría una lectura estándar del positivismo que, sin distinguir el aspecto ideológico, teórico y metodológico (Bobbio, 1991, p. 44), plantea un modelo de reglas, subsunción, separación entre derecho y moral, primacía de la legislación sobre la jurisprudencia y una ciencia del derecho descriptiva; mientras, en el otro extremo, independientemente de las distintas “formas” (Comanducci, 2009, p. 75) y la “ambigüedad” del neoconstitucionalismo (Pozzolo, 2009, p. 187), estaría una concepción que defiende un modelo de principios, ponderación, vinculación derecho y moral, primacía de la jurisprudencia sobre la legislación y una ciencia del derecho prescriptiva (Atienza, 2009, p. 206).

Estos extremos, pese a sus tergiversaciones y malas lecturas, son los dos paradigmas que quiere enfrentar la doctrina colombiana (López, 2006, p. 323) como teorías del derecho correspondientes al antes y después de la Constitución de 1991, para hacer ver la tendencia positivista mucho más tradicional y la neoconstitucionalista mucho más novedosa, cuando realmente la relación entre los modelos no es dicotómica ni excluyente, sino una continuación y complementación de ambas. Por tanto, esta discusión, entre estos dos grupos de tesis, representa los falsos dilemas que a continuación se tratará de develar.

De manera preliminar se debe resaltar que entre los conjuntos *principios-reglas*, *ponderación-subsunción*, *legislación-jurisprudencia*, etc., existe una interdependencia necesaria en un doble sentido. De un lado, una distinción clara entre principios y reglas llevará a una diferenciación clara del resto de dilemas. Así, la diferencia entre ponderación y subsunción solo es posible si antes se ha distinguido entre estos dos tipos de normas; igualmente, la diferencia entre derecho y moral depende en gran parte de la diferencia entre principios con carga axiológica y reglas legisladas; también, escindir entre los principios, por regla general, como normas directamente estatuidas respecto de las reglas, entendidas como normas adscritas, llevaría, por ejemplo, a distinguir las disposiciones constitucionales del precedente constitucional. Mientras que una eliminación de la brecha entre principios y reglas, consecuentemente, plantearía una superación de los otros dilemas.

De ahí que el primer punto a abordar en este escrito sea la discusión sobre si es o no posible trazar una diferencia cualitativa o cuantitativa entre estos dos tipos de normas.

I. Principios y reglas

Este dilema a pesar de ser uno de los temas recurrentes de la teoría del derecho, ha pasado por alto que antes y después de los estados constitucionales ha existido en los ordenamientos jurídicos una combinación entre estos tipos de normas.

Resulta falsa la afirmación según la cual se indica que antes de la Constitución de 1991 solo imperaba en el ordenamiento jurídico normas tipo regla, toda vez que se puede constatar que los códigos, anteriores a la actual Constitución, tenían principios que orientaban su interpretación. Igualmente, los principios generales del derecho servían para colmar las lagunas y vacíos, así como para resolver las antinomias. Es más, varios de los principios contenidos en estos códigos se han elevado a normas constitucionales, *verbi gratia*: en materia penal la estricta legalidad, favorabilidad, irretroactividad, lesividad; en materia laboral, el *in dubio pro operario*, irrenunciabilidad, libertad sindical; en materia procesal el debido proceso, el acceso a la administración de justicia, *no reformatio in pejus*; en materia civil, la función social de la propiedad, buena fe, libertad de empresa, etc.; por lo cual, a lo sumo, solo se podría decir que el debate de los principios en la actualidad se ha renovado.

Pero si en el plano fáctico es discutible que antes el modelo era solo de reglas y hoy es un modelo solo de principios, en el plano teórico los problemas se agudizan debido al infructuoso intento de diferenciar conceptualmente los principios y las reglas como normas jurídicas, ya que, como advierte Guastini, es imposible reconducir a un concepto unitario la idea de principio, esto por no tener en cuenta su heterogeneidad¹. Ello hace que cualquier criterio adoptado (como estructura, indeterminación, campo de aplicación, contenido axiológico, forma de interpretación) para distinguir entre disposiciones tipo regla y principio sea insuficiente, pues, según el autor en comento, se incurre en el error de pensar que solo existe un tipo de principio, o que, a lo sumo, todos comparten un rasgo común (1999, p. 146).

1 Para el autor en comento existe diversidad de clasificaciones respecto a la tipología de principios. Entre las distinciones propuestas se encuentran los principios generales y fundamentales del ordenamiento, entendidos como valores éticos y políticos, que informan y dan justificación al sistema. También se hallan los principios generales de un sector de la disciplina jurídica, los cuales solo informan una institución particular. Y están los principios (sin ulteriores especificaciones) los cuales informan la razón de ser de una determinada normativa (Guastini, 1999, p. 152-153).

Es decir, desde un plano *ontológico-objetivo* no es posible encontrar un criterio que sirva de modo absoluto para diferenciar los dos tipos de disposiciones, ni siquiera parece correcto el criterio más común y autorizado de todos, según el cual, la diferencia entre reglas y principios se evidencia en la forma como se resuelven los conflictos normativos, pues las antinomias entre reglas se resuelven con la invalidez o la excepción de una de ellas, mientras que en las colisiones entre principios ninguno de ellos pierde su validez ni es excepcionado sino que simplemente se presenta la precedencia de uno de ellos en el caso concreto (Alexy, 1993, p. 87-89).

En este sentido, para García Figueroa la distinción entre reglas y principios es imposible si se acepta la derrotabilidad de todo tipo de normas, ya que todas las disposiciones podrían resultar revisadas o inaplicadas por múltiples razones, tanto axiológicas como pragmáticas (2010, p. 251). Esta derrotabilidad, en principio, propia de los mandatos de optimización, hoy se extiende a los mandatos definitivos, en virtud del efecto de irradiación que aquellos tienen sobre el resto del ordenamiento jurídico (2009, p. 139).

De este modo, una diferencia cualitativa entre principios y reglas es insostenible, pues las reglas, en su mayoría infraconstitucionales, van adoptando —circunstancialmente en la aplicación en los casos concretos— características predicadas de las normas tipo principios: se ponderan reglas, se inaplican reglas, se encuentran reglas vagas e indeterminadas, etc. Esto, en contraste, sucedía antes de la teoría neoconstitucional, pero hoy este fenómeno se percibe más gracias al auge de la teoría de los derechos fundamentales. De otro lado, también se puede encontrar que las reglas se principalizan porque su aplicación puede desembocar en la ponderación del principio a favor y el principio en contra de la misma.

En vista de la imposibilidad teórica de encontrar un criterio diferenciador absoluto, se ha recurrido entonces al plano *interpretativo-subjetivo*, esto es, finalmente quien interpreta es quien dice qué tipo de norma es: regla o principio, independientemente de la estructura y de la vaguedad de la disposición (Bernal, 2007, p. 593). Un ejemplo de ello es el artículo 13 de la Constitución, el cual prescribe el derecho a la igualdad; dicha disposición tiene una estructura típica de principio: está formulada en un lenguaje vago, indeterminado, tiene un campo amplio de aplicación y carga axiológica, y así se entiende, frente a la obligación estatal de remover en la mayor medida de lo posible las desigualdades materiales entre las personas. Empero, es posible encontrar casos donde esta disposición directamente se aplica como regla, a saber: los tratos discriminatorios contra la población afrodescendiente. Así, la Corte Constitucional en las sentencias T-131 (2006) y T-1090 (2005), ha aplicado el “principio” de igualdad como una “regla” frente a casos de discriminación racial donde mujeres de tez morena no pudieron ingresar a una discoteca en Cartagena. Allí no hubo ponderación alguna, sino que simplemente se razonó: todo acto de discriminación está constitucionalmente prohibido, permitir el ingreso de mujeres blancas y prohibir el ingreso de mujeres ne-

gras es un acto de discriminación, por tanto, el dueño de la discoteca debe abstenerse de limitar el ingreso de personas en razón de su raza.

Igualmente, vía interpretación, una disposición que *prima facie* pareciera ser una regla también se puede transformar en un principio, ser derrotada sin que pierda su validez. Por ejemplo, el artículo 1081 del Código de Comercio, señala que el término de prescripción ordinaria del contrato de seguros es de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción; disposición que tendría un mandato definitivo de aplicación todo o nada, según el cual, solo es posible estar dentro o fuera de dicho plazo, es decir, el término se aplica o no se aplica. Sin embargo, en un caso concreto es posible ver más allá de la regla y preguntarse por el principio que juega a favor y el principio que juega en contra de la misma. Tal situación se presentó en la Sentencia T-662 (2013), en la cual se estudia el caso de la reclamación extemporánea presentada por una mujer mayor en estado de discapacidad que va a perder su vivienda porque no le reconocen un seguro que respaldaba un préstamo hipotecario; allí la Corte transforma, interpretativamente, un problema que por excelencia sería sobre la aplicación de reglas legisladas, en un asunto de principios, donde enfrenta la seguridad jurídica con el mínimo vital y el derecho a la vivienda, para concluir que, ante la afectación gravísima de los derechos de la señora, prima la segunda situación.

En consecuencia, según la aplicación que se quiera dar a la normativa se determinará el tratamiento mismo de la disposición, indicando que se tendrá como un principio toda norma que se quiera ponderar; mientras que se tendrá como regla toda norma que se quiera aplicar por medio de la subsunción (García Amado, 2006, p. 120). Se tiene así que la premisa según la cual en los ordenamientos solo hay principios o reglas es falsa; en lugar de ello ambas tipologías coexisten dada la imposibilidad de determinar parámetros de diferenciación claros, además de la complementación que se da entre principios y reglas dentro del plexo normativo.

La discusión propuesta sirve de antesala para el análisis posterior de los ulteriores falsos dilemas, dado que, partiendo de una concepción determinada del entendido de las disposiciones como reglas o como principios, se establecerá la relación entre subsunción y ponderación, legislación y jurisprudencia, derecho y moral, y ciencia del derecho prescriptiva o descriptiva.

II. Subsunción y ponderación

La dicotomía en la que se plantea la relación del neoconstitucionalismo y el positivismo se encuadra y reproduce perfectamente en los métodos interpretativos de cada corriente teórica. Mientras que la ponderación es asociada con la aplicación del derecho en el Estado constitucional y la búsqueda de la justicia en el caso concreto (Atienza,

2006, p. 57 y Prieto, 2009, p. 118-119); la subsunción es ligada al modelo positivista erigido sobre el valor de la seguridad jurídica (Laporta, 2007, p. 169-170).

La ponderación tiene como presupuesto la idea según la cual hay normas que tienen una estructura de mandatos de optimización, es decir, indican “que algo debe ser realizado en la mayor medida posible” (Alexy, 1993, p. 86-87). Siendo necesario confrontar dichas normas con los principios o normas opuestas de igual jerarquía, que lleva a que se presente una “colisión entre principios” que se traduce en una incompatibilidad en el caso concreto de ambas normas (Bernal Pulido, 2003, p. 226). La forma metodológica e interpretativa para resolver estas incongruencias es la ponderación, y el neoconstitucionalismo parte precisamente de estos supuestos para elaborar el modelo interpretativo que más se adecúe al modelo constitucional conflictivista de principios tendencialmente contradictorios (Prieto, 2009, p. 123), fruto del pluralismo de las sociedades actuales (Zagrebelsky, 2007, p. 17).

Por su parte, el modelo positivista le ha dado un uso preponderante al textualismo (López, 2008, p. 2-3) recurriendo a la subsunción como método de aplicación en virtud de su estrecha relación con las normas tipo regla que, aparentemente, poseen una estructura lógica conformada por un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica. Así las cosas, en el modelo paleopositivista (Ferrajoli, 2011, Vol. I, p. 16) la aplicación del derecho se traduce en una actividad mecánica gobernada por un razonamiento deductivo en forma de silogismo — hoy justificación interna— (Alexy, 2007, p. 23-34).

No obstante, la vinculación estricta de dichos métodos interpretativos a un modelo específico se ve en vilo al tener presente que en el plano fáctico la ponderación ya fungía como instrumento interpretativo en la praxis judicial, previo al arribo del modelo neoconstitucional a Colombia. En efecto, ya existían parámetros para la aplicación de la ponderación antes de la Constitución de 1991, lo cual, sumado a la existencia de principios dentro de las distintas especialidades del ordenamiento jurídico, invitaba, precisamente, a realizar un balance entre las diversas disposiciones normativas contenidas en la legislación, con base en criterios generales como la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad.

Esto se esboza en la órbita penal de cara a la determinación de los tipos penales y sus correspondientes consecuencias, es decir, la ponderación que existe entre el bien jurídico a proteger y el bien jurídico vulnerado; la resultante de dicha ponderación quedará escrita en la pertinente disposición normativa en la que la magnitud de la sanción deba ser correlativa al grado de afectación del bien jurídico (principio de *lesividad-antijuricidad* artículo 4 del Código Penal de 1980), proporcionalidad, que, inclusive, ha gobernado gran parte de la teoría penal de corte liberal iniciada por Beccaria. Otro ejemplo, es la declaración de los estados de sitio, donde se analizaba el grado de afectación al orden público con la magnitud de las medidas restrictivas de derechos y libertades tomadas por el

presidente de la República. Asimismo, en el derecho administrativo, el Decreto Ley 01 (1984) prescribía en su artículo 36 que las potestades discrecionales debían ser ejercidas de manera “proporcional” y “adecuada” a los fines de la norma. Idéntica situación se presentaba en el derecho procesal civil, en el cual, se comparaba el grado de afectación de una medida cautelar con el interés protegido por esta, por ejemplo, en el artículo 513 del Código de Procedimiento Civil se señalaba que “el juez al decretar los embargos y secuestros” se debe “limitar a lo necesario”. De tal suerte que conceptos como proporcionalidad, necesidad e idoneidad, que han sido naturalizados por el método de la ponderación, han estado diseminados por las diferentes áreas del derecho desde antes de la teorización de lo que se conoce como neoconstitucionalismo.

El cuestionamiento frente a la relación excluyente de tales extremos interpretativos se reproduce en el estadio teórico. Como se ha advertido en páginas anteriores, la débil distinción entre principios y reglas implica, de manera correlativa, debilitar el vínculo conceptual necesario entre la estructura de las normas y su método de aplicación defendido por autores como Alexy, es decir, la idea a partir de la cual las reglas se aplican mediante subsunción y los principios vía ponderación (Martínez Zorrilla, 2010, p. 152). Si no existe una diferencia determinante entre reglas y principios, entonces cualquier norma, sea tipo regla o tipo principio, se podrá aplicar vía subsunción o ponderación a juicio del intérprete, situación que se ve reforzada por la derrotabilidad de todas las normas jurídicas en el Estado constitucional, que, en términos prácticos, significa que en la actividad interpretativa los principios sufren una transmutación convirtiéndose en reglas, y las reglas en principios.

A la anterior dificultad se suma que ambos modelos interpretativos pueden llegar a complementarse. Así, antes de realizar un ejercicio de ponderación será necesario recurrir a la subsunción para determinar de manera preliminar si el caso pertenece al ámbito de aplicación de una norma determinada o de otra (Prieto, 2005, p. 149). Lo mismo sucede luego de realizada la ponderación, toda vez que ésta arroja como resultado una subregla que se constituye en la premisa mayor de un nuevo razonamiento subsuntivo que señala, para el caso concreto, la aplicación de una disposición determinada y no de otra (2005, p. 150). Esto se evidencia en sentencias de la Corte Constitucional como la SU-601 de 1999, donde se empieza subsumiendo las ventas ambulantes dentro del derecho al trabajo, tal como lo defienden los demandantes; enfrentada a una subsunción diferente de la administración, para quien el procedimiento de desalojo encaja en la protección del espacio público. Ante estas subsunciones contradictorias, que prueban la existencia de una colisión, la Corte pasa a ponderar los derechos enfrentados concluyendo con la siguiente subregla: cuando el espacio público es ocupado con la aquiescencia del Estado y los particulares tienen expectativas legítimas, amparadas con licencias de funcionamiento, sus derechos deben prevalecer, conservando sus puestos de trabajo o siendo reubicados.

También en el derecho comparado, la Sentencia STC-7 del 17 de enero de 1994 del Tribunal Constitucional español demuestra que antes de ponderar se suele subsumir, tal como ocurrió en un proceso civil de filiación, donde los jueces ordinarios comienzan aplicando silogísticamente la carga de la prueba para negar las pretensiones de un hijo extramatrimonial que no pudo demostrar su parentesco, gracias a la negativa del presunto padre a realizarse la prueba de ADN. Allí los jueces de instancia razonaron: las partes deben probar los hechos que alegan, no hacerlo les traerá consecuencias desfavorables a sus pretensiones. El demandante no probó quién era su padre, por ende, el demandante debe perder el proceso.

Tal subsunción es totalmente opuesta a la que realizó el hijo, para quien su caso encajaba claramente en el derecho a conocer su verdadera filiación. Razonamiento opuesto al del presunto padre, quien afirmaba que con base al derecho a la no autoincriminación y la integridad física podía negarse válidamente a hacerse la prueba.

Es frente a estos dos últimos razonamientos contrapuestos que el Tribunal Constitucional en un recurso de amparo pondera y establece la siguiente subregla:

Los derechos a la no autoincriminación y a la integridad física no se vulneran cuando una prueba de ADN es decretada por la autoridad competente y están en grave riesgo los derechos de un menor.

En este sentido, Prieto Sanchís afirma que la ponderación en relación con la subsunción es un paso intermedio, dado que la ponderación busca frente a una pugna de dos principios establecer una regla aplicable para un caso concreto (2003, p. 145). Por ende, no es sostenible que exista una separación radical entre ponderación y subsunción, dado que, tanto la una como la otra, son mutuamente dependientes al momento de resolver el caso concreto presentado. Así pues, la ponderación no es una alternativa a la subsunción, sino que funciona en distintas fases de la aplicación del derecho en el Estado constitucional.

Igualmente, detrás de los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, se pueden encontrar los métodos de interpretación tradicionales. De tal suerte, los subprincipios de idoneidad y necesidad no se pueden aplicar sin tener en cuenta el criterio teleológico, ya que, ambos presuponen un cuestionamiento por el fin de la norma y el grado de adecuación de los diferentes medios para alcanzarlo. En cuanto al subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, donde se examina la relación (*restricción-satisfacción*) entre dos o más normas en colisión, se presenta el criterio sistemático en tanto se debe determinar cuál de ellas prevalece en el caso concreto (Bernal, 2007, p. 544).

Necesariamente siempre habrá subsunción en el derecho si se acepta la existencia de normas generales y abstractas. Estas están hechas para que los casos concretos que les correspondan encajen en ellas, por lo cual, tanto los principios

como las reglas al ser normas con objeto y sujeto universal requieren de la subsunción para ser aplicables a los casos particulares (Bobbio, 2013, p. 133). Por lo tanto, si se distingue entre justificación interna y justificación externa (Prieto, 2009, p. 278), será posible afirmar que la aplicación de los principios requiere que se acuda a la subsunción para extraer de ellos una subregla, así mismo, para aplicar las reglas hay que acudir a la subsunción para que estas puedan regular el caso. En el fondo, los principios no se aplican, estos se interpretan y el resultado de esa interpretación es la concreción de una subregla que es la que finalmente tiene la potencialidad de ser aplicable (Guastini, 2014, p. 167).

Para saber si un caso concreto puede ser subsumido en determinado principio es necesario verificar las subreglas que subyacen a este. En este sentido, la ponderación sirve para la justificación externa de las premisas del silogismo, sobre todo, la premisa mayor, pero después de esto, es la subsunción el método aplicable para la resolución del caso concreto. Esto implica sostener que los casos nóveles o de cambio de jurisprudencia serían los únicos susceptibles de ponderación pues los casos reiterados, principalmente aquellos frente a los cuales hay precedente, son resueltos mediante subsunción. Asimismo, el juicio de constitucionalidad también es una subsunción que conlleva al siguiente esquema: una premisa mayor, según la cual, todas las normas contrarias (o conforme) a la Constitución deben ser declaradas inexecutable (o executable). Una premisa menor en que se analiza si una determinada norma es contraria (o conforme) a la Constitución, y una conclusión en que dicha norma es declarada executable (o inexecutable).

Así, en la Sentencia C-022 (1996), por ejemplo, no se realizó una ponderación, aunque se hable de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, ya que simplemente se trabajó bajo el esquema de la subsunción al entender que se presenta una violación al derecho a la igualdad cuando no existe una razón suficiente para un trato diferente, y, dado que no existe tal justificación para que los bachilleres que hayan prestado servicio militar se beneficien del aumento en un 10% del resultado de las pruebas ICFES (Instituto Colombiano para la Evaluación de la Educación), se debe declarar inconstitucional la norma que establecía dicho incremento, pues este beneficio para los reservistas les permitía acceder más fácilmente a la educación superior y a las becas, sin tener ningún mérito académico para ello.

Es común que en algunas sentencias donde la Corte sostiene que es necesario realizar una solución de un caso vía ponderación, lo que en realidad hace es una subsunción, como sucede en la Sentencia T-425 (1995), donde se planteó la colisión entre el derecho a la vida, la salud y la libertad de empresa. Se consideró que había un conflicto entre estos principios, pero la forma de resolver la supuesta tensión no fue ponderando sino subsumiendo y, por lo tanto, aplicando una regla vía silogismo. En este caso se propone un recurso de amparo por los vecinos de un establecimiento de comercio en el que se expende licor, quienes cansados de que los consumidores orinaran en los alrededores de dicho lugar y

fumaran cigarrillos cerca de una estación de gasolina, alegan la existencia de un grave peligro para la vida de toda la comunidad. La Corte encuentra que la dueña del local comercial cuenta con una licencia que exclusivamente la autoriza para la venta, pero no para que en el establecimiento se consuma licor, en cuyo caso es imperativo tener baños públicos para los clientes. De suerte que, en lugar de ponderar, el derecho a la vida contra la libertad de empresa, el caso se resuelve simplemente acudiendo a las normas administrativas que regulan los permisos para desempeñar la actividad comercial.

Para algunos incluso la ponderación podría ser sustituible por la subsunción (García Amado, 2006, p. 158-160). El caso paradigmático del Tribunal Federal Alemán de ponderación del derecho a la libertad de expresión frente al derecho al honor, en el que una revista satírica llama “tullido” a un militar parapléjico, puede, igualmente, ser reconducido o solucionado vía subsunción, delimitando el ámbito de aplicación de ambos derechos, para concluir que los insultos no hacen parte del ejercicio del derecho a la libertad de expresión y, por tanto, constituyen una conducta que vulnera el derecho al honor. El planteamiento sería el siguiente: premisa mayor: no hacen parte del derecho a la libertad de expresión los insultos; premisa menor: la revista alemana insulta al militar al llamarlo “tullido”; conclusión: la revista alemana no puede llamar “tullido” al ex militar, en tanto esto constituye un insulto y el mismo no hace parte del ejercicio al derecho a la libertad de expresión.

De igual manera, si en el neoconstitucionalismo el precedente tiene la fuerza que se le reconoce no es por una razón diferente a que se acude a la subsunción. La vinculatoriedad del precedente pone en evidencia que el método de aplicación por excelencia en el neoconstitucionalismo es la subsunción, por lo tanto, la ponderación es en realidad una herramienta para la creación inicial de las subreglas o *ratio decidendi* del precedente que determina la resolución de casos futuros. A partir de allí el precedente se aplica con una deducción en la que se procede de la forma que se pasará a explicar: la premisa mayor es la *ratio decidendi* o subregla generada por el caso que se constituirá en precedente, esto es, será el parámetro que determinará la adecuación con la premisa menor, de modo que si el caso nuevo es concordante (semejante) con la *ratio decidendi* del caso anterior lo que se sigue es la aplicación silogística de la subregla previamente creada.

Trayendo los ejemplos ya utilizados en el futuro no será necesario ponderar (ni simular que se pondera) sino simplemente subsumir en las subreglas jurisprudenciales los casos que presenten los mismos patrones fácticos y jurídicos con relación a temas como: el racismo en el ingreso a sitios públicos, el término de prescripción del contrato de seguro respecto de una persona discapacitada, el desalojo de vendedores ambulantes, la negativa a realizarse pruebas de ADN, la venta y consumo de licor en espacios cercanos a estaciones de gasolina, los insultos en los medios de comunicación, etc.

A partir de lo planteado se evidencia que, en el estado actual del desarrollo teórico y jurisprudencial del dilema entre ponderación y subsunción como medios excluyentes de interpretación jurídica, no hay tal antagonismo. Es más, si el precedente es tomado en serio, tal como se expondrá, se tiene que en el neoconstitucionalismo se subsume más de lo que se pondera.

III. Legislación y jurisprudencia

El sistema de fuentes se constituye en uno de los temas centrales de la teoría del derecho. El fenómeno de la producción jurídica determina el proceso de formulación normativo: *creación-interpretación-aplicación*. El sistema de fuentes está mediado por la pugna entre el formalismo y el antiformalismo, o lo que se llamó en la doctrina colombiana, con la Constitución Política de 1991, entre el derecho tradicional y nuevo derecho (López, 2006, p. 323 y ss.).

La dicotomía entre ambas concepciones jurídicas tiene de fondo la representación de un falso dilema que constituye para el formalismo una mirada legicentrista de las fuentes: donde existe una primacía de la legislación sobre la jurisprudencia; y para el antiformalismo una mirada activista de la función judicial: donde existe la primacía de la jurisprudencia sobre la legislación.

En este sentido, el formalismo considera que todo problema jurídico está determinado de manera exclusiva por normas de origen legislativo, mientras la corriente antiformalista defiende que los problemas jurídicos tienen un espacio más amplio de análisis, determinado por una comprensión de la realidad del derecho y un lugar preponderante del papel activo del juez (Mora Restrepo, 2009, p. 74).

El formalismo, fiel heredero de la teoría del Estado que nace con la Revolución Francesa, parte de una estricta separación entre la creación y la aplicación de las normas, en donde el momento de aplicación de la ley se entiende como una mera actividad ejecutora y “mecanicista de la jurisprudencia” (Prieto Sanchís, 1987, p. 108), dado que, únicamente la ley, como expresión de la voluntad general (De Otto, 2001, p. 284) puede ser la premisa mayor de un razonamiento hecho por un juez. Así, para el formalismo “el juez debe ser únicamente la boca de la ley. El poder judicial debe ser invisible y como nulo, y la justicia deviene, *pour ainsi dire, invisible et nulle*” (Santaella López, 1995, p. 77).

Si bien las corrientes formalistas dan por hecho que es nula la posibilidad de creación judicial por parte de los jueces, la historia jurídica colombiana demuestra que en el período de más excelso desarrollo formalista, la Corte de Oro, entre 1936 y 1939, desplegó “una nueva apreciación del papel del juez en la creación del derecho” (López, 2004, p. 307) en lo relativo a la instauración de principios generales del derecho, implícitos en el ordenamiento como: el abuso del derecho,

el enriquecimiento sin causa y la teoría de la imprevisión (López, 2004, p. 324); asimismo, en relación con la responsabilidad extracontractual del Estado y del principio de legalidad, antes de 1991, fue la jurisprudencia del Consejo de Estado la que, más que la ley, estructuró y consolidó los elementos definitorios del derecho administrativo (Henaó Pérez, 2013, p. 19).

Y si antes de 1991 nuestros dos órganos de cierre de la época aceptaban la creación de normas jurídicas por parte de los jueces, no hacía menos el autor más influyente del siglo pasado, pues Kelsen además de insistir en que la diferencia entre la ley y la sentencia es solo de grado, denunció como un exceso unilateral creer que únicamente en el *common law* los tribunales creaban derecho y que, igualmente, en el derecho continental solo el legislador producía normas jurídicas (Kelsen, 1983, p. 263). Para este autor la verdad se encontraba a mitad de camino, ya que tanto allá como acá la sentencia judicial es la continuación, no el comienzo, del proceso de creación del derecho.

De hecho, lo que suele suceder desde siempre es que las disposiciones legislativas llenas de indeterminaciones, contradicciones y vacíos son concretadas en un momento posterior por la jurisprudencia y la doctrina (Prieto, 2009, p. 216 y 288). Por tanto, el derecho solo empieza su proceso con la promulgación de disposiciones jurídicas por la autoridad competente, quedando pendientes etapas posteriores donde otros actores interpretarán y aplicarán dichos textos.

Ahora bien, con la entrada en vigencia de la Constitución del 91 y el desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional, se reafirmó que en Colombia podría pregonarse la imposición de un nuevo paradigma cultural, político y jurídico, caracterizado a partir de una nueva hermenéutica donde se pone de presente que el juez también es creador de derecho (Gaviria Díaz, 2002, p. XIII).

El nuevo derecho significó el desplazamiento parcial de la competencia de la producción jurídica y por ende de las fuentes del derecho al aparato judicial. Así, una de las principales consecuencias del movimiento jurídico y político que dio origen a la Constitución del 91 es el papel que se le reclama al Estado, los tipos de sentencias constitucionales, el cambio en las reglas y métodos de interpretación jurídica (específicamente la interpretación constitucional), el valor del precedente judicial (Mora Restrepo, 2009, p. 29-30) y en últimas el activismo judicial; rasgos fundamentales culpables de la desviación que se le imputa al nuevo derecho “desde la orilla ‘ortodoxa’” (Gaviria Díaz, 2002, p. XIV).

Es frente al papel de los jueces y los efectos de sus sentencias donde se presentó la mayor innovación a nivel constitucional, ya que hoy con las sentencias condicionadas, *inter comunis*, *inter pares* y los precedentes judiciales es imposible seguir creyendo que los jueces nunca pueden dictar sentencias con efectos generales (artículo 17 del Código Civil) y que sus providencias son únicamente doctrina probable (artículo 4 de la Ley 169 de 1896), aplicable supletivamente en presencia de vacíos y oscuridad de

la ley (artículos 8 y 13 de la Ley 153 de 1887). Que las sentencias actualmente tengan efectos que trascienden al caso concreto no debe sorprender pues respetar principios como la igualdad en la aplicación de la ley, la seguridad jurídica, la buena fe, la unidad del ordenamiento jurídico, la conservación del derecho, la interpretación conforme, la descongestión judicial, entre otros, llevan necesariamente a reformular el papel de la jurisprudencia, tal como lo tuvo que aceptar el legislador en las leyes 1395 (2009), 1437 (2011) Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) y 1564 (2012) Código General del Proceso (CGP).

Por otro lado, el sistema de fuentes es un asunto político ya que establecer cuáles son los modos de producción jurídica y su jerarquía entraña el establecimiento de una determinada forma y estructura de poder (Prieto, 2009, p. 159).

Y es que lo trascendental nunca ha sido la pluralidad de fuentes ya que tanto en el *common law* como en el *civil law* hay legislación y jurisprudencia, tanto en un régimen presidencialista como en uno parlamentario hay leyes y decretos; lo trascendental siempre será la prevalencia o jerarquía que se establezca entre las fuentes. En nuestro caso, los defensores del modelo formalista se empeñan en querer mostrar la prevalencia de la legislación sobre la jurisprudencia como un régimen de gobierno más democrático y en denunciar la prevalencia de la jurisprudencia sobre la legislación como una aristocracia judicial. No obstante, desde el antiformalismo se acepta que quien ha hecho más por la democracia colombiana ha sido la Corte Constitucional con las múltiples sentencias donde ha protegido a los grupos minoritarios que el Congreso y el Gobierno han abandonado por décadas.

Sin embargo, por estar concentrados en la disputa entre la legislación y la jurisprudencia se ha pasado por alto el papel de otras fuentes, sobre todo se ha olvidado a los reglamentos administrativos, disposiciones que no solo son las normas más abundantes, sino también las que mayor incidencia práctica tienen sobre la vida de los ciudadanos, y cuya dependencia de la ley puede ser meramente formal (Prieto, 1999, p. 36).

Asimismo, en el ámbito del derecho internacional, los tratados han sido la fuente hegemónica para la resolución de los conflictos en este campo. También es de anotar, que antes y después de la Constitución de 1991, los contratos civiles, los conceptos de la DIAN (Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales de Colombia) y las convenciones laborales han sido un lugar común como fuentes de producción y aplicación jurídica.

Incluso, la formación jurídica de los abogados no es fundamentalmente a partir de la legislación y de la jurisprudencia, sino a partir de la doctrina. En ese sentido, en el derecho privado no se estudia tanto el Código Civil y la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, como los textos de los profesores Ospina; en el derecho administrativo, no se estudia tanto el CPACA, ni la jurisprudencia del Consejo de Estado, como los libros de Libardo Rodríguez, Vidal Perdomo y Santofimio

Gamboa; en el derecho penal, no se estudia tanto el Código Penal ni la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, como el manual de Fernando Velásquez; y en el derecho procesal, no se estudia tanto los estatutos procesales, como la obra de Hernando Devis Echandía, Beatriz Quintero o López Blanco.

Pero si se han descuidado las otras fuentes distintas a la jurisprudencia y la doctrina, también se ha descuidado un fenómeno consistente en la adopción de los contenidos de una fuente por parte de otra fuente de distinto linaje. Tal como sucede cuando la jurisprudencia se vuelve legislación, o si se quiere, cuando una norma pasa de hacer parte del derecho de los jueces a pertenecer al derecho del legislador, tal como sucede cuando el congreso a través del procedimiento legislativo, “recopila” la jurisprudencia.

Esto se presentó cuando se adoptó la teoría del abuso del derecho y del enriquecimiento sin causa de la Corte de Oro en el Código de Comercio o la teoría de los móviles y finalidades del Consejo de Estado en el CPACA (Ley 1437 de 2011).

Con respecto al derecho comparado también sucedió con la teoría de los frutos del árbol envenenado, modulada en sentencias del ordenamiento jurídico estadounidense: Caso *Nardone v. EE. UU.* (1939) 309 EE. UU. 338, Caso *Nix C. Williams* (1984) 487 EE. UU. 431, Caso *Wong Sun v. EE. UU.* (1963) 371 EE. UU. 471, trasplantada al ordenamiento jurídico colombiano a través de la Sentencia SU-159 (2002) y positivizada en el artículo 455 de la Ley 906 (2004). Asimismo, en el ámbito interno, el derecho al habeas data fue teorizado en la Sentencia T-729 (2002) y luego en la Sentencia C-748 (2011); pero fue con la Ley 1581 (2012), donde se “formalizó”. Y ni que decir de la fuerza vinculante de la jurisprudencia, primero defendida en sentencias como la T-123 (1995), SU-047 (1999), C-836 (2001), T-292 (2006), entre otras; y luego convertida en una de las grandes innovaciones del CPACA y del CGP.

De otro lado, entre las culturas jurídicas también puede evidenciarse el falso dilema. Hoy, el derecho de los jueces no es una característica esencial en el *common law*, pues está presente en una gran cantidad de ordenamientos, incluso los del *civil law*; en ese sentido, la característica con la que se diferenciaban ambas culturas jurídicas no puede sustentarse hoy con la estampa de la ley escrita en el *civil law*, ni la presencia del precedente en el *common law*.

Así lo evidencia Neil MacCormick y Roberts S. Summers, citados en la aclaración de voto de la Sentencia C-836 (2001), estos autores concluyen que existe un acercamiento de las culturas jurídicas ya que en la práctica el papel del precedente es significativo tanto en los países que lo aceptan y reconocen formalmente como en los que no lo hacen, siendo el ejemplo paradigmático el derecho francés, donde no se podría comprender la legislación de dicho país, sobre todo en lo administrativo, sin hacer referencia a la jurisprudencia de las altas cortes.

Igualmente, la configuración moderna de los ordenamientos jurídicos hace necesario que en la cultura del *common law* se haga uso de la codificación en estatutos legales en el ámbito del derecho procesal y comercial, “en Inglaterra esta transformación se llevó a cabo con las *Civil Procedural Rules* de 1998 entradas en vigor el 26 de abril de 1999. Se trata de un verdadero y propio Código de Procedimiento Civil (...)” (Taruffo, 2006, p. 66); y en la cultura del *civil law* la jurisprudencia se instala como fuente formal de los ordenamientos jurídicos (Taruffo, 2009, p. 557).

El falso dilema entre legislación y jurisprudencia también se constata a través de la relación de complementación y concreción entre estos centros de producción y ejecución jurídica. La interpretación en el ámbito constitucional, dada la máxima indeterminación de los principios, consta de unas técnicas interpretativas en las que no resulta difícil predicar del juez constitucional una técnica *cuasi-legislativa* y de creación de derecho. Esto se da, por la disociación entre norma y disposición, pues supone que “las normas jurídicas no preexisten a la interpretación, sino que son su resultado” (Guastini, 1999, p. 15). Disociación que se hace más importante respecto de las disposiciones iusfundamentales donde se debe diferenciar los enunciados directamente estatuidos, redactados en forma de principios indeterminados, como el artículo 16 de la Constitución Política (libre desarrollo de la personalidad), de las normas adscritas a ese derecho que, vía interpretación, van concretando, mediante reglas jurisprudenciales, el alcance de la Constitución. Por ejemplo, del mencionado artículo se han desprendido reglas como: para las instituciones educativas está prohibido sancionar a los estudiantes por su apariencia personal, por su preferencia sexual, por contraer matrimonio, por quedar en embarazo, etc. De igual modo, dentro del libre desarrollo de la personalidad la Corte ha entendido que se encuentra el derecho a la dosis personal, el derecho a morir dignamente, el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo, entre otros. Por esta relación entre las normas directamente estatuidas y normas adscritas es innegable que en materia de derechos fundamentales la jurisprudencia es una fuente principal (Alexy, 1993, p. 23) e incluso que tales derechos tienen un carácter doble (1993, p. 133 y 138), pues suelen manifestarse como principios, cuando se encuentran inicialmente en la Constitución, y como reglas, cuando son desarrollados por los precedentes.

IV. Derecho y moral

Ha pervivido en el imaginario de los juristas y filósofos del derecho dos posiciones incompatibles, de un lado, la tesis de la separación entre el derecho y la moral, posición positivista y, por el otro, la defensa de la tesis de la vinculación entre estos dos órdenes normativos, posición neoconstitucionalista.

En su momento, Kelsen, al distinguir derecho y moral, planteó que “una norma jurídica no vale por tener un contenido determinado (...) sino por haber sido producida de determinada manera. De ahí que cualquier contenido que sea, puede ser derecho” (Kelsen, 1983, p. 205). Mientras que Alexy y Radbruch, en una posición cercana al iusnaturalismo, entendieron que no cualquier contenido puede ser derecho, pues normas extremadamente injustas o que no cumplan con la pretensión de corrección serían un derecho defectuoso (Alexy, 2008, p. 69).

Las anteriores afirmaciones ponen de presente que al momento de identificar las normas válidas (Prieto, 2013, p. 104) se puede enfatizar la forma y el procedimiento como el elemento esencial en la creación del derecho o que, por el contrario, el contenido de las normas es el elemento indispensable para determinar su validez.

En este sentido, dos de las tesis principales del positivismo metodológico son: 1) acercarse a la ciencia jurídica desde un enfoque meramente descriptivo y, por lo tanto, exento de cualquier compromiso valorativo (Bobbio, 1991, p. 42), así como 2) defender constituciones puramente formales (Prieto, 2010, p. 276). Se entendía que el derecho era un “artificio” fruto de las fuentes sociales y la voluntad de los hombres (Prieto, 2009, p. 319) y, por ello, se podía constatar empíricamente su existencia sin apelar a un presunto derecho superior fundamentado en la justicia, la razón o en Dios.

Se trataba de separar derecho y moral con lo que se lograría separar validez y justicia. Al respecto, se ha sostenido por parte de Bobbio que la validez tiene que ver con la existencia o inexistencia de determinada norma jurídica, mientras que la justicia está relacionada con su correspondencia con los valores ideales presentes en determinada sociedad (2007, p. 20).

De otro lado, también puede sostenerse que separar derecho y moral tiene como consecuencia separar Estado e Iglesia, lo cual, dicho sea de paso, en Colombia nunca fue tal. Piénsese en la época colonial cuando la Santa Inquisición condenaba a todo el que se opusiera a sus doctrinas, contando con el beneplácito del Estado, en un proceso de civilización “cristianización”, en que se confundía al juez con el sacerdote, la legislación con la biblia y el delito con el pecado.

Los colombianos, antes de 1991 pese a autodenominarse positivistas no lo eran tanto, baste con escudriñar la Constitución Política de 1886 para constatar esta idea, la variedad de normas a favor de la iglesia católica y los ámbitos donde operaba con exclusividad eran evidentes: el catolicismo era la religión de la nación, la educación estaba en manos de las comunidades religiosas, el sistema de registro civil, durante muchos años, fue de competencia de los párrocos, la Iglesia tenía exenciones de impuestos, los curas eran considerados autoridades civiles, el concubinato estaba prohibido, etc. Igual sucedió con el Código Civil que al remitirse, *secundum y praeter legem*, a las buenas costumbres en materia de contratos, matrimonio y sucesiones no diferenció entre el derecho y la moral cristiana, denomina moral social a partir de la Sentencia C-224 (1994). Muchos años

pasarían para entender las razones por las cuales Carlos Gaviria Díaz distinguiera analíticamente el derecho y la moral (1992, p. 28).

En el país no era común discutir si existían varias morales (social, crítica, cristiana, musulmana, universal, particular, etc.) y menos preguntarse si los valores eran subjetivos y relativos. Por eso fue tan importante la lectura de Hans Kelsen que, en su ya clásico texto *¿Qué es la justicia?*, hizo un rastreo de las principales tesis que se han empleado para explicar este valor, analizando desde las metáforas bíblicas hasta valores como: la felicidad, el bienestar social, la democracia, la igualdad, la libertad, entre otros (1991, p. 9). Este autor puso de manifiesto que todas las definiciones anteriores son fórmulas vacías. Por lo tanto, si no es posible definir qué es la justicia, ni la injusticia, sería ingenuo asumir una posición en la que se vincule el derecho y la moral, basada en la creencia en valores superiores que deben inspirar la validez del resto de normas jurídicas a partir de su contenido “justo”.

Sin caer en este escepticismo ético extremo, Robert Alexy sostiene que todo sistema jurídico comporta una pretensión de corrección, en la medida que el derecho positivo busca justificarse a través de la corrección moral de sus normas; ello se manifiesta en actos institucionales como la expedición de leyes o la actuación de los jueces. Así, para este autor: “la pretensión de corrección no solo implica el poder jurídico del juez para aplicar razones morales a los casos difíciles; también implica la obligación jurídica de hacerlo cuando sea posible” (2008, p. 67-68).

Como puede verse, si se entiende que el derecho pretende ser correcto en términos morales, en aras de obtener mayor legitimidad y por tanto, el juez únicamente debe condenar al responsable, el legislador solo debe promulgar leyes que beneficien el interés general y las constituciones deben propugnar por un orden justo, se está ante una conexión ya no contingente sino necesaria entre el derecho y la moral. Pese a ello, persiste la posibilidad de que existan normas injustas o defectuosas consideradas derecho que, por seguridad jurídica, solo perderían la calificación de jurídicas si llegasen a ser insoportablemente injustas, por ello, solo “es en casos de injusticia extrema que se da preferencia a la justicia material sobre la certeza jurídica” (Alexy, 2008, p. 70).

Es paradigmático el caso tan referenciado en la literatura jurídica, denominado los *tiradores del muro de Berlín*, que trata la situación de injusticia extrema que habría de analizarse cuando los militares de la República Democrática Alemana, amparados en normas positivas, disparaban a quienes eran sorprendidos tratando de pasarse el muro que dividía la Alemania Oriental de la Occidental. La discusión gira en torno de si el exceso en el uso de la fuerza, pese al ejercicio de atribuciones legales, no podría catalogarse como de injusticia extrema y, por lo tanto, considerar que estas actuaciones estaban por fuera del derecho, tal y como interpretó en su momento el Tribunal Constitucional de Alemania años después de la unificación (Pérez de la Fuente, 2011, p. 453).

De igual manera, pudiera hallarse injusticia extrema en el trato tan abiertamente discriminatorio que se orquestó en Colombia al elevar a la categoría delito

las conductas homosexuales, estatuido en las respectivas normas del Código Penal de 1936. Estas disposiciones normativas serían censurables, no solo hoy a la luz de la Constitución Política de 1991 que consagra como derechos fundamentales la igualdad, el libre desarrollo de la personalidad y el respeto a la diversidad sexual, sino también desde antes del 91 a la luz de la moral crítica, ya que estas disposiciones no respetan la dignidad humana de los homosexuales.

En esa misma línea, sería reprochable que las mujeres, conforme a distintas normas del Código Civil, hubiesen estado sometidas al marido respecto de la administración de los bienes de la sociedad conyugal, el ejercicio de la patria potestad sobre los hijos, entre otros. Con estos reproches se entiende por qué, para quienes defienden la tesis de la vinculación, es posible que normas positivas dejen de serlo por razones morales (Prieto, 2013, p. 106).

Igualmente, estos ejemplos ponen de manifiesto que el concepto de la injusticia extrema, tiene algún rendimiento en el razonamiento práctico del derecho, solo en tanto que se mire las injusticias en perspectiva del pasado, pues es claro que son las nuevas realidades y los principios sobre los cuales se configuran las sociedades actuales (observadoras), los que permiten hacer algún examen de injusticia extrema sobre las sociedades (participantes) y los hechos del pasado (Prieto, 2013, p. 122).

Aparejado a lo anterior, hoy con las actuales constituciones rematerializadas, que incorporan valores y principios, es posible encontrar que las normas jurídicas que antes eran solo injustas son también inválidas porque en la mayoría de casos están violando derechos fundamentales, normas de un alto contenido moral que, según el positivismo inclusivo de Waluchow (2007), ya hacen parte del derecho positivo y, por tanto, serían un parámetro de validez del resto de normas. Por ello, bajo una constitución puramente procedimental al estilo Kelseniano, las normas injustas como las promulgadas en Sudáfrica en la época del apartheid serían válidas, en cambio, frente a una constitución sustancial (rematerializada) al estilo del positivismo inclusivo o del neoconstitucionalismo, dichas disposiciones, además de ser injustas no llenarían todos los requisitos materiales para pertenecer a un ordenamiento jurídico actual. Por tanto, los problemas de justicia de antes hoy se han transformado en problemas de validez (Prieto, 2013, p. 109).

A estas alturas es necesario diferenciar la moral social, entendida como aquella que resulta de las costumbres y valores compartidos por la mayoría; de la moral crítica que hace referencia a la adopción de decisiones que, pese a poder estar en abierta contradicción con lo que piensa la mayoría (o el legislador), están basadas en argumentos racionales sobre el bien y la virtud que propenden, casi siempre, por la protección de los derechos fundamentales, el pluralismo y la diversidad (Prieto, 2013, p. 107).

A partir de esta diferencia, resulta claro que antes de 1991 la conexión derecho y moral existió, pero era respecto de la moral social (y católica), hoy, después

de la nueva Constitución, la conexión entre el derecho y la moral continúa, pero respecto de la moral crítica, positivizada en los derechos fundamentales.

A través de los siguientes ejemplos, se mostrará la forma en que el derecho colombiano se nutre de la moral crítica y, al mismo tiempo, como él mismo intenta distinguirse de la moral social.

Resulta de gran relevancia para el presente análisis el caso de la trabajadora sexual despedida en estado embarazo, quien conforme a la moral social y a las buenas costumbres no tendría ningún derecho laboral, es más, su labor encajaría en un supuesto de objeto ilícito dentro del derecho civil. Sin embargo, en la Sentencia T-629 (2010) la Corte protegió los derechos fundamentales de la accionante, al considerar que ella y el menor que estaba por nacer eran sujetos de especial protección, a quienes se debía garantizar la atención ofrecida por el sistema de la seguridad social y las indemnizaciones contempladas en la legislación laboral.

De hecho, los principios de laicidad y neutralidad de la Constitución de 1991 establecen una clara separación entre el derecho y la moral social (cristiana), entre el Estado y la Iglesia, al prohibir que el Estado tome partido por una religión en particular, tal como sucedió en la Sentencia C-766 (2010), que declaró inexecutable la posibilidad de que un municipio llevara el nombre de “Nuestra Señora de Chiquinquirá” y fuera elevado a la calidad “Ciudad Santuario”. Sin embargo, esta posición no ha sido consistente cuando la Corte ha permitido que con dineros públicos se construyan esculturas alusivas a Jesucristo, Sentencia T-139 (2014), e igualmente, cuando declaró constitucional gran parte de la Ley 1017 de 2014 “Por la cual se rinde honores a la Santa Madre Laura Montoya Upegui, como ilustre santa colombiana”, Sentencia C-948 (2014).

Por otro lado, un alejamiento de la moral social (cristiana) y un acercamiento de la moral crítica al derecho colombiano se presentó cuando la Corte, muy a pesar de la opinión de las mayorías, que siguen considerando la vida como un valor sagrado y absoluto, despenalizó el aborto en tres casos, Sentencia C-355 (2006); permitió la eutanasia, Sentencia C-239 (1997) y legalizó la dosis mínima, Sentencia C-221 (1994). Aunque en este punto el ejemplo más importante de la divergencia entre moral social y moral crítica es el matrimonio igualitario, ya que según el concepto conservador de familia que tienen la mayoría de colombianos, debería ser una unión prohibida, pero según el respeto a los derechos fundamentales de las minorías, debe estar permitido tal como se ratificó en la Sentencia SU-214 (2016).

Por último, un punto donde se puede ver la conexión entre el derecho y la moral crítica se presenta en la aplicación de las disposiciones jurídicas, pues cada vez es más común encontrarse casos en los que una interpretación aislada o fragmentaria de las reglas legisladas (García Figueroa, 2010, p. 253) llevaría a injusticias que deben ser corregidas por el juez, aunque esto lleve a relativizar el dogma de *dura lex, sed lex*, y permita derrotar, excepcionar o revisar las reglas (García Figueroa, 2009,

p. 136) cuando los principios constitucionales así lo justifiquen. Por ejemplo, ante una regla clara y precisa que establece la posibilidad de donar órganos sólo por personas mayores de edad, es posible que tal situación sea sumamente injusta si se trata de una madre menor de 18 años que quiere ceder parte de su hígado a su hija enferma de seis meses (García Figueroa, 2010, p. 265). En este caso se debe derrotar la regla para garantizar el derecho a la vida de la bebé. Igualmente, ante la regla que establece como requisito legal para obtener la pensión de invalidez, tener 50 semanas cotizadas en los tres años inmediatamente anteriores al accidente o la enfermedad, la Corte, ha permitido, por razones de justicia, excepcionar la regla y otorgarle la pensión a una mujer con VIH que solo contaba con 49 semanas, y así, proteger los derechos a la seguridad social y la dignidad humana, Sentencia T-138 (2012).

Estos ejemplos muestran que la vinculación entre el derecho y la moral crítica, hoy no solo se presenta a nivel de la validez de las normas y su pertenencia al ordenamiento jurídico, identificación del derecho, sino también al momento de su aplicación, dada la interacción entre reglas y principios constitucionales. Todo esto, sin olvidar que los valores e ideología del juez (su moral) también cuentan a la hora de determinar el sentido de sus fallos.

V. Ciencia del derecho descriptiva o prescriptiva

Otro debate que ha girado en torno al neoconstitucionalismo como nuevo paradigma teórico es el papel que cumple la ciencia del derecho o dogmática en los ordenamientos jurídicos, ya que desde un modelo *positivista-kelseniano* se ha entendido que la función de la ciencia del derecho es fundamentalmente describir las normas de manera neutral y objetiva sin hacer juicios de valor (Kelsen, 1983, p. 88). Mientras que en el otro extremo se defiende una ciencia del derecho crítica, pragmática y proyectiva que debe denunciar las antinomias y vacíos e influir en el perfeccionamiento del ordenamiento jurídico (Ferrajoli, 2011, p. 29, 32 y 35).

En este sentido, este apartado se interroga sobre si la función de la ciencia del derecho ha cambiado con la instauración de principios y valores en las constituciones contemporáneas, aludiendo a que su actividad ya no radica en una función descriptiva, sino que también cumple una función prescriptiva o valorativa; o por el contrario, como lo plantean algunos críticos del positivismo, la actividad supuestamente descriptiva de la dogmática jurídica, establece por medio de proposiciones jurídicas, verdaderos juicios de valor (Sastre Ariza, 2009, p. 250).

Al respecto, la dogmática en el derecho surge en el positivismo jurídico a partir de la idea del legislador racional, postulado planteado por los iusnaturalistas racionalistas que pretendían construir un sistema jurídico preciso, claro y completo, asimilándolo a los sistemas axiomáticos de la geometría, que estaría integrada por

ciertos principios, de los que se deducirían normas para los casos relevantes en el derecho (Nino, 1980, p. 323). Esta pretensión de construir un sistema normativo perfecto dio lugar al movimiento de codificación en Europa, cuyo principal ejemplo es el Código Civil francés de 1804, que sería el modelo para el Código Civil chileno en 1855 y el Código Civil colombiano en 1887. De este modo, la dogmática jurídica positivista del siglo XIX se apoyaba en la ley como fuente primigenia del derecho y en su descripción mediante manuales y tratados (López, 2004, p. 160).

En esta línea, la ciencia jurídica positivista actual se acepta, según Nino, a partir del hecho de que las normas jurídicas fueron sancionadas por ciertos órganos dotados de eficacia general (1980, p. 326), hallándose en dicha postura el, denominado por Bobbio, positivismo ideológico, el cual se basa en que el derecho positivo tiene fuerza obligatoria por el solo hecho de existir. Así, la dogmática jurídica parte de una convicción subjetiva, que implica una aceptación del derecho positivo, realizando actividades en torno a esta que propiamente no son descriptivas.

La dogmática jurídica cumple una importante función como es reformular el derecho: a) estableciendo precisiones para sus términos vagos o conceptos jurídicos indeterminados; b) completando las lagunas o vacíos, por medio de las analogías e interpretaciones extensivas; c) resolviendo las inconsistencias e incoherencias dentro del sistema jurídico con criterios de solución de conflictos —*lex posteriori, lex superiori, lex specialis*— (Nino, 1980, p. 326). Se corrobora que estas actividades realizadas por los dogmáticos dentro del ordenamiento jurídico cumplen una función de reconstrucción del derecho encubierta, evidenciando que esta desempeña actividades valorativas o prescriptivas (1980, p. 327).

En igual sentido, la ciencia jurídica en el neoconstitucionalismo señala que una dimensión descriptiva del derecho es una limitante a la dogmática, y que a su vez es un camuflaje o disfraz de juicios de valor, que necesariamente están inmersos en el derecho como resultado de las intenciones y actitudes de los actores que crean y operan en este (Sastre Ariza, 2009, p. 250). Es así como el neoconstitucionalismo plantea que la presencia de constituciones caracterizadas por variedad de principios y valores, que establecen estándares de moralidad, ocasiona que el estudio del derecho no sea una simple actividad científica u objetiva, puesto que entran en juego las opiniones y consideraciones morales de los dogmáticos (2009, p. 250).

El enfoque más aceptado que se establece como mirada constitucionalista de la ciencia jurídica es la postura de Robert Alexy, para quien la dogmática es una actividad pluridimensional, pues es una mezcla de tres actividades con diferentes enfoques: a) la descripción del derecho vigente en clave empírica, b) su análisis sistemático y conceptual en un plano lógico analítico y c) la elaboración de propuestas para la solución de casos jurídicos problemáticos en un enfoque *práctico-normativo* (Alexy, 2008, p. 30-32).

Este tercer enfoque de la dogmática jurídica centra su estudio en la orientación y crítica de la praxis jurídica, especialmente en la praxis de la jurisprudencia judicial, buscando saber cuál es, en el caso concreto, la decisión correcta (2008, p. 32). De lo señalado, la dogmática jurídica intenta responder racionalmente a las cuestiones valorativas que no han sido solucionadas en el material autoritativamente ya dado.

Por otro lado, desde una postura no neoconstitucionalista, pero enfocada en un estudio del Estado constitucional de derecho, Luigi Ferrajoli plantea que el sistema jurídico como sistema unitario postula una ciencia jurídica no solamente descriptiva sino a su vez normativa y crítica, en razón a dos principios como: i) los principios *iuris tantum*, que son principios externos al derecho positivo, que imponen la lógica que no tiene el derecho como el principio de no contradicción normativa y el principio de plenitud normativa; ii) los principios *iuris et in iure*, principios del derecho que están establecidos en normas de grado supraordenado como son la representación política, los límites y obligaciones impuestos al mercado, el *habeas corpus*, las libertades fundamentales y demás principios del constitucionalismo democrático (2011, Vol. I, p. 35-36).

Estos dos tipos de principios son indispensables, ya que, en un Estado constitucional caracterizado por la presencia de antinomias y lagunas, que se configuran como vicios por comisión y omisión, se requiere de un constante estudio y crítica al ordenamiento. De este modo, el derecho ilegítimo que contradice las normas de un grado supraordenado debe ser denunciado por la doctrina, para que la autoridad competente entre a reparar la situación mediante la remoción de la norma inferior existente o de la introducción de la norma inexistente (2011, Vol. I, p. 13). En este sentido, dichos problemas se convierten en el objeto de investigación de la ciencia jurídica, dando lugar a que esta no se limite a lo que el derecho es, sino también a lo que el derecho debe ser.

Esta orientación permite sostener que la dogmática no es una labor simplemente de sistematización de *lege lata*, sino que tiene en cuenta un estudio dirigido a las propuestas de *lege ferenda*, en el que no se abandona el punto de vista interno, ni rechaza el orden jurídico, por el contrario, pretende influir sobre el legislador, o sobre quién tenga el poder de modificar y crear las normas jurídicas (Courtis, 2006, p. 116). De tal suerte, Courtis plantea que el presupuesto conceptual de los juristas en la *lege ferenda* es la posibilidad de perfeccionar el ordenamiento jurídico, y en el que su marco teórico no difiere de otras actividades de la dogmática jurídica (2006, p. 116).

Se evidencia esta función de *lege ferenda*, con la introducción de normas jurídicas, por medio de la participación de los doctrinantes en las comisiones redactoras para los proyectos de ley como es el caso del Instituto Colombiano de Derecho Procesal en la creación del Código General del Proceso, o de los autores principales del derecho administrativo en el CPACA. Así, los dogmáticos del derecho por medio de sus teorías construyen las categorías conceptuales que se reflejarán

en las constituciones y la legislación. Basta pensar en Kelsen y el modelo de control constitucional concentrado, adoptado por todos los estados en que hay un tribunal constitucional especializado; o en la definición de delito de Beling como acción, típica, antijurídica y culpable positivizada en casi todos los códigos penales que hacen parte del derecho continental.

En igual sentido, se halla que la dogmática influye en la actividad de los jueces, en el momento de decidir los casos, no efectuando solamente una descripción y sistematización de las sentencias, sino criticando los fallos, proponiendo una sentencia de *lege ferenda*, que busca transformar contenidos que se consideran inadecuados e injustos en el ordenamiento jurídico (Courtis, 2006, p. 117). Ejemplo de ello, es la construcción de teorías dogmáticas como la función social de la propiedad de León Duguit que se reflejaron en las decisiones de la Corte de Oro y la Reforma Agraria de 1936. Igualmente, la teoría de la responsabilidad civil de la Corte Suprema de Justicia ha sido influida por lo expuesto por el doctrinante Javier Tamayo y la teoría de la responsabilidad extracontractual del Consejo de Estado ha sido permeada por los planteamientos de Juan Carlos Henao y Enrique Gil Botero.

No obstante, dicha labor se logra gracias a que en Colombia los juristas que hacen dogmática jurídica son, en muchos casos, los magistrados principales y auxiliares de las altas cortes, o son activistas que impetran demandas o intervienen ante estas como es el caso de Dejusticia que con sus actuaciones frente a temas sobre el medio ambiente, el equilibrio de poderes, derechos de la comunidad LGTBI y demás, aportan al estudio y evolución del derecho constitucional.

En suma, se tiene que las intervenciones de los doctrinantes nutren constantemente de contenido el ordenamiento jurídico, evidenciando que la labor de la ciencia del derecho no se reduce ni se ha reducido a la descripción y a la sistematización como lo plantea el positivismo, ni mucho menos se reduce a la valoración, sino que las incluye a ambas como actividades.

Conclusión

Las polémicas suelen presentarse exagerando tesis opuestas y la teoría del derecho no ha sido ajena a esta situación. Evidencia de ello son los falsos dilemas que se generan con la implementación de los estados constitucionales, los cuales, enfatizan un modelo de principios, ponderación, precedente, moralización del derecho y una ciencia jurídica prescriptiva, olvidando que, antes y después de las nuevas constituciones, las reglas son la concreción de los principios; la ponderación es un paso intermedio de la subsunción; la legislación es reflejo de la jurisprudencia; el derecho se aleja y se acerca a la moral y, por último, la ciencia del derecho no se limita a brindar información sobre las disposiciones jurídicas sino que influye en su objeto de estudio.

Referencias

- Abellán, M. F. G., & Castañeda, J. G. (1994). La justicia constitucional: entre legislación y jurisdicción. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 14 (41), pp. 63-87.
- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Alexy, R. (2007). *Teoría de los derechos fundamentales*, 2da ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Alexy, R. (2008). *El concepto y la naturaleza del derecho* (traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido). Madrid: Marcial Pons.
- Ariza, S. S. (2009). La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo. *Neoconstitucionalismo(s)*, pp. 239-258. Madrid: Trotta.
- Atienza, M. (2009). Imperio de la ley y constitucionalismo. Un diálogo entre Manuel Atienza y Francisco Laporta. *Revista Isonomía*. N. 31., octubre de 2009, pp. 205 y ss.
- Bernal Pulido, C. (2007). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y constitucionales.
- Bobbio, N. (1991). *El problema del positivismo jurídico*. México: Fontamara.
- Bobbio, N. (2007). *Teoría general del derecho*. Bogotá: Temis.
- Comanducci, P. (2009). Formas del (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico. *Neoconstitucionalismo(s)*, pp. 75-98. Madrid: Trotta.
- Courtis, C. (2006). *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*. Madrid. Trotta.
- De Otto, I. (2001). *Derecho constitucional: sistema de fuentes*. Barcelona: Ariel.
- Ferrajoli, L. (2002). La cuestión del embrión entre el derecho y moral. *Jueces para la Democracia*, (44), pp. 3-12.
- Ferrajoli, L., Ibáñez, P. A., Mohíno, J. C. B., Abellán, M. F. G., Sanchís, L. P., & Miguel, A. R. (2011). *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*. Madrid: Trotta.
- García Amado, A. (2006). El juicio de ponderación y sus partes. *Justicia Constitucional*, pp. 119-163. Bogotá: Legis.
- García Figueroa, A. (2009). *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al derecho a través de los derechos*. Madrid: Trotta.
- García Figueroa, A. (2010). Neoconstitucionalismo, derrotabilidad y razón práctica. En: Carbonell, M., & García, L. (2010). *El canon neoconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Garzón, A. F. O. (Ed.). (2013). *Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa colombiana*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Gaviria Díaz, C. (1992). *Temas de introducción al derecho*. Medellín: Señal Editora.

- Gaviria Díaz, C. (2002). *Sentencias: herejías constitucionales*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Guastini, R. (1999). *Distinguiendo: estudios de teoría y metateoría del derecho*. Barcelona: Gedisa.
- Guastini, R. (2014). *Otras distinciones*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Hart, H. L. A. (1963). *El concepto de derecho (Trad. Genaro Carrió)*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Henoa Pérez, J. C. (2013). La jurisdicción de lo contencioso administrativo: cien años creando Derecho a partir de precedentes jurisprudenciales. *Ospina Garzón, A.F (ed.). Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa colombiana*, pp. 19-43. Universidad Externado de Colombia.
- Kelsen, H. (1983). *Teoría pura del derecho* (traducción de Roberto Vernengo). México: UNAM.
- Laporta, F. J. (2007). *El imperio de la ley: una visión actual*. Madrid: Trotta.
- López, M. S. (1995). *Montesquieu: el legislador y el arte de legislar*. Universidad Pontificia Comillas.
- López Medina, D. E. (2004). *Teoría impura del derecho: la transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Bogotá: Legis.
- López Medina, D. E. (2006). *El derecho de los jueces. Obligatoriedad del precedente constitucional*. Bogotá: Legis.
- López Medina, D. E. (2008). *La letra y el espíritu de la ley*. Bogotá: Temis.
- Martínez Zorrilla, D. (2010). *Metodología jurídica y argumentación*. Madrid: Marcial Pons.
- Mora Restrepo, G. (2009). *Justicia constitucional y arbitrariedad de los jueces: teoría de la legitimidad en la argumentación de las sentencias constitucionales*. Buenos Aires: Marcial Pons.
- Nino, C. S. (1980). *Introducción al análisis del derecho*. Buenos Aires: Astrea.
- Pérez de la Fuente, O. (2011). *El caso de los tiradores del Muro de Berlín. A vueltas con algunos debates clásicos de la filosofía del derecho del siglo XX*. Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho.
- Pozzolo, S. (2009). Un constitucionalismo ambiguo. *Neoconstitucionalismo(s)*, pp. 207-228. Madrid: Trotta.
- Prieto Sanchís, L. (1987). *Ideología e interpretación jurídica*. Madrid: Tecnos.
- Prieto Sanchís, L. (1999). *Constitucionalismo y positivismo*. México: Biblioteca de ética, filosofía, derecho y política.
- Prieto Sanchís, L. (2003) *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.
- Prieto Sanchís, L. (2005). *Apuntes de teoría del derecho*. Madrid: Trotta.
- Prieto Sanchís, L. (2009). *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.

- Prieto Sanchís, L. (2010). Principia Iuris: una teoría del derecho (neo) constitucionalista para el Estado Constitucional. En Carbonell, M., & García, L. (2010). *El canon neoconstitucional*, (pp. 274-310. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Prieto Sanchís, L. (2013). *El constitucionalismo de los derechos: ensayos de filosofía jurídica*. Madrid: Trotta.
- Taruffo, M. (2006). *Sobre las fronteras: Escritos sobre la justicia civil* (traducción de Beatriz Quintero). Bogotá: Temis.
- Waluchow, W. (2007). *Positivismo jurídico incluyente*. Madrid: Marcial Pons.
- Zagrebelsky, G. (2007). *El derecho dúctil* (traducción de Marina Gascón). Madrid: Trotta.

Jurisprudencia

- Corte Constitucional Colombia, Sentencia C-221 (1994)
- Tribunal Constitucional España, Sentencia número 7 (1994)
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-123 (1995)
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-425 (1995)
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia C-022 (1996)
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia C-239 (1997)
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia SU-047 (1999)
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia SU-601 (1999)
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia C-836 (2001)
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia SU-159 (2002)
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-729 (2002)
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-662 (2003)
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-1090 (2005)
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-131 (2006)
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-292 (2006)
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia C-355 (2006)
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-629 (2010)
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia C-776 (2010)
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia C-748 (2011)
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-138 (2012)
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-139 (2014)
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia C-948 (2014)
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia SU-214 (2016)