

ESTRUCTURA DEL INFORME

Introducción	3
Planteamiento y formulación del problema	5
Justificación	5
Objetivo general:	7
Objetivos específicos:.....	7
Marco de referencia	8
Proceso metodológico a utilizar	9
1. La argumentación.....	10
2. La ponderación de los derechos fundamentales	13
2.1. El rol de los derechos y el rol de los principios jurídicos.....	14
2.2. Dimensiones para proteger los derechos fundamentales.....	15
2.3. Ejercicio de ponderación – test.....	17
3. Pros y contras del uso de la ponderación.....	19
4. La ponderación de los derechos fundamentales en el derecho penal colombiano.....	27
Conclusiones	29
Referencias bibliográficas	30

INTRODUCCIÓN

La filosofía cumple el papel preponderante de inspeccionar el pensamiento de una sociedad, acorde con la realidad social y con miras a hacer presencia permanente en el derecho, contribuyendo así, en plantear analíticamente los problemas, que permitan alertar al jurista en el quehacer ético humanista, para el avance de las decisiones jurídicas y de la creación de reglas ajustadas a la realidad.

En términos de Kant, la norma positiva no es un fin en sí mismo, pero el hombre sí lo es, el cual obedece al imperativo categórico *“obra de tal modo que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin al mismo tiempo y nunca solamente como un medio.”*¹ lo que significa, un trato especial acorde a la dignidad humana, principio que inspira, no solo para aplicarlo en la resolución de conflictos, sino como avance normativo por parte del legislador, redundando de ésta manera en el esclarecimiento de tensiones que surgen en algunas oportunidades, entre norma y principio.

La filosofía entonces, cumple un rol importante y es el de repensar las situaciones actuales, que van cambiando con el transcurso del tiempo; este ejercicio, solo es dable con una metodología de razonabilidad y eminentemente sistemática, que hace que la norma cobre legitimidad en el conglomerado jurídico – social.

En consecuencia, es necesario acudir a la argumentación, pues es la mejor aliada del ejercicio intelectual, ya que plantea con la casuística – jurídica, las posibles soluciones y consecuencias a tener en cuenta en los diferentes escenarios, para tomar una decisión.

La ponderación, es una herramienta que posibilita este ejercicio intelectual inspirado en coherencia, que permite determinar en un momento histórico, qué es lo más ajustado a la proporcionalidad, previo cumplimiento de análisis de idoneidad y necesidad, del principio a resaltar en términos de Robert Alexy, como se verá en la lectura de éste ensayo.

1. IMMANUEL, Kant . Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres. San Juan de Puerto Rico. 2007, P. 42

En este sencillo ejercicio se decanta algunos elementos de juicio, que pone de manifiesto aspectos relevantes en las consideraciones de la Corte Constitucional, pero que varían en la medida que la sociedad va cambiando y consecuentemente el jurista debe interpretar dicho fenómeno social, ajustándolo a una nueva interpretación filosófica, tal es el caso de la conformación de la familia entre personas del mismo sexo.

PLANTEAMIENTO Y FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿La ponderación es para el jurista una herramienta de interpretación que garantiza la protección de los derechos fundamentales y satisface el reclamo de hacer justicia?

JUSTIFICACIÓN

Con la Constitución de Colombia de 1991, nace una interpretación novedosa de la aplicabilidad de la norma, al plasmarse: “ *Colombia es un Estado Social de Derecho, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general*”², lo que conllevó a que la norma se analizara bajo una metodología de razonabilidad, abriendo paso a la ponderación, que debe efectuar el operador judicial, para solucionar casos difíciles cuando se contraponen normas jurídicas vigentes con derechos fundamentales e igualmente, cuando para un caso en concreto existe colisión entre derechos fundamentales, debiendo sopesar el juez, para el caso en concreto, la prevalencia entre uno u otro y en consecuencia la emanación de una regla para la decisión.

Se justifica esta metodología, es decir, la razonabilidad, en la medida que no se limita sólo a verificar el cumplimiento de la ley, sino pretende que los principios vigentes inmersos en la norma, cobren vida, ante la exigencia de su protección, siendo la razón fundamental de la dignidad humana que define al Estado Social de Derecho.

Hoy por hoy, se requiere de un derecho dinámico, que satisfaga las necesidades reales de la sociedad. Los principios son el estandarte de la “*voluntad general*”^(3 y 4) cuyo acuerdo se encuentra plasmado en la constitución política de 1991, y que fue un avance si se mira respecto de la Constitución de 1886, que contemplaba al Estado de Derecho como una garantía normativa, pero de formalismo jurídico, y que en ocasiones podría quedarse limitada ante la protección de los derechos.

El avance sin lugar a dudas, es facilitar la concreción de la protección del derecho fundamental en la resolución de un problema, pudiendo el juez apoyarse en el ejercicio de la ponderación, contando con la aplicabilidad de los principios, soporte constitucional.

2. Artículo 1. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

3. ROUSSEAU, Juan Jacobo. El contrato social o principios de derecho político. "Cada interés dice el marqués D'Argenson, tiene principios diferentes, "El acuerdo entre dos intereses particulares se forma por oposición al de un tercero" Hubiera podido agregar que el acuerdo de todos los intereses se realiza por oposición al interés de cada uno. Si no hubiera intereses diferentes, apenas si se comprendería el interés común, que no encontraría jamás obstáculos; y la política cesaría de ser un arte"... P. 26. <http://www.enxarxa.com/biblioteca/ROUSSEAU%20El%20Contrato%20Social.pdf>

4. ROUSSEAU, Juan Jacobo. "*Una sola voluntad relativa a la común conservación y al bien general.*" El contrato social o principios de derecho político. 1999. P. 97.
<http://www.enxarxa.com/biblioteca/ROUSSEAU%20El%20Contrato%20Social.pdf>

OBJETIVO GENERAL:

Verificar si la ponderación sólo es posible en un Estado social de derecho.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS:

1. Establecer si en Colombia, ha sido la ponderación herramienta para resolver judicialmente un caso en concreto, en especial casos difíciles.
2. Verificar los presupuestos necesarios para la aplicación de la metodología argumentativa de la ponderación.
3. Revisar el test de la ponderación para establecer si se llega a una sola respuesta.

MARCO DE REFERENCIA

En este proceso de indagar la controversia de la norma con los principios, o de los principios entre sí, de un derecho fundamental, es preciso establecer si la ponderación hace parte del análisis necesario para establecer una respuesta real o verdadera.

De igual manera, poder discernir si la conclusión del operador judicial puede cumplir con el ejercicio de la ponderación, ello es, sopesar cuál derecho fundamental es más relevante que otro, qué lo determina o quién lo determina para resolver un caso en concreto.

Lo anterior, nos remonta a tener presente la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que ha tenido que decidir en diferentes oportunidades sobre casos difíciles, de relevancia social, jurídico y en ocasiones relacionados con la moral.

PROCESO METODOLOGICO A UTILIZAR

El presente ensayo “La Ponderación” ha contado con el proceso metodológico documental:

Este método permite indagar a través de la opinión de las universidades, la jurisprudencia colombiana, emanada principalmente de la Corte Constitucional sobre la aplicación de la ponderación.

Las sentencias han venido madurando y han impactado no sólo en el ámbito jurídico, sino social, es el caso del matrimonio entre parejas del mismo sexo y que sigue teniendo controversia a pesar que ha pasado más de una década de debate.

También se obtuvo como fuente de investigación, algunos textos del Doctor Manuel Atienza: *Curso de Argumentación Jurídica e Interpretación Constitucional* .5 y 6

Otros textos de gran valor para el presente estudio, constituye el libro denominado: Problemas de la filosofía del Derecho, la política y la argumentación jurídica ⁷ y la “*Revista Colombiana de Filosofía*” No.17 “*Sin Fundamento* “, realizados por la Universidad Libre ⁷ y la sentencia C-577 de 2011 de la Corte Constitucional ⁸.

5. ATIENZA, Manuel. *Curso de Argumentación Jurídica*. Edit. TROTTA. Barcelona. 2013 PP 183 – 249; 438-439

6. ATIENZA, Manuel. *Interpretación Constitucional*, Universidad Libre. Bogotá D.C. 2017.PP 159 - 181

7. ÁNGEL, Jaime, DUARTE, Rubén y GONZÁLEZ, Pablo. *Problemas de la filosofía del Derecho, la política y la argumentación jurídica*. Bogotá D.C (2009). PP. 393, 531, 541, 595, 715, 749.

8. PARGA Mauricio. *Revista Colombiana de Filosofía No.17 Sin Fundamento “El principio de Ponderación de derechos fundamentales en el derecho penal colombiano”*. Universidad Libre. Facultad de Filosofía. 2012. P.P 149 - 159

9. SENTENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL C- 577 de 2011. M.P. MENDOZA MARTELO, Gabriel Eduardo.

1. LA ARGUMENTACIÓN

Uno de los exponentes más interesantes es el maestro Atienza, quien ilustra en el curso de argumentación y en sus semanarios la teoría de la argumentación, teoría, que en el siglo XX se desarrolló fundamentalmente en dos momentos, así:

El primer momento, el de los pioneros a finales de los años 50 denominados de los pioneros como Recasens Siches, Toulmin, que contraponían la lógica a la tópica, el logos de lo razonable etc.

El segundo momento es a finales de los años 60, el de la construcción de la teoría estándar como MacCormick, ya no contrapone la teoría argumentativa, la lógica ⁹ a estas otras teorías, la tópica ¹⁰, la retórica ¹¹ etc., sino que es más integralista porque el jurista las necesita.

Dos características fundamentales en la teoría estándar en la argumentación jurídica: la primera es la distinción entre contexto de descubrimiento ¹² y el contexto de justificación o motivación de las decisiones judiciales ¹³

Primer momento de pensamiento de intuición, la buena intuición por la experiencia del profesional para llegar a una determinada decisión, en el que se involucra elementos variados que tiene que ver con características sociológicas, de idiosincrasia, psicológicas, ideológicas, etc.

9. Estudia los principios de la demostración y la inferencia válida. <https://es.wikipedia.org/wiki/L%C3%B3gica>

10. Lugares comunes como medio de expresión, fórmulas o clichés fijos y admitidos en esquemas formales o conceptuales, conjunto de tópicos que sirven para desarrollar argumentos. <https://es.wikipedia.org/wiki/T%C3%B3pica>

11. Estudia y sistematiza procedimientos y técnicas de utilización del lenguaje, puestos al servicio de una finalidad persuasiva o estética. <https://es.wikipedia.org/wiki/Ret%C3%B3rica>

12. No necesita una justificación o explicación, pero se debe incluir elementos no estrictamente racionales o no estrictamente científicos como los psicológicos, filosóficos, culturales, políticos, etc., que puedan influir en el éxito de una teoría ante la comunidad científica.

13. Dar razones de las distintas pruebas, datos o demostraciones que el científico aporta que fundamentan una decisión judicial - *teoría científica*. <http://www.e-torredababel.com/Psicologia/Vocabulario/Contexto-Ciencia.htm>

Luego, la toma de decisión y la obligación del paradigma constitucionalista de justificar las razones de la decisión en un contexto democrático, a esta decisión dentro del contexto de justificación, se da de dos maneras: interna y externa: La Justificación interna: Teoría del silogismo judicial, premisa: los hechos probados, los antecedentes normativos, construcción y el fallo; opera la lógica deductiva, para los casos fáciles.

En los casos difíciles hay que hacer algo más que la justificación interna, como es buscar las razones y argumentos, por qué se toma una decisión, cómo se considera probado el hecho.

Para el caso difícil hay que recurrir a otros recursos argumentativos. Ejemplo: no hay norma aplicable, otra causa, que haya norma contradictoria con otra, con cuál se queda, o bien si hay una norma, pero hay dudas cómo entenderlo, en sentido técnico, cómo interpretarla, porque se puede interpretar más de una forma. Los hechos o alguno de los hechos se han producido en el pasado y a veces se cuenta con indicios, o también que los hechos hayan sido claros pero la dificultad es en cuál calificarlo en la norma, todo depende de las circunstancias del contexto. Ejemplo: Los insumidos o remisos, que no querían ir a prestar el servicio militar, al principio fue un caso fácil, pero después se puso difícil al cambiar las situaciones, aunque la norma no, pero la percepción social cambia, se expone la libertad de conciencia, pero posteriormente deja de ser difícil porque se ajusta la norma.

Es importante la explicación del caso difícil, ya que afectan al derecho, a veces porque la norma es ambigua o materias sometidas a cambios tecnológicos o ideológicos (pluralismo).

Hoy en día se estudia es a MacCormick, él parte de la teoría del silogismo con la premisa mayor y la premisa menor, es decir, la norma y el hecho; dice que nos podemos encontrar frente a dos dificultades: una es la norma, dificultad en aplicarla para el caso en concreto, es un problema de relevancia, por el pluralismo jurídico o pluralidad de fuentes, o un problema de interpretación porque la norma se puede

interpretar de dos maneras, es ambigua, también un problema fáctico, conjetural y problema cualitativo o definicional.

El Dr. Manuel Atienza agrega otras situaciones que se puede dar casos difíciles en el aspecto procesal por competencia en la aplicación y de validez (*control de constitucionalidad*).

Reglas de acción ¹⁴ y reglas de fin ¹⁵ para lograr tal finalidad, es muy discrecional, hay control de ella, por el ámbito de ejercicio de poder que tiene el juez.

La ponderación se da cuando el juez no cuenta con una regla o no cuenta con una pauta específica, que pueda utilizar para resolver el caso, sino lo que tiene son principios, es un tema estrella en la teoría de la argumentación jurídica, es el ejercicio de la balanza, de equilibrio de que pesa más y surge o se construye una regla.

Los casos difíciles se resuelven por discrecionalidad, por el poder en que está investido el juez, existe la respuesta correcta aunque hay varios criterios, esa es la razón de motivar, el propósito de encontrar la respuesta correcta es lo que permite explicar un sistema judicial, que exista recursos, incidentes etc.

Hay criterios que son las razones, es decir, criterios lógicos que son básicos, criterios de universalización que el caso sirva para otros semejantes, criterios de: coherencia, consecuencia de referencia a la moralidad social, a la moralidad crítica y de razonabilidad de cierre de todos los criterios.

14. Si se da determinado hecho se da determinada consecuencia jurídica – silogismo. ATIENZA, Manuel Escribiendo derecho. Las normas de mandato: principios y reglas. Recuperado de: <http://escribiendoderecho.blogspot.com.co/2009/06/las-normas-de-mandato-principios-y.html>

15. Mayor bienestar para el menor, por ejemplo, un niño, en caso de separación, la potestad ¿para quién queda?. ATIENZA, Manuel. Escribiendo derecho. Las normas de mandato: principios y reglas. Recuperado de: <http://escribiendoderecho.blogspot.com.co/2009/06/las-normas-de-mandato-principios-y.html>

1. LA PONDERACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Esbozados brevemente estos elementos dentro de la teoría de la argumentación, se hace necesario resaltar algunos aspectos de la ponderación, para conceptualarla, así:

- ✓ Método peculiar de razonamiento jurídico.
- ✓ Razonamiento de proporcionalidad con dos premisas.
- ✓ Procedimiento argumentativo.
- ✓ Es una ayuda para resolver un problema de interpretación.
- ✓ Es un recurso heurístico ¹⁶
- ✓ La ponderación en sentido estricto, se pasa del nivel de los principios o de derechos al de las reglas, esto es, se crea una nueva regla, para luego subsumirla al caso a resolver.

¿Cómo surge este método?, por los años 70 Dworkin, estableció una crítica en contra de la teoría del positivismo jurídico (Hart).

Hay dos pasos en la ponderación:

- a) La Ponderación en sentido estricto: Se pasa del nivel de los principios: se constata simplemente que, en relación con un determinado caso, existen dos principios (o conjuntos de principios) aplicables, cada uno de los cuales llevaría a resolver el caso, entre sí incompatibles al de las reglas, es decir, se crea una nueva regla.
- b) Se parte de la regla creada y se subsume en ella el caso a resolver. “justificación interna”. En la segunda premisa se establece que, dadas las circunstancias que concurren en el caso, uno de los dos principios (por ejemplo, el de libertad de expresión) derrota al otro en cuanto tiene un mayor peso.

16. Conjunto de técnicas o métodos para resolver un problema. La palabra heurística es de origen griego “εὕρισκιν” que significa, hallar, inventar. Wikipedia. Heurística. Recuperado de :<https://es.wikipedia.org/wiki/Heur%C3%ADstica>

La conclusión vendría a ser una regla general que enlaza las anteriores circunstancias, con la consecuencia jurídica del principio prevaleciente, la dificultad de ese razonamiento radica en la segunda premisa, por la denominada “fórmula del peso” ideada por Robert Alexy (2002) que vendría a ser, por lo tanto, la “*justificación externa*”

2.1. EL ROL DE LOS DERECHOS Y EL ROL DE LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS

El positivismo no había tomado en cuenta el rol de los principios jurídicos, pero las normas pueden ser de dos formas: reglas y principios.

Las reglas son normas, mandatos definitivos, la subsunción es algo definitivo en aplicar lo que la regla dice.

Los principios tienen una dimensión de peso o importancia, que cuando hacen que estos principios entren en conflicto no podemos descartar uno de ellos, como se hacía con las reglas, por tanto, Alexy sugería que había un método, el método de la ponderación para determinar cuál de estos principios o derechos tenía mayor importancia.

El resultado de la valoración, es una fórmula de escala tríadica, numérica, convencional, para determinar cuándo una medida es más gravosa que otra; operar con criterios a los cuales se les denomina leves, moderados y graves, a su vez, esclarecer cuándo la protección de unos derechos reviste poca o bastante importancia frente a la protección de ciertos valores.

Lograda la valoración con la escala tríadica, se asigna valores se divide y surge la fórmula matemática, que debe arrojar un resultado señalando que derecho hay que proteger.

Para Dworkin el tema de la ponderación no es un método específico, pero sí como un método interpretativo; la ponderación se centra en dar razones en favor y dar razones en contra de un principio.

Cuando se pondera derechos se pondera valores y se pondera intereses, se estaría trasladando de una argumentación netamente jurídica a una argumentación ético política, discursos que hay que conocer para realizar buenas argumentaciones.

2.2. DIMENSIONES PARA PROTEGER LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Respecto de la protección de los derechos fundamentales, Robert Alexy, manifiesta que hay tres dimensiones para protegerlos:

- 1) La Política: La sociedad civil critica la violencia a través de la prensa, la red, demostraciones públicas, desobediencia civil, etc.
- 2) Institucional: Protección jurídica de los derechos humanos. Los derechos morales se positivizan en los pactos o tratados internacionales como el control parlamentario.
- 3) Metodológica: Vinculada estrechamente con la política, se pregunta si los derechos humanos han sido violados o no. Es una lucha esencial que se ejecuta en los argumentos. Los derechos humanos son derechos abstractos, que el proceso metodológico aplica a casos concretos.
 - a) Un enfoque de proporcionalidad se encuentra la ponderación, arraigado en la tradición alemana.
 - b) El de clasificación o subsunción, la aplicación de los derechos humanos sin ponderación o de la no ponderación o formalismo, intensidad original.

La ponderación es el análisis de proporcionalidad; se basa en los principios, métodos más racionales para identificar los derechos fundamentales y de satisfacción de ellos, por eso es el método más efectivo de la protección de los derechos humanos.

Los principios son mandatos de optimización, piden que algo se cumpla en la mayor medida posible de acuerdo a las posibilidades jurídicas, se determina por principios ocultos.

El principio de la proporcionalidad se encuentra constituido en tres subprincipios:

- 1) Idoneidad
- 2) Necesidad
- 3) Proporcionalidad en sentido estricto

En algunos casos se complementa con una finalidad adecuada. Los tres componentes expresan la idea de la optimización de los principios. Exige en relación con lo que es fáctica y jurídicamente posible, idóneo y necesario, la optimización de las posibilidades jurídicas de los derechos fundamentales, ese es el sentido estricto, la ayuda de una regla de la ponderación, es: tanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de la restricción de uno de los principios, tanto mayor, deberá ser el grado de importancia de satisfacción o cumplimiento del otro y se concreta a través de tres variables en la fórmula del peso.

Las tres variables son:

- 1) El grado de afectación de los principios en el caso concreto.
- 2) El peso abstracto de los principios relevantes: sea leve, medio o intenso, se atribuye a las variables un determinado valor numérico.
- 3) La seguridad de las apreciaciones empíricas o fácticas: según como se puedan calificar: en seguras, plausibles y falsas.

La estructura de la ponderación consta de tres elementos: la ley de la ponderación, la fórmula del peso y las cargas de la argumentación.

Respecto a la doble articulación de los principios (en directrices y principios en sentido estricto), Atienza, observa que la jerarquía que se establece en favor de los principios, en sentido estricto (su prevalencia frente a las directrices) es lo que

configura el elemento más importante del orden débil entre principios, que señala Alexy y que la dualidad interna de los principios no es sólo de tipo económico o instrumental, sino también político-moral. La prevalencia a favor de los principios en sentido estricto no puede verse como de carácter absoluto, pues las razones provenientes de una directriz, pueden, en algún caso, tener una fuerza superior a las que aparece de un principio.

Situaciones en que puede encontrarse el operador judicial:

1. Cuando no hay una regla que regule el caso.
2. Hay una regla, pero es inadecuada.
3. O es dudoso, si existe o no una regla que regule el caso.

En conclusión, la laguna se debe resolver. No obstante, Atienza, ilustra que Aristóteles percibió en la ética a Nicómaco, un principio interpretativo: hay circunstancias en las que las razones de justicia vinculadas a la singularidad de un caso pesan más que las de seguir estrictamente a la ley. Atienza alude, que ello sería en consecuencia un criterio para ponderar en un cierto sentido.

La ponderación supone que el razonamiento justificativo de un juez no arranca de reglas, sino de principios, y se debe preguntar si es justificado acudir a la ponderación, en razón a que la ponderación no es un procedimiento arbitrario, pero supone una dosis de discrecionalidad, de libertad, mayores que la subsunción, pero teniendo en cuenta la limitación de la ley y de los precedentes judiciales (ponderaciones de los superiores).

2.3.EJERCICIO DE PONDERACION – TEST

La Universidad de Medellín abordó en una revista ¹⁷ dos temas conexos como son el matrimonio entre personas del mismo sexo y la posibilidad de la adopción a través de dos argumentos principales:

17. ESTRADA VELEZ, Sergio. "Opinión Jurídica", Universidad de Medellín. 2011- Vol.10, No.19, pp. 21-40.

El reconocimiento del derecho a ser diferentes y el derecho fundamental del menor a tener una familia. Se dejó de lado el principio de igualdad como principal argumento de defensa y cuestionar la cosa juzgada de la sentencia C-814 de 2001¹⁸ en la que se determinó, en defensa del interés prevalente del menor, la exclusión de la adopción entre parejas del mismo sexo ¹⁹ por ir en contra de la moral social ²⁰ y del tipo de familia establecido por el constituyente, declarando en consecuencia exequibles las expresiones “*moral*” y “*pareja formada por el hombre y la mujer*” establecidas en los artículos 89 y 90 del decreto 2737 de 1989 o Código del Menor (derogado por la ley 1098 de 2006).

El test integrado de proporcionalidad, tiene dos fines:

- a) Uno teórico, dirigido a analizar la ponderación y
- b) otro práctico, de la realidad social.

Se analizó el argumento de la igualdad como principal razón para el reconocimiento del derecho de las parejas del mismo sexo a contraer matrimonio y a adoptar.

Se manifestó igualmente, el derecho fundamental a ser diferente y, en desarrollo del mismo, a que se reconozca un medio de constitución de la familia que no sea el contrato matrimonial.

Así mismo, a la defensa del interés prevalente del menor adoptado, aun por parejas del mismo sexo en ejercicio de su derecho fundamental a tener una familia, al amor y cuidado, haciendo un cambio en los criterios de determinación de los fines objeto de protección en el desarrollo del test de proporcionalidad.

Al respecto manifestó la revista en mención, que cobra gran importancia lo preceptuado por el artículo 95 de la Constitución Política, que señala como deberes

18. Sentencia de la Corte Constitucional C- 814 de 2001. M.P. MONROY CABRA, Marco Gerardo.

19. La decisión de la Corte excluye, en cualquier situación, la posibilidad de que una pareja homosexual adopte una niña o un niño. Sentencia C- 814 de 2001.

20. Concepto de moral social como “la que prevalece en cada pueblo en su propia circunstancia”, añadiendo que “entendida así, la moral no es individual: lo individual es la valoración que cada uno hace de sus actos en relación con la moral social.” Sentencia C - 814 de 2001

de las personas y de los ciudadanos respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios, así como difundir los derechos humanos como fundamento de la convivencia pacífica.

Al efecto resaltó el artículo de “*Opinión Jurídica*”, que uno de los aspectos más frecuentemente olvidados en las discusiones sobre temas de gran impacto social, es el desconocimiento de un mínimo marco político y que una característica esencial del Estado de derecho es la posibilidad de limitar toda expresión de poder a partir de una norma, sólo siendo dable el control impuesto por el derecho.

La referencia a que en un Estado de derecho, la legitimidad de las instituciones radica en la capacidad de la persuasión y concertación de políticas, teniendo presente que el fortalecimiento de la democracia es el equivalente al respeto por la diferencia y por el derecho de las minorías.

2. PROS Y CONTRAS DEL USO DE LA PONDERACIÓN

La ponderación representa un aumento ilimitado de la discrecionalidad a niveles que pueden rayar con la arbitrariedad, aunque también se puede afirmar que la ponderación, con apoyo de la argumentación, presta importante ayuda a la disminución o limitación de la discrecionalidad judicial.

Se cuenta igualmente con una posición neutra que señala que la ponderación no es el medio para determinar una única respuesta correcta sino una vía, entre otras para delimitar lo que debe ser el objeto de decisión. No busca fijar la decisión del juez, sino delimitar el tema sobre el que debe decidir el juez.

La racionalidad mayor o menor en la ponderación depende del criterio de saturación, según el cual se deben formular los fines y los medios que van a ser evaluados a partir de criterios de adecuación y necesidad; el de coherencia teórica, normativa y argumentativa se erigen en fundamento de la fuerza vinculante del precedente.

El test de igualdad es una ponderación establecida para evaluar la razonabilidad de un trato diferenciado entre dos sujetos que están en una situación similar y que parece imponer un trato igualitario.

El Maestro Atienza alude respecto al valor del peso, que no es más que un uso metafórico del lenguaje matemático, que no aporta nada en términos de rigor, pero que puede contribuir a la confusión, en ocasiones ha llegado a pensarse por algunos, que la clave de la argumentación en esos casos radica en la fórmula en sí, en la atribución de los valores respectivos, siendo un tipo de inferencia deductiva (silogismo judicial) de la subsunción, no obstante no es la justificación interna de la ponderación, sino la justificación externa de una de sus premisas de la racionalidad.

Atienza, refiere que Juan Antonio García Amado ha reprochado el método de la ponderación, en el sentido que observa que no tiene autonomía, en razón a que su resultado depende de la interpretación de las normas constitucionales y/o legales relacionadas al caso; adicionalmente resalta en su crítica que cuando los Tribunales Constitucionales dicen que ponderan, siguen aplicando el tradicional método interpretativo /subsuntivo, pero cambiando en parte la terminología y con menor rigor argumentativo. Al respecto Manuel Atienza aduce que no se puede ponderar sin interpretar, en tanto la ponderación no excluye la subsunción.

La argumentación en la ponderación consta de dos fases, la primera concluye con la formulación de una regla (general y *abstracta*) y la segunda fase es la subsunción.

Se critica a la ponderación, por considerarla *ad – hoc*, es decir para el caso en concreto, a lo que Manuela Atienza contesta que la ponderación genera una regla general y abstracta y por eso no es *ad-hoc*.

García manifiesta que la ponderación carece de racionalidad, es sólo una valoración, sin criterios objetivos, lo que la circunscribe en una posición ideológica, pero Atienza por el contrario ve en la ponderación un ejercicio que permite ver al derecho como una empresa racional, en la que no sólo hay respuestas finales, sino respuestas correctas.

Por otro lado, se plantea que la ponderación en general se le ha visto como el test de igualdad que exige previamente la determinación del fin a proteger, siendo el fin el que delimite los medios.

Los fines a proteger como la evaluación del conflicto entre principios le corresponde a quien realiza la ponderación. Ocultar o elegir el fin al margen de otros fines que pueden tener mejor mérito para su amparo constitucional o hacer real un aparente conflicto entre principios, son circunstancias que afectan el juicio de proporcionalidad.

Retomando el tema del matrimonio, se pueden determinar dos resultados diferentes en el ejercicio de la ponderación.

Primer argumento: en relación con el matrimonio entre parejas del mismo sexo, si el fin del ordenamiento es la protección del matrimonio entre un hombre y una mujer en la medida que poseen la aptitud para procrear, es posible afirmar que la medida adecuada es la proscripción del matrimonio entre parejas del mismo sexo.

Segundo argumento: si el fin es la protección de la familia, la medida adecuada no recae únicamente en el matrimonio entre un hombre y una mujer, sino en otras formas de conformación de la familia que se unen con el ánimo responsable de constituir una familia, que podría ser entre personas del mismo sexo.

Ahora, frente al objeto de protección de la adopción por parte de los homosexuales, si el fin del ordenamiento es la protección de la integridad moral del menor, según la sentencia C – 814 de 2001, se concluye que no se permite.

Pero si el fin, es promover el ejercicio eficaz del derecho a una familia, al amor y a la protección, el resultado puede ser distinto.

En conclusión, la ponderación exige, una argumentación dirigida a determinar la razonable elección del fin constitucional que se debe proteger.

Para algunos será la protección del matrimonio heterosexual, para otros, el derecho de los homosexuales al reconocimiento de esa unión como familia. Lo que conlleva

a afirmar que no hay criterios objetivos para determinar el mayor o menor peso de un fin sobre otro.

En consecuencia, se tiene que recurrir al apoyo de una interpretación sistemática del derecho positivo de los derechos humanos de la Constitución y de la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Se observa que los fines que merecen especial protección constitucional son: el derecho a constituir una familia como núcleo esencial de la sociedad, independientemente del sexo de sus integrantes, el derecho fundamental a tenerla.

El juicio integrado de proporcionalidad está conformado por el test de igualdad, como los diferentes niveles de intensidad del control, ello refuerza la exigencia de razonabilidad en el ejercicio de la discrecionalidad propia de un control de constitucionalidad basado en principios.

Ahora bien, y frente al test de igualdad frente al matrimonio entre parejas del mismo sexo, la vía de protección de los derechos de las parejas del mismo sexo, no es el principio de igualdad sino el derecho a la diferencia; advertir que la adopción se constituye en un medio de protección del derecho fundamental del niño a tener una familia y no una garantía de las parejas del mismo sexo.

En conclusión, existen dos fines opuestos, que tienen en común promover la igualdad de las parejas homosexuales, en relación con las parejas heterosexuales:

- 1) Promover el matrimonio en parejas del mismo sexo que tengan el ánimo de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente.
- 2) Promover el derecho de las parejas del mismo sexo a constituir una familia.

En estos fines se deben formular todos los medios que serán sometidos a evaluación, a partir de criterios de adecuación y necesidad.

Frente al primer fin, los medios deben buscar la protección del matrimonio entre parejas del mismo sexo, así: un acto legislativo que reforme el artículo 42 de la Constitución Política o una sentencia aditiva que modifique el enunciado jurídico del

artículo 113 del Código Civil, ²¹ extendiendo el derecho de las parejas de homosexuales a contraer matrimonio.

En este caso, la igualdad no sería real en la medida que la unión con fines de procreación escapa a la voluntad del legislador, de la Corte Constitucional y a la misma pareja de homosexuales.

Los medios no serían adecuados por cuanto no facilitan la realización de un fin matrimonial como la procreación.

El test de igualdad termina, salvo que se asuma alguna de estas dos posibilidades: que la procreación no es un fin esencial del matrimonio o que la procreación se puede sustituir por la adopción, pero aquí la Corte Constitucional declaró inconstitucional la adopción entre parejas del mismo sexo por ir en contra de la moral social y del tipo de familia defendido por el constituyente.

En cuanto al principio de adecuación, se puede señalar que todos los medios son adecuados para la promoción de los derechos de las parejas de homosexuales a constituir una familia. En relación al subprincipio de necesidad, no es preciso modificar el matrimonio para reconocer esos derechos, ni permitir la adopción como medio para constituir familia, ya que con o sin adopción, la pareja del mismo sexo sería familia, o intervenir en la potestad de configuración legislativa.

Así mismo, no infringe ningún objetivo o principio constitucional, todo lo contrario, se ajusta a los mandatos constitucionales, en ello no hay un gran esfuerzo jurídico y político en la promoción del mencionado fin, porque es proporcional a lo establecido en la norma de normas, específicamente en lo referente a los derechos humanos, en la protección a la formación de la familia y a la protección de la misma, como núcleo básico de la sociedad.

Al hacer referencia al matrimonio para conformar una familia, no excluye otras formas de configurarla, como las uniones de hecho de las que también se deriva

21. Definición. El Matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente. Código Civil.

obligaciones y derechos, en la que existe un proyecto de vida común, la vocación de permanencia, deberes de fidelidad, solidaridad y asistencia mutua.

Adicionalmente, se puntualiza que la importancia de recurrir a fundamentos políticos que imponen el reconocimiento y respeto por la diferencia y el deber de respetar los derechos humanos, como cimiento de la unión entre parejas del mismo sexo con el ánimo de constituir familia y el derecho de ellas a ser diferentes, en lugar de acudir a la igualdad para acceder a una institución matrimonial que no otorga mejores derechos que los derivados de otros medios de conformación de la familia.

Se alude a la ausencia de cumplimiento de uno de los presupuestos de la racionalidad, cual es el de coherencia que impone el uso de las proposiciones que describen los cambios teóricos y metodológicos ocurridos con la incorporación del Estado social de derecho. Agrega que no existe cosa juzgada en dicha sentencia, C- 814 de 2001, en la medida que los argumentos expresados se formularon bajo aspectos gramaticales y originalistas.

Finalmente, se argumenta en la revista "*Opinión jurídica*", que la discusión se debe centrar en el interés superior del niño, es decir, el acceso a una familia que le brinde amor y protección frente a la integridad moral referida en la sentencia C- 814 de 2001.

La Corte Constitucional, con la sentencia C-577 de 2011, ²² dio un viraje a la anterior posición, relacionado con el derecho a contraer matrimonio por parejas del mismo sexo. Posteriormente, debió volver a pronunciarse la Corte Constitucional, esta vez

22. RESUELVE: CUARTO. - EXHORTAR al Congreso de la República para que antes del 20 de junio de 2013 legisle, de manera sistemática y organizada, sobre los derechos de las parejas del mismo sexo con la finalidad de eliminar el déficit de protección que, según los términos de esta sentencia, afecta a las mencionadas parejas.

QUINTO. Si el 20 de junio de 2013 el Congreso de la República no ha expedido la legislación correspondiente, las parejas del mismo sexo podrán acudir ante notario o juez competente a formalizar y solemnizar su vínculo contractual. Sentencia C-577 de 2011. M.P. MENDOZA MARTELO, Gabriel Eduardo

mediante la sentencia SU 214 de 2016,²³ en la que manifestó el reconocimiento que la Constitución Política ofrece, en la medida que no excluye la posibilidad de contraer matrimonio por personas del mismo sexo, análisis que se inspira en los principios de la dignidad humana, la libertad individual y la igualdad, no obstante que el Artículo 42 de la Constitución establece de manera expresa que el matrimonio surge del vínculo entre un hombre y una mujer, infiriéndose que no existe una prohibición para que las personas del mismo sexo puedan celebrar entre sí un matrimonio.

Al respecto la Corte señaló, que en razón a la interpretación constitucional, o de hermenéutica sistemática, al expresar una categoría no excluye la existencia de otras, “*inclusio unius est exclusio alterius*”, la Constitución no es redactada en términos prohibitivos, está redactada en términos de derechos, de valores y de principios.

En la argumentación se tuvo en cuenta la protección de las minorías, presupuesto de la democracia y fundamento de la función garantista de la Corte Constitucional; la democracia constitucional se funda en la protección de todos los ciudadanos mediante la garantía efectiva de sus derechos fundamentales, incluso contra la voluntad de las mayorías. Los poderes públicos encuentran en ellos la fuente de su legitimidad y a su vez, el límite material a sus actuaciones. Un sistema democrático significa un gobierno sujeto a condiciones de igualdad de status para todos los ciudadanos.

Al contrario del análisis que se realizó inicialmente, en vigencia de la sentencia C-814 de 2001, base para el presente ejercicio de ponderación, en el test de ponderación, en la que se afirmó la no relevancia de la celebración del matrimonio

23. RESUELVE: NOVENO. DECLARAR que los matrimonios civiles celebrados entre parejas del mismo sexo, con posterioridad al veinte (20) de junio de 2013, gozan de plena validez jurídica.

DÉCIMO. DECLARAR que los Jueces de la República, que hasta la fecha de esta providencia han celebrado matrimonios civiles entre parejas del mismo sexo en Colombia, actuaron en los precisos términos de la Carta Política y en aplicación del principio constitucional de la autonomía judicial, de conformidad con la parte motiva de esta sentencia. Sentencia SU – 214 de 2016. M.P. ROJAS RÍOS, Alberto

para constituir la familia, se observa el avance en las argumentaciones para cobrar mayor peso lo plasmado por la Corte con la Sentencia SU 214 de 2016, en la que brindó una interpretación sistemática basada en el “derecho viviente”, y en procura de los derechos de las minorías, afirmando derechos a la libertad, a la dignidad humana y a la igualdad.

Con la Sentencia C-577 de 2011, se quiso exhortar al Congreso de la República, para que regulara la protección de las parejas homosexuales, transcurriendo cinco años, sin que se diera tal situación de claridad jurídica eficaz e idónea para contraer matrimonio en iguales condiciones a la de las parejas heterosexuales, lo que conllevó a la acción de tutela contra particulares que ejercen funciones públicas encargadas de celebrar matrimonios civiles - Notarios. De igual manera, frente los Registradores del Estado Civil en relación con la inscripción del matrimonio civil.

En la sentencia de unificación, se indicó que el matrimonio tiene como fines un programa de vida compartida; la sexualidad y la procreación, no son elementos esenciales del matrimonio.

Mediante la sentencia C- 075 de 2007, ²⁴ se consagró el régimen de protección patrimonial de las uniones maritales de hecho, aplicable a las parejas del mismo sexo, la doctrina constitucional entiende y acoge que ambos tipos de parejas tienen un mismo valor y una misma dignidad que exigen una igual protección.

Se determinó que el tratamiento diferenciado de las parejas del mismo sexo con respecto a las heterosexuales debe someterse a un test estricto de proporcionalidad, y este análisis tiene como punto de partida el presunto trato diferenciado, coincidiendo con los argumentos críticos que se hizo frente a la

²⁴ Sentencia de la Corte Constitucional M.P. ESCOBAR GIL, Rodrigo

Sentencia C – 814 de 2001, en el sentido enfatizar que la relevancia estriba en la protección del derecho a la diferencia y no al derecho de la igualdad.

3. LA PONDERACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL DERECHO PENAL COLOMBIANO

La revista colombiana de filosofía No. 17, “ *Sin fundamento*”, planteó la necesidad de preguntarse, ¿es dable la ponderación en el derecho penal?

Al respecto hizo referencia a la teoría de Alexy, quien maneja tres puntos esenciales: la pretensión de corrección derivada de la decisión jurídica.

- 1) La tesis del caso especial, donde expone que el discurso jurídico es un elemento específico del discurso práctico general.
- 2) Estas dos órdenes conducen a establecer unos fuertes vínculos entre el derecho y la ley, al precedente, a la jurisprudencia y la dimensión crítica que le confiere el segundo, lo que da como resultado una relación existente entre derecho y la moral, constituye un pilar básico en la teoría que lo induce a tomar distancia del positivismo jurídico.

Manifiesta Parga Poveda, que según Alexy, la libertad y la igualdad son dos principios del mismo nivel que pueden colisionar entre sí, surgiendo el principio de corrección como la idea fundamental que subordina estos dos elementos, con lo que pretende salvar la colisión de derechos; se privilegia el criterio de ponderación y la existencia de un modelo argumentativo de relaciones entre la Constitución y la Legislación, ella parte del reconocimiento de los derechos fundamentales como axiomas contenidos en el derecho positivo, siendo esta la estructura principal de esos derechos.

Concluye Parga Poveda, que la ponderación no es factible aplicarla en el derecho penal, en razón a que solo se ponderarían reglas, no teniendo el mismo escenario de conflictividad como los principios.

Sin embargo, es dable la ponderación en razón a que surge igualmente tensiones entre derechos en el escenario de esta materia, correspondiendo al juez un ejercicio de razonabilidad, para dar una respuesta, veamos:

Puede ocurrir la posible colisión del derecho a la libertad del procesado frente al derecho a la justicia para la víctima, aquí se debe sopesar, la necesidad de anteponer uno respecto del otro, o cuando por ejemplo una persona que debe cumplir la ejecución material de la pena en un establecimiento carcelario, pero al mismo tiempo se advierte que en aras del derecho del hijo menor de edad o incapacitado sería recomendable no quebrantar la unidad familiar y que pese al interés superior del niño deberá resolverse mediante el llamado juicio de ponderación.

En sentencia C-154 de 2007, la Corte adujo respecto al caso mencionado que el juez de control de garantías debe evaluar la situación del menor cuyo progenitor deben soportar una medida de aseguramiento, con el fin de determinar si resulta factible conceder el beneficio de la detención domiciliaria.

Al respecto Manuel Atienza en el capítulo denominado “ *A vueltas con la ponderación*”, alude a que el derecho no consiste únicamente en reglas, sino también en principios y que cuando se producen conflictos entre derechos o entre principios; “*lo cual tiene lugar en todos los campos del derecho*”, los mismos deben resolverse aplicando un test de proporcionalidad, principio que consta a su vez de los tres subprincipios mencionados.

25. Detención domiciliaria de madre cabeza de familia-Norma que establece que procede solo para quienes son madres de hijos menores de doce años reduce desproporcionadamente el esquema de protección prevalente del menor de dieciocho años/DETENCION DOMICILIARIA DE MADRE CABEZA DE FAMILIA-Concesión a madre de hijo entre los doce a dieciocho años. Sentencia de la Corte Constitucional C- 154 de 2007. M.P. MONROY CABRA, Marco Gerardo

CONCLUSIONES

Con la incorporación en la Constitución Política de Colombia de 1991 del Estado Constitucional y Social de derecho, implicó una transformación en el razonamiento jurídico en la medida que ingresan normas denominadas principios; el paso de la racionalidad propia de las reglas, a la razonabilidad con los principios, mirada más humanista, más acorde con la realidad, lo que hace que sea un derecho más ético y democrático, un derecho viviente.

Esa manera de realizar un análisis acorde con los principios hace que la ponderación cobre vigencia para solucionar conflictos en todas las ramas, en especial a los denominados casos difíciles.

A pesar que aún se mantiene vigente el análisis de la teoría de las fuentes jerarquizada, donde se ubica en el primer nivel la ley, la costumbre, la jurisprudencia, la doctrina y los principios generales del derecho como criterios auxiliares de la actividad judicial, la lectura analítica debe hacerse bajo una interpretación sistemática.²⁶

La ponderación es en definitiva un medio de concreción de la razonabilidad de una interpretación, de confrontación entre medios y fines para establecer el mayor peso de un principio frente a otro principio, es decir, que sean aptos y coherentes.

26. Artículo 230 de la Constitución Política de Colombia. "Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁNGEL, Jaime; Duarte Rubén y GONZÁLEZ Pablo. Problemas de la filosofía del Derecho, la política y la argumentación jurídica. Oficina de Relaciones Interinstitucionales (ORI). Facultad de Filosofía y Facultad de Derecho. Universidad Libre.2009.

ATIENZA, Manuel. Curso de Argumentación Jurídica. Edt. TROTTA. 2013

ATIENZA, Manuel. Interpretación Constitucional. Universidad Libre. 2017

CRUZ PARCERO, Juan Antonio. La Ponderación entre Derechos Fundamentales, comentario. Recuperado de: <https://www.youtube.com/watch?v=afN-LWYbHgE>

CASTILLO, Luisa Fernanda y CRUZ, Olga Lucia. “La ponderación de los derechos fundamentales” Tesis de especialización en proceso penal constitucional.

ESTRADA VELEZ, Sergio. Ejercicio de Ponderación “Opinión Jurídica”, Universidad de Medellín, Vol.10, No.19, 2011

PARGA POVEDA Mauricio Alejandro. Principio de Ponderación de Derechos Fundamentales en el Derecho Penal Colombiano. Revista Colombiana de Filosofía No.17. Sin Fundamento. Universidad Libre. 2012.

ROUSSEAU, Juan Jacobo. El contrato social o principios de derecho político. Página 97.

Constitución Política de Colombia 1991.

Sentencia de la Corte Constitucional C- 814 de 2001. . M.P. MONROY CABRA, Marco Gerardo.

Sentencia de la Corte Constitucional C-154 de 2007. M.P. MONROY CABRA, Marco Gerardo

Sentencia de la Corte Constitucional C- 075 de 2007. M.P. ESCOBAR GIL, Rodrigo

Sentencia de la Corte Constitucional C-577 de 2011. M.P. MENDOZA MARTELO, Gabriel Eduardo

Sentencia de la Corte Constitucional SU 214 de 2016. M.P. ROJAS RÍOS, Alberto

Wikipedia. Heurística. Recuperado de <https://es.wikipedia.org/wiki/L%C3%B3gica>

Escribiendo derecho. Las normas de mandato: principios y reglas. Recuperado de: <http://escribiendoderecho.blogspot.com.co/2009/06/las-normas-de-mandato-principios-y.html>

Escribiendo derecho. Las normas de mandato: principios y reglas. Recuperado de: <http://escribiendoderecho.blogspot.com.co/2009/06/las-normas-de-mandato-principios-y.html>

Wikipedia. Retórica. Recuperado de: <https://es.wikipedia.org/wiki/T%C3%B3pica>

Wikipedia. Retórica. Repuperado de : <https://es.wikipedia.org/wiki/Ret%C3%B3rica>

Diccionario de psicología científica y filosófica. Recuperado de: <http://www.e-torredebabel.com/Psicologia/Vocabulario/Contexto-Ciencia.htm>