

LA “CONSTITUCIONALIZACIÓN” DEL DERECHO PRIVADO

FABRICIO MANTILLA ESPINOSA*

Resumen:

La aplicación cada vez más recurrente de normas constitucionales en el Derecho Privado, y más precisamente, en las relaciones particulares, que un sector de la doctrina ha denominado *constitucionalización del derecho privado*, no constituye sin embargo una expresión del todo exacta –en palabras del autor– al no expresar con exactitud la manera cómo resultan aplicables dichas normas a la relaciones privadas. Consciente de ello, el autor efectúa precisiones sobre lo que entiende por “constitucionalizar” y, acto seguido, aborda lo concerniente a la aplicación de los principios constitucionales, con la finalidad de poner de relieve la oscuridad del lenguaje del derecho constitucional contemporáneo, oculto mediante complejas teorías cuya finalidad no es más que crear una apariencia de objetividad, justicia y rigor científico que confiera a las decisiones del juez constitucional el status de “cuasi incontrovertibles”.

Palabras clave: Constitucionalización - Privatización - Derecho Público - Principios Constitucionales.

Abstract:

The more and more recurrent application of constitutional norms in the deprived Right, and more indeed, in the particular relations that a part of the doctrine has called “to constitutionalize” of the deprived right, nevertheless does not constitute an absolutely accurate expression when not expressing with exactitude the way how these norms are applicable to private relations.

Aware of that, the author makes some precisions on which he understands by “constitutionalize”, afterwards, he approaches to the concept of the application of the constitutional principles with the purpose of highlighting the darkness of the language of the contemporary constitutional right hidden by complex theories whose purpose is not more than to create an appearance of objectivity, justice and scientific rigor that confers to the decisions of the constitutional judges the “cuasi incontrovertible” status.

Key words: To constitutionalize - Deprive - Public Law - Constitutional commencement.

* Abogado de la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia); profesor de Contratos civiles y mercantiles y Coordinador de la Línea de investigación sobre arbitraje de la misma universidad; admitido en el Colegio de Abogados de París (C.A.P.A.).

Sumario:

1. ¿Qué es "constitucionalizar" el derecho privado?
2. ¿Qué es un principio constitucional?

La clasificación del derecho en *público* y *privado* es considerada una de las más importantes divisiones del ordenamiento jurídico –*summa divisio*¹. Ahora bien, ésta no era totalmente desconocida en el Derecho Romano, ni en el Derecho Europeo Medieval y Moderno², su verdadera consolidación y auge sólo se presentaron a partir de la revolución francesa de 1789³.

Tradicionalmente, se suele emplear la expresión "derecho privado" para hacer referencia a las normas aplicables a las relaciones entre particulares; mientras que "derecho público" sirve para designar las reglas que organizan el *poder público* y que rigen sus relaciones frente a los particulares⁴.

Sin embargo, estas definiciones se encuentran bastante lejos de dar una explicación para la diversidad y particularidad de las normas de un sistema jurídico⁵. En efecto, no sólo encontramos normativas que no parecen adecuarse satisfactoriamente a los criterios de la división "público-privado", como es el caso de los derechos penal, procesal y laboral⁶, sino que, además, y sobre todo, dos importantes fenómenos han incidido notablemente en el significado de estas expresiones⁷:

Por un lado, el Estado y buena parte de las entidades estatales han comenzado a desarrollar actividades propias de los particulares, actividades que no siempre se encuentran relacionadas de forma directa con la prestación de un *servicio público*, ni con el *interés general*⁸. Así, pues, "La frontera entre derecho público y derecho privado ya no tiene una delimitación rigurosa ni una impermeabilidad total. El derecho privado penetra en los servicios públicos a través de los servicios públicos industriales y comerciales, y, sobre todo, por intermedio de las empresas nacionales y las sociedades de economía mixta. Al entrar en el mundo de los negocios, el Estado toma el atuendo de comerciante y adopta sus técnicas jurídicas"⁹.

Por otro lado, el Estado ha asumido un papel más activo respecto de la intervención en las relaciones económicas entre los particulares, lo cual, en la actualidad, se suele designar mediante la locución "orden público económico", que implica obligaciones específicas en cabeza de los ciudadanos –y prerrogativas para el Estado–, ya sea en aras de orientar la

actividad contractual en un sentido considerado favorable para la economía -orden público de dirección-, o bien con fines de protección de la parte débil de la relación contractual -orden público de protección¹⁰.

Así las cosas, junto a la famosa "privatización del derecho público"¹¹, se habla, hoy en día, de la "publicización del derecho privado", la cual se halla íntimamente ligada a la modificación de significado que ha tenido el vocablo "Estado"¹². En efecto, la semántica de la palabra "Estado" ha sufrido, por lo menos, dos grandes cambios en los últimos tiempos: del *Estado soberano*, que se confundía con la figura misma del rey, se pasó al *Estado legalista* que reemplazó el imperio de la monarquía por el imperio de la ley y, finalmente, al *Estado de bienestar - Welfare State-*, el cual interviene directa y activamente en las relaciones entre los particulares con el fin de alcanzar los objetivos de una nueva concepción de *justicia distributiva*¹³.

"El surgimiento del Estado de Bienestar es, así, inseparable del advenimiento del individualismo radical. Lo que desaparece es, entonces, 'la interfase' entre el individuo y el Estado, es decir, la sociedad misma, y el tejido de las relaciones concretas entre los hombres"¹⁴. En otras palabras, la expresión "Estado de bienestar" parece hacer referencia, entre otras cosas, a la consagración de mecanismos que garantizan directamente sus derechos al *individuo*, sin necesidad de hacer alusión a la noción de *sociedad*.

Dentro de esta perspectiva, el significado de la palabra "Constitución" ha presentado, también, importantes cambios¹⁵. De acuerdo con la concepción del *Estado legalista*, "Constitución" designaba el conjunto de normas que regulaban la organización del Estado y las relaciones entre el Estado y los ciudadanos; su función era limitar el poder político (artículo 16º de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 1789), mientras que la relaciones entre los particulares estaban regidas, exclusivamente, por la legislación ordinaria¹⁶. Por el contrario, dentro del marco del *Estado de Bienestar*, "La idea es que la Constitución deba ser inmediatamente aplicada también en las relaciones entre particulares, al menos siempre y cuando la controversia de que se trate no pueda ser resuelta sobre la base de la ley, ya sea porque la ley muestra lagunas, o porque la ley sí ofrece una solución pero tal solución parece injusta"¹⁷.

Esta aplicación de las normas constitucionales de forma directa a las relaciones entre particulares, otrora regidas exclusivamente por el derecho

privado, suele denominarse "constitucionalización del derecho privado"¹⁸. Ahora bien, esta expresión es hoy en día moneda corriente en el lenguaje de los juristas, los cuales, para explicarla, se sirven de metáforas como "la invasión del derecho constitucional al derecho privado", "la irradiación del derecho constitucional al derecho privado" o "la permeabilidad del derecho privado frente al derecho constitucional". Sin embargo, estas expresiones resultan bastante obscuras y ninguna de ellas parece mostrar de forma precisa cómo se aplican las normas constitucionales a las relaciones privadas y cómo existen diferentes formas de aplicación que obedecen a técnicas distintas¹⁹.

Dentro de esta perspectiva, haré unas breves precisiones sobre lo que se entiende por "constitucionalizar" (I), para luego abordar, someramente, una de las técnicas más representativas: la aplicación de los famosos "principios constitucionales" (II).

I

Ante la pregunta ¿qué es "constitucionalizar" el derecho privado?, sólo puedo responder que eso depende de lo que se entienda por "constitucionalizar", ya que esta palabra es supremamente ambigua²⁰ y sirve para designar diversas técnicas de aplicación de las normas constitucionales a las relaciones entre los particulares, de forma más o menos directa²¹. Comentaré, a grandes rasgos, las más representativas:

- a. Las leyes que regulan materias de derecho privado pueden ser objeto de un *control de constitucionalidad*, es decir, de una supervisión de la conformidad de las leyes²² con la Constitución. Este control ha sido una tradición de América Latina desde el siglo XIX, y fue, precisamente, en nuestro continente donde se originó el *sistema mixto* de control²³ que combina el *método difuso*, de origen norteamericano²⁴ -ejercido por los jueces de cualquier fuero o instancia, aunque con una Corte o Tribunal Supremo que se constituye en el intérprete final de la Constitución-, con el *método concentrado*²⁵, en el que se le atribuye a un juez constitucional - Corte Constitucional, Tribunal Constitucional, *Conseil Constitutionnel*, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, etc. - el poder para invalidar las normas inconstitucionales²⁶. A este control se puede acceder ya sea por *vía de excepción o incidental* o bien por *vía de acción o directa*, para lo cual hay, en principio, dos opciones: se puede legitimar

sólo a ciertos órganos de forma taxativa -*sistemas cerrados*- como en el caso Francés (i), o permitirse la participación de todos los individuos -*sistemas abiertos*- a través de mecanismos tales como la *acción pública de inconstitucionalidad*, tal como se consagra en los ordenamientos de Colombia y Venezuela (ii)²⁷.

Cuando el juez constitucional considera que una disposición expresa una norma contraria a lo dispuesto por la Constitución -tal y cómo él la interpreta-, procede a declarar su invalidez por inconstitucionalidad; sin embargo, en muchos casos, el juez constitucional bien podría no conformarse sólo con esto, y proceder a formular una nueva norma conforme con la Constitución. Este procedimiento se suele conocer con el nombre de "sentencias sustitutivas"²⁸.

- b. Las distintas disposiciones que reglamentan temas de derecho privado pueden ser *interpretadas de manera conforme con la constitución*. En efecto, las formulaciones normativas están expresadas en lenguaje escrito, es decir, en símbolos lingüísticos cuyo significado es atribuido por convención social. La significación es asignada a los textos mediante interpretación. Ahora bien, el lenguaje natural es vago y ambiguo y, como tal, puede ser susceptible de más de una interpretación. Así, pues, si denominamos "formulación normativa" al texto lingüístico y "norma" al significado que se le atribuye mediante interpretación, bien podría afirmarse que de un mismo texto se pueden interpretar distintas normas²⁹. "La interpretación conforme es, en suma, aquella que adecua, armoniza la ley con la Constitución (previamente interpretada, se entiende), eligiendo -frente a una doble posibilidad interpretativa- el significado (o sea la norma) que evite toda contradicción entre la ley y la Constitución. El efecto de tal interpretación es, obviamente, el de conservar la validez de una ley que, de otra forma, debería ser declarada inconstitucional"³⁰.

En desarrollo de la facultad de *interpretación conforme*, el juez constitucional podría llegar a *rechazar* una interpretación específica (i); y, además, *complementar* el texto, es decir, declarar la ilegitimidad constitucional en la parte que no expresa la disposición; así, por ejemplo, podría invocar el *principio de la igualdad* para extender el campo de aplicación de una norma a un sujeto que no se encuentra dentro del supuesto de hecho normativo (ii)³¹.

- c. El juez constitucional puede también proferir sentencias, resolviendo una *acción de amparo* respecto de relaciones específicas entre los particulares, cuando en éstas se vean comprometidos derechos fundamentales³². En el caso colombiano, estos derechos se protegen mediante la acción denominada “de tutela”³³. En términos generales, ésta faculta a cualquier persona para reclamar la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o, incluso, por particulares encargados de la reglamentación de un servicio público -o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el reclamante se halle en estado de subordinación o indefensión-. La acción de tutela procede cuando el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial o, inclusive, como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La acción puede interponerse, salvo algunos casos específicos, ante cualquier juez de la República Colombiana. En cuanto a sus efectos³⁴, en términos generales, la *tutela* busca garantizar al agraviado el pleno goce de su derecho, de forma tal que, en la medida de lo posible, dicho derecho vuelva al estado en el que se encontraba con anterioridad a la violación. En este orden de ideas, el juez de tutela puede ordenar que se realice una acción, en un plazo prudencial perentorio –normalmente, 48 horas-, o que cese de forma inmediata una conducta y, además, está facultado para tomar las medidas necesarias para evitar toda nueva violación, amenaza, perturbación o restricción.

En Colombia, a pesar de los abusos a que ha dado lugar, la acción de tutela ha permitido a los ciudadanos acceder directamente a la justicia para solucionar sus problemas particulares –que comprometen derechos de gran importancia, denominados “fundamentales”- cuando los mecanismos ordinarios de acceso a la justicia se muestran ineficaces.

Adicionalmente, las interpretaciones del juez constitucional pueden ejercer una gran influencia en las decisiones de los jueces ordinarios que resuelven causas de derecho privado, máxime en sistemas que admiten la acción de amparo –acción de tutela, recurso de protección- contra sentencias judiciales, cuando las soluciones adoptadas sean calificadas como *vías de hecho*³⁵.

Ahora bien, la “constitucionalización” del derecho privado no es un concepto bipolar, de “todo o nada”, sino que, más bien, se presenta por grados³⁶. El sistema jurídico de un país puede estar más o menos “constitucionalizado”,

dependiendo de la frecuencia y la forma en que se apliquen las normas constitucionales a las relaciones entre particulares. Sin embargo, es importante precisar que una mayor "constitucionalización" está directamente relacionada con la *concepción evolutiva de la interpretación constitucional*, por una parte, y con la aceptación de que la Constitución además de las normas específicas y las normas programáticas, consagra los famosos *principios constitucionales*, por otra parte.

Por una parte, la interpretación evolutiva "[...] consiste en la atribución al texto constitucional [...] [de] un significado siempre mutable, para de esta forma adaptar el contenido normativo a las mudables exigencias políticas y/o sociales"³⁷.

Por otra parte, "Las disposiciones constitucionales (si no todas, por lo menos una gran parte de ellas) -se dice- están redactadas en un lenguaje extremadamente vago: son, propiamente hablando, "principios", más que "normas" o "reglas" específicas, y la indeterminación de las formulaciones es un rasgo característico de las disposiciones del principio. Por otro lado, los principios no pueden ser entendidos a la letra, la interpretación literal de un principio no tiene otro efecto que el de privarlo de todo contenido prescriptivo y de convertirlo, así, en inutilizable para la aplicación del derecho"³⁸.

Esto nos lleva a plantearnos un nuevo interrogante: ¿Qué se entiende, realmente, por "principios constitucionales"? La verdad es que esta expresión resulta bastante oscura³⁹.

II

¿Qué es un principio? Esta pregunta no parece tener una respuesta⁴⁰, ya que "principios" es un vocablo sumamente vago⁴¹ y ambiguo⁴². "Con el término "principio" es necesario andar con cuidado, pues con él se alude a entidades muy diversas, entre las que cuentan: (1) aspectos importantes de un orden jurídico determinado (2) generalizaciones obtenidas a partir de normas de un sistema determinado o de un sector de éste (3) objetivos básicos de una norma o de un conjunto de normas (4) pautas a las que se atribuye un contenido especial de justicia (5) requisitos formales que todo orden jurídico debe satisfacer (6) pautas dirigidas al legislador con carácter meramente exhortatorio (7) juicios de valor que recogen ciertas exigencias de moral

positiva, y (8) máximas generales que provienen de la tradición jurídica [...]”⁴³.

Ahora bien, mediante la expresión “principios constitucionales” se suele hacer referencia a aquellos principios expresamente formulados o implícitos en la Constitución⁴⁴. Sin embargo, si tenemos en cuenta la *vaguedad*⁴⁵ de esta explicación y el hecho de que, normalmente, se sostiene que la *interpretación constitucional debe ser evolutiva*, nuestro interrogante inicial, ¿qué se entiende por “principios constitucionales”?, sigue sin respuesta.

Dado el alto grado de discrecionalidad que tendría el juez constitucional en la materia, debemos hacer una breve referencia a las facultades que se le suelen atribuir, para así precisar un poco mejor la noción de principios constitucionales:

- a. La *identificación* de los principios. En algunas ocasiones los principios se encuentran no sólo *expresamente* formulados, sino, además, identificados como tales en la misma Constitución. Empero, en la gran mayoría de los casos, la misma formulación normativa no se autodenomina “principio”; así, pues, le correspondería al juez constitucional conferirle dicho título nobiliario.

“La operación consistente en atribuir valor de principio a una disposición que no se autocalifica expresamente como tal es fruto de la discrecionalidad, por el hecho –ciertamente obvio- de que los rasgos caracterizadores de los principios (en relación con las reglas específicas) están altamente controvertidos en la literatura. [...] [L]a identificación de un principio exige un juicio de valor acerca de la importancia relativa de las diversas disposiciones que componen el ordenamiento”⁴⁶.

Adicionalmente, se entiende que existen otros principios *implícitos*, los cuales no son fruto de la interpretación sino de la integración del derecho por parte de los intérpretes⁴⁷. “[...] Una primera técnica de construcción consiste en la ‘inducción’ de normas generales [...] a partir de normas particulares. Se trata de un procedimiento altamente (y, por lo demás, notoriamente) discrecional. [...] Una segunda técnica de construcción consiste en avanzar conjeturas en torno a las razones –a los fines, las intenciones, los valores- del legislador. Es lo que se hace cada vez que se obtiene la *ratio* de una norma (o de un complejo de normas). [...] Tales

conjeturas en torno a las razones del legislador son obviamente discrecionales"⁴⁸.

Esto nos lleva a plantearnos un interrogante más: ¿podría el juez constitucional calificar de "principio constitucional" a todo lo que se suele designar mediante el vocablo "principio"?

Personalmente, creo que la respuesta debe ser negativa. Explico mi posición: cuando se habla de "principios" en el lenguaje del derecho, es menester distinguir entre "principios del derecho positivo" y "principios jurídicos". Los primeros serían los únicos que harían parte del sistema jurídico. Éstos son analizados como *standards* o reglas de segundo nivel, es decir, prescripciones dirigidas no a los ciudadanos, sino a las autoridades encargadas de aplicar las normas de primer nivel –las únicas dirigidas a los ciudadanos-. Aquéllas "proporcionan una guía de cómo y cuándo han de usarse las reglas sobre las que versan; qué alcances darles; cómo combinarlas; cuándo otorgar precedencia a alguna de ellas; etc."⁴⁹.

El profesor argentino Genaro Carrió los explica magistralmente mediante un ejemplo no-jurídico: la "ley de ventaja" en el fútbol, la cual va dirigida al árbitro y no a los jugadores, y le confiere a aquél, en determinadas circunstancias, cierta libertad para la aplicación de las normas que prohíben cometer faltas –principalmente cuando la sanción de la infracción beneficiaría al infractor mismo y perjudicaría a la víctima misma-⁵⁰.

En este orden de ideas, podrían considerarse "principios del derecho positivo" las disposiciones respecto del abuso del derecho, el fraude a la ley, la desviación de poder, la negativa de protección jurisdiccional a quien invoca su propia torpeza o su mala fe, las que en materia de tenencia de hijos, tutela o adopción ordenan tener en cuenta, antes que todo, el interés del menor, etc.⁵¹.

Por el contrario, los "principios jurídicos" no hacen parte del sistema, sino que, simplemente, se refieren a aquél –como es el caso de buena parte de los aforismos jurídicos-. Éstos sólo podrían adquirir el estatus de "principios del derecho positivo" a través de su clara estructuración y utilización constante en la práctica, como ocurrió con la "ley de ventaja" en el fútbol, antes de que fuera aceptada por la FIFA.

Ahora bien, los "principios constitucionales" sólo podrían aplicarse al derecho privado de forma mediata, es decir, a través de los "principios del derecho privado positivo" y no de manera directa, lo cual implicaría un altísimo grado de incertidumbre que terminaría por socavar completamente la seguridad jurídica en las relaciones entre particulares. Sobre este punto de vital importancia, la doctrina constitucional se encuentra enfrascada en álgidas discusiones⁵².

- b. La *interpretación* de los principios y la *interpretación conforme* de las demás disposiciones del sistema. La interpretación constitucional, como cualquier interpretación jurídica, conlleva un alto grado de discrecionalidad, ya que es una *decisión* respecto del significado, antes que una *descripción* del significado⁵³. La función del juez constitucional estaría, entonces, orientada a atribuirle significación a los signos lingüísticos de las formulaciones normativas⁵⁴.

"Nadie puede negar que estas fórmulas verbales son claramente aplicables a algunos supuestos de hecho, claramente inaplicables, y dudosamente aplicables a casos atípicos, anómalos o marginales. No podemos encerrarnos en la falsa seguridad de que los tecnicismos del lenguaje jurídico pueden eliminar esta última categoría de casos. La diaria experiencia de los tribunales y, en general, el contacto profesional con el derecho, nos enseñan que esa seguridad es quimérica"⁵⁵. "[A] aplicar las reglas jurídicas alguien debe asumir la responsabilidad de decidir que las palabras se refieran o no a cierto caso, con todas las consecuencias prácticas que esta decisión implica"⁵⁶.

Como ya se mencionó anteriormente, el juez constitucional no sólo interpreta las disposiciones de la Constitución, sino, también, las formulaciones normativas del derecho privado de suerte tal que resulten *conformes* con los principios constitucionales. Pero, ¿Estarían obligados los demás jueces a atribuir también ese mismo "significado conforme" a las disposiciones legales? La verdad, en mi opinión, creo que los jueces, en principio, sólo están obligados a interpretar las palabras de la ley de acuerdo con su sentido natural, determinado por el contexto (artículos 26° a 30° del Código Civil colombiano). Dentro de esta óptica, el artículo 25° del Código Civil colombiano dispone: "La interpretación que se hace con autoridad para fijar el sentido de una ley oscura, de una manera general, sólo corresponde al legislador"⁵⁷.

Y el artículo 230° de la Constitución nacional establece: "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"⁵⁸.

- c. La "concretización" de los principios. "Las controversias que no pueden ser decididas mediante una 'disposición precisa', es decir, mediante una norma expresa, configuran otras tantas lagunas del derecho. Los principios, entonces, son reclamados aquí como instrumento para la integración del derecho en presencia de lagunas: el juez está autorizado a recurrir a ellos después de haber intentado inútilmente el argumento analógico"⁵⁹.

Ahora, como los principios no son susceptibles de ser aplicados directamente para resolver un caso específico –por la forma general en la que, normalmente, están expresados–, ellos deben "concretizarse". En otras palabras, el intérprete se sirve de ellos como *justificación* para crear una norma precisa en cuyo supuesto de hecho encuadre el caso particular. Pero, "[...] no hay norma específica que pueda ser recabada de un principio con un razonamiento deductivo, y, por lo tanto, constrictivo, sin la adición de ulteriores premisas. La elección de las premisas es fruto de la discrecionalidad"⁶⁰.

- d. La "ponderación" de los principios. Las metáforas *balance de principios* o *ponderación de principios*, normalmente, son utilizadas para hacer referencia al método utilizado por el juez constitucional, mediante el cual, en caso de una *antinomia de principios en concreto*⁶¹, procede a escoger uno que primará sobre el otro, sin que esto implique la derogación del principio cuya aplicación fue descartada, para el caso particular –como es la regla general cuando hay una contradicción entre dos normas jurídicas específicas dentro de un mismo sistema-⁶². Esta estimación de la importancia de los principios en contraposición debe hacerse teniendo en cuenta las circunstancias específicas de cada caso y, por consiguiente, no existen reglas generales que determinen la decisión⁶³. Para tal efecto, el intérprete debe proceder a realizar un juicio de valor en el siguiente sentido: "[...] instituir una jerarquía axiológica [, esto] consiste en atribuir a uno de los dos principios en conflicto mayor 'peso', es decir, mayor valor, respecto del otro. [...] Una jerarquía *móvil*, por otra parte, es una relación de valor inestable, mudable, que vale

para el caso concreto, pero que podría invertirse en relación con un caso concreto diverso"⁶⁴.

Ahora bien, referirse a este procedimiento mediante una metáfora⁶⁵ que tiene relación con una *balanza* y a una estimación de *pesos* no sólo no parece servir para explicar con mayor claridad la labor del juez⁶⁶, sino que, además, puede inducir en el error que consistiría en razonar del siguiente modo: "pesar" dos cosas es establecer su correspondencia con una medida objetiva denominada "peso", así, por ejemplo, se pesa la fruta y el resultado de este procedimiento -si está exento de fraudes- no depende de las valoraciones de la persona que lo realiza. Así, pues, si el juez constitucional *pesa* los principios, su decisión sería igualmente objetiva y, por consiguiente, desprovista de valoraciones personales. Personalmente, creo que la "ponderación de principios" es todo lo contrario: constituye un *juicio de valor* encaminado a determinar cuál es el principio *correcto*⁶⁷ para ser aplicado en el caso concreto⁶⁸, lo que depende de ciertas actitudes, sentimientos, puntos de vista, intereses y objetivos que persigue el juez. Así las cosas, la ponderación es, necesariamente, subjetiva⁶⁹.

- e. La elaboración de la categoría "principios supremos". Según esta concepción, corresponde al juez constitucional identificar aquellos "[...] principios constitucionales (expresamente formulados o meramente implícitos) que no pueden ser modificados en modo alguno: ni siquiera mediante el procedimiento de revisión constitucional. El conjunto de los principios 'inmutables' es lo que algunos llaman la 'Constitución material' (en uno de los muchos sentidos de esta equívoca expresión)"⁷⁰. "[...] La doctrina de los principios supremos surte el efecto de conferir un ulterior poder discrecional a la Corte, cada vez que se presente concretamente la ocasión de identificar los principios supremos que se suponen inmodificables (con el resultado de juzgar eventualmente inconstitucional una ley de revisión que estuviera en contraste con ellos o pretendiese alterarlos)"⁷¹.

*

* *

El objetivo que persigo con este breve análisis es simplemente tratar de poner de relieve la obscuridad del lenguaje del derecho constitucional contemporáneo y la gran discrecionalidad de la que dispone el juez constitucional en el uso -lo cual determina el significado-⁷² de expresiones tales como "constitucionalizar", "principios constitucionales", "núcleo esencial de los derechos", "derechos fundamentales", etc. Ésta es una realidad que suele ocultarse mediante complejas teorías de difícil comprensión que tienen por única finalidad crear una apariencia de objetividad, justicia⁷³ y rigor científico que confiera a las decisiones del juez constitucional el *status* de "cuasi incontrovertibles"⁷⁴.

Si tenemos en cuenta la creciente aplicación de las normas constitucionales en materia de derecho privado, evidenciamos la gran incertidumbre⁷⁵ a la que nos vemos enfrentados⁷⁶. Esto me recuerda la situación de la pequeña Alicia cuando tuvo su encuentro con *Humpty Dumpty*, en el célebre cuento de Lewis Carroll:

- No sé qué quiere decir con "gloria".
Humpty Dumpty sonrió desdeñosamente.
- Por supuesto que no... hasta que yo te lo diga. ¡Quise decir "debe ser un argumento aplastante para ti"!
- Pero "gloria" no significa "un argumento aplastante" -objetó Alicia.
- Cuando *yo* uso una palabra -dijo Humpty Dumpty, en tono algo despectivo-, esa palabra significa exactamente lo que yo decido que signifique... ni más ni menos.
- El asunto es -dijo Alicia-, si usted puede hacer que las palabras signifiquen tantas cosas distintas.
- El asunto es -replicó Humpty Dumpty- quien es el maestro aquí... eso es todo"⁷⁷.

¹ Sobre las "divisiones clasificatorias" del derecho, véase: Grua, François. *Les divisions du droit. R.T.D. civ.*, Paris, 1, 1993, pp. 59 a 71.

² "*Publicum ius est, quod ad statum rei romanae spectat*", "*privatum, quod ad singulorum utilitatem*". Ulpiano. 1. 1, § 2, *Digesto. De iustitia et iure*, 1, 1.

Véase también: Larroumet, Christian. *Introduction à l'étude du droit privé*. Economica, Paris, 1995, p. 39.

- ³ Consúltese: Drago, Roland. *Le Code civil et le droit administratif. In 1804-2004. Le Code Civil. Un passé, un présent, un avenir.* Ed. Dalloz, Paris 2004, pp. 775 a 786.
- ⁴ Véase: Larroumet, Christian. *Op. cit.*, pp. 39 y 40.
- ⁵ Un excelente análisis sobre la imposibilidad de dar definiciones de “derecho público” y “derecho privado” de suerte tal que constituyan una clasificación exhaustiva del ordenamiento jurídico en dos partes, en: Ross, Alf. *Sobre el derecho y la justicia.* Trad. Genaro Carrió. Ed. Eudeba, Buenos Aires, 1997, pp. 251 a 256.
- ⁶ Consúltese al respecto: Terré, François. *Introduction générale au droit.* Ed. Dalloz, Paris, 1994, p. 76.
- ⁷ Véase: Larroumet, Christian. *Op. cit.*, p. 40.
- ⁸ Adicionalmente, en algunos sistemas jurídicos, se permite que, mediante un contrato denominado “concesión”, el Estado confíe en un particular la custodia y explotación de un *bien público* o, incluso, la prestación de un *servicio público*.
- ⁹ Demichel, André et Lalumière, Pierre. *Le droit public.* Ed. PUF, coll. Que sais-je ?, Paris, 1992, p. 46. Véase: Sinkondo, Marcel. *La notion de contrat administratif : acte unilatéral à contenu contractuel ou contrat civil de l'Administration ?* RTD civ., 2, 1993, pp. 239 a 262., y Benavides, José Luis. *El contrato Estatal.* Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004. Además, la participación del Estado como agente del comercio internacional ha venido sustrayéndose del campo de aplicación de buena parte de las prerrogativas que aquél ejerce frente a los “administrados”. Para designar estas situaciones, la doctrina francesa se sirve de la expresión “*Contrats d'État*”. Consúltese al respecto: Silva Romero, Eduardo. *La distinción entre Estado y administración y el arbitraje resultante de los contratos de Estado.* Revista internacional de arbitraje, junio-diciembre, 2004, Tomo 1, pp. 155 a 187. Respecto del “dominio público” y el “dominio privado” del Estado, véase: Hauriou, Maurice. *Précis élémentaire de droit administratif.* Edit. Recueil Sirey, Paris, 1925, p. 297.
- ¹⁰ Sobre la noción de *orden público*, consúltese: Mantilla Espinosa, Fabricio. Los límites al consentimiento en el pacto arbitral. In Silva Romero, Eduardo y Mantilla Espinosa, Fabricio. *El contrato de arbitraje.* Ed. Universidad del Rosario / Legis, Bogotá, 2005, pp. 239 a 241.
- ¹¹ Sobre la “privatización del derecho público” y la “unidad del derecho”, consúltese: Vedel, Georges. *Aspects généraux et théoriques.* In *L'unité du droit. Mélanges en hommage à Roland Drago.* Ed. Economica, Paris, 1996, pp. 1 a 8., y Tafur Galvis, Alvaro, *Estudios de Derecho Público.* Ed. Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1997, pp. 93 a 129.
- ¹² Una interesante explicación sobre aquello que se suele designar mediante las expresiones “Estado” y “órgano del Estado”, en: Ross, Alf. *Sobre los conceptos de “Estado” y “órganos del Estado” en derecho constitucional.* In *El concepto de validez y otros ensayos.* Trad. Genaro Carrió, Eugenio Bulygin et al. Ed. Fontamara, México, 2001, pp. 73 a 92.
- ¹³ Consúltese un excelente análisis al respecto en: Silva Romero, Eduardo. *Wittgenstein et la Philosophie du Droit.* Ed. PUF, coll. Droit, Éthique et Société. Paris 2002, pp. 120 y 121. Ahora bien, “justicia” parece, en principio, una palabra desprovista de contenido semántico, es decir, constituye una expresión que implica unos criterios materiales presupuestos. Me explico: si “justicia” es *dar a cada uno lo suyo*, esto no responde a la pregunta: ¿qué es lo que le corresponde a cada uno? El criterio material para saber qué corresponde a cada cual es un presupuesto de la definición misma. *A cada cual lo suyo* puede servir para justificar cualquier orden social –capitalista, socialista, democrático o aristocrático–, ya que cada uno de éstos definirá qué es lo que corresponde a cada cual. Además, argumentar que “justicia” significa *tratar a los iguales como iguales y a los desiguales como desiguales*, tampoco tiene ningún sentido, puesto que en un mundo como el nuestro, lleno de diferencias, hay que establecer cuáles de éstas se tendrán en cuenta y cuáles no. Esta elección y jerarquización se encuentran presupuestas respecto de la definición de “justicia”. Un excelente análisis en este sentido en: Kelsen, Hans. *¿Qué es la justicia?* Trad. Ernesto Garzón Valdés. Ed. Fontamara, México, 2001.
- ¹⁴ Terestchenko, Michel. *Philosophie Politique.* Tome I. Ed. Hachette, Les Fondamentaux, Paris, 1994, p. 152.
- ¹⁵ El vocablo “Constitución” tiene distintos significados que dependen, principalmente, del contexto histórico y cultural dentro del cual se utiliza. Véase un profundo y conciso análisis al respecto en: Guastini, Riccardo. *Sobre el concepto de constitución.* In *Estudios de derecho constitucional.* Trad. Miguel Carbonell. Ed. Fontamara. Col. DJC, México, 2003, pp. 29 a 45.
- ¹⁶ Véase: Guastini, Riccardo. *La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano.* In *Estudios de derecho constitucional.*, p. 160.
- ¹⁷ *Ibidem*, p. 161.
- ¹⁸ Véase: Venegas Franco, Alejandro. *Constitución política de 1991 y derecho de seguros –ideas básicas–.* Ed. Academia Colombiana de Jurisprudencia, Bogotá, 2004., Onate Acosta, Tatiana. *La responsabilité civile dans la jurisprudence du Conseil d'État français.* Revista Estudios Socio-Jurídicos, noviembre de 2004, vol.

- 6, N° 2, Universidad del Rosario, pp. 181 a 208., Domínguez Águila, Ramón. *Aspectos de la constitucionalización del derecho civil chileno*. Revista de derecho y jurisprudencia. Tomo XCIII, N° 3, Santiago, 1996, pp. 107 a 137., Favoreu, Louis. *La constitutionnalisation du droit*. In *L'unité du droit. Mélanges en hommage à Roland Drago*. pp. 25 a 42., Molfessis, Nicolas. *Les sources constitutionnelles du droit des obligations*. In *Le renouvellement des sources du droit des obligations*. Journées de la Association Henri Capitant, Lille, 1997, Ed. Litec, pp. 65 a 108., y Mathieu, Bertrand. *Droit constitutionnel et droit civil: “des vieilles outres pour un vin nouveau”*. RTD civ., 1, janvier-mars 1994, Paris, pp. 59 a 65.
- ¹⁹ “Se supone que cierta expresión, en su uso metafórico, puede funcionar en lugar de una determinada expresión literal, de la cual constituye, según se pretende, un sinónimo aproximado de ella, sobre la base de que es objetivamente semejante a lo representado. La pretendida objetividad de las semejanzas, sin embargo, dista mucho de ser habitualmente clara e incuestionable, y, a medida que nos acercamos a tales semejanzas, las expresiones metafóricas pierden su eficacia y su razón de ser”. Mendonca, Daniel. *Los derechos en juego*. Ed. Tecnos, Madrid, 2003, p. 63.
- ²⁰ “Los lenguajes naturales contienen expresiones *ambiguas*. Esto quiere decir que una misma palabra, en tanto fonema o grafismo, puede tener distintos significados según los diferentes contextos en que vaya insertada, o bien que una misma palabra puede tener distintos matices de significado en función de esos contextos diversos. Quiere decir también que junto a los usos centrales de un vocablo hay extensiones metafóricas y figurativas”. Carrió, Genaro. *Notas sobre derecho y lenguaje*. Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, p. 136.
- ²¹ Consúltese un excelente análisis al respecto en: Calderón Villegas, Juan Jacobo, López Cuéllar, Nelcy y Rincón Cárdenas, Erick. *La constitucionalización del derecho privado en Colombia: supuestos de investigación*. Ed. Universidad del Rosario, col. Borradores de investigación, N° 39, Bogotá, 2005., y Venegas Franco, Alejandro. *Constitucionalización del derecho*. Conferencia inédita presentada en el simposio “Quince años de la constitución política en Colombia” organizado por el Senado de la República de Colombia el 24 de agosto de 2006.
- ²² Sobre los distintos sentidos de la palabra “ley”, consúltese: Guastini, Riccardo. *Ley*. In *Estudios de derecho constitucional*., pp. 111 a 116.
- ²³ Véase: Brewer-Carías, Allan. *América Latina: Retos para la Constitución del Siglo XXI*. In *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Ed. Konrad – Adenauer – Stiftung A.C. – CIEDLA., 2000, p 30
- ²⁴ “En el sistema estadounidense, la justicia constitucional es administrada por el órgano jurisdiccional en conjunto, y no se distingue de la justicia ordinaria, en la medida en que todos los litigios, de cualquier naturaleza, son juzgados por los mismos tribunales y, básicamente, dentro de las mismas condiciones. La dimensión constitucional puede estar presente en todos los litigios y no requiere de un procedimiento particular: a decir verdad, no existe un contencioso constitucional, tanto cuanto no existe un contencioso administrativo u ordinario, puesto que no hay razón alguna para distinguir entre las distintas causas puestas en conocimiento de un mismo juez”. Favoreu, Louis. *Les cours constitutionnelles*. Ed. PUF, coll. Que sais-je? Paris, 1992, p. 5.
- ²⁵ El profesor venezolano Brewer-Carías destaca que el control concentrado de constitucionalidad de las leyes por un tribunal supremo tuvo su origen en Latinoamérica ochenta años antes de que Hans Kelsen lo ideara. Para Brewer-Carías, el hecho de que en 1858 la Constitución Venezolana ya hubiera establecido la competencia anulatoria de la Corte Suprema, por razones de inconstitucionalidad de determinadas leyes, es una prueba de ello. Consúltese al respecto: Brewer-Carías, Allan. *Op. cit.*, p. 30.
- ²⁶ Ídem.
- ²⁷ Consúltese al respecto: Pegoraro, Lucio. *La Justicia Constitucional. Una perspectiva Comparada*. Ed. Dykinson, Madrid, 2004.
- ²⁸ Consúltese al respecto: Guastini, Riccardo. *La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano*. In *Estudios de derecho constitucional*., pp. 173 y 174.
- ²⁹ Sobre la diferencia entre las *formulaciones normativas* y las *normas* que de éstas se interpretan, consúltese: Bulygin, Eugenio. *Normas, proposiciones normativas y enunciados jurídicos*. In Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio. *Análisis lógico y derecho*. Ed. Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1991, pp. 169 a 193.
- ³⁰ Guastini, Riccardo. *La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano*. In *Estudios de derecho constitucional*., p. 162.
- ³¹ Véase: *Ibidem*, p. 172 y 173.
- La doctrina suele denominar “legislación por lo negativo” a la facultad del juez constitucional para invalidar una ley inconstitucional o rechazar la interpretación de una disposición que no resulta conforme con la constitución. Ahora bien, la expresión “legislación por lo positivo” ha comenzado también a ser utilizada para referirse a su supuesta potestad para realizar adiciones al texto de la ley –sentencias

- sustitutivas- o declarar la “constitucionalidad condicionada” de una disposición, es decir, supeditar su validez al hecho de que se interprete de la forma establecida por el juez constitucional. Sin embargo, esta segunda facultad es aún tema de grandes discusiones doctrinales. Véase al respecto: Palacios Mejía, Hugo. El control constitucional en el trópico. Revista Precedente Universidad ICESI. Santiago de Cali, 2001. http://www.icesi.edu.co/es/publicaciones/publicaciones/precedente/2001/cap1a-hpalacios-control_cons_tropico.pdf y López Obregón, Clara. La Corte Constitucional: Usurpadora o Garantista. Revista Precedente, Universidad ICESI, Santiago de Cali, 2001. http://www.icesi.edu.co/esn/contenido/pdfs/cap1b-clopez-corte_usurpadora.pdf
- ³² Esta clase de acciones, que pueden denominarse también “recursos de amparo” o “recursos de protección” las encontramos consagradas en Constituciones tales como las de: Argentina (art. 43), Bolivia (art. 19), Chile (art.20), Ecuador (art. 95), El Salvador (art. 247), España (art.53.2), Guatemala (art. 265), Honduras (art. 183), Nicaragua (art. 188), México (art. 107), Panamá (art. 50), Paraguay (art. 134) y Perú (art. 200.2).
- ³³ Consagrada por el artículo 86 de la Constitución de 1991 -reglamentada por los decretos 2591 de 1991, 306 de 1992 y 1382 de 2000-.
- ³⁴ La acción de tutela, como mecanismo de protección de los derechos fundamentales, tiene, por regla general, efectos *inter partes*.
- ³⁵ Es importante precisar que, en Colombia, esta acción procede, igualmente, en el caso en que un juez ordinario haya “[...] incurrido en una vía de hecho judicial debido a que la decisión adoptada desconoce claramente la Constitución, ya que resulta abiertamente irrazonable, o ha omitido argumentos constitucionales relevantes”. Calderón Villegas, Juan Jacobo, López Cuéllar, Nelcy y Rincón Cárdenas, Erick. *Op. cit.*, p. 42.
- ³⁶ Véase al respecto: Guastini, Riccardo. *La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano*. In *Estudios de derecho constitucional.*, p. 154.
- ³⁷ Guastini, Riccardo. *¿Peculiaridades de la interpretación constitucional? In Estudios de derecho constitucional.*, p. 264.
- ³⁸ *Ibidem*, p. 263.
- ³⁹ “*Oscuridad*: aparece cuando el efecto de la expresión empleada, al menos en principio, consiste en no ofrecer ningún significado que pudiera considerarse como el que intentó transmitir el autor [...]”. Bentham, Jeremy. *Nomografía o el arte de redactar leyes*. Trad. Cristina Pabón. Ed. Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2004, p. 17.
- ⁴⁰ “Si una respuesta no puede expresarse, la pregunta que le corresponde tampoco puede expresarse. [...] Si una pregunta puede llegar a plantearse, entonces también *se le puede* dar una respuesta”. Wittgenstein, Ludwig. *Tractatus logico-philosophicus*. Trad. Luis M. Valdés Villanueva, Ed. Tecnos, Madrid, 2002, p. 274, proposición 6.5.
- ⁴¹ “Con esto quiero referirme al siguiente fenómeno: [...] el uso de una palabra tal como de hecho se la emplea, hace que sea incierta o dudosa la inclusión de un hecho o de un objeto concreto dentro del campo de acción de ella. Hay casos típicos frente a los cuales nadie en su sano juicio dudaría en aplicar la palabra en juego. Hay casos claramente excluidos del campo de aplicación del vocablo. Pero hay otros que, a diferencia de los primeros y de los segundos, no están claramente ni incluidos ni excluidos”. Carrió, Genaro. *Op. cit.*, p. 137.
- Sobre la vaguedad del lenguaje jurídico, véase: Endicott, Timothy. *La vaguedad en el derecho*. Trad. Alberto del Real Alcalá y Juan Vega Gómez. Ed. Dykinson, Madrid, 2007.
- ⁴² “Una formulación normativa es ambigua cuando, en un contexto dado, es posible asignarle dos o más significados, esto es, cuando puede ser interpretada de dos o más modos”. Mendonca, Daniel. *Las claves del derecho*. Ed. Gedisa, Barcelona, 2000, p. 158.
- ⁴³ *Ibidem*, p. 186.
- ⁴⁴ Véase: Guastini, Riccardo. *Los principios en el derecho positivo*. In *Distinguiendo*. Barcelona, Ed. Gedisa, Trad. Jordi Ferrer i Beltrán, 1999, pp. 160 a 162.
- ⁴⁵ “Los lenguajes naturales contienen palabras *vagas*. [...] [E]l uso de una palabra tal como de hecho se la emplea, hace que sea incierta o dudosa la inclusión de un hecho o de un objeto concreto dentro del campo de acción de ella. [...] Dichas palabras son periféricamente indeterminadas. Para incluir o excluir el caso marginal es menester tomar una decisión”. Carrió, Genaro. *Op. cit.*, p. 137.
- ⁴⁶ Guastini, Riccardo. *Principios de derecho y discrecionalidad judicial*. In *Estudios de derecho constitucional.*, p. 134
- ⁴⁷ Véase: Guastini, Riccardo. *Los principios en el derecho positivo*. In *Distinguiendo*. pp. 156 a 158.
- ⁴⁸ Guastini, Riccardo. *Principios de derecho y discrecionalidad judicial*. In *Estudios de derecho constitucional.*, pp. 139 a 141.
- ⁴⁹ Carrió, Genaro. *Op. cit.*, p. 205.

- ⁵⁰ Como estas normas están dirigidas a los árbitros y no a los jugadores, ellas no alteran el estatus normativo de las reglas de primer grado –las prohibiciones de cometer infracciones–. “[...] [E]s absurdo decir que la ley de ventaja limita el deber de los jugadores frente a las reglas del *hand*, del *foul*, etc., en cuanto por virtud de ella resultaría que sólo deben abstenerse de cometer *hands* o *foul* ineficaces”. Idem.
- ⁵¹ Desde esta misma perspectiva, es interesante consultar el análisis del abuso del derecho, el fraude a la ley y la desviación de poder que se encuentra en: Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan. *Ilícitos atípicos*. Ed. Trotta, Madrid, 2006.
- ⁵² Para una explicación clara y concisa de las diferentes posiciones que ha adoptado la doctrina al respecto, véase: Calderón Villegas, Juan Jacobo, López Cuéllar, Nelcy y Rincón Cárdenas, Erick. *Op. cit.*, pp. 29 a 33.
- ⁵³ Véase: Guastini, Riccardo. *Reencuentro con la interpretación*. In *Distinguiendo*. pp. 201 a 210.
- ⁵⁴ “En el ámbito jurídico, ‘interpretación’ significa, principalmente, la atribución de significado a documentos normativos (leyes, decretos, reglamentos, dictámenes administrativos, sentencias, contratos, etc.). Un documento es un objeto constituido de signos gráficos, confeccionado por un sujeto (emisor) para transmitir información –directivas, valoraciones, etc.– a otro sujeto (receptor)”. Comanducci, Paolo. *Razonamiento jurídico. Elementos para un modelo*. Trad. Pablo Larrañaga. Ed. Fontamara. Col. BÉFDP, México, 2004, p. 11.
- ⁵⁵ Carrió, Genaro. *Op. cit.*, p. 54.
- ⁵⁶ Hart, Herbert L. A. *El positivismo jurídico y la separación entre el derecho y la moral*. In *Moral y derecho. Contribuciones a su análisis*. Trad. Genaro Carrió. Ed. Depalma, Buenos Aires, 1962, p. 26.
- ⁵⁷ Una aguda crítica orientada en el mismo sentido, en: Guastini, Riccardo. *Principios de derecho y discrecionalidad judicial*. In *Estudios de derecho constitucional*, pp. 147 a 149.
- ⁵⁸ Sin embargo, la Corte Constitucional colombiana parece haberle dado una lectura distinta a las citadas disposiciones. Véase al respecto: C-037/1996. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, respecto de la inexequibilidad del artículo 48 de la ley 270 de 1996 –alcance de las sentencias en el ejercicio del control constitucional–.
- ⁵⁹ Guastini, Riccardo. *Los principios en el derecho positivo*. In *Distinguiendo*. p. 165.
En Colombia, el artículo 8 de la Ley 153 de 1887 dispone: “Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho”.
Un controvertido análisis al respecto en: López Medina, Diego Eduardo. *Teoría impura del derecho*. Bogotá, Ed. Legis / Universidad de los Andes / Universidad Nacional de Colombia, 2004, pp. 298 a 326.
- ⁶⁰ Guastini, Riccardo. *Principios de derecho y discrecionalidad judicial*. In *Estudios de derecho constitucional*, p. 137.
Cuando utilizo la el término “laguna”, me refiero, en principio, a *laguna normativa*, puesto que la palabra “laguna” es muy ambigua y, en el derecho, tiene, por lo menos, cuatro sentidos distintos: “las llamadas *lagunas de conocimiento* –falta de información respecto de la descripción del caso individual–, las *lagunas de reconocimiento* –dificultad en la tarea de subsunción del caso individual en el caso genérico por indeterminaciones semánticas de las formulaciones normativas–, las *lagunas normativas* –falta de correlación de una solución normativa a un cierto caso genérico–, y la *lagunas axiológicas* –discrepancia entre el sistema axiológico del intérprete y el sistema axiológico del legislador plasmada en una cierta solución normativa a un caso–”. Rodríguez, Jorge. *Lógica de los sistemas jurídicos*. Ed. Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2002, p. 310.
- ⁶¹ “[...] [S]e da una ‘antinomía en concreto’ (o contingente) cuando –en el momento de la aplicación– dos normas conectan consecuencias jurídicas incompatibles a un mismo supuesto fáctico concreto”. Guastini, Riccardo. *Principios de derecho y discrecionalidad judicial*. In *Estudios de derecho constitucional*, p. 143.
- ⁶² Véase: Mendonca, Daniel. *Los derechos en juego*. pp.39 a 49.
- ⁶³ “Para la estimación de la importancia de los diferentes derechos no se puede establecer reglas generales. No es posible, pues, determinar de antemano qué derecho importará más en la situación que enfrentamos. [...] Dicho de otro modo, esto significa que tenemos un determinado conocimiento de nuestros derechos pero ningún conocimiento de lo que tenemos derecho a hacer, en general, en cualquier situación real: podemos conocer nuestros derechos, pero no podemos conocer nuestros derechos efectivos”. *Ibidem*, pp. 55 y 56.
- ⁶⁴ Guastini, Riccardo. *Principios de derecho y discrecionalidad judicial*. In *Estudios de derecho constitucional*, pp. 145 y 146.
- ⁶⁵ Las metáforas, generalmente, sirven para expresar algo de manera indirecta, es decir, utilizando una expresión en un sentido distinto del normal, para que así el oyente, gracias al contexto, pueda asignarle otro un significado congruente con la intención del emisor. Sobre las metáforas, en general, consúltese:

-
- Searle, John. *Metáfora*. In Valdés Villanueva, Luis. *La búsqueda del significado*. Ed. Tecnos, Madrid, 2000 pp. 588 a 623.
- ⁶⁶ Un excelente análisis al respecto, en: Mendonca, Daniel. *Los derechos en juego*. pp. 59 a 63.
- ⁶⁷ Sobre el uso valorativo de las palabras “bueno”, “correcto” y “deber”, véase: Hare, Richard Mervyn. *El lenguaje de la moral*. Trad. Genaro Carrió y Eduardo Rabossi. Ed. UNAM, México, 1975.
- ⁶⁸ “Así, en lugar de decir ‘Este es el camino correcto hacia Granchester’, podría haber dicho igualmente ‘Este es el camino correcto que tiene que seguir si quiere llegar a Granchester en el menor tiempo’. [...] La carretera correcta es la carretera que lleva a un fin predeterminado arbitrariamente; nos ha quedado bastante claro que no tiene sentido hablar de la carretera correcta al margen de ese fin predeterminado. Veamos ahora lo que podríamos querer decir mediante la expresión ‘la carretera absolutamente correcta’. Creo que sería la carretera tal que al verla *todo el mundo* tendría, *con necesidad lógica*, que seguirla, o bien avergonzarse por no seguirla. E igualmente el *bien absoluto*, si es un estado de cosas que se pueda describir, sería el que todo el mundo, independientemente de sus gustos e inclinaciones, *necesariamente* habría de producir o sentirse culpable por no producir. Yo quiero defender que ese estado de cosas es una quimera”. Wittgenstein, Ludwig. *Conferencia de ética*. In *Ocasiones filosóficas*. Trad. Ángel García Rodríguez. Ed. Cátedra / Teorema, Madrid, 1997, pp. 59 y 61.
- ⁶⁹ “A menudo hablamos de juicios que nos resultan ‘subjetivos’ cuando queremos decir que su verdad o falsedad no es una simple cuestión de hecho, sino que depende de ciertas actitudes, sentimientos y puntos de vista de los proferidores o de los oyentes del juicio en cuestión. Ejemplo de tal tipo de juicios podría ser: ‘Rembrandt es mejor artista que Rubens’. En este sentido de ‘subjetivo’, contrastamos esos juicios subjetivos con juicios objetivos tales como: ‘Rembrandt vivió en Ámsterdam en el transcurso del año 1632’”. Searle, John. *La construcción de la realidad social*. Trad. Antoni Doménech. Ed. Paidós Básica, Barcelona, 1997, p. 27.
- ⁷⁰ Guastini, Riccardo. *La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano*. In *Estudios de derecho constitucional*, p. 155.
- ⁷¹ Guastini, Riccardo. *Principios de derecho y discrecionalidad judicial*. In *Estudios de derecho constitucional*, p. 151.
- ⁷² “El significado de una palabra es su uso en el lenguaje”. Wittgenstein, Ludwig. *Investigaciones filosóficas*. Trad. Alfonso García Suárez y Ulises Moulines. Ed. Crítica, Barcelona, 1988, p. 61 proposición 43.
- ⁷³ “Invocar la justicia es como dar un golpe en la mesa: una expresión emocional que hace de la propia exigencia un postulado absoluto. [...] La ideología de la justicia es una actitud militante de tipo biológico-emocional, a la cual uno mismo se incita para la defensa ciega e implacable de ciertos intereses”. Ross, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. p. 340.
- ⁷⁴ “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, pues dejan de argumentar sobre lo que verdaderamente guía sus decisiones: las razones y valores que determinan sus elecciones interpretativas”. García Amado, Juan Antonio. *El juicio de ponderación y sus partes. Crítica de su escasa relevancia*. In Sanín Restrepo, Ricardo. In *Justicia constitucional*. Ed. Legis / Universidad Javeriana, Bogotá, 2006, p. 119.
- ⁷⁵ “Podemos preguntarnos qué papel desempeña la idea de justicia en la formación del derecho positivo, en la medida en que ella es entendida como una exigencia de racionalidad. Esto es, una exigencia de que las normas jurídicas sean formuladas con ayuda de criterios objetivos, de manera tal que la decisión concreta tenga la máxima independencia posible frente a las reacciones subjetivas del juez, y sea, por ello, predecible”. Ross, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. p. 346.
- ⁷⁶ Un interesante estudio de cómo se han utilizado las expresiones “constitucionalizar” y “principios constitucionales” en los distintos lenguajes del derecho privado –civil, comercial, procesal civil, internacional privado, etc.- en: Larroumet, Christian y Ríos Labbé, Sebastián. *Op. cit.*
- ⁷⁷ Carroll, Lewis. *A través del espejo y lo que Alicia encontró allí*. In *Alicia en el País de las Maravillas / A través del espejo*. Trad. Jorge Sánchez. Ed. Edicomunicación, Barcelona, 1999, pp. 218 y 219.