

MÁS ALLÁ DE LA PONDERACIÓN. NOTAS CRÍTICAS DECOLONIZADORAS PARA (RE) PENSARNOS EL CONSTITUCIONALISMO EN NUESTRA AMÉRICA

Sebastián Alejandro García Caicedo¹

Fecha de recepción: 31 de mayo de 2020

Fecha de aceptación: 25 de julio de 2020

Referencia: GARCÍA, Sebastián (2020). *Más allá de la ponderación. Notas críticas decolonizadoras para (re) pensarnos el constitucionalismo en nuestra América*. Universidad de Nariño: Revista Científica CODEX. Vol. 6. Núm. 11. Disponible en: revistas.udenar.edu.co/index.php/codex

RESUMEN: Las presentes reflexiones acometen presentar una crítica a la figura de la ponderación o test de proporcionalidad, desde los postulados de una visión decolonial y con fundamento en algunas nociones muy generales de la filosofía de la liberación, esbozando algunos argumentos más afines a una postura materialista del derecho, desde donde se disputa el sentido y fundamento ideológico de dicha herramienta hermenéutica. Así, el eje fundamental de este artículo gira en torno al develamiento de las consecuencias que, el uso automatizado de la ponderación genera, en un contexto donde el derecho constitucional, sus contenidos y formas interpretativas han caído en ideologizaciones, encriptaciones y fetichizaciones, al no tener en cuenta su historia colonial persistente. Por lo tanto, como una posible alternativa ante lo disfuncional que puede resultar ser la ponderación, se propone incorporar en las controversias de derechos y principios al método de la historización de los conceptos como una herramienta iluminadora para la liberación de los pueblos latinoamericanos, que funja

1. Abogado, Universidad de Nariño. Especialista en Derecho Constitucional, Universidad Nacional de Colombia. Maestrando en Derechos Humanos, Universidad Autónoma de San Luis Potosí. Investigador miembro del Grupo de Trabajo "Crítica jurídica y conflictos socio políticos" del Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (Clacso).

a su vez como un camino para repensarnos la hermenéutica constitucional de manera más situada y contextualizada.

Palabras claves: Ponderación, historización, colonialidad, materialidad.

ABSTRACT: The present reflections undertake to present a critique of the figure of the Weighting or proportionality test, from the postulates of a decolonial vision and based on some very general notions of the philosophy of liberation, outlining some arguments more akin to a materialist position of the right, from where the meaning and ideological foundation of said hermeneutical tool is disputed. Thus, the fundamental axis of this article revolves around the unveiling of the consequences that the automated use of weighting generates, in a context where constitutional law, its contents and interpretative forms have fallen into ideologizations, encryptions and fetishizations, by not Take into account its lingering colonial history. Therefore, as a possible alternative to how dysfunctional Weighing can be, it is proposed to incorporate in the controversies of rights and principles the method of the historicization of concepts as an illuminating tool for the liberation of Latin American peoples, which works at the same time as a way to rethink constitutional hermeneutics in a more situated and contextualized way.

Keywords: Legal weighting, historization, coloniality, materiality.

INTRODUCCIÓN

En 1982, Gabriel García Márquez recibió el premio nobel de literatura por su fantástica y bien conocida obra *Cien años de soledad*, con la que se destacó como quizá el máximo exponente del realismo mágico en el mundo. Al recibir su condecoración, con su sutil estilo crítico para narrar las realidades y vivencias que lo inspiraban, en su discurso de agradecimiento puso sobre la mesa la cruda realidad de América Latina. Se cuestionaba sobre la imposibilidad con que contamos los latinoamericanos de pensar-nos la justicia social que tanto se predica de los países europeos, pero con nuestras propias herramientas, métodos, mecanismos y de acuerdo con nuestro contexto. Argüía encontrar el tamaño de la soledad de nuestros pueblos, en el camino vetado que tenemos de vivir nuestra vida y nuestro destino sin la interferencia de los que creen ser dueños del mundo y la verdad. Sentenció: “América Latina no quiere ni tiene por qué ser un alfil sin albedrío, ni tiene nada de quimérico que sus designios de independenciamiento y originalidad se conviertan en una aspiración occidental” (Márquez, 1982).

Pues bien, sin la intención de discutir sobre temas técnicos, formales o lógicos propios de la ponderación, como esa herramienta metodológica de la hermenéutica y argumentación jurídica occidental, en el presente documento se la trata de cuestionar precisamente a la luz de una mirada decolonial y liberadora propio de un esfuerzo intelectual serio que apunta por la deconstrucción de la matriz de colonialidad con la que seguimos pensando nuestras instituciones y aplicando nuestro derecho. No se trata, por lo tanto, de desprestigiar los méritos que puedan predicarse de aquella herramienta, sino de poner en tela de juicio su aplicabilidad al constitucionalismo latinoamericano que hoy más que nunca exige vitalidad y formas de construcción más allá de Europa, proponiendo para ello un código de interpretación popular situado en América Latina y el Sur global, como ese espacio de interpelación y juzgamiento del carácter moderno-colonial-capitalista de nuestras instauraciones constituyentes y constitucionales.

Ello pasa por una crítica, la cual más que dirigida a la recepción pasiva de esta figura por parte de nuestros operadores jurídicos colonizados o del lugar residual que eventualmente pueda ocupar en el marco de un constitucionalismo transformador, argumenta en la ingenuidad de tal recepción y de la herramienta en sí misma. Pero no se trata de un señalamiento de ingenuidad despectivo o en contra de su rigor metodológico, sino más bien que se plantea en un sentido ideológico y epistémico: la ponderación es una figura por antonomasia moderno-colonial-capitalista que difícilmente puede contribuir con la liberación de nuestros pueblos por el grado de abstracción con que se plantea y por su formulación absolutamente alejada de nuestro contexto, historia y realidad. Por el contrario, lo que se observa es que con ella se promueve, justifica, legitima y eternizan asimetrías fácticas de poder que forman un marco de contención en las luchas por la liberación, cayendo en su inevitable ideologización y fetichización.

Pese a fundamentarse en una hermenéutica que puede considerarse como analógica en virtud de la necesidad de evitar univocismos y equívocismos a la hora de interpretar, se edifica como una figura desde la totalidad para la totalidad. Por esa razón, más allá de una concepción positivista, realista, garantista o neoconstitucionalista, se trata muy precariamente de denunciar las máscaras y el uso ideologizado de esta figura al interior de nuestros sistemas jurídicos, ubicándonos en una posición más cercana al iusmaterialismo que nos permite abrir el velo de sus limitaciones, contradicciones y vacíos. Se denuncia la utilización abstracta que hace de los derechos, dándolos como *a priori*s verdaderos y efectivos en sí mismos, sin pasar por su verificación en su contexto, es decir, en el sentido y en los efectos que la praxis concreta da de ellos.

Para ello, en primer lugar, se hace un esbozo aproximado para comprender qué es la ponderación, así como su fundamento filosófico y las críticas más relevantes que se le han hecho a esta figura. Posteriormente, se pone de manifiesto la realidad colonial de América Latina, como un abrebocas para la tercera parte del escrito, consistente en una crítica decolonial y material de la ponderación, desde donde emerge la propuesta de historización de los conceptos de Ignacio Ellacuría como una alternativa hermenéutica para la liberación.

1. APROXIMACIÓN A LA FIGURA DE LA PONDERACIÓN O TEST DE PROPORCIONALIDAD

Gadamer consideraba que la hermenéutica se había erigido como una ciencia, pero también como un arte. Ciencia por ser un conjunto ordenado de principios y tesis sometidas a la verificación y refutación, y la constitución de un método en constante construcción y posibilidad de falsación. Arte, por las reglas de procedimiento que exige y la necesidad de una sensibilidad e intuición en el hermeneuta a la hora de hacer una interpretación (Beuchot, 2010). Como buen discípulo de las enseñanzas de Heidegger, pero yendo un poco más allá, consideraba a la hermenéutica como una mezcla de horizontes predeterminados con consecuencias prácticas desde el mismo inicio de la comprensión que supone la hermenéutica. Puso las bases para dar un pequeño giro a la ya histórica discusión sobre la posibilidad de separación del intérprete y el objeto de interpretación, así como de las posibilidades de objetividad en cualquier ejercicio hermenéutico.

El derecho no ha sido ajeno a ninguna de esas discusiones filosóficas y ha dado cabida a que emerjan posiciones casi que opuestas: las objetivistas más propias del positivismo y la exégesis, en lo que puede concebirse es una postura univocista; y, los subjetivistas o relativistas que creen en la imposibilidad de una interpretación objetiva, cayendo más del lado de posturas equivocistas (Beuchot, 2010). No obstante, en el medio se observan otras posiciones que, más afines a las filosofías analíticas y del discurso, creen llegar a puntos de racionalidad intermedia o analógica. En ese contexto se encuentra la figura de la ponderación, cuya construcción no es nueva, sino que se remonta inclusive a algunas posturas que la doctrina judicial y académica estadounidense, principalmente realista, asumió

desde entrado el siglo XX en contraposición a los métodos formalistas de interpretación dominantes hasta ese momento (González, 2020)².

Sin embargo, su más notable desarrollo en lo que se enmarca como el principio de proporcionalidad se dio en Alemania, en vigencia de la Ley Fundamental de Bonn expedida al finalizar la Segunda Guerra Mundial en 1949, con base en los antecedentes que el derecho administrativo decimonónico de ese país ofrecía. Se comenzó a desarrollar por el Tribunal Constitucional Alemán, teniendo gran acogida dentro de diferentes países alrededor del mundo y de alguna parte de la doctrina filosófica del derecho (Ferrere, 2020). Quizá uno de los más interesados y que más han desarrollado esta figura hasta el momento, es sin duda el filósofo del derecho, Robert Alexy, quien dota de método y crea un sistema referencial en torno a la ponderación.

Al hacer parte de una hermenéutica analógica, la ponderación parte del supuesto de que el lenguaje jurídico no es más que una manifestación del lenguaje ordinario o normal. De esa manera, su ubicación, fundamento y justificación se encuentra en el marco de la teoría general de argumentación jurídica esgrimida por Alexy, que encuentra como una de sus bases y fundamentos a la teoría de argumentación práctica general con una influencia notable de los postulados de Habermas. Así, está en medio de la consideración del discurso jurídico y, por ende, de la argumentación jurídica, como una rama del discurso práctico y por lo tanto de la moral (Atienza, 2005). En ese sentido, parte de la idea de que existen algunos procedimientos jurídicos discursivos propios y distintivos del discurso práctico general: creación estatal derecho, discurso jurídico en estricto sentido y el proceso judicial. En ellos toma relevancia la creación estatal de normas jurídicas, en el entendido que ellas pueden ser incompatibles entre sí dentro de un sistema con incoherencias, toda vez que la creación normativa jurídica positiva selecciona solo algunos discursos posibles y de que es imposible solucionar todos los casos jurídicos con las tradicionales reglas de subsunción de hechos en normas; el mismo discurso jurídico se impone límites, por lo que es necesario un procedimiento adicional para solventar esos vacíos, que permita entrever la mejor respuesta entre todas las discursivamente posibles, donde emerge el papel de los jueces como los agentes predilectos para tal fin (Atienza, 2005).

2. Como la intención del presente documento no se centra en el análisis de construcción histórica ni tampoco de los elementos teóricos o metodológicos de la ponderación, se recomienda revisar el siguiente texto que sí lo hace desde esa perspectiva: González, A. (2020). La ponderación en la aplicación judicial del derecho (pequeño boceto histórico y teórico). *Revista Derechos en Acción*, 5 (14), pp. 558-655.

En líneas generales, puede decirse que la ponderación es una forma de decidir con base en el carácter obligatorio de los principios en los actuales Estados Constitucionales, con fundamento en un método racional de argumentación. Así, “individuos cuyo interés es lesionado por una ley pueden acudir a las cortes para requerir del gobierno una justificación de sus acciones con base en razones sustantivas aceptables” (Ferrerres, 2020, p. 162). Lo característico de la ponderación es que resulta ser más una metáfora de asignación de peso a normas en forma de principios constitucionales en pugna; es decir, es una ficción o asignación figurativa que consiste en asignar mayor o menor peso a un principio constitucional que está en conflicto con otro en la solución de un caso concreto, a partir de unas reglas y metodología específica para tal fin, con el objetivo de evitar la arbitrariedad judicial y propender por la corrección de una decisión jurisdiccional en el plano constitucional.

Principalmente se aplica sobre principios constitucionales, siguiendo la distinción formulada por Robert Alexy para diferenciar a este tipo de normas con las reglas, en el entendido que los primeros hacen referencia a normas de textura abierta que operan como mandatos de optimización, cuya aplicación, resultado y cumplimiento no es absoluto como en las reglas (se cumple todo o nada), sino gradual o en la mayor medida de lo posible, cuyos límites los pone el mismo sistema constitucional o la realidad material. No se trata entonces de una apuesta universal, sino que su aplicación se somete a las particularidades de cada caso. Así las cosas, la ponderación es un procedimiento y criterio de racionalidad al interior de un sistema jurídico constitucional que congrega reglas y principios. Solo se puede hablar de argumentación jurídica en medio de una teoría general del Estado y del derecho, donde el sistema jurídico es tanto normas como procedimientos. El derecho es concebido como sistema de normas diferenciales, donde los principios, al ser los mandatos de optimización del sistema con características de gradualidad no jerárquica, son los adecuados para aplicar la ponderación.

En sentido cabal, el modelo de ponderación desarrollado por Alexy (1993), se conoce técnicamente como el test de proporcionalidad. De conformidad con esta propuesta, cuando en un caso concreto chocan dos derechos fundamentales³ que tienen forma de principios, ellos se deben poner en una balanza para hacer un ejercicio valorativo razonable antes de tomar

3. Al respecto, valga aclarar que se habla de choque de principios o derechos fundamentales en igual sentido, teniendo en cuenta que los derechos fundamentales tienen la forma jurídica y normativa de los principios: es decir, son normas de textura abierta o mandatos de optimización. En otras palabras, se puede decir que todos los derechos fundamentales son principios constitucionales, aunque no todos los principios constitucionales sean derechos fundamentales.

una decisión, teniendo en cuenta los diferentes factores que inciden en el peso de cada derecho. Dichos factores se definen por el teórico como el peso concreto, el peso abstracto y la seguridad empírica de las premisas en relación con los derechos en juego, en un modelo donde no importa lo que se pesa, sino la manera en cómo se lo hace (Uprimny y Rodríguez, 2014). Ahora, esa razonabilidad con la que se espera se tome una decisión, se cierne dentro de lo que Robert Alexy (1993), llama como el test de ponderación o de proporcionalidad. Este consta de tres subprincipios, organizados de tal forma que el anterior es condición necesaria para el posterior: 1. Un test de adecuación o idoneidad; 2. Un test de necesidad; y, 3. Test de proporcionalidad en sentido estricto. Lo anterior significa que solo tiene cabida preguntarse por la necesidad, si la medida tomada es adecuada o idónea, al igual que solo cabe plantearse la proporcionalidad estricta, si aquella disposición se toma como necesaria. “Solo cuando los elementos de necesidad y adecuación concurren podemos hablar del surgimiento de un conflicto que obliga a elegir entre una u otra opción. En este momento es cuando hay lugar a la ponderación” (Ferrerres, 2020, p. 172).

La adecuación comprende una relación de causalidad entre la posible restricción que se produce con la medida y el supuesto principio constitucional que se trata de maximizar o enaltecer. En otras palabras, es una simple verificación causal de que si restrinjo un derecho fundamental es porque estoy maximizando otro. De esa manera, en este primer paso solo se debe verificar que la medida persiga un fin constitucionalmente legítimo y sea adecuada, correcta o causal para conseguir ese fin. Por su parte, la necesidad implica que la decisión sea la menos restrictiva del derecho, dentro de un marco de análisis de varias posibilidades existentes, donde es necesario corroborar la efectiva existencia de esas múltiples alternativas, siendo que ellas son más gravosas que la elegida para el cumplimiento del fin constitucional perseguido; de lo contrario, si alguna de ellas es menos gravosa y cumple con la adecuación, no se superaría el test de necesidad. Finalmente, la estricta proporcionalidad hace referencia a un análisis comparativo costo-beneficio entre los principios en pugna, de tal manera que haya un grado de satisfacción máximo del principio 1, sin detrimento o minimización máxima del principio 2; es decir, que sea una medida justamente proporcional entre la satisfacción del principio 1 en comparación con la lesión o restricción del principio 2, cuya superación se cierne sobre la premisa de una alta satisfacción en virtud de una leve restricción. En otros términos, puede decirse que no se puede restringir fuertemente un principio para lograr una satisfacción débil o mediana del otro principio: la satisfacción debe ser superior a la minimización; los costos no pueden ser

más altos que los beneficios (Alexy, 1993). En palabras del propio Alexy, esta formulación se puede resumir en la premisa de que “cuanto más alto sea el grado de incumplimiento o de menoscabo de un principio, tanto mayor debe ser la importancia del cumplimiento del otro” (Alexy, como se citó en Atienza, 2005)⁴.

En ese contexto, en línea con los postulados de la hermenéutica analógica y la ruptura filosófica que se marca con el positivismo jurídico en tanto formas interpretativas cerradas y silogísticas, la ponderación resulta adherirse a los supuestos analógicos, indicándonos la necesidad de una interpretación equilibrada o proporcional que oscila entre los dos extremos de una controversia, pero que da cabida a varias hipótesis interpretativas, formando una especie de jerarquía entre ellas en una medida de graduación guiada por los argumentos, donde resulta haber un analogado principal y otros secundarios, que llevan a concluir que no hay interpretaciones más verdaderas y más falsas, más válidas o menos válidas, dejando que simplemente unas resultan más adecuadas que otras por ser más ricas, finas o tener mejores soportes técnicos, discursivos o argumentativos (Beuchot, 2007).

1.1. Las críticas

Dentro de las críticas que se han hecho a la figura de la ponderación, que el mismo Alexy y sus adeptos han respondido, valga resaltar la orilla técnico-formal y dogmática con que la mayoría de ellas se estructuran. Ineludiblemente, sus detractores más grandes se encuentran del lado del positivismo o los sectores más conservadores del derecho que se muestran reacios a aceptar algún nivel mínimo de activismo judicial o posibilidades de interpretación amplia de los jueces, siendo enérgicos defensores de una aplicación a raja tabla del derecho. Igualmente, se identifican otras que, más que críticas punzantes, son nociones complementarias o que refutan la pretensión de racionalidad con la que supuestamente se edifica la ponderación (Atienza, 1996).

En ese sentido, se observa que ataques positivistas como los provenientes de Antonio García Amado y Prieto Sanchís (como se citó en González, 2020), entre otros, previenen de la relativización en la garantía de

4. Lo cierto es que en las discusiones constitucionales que tienen lugar la colisión de principios o derechos fundamentales, y, por lo tanto, la ponderación, esta fórmula puede resumirse muy concretamente de la siguiente manera:

El primer paso es preciso definir el grado de no satisfacción o de afectación de uno de los principios. Luego, en un segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Finalmente, en un tercer paso, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro. (Alexy, como se citó en Bernal, 2005, p. 99)

derechos fundamentales y la inseguridad jurídica que la ponderación produce al interior de los ordenamientos jurídicos constitucionales, por su alto componente moral y fundamentación axiológica. Se le acusa de no ser intersubjetiva y, por eso, de impulsar altamente la discrecionalidad y subjetividad en la interpretación. Inclusive, se habla de ser una figura retórica que enmascara decisiones amañadas y a través del cual se compara lo inconmensurable. Esta primera objeción señala que la ponderación no es más que una fórmula retórica o una técnica de poder, carente de un concepto claro y de una estructura jurídica determinada. Desde esta comprensión, no hay criterios lo suficientemente sólidos para afirmar una cierta objetividad en la ponderación que sea vinculante para los jueces y que funjan, a su vez, como controladores de su poder, imposibilitando la obtención de respuestas correctas en la solución de casos. De esta forma, se trata de una estructura vacía que se llena de las apreciaciones subjetivas de los jueces (González, 2020).

En línea con las aseveraciones de ser una estructura vacía, aunque con serias matizaciones, se encuentra la crítica que se hace del peso abstracto y la falta de una teoría sustantiva general para determinar el núcleo de los derechos al momento de ponderar. Según esta posición, “Alexy tendría que haber desarrollado algo así como una teoría de la razonabilidad que suministrara algún criterio para elegir, de entre las diversas soluciones racionales, la más razonable. Pero los criterios de racionalidad práctica de Alexy son, al mismo tiempo, demasiado estrictos” (Atienza, 2005, p. 178). Es labor, por lo tanto, de los jueces ver las diferencias cualitativas entre los derechos y sus componentes, cuando se vean envueltos en un ejercicio de ponderación de derechos. En ese sentido, los tres pasos o preguntas que suponen el test de proporcionalidad solo pueden tener lugar si hay una teoría sustantiva de la justicia y los derechos, pues es una labor que no puede dejársele a los jueces porque eso no les corresponde, en la medida en que se tratan de cuestiones externas al mismo principio de proporcionalidad (Ferrerres, 2020).

En igual sentido, dentro de las críticas que acusan a la ponderación de irracional, se sigue la línea positivista de la inconmensurabilidad de los derechos fundamentales, pero aduciendo que los principios no son jerárquicos y, por lo tanto, cualquier medida que los jerarquice en grado de aplicación, resulta ser no racional por más argumentada que sea. Esta posición también se muestra a favor del vacío que deja Alexy en su planteamiento en la falta de criterios serios para la asignación de pesos. Se dice que no hay una unidad de medida para los principios ni una moneda común para fundamentar relaciones de precedencia y subsecuencia en los casos en

los que estos chocan (González, 2020). Según esta línea argumentativa, se tiene entonces una irracionalidad en doble sentido, porque la ponderación auspicia ejercicios irracionales *per se* y no permite predicción de resultados generales. “Las decisiones judiciales que se toman mediante la ponderación conforman una jurisprudencia ad hoc, que magnifica la justicia del caso concreto mientras, correlativamente, sacrifica la certeza, la coherencia y la generalidad del derecho, en síntesis, la seguridad jurídica” (González, 2020, p. 625).

Finalmente, se encuentra una línea crítica impulsada por Habermas, la cual apunta a cuestionar la rigurosidad conceptual y lógica de la ponderación, siendo que por eso no puede concebirse como una forma racional de solución de controversias constitucionales. Para él, simplemente los patrones racionales están ausentes en la ponderación, por lo que resulta inoperante. Al no tenerlos, se cae entonces en arbitrariedad, irreflexión y se sigue la misma estructura vertical y jerárquica del positivismo. No hay un criterio definitorio que hace que el derecho salga de las esferas de lo correcto e incorrecto y lo auténticamente justificado, cayendo en representaciones ideales y abstractas como la mayor o menor adecuación a los principios. Así las cosas, la sentencia sería un juicio de valor que refleja determinada axiología y forma de vida inmersa en ese marco, “pero ya de ninguna manera está referida a la alternativa de si la decisión concreta es correcta o incorrecta” (Habermas, como se citó en González, 2020, p. 636).

En síntesis, podríamos decir que se tienen críticas más intra sistémicas y técnicas que no ponen en duda el contenido ideológico con el que opera la ponderación, ni se hacen de manera material y concreta, sino en el mismo plano de la ficción y abstracción de los postulados constitucionales defendidos por el constitucionalismo liberal moderno y contemporáneo. Caminemos entonces hacia unas notas críticas que sometan a discusión el contenido ideológico de la ponderación, pensándolo desde la realidad colonial de América Latina.

2. LA REALIDAD COLONIAL EN NUESTRA AMÉRICA

Entender la organización del poder mundial en la actualidad, así como su desarrollo, estructuración y análisis de las causas que lo posibilitaron, pasa por exámenes omnicomprendidos de diversos fenómenos históricos que han facilitado este proceso. El mundo, como lo conocemos, vivimos y entendemos hoy, es el resultado de una serie de sucesos, decisiones, visiones y articulaciones sociales, políticas y económicas, cuyo punto de partida, emanaciones y eslabones deben escudriñarse en la materialidad,

las relaciones, lo público, lo privado y la conciencia de las personas. Precisamente, Aníbal Quijano (1992) nos ofrece una de esas ópticas plurales de comprensión. Nos da las luces para entender la forma en cómo las lógicas del proceso colonizador adelantado en América Latina desde 1492 actualmente cumplen un papel supremamente importante en la distribución y detentación del poder a escala global y ha sido determinante en el proyecto racional moderno, que tiene sus manifestaciones en lo jurídico e institucional.

En ese sentido, el colonialismo debe entenderse como una relación de dominación directa, política, social y cultural que ejercieron los europeos sobre los pueblos que conquistaron. Su manifestación es fáctica, empírica y se evidencia en ejercicios de coerción y coacción. De igual manera, el colonialismo como práctica política produjo categorías de discriminación que quisieron significarse y dotarse de contenido como algo natural y ahistórico, es decir, sin entender que surgen como producto de ciertas dinámicas de poder en un momento dado.

Esa es precisamente la explicación que da Quijano (1992) sobre las relaciones desiguales en el mundo, cuyos vínculos intersubjetivos, caminan dentro –pero no únicamente– en las diferencias de clase. Se trata de una elucidación de la estratificación social y división de clases desde el sistema económico, pero también desde el contexto socio político y cultural de dominación producto del colonialismo. Ahora bien, para explicar el colonialismo, Quijano acude a diferentes espacios y niveles en los que este se manifiesta.

En primer lugar, se encuentra el espacio del imaginario de los dominados. Se trata de un lugar que actúa dentro de la persona y es facilitado por formas de represión que recayeron, ante todo, sobre los modos de conocer, de producir conocimiento, de producir perspectivas, imágenes y sistemas de imágenes, símbolos, modos de significación; sobre los recursos, patrones e instrumentos de expresión formalizada y objetivada, intelectual o visual. Como un segundo momento, distingue la imposición de los usos, visiones, creencias, mitos, explicaciones y saberes del colonizador, que “sirvieron no solamente para impedir la producción cultural de los dominados, sino también como medios muy eficaces de control social y cultural, cuando la represión inmediata dejó de ser constante y sistemática” (Quijano, 1992, p. 12). Finalmente, resalta la imposición de una visión mistificada de sus formas y patrones de producción de conocimiento, formas expresivas, al no ponerla en acceso de los dominados o hacerlo de forma fragmentada, conveniente y bajo el amparo de seguir manteniendo la dominación. Se

buscaba cooptar, en alguna medida, a los dominados dando cierto acceso al poder.

Se presenta, en ese sentido, una propuesta teórica seria, material y compleja para comprender la realidad del sistema mundo. La relación de dominación que se gesta desde el colonialismo a las periferias europeas da fe de por qué hoy seguimos tomando decisiones individuales y colectivas, formulando políticas y creando todo tipo de instituciones sobre una sola racionalidad: la producida en Europa desde que se descubrió a América (Quijano, 2000). El poder en el sistema mundo actual sigue siendo colonial. Quienes padecemos el colonialismo permanecemos seducidos por la promesa de Europa y mirando de manera distorsionada nuestra realidad cuando nos vemos al espejo de nuestra vida, pues se nos arrebató lo que somos y no encontramos nuestro propio ser. Somos cómplices callados, conscientes e inconscientes de la colonialidad.

Y estos ejercicios de dominación se hacen a través de la idea de raza como el fundamento subjetivo de la colonialidad y la creencia de que hay espacios y personas superiores e inferiores por razones biológicas. Quijano (2000) afirma que la raza es esa forma de hacerles creer a los pueblos descubiertos que eran inferiores a ellos y, por lo tanto, les debían sometimiento. En tanto raza, se trata de una idea que hizo que se generen identidades no conocidas entre los pueblos americanos, que comenzaron a edificar formas lingüísticas segregacionistas y diferencias jerarquizadas en los roles sociales, lugares y funciones de las personas, cuyo patrón y justificación era la dominación. Se comenzó a fragmentar y clasificar a la sociedad a partir de este concepto, que legitimaba el sometimiento en todos los espacios y que explica hoy la estructura de poder mundial. "(...) los pueblos conquistados y dominados fueron situados en una posición natural de inferioridad y, en consecuencia, también sus rasgos fenotípicos, así como sus descubrimientos mentales y culturales" (Quijano, 2000, p. 2).

De la misma manera, concibe que la dominación sobre sus territorios, el trabajo y recursos productivos hizo que Europa pueda florecer económicamente en relación con otras culturas en el mundo, potenciando una idea muy suya: el capitalismo. Europa encontró en América el espacio perfecto, necesario y sin el cual hoy no pudiese existir en la manera en que lo hace. El proceso de colonialismo supuso también la inclusión en América de un sistema económico, como modo de producción, desconocido y que, hacia confluir todas las formas de producción históricamente conocidas, en una relación ensamblada sobre el capital-trabajo-salario-mercado. En este punto, lo más importante y funcional era precisamente ejercer control sobre el

trabajo, los recursos y los productos, que a la postre posibilitó el dominio de Europa de todo el comercio mundial. Lo anterior contribuyó a que el capitalismo mundial comience a establecer sus raíces y se haya desarrollado.

Se trata de dos fenómenos explícitos que se interrelacionan y explican mutuamente, aunque tienen funcionamiento autónomo. Tanto raza como división del trabajo se vinculan, pero operan en diferentes niveles y con diferentes explicaciones. Se da lo que dice Quijano una división racial del trabajo o colonialidad del trabajo, donde se produce una forma de control de trabajo a cada raza creada, otorgando ciertos beneficios a unas y excluyendo a otras. Esto se mantuvo durante toda la época colonial y fue la misma idea en cómo desde el siglo XVII se comenzó a organizar la sociedad a nivel mundial con la extensión del capitalismo/colonial en todo el orbe, donde Europa fue paulatinamente el centro. “El capitalismo mundial fue, desde la partida, colonial/moderno y eurocentrado” (Quijano, 2000, p. 4). Aquello, puso a Europa en un lugar privilegiado, que hizo que tenga todas las herramientas para ejercer las mismas prácticas de dominación/colonial en el mundo que organizan la estructura del sistema-mundo-capitalista hoy. Dominación que no solo se evidencia en el patrón de poder económico, sino como ese espacio donde subyace el control de la cultura, la subjetividad, los saberes, los símbolos, las formas de otorgar sentido, los significados y la producción de conocimiento. Es decir, a partir del desarrollo de las ideas de raza y control del trabajo, se hegemoniza el proyecto político complejo particular europeo a nivel mundial. Se habla de la formación de un etnocentrismo colonial y una clasificación racial universal.

En el mismo sentido, estos fenómenos políticos se dieron acompañados de una forma de comprender el mundo y la historia, de llegar a la verdad y producir el conocimiento: la racionalidad moderna. A partir de la distinción entre razas y su categorización entre inferiores y superiores, se comienza a hablar que la verdad y la razón solo podría estar en manos de los superiores, desechando totalitariamente lo externo/inferior a ellos. Se crean conceptos entonces para hacer esas diferenciaciones: civilizado-primitivo, occidente-oriente, racional-irracional, moderno-tradicional, lo científico-lo mítico: Europa-No Europa. Se trata de la potenciación de los mitos fundacionales de la historia de la modernidad que se tienen como los únicos válidos y resultan hegemónicos, esto es, de la consideración de que el estado de naturaleza en que vivían los hombres se superó en Europa, pues ellos se volvieron civilizados, y la idea de que las diferencias entre Europa y lo No europeo es producto de diferencias naturales y no asuntos de poder.

La racionalidad moderna europea, produce que ellos se piensen como lo más avanzado en el mundo y se consideren el fin de la historia, es decir, como ese lugar donde todos los menos avanzados deben llegar mediante un tránsito lineal del decurso de la historia donde el último punto es Europa. Hacen promesas ególatras a todos los ciudadanos del mundo, donde solo se logra avanzar si se los alcanza, si se deja en el pasado lo demás. En ese contexto, es necesario comprender que la racionalidad moderna europea es eso, solo una forma de racionalidad moderna; no encierra la complejidad de la modernidad en sí misma. La modernidad es más compuesta y se articula sobre relaciones sociales, materiales e intersubjetivas, cuyas explicaciones se derivan de la comprensión del sistema mundo y patrón de poder mundial actual, las contradicciones sociales del mismo y del proceso histórico que lo produjo: la colonización de América. “A partir de América un nuevo espacio/tiempo se constituye, material y subjetivamente: eso es lo que mienta el concepto de modernidad” (Quijano, 2000, p. 7).

Como producto de la colonialidad y la categorización y organización social de todas las culturas existentes en América en torno a la raza, produjo que no solo ellos fueran despojados de su identidad e historia propia, sino que también se negara y subalternara su papel en la historia y la producción cultural mundial. Desde ese momento, hasta hoy, son consideradas como razas inferiores, primitivas, no evolucionadas o del pasado. Se creó, en ese sentido, una división dicotómica, dual o binaria de la realidad en todas las esferas, cuyo punto de partida era lo europeo, y una visión lineal de evolución que culmina en Europa, propendiendo por la homogenización de las diferencias. Por demás, se trata de un proceso que bebe notable y funcionalmente de aquella concepción separatista entre el cuerpo y el no-cuerpo, dejando la razón por fuera de lo sensible del ser humano, a suerte de instrumentalizar y convertir en simple objeto de exploración y conocimiento al cuerpo, como justificante perfecto para el ejercicio de dominación: los de razas inferiores solo poseían cuerpo, no alma ni razón.

Todo lo anterior ha tenido una consecuencia profunda y fundamental para entender a América hoy: seguimos reflejándonos ante un espejo que no nos indica la realidad de lo que somos ni de lo que requerimos para identificar nuestros problemas y las soluciones para ello. Gracias a la colonialidad/modernidad eurocéntrica capitalista nos vemos de manera parcial, distorsionada y como una ficción. Situación que, además, ha significado la absoluta imposibilidad de construir un auténtico Estado y formas jurídicas con aires de democracia, pues la nación en si misma sigue colonizada, subyugada y segregada, solo que con otra estructura institucional.

La construcción de la nación y sobre todo del Estado-nación han sido conceptualizadas y trabajadas en contra de la mayoría de la población, en este caso, de los indios, negros y mestizos. La colonialidad del poder aún ejerce su dominio, en la mayor parte de América Latina, en contra de la democracia, la ciudadanía, la nación y el Estado-nación moderno. (Quijano, 2000, p. 17)

De esta manera, se tiene que para Quijano el poder hace referencia a explotación, dominación y, por lo tanto, conflicto, pues no es otra cosa que “las diferencias que hay en la sociedad respecto de los recursos que unos tienen, porque cumplen determinadas funciones, para imponer sus decisiones a los demás, o de imponer sus intereses sobre los de otros, porque ocupan determinadas posiciones sociales” (Quijano, s.f., p. 4). Así, el poder no se limita a un solo campo, sino que es una disputa en diferentes espacios donde se desarrolla la vida social del ser humano: trabajo, autoridad, subjetividad, intersubjetividad, familia, sexo, intimidad y, en general, en los distintos roles y relaciones sociales existentes y concurrentes, que, por eso mismo, resultan ser históricas, articuladas, interdependientes, con especificidades propias y delimitantes horizontalmente.

En esa medida, los análisis que del poder se hagan o que tengan que ver con este directa o indirectamente, deben entender que el mismo se ejerce de manera diferenciada en cada ámbito social. Es decir, la tríada de dominación-explotación-conflicto, no opera siempre al mismo nivel y de la misma manera. Así, por ejemplo, la dominación como elemento básico del poder se desarrolla más ampliamente en el ámbito de la subjetividad y la autoridad, resultando preponderante en el contexto actual la raza y la idea de colonialidad vendida por el eurocentrismo; la explotación por su parte se hace más notoria en campos económicos, de trabajo, producción y distribución de riqueza. No obstante, eso no implica capear las discusiones y contenidos morales de uno u otro concepto ni justificar los ejercicios de sometimiento, al estilo liberal, ni tampoco subordinar uno al otro, a suerte de deshistorizarlo o ahistorizarlo, como se deriva de la comprensión de explotación desde el materialismo histórico. Funcionan de manera conjunta y como engranajes complementarios para analizar el poder.

La dominación duradera refuerza la explotación y seguramente ésta hace lo mismo con aquella. Pero ninguna se origina en la otra, ni, en consecuencia, la determina. Tienen ámbitos diferentes, orígenes y carácter diferentes, pero la una no podría existir sin la otra. (Quijano, s.f., p. 9)

De la misma manera, se debe tener presente que aquello siempre supone conflictos y resistencias, siempre existentes tras las conclusiones de una disputa específica en un momento dado, que en ese sentido es contex-

tual e histórica. Para Quijano, en el marco de las disputas, la generación de la reproducción de las relaciones de poder surtidas tras esa batalla supone violencia, pero su reproducción constante a lo largo del tiempo no se hace a través de la normalización de la derrota o el apaciguamiento del conflicto con formas diversas de dominación, así este nunca se ausente. Se tiene entonces que, para él, lo que se conoce como poder social resulta de una co-presencia de los conceptos y ejercicios de dominación-explotación-conflicto en contextos y espacios históricos específicos y en momentos dados. Así, el poder se difumina y está presente en toda la vida social del ser humano: en sus conductas, cotidianidad, relaciones e instituciones, siempre en clave dialéctica como el motor de la historia. Suponer eso, implica reconocer que las relaciones sociales no son producto espontáneo de la voluntad individual de los sujetos en un momento dado, ni tampoco algo externo, inconsciente y predeterminado a ellos, sino más bien articulaciones de poder, es decir, del tríptico dominación-explotación-conflicto, donde el sujeto tiene elemento participativo importante.

Eso supone que, en cada momento histórico concreto, las formas de control producto de la detentación del poder acudan a determinados instrumentos para lograr su hegemonía. De esa manera se comprende la existencia, surgimiento y desarrollo de las instituciones en cada relación social particular, con su adscripción a la totalidad social y al poder comprendido de esta forma. Así, se tiene a la empresa como la forma en que se organizan las relaciones de producción capitalista y se controla el trabajo; la familia burguesa-patriarcal en el control de los roles del sexo y la reproducción; el eurocentrismo en el control de la subjetividad, la verdad, la producción del conocimiento y el imaginario; y, el Estado nación moderno como forma de control de la autoridad a través de la monopolización de la violencia. Pareciese que la ponderación deja de lado la concepción del poder y la construcción del derecho y el constitucionalismo así entendida, siendo incauta con una realidad inescindible de las discusiones que sobre los derechos tengan lugar y abriendo paso a la necesidad de someterse a una crítica desde este horizonte, en clave de generar elucubraciones y formas hermenéuticas transformadoras y liberadoras de la realidad de América Latina.

3. HACIA UNA CRÍTICA DECOLONIAL Y MATERIAL DE LA PONDERACIÓN

Como se ha ido esbozando, se concibe que tanto la formulación y justificación filosófica, como la misma puesta en marcha del aparato de la ponderación, se basa a nuestro juicio en fórmulas sacralizadas que se basan en

abstracciones y elucubraciones lógico-deductivas descontextualizadas⁵. En sus bases axiológicas, la ponderación no discute sobre la situación estructural de opresión y represión en la que viven las mayorías populares de América Latina y gran parte del mundo que ha asumido el modelo constitucional de derecho, producto de la explicada matriz de colonialidad. Es una figura que no solo olvida el disenso y desconoce el conflicto en perspectiva dialéctica, sino que omite la alteridad y exterioridad como una necesidad casi que esencial de la misma propuesta teórica. Olvida que las normas son praxis jurídicas normativas (Salamanca, 2011) y se deja de lado que estas tienen una función semántica de designación de relaciones deónticas existentes en la realidad en un marco definitorio e ideológicamente determinado para ello.

Con la ponderación y su velo a-ideológico se hace juego a la falsa neutralidad y no se ausculta tras la verdadera intención de la norma. Ese resulta ser el más grande inconveniente del uso de esta herramienta en un contexto plagado de injusticias históricas y una realidad colonial producto del proyecto liberal-moderno-capitalista, más allá de sus virtudes y aportes al constitucionalismo contemporáneo y la teoría hermenéutica. Se fundamenta supuestamente en la necesidad de justicia, pero no disputa lo ordenado sobre lo injusto: pretende ser una figura absoluta e ingenua de matización y armonización de los conflictos, en un espacio que exige justicia material más que formal. Se tiene entonces una figura fetichizada, es decir, que convierte a las normas en fines en sí mismos, poniendo al ser humano a su servicio e ideologizada, esto es, en una forma de legitimación de lo establecido, ocultando así lo injusto de ello.

-
5. A manera de ilustración, nótese los principios en los cuales se basa Alexy para hablar de los discursos jurídicos, con base en las reglas que “operan” (o deben operar) en el discurso práctico general, que son los lineamientos para observar al momento de hacer una ponderación:

Las *reglas fundamentales* (...) incluyen: la regla de no-contradicción (ningún hablante puede contradecirse) y la regla de la constancia terminológica interpersonal (Hablantes diversos no pueden usar la misma expresión con significados diversos). Las *reglas de razón* establecen los derechos y deberes fundamentales inherentes a la participación de un hablante en las discusiones (discursos) sobre cuestiones prácticas (inherentes a lo que se debe, no se debe, se puede hacer): por ejemplo, quien se encuentre en condiciones de hablar puede (es decir, tiene el derecho de) tomar parte en los discursos, cualquier hablante puede problematizar cualquier afirmación, cualquier hablante puede expresar sus opiniones, deseos y necesidades, ningún hablante puede ser obstaculizado en ejercicio de tales derechos con constricciones que provengan del interior o del exterior del discurso. Las *reglas sobre la carga de la argumentación* establecen las condiciones en presencia de las cuales un hablante está llamado / no está llamado a justificar una posición propia: por ejemplo, quien haya producido un argumento está llamado a presentar ulteriores argumentos, tan solo en presencia de un argumento contrario. Las *reglas sobre la justificación* establecen los criterios que cualquier regla de comportamiento debe satisfacer para poder ser considerada como racionalmente justificada: por ejemplo, cada uno debe poder aceptar las consecuencias para cualquiera de las reglas por él presupuestas o afirmadas, cada uno debe poder aprobar cada regla, toda regla debe poder ser mostrada públicamente. Por último, las *reglas sobre la transición* establecen en qué condiciones un hablante puede pasar de un tipo de discurso a otro tipo de discurso: por ejemplo, a cada hablante le está permitido en todo momento pasar a un discurso teórico (empírico), a cada hablante le está permitido en todo momento pasar a un discurso de análisis del lenguaje, a cada hablante le está permitido en todo momento pasar a un discurso de teoría del discurso. (Alexy, como se citó en Chiassoni, 2011, p. 40) (Subrayado fuera del texto original)

Cae en el juego discursivo que concibe que una decisión jurídica solo será racional si se justifica desde una instancia metajurídica que cumple con las reglas lógicas del discurso; empero, no se cuestiona sobre las asimetrías reales y los intereses que se esconden bajo el velo de los discursos. En su estructuración técnica como herramienta para solucionar colisiones entre principios hay una romantización inocente *per se* de las instituciones del derecho moderno, claramente manifiesta en su defensa por la dogmática presentada como los límites al positivismo (Atienza, 2005). En consecuencia, presenta una función judicial si activista, pero con presiones sobre lo más objetivo y correcto posible en un marco *ab initio* y ontológicamente marcado como incorrecto y no objetivo. Sin darse cuenta pretende un sesgo ideológico demarcado por la apoliticidad del juez, pues acepta pasivamente los valores ideológicos dominantes y los exalta. Resulta ser defensor de una cultura judicial hegemónica que propugna por la coherencia y neutralidad como su forma para mantener indemnes los privilegios de los dominantes y en igual situación a los dominados. No obstante, lo que se indica es que la actividad judicial presenta, por el contrario, una inexorable dimensión política en virtud de las inevitables opciones valorativas que necesariamente intervienen en toda decisión jurisdiccional (Ferrajoli, 1973)⁶.

Hay una reformulación del principio de independencia judicial que le es indiferente a la ponderación, a pesar de querer limitar la discrecionalidad de los jueces: cae tautológicamente de manera inasible en ello en contra de lo que hipotéticamente significa su génesis, pues con ella se hace apología a eso que siempre será discrecional. No establece un valor guía en su racionalidad, sino que lo deja justamente al arbitrio de los valores del juez a la hora de analizar los casos concretos, interpretar y ejercer justicia, ni tampoco asoma su vista al contexto histórico que fija ese componente ético presente en toda hermenéutica.

Valga recordar que, para Gadamer, interpretar es similar a un diálogo que puede ser tal si se hace entre dos sujetos que hablan el mismo lenguaje y conocen los objetos del tal lenguaje. Por eso resulta de capital importancia

6. Ya lo advertía Duncan Kennedy (1999), cuando reflexionaba sobre lo que oculta la ideología del Estado de Derecho:

en todos los sistemas occidentales, el discurso que los jueces, las autoridades jurídicas y los teóricos políticos utilizan para legitimar la aplicación del poder estatal niegan (suprimen, mistifican, distorsionan, ocultan, evaden) dos fenómenos claves: a) el grado en que las normas establecidas (ya sea que estén contenidas en códigos o en precedentes) estructuran la vida pública y privada de tal manera que confieren poder a unos grupos a expensas de otros, y en general reproducen el sistema de jerarquías que caracteriza la sociedad en cuestión; b) el grado en que el sistema de normas jurídicas tiene vacíos, conflictos y ambigüedades, que son resueltos por jueces que persiguen proyectos ideológicos conscientes, inconscientes o semiconscientes, relacionados con puntos relativos a la jerarquía social. (p. 14)

en los ejercicios de aplicación de derechos leer las tradiciones culturales y las experiencias del mundo de las comunidades y no darlas por sentadas desde lo ya normativamente establecido. Para tomar una decisión judicial en donde hay colisión de principios constitucionales, se debe como un paso ineludible conectar el texto y su contenido con los horizontes históricos de los sujetos y objetos de la interpretación (Pérez, 2018). Entonces ¿cómo desde la ponderación se pretende interpretar, bajo reglas abstractas, los estatutos jurídicos de nuestros textos constitucionales sin reconocer la vigente tradición de colonialidad que atraviesa nuestros sentidos, subjetividades y lenguajes enmascarando el velo ideológico de dominación existente? ¿No sería un oxímoron interpretar la colonialidad de nuestra realidad jurídica desde un instrumento por antonomasia e implícitamente colonial? En palabras más propias de la filosofía de la liberación: ¿cómo interpretar las necesidades vivas de la exterioridad desde la totalidad excluyente?

Pues la ponderación es un instrumento que procura armonizar lo no armonizable a partir de un argumento de racionalidad vacío y abstracto que esquiva análisis reales en las relaciones de poder y como resultado se tiene una figura ingenua, ahistórica y apolítica en un contexto jurídico donde el componente histórico y político atraviesa todo tipo de discusiones y es condición de posibilidad hasta para su propia existencia. Deja de lado que el constitucionalismo liberal no busca racionalizar pacíficamente la sociedad e incluir a todos los ciudadanos en una promesa de avance y prosperidad para todos, sino más bien se edifica como un elaborado y sofisticado esfuerzo para demoler la democracia e instaurar más fácilmente las necesidades del capitalismo con sus consecuencias necropolíticas, crueles e inhumanas inherentes. Se lanza en ristre y sin mayor reflexión como un salvavidas cómplice del sujeto que intencionadamente se ahoga con sus propias aguas. “Que más narcisismo y desvarío infantil que creer que nueve personas interpretando un texto sagrado local van a cambiar una realidad poseída por un sistema que se edifica en la codicia” (Sanín, 2013, p. 21).

Se dice que la ponderación obliga a los interlocutores en el mundo jurídico constitucional a dar un debate sobre derechos y el derecho, pero no se pregunta sobre las raíces y el fundamento de esos derechos o ese derecho. Por lo tanto, pese a ser una herramienta bien intencionada, peca de candidez e indiferencia de lo que resulta ser más determinante a la hora de discutir sobre derechos constitucionales: su fundamento y creación histórica. Se convierte en una herramienta técnica y formal de encriptación

constitucional indisponible para el sujeto constituyente popular⁷ que debe ser el sujeto por antonomasia de determinación del núcleo y garantía de sus derechos, en un contexto de constituciones fetichizadas⁸. Como bien afirma Revenga (2019) “lo interesante no es la ortodoxia interpretativa abstracta e ideal, sino la concreta (y operativa) orto-praxis constatada” (p. 64).

Si bien la ponderación tiene algo de analógica y sus intenciones van en la línea de evitar univocismos y equivocismos al momento de tomar una decisión judicial se queda corta en la propia fundamentación desde lo analógico. Se limita a hacer una elucubración formal y de dogmática constitucional, sin poner de primicia al sujeto o la persona como un elemento central en cualquier hermenéutica analógica. Precisamente, para Beuchot (2007) “la persona, tanto sus derechos subjetivos como lo que se le debe para su vida digna (lo justo), es la fuente principal (el analogado principal) del Derecho” (p. 84). De esa manera se supera la racionalidad formal que se ufana desde la ponderación, dotándola de un contenido material, cuya inclinación básica se cierne sobre la necesidad de producir y reproducir la vida de las personas. Se conjugan así elementos ontológicos, antropológicos y éticos materiales que bregan por la objetividad sin dejar de lado la subjetividad de los intérpretes (Beuchot, 2007).

Como bien lo afirma el mismo autor, la analogía tiene como requisito el diálogo y el sentido comunitario de la construcción de sentido, pero siempre en un contexto sea oral o escrito que pone los propios límites de la interpretación. De esa manera, de lo que debe tratarse a través de las formulaciones hermenéuticas es un sentido de otredad concreta, más que de abstracción concretizadora. Lo que mejor nos prepara para el diálogo y, por lo tanto, para la interpretación es ponernos en el lugar de otro (Beuchot 2010). Con ello se adquieren habilidades dialogales como principio de universalización. No obstante, ello no debe concebirse como un *a priori* de la comunicación al estilo habermasiano, “sino como un *a posteriori* analógi-

7. Al respecto, siendo que las discusiones en torno al poder constituyente rebasan el objetivo del presente documento, se comprende a éste siguiendo lo planteado por Medici (2018):

El poder constituyente es el poder poner y definir en conjunto los medios (siempre culturalmente plurales) para la satisfacción de las necesidades de la vida humana en su circuito natural, supone entonces el fundamento de un juicio crítico de racionalidad reproductiva acerca de la justicia de los sistemas constitucionales realmente existentes. Supone también, no un fundamento contingente de la democracia radical, sino su materialidad (...) Así, el poder constituyente popular es la capacidad de instituir de una comunidad política sobre lo que es, lo que debe ser y lo que podría ser, dentro de las condiciones históricas de factibilidad. (pp. 215-216)

En ese sentido para una lectura panorámica y más completa de este concepto se recomienda revisar: Medici, A. (2016). Otro Nomos. Teoría del nuevo constitucionalismo latinoamericano. San Luis Potosí: Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispát - UASLP

8. En efecto, el proceso de fetichización de la constitución ha supuesto que ella en lugar de ser un espacio abierto a una comunidad ampliada de intérpretes que abarca a toda la ciudadanía y en especial da relevancia a la acción y a la voz de los grupos sociales más postergados y subalternizados, resulta ser un coto cerrado para los operadores judiciales y los doctrinarios del derecho constitucional que tienen la llave de su encriptamiento. (Medici, 2018, p. 218)

co, o una analogicidad no apriorística sino aposteriorística, que nos hace asimilarnos a los demás, analogarnos a ellos, para llevar el diálogo a un desenlace lo más fructífero que se pueda” (Beuchot, 2007, p. 131).

No solo se trata de que haya una mediación analógica entre derecho y moral, sino de construir una hermenéutica que reconozca que los textos jurídicos pertenecen a contextos sociales, políticos y antropológicos desde los cuales se debe interpretar, que, para el caso de América Latina, están atravesados por su realidad e historia colonial. Asimismo, no debe dejarse de lado que la ciencia jurídica ineludiblemente debe ver al ser humano: es el ser humano y no las normas el objeto mismo de toda actividad interpretativa y la base de toda relación ontológica social y jurídica (Beuchot, 2007). Así, se debe reconocer a través de los ejercicios hermenéuticos que, solo se puede preservar el orden jurídico vigente en un marco de toma decisiones moralmente justificadas y contexto de prácticas sociales existentes, “salvo que sea tan injusto que pueda ser mejorado y que la única decisión moralmente justificada es la que conduce a desconocerlo, aun a riesgo de no poder establecer otro con éxito” (Nino, 1994, p. 139).

Un ejercicio hermenéutico comprometido con la transformación y la historia debería desenredar el nudo ideológico que sostiene la estructura jurídica del liberalismo, como única verdad posible e incontestable y así mostrar sus falacias inmanentes. Debería cimentarse sobre la necesidad de la producción y reproducción de la vida de las personas, las comunidades y los pueblos. La hermenéutica y sus herramientas no deben, en consecuencia, ser mecanismos de perfección y perfectibilidad del sistema, sino más bien un bisturí que tienda a su perforación comprometida con la develación de las contradicciones y vacíos más grandes de ese sistema. Debe combatir lo imposible y esa idea de inexorabilidad e irreductibilidad de los textos constitucionales programados por sus más célebres pontífices portavoces y reproductores pasivos (Sanín, 2013).

Se debe reconocer que las sociedades se construyen a través de mitos fundacionales que estructuran funciones e instituciones, donde el derecho se erige como la narrativa, normalización, fetichización e ideologización de ese mito fundacional. En la parte dogmática de las normas es donde se transmite el mito social (Sanín, 2013). De esa manera, la ponderación emerge como un engranaje perfecto para la reproducción de lo que el mito propone: no lo discute, sino que lo petrifica y justifica con los mejores argumentos posibles, en la vetusta idea de comprensión de los derechos como un sistema cerrado y auto atributivo. Las colisiones entre derechos no significan choques dogmáticos intra sistémicos, sino que muchas veces son resultado de controversias entre mundos y realidades opuestas que, en ejercicio dialéctico material, suponen una asimetría real. Poner a dialogar

ingenuamente, como lo propone la ponderación, esas concepciones y horizontes sin tener en cuenta el componente ideológico subyacente en ello, es en consecuencia una propuesta de diálogo ficticia sobre lo que resulta ser hasta indialogable. Es una creencia que cree completo y correcto al sistema, negando sus problemas internos, inseparables e indivisibles.

Por ende, las contradicciones constitucionales no pueden solucionarse con un método interno, pues la contradicción proviene del mismo arreglo constitucional. Cuando la crisis se asoma, ella prueba el fracaso de tal teodicea, la crisis descubre la cortina de la doble moral del sistema que condiciona en series binarias sus contradicciones. (Sanín, 2013, p. 148)

En ese sentido, lo que se procura es que el mito colonial hegemónico en Nuestra América deba ser recusado desde el espacio de los métodos de interpretación, donde resulta imperativo “romper con la difusionista y evolutiva eurocéntrica del constitucionalismo y de las generaciones de derechos desde la alteridad decolonial” (Medici, 2016, p. 196), para que así el discurso de garantías constitucionales manifestadas como derechos o principios no parezca un fantasma sacado de otra época y contexto incapaz de leer lo que tiene en frente y se organice una subjetivación jurídica constitucional comprometida con la justicia y no aliada con la injusticia.

3.1. *Mejor Historizar*

En atención de lo anterior, a manera de propuesta se trae a colación el método de la historización de los conceptos preconizada por Ignacio Ellacuría que resulta perfectamente aplicable a las técnicas de interpretación constitucional en eventos de conflictos de derechos o principios, que coadyuva con la desideologización para una praxis en tránsito hacia la liberación, superando las incompletitudes, contradicciones y vacíos de la tan famosa y extendida práctica de la ponderación en el mundo jurídico⁹. Como parte

9. Valga resaltar que ello hace parte de la propuesta filosófica de realidad histórica que defendió Ignacio Ellacuría y hoy se entiende como su más valioso aporte intelectual. En ese sentido, cuando Ellacuría habla de realidad, lo hace tomando el concepto propuesto por Zubiri quien, desde una perspectiva filosófica, plantea una metafísica de la realidad. Metafísicamente trata de explicar conceptos intramundanos, es decir, de la realidad del mundo que enfrenta y siente el ser humano. Para él, metafísica no es ontología, su metafísica es más bien real. Lo trascendental está en las cosas mismas, no por fuera ni sobre ellas. La realidad tiene algo de *suyo* independientemente de la impresión que el sujeto tenga de ella. En ese sentido, lo real no es real en cuanto tal: es real en cuanto real, independiente de lo que es la cosa en su talidad. Lo que hace a algo real es una respectividad entre las realidades en el marco de una estructura dinámica de lo real (las cosas): esto es lo que las hace de *suyo*. Así, para Ellacuría, la realidad suprema y, por lo tanto, el objeto de la filosofía será la realidad histórica, entendida como metafísica intramundana, no solo por su carácter globalizante y totalizador, sino en tanto realidad histórica: campo máximo de lo real (respectividad de la realidad en el contexto del dinamismo), que supone un momento de realidad que se forma por todos los modos de realidad en respectividad y contexto dinámico. En ese contexto, la historia es un constante de ir hacia nuevas formas de realidad, en donde la interacción de las cosas forma las diversas formas de realidad, produciendo modos de realidad en estadios no jerárquica sino de apropiación que hace que algunos sean más o menos realidad (Ellacuría, 1999).

de su propuesta filosófica de una praxis de liberación socio histórica, se resalta a la historización como un método que sirve para conocer, comprender, develar, desocultar y desideologizar conceptos que, al ser ideologizados por la estructura y las praxis opresoras, requieren verse inmersos en un entramado de liberación¹⁰. Al respecto, se asume que ésta es una herramienta bastante útil para comprender alternativamente los derechos y sus aplicaciones, pues encarna ampliación de horizontes y elucubraciones rigurosas sobre ellos, con una fundamentación en una teoría fuerte y material de la justicia y el bien común.

En ese contexto, según Ellacuría no puede hablarse de derechos sin hacer referencia al bien común. En ese sentido, asevera que existe una concepción formal sobre él, en donde la bondad y eticidad de las conductas del individuo se delimitan en tanto se ejercen en función de ese bien común. Lo contrario significaría incurrir en un acto no ético. “No hay voluntad recta en ningún hombre que busca un bien particular si no lo refiere al bien común como a su fin” (Ellacuría, 2012a, p. 277). Es la búsqueda y la práctica de ello lo que configura la justicia; es decir, la justicia es en la medida que promueva el bien común y el ejercicio de acciones dirigidas a este hacen que la sociedad civil sea justa. La justicia es causa, condición y efecto del bien común.

Se destacan entonces 3 aportes que se derivan de esa comprensión formal de los derechos humanos y el bien común: 1. Al anteponer al bien común como condición de posibilidad de lo justo y del orden social que, por antonomasia, existente en cuanto ese fin, evita justificar éticamente conductas de intereses individuales, que contravengan ese orden, pues no solo se atenta contra el bien de todos, sino que se pone en riesgo la existencia de la sociedad misma. 2. El bien común no se reduce a la sumatoria mecánica e irrestricta de los intereses particulares, sino que su existencia se da ontológicamente dentro del bien común; en otras palabras: el bien común es, porque existe en sí mismo, no porque se llega a él a través del conjunto de bienes sustancial y cualitativamente diferentes a su natura-

10. Según Rosillo & Faz (2015)

El peligro de la ideologización consiste en la legitimación que puede otorgar un sistema injusto, en búsqueda de mantener el *statu quo*, pues se realza lo bueno y se oculta lo malo que tiene, utilizando expresiones ideales que son contradichas por los hechos reales y por los medios empleados para poner en práctica el contenido de dichos ideales. (p. 96)

leza¹¹. 3. Al ser el bien común la existencia de condiciones estructurales dentro de la sociedad, así como al tener su naturaleza y expresión en la justicia, se establece el norte de las instituciones, las prácticas institucionales y los principios rectores de quienes ejercen las funciones institucionales en ello mismo. Es decir, la legitimidad de las instituciones y quienes ejercen el poder se dará siempre en función con el cumplimiento del bien común y la justicia.

No obstante, esta concepción contiene algunas limitaciones. La realidad es muestra de que, a pesar de ser teóricamente un modelo con buenas intenciones no va más allá y desconoce algunas situaciones de la realidad que son necesarias al analizar el bien común, los derechos humanos y la justicia. No se hace en instancia material, real, sino ideal, abstracta, metafísica. “Dicho, en otros términos, no tiene en cuenta las condiciones reales, sin las cuales la persecución del bien común es engañosa” (Ellacuría, 2012a, p. 281). Por demás, en cuanto al bien común, no hay un análisis completo e historizado de la realidad; se hace a partir de un *locus* limitado por los mismos horizontes y comodidades de quienes las proponen. No es una propuesta como tal de bien común para todos como un todo, sino que ese todo es parcial y solo aplica para quienes son considerados como posibles partes de ese todo, excluyendo a otros seres humanos de quienes se servían hasta para escribir sobre ello. No se generan rutas y caminos concretos para poner las condiciones necesarias para el bien común, sino que se habla de bien común en abstracto. Es una propuesta mistificada del bien común, en tanto, parte de marcos analíticos que suponen que el orden como tal es justo y todo lo que escape a ello, no solo es injusto, sino que por eso mismo ataca el bien común; no se percata de la existencia de contradicciones sociales innegables y con representaciones de intereses contrapuestos, por lo que no hace un análisis auténticamente profundo sobre el bien común.

Se reconoce entonces que igual situación pasa con el discurso de los derechos humanos y constitucionales. No debe perderse de vista que su creación no es espontánea ni producto de rayos divinos de un sujeto metafísico que quiere la paz y la tranquilidad. Se afirma que puede pasar que

11. Lo anterior no significa que Ellacuría desconozca la existencia y necesidad de los bienes personales y derechos de la persona. Al contrario, los reconoce, pero antepone para su desarrollo la realización del bien común, así como critica las prácticas de apropiación individual de lo que nos pertenece a todos. En otras palabras, solo con el bien común se potencia la existencia del bien particular, sin que sea admisible en ese orden querer como propio lo del todo. Por demás Ellacuría (2012a) afirma: “Se propone, por lo tanto, un bien común que sea trascendente a cada uno de los individuos, pero sin ser exterior a ellos; un bien común que sobrepasa lo que es cada uno individualmente considerado, pero en la medida misma en que cada uno se sobrepasa a sí mismo, en su dimensión comunitaria y social” (p. 281).

con los derechos se legitima, vigoriza y potencia, por ejemplo, un estado de cosas (político, económico y social) que violenta derechos fundamentales básicos y auspicia la apropiación individual del todo, imposibilitando de manera esencial la defensa por ellos, cayendo en su inevitable mistificación.

Por lo anterior, según Ellacuría si se quiere superar esas limitaciones y poder identificar la verdad o falsedad de su discurso, es necesario hacer un ejercicio de historización de estos conceptos. En este contexto, para hablar de bien común y derechos se debe hacer una examinación que pase por: 1. Analizar la situación histórica concreta de su verdad real, de su realidad. 2. Ese análisis se hace sobre la participación de la mayoría de la humanidad en los derechos humanos y el bien común. La verdad está entonces en quienes no han sido partícipes de ello (explotados, dominados, oprimidos, negados). 3. Una vez historizado eso, se debe reconocer que el bien no es común y los derechos humanos no se aplican para toda la humanidad. 4. Por lo tanto, se debe propender por la liberación de los no partícipes en ello y son víctimas de la no apropiación de recursos y la negación de sus derechos, donde tanto bien común como derechos humanos deben ser de y para esos oprimidos. Así se hace justicia y se toma la forma de *hacerse justicia*: “Sólo haciendo justicia a los pueblos y a las clases oprimidas se propiciará su auténtico bien común y unos derechos humanos realmente universales” (Ellacuría, 2012a, p. 289). 5. El bien común así concebido es un producto, proceso, herramienta y mecanismo para que se configure una sociedad real, es decir, una donde no existan divisiones que, a su vez, divida ese bien común. Es necesario admitir que en una sociedad donde ello esta fraccionado, no puede pensarse al bien común como algo “para todos”, pues en ella ya existe negación de eso común proveniente de una de las partes divididas y que divide. 6. La lucha por la liberación, el bien común y los derechos humanos no es individual, es decir, no se hace contra sujetos individuales: es estructural, debe ir por la desestructuración de la ordenación que niega, oprime, explota y domina. Eso no implica desconocer los derechos humanos que le corresponden al ser humano por el hecho de serlo, ni de los grupos sociales, pueblos o naciones. 7. El protagonista en ese proceso no es el Estado ni es imposición totalitaria de él, sino la sociedad que debe involucrar a la mayor parte de sus miembros.

En el mismo sentido, considera Ellacuría que las discusiones en torno a los derechos y sus disputas deben darse en tres planos: 1. Epistemológico (en cuanto verdad o falsedad), 2. Ético (en cuanto justo o injusto) y 3. Práxico o político (en cuanto ajustado o desajustado a la realidad). Para ello es que resulta funcional el método de la historización. Dicha formula no implica únicamente hacer un análisis historiográfico de los derechos humanos, sino que conlleva: 1. Verificación empírica de lo epistemológi-

co, ético y práxico. 2. Si el derecho sirve para beneficio de unos pocos y no es efectivo para otros. 3. La existencia de condiciones reales para que el derecho se haga efectivo. 4. Desechar toda matriz idealista de su fundamentación y desideologización de los derechos desde ese horizonte para su formulación. 5. Medir temporalmente las posibilidades de realización de los derechos.

Según él, esto permite develar los intereses políticos e ideológicos que se esconden tras la reglamentación absoluta y abstracta de los derechos, pues discute sobre las formas y realidades materiales de adquisición de derechos e identifica cómo existen algunos derechos que más bien son privilegios y, por lo tanto, niegan su realidad óptica como entidades pertenecientes a la humanidad. Se trata entonces de una propuesta que supera la abstracción, ideologización y matriz ahistórica en la forma de concebir los derechos, y que se enfoca en la defensa del débil contra el fuerte. Los derechos se piensan de manera concreta, histórica y situada. La humanidad no es entonces la sumatoria de hombres únicos y con características universales, sino una realidad concreta y escindida entre quien disfruta los derechos y quien los padece. Hay una relación dialéctica en ello: la realidad está entre los opresores y los oprimidos, entre los dominantes y los dominados, que representan intereses contrapuestos y esencialmente incompatibles, donde el padecimiento y no disfrute de derechos para los oprimidos se da por la privación, despojo y diferenciación promovida por el opresor (Ellacuría, 2012b).

De esa manera, la historización es dialéctica y entiende a los derechos como algo material e históricamente realizable en la medida en que supere dicha privación, despojo, diferenciación y explotación. Es decir, los derechos se concretan dinámicamente en la historia a partir de su teorización sobre lo verdadero, justo y ajustado en cuanto negación de la opresión y la dominación en clave de superación.

Se trata, por tanto, de un proceso negativo, crítico, y dialéctico, que busca no quedarse en la negación, sino que avanza hacia una afirmación nunca definitiva, porque mantiene en sí misma, como dinamismo real total más que como dinamismo lógico, el principio de superación¹². (Ellacuría, 2012b, p. 367)

12. Según Ellacuría, esa ha sido inclusive la matriz de surgimiento de los derechos en general, y los derechos humanos en particular a lo largo de la historia. Las declaraciones de derechos más conocidas y que se han tomado como referente histórico al momento de estudiar los derechos humanos, son fruto de eso. Según él, ellas son producto del esquema: desigualdad existente, conciencia de esa desigualdad, apropiación de ella por una clase emergente, objetivación de la protesta, lucha revolucionaria, vencer en la lucha, justificación de lo nuevo a lo que antes eran privados. En ese sentido, se trata de derechos que se producen por y para una clase social determinada, que devela su carácter ambivalente e ideologizado y fungen como instrumentos legitimadores de los nuevos dueños del poder, a pesar de poner en el ideal el carácter universal de ellos. La universalización, en ese sentido, no resulta más que un mito y estrategia de esa legitimación para la dominación.

En ese sentido, es que la historización se enfoca desde la negatividad y la negación, desde el no-ser e imposibilidad de que sea, de la clase social a la que se refiere. Se trata de una negatividad en tanto realidad negada, es decir, la obstaculización e impedimento para que el dinamismo de superación se dé como hecho concreto (elemento objetivo); y, en tanto realidad negadora, esto es, el sujeto, clase, grupo, institución o estructura que posibilita la negación (elemento subjetivo). Ello genera la acción práxica y dialéctica entre teoría y práctica que deben seguir los no-ser, produciendo a su vez, lo que se concibe como una lucha por los derechos.

En la teoría para descubrir, por negación superadora, cuál es el rostro histórico del derecho deseable y posible; en la práctica para lograr que la lucha por la realización del derecho consiga que se haga justicia y llegue a anular, no necesariamente a aniquilar, la realidad negadora en lo que tiene de negadora (Ellacuría, 2012b, p. 368).

Se tiene una herramienta virtuosa y favorable con la vida y la desideologización, que se piensa más allá de cualquier dualismo entre lo verdadero y lo falso o entre lo válido e inválido, pues pone en su base el hecho de vivir o no como el elemento condicionante de cualquier juicio de valor. Con la historización se hace una apertura a la validez jurídica como un proceso socio histórico y desde una estructura histórica que ve la verdad, lo justo y lo ajustado de los textos constitucionales con la realidad y propone los cambios y medidas necesarias para que los grupos sociales oprimidos y excluidos de todo goce de derechos, enmarquen sus reivindicaciones y vida en el discurso de los derechos. No se genera una simplista dialéctica entre derecho natural y positivo, derecho vigente o derecho nuevo: no se trata de una relación entre el contenido y la forma, sino entre la afirmación o negación de la vida, donde la primera se verifica si la vida se conserva o si por el contrario ella se aplasta (Medici, 2016), que genera un marco de análisis mucho más profundo al momento de solucionar controversias jurídicas.

CONCLUSIONES

La ponderación o test de proporcionalidad goza de gran acogida en los Estados democráticos constitucionales de derecho a lo largo del mundo. Hoy muy pocos tribunales constitucionales piensan en formas hermenéuticas para tomar sus decisiones cuando hay colisiones de principios o derechos constitucionales por fuera de la ponderación. Por el contrario, se ha formado una élite exclusiva y técnica experta en este tema, capaz de manejarla completamente y arriesgarse a complementarla si es necesario. Se trata de

una figura jurídica vagamente desarrollada en Estados Unidos y con un buen desarrollo en la jurisdicción y doctrina jurídica Alemana. Su más notable defensor y teórico es Robert Alexy, quien la ha propuesto como una forma discursiva y argumentativa racional al momento de tomar una decisión judicial cuando se confrontan o hay choque de principios o derechos constitucionales, cuyos objetivos se ciernen sobre la garantía de evitar la discreción judicial absoluta sin caer en univocismos ni equivocismos muy propios de las posturas hermenéuticas existentes hasta el momento, sino más bien desde una pretensión analógica.

Su fundamento se halla inmerso en una teoría del derecho distintiva con más cercanía a un iusnaturalismo moderado, que reconoce la vinculación entre derecho y moral, así como la subjetividad de los jueces y sus posibilidades de activismo, llenando su contenido a partir de una axiología abstracta e ideal y encontrando sentido en las narrativas que las teorías del discurso y la pragmática ponen de presente. Es un intento metafórico riguroso de aplicación de la teoría del discurso general práctico al discurso jurídico específicamente, que acomete tener decisiones judiciales racionales. Para tal fin, requiere el cumplimiento de una serie de pasos que se condensan en los denominados test de idoneidad, necesidad y estricta proporcionalidad. Justamente, las críticas más punzantes que se le han hecho provienen de esa orilla positivista que la concibe como un arma a favor de la discreción judicial, la a-cientificidad del derecho y el bloqueo a la seguridad jurídica, así como de aquellos que ven precario el fundamento de racionalidad que defiende, pues cae en pesos abstractos de los derechos y sin sustento en una teoría general de justicia.

No obstante, desde una visión más material resulta que la ponderación no es más que una herramienta descontextualizada y alienada con el fetichismo constitucional, cuyo origen se confirma por las prácticas de encriptación que promueve y han sido el resultado histórico del ejercicio de poder a través de la matriz de la colonialidad tan necesitada en el sistema mundo moderno/colonial del capitalismo. Es una argucia moderna vestida de buenas intenciones progresistas para rescatar los valores irrescatable de la modernidad, que contribuye con la expansión y mantenimiento de la realidad colonial de los pueblos colonizados desde 1492. De esa manera, se propone comenzar a pensar nuevas formas de solución de controversias jurídicas, instituciones y modelos constitucionales más contextualizados y acordes a nuestras realidades latinoamericanas para dejar de importar modelos insatisfactorios que no coadyuvan con una auténtica liberación de nuestros pueblos, sino con la petrificación justificada de su eterna y natural opresión.

Por lo tanto, seguir reflexionando sobre modelos hermenéuticos y de interpretación alternativos, que contribuyan con la liberación de los pueblos nuestros americanos, como se hace desde la historización de los conceptos planteada por Ignacio Ellacuría, sigue siendo un reto pendiente y una necesidad dentro de los estudios críticos del derecho desde América Latina. Ellos necesariamente deben recurrar las dinámicas de la totalidad y plantearse desde la exterioridad, como una exigencia ética, histórica y política desde nuestro lugar de enunciación cultural y epistémico, para así también ir superando la colonización de nuestro ser, saber y pensamiento. La tarea es que la academia y operadores jurídicos latinoamericanos comencemos a pensar más por nosotros mismos y con base en nuestra realidad, dejando idolatrías ególatras y descontextualizadas; de ir edificando hombro a hombro una ciencia a favor del ser humano oprimido, despojado y empobrecido por el sistema mundo moderno-colonial-capitalista para que esta no quede vacía ni artificial. La idea es que nos llamemos la atención “sobre el peligro de extraviarnos en los esquemas de nuestros propios pensamientos, olvidando que estos esquemas a menudo no proyectan la más ligera sombra sobre el mundo exterior” (Fuller, 1989, p. 71).

REFERENCIAS

- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Atienza, M. (1996). Argumentación jurídica. En: E., Garzón & Francisco, L. (ed.). *El derecho y la justicia* (pp. 231-238). Madrid: Trotta.
- Atienza, M. (2005). *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Ciudad de México: IJ UNAM
- Bernal, C. (2005). *El derecho de los derechos*. Bogotá: Xpress Estudio Gráfico y Digital.
- Beuchot, M. (2007). *Hermenéutica analógica y filosofía del derecho*. San Luis Potosí: Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispát - UASLP
- Beuchot, M. (2010). *Hermenéutica, analogía y derechos humanos*. San Luis Potosí: Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispát - UASLP
- Chiassoni, P. (2011). *Técnicas de interpretación jurídica. Breviario para juristas* (Trad. Pau Luque S. & Maribel Narváez M.). Barcelona: Marcial Pons.
- Ellacuría, I. (1999). *Filosofía de la realidad histórica*. San Salvador, El Salvador: UCA Editores.
- Ellacuría, I. (2012a). Historización del bien común y de los derechos humanos en una sociedad dividida. En Juan A. Senet (Ed.), *La lucha por la justicia. Selección de*

- textos de Ignacio de Ellacuría (1969-1989)* (pp. 275-292). Bilbao, España: Editorial Universidad de Deusto.
- Ellacuría, I. (2012b). Historización de los derechos humanos desde los pueblos oprimidos y las mayorías populares. En Juan A. Senet (Ed.), *La lucha por la justicia. Selección de textos de Ignacio de Ellacuría (1969-1989)* (pp. 365-376). Bilbao, España: Editorial Universidad de Deusto.
- Ferrajoli, L. (1973). *Magistratura democrática y el ejercicio alternativo de la función judicial*. Recuperado de <https://es.scribd.com/document/238033034/Luigi-Ferrajoli-Magistratura-democratico-y-el-ejercicio-alternativo-de-la-funcion-judicial>
- Ferreres, V. (2020). Más allá del principio de proporcionalidad. *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia. (46), pp. 161-188.
- Fuller, L. (1989). *El caso de los exploradores de la caverna*. Buenos Aires: Abeledo Perrot S.A.
- García, M. (1982). América Latina no quiere ser un alfil sin albedrío. *Granma*. Recuperado de <https://www.granma.cu/mundo/2019-05-21/america-latina-no-quiere-ser-un-alfil-sin-albedrio-21-05-2019-22-05-08>
- González, A. (2020). La ponderación en la aplicación judicial del derecho (pequeño boceto histórico y teórico). *Revista Derechos en Acción*, 5 (14), pp. 558-655.
- Kennedy, D. (1999). *Libertad y decisión en la restricción judicial: Una fenomenología crítica*. Bogotá: Siglo del Hombre.
- Medici, A. (2016). *Otro Nomos. Teoría del nuevo constitucionalismo latinoamericano*. San Luis Potosí: Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispát - UASLP
- Medici, A. (2018). Cultura jurídica y teoría constitucional. Iusmaterialismo situado contra el fetichismo y la encriptación. En: Rosillo, A. & Luevano, G. (coord.). *En torno a la crítica del derecho*. San Luis Potosí: Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispát - UASLP.
- Nino, C. (1994). *Derecho, moral y política: Una revisión de la teoría general del Derecho*. Barcelona: Ariel.
- Pérez, A. (2018). *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos.
- Quijano, A. (1992). Colonialidad y modernidad / racionalidad. *Perú Indígena*, 13 (29), pp. 11-20.
- Quijano, A. (2000). Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina. En: Edgardo Lander (Ed.). *Colonialidad del saber y eurocentrismo*. Buenos Aires, Argentina: Unesco-Clacso.
- Quijano, A. (s.f.). *La colonialidad y la cuestión del poder*. Recuperado de <http://www.ceapedi.com.ar/imagenes/biblioteca/libreria/58.pdf>
- Revenge, M. (2019). Sobre el derecho constitucional y sus fundamentos (III). El constitucionalismo de los derechos e interpretación de la Constitución. *Revista Derechos en Acción*, 5 (14), pp. 27-78.

- Rosillo M., A. & Faz A., L. (2015). Hermenéutica histórica y hermenéutica analógica. Un diálogo entre el pensamiento de Ignacio Ellacuría y de Mauricio Beuchot. En Alejandro Rosillo M. & Ramón M. Pérez M. (Coord.), *Historizar la justicia. Estudios sobre el pensamiento de Ignacio Ellacuría* (pp. 87-108). México: Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispát, A.C. & Universidad Autónoma de San Luis Potosí.
- Salamanca, A. (2011). *Teoría socialista del derecho (iusmaterialismo)* (Tomo I). Quito: Editorial Jurídicas del Ecuador.
- Sanín, R. (2013). *Teoría crítica constitucional*. San Luis Potosí: Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispát - UASLP.
- Uprimny, R. & Rodríguez, A. (2014). *Interpretación judicial. Módulo de autoformación*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura - Sala Administrativa, Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” y Universidad Nacional de Colombia.