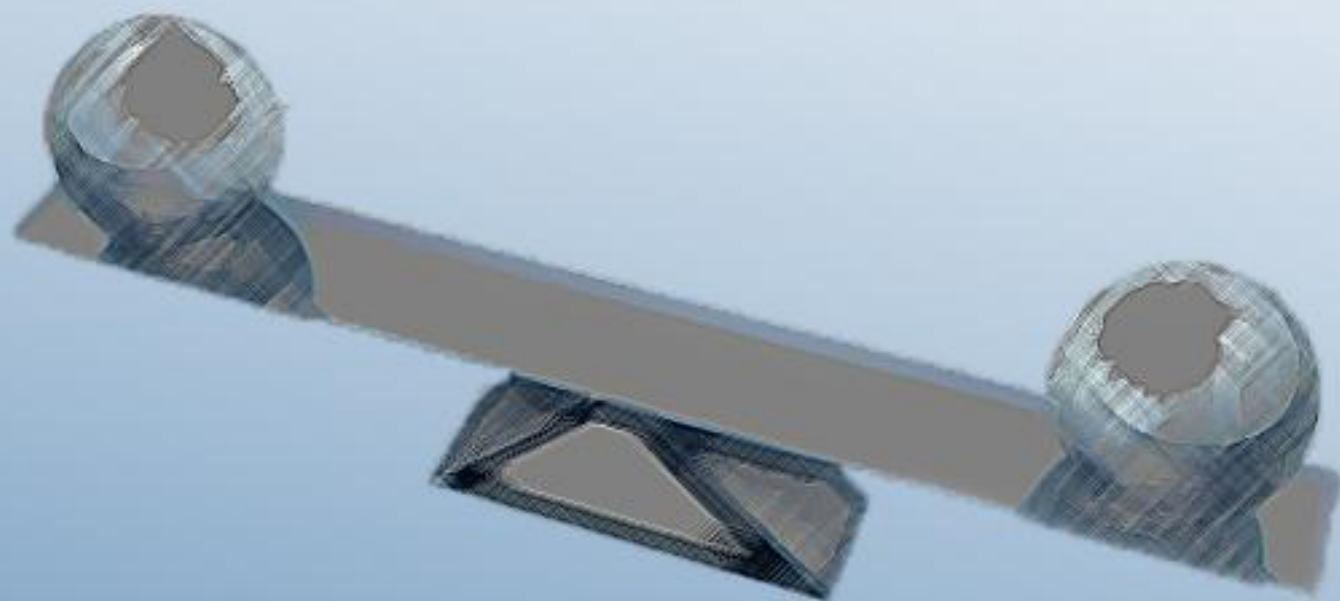


ISBN: 978-958-8621-29-6



LA PONDERACIÓN y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

ABRAHAM ZAMIR BECHARA LLANOS ◆

GRUPO DE INVESTIGACIÓN: PHRONESIS
TEORÍA JURÍDICA Y DERECHOS FUNDAMENTALES



LA PONDERACIÓN Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

**El Modelo Ponderativo de aplicación del Derecho y su recepción
en la Corte Constitucional Colombiana**

**UNIVERSIDAD LIBRE, SEDE CARTAGENA
CENTRO DE INVESTIGACIONES**

**Producto del Grupo de Investigación
Teoría Jurídica y Derechos Fundamentales “Phronesis”
Categoría C Colciencias**

**ABRAHAM ZAMIR BECHARA LLANOS
INVESTIGADOR**

**YEZID CARRILLO DE LA ROSA
DIRECTOR DEL PROYECTO**

©UNIVERSIDAD LIBRE, SEDE CARTAGENA

ISBN: 978-958-8621-29-6

La ponderación y los derechos fundamentales

Autor: Abraham Zamir Bechara Llanos

Primera Edición, 2011

América del Sur

Teléfonos: 661147- 6561379

Editorial Universidad Libre Sede Cartagena

Comité editorial

Rafael Ballestas Morales

Carlos Gustavo Méndez Rodríguez

Narciso Castro Yanes

Maria Cristina Bustillo

Zilath Romero González

Diseño y Diagramación:

Cesar Jiménez Herrera

cjimenezfotografo@hotmail.com

316 831 7127

Cartagena de Indias, Colombia

Año 2011

Se permite la reproducción total y parcial por cualquier medio siempre y cuando se citen debidamente la fuente, los autores y las instituciones. La Universidad Libre, Sede Cartagena no se hace responsable por los contenidos, posibles errores u omisiones. Los contenidos son responsabilidad exclusiva de sus autores.

UNIVERSIDAD LIBRE

DIRECTIVOS NACIONALES 2011

Presidente Nacional

Luis Francisco Sierra Reyes

Rector Nacional

Nicolás Enrique Zuleta Hincapié

Censor Nacional

Benjamín Ochoa Moreno

Decano Facultad de Derecho

Jesús Hernando Álvarez Mora

DIRECTIVOS SECCIONALES 2011

Presidente Delegado Rector

Rafael Ballestas Morales

Vicerrector Académico

Carlos Gustavo Méndez Rodríguez

Secretario General

Luis María Rangel Sepúlveda

Director Administrativo y Financiero

Lucy Castilla Bravo

Decano de Extensión de Derecho

Narciso Castro Yanes

Decana de la Facultad de Ciencias

Económicas, Administrativas y

Contables

María Cristina Bustillo Castillejo

Directora Consultorio Jurídico

Y Centro de Conciliación

Tulia del Carmen Barrozo Osorio

Coordinadora de Postgrados

Beatriz Tovar Carrasquilla

Directora Centro de Investigaciones

Zilath Romero González

La publicación de los artículos está sujeta a los criterios del Comité editorial y la evaluación de los pares científicos. Las opiniones expresadas por los autores son independientes y no comprometen a la Universidad Libre Sede Cartagena. Se respeta la libertad de expresión.

Universidad Libre

Pie de la Popa Calle. Real # 20-177

Cartagena de Indias. Colombia

América del Sur

Teléfonos: 6661147- 6561379

INFORMACIÓN DEL DIRECTOR

YEZID CARRILLO DE LA ROSA

Profesor de la Facultad de Derecho y Ciencias políticas de la Universidad Libre, Sede Cartagena. Profesor de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Cartagena. Doctorando en Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Magíster en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia. Especialista en Ética y Filosofía Política de la Universidad de Cartagena. Especialista en Derecho Público de la Universidad Externado de Colombia. Abogado de la Universidad Nacional de Colombia. Licenciado en Filosofía y Letras de la Universidad Santo tomas. Director del Grupo de investigaciones en Teoría jurídica y derechos fundamentales “Phrónesis” Categoría C Colciencias.

INFORMACIÓN DEL INVESTIGADOR

ABRAHAM ZAMIR BECHARA LLANOS

Egresado de la facultad de Derecho y Ciencias políticas de la Universidad Libre Sede Cartagena, miembro del Grupo de investigaciones en Teoría jurídica y derechos Fundamentales “Phrónesis” Categoría C Colciencias. Y coordinador del semillero en Derechos Fundamentales de la universidad libre Sede Cartagena, conferencista y ponente en encuentros regionales, nacionales e internacionales de investigación jurídica y socio-jurídica así, como congresos y simposios en relación con la disciplina jurídica. Correo electrónico: abrahambechara@hotmail.com

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a Dios, arquitecto de vida y luz por brindarme la salud y la temperanza para poder culminar este trabajo, a mis padres Abraham y Vilma por ser gestores de paz en mi camino de formación profesional, a Delia hermana, amiga, consejera y estandarte de mi alma. Su complicidad ha permitido la construcción de un entorno lleno de fraternidad. A mi abuela Carmen, guía espiritual y sabio al que todos quisieran tener en casa, su vela de esperanza nunca ha cesado de alumbrar mis gestas, a mi tía Vivian madrina y alcahueta de mis sueños e ilusiones.

Agradezco al Dr. Yezid Carrillo De La Rosa por ser mi director de este trabajo de investigación, su guía ha sido el aporte de construcción que me ha permitido terminar este trabajo, gracias por la dedicación de esas innumerables horas de discusión y validación de los temas y capítulos que construyen toda la investigación. Al Dr. Henry Valle Benedetti por el examen, de formación y diseño metodológico, así como las observaciones y sugerencias para la consolidación del trabajo. A la Dr. Elizabeth Ramírez Llerena, por toda la corrección metodológica, encaminada a la aceptación de la misma, justificación que se enmarca en el enfoque iusfilosofico y el aporte a la construcción del conocimiento científico.

CONTENIDO

PRESENTACIÓN	12
INTRODUCCIÓN	15
1. EL ESTADO DEMOCRATICO CONSTITUCIONAL Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	18
1.1. ORDENACIÓN JERÁRQUICA Y SISTEMA JURÍDICO.....	19
1.2. LA JUSTIFICACIÓN DE LOS DERECHOS Y EL CAMBIO DE PARADIGMA DE REGLAS PARA LA APLICACIÓN DE PRINCIPIOS.....	20
1.3. LA COLISIÓN DE PRINCIPIOS	21
1.4. LA ESTRUCTURA DE LOS PRINCIPIOS EN LA PONDERACIÓN	22
1.5. RELACIÓN DE PRECEDENCIA CONDICIONADA.....	24
1.6. EL ENUNCIADO DE PREFERENCIA EN LA APLICACIÓN DE LA PONDERACIÓN	25
1.7. FUNDAMENTACIÓN CONDICIONADA A LAS NORMAS DE DERECHO FUNDAMENTAL	26
1.8. NORMA Y DISPOSICIÓN DE DERECHO FUNDAMENTAL	26
1.9. LA REGLA QUE DETERMINA LA PONDERACIÓN DE PRINCIPIOS COMO MECANISMO PARA SU APLICACIÓN.....	29
2. EL MODELO PONDERATIVO DE APLICACIÓN DEL DERECHO	31
2.1. LA PONDERACIÓN Y SU MÉTODO	33
2.2. EL POSTULADO DE LA RACIONALIDAD DE LA PONDERACIÓN	34
2.3. LA LEY DE LA PONDERACIÓN	35
2.4. LA DIMENSIÓN DEL PESO: SU IDEA CENTRAL.....	38
2.5. LA ESCALA TRÍADICA EN LA PRÁCTICA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA	40
2.5.1. <i>Desarrollo de la escala tríadica</i>	41
2.6. PONDERACIÓN RELATIVA A LAS CIRCUNSTANCIAS DEL CASO CONCRETO	44
2.7. LA FÓRMULA DEL PESO	47
2.8. EL JUICIO DE PONDERACIÓN CONSTITUCIONAL.....	52
2.9. EL JUICIO DE PONDERACIÓN EN LAS CARGAS DE LA ARGUMENTACIÓN.....	56

2.10. EL CHOQUE DE LA PRETENSIÓN DE AISLAMIENTO Y SU VALORACIÓN POR PARTE DEL JUZGADOR	57
2.11. LA PONDERACIÓN Y EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD	58
2.12. LA TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS: SU OBJETIVO CENTRAL.....	62
2.13. EL MARGEN DE ACCIÓN ESTRUCTURAL PARA LA PONDERACIÓN.....	65
2.14. COLISIÓN Y PONDERACIÓN ENTRE DERECHOS INDIVIDUALES Y BIENES COLECTIVOS.....	68
3. EL DERECHO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: HACIA UNA DOGMATICA DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN COLOMBIA.....	72
3.1. LA FUNDAMENTALIDAD DE LOS DERECHOS COMO RESULTADO DE LA TEORÍA DE PRINCIPIOS.....	72
3.2. DERECHOS HUMANOS VS DERECHOS FUNDAMENTALES.....	74
3.3. TEORÍA PRETORIANA Y DESARROLLO JURISPRUDENCIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN COLOMBIA.....	75
3.4. ROBERT ALEXY Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.....	77
3.5. UNA TEORÍA DOGMÁTICA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	77
3.6. CONCEPTO FORMAL, MATERIAL Y PROCEDIMENTAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	79
3.7. INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.....	80
3.8. FUNCIONES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.....	80
3.9. EL PAPEL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL SISTEMA JURÍDICO.....	81
3.10. RESTRICCIÓN Y PONDERACIÓN.....	81
3.11. DERECHO CONSTITUCIONAL Y DERECHO ORDINARIO	82
3.12. CONSTITUCIONALIZACIÓN DIRECTA E INDIRECTA	83
3.13. DOGMATICA DE LOS MÁRGENES DE ACCIÓN: ORDEN MARCO Y ORDEN FUNDAMENTAL	84
3.14. MÁRGENES DE ACCIÓN ESTRUCTURALES Y MÁRGENES DE ACCIÓN EPISTÉMICOS.....	85

4. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA CARTA DE 1991, SUS GARANTIAS REFORZADAS Y LA RECEPCIÓN DE LA PONDERACIÓN EN LA CORTE CONSTITUCIONAL.....	87
4.1. LA ACCIÓN DE TUTELA Y LOS CRITERIOS DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.....	91
4.2. DESARROLLO DE LOS CRITERIOS DE FUNDAMENTALIDAD PARA LA TUTELA DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES	95
4.3. EXAMEN CONCRETO DE CALIFICACIÓN DE FUNDAMENTALIDAD DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES	99
4.3.1. Criterios adicionales de refuerzo.....	101
4.4. CONDICIONES ESPECIALES O SITUACIONES DE AFECTACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.....	105
4.5. EL NUEVO JUEZ DE TUTELA Y SU PAPEL COMO PRINCIPAL PROTECTOR DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.....	107
4.6. REALIDAD POLÍTICA Y PONDERACIÓN: EL NUEVO MODELO DE ARGUMENTACIÓN EN LA EVOLUCIÓN DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL	112
4.7. LAS ETAPAS DE EVOLUCIÓN: LA PONDERACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL	116
4.8. LA ARMONIZACIÓN CONCRETA DE PRINCIPIOS EN COLISIÓN, EL USO Y APLICACIÓN DE LA PONDERACIÓN EN LA CORTE CONSTITUCIONAL	123
4.9. EL TEST DE RAZONABILIDAD EN LA CONSTRUCCIÓN DEL MODELO BÁSICO PARA PONDERAR PRINCIPIOS	125
CONCLUSIONES.....	129
BIBLIOGRAFIA.....	134

PRESENTACIÓN

Este trabajo de investigación que hoy se publica por la editorial de la Universidad Libre Sede Cartagena, es el resultado de dos años de trabajo continuo, en el que Abraham ha fatigado libros y artículos científicos referentes al tema de los Derechos fundamentales y la ponderación judicial. En este arduo proceso, los resultados parciales se presentaron en diversos eventos académicos del orden regional y nacional y en el que se debatieron y recibieron críticas que al final permitieron enriquecer y presentar a la comunidad académica jurídica un informe final riguroso y serio, que agota las fuentes fundamentales del problema y registra los tópicos más significativos de la Ponderación judicial y los derechos fundamentales.

El enfoque defendido por Abraham Bechara es sin lugar a dudas aquel que se identifica con los postulados de lo que GUASTINI ha denominado el Neoconstitucionalismo metodológico o conceptualista, entre cuyos autores más importantes puede contarse a ROBERT ALEXY y en el que el autor centra gran parte de su estudio. Este ñeque teórico se caracteriza, entre otras cosas, porque defiende la tesis de la conexidad conceptual necesaria entre el derecho y la moral, y porque, además, considera que la racionalidad cumple un papel preponderante en las decisiones judiciales en donde está en juego la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales.

El trabajo se estructura a partir de cuatro ejes temáticos, desarrollados en los capítulos de la obra. En el primer capítulo: *El estado democrático constitucional y los derechos fundamentales*. En este el autor, evidencia el cambio de paradigma en la visión de los derechos fundamentales a partir de la constitución de 1991, de cómo debía verse el estado constitucional democrático, el cual se solidifica sobre unos pilares de libertades, siendo estas individuales y colectivas, como verdaderos

mandatos de optimización, que dependiendo de las posibilidades fácticas y jurídicas imponen la realización de algo.

El segundo capítulo: evidencia el modelo de ponderación propuesto por Alexy, y donde el autor refleja la posición metodológica de este, para el estudio serio de una teoría de principios, se vislumbran, sus principales características, así como todo el desarrollo que va de su concepto, a la aplicación de la ponderación y el principio de proporcionalidad.

En el tercer capítulo: *El derecho de los derechos fundamentales, hacia una dogmática de los derechos fundamentales en Colombia*, se analizó el contexto global de los derechos fundamentales, en la moderna teoría constitucional y de la filosofía del Derecho, buscando así la recepción de estas teorías en el contexto colombiano, si bien se estudian autores internacionales se busca siempre la relación con autores colombianos, pretendiendo siempre el estudio de una dogmática seria de los derechos fundamentales en Colombia.

El cuarto y último capítulo: *Los derechos fundamentales en la carta de 1991, sus garantías reforzadas y la recepción de la ponderación en la corte constitucional*, refleja el principal mecanismo de protección de los derechos fundamentales, como es el caso de la acción de tutela, y el especial papel del juez de tutela frente a la responsabilidad como garante y protector de estos derechos frente al colectivo, además se estudia el modelo ponderativo de aplicación del derecho y la recepción que este ha tenido en la corte constitucional colombiana, como principal guardador de la constitución y del equilibrio en la percepción nacional de los derechos fundamentales, como nacimiento del “nuevo derecho”, en el pensamiento jurídico colombiano.

Las conclusiones centrales de esta investigación y que el lector podrá distinguir son las siguientes, el juicio de ponderación se plantea como un procedimiento

sistemático, que le permita al juzgador a la hora de interpretar derechos fundamentales, la ponderación de estos, examinando la precedencia de un principio en relación con el otro, el peso de ambos principios en el caso concreto, sus cargas para la argumentación, por ultimo llegando a la aplicación de uno y a la no aplicación del otro. Lo que busca es que se armonicen los principios que se encuentran en un determinado ordenamiento juicio y los haga viable para su aplicación y especial protección. Además Podemos establecer que los derechos fundamentales en Colombia han tenido un trato eminentemente jurisprudencial, más no normativo, por el propio carácter de estos derechos. La Corte Constitucional en su anhelo de construir una pedagogía de estos derechos, ha solidificado los criterios según los cuales hoy en día podemos identificar un derecho fundamental.

Finalmente debo decir que para mí como tutor y director de esta investigación constituye un inmenso agrado y honor presentar el resultado de este trabajo. En Abraham Bechara hay que reconocer a un estudiante aventajado que estuvo siempre más allá de los límites del estudiante promedio y que ha puesto en alto el nombre del grupo de investigación y a su institución, la Universidad Libre sede Cartagena, en todos los eventos en los que ha participado. Espero, de mi parte que este trabajo sea la semilla, de una larga y productiva carrera académica, ojalá al servicio de la Institución que lo formó, ya no como estudiante sino como docente y director de su propio grupo de investigación.

Cartagena D. T. y C. julio de 2011.

YEZID CARRILLO DE LA ROSA.

INTRODUCCIÓN

La idea de la protección de los derechos fundamentales, nos lleva a pensar en la tutela de los mismos, y como la corte constitucional, tribunal supremo para la salvaguarda de estos derechos, puede garantizar su viable aplicación en un estado social de derecho. Un modelo garantista de derecho es aquel que vela por el cumplimiento y desarrollo de los principios y valores constitucionales, aun mas aquel catálogo de derechos que van de la mano con el hombre por su propia condición humana, cuando así (el hombre) como ser social se da cuenta que por sí mismo no puede velar por dichos interés ¹ y entre a direccionar las actividades de ese entorno superior que es creado como consecuencia primordial de vivir en sociedad.

Cuando el hombre se ha asociado para proteger los intereses propios y colectivos, nace consigo un modelo garantista que busca la existencia de unos contrapesos para el equilibrio de las cargas humanas, entendiendo esta como la razón, que el hombre en sociedad debe determinar una serie de reglas que dirijan su conducta, el desempeño de estas van a estar de la mano con sus propias necesidades como validación de su actuar en comunidad. En nuestro orden jurídico² el problema de la fundamentabilidad de ciertos derechos tiene relevancia para los siguientes efectos: para delimitar el bien jurídico que se protege mediante la acción de tutela,

¹ Tesis contractualista, según la cual el hombre en sociedad debe ceder a una serie de derechos particulares, para buscar que un ente superior a él los administre colectivamente (derechos) principal mente esta posición busca de que el ser humano se dé cuenta del papel que este desempeña y de cómo puede garantizar su protección por la tutela de derechos que van de la mano por su condición humana, de la mano con el derecho natural se busca que una sociedad acepte y respete sus reglas de las cuales van a seguir como guía para el desarrollo del colectivo, en la postmodernidad debemos expandir dicho planteamiento para que sea de una manera global el desarrollo del individuo como ciudadano mundial.

² Cita tomada de tulio Elí Chinchilla ¿Qué y cuáles son los derechos fundamentales? p. 36. 2^a edición, editorial Temis, Bogotá, 2009.

el más formidable, urgente e irresistible mecanismo judicial con que se garantiza un derecho en nuestro ordenamiento.

Es así como la constitución art 86³ expresa: toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por si misma o por quien actué a su nombre, a protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública.

Esta acción tutela los derechos constitucionales fundamentales dentro del ordenamiento jurídico, el juicio de ponderación establece un mecanismo para determinar la solución al problema de la colisión de principios⁴ el mecanismo de que trata el juicio de ponderación, que plantea la aplicación para la ponderación de principios. Cuanto mayor sea el grado de la falta de satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro, al respecto Alexy⁵ plantea que la ponderación apunta primero a la importancia de la satisfacción del principio contrapuesto, es decir está apuntando a que los dos principios que se encuentran en colisión sean sopesados, se busca entonces cual de los dos principios precede al otro, por una aplicación positiva de la disposición de carácter normativo que encuentra el fundamento para la no aplicación del otro principio en colisión.

³ Al respecto la constitución política de Colombia, suplemento de la revista desarrollo indoamericano, nº 109, editorial mejoras, barranquilla, 2000.

⁴ Robert, Alexy, teoría de los derechos fundamentales, p. 54. traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal pulido, 2ª edición, centro de estudios políticos y constitucionales de Madrid, 2007.

⁵ Robert, Alexy, op. cit, p. 24.

EL ESTADO DEMOCRATICO CONSTITUCIONAL Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES



1

1. EL ESTADO DEMOCRATICO CONSTITUCIONAL Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Con la constitución de 1991 se da un giro, de cómo debía verse el estado de derecho con la connotación social, esta característica, implementa una serie de reconocimientos especiales a los ciudadanos. El estado constitucional democrático se solidifica sobre unos pilares de libertades, siendo estas individuales y colectivas, lo que está claro es que a la hora de tutelar estas libertades con ellas mismas se van consolidando garantías fundamentales, las cuales trazan los paradigmas de un estado creado bajo aristas de libertad, orden y justicia social.

En este orden de ideas el estado democrático constitucional trata de ser imparcial jugando un papel mediador entre la moral y el derecho, o como lo dice Alexy⁶ el estado constitucional democrático trata de resolver la vieja relación de tensión entre el derecho y la moral, presentándose en esta situación la participación de un positivismo jurídico, dándose en el verdadero fundamento de esta organización política de gobierno, mostrando un no positivismo llevando consigo los ideales y postulados de este estado, el constitucional democrático.

Entra a determinar la racionalidad de la ponderación, si este mecanismo permite contactar la meta-teoría planteada por Alexy para que se vea representada en una constitución material y no idealizada, llevando a cabo dicho juicio propuesto, para la construcción en Colombia de una dogmática seria de los derechos fundamentales que permite aplicar y explicar acertadamente su teoría.

⁶Atienza, Manuel. Entrevista de Manuel Atienza a Robert Alexy. Departamento de filosofía del derecho universidad de alicante, revista Doxa, 2005.

1.1. ORDENACIÓN JERÁRQUICA Y SISTEMA JURÍDICO

El planteamiento originario deriva de la solución a ese choque que se está presentando entre una y otra norma, claro está la pretensión de aislamiento debe estar en manos del fallador y no del legislador para apartarse de esta, siempre y cuando este considere que se está violando un derecho fundamental, es decir si se considera que se está actuando contrario a la norma y con ello viola la carta política, la razón de ser es que el fallador goza de la facultad de buscar el camino que lleve a una justa decisión equilibrada, entendiendo que no puede actuar con pasiones, sino con decisiones ajustadas a derecho, valiéndose de la norma indicada, de la doctrina y de la jurisprudencia.

Para Larenz citado por Alexy⁷, “el reconocimiento a la aplicación de la ley no se agota, en la subsunción, si no que exige, una gran medida de valoración del juzgador, con esto se deja muy claro, cuál debe ser el papel del fallador en una construcción acertada de la decisión a los conflictos jurídicos, que tiene su motivo, en el pensamiento de quien actué como operador de justicia siendo este imparcial, neutral y equilibrado, teniendo muy claro que de existir un impedimento debe manifestarlo antes de prejuzgar, evitando conflictos de intereses, conflictos de competencia y que se produzcan decisiones que vayan en detrimento del equilibrio de la ley. Es por eso que la acción de tutela debe garantizar la libertad de los derechos fundamentales sin que exista la colisión de los principios.

La creación de dicho juicio, nace para garantizar la tutela de las libertades fundamentales de sus coasociados, pues estos emanan del poder para representarlos legalmente, el del soberano, porque fueron aquellos ciudadanos, los que cedieron parte de sus derechos para que un ente desempeñara esa labor y gobierne.

⁷Larenz. metodología de la ciencia del derecho, p. 52. Barcelona-caracas-México, editorial, Ariel, 1980.

1.2. LA JUSTIFICACIÓN DE LOS DERECHOS Y EL CAMBIO DE PARADIGMA DE REGLAS PARA LA APLICACIÓN DE PRINCIPIOS

En la aplicación de los principios se debe tener en cuenta a diferencia de la reglas, entendiendo estas como normas jurídicas. La concepción de mandatos de posibilidades fácticas en la aplicación judicial del derecho⁸. Es decir en la medida real de concreción, atendiendo a características de resultado y cumplimiento, teniendo condiciones de determinación, diversidad de grados y como ya se mencionó, posibilidades fácticas y jurídicas de operatividad.

En este orden de ideas es trascendental en la visión de principios, el cambio del paradigma subsuntivo que el operador jurídico venía aplicando en el derecho, ya que la teoría del derecho moderna establece herramientas en el uso de la argumentación jurídica, y en el caso especial de los principios la ponderación. La decisión que se adopta cuando se tiene al frente la aplicabilidad o no de los principios exige un examen en oposición a la fundamentación de la forma todo o nada en la justificación de los derechos como reglas.

Por todas estas razones debemos ver los principios y sus colisiones, como colisiones de valores⁹ asemejando los unos a los otros, y estando en la imposibilidad de establecer un orden jerárquico de valores, estaríamos enfrentándonos a un dilema al no poder determinar un orden de principios, pues la constitución de manera expresa no nos dice que principio que lleve inmerso un derecho fundamental debe anteceder al otro, y la razón filosófica fundamental, es que el orden jurídico se construye como un sistema integrado de normas, reglas, valores, principios, directrices, precedentes. Y tratándose de derechos fundamentales no son excluyentes entre si por si solos, si no el caso o la aplicabilidad concreta es la que determinara cual o no debe prevalecer, y es por

⁸CARRILLO, Yezid, temas y problemas de la filosofía del derecho, p. 147. primera edición, editorial doctrina y ley, Bogotá, Colombia, 2009.

⁹CARRILLO, Yezid, op. cit, p. 147.

eso que justificamos la ponderación en la misión del estado democrático constitucional.

1.3. LA COLISIÓN DE PRINCIPIOS

En su teoría de los derechos fundamentales Alexy¹⁰ plantea, que las colisiones de principios deben ser solucionadas de manera totalmente distinta. Ya que cuando dos principios entran en colisión – tal como ocurre cuando, según un principio, algo está prohibido, y según otro principio, lo mismo está permitido, uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro, y este último no se aplicaría para el caso concreto, ocasionaría una incertidumbre jurídica, ya que por el caso especial la aplicación de este principio sería diferente.

A la hora de sopesar los principios, debemos tener en cuenta que una posible solución sería la precedencia de un principio sobre otro, en el caso de la sentencia de incapacidad procesal¹¹ en la cual dos garantías están en controversia, porque la aplicación de una, sometería a la vulneración de la otra, delicada condición que se entraría a estudiar con la aplicación del mecanismo que trae consigo el juicio de ponderación en este caso llamado por Alexy ley de la ponderación.

La precedencia de uno de los principios al otro, trae consigo un interrogante, ¿Cuál de los dos principios es el que prevalece?, en los casos concretos los principios tienen diferente peso y primaria el principio con mayor peso, esto va más allá de la dimensión de validez, lleva entonces a la dimensión del peso.

¹⁰Al respecto Robert Alexy, sobre la colisión de principios en su teoría de los derechos fundamentales, en la ponderación de bienes jurídicos, esto como principios de derechos fundamentales.

¹¹BVerfGE 51,324(346).

En el caso en mención, el tribunal constata¹² que en tales casos existe una “relación de tensión” entre el deber del estado de garantizar una aplicación adecuada del derecho penal y el interés del acusado en la salvaguarda de los derechos constitucionalmente garantizados, a cuya protección el estado, está obligado por la ley fundamental¹³ esta relación de tensión no podría ser solucionada por una prioridad absoluta de uno de estos deberes del estado, manifiesta Alexy. Es aquí donde entra la ponderación y su juicio, ya que el conflicto se solucionaría con la ponderación de los intereses contra puestos, si se llegara a comprobar que la aplicación de la medida estatal tiene un peso menor, con relación al derecho fundamental que le asiste al acusado, por ponderación no se aplicaría tal medida, ya que se estaría violando el principio de proporcionalidad y con esto su derecho fundamental de protección a la vida y su integridad física, no se llevaría a cabo la audiencia oral.

1.4. LA ESTRUCTURA DE LOS PRINCIPIOS EN LA PONDERACIÓN

A la hora de interpretar el derecho se utilizó el modelo subsuntivo el cual se asemejaba al silogismo jurídico, según el cual si una norma se cumplía en la práctica se le aplicaba el supuesto de hecho o la condición fáctica. Todo este modelo se estructuro porque se tenía que el derecho o sistema jurídico solo estaba integrado por normas, es decir por normas previstas de una estructura condicional hipotética¹⁴. En la teoría del derecho actual esta idea no es totalmente absoluta ya que de conformidad con los aportes de DWORKIN en el pensamiento jurídico anglosajón y de ALEXY en el germánico, se introducen los principios y la ponderación.

¹² El tribunal federal constitucional de Alemania, referente al caso de incapacidad procesal, sobre la aplicación de la medida estatal, y el derecho a la vida, en ponderación la aplicación del derecho punitivo del estado y un derecho fundamental.

¹³ Ley fundamental del estado alemán, sobre la cual se garantizan los derechos fundamentales, consagrados en dicha estatuto, para proteger intereses particulares y colectivos.

¹⁴ BERNAL, Carlos. el derecho de los derechos. universidad externado de Colombia op.cit, p. 95. 2008, Bogotá Colombia.

Teniendo entonces los derechos fundamentales como el ejemplo más claro de principios que tenemos en el ordenamiento jurídico¹⁵, siendo estos abstractos e indeterminados. Es decir pues su estructura no es como el de las normas tradicionales del ordenamiento jurídico, sino que estos dependen de las posibilidades fácticas de optimización en el caso concreto. Según BERNAL la ponderación es la manera de aplicar los principios y de resolver las colisiones que pueden presentarse entre ellos y los principios o razones que juegan en sentido contrario.

Entonces el proceso de ponderar significa asignarle un peso determinado a cada principio en el caso concreto, pues si no se realizara dicho procedimiento, ¿Cómo se solucionarían las colisiones entre principios de derechos fundamentales consagrados positivamente en una constitución? Entraríamos en una indeterminación normativa o en este caso una indeterminación de principios.

RONAL DWORKIN citado por BERNAL¹⁶ determino, que los principios están dotados de una propiedad que las reglas no conocen: el peso. Los principios tienen un peso en cada caso concreto. Ponderar consiste en determinar cuál es el peso específico de los principios que entran en colisión. Construyéndose así la ponderación en un criterio metodológico indispensable para el ejercicio de la función jurisdiccional, entrando aquí el papel de la corte constitucional como aplicador y garante de los principios constitucionales, expresados en los derechos fundamentales de los ciudadanos, dentro del marco del estado social y democrático de derecho.

¹⁵BERNAL, Carlos. el derecho de los derechos. op. cit, p. 96.

¹⁶BERNAL, Carlos. op. cit, p. 97.

1.5. RELACIÓN DE PRECEDENCIA CONDICIONADA

La determinación de la relación de precedencia condicionada consiste, en que tomando en cuenta el caso, se indican las condiciones en las cuales un principio precede a otro, es así como trae a colisión Alexy en su teoría de los derechos fundamentales para explicar la ponderación para colisión de principios, para llegar a si a una disolución de colisión de principios, el asunto decisivo, es en qué condiciones el principio tiene precedencia y cual debe ceder. Según las palabras del tribunal federal¹⁷“lo que importa es si los intereses del acusado en el caso concreto tienen manifiestamente un peso esencial mayor que al de aquellos intereses a cuya preservación debe servir la medida estatal”. Estos intereses no se pueden cuantificar, ¿entonces esos pesos llamados así por el tribunal constitucional federal de Alemania a que hacen referencia?, el derecho a la vida y la integridad física tiene en un caso concreto mayor peso que el principio opuesto (aplicación a la medida estatal de derecho penal) cuando el principio tiene condiciones de precedencia para así prevalecer ante el otro se aplicaría el de mayor pretensión e interés.

Se producen condiciones bajo las cuales se aplica o no un derecho fundamental sopesado por otro, los principios que entran en colisión se inmergen en un balanceo, queda entonces en manos del fallador, la labor de ponderar¹⁸ los principios, que de una u otra forma entran en debate, tarea ardua, ya que están en juego normas de carácter superior, consagrados en la constitución de un determinado territorio en esta caso de Colombia y Alemania.

¹⁷El tribunal federal constitucional de Alemania, referente al caso de incapacidad procesal, sobre la aplicación de la medida estatal, y el derecho a la vida, en ponderación la aplicación del derecho punitivo del estado y un derecho fundamental. El principio contrapuesto para que preceda al otro principio debe tener mayor prevalencia para el caso concreto, esa prevalencia hace que se preceda y se pueda aplicar, lo trascendental es delimitar el peso de cada cual, para realizar el juicio de ponderación que proponemos en este artículo científico.

¹⁸ Propuesta que planteamos en este artículo científico, la ponderación o acto de ponderar por medio del cual se va a aplicar el principio de mayor peso, en una técnica que se van a balancear los derechos en debate, es esa colisión la pretende romper el juicio de ponderación dando a si la solución para aplicar los derechos fundamentales consagrados en nuestra norma superior.

1.6. EL ENUNCIADO DE PREFERENCIA EN LA APLICACIÓN DE LA PONDERACIÓN

Si bien la teoría de los principios, construye un tipo de formalismo constitucional¹⁹ y de la consolidación de los derechos fundamentales como verdaderos mandatos de optimización, haciendo trascendente encontrar un punto en donde el entendimiento de la constitución como un sistema de principios morales positivizados en una carta de derechos, haciendo que la interpretación del tribunal constitucional, sea la más coherente y dinámica en el caso concreto. La ponderación no puede ser cien por ciento racional, buscando una única respuesta al caso concreto, porque a la hora de precisamente darle una solución, las premisas en choque juegan con unos pesos determinados en un mecanismo procedimental objetivo, que no busca quitarle protagonismo a la discrecionalidad del juez.

Si se infiere que la ponderación no es un procedimiento racional las objeciones contra ellas, serían inatinentes, pues la ponderación no busca un decisionismo judicial como lo advierte Alexy²⁰, y es la formulación del enunciado de preferencia la que busca darle una solución a las colisiones a través de una relación condicionada de precedencia. Para que el postulado de la racionalidad de la ponderación arroje resultados positivos, el enunciado de preferencia debe ser condicionado, y este no es más que establecer un carácter de fundamentación entre valores o principios contrapuestos.

¹⁹ BERNAL, Carlos. estudio introductorio a la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy, p. XLIII, centro de estudios políticos y constitucionales de Madrid, ed., 2. España. 2007.

²⁰ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. op. cit, pp. 135-138.

1.7. FUNDAMENTACIÓN CONDICIONADA A LAS NORMAS DE DERECHO FUNDAMENTAL

En la construcción de un argumento válido en la justificación racional del objeto ponderado, nace consigo la necesidad de consolidar razones de tal peso que permitan una interpretación amplia del marco de la fundamentación de conceptos que busquen la disolución de un conflicto entre principios, esta interpretación va a mirar cómo se satisface, y el mayor grado de afectación de un principio, en la mayor importancia del otro que se sopesa.

Se debe tener en cuenta a la hora de ponderar derechos fundamentales, la especial consideración en la importancia de los principios. Claro está, el objeto de quien realiza el ejercicio de razonabilidad es determinar el alcance que el principio, consagrado en la carta política puede tomar en un caso concreto. Dándosele un uso a este y optimizando el derecho en colisión. Y es la ley de la ponderación que a través de su método nos va a permitir encontrar un resultado objetivo, a la causa que se pretende dar solución, más adelante se tratará el tema del meta-nivel que la ponderación debe tomar a la hora de ejercer su relación de precedencia condicionada en la determinación de los principios en colisión.

1.8. NORMA Y DISPOSICIÓN DE DERECHO FUNDAMENTAL

A la hora de entrar a establecer, cuando una norma es o no de derecho fundamental, debemos de preguntar inicialmente, ¿Qué es una norma de derecho fundamental?, y en relación con qué relación se pretende establecer tal concepto. Se tiene en cuenta a todo el orden jurídico, o una determinada constitución²¹. ALEXY plantea una definición de norma y disposición de derecho fundamental, para explicar la relación entre la constitución, y el estudio de las normas iusfundamentales: *“las normas de derecho fundamental son aquellas que se*

²¹ ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. op cit, p. 45.

*expresan mediante disposiciones iusfundamentales, y las disposiciones iusfundamentales son exclusivamente los enunciados contenidos en el texto de la ley fundamental.*²² Esta respuesta presenta dos problemas. El primero consiste en que, como no todos los enunciados de la ley fundamental expresan normas de derecho fundamental, dicha respuesta presupone un criterio que permita clasificar los enunciados de la ley fundamental, en aquellos que expresan normas de derecho fundamental, ya que estos no lo hacen.

El segundo problema puede formularse con la pregunta acerca de si a las normas de derecho fundamental de la ley fundamental, realmente pertenecen aquellas que son presentadas directamente por enunciados de la ley fundamental. Sobre esta definición se puede extraer su condición de precepto en la disposición de derecho fundamental, cuando se plantea, que las normas de derecho fundamental, son aquellas que se expresan mediante disposiciones iusfundamentales, conjugan el concepto de norma y disposición fundamental, el enunciado contendrá siempre la norma, mientras que la norma de carácter fundamental se refiere a esa especial condición dentro de la carta de derechos, que indica no solo ser una norma constitucional, sino especial en su condición por el concepto de fundamentalidad, y sobre la exclusiva situación de los enunciados contenidos en el texto de la ley fundamental.

En este orden de ideas, se expresan normas de derecho fundamental, en relación con el enunciado normativo de derecho fundamental²³. Cuando se define así en la tradición dogmática del derecho constitucional, así ALEXY le distingue en una relación interior de norma y disposición que plantea un enunciado, “este enunciado expresa una norma. Por ello es un enunciado normativo. Todos los artículos de la ley fundamental contienen enunciados normativos o partes de enunciados normativos, si la norma que expresa el enunciado mencionado es una norma de

²² ALEXY, Robert. op. cit, p. 45.

²³ ALEXY, Robert. op. cit, p. 46.

derecho fundamental {...}en adelante, en lugar de esta expresión un poco rígida se utilizara el termino más frecuente << disposición de derecho fundamental >>”²⁴. Sobre los dos problemas que se plantearon en torno al concepto mismo de derecho fundamental, en el primero al no ser todos los enunciados que provengan de la ley fundamental, disposiciones de derecho fundamental, estos deben atender a su desarrollo a criterios de fundamentalidad, para identificar cuales normas son o no de derecho fundamental, como los criterios materiales, axiológico y formal, en el caso de la constitución política de Colombia. Criterios auxiliares como el de conexidad que más adelante estudiaremos. Sobre el segundo problema de la definición de norma de derecho fundamental, agrega la relación directa de si las normas de derecho fundamental, de la ley fundamental, solo son aquellas que se expresan directamente a través de los enunciados de la propia ley fundamental, al respecto ALEXY siguiendo un concepto de CARL SCHMIT²⁵, sobre las normas que expresan derechos fundamentales, en relación con el contenido y reconocimiento de los enunciados a través de una constitución, así “según ella, los derechos son << solo aquellos derechos que pertenecen al fundamento mismo del estado y que, por lo tanto, se reconocen como tales en la constitución >>”.

Según el concepto anterior, se limitaría el entendido de derecho fundamental, a solo aquellos derechos individuales de libertad, dentro de la noción del estado liberal, se utiliza un criterio para definir la norma de derecho fundamental dentro de la ley fundamental, orientada por esta tesis de carácter material, la critica que nace, no se le puede dar reconocimiento total a este tipo de planteamientos, por que otros derechos que no pertenezcan a la característica menciona (derechos individuales de libertad), no serían tenidos en cuenta y catalogados como derechos fundamentales.

²⁴ ALEXY, Robert. op. cit, pp. 46-47.

²⁵ Ibíd.p. 46.

En el criterio formal de carácter estricto, se puede dar una visión de norma de derecho fundamental, así como lo plantea la constitución, o en el caso alemán, la ley fundamental, “de acuerdo con este criterio todos los enunciados, todos los enunciados del capítulo de la ley fundamental titulado << derechos fundamentales>> (artículos 1-19 lf) son disposiciones de derechos fundamentales, independientemente del contenido y la estructura de lo que ellos estatuyan.”²⁶ esto comprende que de manera formal serán derechos fundamentales, de la ley fundamental, aquellos derechos que se identifiquen como tal en el capítulo titulado, derechos fundamentales, en primer lugar refiriéndose al catálogo de derechos con categoría de fundamental, pro que se pueden encontrar derechos que no pertenezcan a este capítulo pero que sean verdaderos derechos fundamentales.

Entorno al concepto de norma de derecho fundamental y disposición de derecho fundamental, se ha abierto un debate sobre la posibilidad de consolidar todas las afirmaciones sobre la existencia de normas, como afirmaciones acerca de la existencia de normas de derecho fundamental. ALEXY plantea que esta dificultad solo puede superarse si se indica un criterio que permita distinguir, dentro de la clase potencialmente ilimitada de los candidatos a la adscripción, entre aquellos candidatos que son normas de derecho fundamental y aquellos que no lo son, puede recurrirse, por una parte, aun criterio empírico, y por otra a uno normativo.

1.9. LA REGLA QUE DETERMINA LA PONDERACIÓN DE PRINCIPIOS COMO MECANISMO PARA SU APLICACIÓN

Cuanto mayor sea el grado de la falta de satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro²⁷ ,

²⁶ ALEXY, Robert. op. cit, p. 48.

²⁷ La formulación del mecanismo que determina la ponderación de principios, del cual genera la ley de la ponderación para su aplicación, dependiendo de la afectación y satisfacción de dichos principios, tomada así por el tribunal federal constitucional de Alemania.

esta es la regla constitutiva para las ponderaciones del tribunal constitucional federal. Esta regla expresa un mecanismo que puede aplicarse para la ponderación de principios de cualquier clase, denominada por Alexy, "ley de la ponderación", ¿en qué consiste la ley de la ponderación?

La ley de la ponderación plantea la medida permitida de falta de satisfacción o de afectación, de uno de los principios dependiendo del grado de importancia de la satisfacción del otro, la ley de la ponderación expresa en qué consiste esta relación, que se refiere a que cada principio por sí solo no puede determinar su peso, de una manera total o absoluta, sino que esta determinación hace que los pesos sean relativos. La ley de la ponderación lleva a la trascendencia del principio ponderado para su satisfacción, generando así un mandato.

Es así como finalmente llegamos a el juicio de ponderación, para plantear la colisión de principios fundamentales, en el caso concreto colombiano en el mecanismo de la acción de tutela, el cual dispone el art 86 de la c.n. la protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente, y de manera eventual, se le remitirá a la corte constitucional para su eventual revisión.

EL MODELO PONDERATIVO DE APLICACIÓN DEL DERECHO



2

2. EL MODELO PONDERATIVO DE APLICACIÓN DEL DERECHO

Cuando se aplican los principios jurídicos aquellas normas que tienen la estructura de mandatos de optimización²⁸ debe utilizarse la ponderación, como aquel procedimiento para interpretar los derechos fundamentales. Teniendo claro que estos ordenan la realización de algo, y ese algo son las posibilidades materiales de la concreción de dicho principio en colisión. Según BERNAL ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. *“las posibilidades jurídicas están determinadas por los principios y reglas opuestas, y las posibilidades reales se derivan de enunciados facticos”*.

La ponderación entra cuando se presentan colisiones entre principios, y se necesita confrontar el principio con los principios opuestos o las reglas opuestas que lo respaldan, es así como vemos que las colisiones se presentan cuando en el caso concreto un principio está determinado por la norma a aplicarse en el caso real y el opuesto también determina su aplicación. La ponderación es la forma de resolver la incompatibilidad normativa entre normas *prima facie* siendo estas normas de derecho fundamental. Un caso clásico de colisión de principios es el que nos ilustra BERNAL en su obra citada, cuando los padres de una niña se niegan a realizarle una intervención médica en razón a su culto y creencias religiosas, y por otro lado está la vida de la menor ya que si no se le realiza el procedimiento puede estar en peligro la vida. Analicemos este caso: por un lado la confrontación normativa se da en los art. 16 y 19 de la cp., que determinan la libertad de cultos y el libre desarrollo de la personalidad, y por otro los art. 11, 44 y 49 de la cp., que ordenan proteger la vida y la salud de los niños. El juicio de ponderación entra a estructurar un procedimiento para establecer cuál de los dos principios en colisión debe aplicarse en el caso real y concreto, y esto se determina dependiendo del peso que arroje cada principio al realizar dicho método, por eso es importante determinar los grados de afectación y de

²⁸BERNAL, Carlos. el derecho de los derechos. op. cit, p. 97.

satisfacción de cada principio para llegar así a la dimensión de su peso en la concreción de la colisión, para llegar finalmente al mandato de optimización de alguno de ellos.

La ponderación es solo una estructura²⁹ que está compuesta por tres elementos, la ley de la ponderación, la fórmula del peso y las cargas de la argumentación. Mediante los cuales se puede fundamentar una relación de precedencia condicionada entre los principios en colisión. Entra así a determinar cuál de los dos principios se debe aplicar al caso concreto estableciendo así unos pasos, para definir el grado de afectación o de satisfacción de uno de los dos principios. La ponderación en su concepto engloba una aplicación racional para determinar los derechos fundamentales, entendidos estos como derechos que gozan de una especial protección no solo por mandato constitucional sino debido a su forma de aplicación en el caso concreto, cambiando totalmente el paradigma de reglas por el de principios en la teoría del derecho contemporánea.

2.1. LA PONDERACIÓN Y SU MÉTODO

Las objeciones que se tienen de la ponderación³⁰ como un método que busca aportar un procedimiento racional, en la medida que se apunte según ALEX Y en la concreción necesaria y exacta de un resultado en el caso concreto, serían acertadas, en la medida que estas no apuntaran a la declaratoria de irracionalidad del mecanismo para ponderar principios constitucionales, pero como ya se ha mencionado en este estudio, se le da una aplicación distinta, dado que los principios fundamentales no tienen un carácter universal o absoluto, jugando así un papel importante, para dichas soluciones, la relación de precedencia condicionada.

²⁹BERNAL, Carlos. op. cit, p. 98.

³⁰ Al respecto ALEX Y, sobre las objeciones a la racionalidad de la ponderación en su teoría de los derechos fundamentales p. 135.

Es así como al utilizar argumentos jurídicos de carácter fundamental, estos referidos a enriquecer el aporte a la justificación racional de los principios, estableciéndose argumentos específicos a la ponderación podemos citar los utilizados por el tribunal constitucional federal de Alemania utilizados por Alexy en su teoría *“El derecho de libertad del individuo se manifiesta...con tanta más fuerza, cuanto más se cuestiona su derecho a la libre elección de la profesión; la protección de la comunidad es tanto más urgente, cuanto mayores son las desventajas y los peligros que puedan resultar de un ejercicio de la profesión totalmente libre. Cuanto más afecte la intervención legal expresiones elementales de la libertad de actuación humana, tanto más cuidadosamente tienen que ponderarse las razones presentadas para su justificación frente al derecho fundamental de libertad del ciudadano.”*

Vemos como el tribunal constitucional federal, utiliza argumentos de ponderación para justificar dicho mecanismo que aporte razonabilidad a las justificaciones que realizan los operadores jurídicos, comprende entonces la ponderación un mecanismo que no trata de relegar la discrecionalidad que tienen los jueces a la hora de darle un sentido a su fallos, esta integra al sistema jurídico la solución y no de manera extralegal o por fuera de él, si bien a la hora de encontrar una posible respuesta el juez debe de apelar a la norma y con eso al imperio de la ley que por mandato del art 230 superior estarán sometidos los administradores de justicia.

2.2. EL POSTULADO DE LA RACIONALIDAD DE LA PONDERACIÓN

Este postulado hace referencia a la fundamentación y al enunciado de preferencia, planteado de la siguiente manera : una ponderación es racional si el enunciado de preferencia al que conduce puede fundamentarse racionalmente³¹, y este se fundamentará racionalmente si se establecen condiciones que ordenen un tipo o

³¹ALEXY, Robert, op. cit, p. 136.

no de consecuencia jurídica se podrá ilustrar de esta forma, primero un enunciando, que establezca la relación de un principio hacia al otro, en este caso la libertad de expresión, sobre el buen nombre o el honor de las personas, la pregunta que debemos hacernos es si se justifica lanzar manifestaciones oprobiosas sobre una persona, simplemente porque sobre ella se tengan ciertos indicios de su actuar o de conducta en sociedad, de esta manera se restringe un poco la esfera personal de la cual todos gozamos y debiendo ser respetados por los demás personas que integran la comunidad.

En un segundo lugar está la condición, y es la que señala si en el caso particular y concreto restringe la aplicación del principio que se contrapone no solo a los intereses particulares e individuales, sino generales y democráticos, estableciendo la especial condición para la preferencia del principio, y por ultimo o tercer lugar tenemos la consecuencia jurídica, que es la conclusión que arroja el examen de racionalidad de seguimiento de los principios, con la solución que le arrojará al juez en el caso concreto.

2.3. LA LEY DE LA PONDERACIÓN

Alexy³² plantea una regla para las ponderaciones de principios constitucionales, con una determinada pretensión para resolver colisiones de cualquier clase o tipo, esta regla expresa: “cuanto mayor sea el grado de la falta de satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”; se configuran choques entre “normas” de igual jerarquía, en este caso de rango constitucional, y un principio visto de esta manera solo podrá satisfacerse a consecuencia del otro, dependiendo así de su grado de importancia, presentándose una relación de principios contrapuestos, arrojando como resultado una concreción de un peso de los diferentes principios en colisión, pues como se mencionó anteriormente, los principios no traen asignado un peso de manera

³²ALEXY, Robert, Teoría de los derechos fundamentales, op. cit, p. 138.

previa y su carácter no es absoluto, sino a la existencia de la colisión se debe hablar de pesos relativos.

La ley de la ponderación³³ apunta primero a la importancia de la satisfacción del principio contrapuesto, y además en segundo orden formula un mandato³⁴, lo relevante es la importancia de las consideraciones de los principios, y de conformidad con su método la ponderación plantea una regla de cómo ha de hacerse ese análisis, que arroje una ponderación de principios y su fórmula a la aplicación concreta del principio avante, en un juicio racional y objetivo que nace del estudio de los mecanismos tanto argumentativos como lógicos y herramientas de inferencia, que van a permitir al juzgador o interprete, hacer el desarrollo de los principios que se ponderan, es así como Alexy³⁵, propone la utilización de curvas de indiferencia de segundo grado, llevadas a un meta nivel argumentativo para su aplicación.

El punto a decidir en las ponderaciones de principios se centra en un procedimiento definitivo de decisión³⁶ y es según los grados de importancia de la satisfacción de un principio y de la satisfacción o falta de satisfacción del otro principio. Al analizar el procedimiento podemos constatar que en el uso de la ponderación se construye un mecanismo racional que funda la decisión del juez u

³³ALEXY, Robert, op. cit, p. 139. En ocasiones cuando de ponderaciones de derecho constitucional se trata, debe tenerse en cuenta que la aplicación de un principio en colisión va a llevar siempre a la no intervención del principio contrapuesto, que por su menor peso en el caso concreto no tendrá relevancia para el resultado.

³⁴ALEXY, Robert, op. cit, p. 139. El mandato que opera como un segundo orden dentro de la ley de la ponderación es aquel que según la fórmula del peso será aplicado en el caso concreto de optimización conforme a las posibilidades fácticas para su real efectividad de aplicación.

³⁵ALEXY, Robert, op. cit, p. 140. Llamado como un meta nivel en la utilización de curvas de indiferencia de segundo grado para fundamentar sus ponderaciones de principios de rango constitucional.

³⁶ALEXY, Robert, op. cit, p. 136, 138, 141. En el estudio del subprincipio de necesidad nace la cuestión de determinar si el grado de afectación y no satisfacción de los principios en colisión arrojaría el resultado del objeto ponderado en el caso concreto, englobando el concepto amplio de derechos fundamental, al distinguir los distintos niveles que nacen de la aplicación del principio de proporcionalidad.

operador jurídico, argumentando y construyendo una teoría acertada de la ponderación que engloba el concepto de derechos fundamentales.

La ponderación de conformidad con Alexy sigue un juicio de valor y como el lo afirma, *“que es lo importante en las ponderaciones, es decir, el grado o la intensidad de la falta de satisfacción o de la afectación de un principio, por un lado y el grado de importancia de la satisfacción del otro principio, por el otro”*. Pensaremos entonces que el examen de necesidad para construir un juicio de ponderación válido y fundamentado en solucionar la colisión de principios arrojaría el resultado de viabilidad o no de ponderar, caso en el cual la justificación de no aplicar el otro principio estaría orientado y fundamentado en dicho examen apuntando más al criterio objetivo de estudio ponderado en el caso concreto.

Volviendo al punto del enunciado de preferencia condicionado³⁷ que permite establecer un carácter de fundamentación entre valores y principios, y arrojando finalmente al resultado de la ponderación, estableciendo unos enunciados acerca de los grados de afectación e importancia, y el campo de la argumentación jurídica es la construcción de argumentos de ponderación para determinar su objeto. La racionalidad o irracionalidad del uso de la ponderación en la realización de la estrategia discursiva, concluyen en determinar un tipo especial de argumento para las ponderaciones constitucionales y más de derechos fundamentales en grados o no de afectación e importancia.

En el margen de acción de los conceptos de fundamentación racional al realizar el examen de viabilidad en el subprincipio de necesidad, en la tarea de la actividad judicial en gran parte de las valoraciones a los juicios o test ya en su grado de razonabilidad, campo de interpretaciones en juego con los grados de racionalidad con la fuerza de los argumentos empleados para su determinación, y es por eso que en la construcción de la fundamentación de la ponderación presentada por

³⁷ALEXY, Robert, Teoría de los derechos fundamentales, op. cit, p. 142.

Alexy en su teoría de los derechos fundamentales, aísla los inconvenientes en relación de ponderación como él lo llama, “*que la ponderación no es un procedimiento en el que un bien se obtiene con <<excesivo apresuramiento>> de otro*”. Refiriéndose que la ponderación no es un procedimiento abstracto o general, sobre este especial punto de la teoría de Alexy me quiero detener y reflexionar al respecto.

Las muchas objeciones dogmáticas que se tienen de la ponderación, apuntan precisamente a determinar si la ponderación es o no un modelo o mecanismo racional que le permita al juez en su actividad realizar juicios objetivos y fundamentados en los argumentos. Si la ponderación fuera un modelo abstracto o general no contara con un principio para su aplicación y su desarrollo en sub principios, como lo es el de proporcionalidad y los sub principios de necesidad, idoneidad y el de proporcionalidad en sentido estricto.

Además no establecería una condición a su uso en el caso de precedencia o no de un determinado principio para llevar a un posterior mandato, considerando así que la teoría de los derechos fundamentales como teoría general referida a estos derechos en lo que se refiere a la ponderación como mecanismo para solucionar sus colisiones si cumple con los requisitos de racionalidad y razonabilidad fundamental, en la aplicación de las decisiones jurídicas referido a su problema de fundamentación.

2.4. LA DIMENSIÓN DEL PESO: SU IDEA CENTRAL

La ponderación en cuanto a su (i) estructura plantea el primer problema básico de su concepto en cuanto a su marco general, comprendiendo además los otros dos Interrogantes. Nos referimos al de su (ii) racionalidad y el de su (iii) legitimidad

estando estrechamente relacionados entre sí. Según ALEX³⁸ el problema de la estructura de la ponderación es por tanto, el problema central de la ponderación en el derecho, y su va estar en la mira de la labor jurisprudencial de los tribunales y cortes constitucionales.

Atendiendo a la idea de que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas. Se diferencian de las reglas ya que estas son mandatos definitivos³⁹ son normas condicionadas que exteriorizan un mandato inamovible o de plano, para referirnos a que éstas siempre van a imponer una condición categórica de inmediato cumplimiento. Los principios son mandatos de optimización. Como tales, se caracterizan⁴⁰ por que pueden ser cumplidos en diferentes grados y por qué la medida de cumplimiento ordenada depende, no solo de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas.

Precisamente atendiendo a esas posibilidades jurídicas entra a operar el principio de proporcionalidad. Hoy en día es visto como el más importante principio del derecho constitucional material, y es a través de sus subprincipios donde juega un papel importante el uso de la ponderación. Es en el último, en cuanto al principio de proporcionalidad en sentido estricto refiriéndose a la optimización relativa a las posibilidades jurídicas, entrando en el capo de aplicación de los principios.

En la construcción del examen de proporcionalidad, se deben mirar las razones que justifican las intervenciones en la realización de los mandatos de optimización, si las de menor intensidad en la intervención contraponen un peso alto en la razón

³⁸CARBONEL, Miguel (coord.) el principio de proporcionalidad en el estado constitucional, p. 15, universidad externado de Colombia, 2007.bogota, Colombia.

³⁹ CARBONEL, Miguel, op. cit, p. 16.

⁴⁰ CARBONEL, Miguel, op. cit, pp. 16-17.

que la justifica, de conformidad con Alexy citando⁴¹ al tribunal constitucional federal de Alemania como un resultado “evidente”.

2.5. LA ESCALA TRÍADICA EN LA PRÁCTICA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Para llegar a la concreción de la ponderación en cuanto a su estructura y a la llamada formula del peso, debemos centrarnos en el sistema que comprende las catalogaciones o intensidades de la ponderación. Que ALEXY llama *escala trídica*⁴² la cual es todo el andamiaje argumentativo sobre el cual se fundamenta la ponderación. Y ese modelo trídico o de tres intensidades donde se explican los grados posibles en los cuales opera el modelo ponderativo, en palabras de ALEXY “*la escala trídica ofrece la ventaja de que ella refleja especialmente bien la práctica de la argumentación jurídica. Así mismo ella permite ser ampliada en una forma que intuitivamente resulta muy adecuada.*”

La escala trídica plantea tres rangos que se expresan con los conceptos de *leve*, *medio* y *grave*, para designar así los grados en los cuales juega la dimensión del peso en la escala de rangos para la fundamentación y argumentación de los principios. Según la ley de la ponderación⁴³ el grado de la no satisfacción de un principio o de la intervención en otro y la importancia de la satisfacción del contrapuesto son objeto de valoración, como leve, medio y grave es decir l, m o g. lo que se cuestiona aquí es que para determinar las valoraciones según la escala trídica, al asignarle la condición a la colisión de principios en el caso concreto, arrojaría una mayor aplicabilidad en los procedimientos los cuales tienen el objeto de ponderar los dos o varios principios en colisión.

⁴¹CARBONEL, Miguel, op.cit, p 20

⁴² CARBONEL, Miguel (coord.) el principio de proporcionalidad en el estado constitucional, op. cit, p. 25.

⁴³CARBONEL, Miguel (coord.) op. cit, p. 26

En la conjunción entre la no satisfacción y la afectación de un principio nace un doble concepto. El cual establece una dicotomía como ALEXY lo señala⁴⁴ entonces, debemos hablar de la intensidad de la intervención⁴⁵, para así establecer en que situaciones la no satisfacción puede ser valorada, para referirnos a los derechos de defensa frente a los derechos de protección, ya que los derechos de defensa a diferencia de los de protección exigen no una omisión sino un actuar positivo.

Utilizando las mismas variables con las que ALEXY estructura su fórmula del peso en todo el andamiaje argumentativo que desarrolla en la ley de la ponderación quedaría de la siguiente manera para atender la tesis que plantea en su teoría de los derechos fundamentales:

L= leve →reducido, débil

M = medio → moderado

G = grave → elevado, fuerte

Pi = principio cuya vulneración se examina

IPi = intensidad de la intervención en Pi

GPi = peso abstracto de Pi

2.5.1. Desarrollo de la escala tríadica.

Tenemos entonces *Pi*, variable con la que se expresa el principio cuya vulneración se examina según el resultado de la satisfacción o no afectación, en cuanto a la

⁴⁴Ibíd. p. 26

⁴⁵Ibíd. p. 26, en este caso la intensidad de la intervención se refiere al grado en el que la afectación del principio opuesto puede valorarse, para determinarse así dentro de cuál de los tres rangos de la escala tríadica se calificarían, como leve, medio o moderado. Todo esto *influye en la obtención del peso* determinante en la aplicación o no de un principio para su fórmula del peso en los grados de intervención de cada uno de los principios.

restricción se califica IP_i , para las intervenciones concretas de los principios⁴⁶ distinguiendo así el peso abstracto de P_i el cual se le asigna al principio que se está examinando su restricción para otorgarle un peso relación con los otros principios. Debemos examinar en primer lugar si el peso abstracto de los principios en colisión⁴⁷ es el mismo, arrojando un resultado positivo, dando una respuesta afirmativa se elimina esta variable, ya que como lo plantea ALEXY, la ley de la ponderación toma únicamente como primeros objetos de la ponderación a las intensidades de las intervenciones.

El segundo paso de examen para la colisión de principios aplicando la ley de ponderación, es determinar si los pesos abstractos de los principios son distintos o no en el caso que se ha calificado en la intensidad de la intervención, al agregarle además la condición de *concreto*, es decir IP_iC , ya que esta condición lleva consigo tres aspectos: el principio que se examina su vulneración P_i , la intensidad con la que se califica el rango de la escala tríadica y C que se refiere al caso concreto. Para referirnos a esta expresión IP_iC como *intensidad de la intervención en el principio que se examina su vulneración en el caso concreto*, construimos la argumentación referida a los casos de vulneración de principios fundamentales, para señalar así en el segundo paso de estudio, cuando los pesos abstractos en la condición C caso concreto son distintos, la ley de la ponderación se resuelve en el segundo nivel de aplicación recordando que la no satisfacción del principio contrapuesto en colisión, el grado de afectación del otro principio resulta negativo, cuando esto sea superado se resuelve en el segundo nivel de la ley de ponderación para determinar su uso y aplicación en las colisiones de principios en casos concretos.

⁴⁶CARBONEL, Miguel (coord.) el principio de proporcionalidad en el estado constitucional, op. cit, p. 27.

⁴⁷CARBONEL, Miguel (coord.) op. cit, p. 27. universidad externado de Colombia, 2007. bogota, Colombia. A diferencia del segundo nivel de aplicación de la ley de ponderación cuando el resultado de los pesos abstractos de los principios sea el mismo se resuelve la ley de colisión en su primer nivel, si los resultados del peso de los principios contrapuestos son distintos se resuelve en un segundo nivel según el grado de la intensidad de la intervención para determinar la afectación o la no satisfacción en la vulneración en estudio.

Además de la intensidad de la intervención como forma para calificar las magnitudes en las cuales operaba un principio frente a otro para finalmente otorgarle un peso. En dicha necesidad se encuentra la segunda magnitud de valoración⁴⁸ como leve, moderado o grave, no confundamos el segundo nivel de aplicación de la ley de ponderación que ya mencionábamos en los párrafos anteriores. Esta magnitud de valoración, *la importancia de la satisfacción* del otro principio, aborda un concepto de importancia que comprende la colisión de principios, ALEXY estructura esta valoración para referirse: *a que la importancia de la satisfacción del principio contrario depende entonces, al mismo tiempo de que tan intensa sería la restricción del principio contrario si no se le reconociera la prioridad, así como también de cuál es la magnitud del peso abstracto.*

Entonces por un lado tenemos el reconocimiento de la prioridad del principio y el otro aspecto de estudio es la magnitud de su peso abstracto. Debemos decir en primer lugar que esa “prioridad” con la que se le quiere dar solución a esta valoración, debe guardar estrecha relación con su objeto mismo, este es el de *la importancia de la satisfacción, para darle el reconocimiento* para que el principio se aplique sobre el principio contrapuesto de arrojar los grados de afectación contrarios a su misma justificación, es decir para ilustrar con un ejemplo, tenemos una colisión entre el libre desarrollo de la personalidad de un joven que quiere usar gorra dentro de un salón de clases y por otro lado el del docente a su autonomía y libertad de cátedra de expulsar del salón de clases y exigir los comportamientos decorosos dentro del aula de estudio. Podemos calificar en principio esta no satisfacción en su importancia como leve o moderada, ya que parecería un choque entre la voluntad del profesor y la del alumno, pero la magnitud podría cambiar a grave cuando el docente concluyera en no dar más su cátedra hasta que el estudiante cambiara su comportamiento. Hasta aquí examinaremos este ejemplo, solo para ilustrar que la prioridad de un principio en

⁴⁸CARBONEL, Miguel (coord.) el principio de proporcionalidad en el estado constitucional, op. cit, p. 29.

la satisfacción y su afectación puede cambiar de un grado al otro dependiendo de las circunstancias concretas.

Siguiendo con el análisis de la importancia concreta de la satisfacción del principio contrapuesto⁴⁹, ALEXY distingue *que en la ley de la ponderación se trata en definitiva de la relación entre los dos principios en colisión, ella solo puede depender de los efectos que la omisión o la no ejecución de la medida de intervención en Pi tenga en la satisfacción del principio contario que debe denotarse en Pj. Entonces el resultado del principio contrario se ve en los efectos en la intervención de Pi.* Con esto se indica que la satisfacción y no afectación de los principios contarios arrojando un resultado adverso se califican dependiendo la importancia de la satisfacción para la concreción del principio contario el resultado se ve de la determinación del principio cuya vulneración se examina para entrar así a ponderar ambos principios.

2.6. PONDERACIÓN RELATIVA A LAS CIRCUNSTANCIAS DEL CASO CONCRETO

Para determinar la intensidad de la intervención de los principios entre sí, debemos tener claro que el principio contrario debe superar la valoración en la no satisfacción y afectación, teniendo en cuenta la restricción del caso concreto. Preguntándonos en la intensidad de dicha intervención⁵⁰, apelando al ejemplo del caso *titanic* en el cual un oficial de la reserva que se encuentra parapléjico, es ofendido en su honor por un programa de televisión donde se le da el apelativo de “tullido” a dicho militar retirado. La fórmula que propone ALEXY según la cual la importancia del principio de protección del honor en el caso *titanic* resulta entonces del cálculo acerca de cuan intensa seria la intervención en el derecho al

⁴⁹CARBONEL, Miguel (coord.) op.cit, p. 29.

⁵⁰CARBONEL, Miguel (coord.) op.cit p. 30.

honor del oficial de la reserva, de no llevarse a cabo una intervención en la libertad de expresión de *titanic* (el programa).

Si miramos con atención la fórmula propuesta, nos establece que cuando el principio contrario P_j resulta de una restricción en la intensidad de la intervención en el principio que examina la vulneración P_i , nos arrojaría el resultado de no aplicabilidad en el caso concreto C , esto es la libertad de expresión ya que esta flagrantemente probado que vulnera un derecho fundamental sustentado en el honor de la persona que se le está menoscabando su integridad. Los resultados de justificación que argumentan los principios contrarios y los principios que están siendo examinados, indican que aun en los casos de intensidad leve prima el principio cuya afectación no está siendo soportada por la estructura de la optimización de principios, esto es que una vez determinada la restricción el examen de ponderación termina al dar motivos claros de su no aplicabilidad en el caso concreto.

Lo anterior se expresa en la fórmula de importancia concreta⁵¹ de P_j , se mide según qué tan intensamente la no intervención en P_i infiere en P_j , en determinación con el principio contrario en relación con el principio que se examina la vulneración. De conformidad a la solución, el concepto de importancia concreta de P_j , se aproxima con la intensidad en la valoración de las intensidades, teniendo así en las dos circunstancias concretas.

IPiC VsWPjC

Lo que nos indican: intensidad de la intervención en el principio que se examina su vulneración en el caso concreto, frente a la circunstancia de importancia del principio contrario en el caso concreto. Las expresiones nos muestran que las

⁵¹CARBONEL, Miguel (coord.) el principio de proporcionalidad en el estado constitucional, op.cit, p. 30.

intensidades en restricción juegan un papel preponderante en el resultado de la afectación y no satisfacción de los principios en relación, teniendo la condición del caso concreto, lo cual nos estaría determinando la colisión. De esta manera los objetos que se ponderan deben ser la necesidad de la intervención y el alcance de la magnitud de la medida que se pondera. En la intervención es necesaria la comparabilidad⁵² y del significado que tiene para la constitución, si esto conduce a su comparabilidad de manera directa, ALEXY de conformidad aduce *“que el primero es el punto de vista común: el punto de vista de la constitución existiendo una controversia acerca de lo que es correcto desde la perspectiva de la constitución. La incommensurabilidad aparece tan pronto se excluye la posibilidad de que exista un punto de vista común.”*

En este punto de construcción la escala tríadica permite aportar un desarrollo racional en la utilización de la ponderación y es a través de la fórmula de la ley cuando los objetos son justificados en el esquema argumentativo de la tríadica o escala de valores. Una vez que se ha establecido la conmensurabilidad⁵³ mediante el punto de vista y la escala, aparece entonces sin dificultad de cómo debía llevarse a cabo el tercer paso de la ponderación. En el margen de acción estructural la importancia de su fórmula establece con motivo a la relación de preferencia condicionada⁵⁴ la validez de la ley de colisión.

Lo que se pretende con dicha escala es construir es una sistematización de los rangos y valores propuestos para arrojar resultados en los casos concretos de colisión de principios, es así como los modelos tríadicos y comisionistas, es decir de la ley de colisión lo que establecen son herramientas de inferencia lógica que le permita al juzgador a la hora de interpretar derechos fundamentales ponderar los distintos principios. El grado de incertidumbre se resuelve cuando quien interpreta

⁵²CARBONEL, Miguel (coord.) op. cit, p. 31.

⁵³CARBONEL, Miguel (coord.) el principio de proporcionalidad en el estado constitucional, op.cit, p. 33.

⁵⁴CARBONEL, Miguel (coord.) op.cit, p. 33.

sigue un camino racional de conformidad con el procedimiento que establece la ley de ponderación con sus pasos y medidas, construyendo un modo ponderativo más objetivo y acondicionado a los casos reales de colisiones en magnitudes concretas de principios.

2.7. LA FÓRMULA DEL PESO

A la hora de establecer el peso real de un determinado principio debemos acoger las referencias de importancia concreta del principio contrario P_j la representación del peso abstracto de P_i . ALEX⁵⁵ propone una formula la cual llama “formula diferencial”, para establecer los parámetros que guían a señalar el peso concreto del principio bajo las circunstancias del caso concreto:

$$G_{i, j} = l_i - l_j$$

Es así, que la formula permite esclarecer los casos en los que los principios deben tomar sus pesos relativos o concretos para tratar de darle una determinación en la relación de precedencia de uno sobre otro. Los casos en la que la necesidad de la intervención en el principio contario precede sobre el principio en el cual se examina la vulneración, logrando establecer sus pesos concreto y así fundamentar la aplicación de los principios. Continuando con la pretensión de ALEX⁵⁶ debemos señalar las nueve posibles constelaciones del modelo tríadico⁵⁶ en las cuales el principio en la que se examina la vulneración en la representación del peso concreto precede al principio contario con valores positivos y negativos.

Las nueve constelaciones del modelo tríadico:

⁵⁵Ibíd. p. 35.

⁵⁶CARBONEL, Miguel (coord.) el principio de proporcionalidad en el estado constitucional, op. cit, p. 36, universidad externado de Colombia, 2007.bogota, Colombia.

Valores positivos

1. $g, l = 3 - 1 = 2$
2. $g, m = 3 - 2 = 1$
3. $m, l = 2 - 1 = 1$

Valores negativos

4. $l, g = 1 - 3 = -2$
5. $m, g = 2 - 3 = -1$
6. $l, m = 1 - 2 = -1$

Casos de empates

7. $l, l = 1 - 1 = 0$
8. $m, m = 2 - 2 = 0$
9. $g, g = 3 - 3 = 0$

En todos estos casos las cifras que presentan cada relación de principios en el caso concreto en relación a su peso, muestran que al asignarle un valor se pueden resolver las colisiones de forma aritmética. Ya que cada principio tendrá su cantidad y siendo de extrema utilidad a la hora de introducirlos en una balanza, como se quiera que se cumpla el modelo de la ponderación. Una crítica que nace en este punto en consideración con el modelo trádico y sus nueve posibilidades, es que sucede en los casos de empate, en cuyas cantidades que arrojen los principios sean iguales, el mismo ALEXY parecería que se quedara corto al señalar que *“por medio ella se expresa correctamente que el caso de empate se define como aquel en el que ninguno de los principios puede prevalecer frente al otro, independientemente si tiene una fuerza positiva o negativa”*. Al admitir la falencia y el vacío que existe en esta parte de su teoría en su modelo ponderativo, indagando más a fondo esto se podría resolver de la siguiente manera: si en los casos de empate la restricción y las intensidades son las mismas, miraríamos la satisfacción y no afectación de los principios, por eso cuando un principio que

viene siendo examinado en su vulneración presenta una restricción debemos preguntarnos, si su satisfacción afecta al otro principio, a su opuesto o contrario y viceversa, si al principio contrario su afectación satisface al otro principio, así tendremos una solución en los casos de igualdad en las que sus cantidades aritméticas sean idénticas.

Además de la formula diferencial ALEXY plantea otra fórmula, la que él llama “formula de cociente”⁵⁷. Esta permite identificar el peso concreto de Pi principio cuya vulneración se examina de la siguiente forma:

$$G_{i, j} = \frac{I_i}{I_j}$$

Solo la fórmula del peso será la podrá establecer la relación de un principio sobre el otro, los pesos abstractos y concretos, las intensidades en las intervenciones y las restricciones de cada uno de los principios. Por esto la formula diferencial y la formula de cociente evolucionan a la fórmula del peso, para resolver una colisión solo de dos principios⁵⁸ ALEXI distingue *“la complejidad aumenta cuando entran en juego más de dos principios. Es posible intentar representar esta complejidad mediante una fórmula que se construya sobre la base de la formula completa que se refiere a dos principios. Esta fórmula debe llamarse en vez de formula del peso, formula del peso extendida.”*

Al aplicar la fórmula del peso, esta se puede llevar de un modelo tríadico simple a un modelo tríadico doble⁵⁹ a las intervenciones leve a una levemente leve al indicar los grados en la intensidades el modelo tríadico se duplica y permite alcanzar un “meta-nivel en la ponderación”. La solides de este meta-nivel se logra

⁵⁷CARBONEL, Miguel (coord.) el principio de proporcionalidad en el estado constitucional, op. cit, p. 38, universidad externado de Colombia, 2007.bogota, Colombia.

⁵⁸CARBONEL, Miguel (coord.) el principio de proporcionalidad en el estado constitucional, op. cit, p. 38.

⁵⁹CARBONEL, Miguel (coord.) op. cit, p. 40.

cuando los principios en colisión muestran una construcción argumentativa de alcance efectivo en la fundamentación de los mismos derechos, es así al referimos a los derechos fundamentales. En la consecución del peso concreto la restricción de los principios, se mira desde el punto de vista de su intervención, claro está que la colisión nunca va arrojar un modelo ponderativo subsecuente, es decir a consecuencia de otro modelo que haya sido aplicado a casos distintos. La justificación en la intervención demuestra que un principio puede preceder a otro sea por su peso equivalente en el caso concreto o por su intervención leve, moderada o grave. En las ponderaciones no solo son relevantes las intensidades de las intervenciones, sino también los pesos abstractos⁶⁰ llegando a asegurar ALEXY *“esta posibilidad se vuelve real cuando los pesos que corresponden a los diferentes principios en colisión se diferencian entre sí. Si los pesos abstractos son iguales, se neutralizan entre sí. Si por el contrario ellos tienen diferente magnitud, pueden sopesarse en la balanza.”*

A la hora de llegar a la balanza las magnitudes de los principios toman relación con las intervenciones e intensidades, observando esto cuando un principio contrario al llegar a su examen de vulneración del otro principio, se determina según su grado en el peso relativo, para llegar a sopesar y convertirlo en peso concreto. Esto se explica cuando la colisión arroja su fórmula para que el objeto de la ponderación sea la de aplicar el principio que preceda en su relación al otro, y la no aplicación de la condición de precedencia no conduce a un resultado igual a los valores de ambos principios.

En el examen de proporcionalidad el tribunal constitucional⁶¹ presenta los criterios según los cuales debe determinarse la certeza de la medida ordenada ALEXY se refiere a *“la importancia del derecho fundamental en el caso concreto, que se define mediante la intensidad de la intervención y el peso abstracto”* formulando lo

⁶⁰ Ibíd. p. 41.

⁶¹ CARBONEL, Miguel (coord.) el principio de proporcionalidad en el estado constitucional, op. cit, p. 44, universidad externado de Colombia, 2007.bogota, Colombia.

que denomina “ley epistémica de la ponderación”, que establece cuanto mayor sea una intervención en un derecho fundamental, tanto mayor deberá ser la certeza de las premisas que fundamentan la intervención. En relación con esta ley no se refiere al principio de proporcionalidad en sentido estricto o su subprincipio, como “ley material de la ponderación”. El carácter epistémico se refiere a la condición cualitativa para las intervenciones en un derecho fundamental, cuando así se logra argumentar en las premisas que fundamentan la intervención.

Como una forma de solucionar aquellas colisiones de dos o más principios, ALEXY introduce su fórmula extendida del peso, en los casos que en uno y otro lado existan más de dos principios en colisión.

La fórmula extendida:

$$G_{i,j-n} = \frac{l_i \cdot G_i \cdot S_i}{l_i \cdot G_i \cdot S_i + l_n \cdot G_n \cdot S_n}$$

Se da una acumulación de los principios, en esta especial consideración ALEXY aclara que *“ello no constituye una razón para no comenzar siempre con el análisis de las relaciones relativamente fáciles, que deben tenerse en cuenta en la colisión de dos principios, y tampoco una razón pura, a partir de ese análisis, no dar un paso ulterior hacia las regiones complejas de las uniones de principios”*. La fórmula en el modelo se traduce, cuando los pesos abstractos, se configuran en una intervención intensa $G_{i,j-n}$, da como resultado de la correlación en la magnitud leve, moderada y grave, sobre una intervención grave en la determinación del peso relativo en igual importancia. Vemos que estas colisiones de más de dos principios, el modelo tríadico duplica su nivel de aplicación, para llegar en los casos en que la ponderación formula su ley material a través del tercer subprincipio de proporcionalidad, es decir en su sentido estricto, siendo que

los principios se acumulan aditivamente⁶², su argumentación jurídica responde al reconocimiento de las magnitudes en las valoraciones de cada principio.

2.8. EL JUICIO DE PONDERACIÓN CONSTITUCIONAL

Cuando existen conflictos constitucionales, y a la hora de resolverlos no se mira su jerarquía y operancia, es en el marco de su aplicación cuando estamos en presencia de dos principios en colisión teniendo ambos igual importancia dentro del sistema jurídico. La mejor decisión busca que con la ponderación se justifique el método de resolver dicho conflicto y se encuentre la efectividad en la solución del caso concreto, buscando la máxima realización de los principios para que de manera racional se consigan los resultados ponderados. JOSE JUAN MORESO⁶³, presenta una crítica a la fórmula de ALEXY al señalar: *“es una formula hueca, que no añade nada al acto mismo de pesar o de comprobar el juego relativo de dos magnitudes escalares, mostrándose incapaz de explicar por qué un principio pesa más que otro”*. Si la pretensión de la ponderación es asignarle un peso propio a cada principio en colisión, para que sea la cantidad o valor la que determine cual se aplica y precede al otro, en estos casos en la asignación del peso la relación de precedencia condicionada arroja el sustento argumentativo de los resultados que se ponderan para que sean estos (principios) y el mismo modelo quienes presenten la solución.

Pero no todo está perdido en la ponderación, ya que este modelo de interpretación constitucional va en especial referido a los derechos fundamentales, pues consigna aportes de gran magnitud y beneficio a la hora de trazar estos derechos, es así, como MORESO sigue esta línea cuando sostiene: *“la virtualidad de la ponderación reside principalmente en estimular una interpretación donde la*

⁶²CARBONEL, Miguel (coord.) el principio de proporcionalidad en el estado constitucional, op.cit p. 48, universidad externado de Colombia, 2007.bogota, Colombia.

⁶³CARBONEL, Miguel (coord.) el principio de proporcionalidad en el estado constitucional, op.cit p. 118.

relación entre las normas constitucionales no es una relación de independencia o de jerarquía, sino de continuidad y efectos recíprocos, de manera que, hablando por ejemplo de derechos, el perfil o delimitación de los mismos no viene dado en abstracto, y de modo definitivo por las formulas habituales (orden público, derecho ajeno, etc.), sino que se decanta en concreto a la luz de la necesidad y justificación de la tutela de otros derechos o principios en pugna". En ese sentido la ponderación construye un modelo que responde a las necesidades de las intervenciones en cada principio, ya que no existe un peso determinado de manera taxativa por el legislador a cada principio en colisión al no existir jerarquía constitucional entre ellos, precisamente esto muestra sus ventajas, los efectos no son generalizados a todos los casos de conflictos, ya que la solución del caso es únicamente a las posibilidades concretas de esa situación, y no se extiende a las demás colisiones al excluir la misma solución a las otras condiciones, este modelo no se caracteriza por universalizar los procedimientos de interpretación de los derechos y esto se debe porque los principios gozan de una igualdad correlativa, todos se miran en el mismo nivel, que no se confunda esto con las circunstancias relativas al caso concreto, que son las posibles soluciones que arroja la ponderación para cada conflicto.

Otra tarea que aborda la ponderación es la atinente al principio de concordancia práctica⁶⁴, según el cual la ponderación no es absoluta ni debe serlo, se debe interesar en buscar la hegemonía y armonización de los principios en colisión para ilustrar esto, MORESO indica: *"el resultado óptimo de un ejercicio de ponderación no habría de ser el triunfo aplastante de uno de los principios, ni si quiera en el caso concreto, sino la armonización de ambos, esto es, la búsqueda de una solución intermedia que en puridad no diese satisfacción plena a ninguno, sino que procurase la más liviana lesión de ambos"*. No se exige un cumplimiento pleno del principio que precede al otro, sino un papel tolerante y conciliador que encaje

⁶⁴CARBONEL, Miguel (coord.) el principio de proporcionalidad en el estado constitucional, op.cit p. 121, universidad externado de Colombia, 2007.bogota, Colombia.

en la decisión más justa y coherente del aplicador del derecho, pues el propósito de su examen, debe ser la armonización constructiva de los principios en conflicto, si la ponderación tiene como objeto los principios y la solución se construye a partir de las razones en pugna⁶⁵, son estas razones las que deben determinar que el modelo sea aplicable al caso concreto, justificando las determinaciones en la aplicación de una razón a favor y en contra de cada principio.

En el campo de aplicación de los principios la ponderación se muestra como el mejor mecanismo, pero no se debe obviar que el modelo ponderativo exige antes de su aplicación la subsunción, *“el paso previo a toda ponderación consiste en contrastar que en el caso examinado resulten relevantes o aplicables dos principios en pugna. En otras palabras antes de ponderar es preciso subsumir, constatar que en el caso se halla incluido en el campo de aplicación de los dos principios”*⁶⁶, con esto se reafirma que la ponderación no está sola en el sistema jurídico, sino que además se incluye la subsunción como una especie de garantía, en la aplicación concreta para que pueda operar con confianza el modelo ponderativo, una vez que ambas aportan a la interpretación a la hora de tomar decisiones en el derecho.

La ponderación se configura, pues, como un paso intermedio entre la declaración de relevancia de dos principios en conflicto para regular *prima facie* un cierto caso que permita la construcción de una regla que aporte su regulación⁶⁷, lo que permite es que los principios en conflicto se regulen por un procedimiento que cumpla con unas pautas en la argumentación. A la hora de ponderar la regla que señale cuál de los dos principios precede al otro, será aquella que se acoja al resultado de la relación de precedencia condicionada, así las razones que juegan

⁶⁵CARBONEL, Miguel (coord.) el principio de proporcionalidad en el estado constitucional, op.cit p. 121.

⁶⁶CARBONEL, Miguel (coord.) op.cit p. 121.

⁶⁷CARBONEL, Miguel (coord.) el principio de proporcionalidad en el estado constitucional, op.cit p. 123, universidad externado de Colombia, 2007.bogota, Colombia.

a favor y en contra de cada uno de los principios se soportan, y justifican el método ponderativo. Siguiendo con este esquema MORESO asegura que *“dado ese carácter de juicio a la luz de las circunstancias del caso concreto, la ponderación constituye una tarea esencialmente judicial”*, lo que permite que se consolide el juicio de ponderación en aquellos casos en que los principios constitucionales se muestren evidentemente contradictorios entre ellos, buscando no una jerarquía generalizada de los principios por parte del legislador al ponderar de manera directa un principio fundamental en una ley, pues su labor sería incierta de conformidad con el orden democrático, al tratar de establecer una supremacía de valores entre principios constitucionales. MORESO destaca que: *“lo que pretende el juicio de ponderación es concretar o hacer explícita una de las excepciones implícitas que caracterizan a los principios como normas abiertas, y esto es algo que también puede hacer y de hecho hace la ley”*.

El problema que se plantea en cuanto a la ponderación, es si una vez realizado por el legislador un control de proporcionalidad de principios constitucionales a través de una ley, a la hora de presentarse un conflicto en el caso concreto, el aplicador judicial puede hacer uso de la ponderación para resolver dicha incertidumbre, para afianzar el debate traemos a colación el siguiente planteamiento MORESO: *“la cuestión de si la ley puede ser objeto de ponderación por el tribunal constitucional, y la de si la ley puede ponderar por sí misma, postergando o haciendo innecesaria la ponderación judicial, son problemas íntimamente conectados o, más exactamente, problemas cuya respuesta resulta en cierto modo paralela; y esa respuesta tiene que ver con el nivel o grado de concreción del supuesto de hecho o condición de aplicación descrito en la ley”*.

Tomando como ejemplo la elaboración del tribunal constitucional español en cuanto al desarrollo de la ponderación y aplicación de su juicio, enumeraremos los pasos a seguir en la construcción ponderativa: primero, “que la medida enjuiciada presente un fin constitucionalmente legítimo como fundamento de la interferencia

en la esfera de otro principio o derecho”⁶⁸, que existan normas con igual valor jerárquico y fines constitucionales de carácter legítimo en igualdad de condiciones, que no se presente de manera indiferente este criterio. Segundo,” la máxima de la ponderación requiere acreditar la adecuación, aptitud o idoneidad de la medida objeto de enjuiciamiento en orden a la protección o consecución de la finalidad expresada”⁶⁹, que la legitimidad de la intervención no resulte indiferente a la actuación para la realización de lo prescrito en una norma constitucional⁷⁰. Tercero, “la intervención lesiva para un principio o derecho constitucional ha de ser necesaria”⁷¹, necesidad se refiere que cuando se va a lesionar el otro principio que precede a sus condiciones, no se mire aislado sino en conjunto ambos principios. Y como cuarto paso, está el juicio de proporcionalidad en sentido estricto⁷², como tarea final de concreción de la ponderación y su juicio, el autor lo define como aquel que “consiste en acreditar que existe un cierto equilibrio entre los beneficios que se obtienen con la medida limitadora o con la conducta de un particular en orden a la protección de un bien constitucional o a la consecución de un fin legítimo, y los daños o lesiones que de dicha medida o conducta se derivan para el ejercicio de un derecho o para la satisfacción de otro bien o valor; aquí es donde rige propiamente la ley de la ponderación”.

2.9. EL JUICIO DE PONDERACIÓN EN LAS CARGAS DE LA ARGUMENTACIÓN

Hoy en día el problema de la ordenación jerárquica⁷³, plantea mucho más que la aplicación de la norma jurídica al caso concreto, esto nos lleva a enfrentarnos a

⁶⁸CARBONEL, Miguel (coord.) el principio de proporcionalidad en el estado constitucional, op.cit p. 128.

⁶⁹CARBONEL, Miguel (coord.) op.cit p. 129.

⁷⁰Ibíd. p. 129.

⁷¹Ibíd. p.130.

⁷²Ibíd. p.131.

⁷³ALEXY, Robert, teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica. p. 41.Traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo, centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, España.2007.

una incertidumbre sistemática de principios y reglas, las cuales deben encontrar un punto de anclaje, para su correcta aplicación, nosotros llamamos la teoría del punto de anclaje, como la teoría que puede presentar la solución al problema de la fundamentación de las decisiones jurídicas, cuando un juez realice su proyecto de fallo, realiza un proceso sistemático verificando que tipo de norma va a aplicar, el problema se presenta cuando una norma de carácter descriptivo se presenta un debate, ocasionando así un enfrentamiento, o más conocido como conflicto de normas.

En este orden de ideas, cuando esto se presenta se inicia una incertidumbre y la primera pregunta que se le viene a ese fallador es cual norma debe aplicar, entonces es aquí donde entra nuestra teoría, presentada como un mecanismo para que de forma imparcial dirima ese conflicto. Lo primero que se debe tener en cuenta a la hora de solucionarlo es el ámbito de validez y aplicación de la disposición legal, entendiendo su orden, es decir, si es del orden nacional, departamental, distrital o municipal.

En otro punto como lo plantea Alexy, se da una debilidad en los canales de interpretación, esto es impide la consideración de las reglas para la fundamentación de las normas jurídicas, en otras palabras como aislándolas del ordenamiento jurídico, solución que puede ser fatalista, si a la hora de mirar la norma que se saca del ordenamiento y esta a su vez se enfrentada contra su antítesis.

2.10. EL CHOQUE DE LA PRETENSIÓN DE AISLAMIENTO Y SU VALORACIÓN POR PARTE DEL JUZGADOR

El planteamiento originario deriva de la solución a ese choque que se está presentando entre una y otra norma, claro está la pretensión de aislamiento debe estar en manos del fallador y no del legislador para apartarse de esta, siempre y

cuando este considere que se está violando un derecho fundamental, es decir si se considera que se está actuando contrario a la norma y con ello viola la carta política, la razón de ser es que el fallador goza de la facultad de buscar el camino que lleve a una justa decisión equilibrada, entendiendo que no puede actuar con pasiones, sino con decisiones ajustadas a derecho, valiéndose de la norma indicada, de la doctrina y de la jurisprudencia.

Para Larenz citado por Alexy⁷⁴, “el reconocimiento a la aplicación de la ley no se agota, en la subsunción, si no que exige, una gran medida de valoración del juzgador, con esto se deja muy claro, cuál debe ser el papel del fallador en una construcción acertada de la decisión a los conflictos jurídicos, que tiene su motivo, en el pensamiento de quien actué como operador de justicia siendo este imparcial, neutral y equilibrado, teniendo muy claro que de existir un impedimento debe manifestarlo antes de prejuzgar, evitando conflictos de intereses, conflictos de competencia y que se produzcan decisiones que vayan en detrimento del equilibrio de la ley. Es por eso que la acción de tutela debe garantizar la libertad de los derechos fundamentales sin que exista la colisión de los principios.

2.11. LA PONDERACIÓN Y EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Entendiendo la ponderación como una forma de tomar decisiones⁷⁵, consistente en sopesar razones que juegan a favor y en contra de una específica solución, como un modelo que valora y presenta un esquema argumentativo que construye dentro del campo referencial de los derechos fundamentales un método jurídico. Este busca la confrontación de los objetos que se ponderan para llevarlos a una solución material y concreta en la que el resultado va a estar determinado por los pasos que se sigan en dicha construcción. BERNAL plantea que la utilización del

⁷⁴LARENZ. metodología de la ciencia del derecho, p 24, Barcelona-caracas-México, editorial, Ariel, 1980.

⁷⁵BERNAL, Carlos, el principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, tercera edición, 2007.p. 569.

principio de proporcionalidad y la ponderación como conceptos similares o que estas dos nociones son sinónimas confluyendo en la idea en la misma definición de ponderación, es decir su significado se asemeja mucho al principio constitucional de proporcionalidad.

Para llegar así a defender la concepción de que la ponderación se identifica con el principio de proporcionalidad en sentido estricto⁷⁶ que en palabras de BERNAL “*la ponderación debe entenderse como una parte del principio de proporcionalidad, su tercer subprincipio, que exige que las intervenciones en el derecho fundamental reporten tales ventajas al derecho o al bien constitucional que favorecen, que son capaces de justificar las desventajas que la intervención origina al titular del derecho afectado*”. Podemos distinguir de esta concepción en la necesidad de incluir la ponderación dentro del principio de proporcionalidad, y es en las intervenciones donde las ventajas en la confrontación de razones ocupan su papel primordial, para llegar a la idea que las intensidades en las intervenciones no restringen su función en la afectación o no satisfacción cuando se pondera los principios.

En el segundo punto de este análisis que tales ventajas se reporten conforme al derecho o al bien constitucional en todo el sistema jurídico, encontrando unitariedad en el, jerarquía y supremacía de la constitución, y en último lugar que se justifiquen dichas desventajas al originar al titular del derecho afectado, esto es cuando la intervención de los principios en colisión arroja un resultado de no aplicación de uno de los principios con su posterior mandato de optimización.

En otro aspecto la ponderación y el principio de proporcionalidad se miran en la construcción argumentativa del tribunal o corte constitucional en los fundamentos

⁷⁶BERNAL, Carlos, el principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, op. cit, p. 570.

jurídicos de la sentencia⁷⁷ cuando miran las razones a favor y en contra de un derecho fundamental con una norma de validez *prima facie*, tomando así las consideraciones que soporten la decisión con el objetivo de sopesar su fallo. La ponderación se identifica como un modelo adscrito a los principios, al tipo de normas que llevan implícitas las posibilidades fácticas y jurídicas en el caso concreto. Comprendiendo los derechos fundamentales como mandatos de optimización, BERNAL va más allá al sostener “que la ponderación es uno de los subprincipios de la proporcionalidad, el ámbito de aplicación de estas dos figuras resulta coincidente”. Surge entonces una discusión en cuanto a la aplicación de la ponderación y del principio de proporcionalidad, la que se refiere a que la ponderación se aplica cuando la intervención en el derecho proviene de un acto particular, y el principio de proporcionalidad en sentido amplio solo se lleva a la práctica⁷⁸, cuando los derechos fundamentales son objeto de intervención por parte de medidas estatales. Dejando de lado los dos subprincipios de proporcionalidad, el de idoneidad y de necesidad, refiriéndose esto a normas iusfundamentales que se integran sobre leyes de intervención de medidas estatales, y es solo el principio de proporcionalidad en sentido estricto el que aplica la ponderación.

Los llamados conflictos entre derechos fundamentales, tesis central que se defiende en este estudio, vierten sus intereses según sean entre dos particulares o entre relaciones del estado. Para sostener la idea, que un conflicto entre principios que enmarquen derechos fundamentales debe solucionarse a través del método ponderativo, y la respuesta de ALEXY sobre la ley de ponderación, fundamentando la actuación material de estos derechos en la medida que estén consagrados en una constitución.

⁷⁷BERNAL, Carlos, el principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, tercera edición, 2007. p. 570.

⁷⁸BERNAL, Carlos, el principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, op. cit, p. 571.

Es por eso, que el principio de proporcionalidad en sentido estricto se aplica en este sentido para determinar las circunstancias que fundamentan las razones a favor y en contra de cada uno de los principios. El ámbito *prima facie* de un derecho fundamental se refiere a que estos derechos admiten restricciones legislativas⁷⁹, porque son derechos de contenido prestacionales, es decir que imponen una carga económica, estas restricciones deben ser proporcionadas en razón de la limitación presupuestal que tenga el estado que garantiza la aplicación efectiva de los derechos. Cuando emanan así con contenido prestacionales, atienden las posibilidades fácticas, jurídicas, reales y del caso que se aplica para la consecución de su desarrollo.

Así BERNAL propone que en estos casos se realice un examen de proporcionalidad el cual permita estudiar las restricciones en los caso concretos señalando que “las posiciones iusfundamentales en que se concretan estos derechos valen solo *prima facie*, o si también valen de manera definitiva.” Este análisis en los casos que la aplicación de un derecho sea total o circunstancial, el debate que se instaura en la concepción *prima facie* de un derecho fundamental logra entender un poco más los contenidos económicos en el derecho, cuando al momento de la aplicación no sea posible suplir la carga del mandato de optimización de un principio por que la institución responsable de ello no posea los recursos.

Con mayor frecuencia al proponer el concepto amplio de la ponderación los límites de eta no resultan del todo absolutos para su aplicación, ya que cuando exista una violación flagrante a un derecho fundamental los mecanismos tanto legales como constitucionales deben salir avante en esa partida. Las posiciones jurídicas de prestación llevan a que el estado satisfaga los deberes de protección⁸⁰ atribuidos al estado, BERNAL ratifica esta postura al concluir “*esta doble vinculación que*

⁷⁹BERNAL, Carlos, el principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, tercera edición, 2007. p. 396.

⁸⁰BERNAL, Carlos, el principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. op. cit, p. 397.

emana de los derechos fundamentales ha sido reconocida de modo expreso por el tribunal constitucional<< de la obligación del sometimiento de todos los poderes a la constitución no solamente no solamente se deduce la obligación negativa del estado de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales, sino también la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos y de los valores que representan>>”.

Con esto se deja claro el carácter directivo y marco de los derechos fundamentales dentro del estado social de derecho, ya que su efectiva consolidación permite asegurar los deberes estatales reconocidos en la constitución. Los valores que estos consagran buscan que el especial reconocimiento de estos derechos no se quede solamente en una carta política, y que de manera progresiva avancen en la construcción democrática del estado constitucional.

2.12. LA TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS: SU OBJETIVO CENTRAL

la teoría de los principios desarrolla la idea de establecer los derechos fundamentales como mandatos de optimización, entendiendo la optimización como los parámetros reales y facticos para el desarrollo de los derechos, atendiendo a las posibilidades materiales del caso concreto, esto por un lado, por otro la teoría de los principios desarrolla los derechos fundamentales como el objeto de la ponderación, para establecer un procedimiento lógico racional, de carácter objetivo, que estableciendo un esquema argumentativo permita que quien decida sea el administrador, aplicador, juez o tribunal de justicia, en este caso el tribunal constitucional o corte. Lo que señala dicho procedimiento son una serie de pasos que basados en herramientas de inferencia estructuren una solución acertada cuando se presenta una colisión de principios que expresan derechos fundamentales, es así como la teoría de los principios ha querido consolidar la idea de la optimización y de la ponderación.

Al llegar al mismo sentido de orden de la constitución, en determinar si la constitución es un *huevo jurídico originario*, de conformidad con FORSTHOFF y citando a ALEXY⁸¹ “*si la teoría de los principios llevara consigo necesariamente a una constitución que ya contuviera todo el ordenamiento jurídico, el legislador estaría condenado solo a declarar*”, esto para entender que el proceso de la constitución ya estaría resuelto y se basaría solo en la jurisdicción para establecer su orden. Claro está que la crítica que refleja ALEXY sobre este punto se acentúa en determinar los alcances normativos de la constitución, no entendiendo esta como lo primigenio en sentido general al pensar que solo declararía para cada caso determinado lo que ya ella estipula, sino como lo originario, porque de ese concepto emanan los distintos poderes, principios, libertades y valores democráticos de una sociedad.

Se presenta una paradoja al querer establecer la escogencia de un estado jurisdiccional o un estado de legislación, BOCKENFORDE citado por ALEXY⁸² “*asocia esta dicotomía, ubicada en el nivel de las competencias, con una alternativa que se sitúa en el ámbito de la estructura y el contenido de las normas constitucionales y, consiguientemente, de la constitución como estructura normativa*”. En esta dicotomía se mueve la balanza sobre dos tópicos, el de mirar la constitución como un orden marco o la constitución como un orden fundamental, entrando así uno sobre el otro, el orden marco trata de establecer la constitución como un cuerpo normativo que ya está establecido, y en ese rango lo que desarrolle atiende a su modelo estructural dentro de los mismos parámetros de la constitución, como cuerpo normativo.

La constitución juega un papel para el desarrollo de la teoría de principios, pues es aquí donde se van a materializar en el orden jurídico para la selección y categorización de los mismos, esta idea se desarrolla con la misma concepción de

⁸¹ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. op.cit., p. 515.

⁸²ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. op.cit., p. 514.

entendido de los derechos fundamentales, como el desarrollo de principios y estos como mandatos de optimización, ALEXY citando a BOCKENFORDE estipula⁸³ “una constitución es un orden jurídico fundamental del ente social, si todos los principios jurídicos y las posibilidades de equilibrio para la configuración del orden jurídico ya están contenidos *in nuce* en ella. Esto coincide con la idea de la constitución como un huevo jurídico originario de FORSTHOFF y permite reproducir de manera imprecisa pero acertada el enemigo común contra el que luchan los valedores de la idea del orden marco”. Esto sigue la línea contradictoria de la teoría de principios pues el modelo propuesto por ALEXY va en entender la constitución dentro de un orden fundamental de carácter cualitativo para su desarrollo dentro del ordenamiento jurídico.

El papel de la jurisdicción sobre la constitución sería el de vigilancia, de entender a sus postulados fundamentales, dentro del ordenamiento jurídico interno, jugando en el orden marco de esta como origen y fin de las decisiones jurídicas, el problema de esta fundamentación en palabras de ALEXY de conformidad con la función declarativa de la constitución “por consiguiente a causa de una presión constitucional de optimización, se eliminaría completamente la libertad de configuración política del legislador. Este hecho sería incompatible a todas las luces del parlamentarismo democrático y de división de poderes”.

Por otra parte se encuentra el concepto de orden fundamental, para entender el contenido de la constitución dentro de un determinado sistema jurídico viendo esta como una función integradora del mismo y permitiendo el desarrollo normativo de la carta de derecho, el concepto de orden fundamental se puede concebir de manera cuantitativa o cualitativa⁸⁴ “una constitución es un orden fundamental en sentido cuantitativo, si no confía nada a la discrecionalidad del legislador, es decir si para todo tiene previsto un mandato o una prohibición. Esta tesis de manera

⁸³ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. op.cit., p. 515.

⁸⁴ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. op.cit., p. 519.

radical plantea que no se le escapa nada a la constitución que todo está previsto en ella, para enfrentar las posibles soluciones a los casos determinados cuando así sea necesario, decidir y decidir sería el lema de este tipo de constitución. El modelo que mejor presenta las soluciones para el desarrollo de los derechos fundamentales es una constitución vista desde el orden fundamental de carácter cualitativo o sustancial⁸⁵ así como ALEXY señala “una constitución es un orden fundamental cualitativo o sustancial, si mediante ella se deciden asuntos fundamentales para la comunidad”. De la combinación del orden marco y del orden fundamental nace el entendimiento para el alcance de la teoría de los principios⁸⁶, es así como reitera ALEXY esta conjugación en los dos aspectos de los órdenes “esto es posible, si en primer lugar, la constitución ordena y prohíbe algunas cosas, es decir establece un marco, si en segundo lugar, confía otras cosas a la discrecionalidad de los poderes públicos ósea, deja abiertos márgenes de acción, y en tercer lugar si mediante sus mandatos y prohibiciones decide aquellas cuestiones fundamentales para la sociedad, que puedan y deban decidirse por una constitución”. Es así como se llega a una tesis que no establece parámetros radicales ni moderados para el entendimiento de los alcances normativos de la constitución, sino una tesis integradora que unifique ambas posturas, podemos enumerarlas así: 1 establecimiento de su marco de acción, 2 confianza en la discrecionalidad del legislador, 3 decisiones a cuestiones fundamentales para la sociedad.

2.13. EL MARGEN DE ACCIÓN ESTRUCTURAL PARA LA PONDERACIÓN

Los principios como mandatos de optimización presentados en la teoría de los derechos fundamentales de ALEXY, han abierto el debate, de si los principios se entienden dentro del marco de la constitución como puntos máximos de realización de los ideales fundamentales, LERCHE al criticar señala, “*los principios*

⁸⁵ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. op.cit., p. 520.

⁸⁶ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. op.cit., p. 520.

como mandatos de optimización, estarían ligados al punto más alto posible, de acuerdo con las circunstancias jurídicas y fácticas dadas, y de este modo estarían ligados in nuce a un punto ideal". Esta idealización de los principios dejaría al legislador imposibilitado a la hora de interactuar dentro del marco estructural de la ponderación, estableciendo valoraciones en las cuales los principios no cumplirían con los fines determinados, propuestos en su margen de acción.

ALEXY indica que *"la tesis del punto máximo desemboca en la idea de que en el ámbito de los principios siempre existe una única respuesta correcta"*, lo que origina la materialización de la constitución dentro del sistema jurídico, viendo esta de manera unitaria e integradora, no solo por los mismo principios, sino por las normas que engloban todo el aspecto legal de un determinado marco estructural. La crítica que enfrenta la teoría de los principios va encaminada a lo que significa o se le puede determinar su alcance en el *concepto de optimización*, se puede definir como el mandato que los principios guardan para que de conformidad con lo ordenado se realicen las medidas de acuerdo a las posibilidades fácticas y jurídicas, una de las tesis centrales expuestas en su teoría de los derechos fundamentales⁸⁷, presenta que la definición de optimización se desarrolla a través del principio de proporcionalidad y sus tres subprincipios, los de idoneidad, necesidad y sentido estricto, desarrollaremos los dos primeros ya que el último fue objeto de estudio del presente trabajo.

Los subprincipios de idoneidad y de necesidad expresan la pretensión, contenida en el concepto de principio⁸⁸, el de idoneidad detecta los medios no idóneos para la realización del fin perseguido en la medida, o como lo señala ALEXY no como un punto máximo sino como un criterio negativo, así lo indica, *"el subprincipio de idoneidad tiene más bien el estatus de un criterio negativo, mediante el cual se puede detectar que medios no son idóneos. Un criterio negativo de esta*

⁸⁷ ALEXY, Robert, teoría de los derechos fundamentales, op. cit, .p. 524.

⁸⁸ ALEXY, Robert, op. cit, p. 524.

naturaleza no lo fija todo, sino que únicamente excluye algo: los medios no idóneos, por esta razón, es compatible con la idea de orden marco. Como elemento de un orden marco, su función consiste en excluir lo no idóneo, sin que de este modo llegue a fijarlo todo.” Lo que nos indica que en la realización del fin perseguido se deben excluir los medios que no son aptos para la realización efectiva de la medida estatal, ya que se puede ver afectada la valoración de la norma con carácter ius fundamental al no indicar los parámetros de idoneidad de la disposición, y por otro lado el orden marco señala que su función de excluir lo no idóneo, sin que de este modo llegue a fijarlo todo, para no llevara así al punto máximo o al punto más alto posible atendiendo las posibilidades jurídicas y fácticas.

Y el principio de necesidad como subprincipio del principio de proporcionalidad exige que de dos medios igualmente idóneos, sea escogido el más benigno con el derecho fundamental afectado⁸⁹, ALEXY corresponde al modelo y en especial al subprincipio aclarando, *“en este sentido, el subprincipio de necesidad también es una expresión de la idea del óptimo de Pareto. A causa de la existencia de un medio más benigno e igualmente idóneo, puede mejorarse una posición sin que esto represente costes para la otra. Al igual que ocurre con el subprincipio de idoneidad, mediante este subprincipio se lleva una selección de medios. Al legislador no le esta categóricamente prescrito adoptar el medio más benigno. Únicamente se afirma que si el legislador quiere perseguir su fin, solo puede adoptar el medio más benigno, o un medio igualmente benigno o un medio un poco más benigno. No se trata de una optimización hacia un determinado punto máximo, sino simplemente de sacrificios innecesarios para los derechos fundamentales”*. Con esto se pretende que en el examen de necesidad no se arrojen resultados extremos o desproporcionados en las medidas para la adopción de los medios que busquen el fin, la optimización del punto máximo no se ve dado por esa necesidad, sino por la no realización en puntos extremos en los que la

⁸⁹ *Ibíd.* p. 526.

medida resulte gravemente por fuera de los límites, llegando así a un equilibrio para los derechos fundamentales.

2.14. COLISIÓN Y PONDERACIÓN ENTRE DERECHOS INDIVIDUALES Y BIENES COLECTIVOS

Cuando se presentan colisiones entre derechos individuales y bienes colectivos, para que estos sean ponderados, y así a través de un juicio, establecer la posible solución, estos, deben de tener el carácter de principios, solo al encontrarse en la misma esfera de aplicación. Dentro del sistema jurídico no solo las reglas, de tradición clásica, que todos conocemos presentan conflictos, llamados conflictos entre reglas, estando por otra parte un tipo distinto de normas, como son los principios. Se presentan la colisión entre principios, como ya lo hemos reiterado a lo largo de este trabajo, como aquella que se estructura, cuando un principio indica algo, y otro a su vez indica lo contrario, presentándose una indeterminación Normativa, y apelando al juicio de ponderación para hallar su solución en el caso concreto. ALEXY señala que dichas indeterminaciones se presentan de manera exclusiva, en casos especiales como lo indica “solo puede hablarse de una colisión entre derechos individuales y bienes colectivos si, y en la medida en que, tienen carácter de principios, es decir, son mandatos de optimización. Si, y en la medida en que, tienen carácter de reglas, es solo posible un conflicto de reglas que es totalmente diferente a una colisión de principios”⁹⁰. Estos casos de colisiones de principios responden a criterios de racionalidad y operancia argumentativa, para garantizar que la aplicación de los principios como mandatos de optimización responden a las posibilidades jurídicas y fácticas, el modelo ponderativo demuestra que la aplicación de principios no es subjetiva, ni atiende a un procedimiento arbitrario contra el desarrollo judicial y la justiciabilidad de los mismos derechos dentro del ordenamiento jurídico, si bien quien pondera es el

⁹⁰ALEXY, Robert, *el concepto y la validez del derecho*, colección estudios alemanes, editorial gedisa, segunda edición, octubre de 1997, Barcelona, España. p. 204.

tribunal o corte constitucional, un juez de tutela, un aplicador de derecho, o administrador de justicia, el mismo procedimiento de ponderación muestra pasos o reglas a seguir para buscar la menor infracción o menoscabo de los intereses del otro principio en colisión.

Como es una colisión de principios, a la hora de establecer la precedencia condicionada el otro principio no se aísla del ordenamiento jurídico, o “para la solución del caso tendría que haber declarado la invalidez del derecho individual o del bien colectivo y eliminarlo del orden jurídico o introducir en alguno de ellos excepción que permitiera en todos los demás casos considerarla como una regla cumplida o no cumplida”⁹¹. esto hubiera ocurrido en un conflicto de reglas, los principios apelan a otra interpretación a la concepción prima facie de su objeto dentro de la teoría de derechos o principios, la visión del principio cuya vulneración se examina es distinta frente al principio contrario cuya determinación es menor o no, en cuanto a las intensidades en la intervención del mismo, el examen de razonabilidad o el mismo test de ponderación, muestran que lo primero que va a jugar a favor o en contra de los principios es el peso abstracto que se le de según las condiciones reales del caso en concreto, esto para determinar luego la relación de precedencia condicionada es así como se refiere ALEXY al caso sobre incapacidad procesal donde el tribunal constitucional federal pondera derechos individuales y bienes colectivos indicando luego de la solución del caso por parte del tribunal “el tribunal eligió otra vía, estableció una relación de precedencia condicionada al indicar, haciendo referencia al caso condiciones bajo las cuales un principio precede al otro. El que esto no conduce a una mera casuística ad hoc puede reconocerse en el hecho de que las condiciones bajo las cuales o un principio preceda al otro, constituye el supuesto de hecho de una regla –desde luego relativamente concreta-que expresa las consecuencias jurídicas del principio que tiene precedencia”⁹². Esto para indicar así el valor de la precedencia para la

⁹¹ALEXY, Robert, el concepto y la validez del derecho, op. cit, p. 204.

⁹²ALEXY Robert, “el concepto y la validez del derecho” pág. 205.

no aplicación del otro principio en colisión a saber si los principios juegan su propia determinación con el objeto ponderado, pues si la respuesta es afirmativa, la garantía de que la ponderación no es irracional si no un procedimiento objetivo se verá afectada dentro del sistema jurídico.

EL DERECHO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: HACIA UNA DOGMATICA DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN COLOMBIA



3

3. EL DERECHO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: HACIA UNA DOGMÁTICA DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN COLOMBIA

Esta segunda parte del trabajo de investigación tiene como objeto de estudio el desarrollo de los derechos fundamentales en Colombia por parte de la Corte Constitucional como máximo tribunal de cierre de su jurisdicción. Hoy en día es necesario pensar en construir categorías dogmáticas que construyan la teoría de los derechos fundamentales en Colombia, esta es vista como un derecho pretoriano debido a que el desarrollo que se le da es eminentemente jurisprudencial, el derecho de los derechos fundamentales: hacia una dogmática de derechos fundamentales en Colombia, emprende la labor de identificar cuáles son los criterios que están construyendo al aporte de esta dogmática. Por último analizamos la labor científica de Robert Alexy en su teoría de los principios y de cómo el autor utiliza un metalenguaje jurídico para señalar dichas categorías construidas en el modelo alemán de derechos fundamentales. El aporte de este y otros autores a la teoría del derecho latinoamericana, permite identificar los modelos de la ciencia jurídica desarrollada en otras épocas y momentos históricos distintos, pero no por esta distinción son menos importantes para la valoración de una doctrina local.

3.1. LA FUNDAMENTALIDAD DE LOS DERECHOS COMO RESULTADO DE LA TEORÍA DE PRINCIPIOS

La fundamentalidad de los derechos , se ha convertido en un problema de suma importancia para los partidarios de la positivización de los derechos fundamentales en un ordenamiento jurídico, ya que estos tienen el interés de saber o conocer cuáles son los derechos con carácter de fundamental que se les reconoce a las personas, pues se han encontrado ciertos vacíos y lagunas a la hora de aplicarse, ya que nuestra Constitución no tiene una lista taxativa de cuáles

son los derechos fundamentales?, o en que consiste esa fundamentalidad de la que tanto hacen mención (Chinchilla, p 1-2 y 6).

Partiendo de la base de la existencia de los derechos fundamentales, y teniendo en cuenta que estos derechos se caracterizan porque tienen un trato especial frente a los demás, tanto en su teoría como en su práctica, la Corte les asigna una protección superior, tanto es así que dicha superioridad se da también frente a los demás órganos ejecutivo, legislativo y judicial del Estado. Pero porque es de gran importancia tener conocimiento sobre dicha fundamentalidad? Para identificar los siguientes aspectos (Chinchilla p 6):

Derechos que tiene un trámite especial y dispendioso; derechos que aunque estén en estado de excepción no se pueden suspender; derechos inalienables e inherentes al hombre que son conceptos distintos y relacionados entre sí, pero la Constitución se refiere a ellos como si fueran uno solo. (Chinchilla p1).

Todo el tiempo surgen preguntas como: son los derechos fundamentales derechos humanos?, en qué sentido se les puede llamar derechos? Son fundamentales todos los derechos constitucionales?

Con una teoría y doctrina constitucional de derechos se podría resolver más fácilmente los conflictos constitucionales que surgen a diario que se refieren tanto a los derechos como a las obligaciones de una sociedad como la nuestra. Por estas razones surge lo que hoy conocemos como Hermenéutica que se origina por la necesidad de interpretar los enunciados jurídicos constitucionales, acudiendo a principios generales del derecho, doctrinas extranjeras (de gran importancia, pero igualmente tienen un contexto social y jurídico distinto al nuestro).

Solo cuando se tiene una teoría adecuada se puede dar un alcance más preciso, seguro y claro de una norma o derecho en sí. (Chinchilla p 13).

Actualmente a la hora de poner en tutela algún derecho fundamental vulnerado, siempre se usan unos conceptos imprescindibles a la hora de hacer la argumentación jurídica, como lo son: conexidad, mínimo vital, vida digna, salud, juicios de proporcionalidad, conceptos que no han sido taxativamente consagrados en una constitución.

3.2. DERECHOS HUMANOS VS DERECHOS FUNDAMENTALES

Actualmente es muy constante que se vea que los conceptos de derechos fundamentales y derechos humanos sean considerados como iguales y sobre todo por la doctrina constitucional. (Chinchilla p 105).

Pero en realidad entre estos dos si hay ciertos aspectos que los diferencian y son: Tenemos que los derechos humanos se encuentran conceptualizados de una forma mucho más amplia, abarcan la totalidad de derechos que no han sido positivizados, es legitimadora de los derechos fundamentales, es decir, son la base o el punto de partida de los derechos fundamentales.(Chinchilla p 106).

Por el otro lado tenemos a los derechos fundamentales que no tienen tanta amplitud, ya que estos posees un sentido más estricto y preciso; describen el conjunto de derechos, obligaciones, libertades e igualdades, que son garantizadas por el derecho positivo. Son derechos humanos con una categoría descriptiva, superior o fundamental, es decir, constitucionalizados, ya que la fundamentalidad de un derecho se origina desde el primer instante que se la da en la positivización. (Chinchilla p 107).

Gracias a las fuentes internacionales, a los derechos no positivizados al bloque de constitucionalidad (conjunto de normas y principios que no estando dentro de la

constitución, hacen parte de ella), hay muchos derechos que se han ampliado y que han sido de gran importancia. (Chinchilla p 110 – 111).

3.3. TEORÍA PRETORIANA Y DESARROLLO JURISPRUDENCIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN COLOMBIA

En Colombia es necesario que se desarrolle una dogmática constitucional de los derechos fundamentales, la corte constitucional como máximo tribunal para la integración y unificación de estos derechos debe ser la llamada a construir tal doctrina o dogmática, si analizamos como es el desarrollo normativo en nuestro orden jurídico constitucional se consolida este como un *derecho pretoriano*⁹³ es por eso necesario adentrarnos a lo que autores como TULLIO E. CHINCHILLA define como *iuspretorium* para indicar el desarrollo integrativo de la jurisprudencia de la corte constitucional, para mirar la evolución sistemática de una doctrina constitucional y por ende esa dogmática de derechos fundamentales.

A la hora de dicha construcción debemos acogernos a la *garantía reforzada*⁹⁴ de los derechos fundamentales, esta se ejercita frente al poder social de los particulares, contra las autoridades judiciales y administrativas, contra un poder legislativo y político, debido a los rasgos morales y éticos de la noción de derechos fundamentales entendidos estos, como derechos humanos positivizados, consagrados en una carta de derechos, en estatuto fundamental de un estado o territorio CHINCHILLA define que es un derecho humano “ *en este terreno podríamos definir un derecho humano como el supremo poder de*

⁹³ El reconocimiento que se le da por parte del autor citado, TULLIO E. CHINCHILLA. ¿que son y cuáles son los derechos fundamentales, 2 edición editorial Temis, Bogotá, Colombia. 2009, oct., pp. 149 y ss. Es aquel según el cual, los derechos fundamentales en Colombia han recibido un tratamiento jurisprudencial por parte de la corte constitucional, por el mismo carácter de ser estas normas o disposiciones superiores, más que un desarrollo normativo de tipo legislativo.

⁹⁴ Esta garantía reforzada es aquella que en sentido general, se le dan a los derechos fundamentales en su operatividad fundamental, y el reconocimiento de su protección y amparo por mecanismos judiciales y administrativos, la cual en sentido especial, consolida los llamados fundamentalísimos o súper fundamentales, cuando se cumplen en ellos especiales criterios de racionalidad fundamental.

reclamación moral que puede formular toda persona humana a la comunidad en la que convive y aun a la humanidad entera". Lo que nos lleva a pensar no solo el derecho que tiene ese ciudadano de reclamar por vías judiciales la protección y por ende la tutela de algún derecho, esto va más allá, es un control en la conciencia del imaginario colectivo, donde los pesos y contrapesos de una democracia serán los construidos por la discusión racional de los juicios que consoliden el argumento aceptado por todos, esta garantía reforzada nos lleva a la construcción *de los fundamentalísimos o súper fundamentales*⁹⁵ como un máximo de protección en sentido especial a los derechos fundamentales, para que dicho derecho goce de supergarantías inherentes a la fundamentalidad.

Los criterios que se acogen para el desarrollo de esta teoría son los siguientes: 1) aceptabilidad del argumento, esto es aquellos en los cuales se consolide la fundamentalidad que le da a el derecho para que ese sea amparado por vía de tutela, ante un juez que reconozca como tal la protección de dicho mecanismo para el efectivo ejercicio de un derecho fundamental. 2) discutibilidad reconocida, que en los eventos en los cuales esa discusión a porte al debate de fundamentalidad, va a generar cargas en la aplicabilidad de los mismos, lo que le permite que tan discutible o no es el derecho que se quiere proteger. 3) exigibilidad, que dicha protección sea de tal exigencia que sin esa especial protección se vulneraría flagrantemente un derecho fundamental, menoscabando la dignidad personal, por el solo hecho de la no protección constitucional del derecho perseguido.

⁹⁵ Aceptando estos como la construcción reforzada de garantías especiales a los derechos fundamentales, estos criterios de racionalidad fundamental, que operan en estos llamados fundamentalísimos o súper fundamentales prioricen la necesidad de tutelarlos en el caso concreto donde se consoliden los criterios de la evaluación de fundamentalidad.

3.4. ROBERT ALEXY Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Los derechos fundamentales son derechos humanos transformados en derecho constitucional positivo, cuya historia institucional tiene sus antecedentes más remotos en: el ámbito anglosajón, con la Carta magna de 1215, la Petición de Derecho de 1628, las Leyes de Habeas Corpus de 1679 y el Bill of Rights de 1689; en Norteamérica, con la Declaración de derechos de Virginia de 1776, que es considerada la primera tipificación completa de los derechos fundamentales; y en Francia, con la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano⁹⁶.

3.5. UNA TEORÍA DOGMÁTICA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Casi todas las disciplinas en el ámbito de las ciencias sociales han abordado la cuestión de los derechos fundamentales y han aportado algo desde su perspectiva. Así, la historia se interesa por sus orígenes, la filosofía por su fundamentación y la sociología por la función de éstos en el sistema social⁹⁷. También hallamos la perspectiva de la teoría jurídica a la que adscribe ALEXY sus investigaciones y que denomina “teoría de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental” para diferenciarlas de otras: como las teorías que se interesan por los derechos fundamentales que ha tenido vigencia en el pasado (teorías histórico-jurídicas) o las teorías sobre los derechos fundamentales en general (teorías teórico-jurídicas) o de las teorías sobre los derechos fundamentales de otros Estados. Aunque lo anterior no quiere significar que no existan conexiones entre los enfoques anteriores⁹⁸.

⁹⁶ ALEXY, Robert. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría jurídica y filosofía del derecho, No. 28, Colombia, 2003, pp. 32-33

⁹⁷ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2002, p. 27.

⁹⁸ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. op.cit., p. 28.

Una teoría de los derechos fundamentales de la Ley fundamental se caracteriza porque es una teoría sobre determinados derechos fundamentales positivamente válidos en un orden jurídico determinado, sea que se plantee problemas que conciernen a todos los derechos fundamentales o en todos los derechos fundamentales de determinado tipo (Ej. los derechos de libertad o igualdad, prestaciones, etc.), y, en ese sentido, es una teoría dogmática jurídica en la que es posible distinguir tres tipos de indagaciones: la analítica, la empírica y la normativa⁹⁹. La perspectiva analítica se centra en el aspecto sistemático-conceptual del derecho válido (análisis de los conceptos fundamentales, la construcción jurídica, estructura del sistema jurídico y la fundamentación sobre la base de los derechos fundamentales). La perspectiva empírica se interesa por el conocimiento del derecho positivamente válido (legislado y judicial) y a la utilización de las premisas empíricas en la argumentación jurídica. Finalmente, la dimensión normativa permite orientar y criticar la praxis jurídica (actividad judicial) y conecta directamente con el carácter práctico de la ciencia del derecho¹⁰⁰.

Según ALEXY, una teoría jurídica general de los derechos fundamentales es una teoría idea que pretende integrar pretende integrar, de la manera más amplia posible, los enunciados verdaderos o correctos (analíticos, empíricos y normativos) y vincularlos óptimamente. Ahora bien, este ideal teórico sólo puede ser alcanzado de manera aproximada por parte de las teorías actuales existentes de los derechos fundamentales¹⁰¹, pues, por una parte, no son teorías que involucren las tres dimensiones y que no ofrecen sino hipótesis que pueden constituirse en el punto de partida o de llegada de una teoría amplia, y por otra, constituyen *teorías unipuntuales* que pretenden remitir los derechos fundamentales a una tesis básica, lo que parece estar en contravía a la idea de

⁹⁹ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales. op. cit.*, p. 29.

¹⁰⁰ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2002, p. 30-32.

¹⁰¹ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2002, p. 35.

que, dada la complejidad de los derechos fundamentales, no parece posible reducirlos a un principio único¹⁰².

Lo contrario a una *teoría unipuntual* es una *teoría combinada* que recurre a todas las concepciones básicas de los derechos fundamentales como lo hace el Tribunal Constitucional alemán, lo que a juicio de ALEXY es también contraproducente. La insuficiencia de estas dos formas de teorías puede ser suplida por una *teoría estructural*¹⁰³.

3.6. CONCEPTO FORMAL, MATERIAL Y PROCEDIMENTAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Según ALEXY, a la cuestión sobre que propiedades debe tener un derecho para ser considerado un derecho fundamental se le pueden dar diversas respuestas según se acoja un concepto formal, material o procedimental. El concepto formal considera fundamentales a todos aquellos derechos catalogados así por la constitución positiva de un ordenamiento jurídico. La ventaja de esta concepción es la simplicidad y, su desventaja, que en ocasiones las constituciones establecen derechos fundamentales por fuera del catálogo¹⁰⁴. El concepto material los identifica con los derechos del individuo (libertades negativas o derechos liberales de defensa) como en el caso de SCMITTT para quien sólo los derechos humanos liberales del individuo son fundamentales. La desventaja de este concepto según ALEXY es su estrechez, al excluir de la esfera de los derechos fundamentales a los derechos de protección y a los derechos sociales que implican acciones positivas del Estado, al igual que derechos políticos tradicionalmente considerados fundamentales como el derecho al voto. Este concepto, sin embargo, acierta en dos cosas: la primera es que los derechos fundamentales los son del individuo y,

¹⁰² ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. op.cit., p. 28.

¹⁰³ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. op.cit., p. 28.

¹⁰⁴ ALEXY, Robert. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Universidad externado de Colombia, Serie de Teoría jurídica y filosofía del derecho, No. 28, Colombia, 2003, p. 21

segundo, que existe una estrecha vinculación entre derechos fundamentales y derechos humanos, y que, por tanto, los derechos fundamentales son derechos humanos positivizados¹⁰⁵ en la Constitución.¹⁰⁶ El concepto procedimental establece una relación entre derechos fundamentales y proceso democrático en un doble sentido: por una parte, al establecerse las libertades políticas los derechos fundamentales garantizan el proceso democrático; pero, a su vez, los derechos fundamentales en su totalidad limitan el proceso democrático al tener carácter vinculante frente a las decisiones del legislador y establecer límites infranqueables para las mayorías políticas¹⁰⁷.

3.7. INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Según ALEXY, La interpretación de los derechos fundamentales sigue en principio las reglas generales de la interpretación jurídica, pero incorpora algunas particularidades, debido a lo extremadamente abiertas e indeterminadas de las normas en que se consagran éstos derechos y, además, a que las decisiones sobre derechos fundamentales tienen implicaciones políticas, pues tocan asuntos relacionados con la legitimidad y la estructura social. Cuando una forma de interpretar los derechos fundamentales se vuelve dominante queda, por lo general, excluida del orden del día de la política¹⁰⁸.

3.8. FUNCIONES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Inicialmente, los derechos fundamentales fueron concebidos como derechos de defensa, desde la segunda mitad del siglo XX, se ha considerado que los

¹⁰⁵ Esta vinculación es también problemática debido a la indeterminación del concepto de derechos fundamentales lo que exigiría que previamente se resolviera las disputas en torno a la cuestión de los derechos humano para luego si decidir la cuestión en relación a los derechos fundamentales

¹⁰⁶ ALEXY, Robert. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales*, pp.21-28.

¹⁰⁷ ALEXY, Robert. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales*, p. 29.

¹⁰⁸ ALEXY, Robert. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales*, pp.34-36.

derechos fundamentales también otorgan al ciudadano¹⁰⁹ (individuo) un derecho contra el Estado para obtener de éste protección contra las acciones de terceros o para exigir la instauración de un orden y procedimientos necesarios para su disfrute. A pesar de que en algunos sistemas jurídicos se ha llegado al consenso de que existe un derecho al mínimo existencial, subsiste una intensa controversia sobre si los derechos sociales pueden o no ser considerados fundamentales¹¹⁰.

3.9. EL PAPEL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL SISTEMA JURÍDICO

También es debatido el lugar de los derechos fundamentales en el sistema jurídico. Para algunos el sistema jurídico no es más que una concreción de los derechos fundamentales; la tesis contrario, supone que los derechos fundamentales constituyen un conjunto de garantías limitadas y puntuales. Según ALEXY los derechos fundamentales, son principios materiales que vinculan, por mandato expreso de la ley fundamental (alemana), a todos los poderes públicos y, por tanto, deben ser aplicados en todos los casos relevantes; pero, también tienen validez, en los Estados democráticos, principios formales, como el que versa sobre las competencias del legislador legitimado democráticamente y que restringen las competencias de control que tiene la jurisdicción. Si se tiene en cuenta estas dos clases de principios de puede evitar caer en lo que se denomina “Estado de la jurisdicción constitucional” que niega el principio democrático¹¹¹.

3.10. RESTRICCIÓN Y PONDERACIÓN

Un problema en torno de los derechos fundamentales es el de si pueden ser restringidos. Según ALEXY, los derechos fundamentales pueden limitarse

¹⁰⁹ Llama la atención que Alexy no hable de individuo o de persona, sino de ciudadano, por lo menos así aparece en la traducción que estamos utilizando

¹¹⁰ ALEXY, Robert. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales*, pp. 36-37.

¹¹¹ ALEXY, Robert. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales*, pp. 37-38.

mediante la ponderación entre un derecho fundamental afectado y otro principio contrario, que sirve de justificación para imponer la restricción¹¹².

3.11. DERECHO CONSTITUCIONAL Y DERECHO ORDINARIO

Las relaciones entre derecho constitucional y derecho ordinario y entre la jurisdicción constitucional y la jurisdicción ordinaria se determinan, según Alexy, por dos factores: la validez formal y la densidad normativa material.

La máxima validez formal, que tiene que ver con la supremacía y la fuerza vinculante que tenga una Constitución y con la posibilidad de que esa vinculación sea controlada por un órgano (Tribunal Constitucional), exige que se delimite, con cierta precisión y claridad, el material normativo sobre el que se ejerce este control; de lo contrario, cuando la densidad normativa material es ilimitada, surgen problemas. De allí que Kelsen defendió la existencia de la Corte Constitucional siempre y cuando se precisara los principios, directivas y restricciones que esta puede controlar, pues principios como la igualdad y la libertad podrían jugar un papel peligroso¹¹³.

En Alemania, sin embargo, luego de expedida la Ley fundamental sobrevino una expansión de los contenidos constitucionales materiales. En especial hay que hacer alusión a la sentencia en 1958 sobre el caso Lüth en el que se consignan tres ideas sobre los derechos fundamentales que han constituido un lugar común independiente de que se acepten o no. La primera afirma que el catálogo de derechos fundamentales no establece únicamente derechos de defensas sino todo un sistema de valores y normas objetivas (principios o valores)¹¹⁴. La segunda sostiene que los derechos fundamentales (principios) vinculan a los tres poderes

¹¹² ALEXY, Robert. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales*, pp. 38-39.

¹¹³ ALEXY, Robert. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales*, pp. 41-42.

¹¹⁴ articulando el postulado de Kelsen sobre la validez formal a la tesis de Smend de que los derechos fundamentales constituyen un "sistema cultural de valores".

públicos y pueden aplicarse a cualquier asunto jurídico y tienen un poder expansivo o irradiador en todas las áreas del derecho (fuerza expansiva de los principios). La tercera y última idea presupone que los valores (principios) tienden a entrar en colisión y ello exige una ponderación de bienes (principio de ponderación)¹¹⁵.

3.12. CONSTITUCIONALIZACIÓN DIRECTA E INDIRECTA

Esta expansión del contenido de los derechos fundamentales trae como consecuencia la constitucionalización material del orden jurídico que afecta el funcionamiento y las decisiones de los poderes públicos. En la jurisdicción ordinaria se da una especie de constitucionalización indirecta o formal que trae como consecuencia que cada aplicación irregular del derecho sea también inconstitucional. Pero también puede hablarse de constitucionalización material o directa y en este caso se plantean los mismos problemas entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción constitucional que surgen cuando se trata de la relación entre el tribunal constitucional y el legislador.

La constitucionalización material ha sido objeto de ataque por varios autores BÖCKENFORDE, sostienen que, con la transformación de los derechos fundamentales en principios que tienen la máxima jerarquía en el ordenamiento jurídico, la constitución deja de ser un simple orden marco, que guía la actividad del legislador político, y se convierte en el orden jurídico fundamental que debe ser aplicado por el tribunal constitucional mediante ponderación, lo que trae como consecuencia el tránsito de un estado legislativo a un estado jurisdiccional en el que el proceso político democrático carece de significado.¹¹⁶ FORTHOFF argumenta que si la Constitución contiene todo el orden jurídico esta constituiría

¹¹⁵ ALEXY, Robert. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales*, pp. 43-46.

¹¹⁶ BOKENFORDE, Ernst Wolfgang. *Estudio sobre el Estado de derecho y la democracia*. Ed trota Madrid, 2000.

un “huevo jurídico originario” que determina por completo las decisiones de la de la jurisdicción ordinaria.¹¹⁷

3.13. DOGMÁTICA DE LOS MÁRGENES DE ACCIÓN: ORDEN MARCO Y ORDEN FUNDAMENTAL

Según ALEXY, se pueden hacer frente tanto a los errores y peligros de esta constitucionalización (sobreconstitucionalización e infraconstitucionalización) apelando a la dogmática de los márgenes de acción, estrechamente vinculada con la idea de la Constitución como orden marco y, para algunos, opuesta a la idea de Constitución como orden fundamental (BÖCKENFORDE). No obstante para ALEXY, en este caso pueden ser compatibles.¹¹⁸

El concepto de orden marco supone que una Constitución establece un marco de competencia al legislador prohibiendo u ordenándole algo y confiando lo demás a su discrecionalidad. Lo prohibido es lo constitucionalmente imposible, lo ordenado es lo constitucionalmente necesario y lo discrecional es lo constitucionalmente posible. Lo imposible o prohibido y lo necesario u ordenado conforman el marco dentro del cual se ubica lo discrecional o posible, que es lo que conforma el margen de acción. La idea de Constitución como orden fundamental puede verse desde una perspectiva cuantitativa o cualitativa. En sentido cuantitativo se considera que la constitución es un orden fundamental si no permite la discrecionalidad del legislador y establece para toda situación una prohibición o un mandato (huevo jurídico originario). La constitución como orden fundamental se opone a la idea de orden marco, lo que no sucede con la perspectiva cualitativa de orden fundamental. En este caso se considera que la constitución es un orden fundamental porque resuelve aquellas preguntas que resultan fundamentales para la comunidad y que deben estar resueltas en la Constitución (orden fundamental)

¹¹⁷ ALEXY, Robert. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales*, pp. 50-51.

¹¹⁸ ALEXY, Robert. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales*, pp. 51-54.

y deja, sin embargo, muchas preguntas sin responder y, por tanto, ser un orden marco. Subsiste, no obstante, la cuestión de saber que asuntos son fundamentales y cuáles no. Para Alexy, estos son problemas que caen en el ámbito de las teorías materiales de la constitución, la dogmática general y de los derechos fundamentales.¹¹⁹

3.14. MÁRGENES DE ACCIÓN ESTRUCTURALES Y MÁRGENES DE ACCIÓN EPISTÉMICOS

ALEXY distingue además entre márgenes de acción estructurantes y márgenes de acción epistémicos. El margen de acción estructurante lo constituye aquello que no está ni ordenado ni prohibido definitivamente y que la constitución ha establecido como discrecional, por tanto, allí donde comienza el margen de acción estructural cesa todo control constitucional. El margen de acción epistémico, hace alusión a los límites para conocer los límites de Constitución; esto es, lo que ella prohíbe u ordena o no ordena ni prohíbe. Existen tres márgenes de acción estructurantes: el margen para la fijación de fines , el margen para la elección de medios y el margen para la ponderación; por su parte, los márgenes de acción epistémicos, pueden estar referido al margen de acción cognitivo de tipo empírico o al margen de acción cognitivo de tipo normativo¹²⁰.

Los límites del margen para la fijación de fines dependen del principio de proporcionalidad. El legislador puede perseguir todos los fines que el derecho fundamental no prohíba en sí mismo (prohibición en abstracto) y este margen no se refiere únicamente a la elecciones de los fines sino también a la determinación de la medida de su realización.¹²¹

¹¹⁹ ALEXY, Robert. Tres escritos sobre los derechos fundamentales, pp. 54-56.

¹²⁰ ALEXY, Robert. Tres escritos sobre los derechos fundamentales, pp. 54-56.

¹²¹ ALEXY, Robert. Tres escritos sobre los derechos fundamentales, p. 60.

Los márgenes de elección de medio operan cuando las normas de derecho fundamental prohíben ciertas intervenciones legislativas y también ordenan la ejecución de ciertas conductas positivas, como en el caso de los deberes de protección. En este caso puede suceder que el legislador persiga un fin y se encuentre con que varios medios son igualmente idóneos para lograrlo, caso en el cual goza de discrecionalidad para elegir el medio; pero en el caso en que varios de esos medios tienen un efecto negativo sobre otros fines o principios o cuando es incierto si todos los medios benefician al fin perseguido o lo perjudican.¹²²

El margen de la ponderación es la parte esencial de la dogmática constitucional como marco y se identifica con el tercer subprincipio del principio de proporcionalidad. Los dos primeros subprincipios (idoneidad y necesidad) permiten establecer un marco constitucional al legislador y optimizar el derecho, debido a que estos dos principios no buscan nada distinto a la máxima realización posible de los principios relevantes en cada caso en relación con las posibilidades fácticas (óptimo de PARETO). La optimización busca mejorar la posición de una parte sin empeorar la posición de la otra, pues no es razonable el sacrificio innecesario de un derecho fundamental.¹²³

La ponderación no lo determina todo ni lo admite todo, de ser así perdería su carácter de marco. En el primer caso la Constitución sería un huevo jurídico originario (FORSTHOFF) y el papel de la corte constitucional no tendría limitaciones, pues no sólo podría sino que tendría el deber de inmiscuirse en todos los asuntos. En el segundo caso, si la Constitución lo admitiera todo, la Corte estaría habilitada para decidir sobre todo de la manera como quisiera, sin vinculación material alguna con la Constitución.

¹²² ALEXY, Robert. Tres escritos sobre los derechos fundamentales, p. 6.

¹²³ ALEXY, Robert. Tres escritos sobre los derechos fundamentales, pp. 62.

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA CARTA DE 1991, SUS GARANTIAS REFORZADAS Y LA RECEPCIÓN DE LA PONDERACIÓN EN LA CORTE CONSTITUCIONAL



4

4. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA CARTA DE 1991, SUS GARANTIAS REFORZADAS Y LA RECEPCIÓN DE LA PONDERACIÓN EN LA CORTE CONSTITUCIONAL

Los derechos fundamentales como categoría especial de derechos constitucionales, a partir de la carta de 1991 han proyectado su desarrollo desde el punto de vista de sus garantías de protección, esto para asegurar que un derecho fundamental sea cobijado por vía judicial a través de la acción de tutela, no solo debe estar consagrado en la constitución en su capítulo 1 como derechos fundamentales, sino que deben gozar de ciertos criterios que aporten a su jerarquización y categorización.

Entendiendo el proceso histórico que han tenido los derechos fundamentales, y bajo la noción que estos se entienden como derechos humanos positivizados, las distintas generaciones de derechos que conocemos han sido exploradas en la constitución y así ganando su espacio en la misma. Todo esto con un propósito sistematizador por parte del constituyente de 1991. Con rasgos de la constitución española y los *grundrechte* alemanes,¹²⁴ la constitución colombiana ha elaborado un amplio y riguroso catálogo de derechos, que cuyo objetivo central es la materialización de todas las garantías y libertades para los ciudadanos dentro del estado colombiano, este principal objetivo, va de la mano con el propósito del estado social de derecho, donde no solo el modelo de sistema jurídico vaya imperante de conformidad con el respeto a la dignidad humana, los derechos humanos y los tratados internacionales sobre la materia, sino donde el modelo económico responda a las necesidades reales de los asociados dentro de un mismo territorio al que llamamos Colombia.

¹²⁴CHINCHILLA, tulio, ¿Qué y cuáles son los derechos fundamentales? op.cit p. 139.Segunda edición, Temis, Bogotá, Colombia, 2009.

Además del capítulo 1 de los derechos fundamentales, donde son en su mayoría derechos liberales clásicos¹²⁵, de primera generación, como sujeto titular el individuo, el ser humano, la persona, como los derechos de existencia, de personalidad, de integridad, libertades individuales, garantías judiciales, de participación e igualdad. Muestran a grandes rasgos los derechos que garantizan el cumplimiento de las libertades públicas y del papel del ciudadano frente a la sociedad y el estado. Los del capítulo 2 de los derechos sociales, económicos y culturales, derechos de contenido económico o prestacional, demandan recursos y generan costos. Y el capítulo 3, de los derechos colectivos y del ambiente, reconocidos como derechos de tercera generación, el titular de estos derechos es el total de los ciudadanos como sociedad, como conglomerado, los intereses son generalizados a todos los habitantes de nuestro país, que interaccionan en el medio colectivo, existen como límite al desarrollo industrial y al avance de la tecnología al establecer los parámetros de respecto a los intereses superiores de una sociedad, entre ellos de destaca el derecho a un medio ambiente sano y sostenible.

Cuando estos derechos son catalogados como fundamentales, no lo son así, por el solo capricho del constituyente, sino que estos gozan de especiales reconocimientos de protección dentro del mismo ordenamiento, según los cuales se aplicarían en un determinado estado, CHINCHILLA¹²⁶ establece *“es claro el propósito constituyente de jerarquizar tales derechos para dotar a algunos de ellos, los que califica como derechos fundamentales o libertades fundamentales de especiales garantías reforzadas”*. Este es el fundamento constitucional de por qué los derechos fundamentales son catalogados como tales dentro del ordenamiento jurídico, su categorización y jerarquización atiende a postulados constitucionales dentro de la misma noción del estado social de derecho.

¹²⁵CHINCHILLA, tulio, op.cit, p. 140.

¹²⁶CHINCHILLA, tulio, op.cit, p. 141.

Siguiendo con esta línea, el análisis de los derechos fundamentales presta un vital interés y cuidado, al observarlos, como categoría especial de derechos ampliando la noción en su planteamiento CHINCHILLA así *“se jerarquizan los derechos para blindar a cierto grupo de ellos - los fundamentales – así; mediante la acción de tutela (art. 86) en situaciones individualizadas de vulneración o amenaza; mediante la reserva de ley estatutaria para defenderlos de eventuales mayorías parlamentarias abusivas (art. 152 y 153); mediante la prohibición de suspenderlos durante los estados de excepción para defenderlos de un eventual ejercicio autoritario del poder presidencial (art. 214 núm. 2); mediante la intervención del juez de garantías cuando ciertas medidas probatorias puedan afectarlos en el proceso penal (art. 250 núm. 3); mediante el derecho de petición ante particulares (art. 23); mediante el referendo revocatorio constitucional frente al acto legislativo que los desmejore (art.377); mediante su exclusión de la competencia constituyente reformativa del congreso (sents. C-551 de 2003 y c-1040 de 2005 apartado 7.10.2)”*. El concepto de fundamentalidad, va ligado a la noción de garantías reforzadas de los derechos fundamentales, esto para su mejor proyección frente a los derechos de los particulares como personas naturales, en su contexto individual, ese dispositivo protector especial¹²⁷maxifica su eficacia en la vida real del derecho, se buscó, para que el tratamiento del derecho fundamental sea protegido por vía judicial a través de la acción de tutela, como derechos de alto grado de justiciabilidad.

Al entender de CHINCHILLA, existen varios estados de fundamentalidad¹²⁸, *“el punto de partida, casi obvio de esta disertación es afirmar que no todos los derechos constitucionales participan de la naturaleza de fundamentales – ni siquiera todos los derechos encuadrados en el título 2 – el siguiente paso es afirmar que, en rigor, no todos los derechos que estamos dispuestos calificar de fundamentales lo son para los mismos efectos y en todos los diferente sentidos de*

¹²⁷CHINCHILLA, tulio, op.cit, p. 142.

¹²⁸CHINCHILLA, tulio, op.cit, p. 142.

fundamentalidad”. Esto se da gracias a que la constitución de 1991 deja abierto el debate de fundamentalidad de los derechos catalogados con esa condición especial, al no definir de manera expresa la noción de derecho fundamental, y no establece una única lista para tales derechos, más bien deja que la corte constitucional a lo largo de los años desarrolle los criterios según los cuales se puede tutelar o no un derecho, para darle el tratamiento de fundamental, cita CHINCHILLA como la función de la corte ha fortalecido el reconocimiento de los derechos fundamentales, *“según esta elaboración de la jurisprudencia un derecho puede ser fundamental en la fase de su protección individual (garantía subjetiva reforzada) y no serlo en la fase de su protección institucional (garantía objetiva no reforzada)”*. Estos criterios tanto el subjetivo como el objetivo van a depender, del tratamiento de la garantía reforzada, para que la corte constitucional como tribunal de revisión de las tutelas más trascendentales en materia de derechos fundamentales utilice mecanismos garantes y estabilizadores del mismo sistema jurídico, esto como respaldo de la justiciabilidad de los derechos antes mencionados.

4.1. LA ACCIÓN DE TUTELA Y LOS CRITERIOS DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Los derechos fundamentales como derechos tutelables, permiten que a través de ciertos mecanismos protectores se le den aplicación directa e inmediata cuando estos estén en peligro o se vean vulnerados. A la ya reiterada pregunta, ¿todos los derechos fundamentales son tutelables?, podemos responder, que serán tutelables en la medida que estos se acojan a ciertos criterios elaborados por la jurisprudencia de la corte constitucional. Porque la puesta de puesta de fundamentación en la acción de tutela está totalmente abierta y no se prevé como una posición cerrada o estricta, en sentido de no permitir la interpretación de estos

derechos, así, CHINCHILLA¹²⁹ establece, *“uno de los aportes más significativos y originales de la corte constitucional ha sido la elaboración de una sugestiva teoría según la cual los derechos fundamentales- derechos acorazados con la acción de tutela – son identificables con fundamento en la aplicación de cinco criterios en forma conjunta o complementaria”*.

La corte en su jurisprudencia ha tomado la postura de los cinco criterios y a su vez desarrollando una nueva visión acogiendo a dos criterios, como tesis inicial y la nueva postura que ha elaborado, en un principio se pensó, que solo los derechos catalogados como fundamentales, en la sistemática constitucional, serian el objeto de la acción de tutela como son los derechos del capítulo 1 del título 2 de la constitución, tesis cerrada que no permitía la interpretación con la noción de que el caso concreto, en relación con el estudio del derecho seria el que arrojaría el resultado de fundamentalidad para su posterior protección por vía judicial en la tutela efectiva del mismo, esta postura arrojó una más limitada en la determinación del carácter de fundamentalidad de un derecho para que sea tutelado como lo menciona CHINCHILLA¹³⁰ *“otra versión aún más limitativa , aunque mejor argumentada, según la cual, los derechos fundamentales tutelables son únicamente aquellos a los que la carta adjudica el carácter de derechos de aplicación directa , es decir los derechos enumerados en la lista taxativa del art. 85”*.

Según esta concepción su aplicación atiende a criterios técnicos de viabilidad de un derecho, ya que si corresponde a un criterio, que un derecho fundamental sea tutelado por vía judicial, su aplicación directa, como necesidad de identificar los derechos fundamentales tutelables con soporte en la aplicabilidad directa a partir del solo texto constitucional¹³¹, otros conceptos no pueden dividirse de los

¹²⁹CHINCHILLA, tulio, op.cit, p. 144.

¹³⁰CHINCHILLA, tulio, op.cit. 145.

¹³¹CHINCHILLA, tulio, op.cit, p. 145.

postulados de alternancia constitucional de fundamentalidad de los derechos que son examinados para su protección por vía de tutela.

Corresponde lo anterior, a los postulados de alternativa fáctica y medio factico, los cuales operan cuando son el único medio para que el derecho fundamental no sea amenazado o vulnerado, como cuando un pensionado reclama el pago total de sus prestaciones sociales a un posible reajuste en su pensión, la aplicación de la acción de tutela resulta como la única alternativa fáctica posible para que su derecho a la seguridad social no sea vulnerado, como los ilustra CHINCHILLA¹³², *“siempre podrán los jueces ordenar prestaciones de educación básica como único medio factico para proteger el desarrollo de la personalidad del niño desescolarizado. (Todos ellos derechos individuales del capítulo 1). Cuando la conexidad entre el derecho social y el de libertad es fáctica. Ella no depende de fundamentos normativos o hermenéuticos”*.

Esto se reitera en la posición del estado social de derecho en garantizar el pleno goce de los derechos fundamentales de los asociados, de primera, segunda y tercera generación. Lo importante no es de que generación sea el derecho, sino de este depende la real tutela de un goce en su sentido fundamental, para el sujeto o persona natural, lo que se plantea es que la fundamentalidad del derecho se deje abierta al caso concreto en el mismo examen de tutela del derecho como lo identifica CHINCHILLA¹³³, *“la altísima legitimidad conocida por la acción de tutela en materia de derechos sociales y económicos en la conciencia colectiva, se encargó de enterrar toda nueva tentativa restrictiva sobre los alcances de dicha garantía reforzada”* en este caso la importancia de la acción de tutela como mecanismo garante de los derechos fundamentales.

¹³²CHINCHILLA, tulio, op.cit, p. 149.

¹³³CHINCHILLA, tulio, op.cit, p. 149.

La corte constitucional como supremo interprete de la constitución y en su tarea de salvaguardarla, ha proyectado una serie de criterios que permiten establecer el carácter de fundamentalidad para que un derecho sea tutelado, la idea de judicialización de los derechos posibilita dinamizar de un estado en la concreción de sus postulados trascendentales, en el caso de los derechos fundamentales el debate se fragua en la tarea de la corte constitucional en indicar los criterios en el proceso hermenéutico que indique que derecho es tutelable, al art 2 del decreto 2591 de 1991 (regulatorio del procedimiento en la acción de tutela establece: “derechos protegidos por la tutela. La acción de tutela garantiza los derechos constitucionales fundamentales. Cuando una acción de tutela se refiera a un derecho no señalado expresamente como fundamental por la constitución, pero cuya naturaleza, permita su tutela para casos concretos, la corte constitucional le dará prelación en la revisión a esta decisión”.

Lo que se plantea de un modo más amplio, es que no solo los derechos que están consagrados en la constitución con el calificativo de fundamental, serán susceptibles de la acción de tutela, pues se deben estudiar circunstancias del caso concreto para la consolidación de fundamentalidad con posterior examen de su naturaleza, el interrogante que nace en este punto es, ¿si solo serán fundamentales los derechos de los ciudadanos porque así lo consagra la constitución? o ¿esto va más allá de la carta y cobija al hombre en su sentir esencial, en su condición de persona?. Para ilustrar esto CHINCHILLA trae un ejemplo citando la T-418 de 1992 al respecto “los derechos obtienen el calificativo de fundamentales en razón de su naturaleza, esto es, por su inherencia con respecto al núcleo jurídico, político, social, económico y cultural del hombre. Un derecho es fundamental por reunir estas características y no por aparecer reconocido en la constitución nacional como tal, estos derechos fundamentales constituyen las garantías ciudadanas básicas sin las cuales la supervivencia del hombre no es posible”.

Quisiera resaltar cuando la corte utiliza la expresión “garantías ciudadanas básicas” es importante no pasar esto por alto, pues el significado complementario de esta noción va de la mano con el hombre como ser social, como ser en sociedad, esta constante nos indica que el hombre para desarrollarse de conformidad con sus capacidades y así poder realizar sus metas, necesita más garantías ciudadanas básicas, las cuales se traducen en una mejor calidad de vida, con el respeto de la dignidad humana, condiciones para un mejor bienestar , estas garantías se amparan en los derechos fundamentales, por eso su vital importancia, no solo por su vulneración o amenaza, sino que sin ellos hoy en día una sociedad no pudiera desarrollarse, aun mas sin derechos fundamentales no podríamos concebir una sociedad.

4.2. DESARROLLO DE LOS CRITERIOS DE FUNDAMENTALIDAD PARA LA TUTELA DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES

Siguiendo con los criterios de fundamentalidad para la tutela de los derechos constitucionales, son de tres clases, correspondiendo a los criterios principales (axiológicos y formales) criterios auxiliares (o técnicos) y el criterio de conexidad. Cabe señalar que estos criterios arrojan el resultado de la elaboración jurisprudencial de la corte constitucional, en la garantía de determinar la titularidad de la acción de tutela.

El primer criterio es el axiológico o material, el cual establece que un derecho es fundamental por su naturaleza misma¹³⁴, es decir, va ligado a la condición de persona, a la dignidad humana, no necesita de ningún soporte externo que lo califique como tal, su condición, es su propia naturaleza, CHINCHILLA¹³⁵ lo identifica como: *“son fundamentales los derechos que admiten una sustentación axiológica basándose en cualquiera de estas dos vías: a) por ser “inherentes o*

¹³⁴CHINCHILLA, tulio, op.cit, p. 150.

¹³⁵CHINCHILLA, tulio, op.cit, p. 151.

esenciales a la persona humana”, de tal manera que sin ellos no es concebible la existencia del ser humano con sus atributos definitorios: racionalidad, libertad, autonomía moral, y con el estatus de dignidad que le es inherente (de allí su carácter de “inalienables”); b) por ser una derivación inmediata, directa y evidente de ciertos valores y principios supremos ...”. Estas dos vías permiten el establecimiento de un soporte axiológico en el ordenamiento constitucional, mediante dicha argumentación se fundamenta la realización de los fines establecidos para la acción de tutela como mecanismo protector de los derechos fundamentales, distinguiendo así, varias características de este criterio: la primera, por ser inherentes o esenciales al ser humano, estas van de la mano de la persona por su propia condición, para su realización proyectada en una sociedad. El estatus de dignidad, como segunda característica, el ser humano en su dignidad se plantea como alguien que pueda desarrollarse en una sociedad conforme a sus condiciones y atributos, como los de, racionalidad, libertad y autonomía moral, capaz de tomar sus propias decisiones y por último los valores y principios supremos, como los distingue CHINCHILLA, citando la T-406 de 1992 “esos valores o principios axiales son: la dignidad de la persona humana, la libertad, la igualdad, el trabajo, la solidaridad, y por tanto, son fundamentales , desde esta perspectiva, todos los derechos que se revelen como imprescindibles para su realización, de tal manera que si no se tutelaran esos derechos, aquellos valores sufrirían lesión grave y sustancial o quedarían frustrados de forma insuperable”. Por eso el especial trazo, cuando a este criterio principal, se trata el concepto de fundamental para la tutela del bien jurídico protegido, cuando del ordenamiento constitucional se plantea la posibilidad de un fundamento jurídico que valla acorde con los postulados de un estado social de derecho.

Como segundo criterio se establece el criterio formal, según este, se necesita de un reconocimiento expreso en la constitución para que un derecho constitucional tenga el calificativo de fundamental, al parecer este segundo criterio se compagina con la tesis restrictiva en la medida, que solo serán fundamentales aquellos

derechos reconocidos en la constitución, tomados en cuenta los derechos consagrados en el capítulo I del título II de la carta política, por el preciso reconocimiento de haber sido nombrado “de los derechos fundamentales” esto en cierto modo no es totalmente aceptable, pues como se discutió, existen otros derechos que no están consagrados en dicho capítulo, pero debido a su importancia y reconocimiento de la jurisprudencia constitucional atienden a derechos fundamentales, pues la noción que se maneja para tal distinción, toma el concepto del caso concreto, donde se estudia, su importancia y relevancia, para el sujeto dentro de la sociedad, y que esta sea capaz de desarrollarse, atendiendo a sus ideales y metas por cumplir, como concluye al respecto CHINCHILLA¹³⁶, *“sin embargo, no es este un criterio de señalamiento infalible del derecho fundamental, toda vez que dentro del aludido capítulo I, se estipulan derechos cuya conexión con los valores superiores no es unívoca (admite relativizaciones o exige construcciones discursivas de varios grados) y cuya naturaleza y estructura de bienes colectivos de titular difuso (y sujeto obligado igualmente etéreo) no admite protección tutelar,* “por otro lado están los criterios auxiliares, complementarios o técnicos, estos van de la mano con las garantías reforzadas especiales¹³⁷, para determinar el alcance de fundamentalidad, que se le quiere dar a un determinado derecho, como su nombre lo indica permite consolidar el alcance para la tutela efectiva, con una orden, urgente y perentoria de un juez a partir del solo texto constitucional¹³⁸, esto ¿Cómo se explica?, si el solo texto constitucional sin necesidad de un desarrollo legislativo, que regule en el campo lo que la norma superior expresa, se puede tutelar por sí solo.

En el caso de los derechos económicos, sociales y culturales, sobre materias de aplicación, el campo no está finalizado, pues solo se plantean los casos de protección tutelar cuando el afectado es directamente un individuo, o una persona a la que se le está afectando o vulnerando su derecho individual.

¹³⁶CHINCHILLA, tulio, op.cit, p. 152.

¹³⁷CHINCHILLA, tulio, op.cit, p. 152.

¹³⁸CHINCHILLA, tulio, op.cit, p. 152.

En este orden de ideas, estas dos garantías reforzadas son la eficacia directa y el núcleo esencial, estando ambas de la mano, CHINCHILLA¹³⁹ las identifica como un juego de dos hermanos al decir *“nuestra corte reutiliza estas dos garantías reforzadas - que en la práctica dependen la una de la otra – a manera de argumentos técnicos que le permiten descartar definitivamente un determinado derecho constitucional como fundamental, a pesar de que tal derecho inicialmente clasificaba bien como fundamental a la luz de los criterios axiológico y formal .”* Cuando los criterios axiológico y formal, no comprenden a totalidad ese examen de fundamentalidad, para llegar a descartar un derecho constitucional como fundamental y posterior garantía tutelar, sea, porque en su naturaleza misma del derecho no se logró concretar el alcance normativo del mismo, en los valores y principios superiores de raigambre constitucional, o no se infiera de manera prevalente por su naturaleza, o porque un criterio formal no acoja dicho concepto expreso del constituyente a través de la carta fundamental, aportan la aplicabilidad inmediata y el núcleo esencial a favor de la tutela de los mismo derechos, estos operan así, la eficacia directa o aplicabilidad inmediata . Se concentra como el alcance que tienen los derechos fundamentales para ser tutelados, no solo como lo consagra el art. 85 de la c. n. como de aplicación inmediata¹⁴⁰, sino además aquellos derechos que no necesitan de un desarrollo posterior para su efectiva protección, si las constitución es norma de normas (art. C. n.) su fuerza normativa, plena y directa se extiende en principio a todos sus enunciados. El carácter de la fuerza de la constitución reitera el papel de fundamentalidad para tutelar los derechos, no todos los derechos constitucionales, sino aquellos que cumplen con los criterios en mención.

¹³⁹ CHINCHILLA, tulio, op.cit, p. 153.

¹⁴⁰ CHINCHILLA, tulio, op.cit, p.153.

4.3. EXAMEN CONCRETO DE CALIFICACIÓN DE FUNDAMENTALIDAD DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES

En el examen del caso concreto, en relevancia con la afectación y vulneración del derecho, CHINCHILLA lo describe así y citando la T-406 de 1992, en la labor de la jurisprudencia constitucional, *“para que un derecho constitucional pueda ser considerado como fundamental debe además ser el resultado de una aplicación directa del texto constitucional, sin que sea necesaria una intermediación normativa; debe haber una delimitación precisa de los deberes positivos o negativos a partir del solo texto constitucional. Por lo tanto, en normas que poseen una “textura abierta”, como por ejemplo las que establecen meros valores constitucionales, a partir de la cual el legislador entre a fijar el sentido del texto, no podría presentarse la garantía de la tutela”*. No es una posición restrictiva o cerrada, pues no solo es el mandato expreso del art. 85 c. n. el que indica su aplicabilidad directa, sino el criterio de determinar su alcance posterior, en el texto constitucional de la misma norma, esta permite la aplicación del mismo texto sin la intermediación normativa, es decir, que no es necesario, que opere otra norma, sea una ley, un decreto, etc.

Para que el texto constitucional sea acatado, para que la disposición sea tutelada de manera directa sin que medie otro mecanismo o vehículo, para su alcance normativo. Y el otro aspecto es el que se refiere al el contenido esencial, es aquel: que blinda el derecho a través de su protección, permitiendo establecer un contenido mínimo de respecto para que el derecho no sea vulnerado, como lo señala la T-426 de 1992, como un *“ámbito necesario e irreductible de conducta que el derecho protege con independencia de las modalidades que asuma o de las formas en que él se manifieste”*. CHINCHILLA¹⁴¹ lo llama *“ámbito mínimo o zona central del derecho que no depende de las mayorías parlamentarias y que se impone a ellas cuando reglamentan el ejercicio del derecho mediante ley”*. Dicha

¹⁴¹CHINCHILLA, Tulio, op.cit, p. 154.

noción plantea el atendido, que el núcleo esencial representa la protección constitucional para el derecho fundamental, el cual se examina su contenido de fundamentalidad, su carácter mayoritario es por vía de la constitución, que por desarrollo normativo, cuando los postulados del modelo de estado social de derecho enfrenta dificultades, al no poder desarrollar en su totalidad frente a la sociedad, la interpretación del mismo texto constitucional, podría arrojar la solución a los casos planteados, en su contexto y realidad con el estudio de los derechos fundamentales.

De conformidad con lo anterior, y siguiendo esta misma línea CHINCHILLA¹⁴² argumenta, “de este contenido nuclear del derecho se afirma que es pre-legislativo, en el sentido de que no lo aporta, ni lo configura la ley, viene dado por el texto constitucional, los postulados en que se fundamenta y la elaboración histórica doctrinaria”. El papel de retomar el carácter de estos derechos es primordial, su resultado no solo depende de dichas elaboraciones, sino del sentido que se le quieran tomar para su desarrollo, por parte del aplicador o administrador de justicia, su limitación no se puede reducir al mismo ejercicio, pues su fuerza vinculante se expande a todos los poderes del estado, no solo los públicos, sino también los privados o particulares.

Al respecto cuando las vulneraciones son flagrantes su decisión con el derecho fundamental no puede ser contraria a este CHINCHILLA¹⁴³ se refiere a dichas alteraciones cuando *“las inevitables limitaciones y restricciones al derecho se tornan ilegítimas – violatorias del derecho – cuando tocan el núcleo esencial. Tocar esta zona central y mínima de conducta protegida como núcleo esencial equivale a desnaturalizar el derecho fundamental, y ello sucede cuando la reglamentación o la limitación lo tornan nugatorio, es decir, se hace imposible su ejercicio en la práctica o se afectan los postulados éticos que lo sustentan”*. En

¹⁴²CHINCHILLA, Tulio, op.cit, p. 154.

¹⁴³CHINCHILLA, Tulio, op.cit, p. 154.

conclusión el contenido esencial o núcleo esencial, permiten blindar el derecho fundamental, contra posibles vulneraciones o limitantes para tales derechos, la principal protección de que gozan los derechos fundamentales los hace especiales a la hora de su aplicabilidad y justiciabilidad por parte de los mecanismos establecidos, para sus garantías, no solo por parte de los poderes especiales que goza el juez, sino frente a todo el conglomerado social, poderes públicos y poderes privados, que sustentan aún más los postulados del estado social de derecho.

4.3.1. Criterios adicionales de refuerzo

Además de los anteriores, se establecen los criterios adicionales de refuerzo, con los cuales la corte constitucional, protege aún más los derechos fundamentales, como es el caso del art. 93 c. n. con la consagración de algunos derechos en tratados y convenios internacionales, que regulan derechos humanos, con carácter prevalente para una mejor justiciabilidad de los mismos, y los que consagra el art. 377 c. n. frente a los derechos del capítulo I del título II a las eventuales veleidades autoritarias del poder constituyente delegatario. Por último se establece el criterio de conexidad; según el cual permite atribuirle el carácter de fundamental a un derecho que inicialmente no ostenta dicha condición, la relación nace cuando el segundo derecho, puede ser un derecho social, presenta una estrecha conexión con un derecho subjetivo clásico o de los denominados de primera generación, como la vida, o la dignidad humana, debido a especiales circunstancias del caso concreto, se le atribuye la condición de fundamental la segundo derecho, para que este sea protegido y amparado por acción de tutela.

CHINCHILLA¹⁴⁴ lo señala como *“verificación (test) de fundamentalidad en el caso judicial concreto”*. *“Se le denomina relación de conexidad y permite al juez verificar en el caso judicial concreto de tutela si un derecho social, económico o colectivo*

¹⁴⁴CHINCHILLA, Tulio, op.cit, p. 156.

(no fundamental en principio) se convierta en fundamental por la íntima conexión fáctica que tiene con otro derecho fundamental en sí mismo (acorde con los criterios ya vistos). Si tal comprobación fáctica es positiva, procede entonces tutelarlos porque se ha fundamentalizado, pero solo para ese caso específico.”

Lo que señala tal criterio es que en el examen de fundamentalidad del derecho, para que este sea tutelado, se van a observar, aquellas circunstancias especiales, que solo en el caso concreto califican el derecho como fundamental, para una especial protección, se construye una vía de posibilidad para el amparo del derecho, aunque este inicialmente no ostente el carácter de fundamental, sea por que no ha sido así previsto por rango constitucional, o porque no se acoja a los criterios formales y materiales antes mencionados.

Este criterio de conexidad, opera como una nueva ayuda de naturaleza probatoria, en aras de establecer una verificación a la hora de constatar el derecho examinado en las circunstancias del caso concreto, “se trata de un criterio destinado a operar no como demostración discursiva, sino como verificación”¹⁴⁵, así lo planteo CHINCHILLA¹⁴⁶ al distinguir tal carácter como distinción en su propia naturaleza, “*este criterio de conexidad da lugar a una nueva fundamentalidad y permite a ciertos derechos que en principio no ostentan la calidad de fundamentales por no reunir los anotados criterios (no ser inherentes al ser humano, no ser derivación directa y necesaria de la dignidad, la libertad o la igualdad básica, no haber sido señalados como tales en el texto constitucional, no tener eficacia directa ni contenido esencial definido, etc.), llegar a ser tutelados como si fuesen fundamentales, dada su estrecha e inescindible relación con un derecho que si lo es, por cuanto llena con creces los anotados criterios de fundamentalidad originaria.”*

¹⁴⁵CHINCHILLA, Tulio, op.cit, p. 156.

¹⁴⁶CHINCHILLA, Tulio, op.cit, p. 157.

Permite desarrollar el concepto de fundamentalidad al juez, basándose no solamente en la norma constitucional, o en la jurisprudencia de la corte, sino en el terreno propio, concediéndosele un poder discrecional, al determinar con unos pasos, tutelar un derecho que inicialmente o en principio no se mostraba como fundamental, la salvaguarda de un derecho fundamental, catalogado así por su propia naturaleza, permite que otro derecho que no ostenta tal condición pueda ser tenido en cuenta en el examen de fundamentalidad, como ejemplo se tienen los avances de nuestro derecho constitucional, hoy en día visto desde el postulado del estado social de derecho, como lo ilustra CHINCHILLA¹⁴⁷, *“gracias a este criterio – verdadera originalidad del constitucionalismo social colombiano – podría un juez, por ejemplo, ordenar una cirugía estética para corregir alguna señal desagradable en el rostro de una persona cuyo trabajo le exige una apariencia física adecuada (v, gr., una vendedora de productos cosméticos). Y ellos a pesar de que la jurisprudencia niega el derecho a cirugías estéticas como contenido esencial del derecho a la salud. En este hipotético caso la salud estética se conecta directamente con el derecho al trabajo.”*

Este criterio ha permitido otra mirada a los derechos de contenido prestacional o de orden económico, como los derechos sociales y colectivos. Derechos que no gozan de una fundamentalidad autónoma, pero gracias a este concepto han adquirido el carácter de fundamentales por su conexidad con otros derechos, se estableció como forma de darle aplicación material a los derechos con cierto grado de vulneración y de presunción de afectación con derechos que si ostentan el carácter de fundamentales. En la apreciación de los derechos fundamentales, reconocidos así de manera expresa por la constitución, la T-406 y la T-426 de 1992, establecieron como parte de la naturaleza del criterio de conexidad, *“como criterio factico la conexidad debería ser objeto de demostración y prueba – al menos sumaria como corresponde a un proceso tan breve – y se confirma según*

¹⁴⁷CHINCHILLA, Tulio, ¿Qué y cuáles son los derechos fundamentales? op.cit, p. 157. Segunda edición, Temis, Bogotá, Colombia, 2009.

las circunstancias propias de los sujetos y los bienes que estén de por medio en la situación específica por decidir, se trata sostuvo la corte – de un método del caso concreto¹⁴⁸.”

Solo las circunstancias del caso concreto permiten establecer con certeza las posibilidades de determinar la fundamentalidad de los derechos, como lo señalo la corte en las sentencias antes mencionadas, no dejo tan abierta la puerta a la discrecionalidad del juez, en el mismo otorgamiento y practica de sus poderes como juez constitucional de tutela, al indicar que el criterio de conexidad en los casos concretos, se aplicarían para la determinación del mismo derecho por su propia naturaleza y sentido, para un refuerzo de esto, para la realización del derecho, permite indicar, al decir de CHINCHILLA¹⁴⁹ como conexidad presunta de los derechos sociales con los inicialmente fundamentales “para la correcta apreciación de la conexidad en el caso concreto, la corte constitucional estima valido echar mano de un subcriterio denominado *“criterio de realidad social”, que invita a tomar en cuenta la situación real de un grupo social o sector de población a la que pertenece el sujeto afectado, a fin de valorar el virtual peligro en que puede hallarse el derecho fundamental de una persona perteneciente a este sector social (criterio este muy relacionado con el postulado del estado social).*” este subcriterio que engloba el de conexidad, permite mirar con lupa, el problema social que afronta el individuo titular del derecho, permitiendo con mayor certeza encontrar la vulneración o la afectación del derecho fundamental inicial, para que dicha situación no siga desarrollándose y se logre una medida real que restablezca las condiciones de vida digna y se tutele de manera efectiva el derecho de la persona.

¹⁴⁸CHINCHILLA, tulio, ¿Qué y cuáles son los derechos fundamentales? op.cit, p. 158. Segunda edición, Temis, Bogotá, Colombia, 2009

¹⁴⁹CHINCHILLA, tulio, ¿Qué y cuáles son los derechos fundamentales? op.cit, pp. 158-159.

4.4. CONDICIONES ESPECIALES O SITUACIONES DE AFECTACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

En condiciones especiales o situaciones de afectación, del menoscabo personal, la T-571 de 1992, plantea y desarrolla el criterio de conexidad, así como su determinación normativa, por desarrollo jurisprudencial, *“el carácter fundamental de un derecho no depende de su ubicación dentro de un texto constitucional sino que son fundamentales aquellos derechos inherentes a la persona humana. Según la doctrina constitucional, la fundamentalidad de un derecho no depende solo de la naturaleza del derecho, sino que se deben considerar las circunstancias particulares del caso. La vida, la dignidad, intimidad y la libertad son derechos fundamentales dado su carácter inalienable. En cambio, la seguridad social es un derecho constitucional desarrollado en la ley, que en principio, no ostenta el rango de fundamental, salvo que las circunstancias concretas permitan atribuirle esta connotación por su importancia imprescindible para la vigencia de otros derechos fundamentales.”*

Son cuatro las características que señalan este concepto de la corte, las podemos enumerar así, la primera, señala que el carácter fundamental de un derecho, no depende de su ubicación dentro de un texto constitucional, nos indica que un derecho es fundamental en sí mismo, por su propia naturaleza, porque así ha sido aceptado socialmente por un conglomerado, y porque los que allí viven en sociedad lo han reconocido como tal, no es exclusivo de una condición normativa, en una carta de derechos, pues esta va más allá del hombre como tal, su carácter es universal. La segunda característica se asemeja a la primera, en señalar, que son fundamentales aquellos derechos inherentes a la persona humana. Por su propia condición el ser humano goza de estos derechos, no se necesita de un contrato que así lo diga, sino solo por la condición humana gozamos de derechos fundamentales.

La tercera característica se refiere, a que un derecho no solo es fundamental por su naturaleza, sino por las consideraciones particulares del caso, estas circunstancias son las de vulneración o afectación de derechos iniciales, que por vulneración de derechos que no son fundamentales, pueden afectar a aquellos que sí lo son, y por tal motivo su no protección y guarda, puede afectar derechos fundamentales.

La cuarta y última característica señala, que hay un derecho que debido a su importancia, son imprescindibles para la vigencia de otros derechos fundamentales, va ligado al criterio de conexidad, que protege derechos fundamentales por la afectación de otros derechos, como los sociales y colectivos, que necesitan de un especial tratamiento para que no sean desprotegidos, en relación con derechos dicha categoría de reconocimiento. Por ultimo siguiendo la explicación de la T-571 de 1992 esta explora el concepto de los llamados derechos fundamentales por conexidad: “los derechos fundamentales por conexidad son aquellos que no siendo denominados como tales en el texto constitucional, sin embargo les es comunicada esta calificación en virtud de la íntima e inescindible relación con otros derechos fundamentales, de forma que si fueren protegidos los primeros en forma inmediata se ocasionaría la vulneración o amenaza del segundo.

Es el caso de la salud, que no siendo en principio derecho fundamental adquiriera esa categoría cuando la desatención del enfermo amenaza con poner en peligro su derecho a la vida”. Lo que se pretende es que la afectación no se extienda a derechos iniciales, que si tienen la categoría de fundamentales, y la estrecha conexión que existe entre ambos derechos, es la determinante para otorgarle el carácter de fundamental al segundo derechos, y tutelarlos a través de la acción de amparo (acción de tutela).

4.5. EL NUEVO JUEZ DE TUTELA Y SU PAPEL COMO PRINCIPAL PROTECTOR DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

A partir de la nueva constitución, es decir, la carta de derechos de 1991, la corte constitucional, nueva en Colombia, nace como supremo juez del orden constitucional, máximo guardador de la constitución, y ante todo protector principal de los derechos fundamentales. Con esto la nueva postura que debe adoptar el juez de tutela va a hacer primordial para la garantía de los postulados del estado social de derecho. En esta búsqueda se discute si el nuevo juez de tutela en su tarea de interpretar aquellos derechos constitucionales, que cumplen con las condiciones para que sean vistos como fundamentales, operando más como un legislador no político, como un ordenador del gasto público, o como un verdadero operador del derecho en casos de vulneración a los derechos inherentes al ser humano.

Estos poderes del juez, parecen mezclarse con su dinámica institucional, frente al estado de cosas precarias, ante la falta del dinamismo de algunas entidades públicas, ante el desasosiego de problemas sociales, que a menudo se roban la atención en una realidad devastadora para la población civil. Si bien la corte ha querido una nueva búsqueda por el respeto de dichos postulados y asegurar las garantías sociales, para ser un protagonista principal de esta realidad, siguiendo la explicación de CHINCHILLA¹⁵⁰ para la correcta solución de la inequidad social *“la corte constitucional ha entrado en la búsqueda de la justicia material como principio informador del estado social de derecho, se ha situado más cerca de una realidad socioeconómica caracterizada por la insatisfacción de necesidades básicas en gran porcentaje de la población y ha mostrado el compromiso ético con la defensa de los derechos humanos y la especial sensibilidad hacia ellos que debe desarrollar el juez de tutela. ”*Es así, como se muestra que en la actualidad,

¹⁵⁰CHINCHILLA, Tulio, ¿Qué y cuáles son los derechos fundamentales? op.cit, p. 162. Segunda edición, Temis, Bogotá, Colombia, 2009

se busca una justicia constitucional más incluyente con el modelo económico del país, con su política y postulados sociales, en el marco de la desigualdad, por gran parte del sector poblacional.

El aporte del juez de tutela, vital a la hora de responder a estos problemas y realidades sociales, no puede ser como aquel mero espectador, o convidado de piedra, a un escenario que cada día se acrecienta para el mayor número de familias colombianas. Una de las posibles soluciones que se vislumbran, en el campo de aplicación de los derechos fundamentales, y por ende, en la acción y justiciabilidad de tutela, se debe, a que en Colombia no se siguió con el modelo alemán y español, de manera exacta en lo referente a la fundamentalidad de los derechos constitucionales, pues no es taxativamente que se resuelve esta inquietud, esta tarea se le ha dejado al juez de tutela, para que con base en los criterios aportados por la jurisprudencia constitucional, y haciendo uso de su labor interpretativa, argumentando racionalmente, para así de manera discrecional pueda tutelar derechos que inicialmente no figuraban como fundamentales.

En este orden constitucional, el mismo sistema jurídico arroja las respuestas a interrogantes de practica o de efectividad, reflejado en la justicia material, es así como se sigue esta argumentación, como los presenta CHINCHILLA¹⁵¹ *“en el logro de este cometido, la intuición ética y la capacidad para percibir atentados a la dignidad humana representan valiosas habilidades que deben guiar al operador jurídico para la correcta solución; y así, una vez identificada una situación de arbitrariedad, indolencia estatal, injusticia evidente, de atentado contra la dignidad esencial del ser humano, lo demás es una labor discursiva de argumentación racional sobre principios y valores a fin de ubicar el derecho lesionado y demostrar su fundamentalidad.”* En esa nueva postura que se le pide al juez de tutela, en su desempeño como protector de los derechos fundamentales, incluso su actividad

¹⁵¹CHINCHILLA, Tulio, *¿Qué y cuáles son los derechos fundamentales?* op.cit, p. 162. Segunda edición, Temis, Bogotá, Colombia, 2009

judicial no puede quedar relegada del examen de fundamentalidad, y su escogencia de los criterios calificadores de jerarquía fundamental, es así, como la corte constitucional ha desarrollado la sistemática, y especial dogmática, para la elaboración del papel que debe tomar el juez constitucional de tutela, a saber “ *el juez de tutela debe acudir a la interpretación sistemática, finalista o axiológica para desentrañar, en el caso particular, si se trata o no de un derecho fundamental, lo que no podría denominarse una especial labor de búsqueda, científica y razonada, por parte del juez.*”(Sent. T-002 de 1992). La corte aquí destaca, que solo el juez con ayuda de sus herramientas jurídicas, puede establecer, que derecho o no es fundamental, destacando una labor de búsqueda, es decir, no solo el juez como intérprete del derecho, sino como un investigador, que usa un esquema de inferencia lógica, y mecanismos que determinen con veracidad, su resultado en una sentencia de tutela, que fundamente el fallo.

Como alcance y naturaleza del mismo derecho que estudia (el juez de tutela), y en cuya mención examina, los criterios de fundamentalidad, para adoptar así su postura y construir el alcance de derecho fundamental, en la sentencia T-439 de 1992, la corte constitucional presenta el sentido que debe tener el juez de tutela a la hora de mirar estos derechos (derechos fundamentales), “*el juez de tutela debe tener una especial sensibilidad por los derechos fundamentales y su efectiva protección, para lo cual no basta limitarse a argumentos lógicos o probabilísticos. Debe apreciar las circunstancias del caso en su temporalidad e historicidad concretas.*”

Se refleja, como la corte hace hincapié, en las circunstancias del caso concreto, para que un derecho constitucional, pueda ser catalogado como fundamental, como la vulneración o grave afectación de otro derecho, en este caso uno fundamental, además, las circunstancias en las que el sujeto o el individuo titular del derecho se encuentre, como una situación económica precaria, o situaciones de riesgo inminente para su vida y su núcleo familiar. Cabe resaltar la importancia

del contexto o momento histórico concreto, en los cuales los hechos relevantes en estudio van a permitir, con mayor claridad un concepto favorable de fundamentalidad.

En ese papel protector del juez de tutela y su constante labor garantista, también se miran otros aspectos para la resolución positiva de los derechos fundamentales, y es el caso del precedente constitucional, así lo ilustra CHINCHILLA¹⁵², *“en resolución, del juez de los derechos fundamentales se exige un manejo argumentativo riguroso, especialmente sobre disección de hechos y precedentes relevantes, por las siguientes razones: a) debe acertar al escoger el precedente que regirá el caso sub iudice; b) debe demostrar las razones que lo llevan a apartarse de la ratio decidendi de un precedente que en principio lo obliga, caso en el cual las únicas razones atendibles son las que se refieren a las particularidades fácticas del caso y que justifican no aplicar el precedente (no pueden ser razones para discrepar de la doctrina constitucional)”*.

El desconocimiento del precedente, puede acarrear graves inconvenientes, como es la misma tutela contra sentencias que lo desconoció en principio, por eso el juez que se aparta del precedente debe argumentar de manera sólida, de las razones en las que se aleja de dicha disposición que lo obliga, y si su argumentación fundamenta si no se aplica el precedente en ese apartado de la doctrina constitucional vigente, la sent T-1385 de 2005 dispone *“al tipificar la conducta de inobservancia del precedente como una de las modalidades de vía de hecho judicial que amerita tutela contra sentencias judiciales, la corte constitucional la definió así: desconocimiento del precedente. En aquellos casos en los cuales la autoridad judicial se aparta de los precedentes jurisprudenciales, sin ofrecer un mínimo razonable de argumentación, de forma tal que la decisión tomada variaría, si hubiera atendido a la jurisprudencia.”*

¹⁵²CHINCHILLA, Tulio, ¿Qué y cuáles son los derechos fundamentales? op.cit, p. 164. Segunda edición, Temis, Bogotá, Colombia, 2009

A la hora de proteger los derechos fundamentales no se deben escatimar esfuerzos, ni ahorrar iniciativas de fortalecimiento de los mismos, en la búsqueda de un orden social, y de la consecución de una justicia material, el papel que debe adoptar el nuevo juez de tutela, debe ser activo frente a los desafíos que arroje en sintonía con los problemas sociales, en el mismo orden o marco constitucional, si vemos que el sistema jurídico, se enfrenta hoy a una encrucijada, para determinar así con mayor efectividad el alcance de los derechos fundamentales frente a todo el conglomerado, al postular al juez de tutela como garante principal de los derechos que protegen los intereses del hombre como individuo.

Ampliando esta concepción, de los derechos fundamentales en su relación humana, como más allá de un todo, frente a un colectivo, la sent T- 406 de 1992 ratifica este compromiso que deben mostrar los jueces y por ende su nuevo papel frente a la protección de derechos fundamentales, *“el juez, en el estado social de derecho también es un portador de la visión institucional del interés general. Esta nueva relación entre derechos fundamentales y jueces significa un cambio fundamental en relación con la constitución anterior; dicho cambio puede ser definido como una nueva estrategia encaminada al logro de la eficacia de los derechos, que consiste en otorgarle de manera prioritaria al juez, y no ya a la administración o al legislador, la responsabilidad de la eficacia de los derechos fundamentales”*.

Este cambio de visión es importante, para la consolidación de los derechos superiores en el estado social, porque el protagonista principal no va a hacer ya la administración o el legislador, la responsabilidad de la eficacia de los derechos fundamentales, como ejecutivo que opera los recursos destinados para el gasto de estos derechos en su ardua labor, pero no imposible de proteger los derechos inalienables de las personas, el juez debe asumir esta tarea con compromiso y tesón, para que su desempeño sea el óptimo a la hora de balancear los derechos y sopesar razones que fundamentan una decisión CHINCHILLA, refleja esta

posición como una capacidad de coherencia con los criterios que utilice el juez a la hora de decidir sobre derechos fundamentales, así *“en todo caso, será un juez con capacidad de aplicar al caso concreto un criterio normativo de textura abierta – casi toda norma de derecho fundamental lo es -, y cuyo contenido viene dado ante todo en principios, muy poco en reglas, e incluso a veces en estándares (derechos morales). Por ello mismo será un juez sensible ante la arbitrariedad y el sufrimiento remediable, comprometido con los derechos fundamentales y la dignidad humana. Un juez que debe aportar su poder decisorio a la construcción de un “orden social”, económico y político justo” (preámbulo). ¿Será el llamado 2juez militante? ¿Debería sentirse más un reformador social (un licurgo o un solón) en pos de “la justicia material” que un computador de última generación?”* Es ese el compromiso del juez de tutela, dado que en la búsqueda de la tan anhelada justicia material, están en juego factores sociales, que indican que la justicia constitucional posmoderna, debe aportar soluciones concretas a los problemas y dificultades sociales, en el ámbito de los derechos fundamentales depende de esa especial visión que sobre ellos se tenga, para la alcanzar los postulados en pro de esa justicia material.

4.6. REALIDAD POLÍTICA Y PONDERACIÓN: EL NUEVO MODELO DE ARGUMENTACIÓN EN LA EVOLUCIÓN DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

Hoy en día Colombia como estado de derecho, aun mas, como estado social de derecho, enfrenta múltiples batallas, para no caer en la rutinaria paradoja de la violencia y el uso indebido de la fuerza para la consecución de sus fines, si bien la población colombiana, data de unos 44 millones de ciudadanos, más del 75 % se acentúan en las ciudades¹⁵³, lo que muestra que del campo han salido las familias, azotadas por los grupos guerrilleros y paramilitares, estableciendo el

¹⁵³MONTEALEGRE, Eduardo (coord.) La Ponderación en el Derecho, op.cit, p. 133, Universidad Externado de Colombia, 2008.Bogota, Colombia.

desplazamiento forzado, como un delito de cada día, siendo su sujeto pasivo, sectores de la población más necesitada. Con la implementación de las políticas públicas, como la de la “seguridad democrática”, desarrollada por el anterior gobierno, se logró mermar en gran número estos grupos armados ilegales, cuando años atrás las familias colombianas, no podían viajar por carretera y recorrer el país por sus vías, porque la amenaza del secuestro y las “pescas milagrosas”, eran el pan y agua de la cotidianidad nacional.

Ahora con un nuevo gobierno, parece que la política de seguridad, ha dado un giro de 180 grados, pues la delincuencia se ha desplazado a las ciudades y grandes urbes, donde el crimen se camufla y se esconde, para seguir ocasionando zozobra en la ciudadanía, se refleja la victoria de una batalla, y se ha depuesto un mal que afectaba a los colombianos, pero otro aún más grave ha surgido, la delincuencia común, ahora es organizada, las llamadas “bacrím” o bandas criminales, convierten el escenario de las ciudades en una verdadera “batalla campal”, todo esto para sentar el precedente, de que la corte constitucional, no ha tenido una tarea fácil, a la hora de proteger los derechos fundamentales, haciendo recurrente la forma o nuevos modos de argumentación,¹⁵⁴ que ha adoptado el máximo tribunal constitucional, como son la ponderación y el principio de proporcionalidad, se han convertido en nuevas herramientas de interpretación, no solo para los derechos fundamentales, sino a todo el sistema jurídico, estableciendo un mecanismo de inferencia lógica racional, para adoptar posturas justificantes o no de las razones que argumentan en pro o en contra de un determinado derecho fundamental.

A partir de 1991 con el nacimiento de la nueva constitución, el sistema jurídico colombiano, cambia. pues la corte suprema de justicia deja de ser la encargada de ejercer, el control abstracto de constitucionalidad de las leyes, y como segunda función, la que nos detiene, para efectos de esta investigación, la protección de derechos constitucionales, en casos concretos, por medio de una acción especial,

¹⁵⁴MONTEALEGRE, Eduardo (coord.) La Ponderación en el Derecho, op.cit, p. 136.

que conocemos como “acción de tutela”, así como lo plantea MANUEL CEPEDA¹⁵⁵, *“la acción de tutela – acción para la protección de los derechos fundamentales – fue creada en 1991, es la principal manifestación de los aspectos difusos de nuestro sistema. Por medio de esta acción, cualquier persona cuyos derechos fundamentales sean amenazados o violados, puede solicitar que un juez con competencia territorial proteja dichos derechos. Los ciudadanos pueden presentar sus peticiones en forma informal, sin necesidad de apoderado, ante cualquier juez del país. Los jueces tienen un término estricto de diez días, para adoptar una decisión y escoger el remedio adecuado”*. Se muestra entonces, la acción de tutela como el mecanismo de protección especial de los derechos fundamentales, se mira la acción, como una vía informal, pues no necesita la representación de abogado, para que esta surta sus efectos, el término de diez días, permite con prontitud, que se adopten medidas reales de protección de los derechos, que se ven amenazados o que han sido violados.

Por otra parte la utilización de la ponderación, como nuevo modo, o modelo de argumentación, ha llevado a la evolución de la interpretación de la constitución, a lo que en Colombia se ha denominado “nuevo derecho” o “nuevo constitucionalismo”¹⁵⁶. Lo que ha permitido que a partir de 1991, nazca un nuevo derecho constitucional en Colombia, y mire los derechos fundamentales, no solo como una categoría especial de derechos, sino como el derecho de los derechos fundamentales, inherentes a la persona, y sin los cuales el desarrollo y alcance de sus metas y fines en sociedad, se puedan ver truncadas. Esta nueva perspectiva permite ver a la ponderación, como el desarrollo, para obtener el resultado acertado en las más delicadas decisiones, que estén en mira y cuyo objeto sean derechos constitucionales fundamentales, como lo explica CEPEDA¹⁵⁷, la

¹⁵⁵MONTEALEGRE, Eduardo (coord.) La Ponderación en el Derecho, op.cit, p. 136, Universidad Externado de Colombia, 2008.Bogota, Colombia.

¹⁵⁶MONTEALEGRE, Eduardo (coord.) La Ponderación en el Derecho, op.cit, p. 137.

¹⁵⁷MONTEALEGRE, Eduardo (coord.) La Ponderación en el Derecho, op.cit, p. 137, Universidad Externado de Colombia, 2008.Bogota, Colombia.

ponderación se puede ver desde dos aristas, *“el termino ponderación, puede ser entendido en sentido amplio y en sentido estricto, en sentido amplio, la ponderación es un modo de argumentación constitucional, por medio del cual el juez resuelve una colisión entre valores, objetivos, intereses o principios constitucionalmente protegidos.”* Como modo de argumentación establece mecanismos, que utilizan herramientas de inferencia lógica, para determinar el alcance material de la decisión adoptada para el caso concreto, en el cual se examina la vulneración de un derecho fundamental, buscando demostrar de manera racional una argumentación jurídicamente sustentada, para que la decisión que sostenga las razones a favor o en contra de determinados principios y valores sea la adecuada. Y en sentido estricto *“la ponderación es uno de los pasos en la aplicación del principio de proporcionalidad, generalmente en el último paso, en el cual el juez lleva acabo una evaluación, del grado en el cual una norma o situación determinada afecta un derecho o un principio constitucional, por unja parte, y de la importancia de los valores, principios, intereses u objetivos constitucionales para justificar la imposición de dicha carga, por otra.”*

La ponderación, como paso del principio de proporcionalidad, nos muestra que el juez a la hora de sopesar las razones a favor o en contra de un determinado principio, debe justificar racionalmente su decisión, con la medida de aplicación del mismo principio, en oposición del otro, es decir, en primer lugar se justifica, porque se debe aplicar un principio, y como el otro se deja a un lado, en la aplicación del caso concreto. Las razones de peso en la determinación argumentativa, son las que van a permitir que se pondere o no cada uno de los valores en juego.

Podemos enumerar la importancia que la ponderación ha traído para el nuevo aporte constitucional, y su papel determinante en la jurisprudencia de la corte constitucional, así lo sigue CEPEDA¹⁵⁸, en su determinación para el juez de tutela,

¹⁵⁸MONTEALEGRE, Eduardo (coord.) La Ponderación en el Derecho, op.cit, p. 138, Universidad Externado de Colombia, 2008.Bogota, Colombia.

en relación con las implicaciones a los derechos fundamentales, *“en Colombia, la ponderación –en el sentido amplio del término- se diferencia de otros modos de argumentación constitucional, y se ha convertido en el más importante. La importancia creciente de la ponderación en la jurisprudencia de la corte constitucional se puede apreciar, no solo en términos cuantitativos por la frecuencia de su aplicación, sino principalmente cuando cuatro aspectos cualitativos críticos son puestos de presente.”* En esta relación la conjugación de los aspectos cualitativos hacen parte de la reflexión teórica que la corte constitucional introduce en su modelo ponderativo el cual, más adelante estudiaremos en detalle. Los aspectos cualitativos que refieren el uso de la ponderación como conjunto son: *“primero, la corte empezó a hacer uso de la ponderación para diferenciar su argumentación de la de la corte suprema de justicia. Segundo, aceptación mayoritaria por parte de los magistrados de la corte constitucional. Tercero, la ponderación se asocia con el nuevo derecho (y el cambio de paradigma en la interpretación constitucional)*. Y cuarto, la ponderación es el modo de argumentación mayormente aplicado en los casos difíciles.”*¹⁵⁹ Por estas razones, la ponderación se ha convertido en el modelo predilecto de los magistrados de la corte constitucional, y el de todos los jueces de tutela, siendo así, el mecanismo por excelencia, en esta visión del nuevo derecho constitucional colombiano.

4.7. LAS ETAPAS DE EVOLUCIÓN: LA PONDERACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

El uso de la ponderación, por parte de la corte constitucional, se muestra como una nueva visión en el modelo argumentativo, referente a los derechos constitucionales fundamentales, impera el entendido de la ponderación, como un avance en el derecho constitucional colombiano, y como lidera este proceso el

¹⁵⁹ MONTEALEGRE, Eduardo (coord.) La Ponderación en el Derecho, op.cit, p. 138.

*el contenido del paréntesis, no es de quien se cita, sino del autor.

máximo tribunal, al que se le debe la guarda y supremacía de la constitución. El alcance que ha tenido la ponderación en la jurisprudencia de la corte constitucional, se ve reflejado en el uso de su método en los casos más difíciles o sonados en el contexto del ordenamiento jurídico nacional, casos como el del aborto, tras un largo proceso de iniciación y aceptabilidad, la ponderación se ha aplicado como el mejor modelo para resolver controversias constitucionales, al decir de CEPEDA, la ponderación ha generado un proceso al interior de la corte constitucional, y esta se ha ido desarrollando a medida que el mismo concepto ha ganado adhesión y consistencia en la jurisprudencia constitucional, así, *“desde una perspectiva evolutiva, se puede afirmar que la ponderación en tanto modo de argumentación ha atravesado tres etapas diferentes: la etapa del ingreso, la etapa del posicionamiento, y la etapa de consolidación. Esta evolución demuestra la importancia creciente y la aceptación gradual de la ponderación en la jurisprudencia de la corte”*¹⁶⁰.

Lo que significa que la ponderación como un nuevo modelo de argumentación para la interpretación constitucional, y por ende de los derechos fundamentales, demuestran la ardua batalla, para que hoy en día se tenga como resultado su aceptación y uso por parte de los magistrados de la corte constitucional, si bien, el examen nace cuando los principios muestran alguna desproporcionalidad en las medidas a tomar, el modelo ponderativo se ganó su espacio, como método racional en el orden constitucional, propuesto no solo en los casos difíciles o complejos, sino en toda la relación de principios y valores fundamentales cuando sea necesario.

Se tiene entonces el primer momento en la ponderación, la etapa del ingreso, o etapa de iniciación, CEPEDA, lo identifica así, *“la etapa del ingreso de la ponderación en tanto modo de argumentación constitucional al sistema jurídico*

¹⁶⁰ MONTEALEGRE, Eduardo (coord.) La Ponderación en el Derecho, op.cit, p. 139, Universidad Externado de Colombia, 2008. Bogotá, Colombia.

colombiano. Esta fase tuvo lugar durante los dos primeros años de actividad de la corte (1992 y 1993). Durante tal etapa la ponderación aparece como uno de los métodos de análisis constitucional que estaban a disposición del juez para resolver conflictos entre principios, valores, intereses u objetivos en situaciones fácticas concretas que llegaban a la corte por vía de acción de tutela¹⁶¹. Se presentó como una propuesta innovadora en la construcción argumentativa, para definir el alcance de los mismos derechos en mención, los constitucionales con rango fundamental, y cuya valoración estuviese determinada por el peso de los mismos principios.

Se busca la armonización de las decisiones que sopesa la corte, tanto la teoría como la argumentación, buscaban una balanza en aquellas determinaciones, que de una u otra manera presentaran un acercamiento al modelo ponderativo, para tratar de hallar la mejor respuesta posible al caso concreto, así lo ilustra CEPEDA, cuando se iniciaba en el modelo ponderativo por parte de la corte constitucional, a la hora de sopesar valores, principios jurídicos, *“en estas primeras decisiones, la ponderación asumió la forma de una evaluación comparativa de intereses, objetivos, valores o principios que entraban en conflicto en situaciones concretas – acá en pertinente la metáfora clásica de una balanza en la cual se sopesan mutuamente los argumentos constitucionales enfrentados en situaciones específicas -, pero sin una estructura metodológica clara, ni en aplicación de criterios analíticos consistentes”*¹⁶².

en este examen la búsqueda de la armonización concreta de los principios en colisión, demuestra, que la ponderación siempre va a estar presente, cuando dos o más principios constitucionales se encuentran enfrentados o presentan una indeterminación normativa, de cuál de los dos principios se va a aplicar, también

¹⁶¹ MONTEALEGRE, Eduardo (coord.) La Ponderación en el Derecho, op.cit, p. 139, Universidad Externado de Colombia, 2008.Bogota, Colombia.

¹⁶² MONTEALEGRE, Eduardo (coord.) La Ponderación en el Derecho, op.cit, p. 140, Universidad Externado de Colombia, 2008.Bogota, Colombia.

se presentan en los llamados casos difíciles o complejos, en donde la ponderación debe constituir un modelo racional de argumentos para construir el esquema básico de relación en las intensidades de los principios, la ponderación opera como un mecanismo de inferencia lógica en la balanza de las razones, que juegan a favor o en contra de los valores en disputa, todo este esquema presenta la ponderación como modelo argumentativo al estructurar derechos constitucionales fundamentales.

Esta primera etapa arroja múltiples interrogantes, ¿si los principios serán capaces de arrojar su propio resultado, utilizando el modelo ponderativo?, en primera medida trayendo incertidumbre, pero si algo estaba claro era que la ponderación en ese enfoque contrayendo la visión que la corte constitucional estaba aplicando, para su uso como tribunal de cierre de la justicia constitucional, fue así como llego la segunda etapa, siguiendo a CEPEDA en su explicación, *“la segunda etapa en esta evolución es la del posicionamiento de la ponderación en tanto modo de argumentación dentro del sistema jurídico colombiano. La principal característica de esta fase es la presencia de un debate abierto sobre el lugar que debe ocupar la ponderación dentro del razonamiento judicial colombiano, en particular durante el control abstracto de la legislación”*¹⁶³.

En esta etapa el debate por el estatus de la ponderación, giro sobre temas complejos, como es el caso de la penalización del aborto, en este caso la corte constitucional realizo un estudio de los múltiples factores que incidían en la consolidación del aborto como delito o tipo penal, no solo desde el contexto de la política criminal, sino abordándolo desde el ámbito del derecho constitucional colombiano, con la protección de las libertades y garantías ciudadanas.

En el posicionamiento de la ponderación, se analizaron sus pro y sus contras, entre el más destacado se encuentra, si realmente la ponderación, como modelo

¹⁶³ MONTEALEGRE, Eduardo (coord.) La Ponderación en el Derecho, op.cit, p. 140.

argumentativo y método de razonamiento judicial, no vulneraba la voluntad del legislador, y el uso del control abstracto de las leyes. Sobre este punto, podemos detenernos, y decir, que si el debate es totalmente político, vulneraría la voluntad del legislador, pero si en pro de la aplicación del modelo ponderativo, se busca, la realización efectiva de la justicia material, por parte del estado colombiano, tal vulneración no se configuraría; en este aspecto la ponderación cumple con su postulado, de permitirle al juez constitucional de tutela, utilizarla como herramienta lógica para el estudio y examen de los derechos fundamentales, y cuyo objetivo es cumplido a cabalidad, la ponderación no está vulnerando la esfera funcional o la voluntad del legislador, al respecto CEPEDA plantea, aquellas posturas que ha tomado la ponderación, en su segunda etapa, para su posicionamiento, en la jurisprudencia de la corte constitucional.

“las distintas posiciones que han existido al interior de la corte se pueden agrupar en cuatro tendencias principales. La primera excluye por completo la ponderación, considerándola como una invasión de la esfera funcional del legislador, argumentando que es el equivalente de una evaluación de compromisos entre intereses eminentemente políticos”¹⁶⁴.

Sobre este punto se mencionó, que no se vulnera la intención del legislador, en la medida en que la ponderación cumpla con su postulado y objetivo principal, como modelo de argumentación para la interpretación constitucional, y herramienta lógica al juez constitucional de tutela en decisiones que toquen derechos fundamentales. *“la segunda admitió que la ponderación es uno de los métodos posibles para llegar a una decisión, pero restringe su aplicación a los casos específicos donde la constitución misma prevé explícitamente la posibilidad de una colisión, como sucede con el derecho constitucional al libre desarrollo de la*

¹⁶⁴ MONTEALEGRE, Eduardo (coord.) La Ponderación en el Derecho, op.cit, pp. 140,141. Universidad Externado de Colombia, 2008. Bogotá, Colombia.

*personalidad.*¹⁶⁵ Aquí la ponderación cumple con la necesidad de los principios en colisión, cuando un principio está obligando que se realice algo, o está indicando su efectiva aplicación, y por otro lado como principio de igual jerarquía afirmando lo contrario negando su aplicación, la ponderación no solo como uno de los métodos para llegar a una decisión, sino que construye la decisión de manera objetiva, racional y lógica, pues indiciando el peso abstracto y relativo, de los principios y valores constitucionales, arroja la mejor decisión para el caso concreto, y que examina la no vulneración de algún derecho fundamental, *“la tercera posición considera que la ponderación es el método más apropiado para resolver problemas relativos al ámbito de aplicación y los límites de todos los derechos constitucionales fundamentales”*¹⁶⁶, a nuestro parecer, esta posición es la principal, y por tanto la que la ponderación defiende, y al ser aplicado el método ponderativo protege la efectividad de los derechos fundamentales, como categoría especial de derechos constitucionales, es así como se cumple con los postulados y objetivos de la ponderación. *“la cuarta posición extendiendo la aplicabilidad de la ponderación a otros problemas jurídicos constitucionales incluso aquellos relacionados con el ejercicio de funciones públicas y con el procedimiento legislativo, por medio de la inferencia de principios generales a partir de reglas constitucionales específicas, y de la ponderación de dichos principios, en lugar de la aplicación de las reglas en cuestión.”*¹⁶⁷

Como tercera etapa, se tiene la de la consolidación de la ponderación en esta, se tiene con mayor fuerza el uso del modelo ponderativo por parte de la corte constitucional, en el uso y aplicación de su jurisprudencia, al respecto CEPEDA, lo consolida como la etapa en donde configura la ponderación en la corte constitucional colombiana, *“la tercera etapa fue la de la consolidación de la ponderación como el principal modelo de argumentación aplicado para interpretar*

¹⁶⁵ MONTEALEGRE, Eduardo (coord.) La Ponderación en el Derecho, op.cit, p.. 140, 141. Universidad Externado de Colombia, 2008. Bogotá, Colombia.

¹⁶⁶ MONTEALEGRE, Eduardo (coord.) La Ponderación en el Derecho, op.cit, pp. 140,141.

¹⁶⁷ MONTEALEGRE, Eduardo (coord.), op.cit, pp. 140, 141.

el alcance y los límites de los derechos constitucionales. Tal etapa se inició en 2002 luego de que la nueva corte compuesta por siete nuevos magistrados admiten que la ponderación es el modelo argumentativo más apropiado para definir el campo de aplicación y los límites de los derechos constitucionales y un magistrado lo acepta en casos excepcionales, luego de haber disentido explícitamente de su aplicación”¹⁶⁸.

Por primera vez se llega a un alcance mayoritario, dentro de la corte constitucional, se acepta la ponderación como el mejor modo de argumentación, para interpretar los derecho fundamentales, en su contenido y aplicación, en el margen del respeto de las funciones públicas y privadas, se destaca que la decisión del aborto, como uno de los principales casos para el constitucionalismo colombianos en miras de obtener una decisión justa y acertada, contribuyo de manera primordial para el uso y aplicación del modelo ponderativo, por parte de la corte, la sentencia sobre el aborto, sentencia C.355 DE 2006, M. P : JAIME ARAUJO RENTERIA Y CLARA INES VARGAS, CEPEDA, lo destaca en su uso y aplicación, *“es un ejemplo de la solides del lugar que ocupa la ponderación en lo que he denominado la etapa de la consolidación, en esta sentencia , todos los magistrados admitieron que el enfoque para resolver los problemas constitucionales era el de la ponderación. Además todos admitieron que la ponderación jurídica que habría de realizar la corte debía reconocer que el legislador tiene un margen de configuración para conciliar los diversos intereses relevantes en una política sobre aborto, razón por la cual la corte solo podía fijar límites constitucionales en los extremos, es decir, cuando el legislador afecte de manera desproporcionada los derechos constitucionales de la mujer, vida, salud, autonomía o cuando desampara absolutamente la vida humana, respecto de la*

¹⁶⁸ MONTEALEGRE, Eduardo (coord.) La Ponderación en el Derecho, op.cit, p. 146, Universidad Externado de Colombia, 2008.Bogota, Colombia.

*cual el estado tiene un deber de protección, que se hace más intenso a medida que avanza el embarazo*¹⁶⁹.

En esta decisión la corte pondero, y aplico el principio de proporcionalidad en sentido estricto, al concluir que en tres casos o situaciones específicas, el tipo penal de aborto no cumplía con su condición para ser penalizado como tal, en los casos de peligro para la vida de la madre, malformaciones del feto o criatura, y cuando sea producto de una conducta delictiva, como abuso o acto sexual, o la falta de consentimiento en transferencia de ovulo o fecundación no voluntaria. Es así como se construye el modelo y uso de la ponderación para la aplicación de casos concretos y estudio de los derechos constitucionales fundamentales.

4.8. LA ARMONIZACIÓN CONCRETA DE PRINCIPIOS EN COLISIÓN, EL USO Y APLICACIÓN DE LA PONDERACIÓN EN LA CORTE CONSTITUCIONAL

La corte constitucional a la hora de utilizar el método ponderativo, construye una serie de pasos a seguir, para la consolidación de herramientas de inferencia lógica, que permitan dar un diagnóstico de la situación concreta, de conformidad con criterios facticos y jurídicos. CEPEDA, lo demuestra como una serie de parámetros para definir el uso de la ponderación, *“el método de ponderación aplicado por la corte se estructura sobre la base de un esquema básico en tres pasos: a. el primer paso es el análisis del objetivo que justifica la disposición sujeta a control. Durante este primer paso, la corte examina dos aspectos: i. la identificación de la meta, o metas, que la disposición busca materializar (¿Cuál es la finalidad perseguida por el legislador?), y ii. Su valor constitucional (¿es la finalidad buscada constitucionalmente legítima?)*¹⁷⁰.

En la búsqueda de ese análisis, el objetivo que justifica la disposición sujeta a control, la corte debe indagar el carácter material del sentido, y en el orden

¹⁶⁹ MONTEALEGRE, Eduardo (coord.) La Ponderación en el Derecho, op.cit, p. 147, Universidad Externado de Colombia, 2008. Bogotá, Colombia.

¹⁷⁰ MONTEALEGRE, Eduardo (coord.) La Ponderación en el Derecho, op.cit, p. 149.

concreto del valor, principio o medida examinada, la caracterización de dicho objetivo cumple con los factores que identifican el estudio de la ponderación, como modelo argumentativo o esquema de inferencia, consolidándose como herramienta para la interpretación de los derechos constitucionales fundamentales, dentro de ese primer paso, se debe identificar la meta, o metas, aquella disposición que busca materializar, es decir que finalidad persigue el legislador cuando pondera, un valor o un principio, que presenta una colisión con otro de igual jerarquía y rango constitucional, se puede formular la pregunta, ¿el legislador con la finalidad de dar una efectiva aplicación de la disposición constitucional, pondera para su aplicación el principio o valor en colisión?. Si la respuesta es positiva, en este sub-paso del primer aspecto, se cumple para la ponderación de principios constitucionales, en un segundo sub-paso, se debe indagar el valor constitucional, que presenta su significado en el orden jurídico fundamental, en la aplicación de la disposición en su sentido material, ¿es esa finalidad que persigue la efectiva para ponderar principios? Si la respuesta es negativa, se torna inconstitucional el examen y no se pondera el principio en estudio.

El segundo paso, CEPEDA, lo distingue como: “es el análisis de los medios a través de los cuales la disposición busca lograr la meta, básicamente para determinar si tales medios están o no prohibidos prima facie (¿el medio empleado por el legislador está prohibido por la constitución?)”¹⁷¹. En este segundo aspecto el fin no puede justificar los medios, pues lo que se busca aquí, es indagar sobre los medios con los cuales se quiere alcanzar la meta original en el uso del modelo ponderativo, y si dichos medios se encuentran o no prohibidos por la constitución, en este paso juega un papel importante, el medio empleado, ya que en la tarea de buscar un fin, en el uso de la meta, no se pueden aplicar procedimientos, que contraríen la disposición y el orden legal.

¹⁷¹ MONTEALEGRE, Eduardo (coord.) La Ponderación en el Derecho, op.cit, p. 149, Universidad Externado de Colombia, 2008. Bogotá, Colombia.

Como tercer paso finalmente CEPEDA, lo afirma en la condición de los medios y fines para aplicar la ponderación, *“el análisis de la relación entre los medios empleados y la meta que se busca, para efectos de determinar si los medios son aptos para el logro del objetivo que persigue la norma bajo revisión. (¿Es el medio empleado por el legislador idóneo para alcanzar el fin buscado?)”*¹⁷². Como resultado final del método básico de la ponderación, nace el tercer paso, como una relación y comparación de los pasos anteriores, es decir del primero, como finalidad o meta perseguida por el legislador, en la disposición sea un valor o un principio, fin perseguido en el examen de valoración racional, en el segundo paso, el análisis de los medios empleados, para la consecución de tal fin, siendo el medio empleado, el utilizado por el legislador, el idóneo para alcanzar la meta perseguida.

4.9. EL TEST DE RAZONABILIDAD EN LA CONSTRUCCIÓN DEL MODELO BÁSICO PARA PONDERAR PRINCIPIOS

De conformidad con lo anterior, dicho método se describe como el *test de razonabilidad*, donde la corte construye el modelo básico para ponderar principios, donde los pasos indican la inconstitucionalidad si no logran una respuesta afirmativa al examen paso por paso. Además de este método básico u ordinario, existen unas variantes a este primer test de razonabilidad, y se presenta como aplicación del principio de proporcionalidad en sentido estricto, así como lo define CEPEDA, “este método básico tiene dos variantes, en las que la intensidad del juicio aumenta, o sea, este se vuelve más severo porque los pasos se tornan más exigentes, la primera variante se refleja en los criterios analíticos aplicados en cada paso del test de razonabilidad. Dicha variante se traduce en dos niveles de intensidad ampliada en el test de razonabilidad: el nivel intermedio y el nivel

¹⁷² MONTEALEGRE, Eduardo (coord.) La Ponderación en el Derecho, op.cit, p. 149, Universidad Externado de Colombia, 2008. Bogotá, Colombia.

estricto. a. la intensidad del “test de razonabilidad” aumenta desde un nivel básico, también llamado control “ordinario” o “suave”, aun nivel intermedio, cuando la corte se plantea las preguntas siguientes: i. si el objetivo que se busca con la disposición revisada, además de ser legítimo, es importante desde el punto de vista de las políticas públicas o del desarrollo de la constitución, y 11. Si la relación entre el medio utilizado y el objetivo buscado por el legislador, además de ser adecuada, es efectivamente conducente, lo cual requiere no solo que los medios sean adecuados al objetivo, sino también una demostración de que los medios realmente tienden a materializar el objetivo buscado. b. la intensidad del test de razonabilidad aumenta a un nivel estricto cuando la corte se plantea las preguntas siguientes. 1. Si la meta perseguida es imperativa desde el punto de vista de las políticas públicas o del desarrollo de la constitución, y 11. Si la relación entre los medios utilizados y la meta que se persigue es necesaria”¹⁷³.

En el desarrollo del método básico, para la ponderación de valores o principios constitucionales, las variantes que traen consigo, cada uno de los pasos, indican que el análisis y estudio, de los criterios que juegan a favor o en contra de las intensidades en los pesos abstractos, relativos y concretos, hacen más estricto el método básico de ponderación, tornándose en mayores exigencias para garantizar el cumplimiento de los fines establecidos por el legislador, y de los valores constitucionales protegidos en el orden fundamental, la primera variante, hace que el juicio aumente, y se torne más severo, comprendiendo en los criterios analíticos en el uso del test de razonabilidad, para su consolidación en proporcionalidad en sentido estricto, traduciéndose esta primera variante a su vez en intensidad ampliada, una intermedia y la otra estricta, de un nivel básico u ordinario, a un nivel intermedio, para el desarrollo de los fines constitucionales.

¹⁷³ MONTEALEGRE, Eduardo (coord.) La Ponderación en el Derecho, op.cit, pp. 150. 151, Universidad Externado de Colombia, 2008. Bogotá, Colombia.

Como segundo nivel de intensidad de la primera variante, de ese paso intermedio, se tiene la relación del medio utilizado y el objetivo buscado por el legislador, todo esto sin desconocer, el punto de vista de las políticas públicas y el desarrollo de la constitución, se debe buscar la materialización del objetivo buscado por el cual los medios efectivamente cumplen con tal finalidad, en la relación de medio a fin. La segunda variante aumenta la intensidad del test de razonabilidad, en el nivel estricto, aquí la pregunta del reconocimiento de la meta perseguida, se traduce en la obtención de los fines en el resultado de la ponderación, como principal objetivo, y su relación en la aplicación de los medios utilizados y la necesidad de la meta perseguida.

Existen además, del método básico y sus variantes, criterios que posibilitan la consecución de estos fines y objetivos propuestos en el análisis de uso en la ponderación, como en su “test de razonabilidad” y el “test de proporcionalidad”, estos criterios son los negativos y los positivos, para el balance efectivo, entre principios, valores, intereses o metas contrapuestas, como lo describe CEPEDA, “los criterios negativos, los más frecuentes, llevan a la corte a determinar si la norma ha incurrido en una desproporción, es decir, si un derecho constitucional ha sido excesivamente afectado a promover los principios, metas, valores o intereses correspondientes que han sido invocados para justificar la disposición legal bajo revisión – este es lo que se puede llamar un juicio de desproporcionalidad -. La intensidad del escrutinio constitucional durante el test de desproporcionalidad es, a la vez, variable: la corte puede indagar i. si hay ausencia de simple desproporcionalidad, o ii. Si hay ausencia desproporcionalidad manifiesta.”¹⁷⁴

En el juicio o test de proporcionalidad, lo que se mira es la armonía correspondiente en los principios o intereses que se ponderan, en coordinación con sus pesos, que determine la cantidad de cada valor, para su dimensión

¹⁷⁴ MONTEALEGRE, Eduardo (coord.) La Ponderación en el Derecho, op.cit, pp. 150. 151, Universidad Externado de Colombia, 2008. Bogota, Colombia

concreta, este resulta necesario para la intensidad en los niveles de afectación de cada uno de los valores y principios, sirven para justificar – la disposición legal bajo revisión, como propósito esencial, se puede determinar si la norma no muestra proporción, en armonía con un derecho fundamental que ha sido vulnerado, mostrando dos resultados, el primero en una configuración de simple desproporcionalidad, cuando los principios correspondientes, no cumplan con los criterios de valoración. Y la segunda en una desproporcionalidad manifiesta, cuando abiertamente se contraría intereses superiores, y el sentido y desarrollo de la constitución.

Como criterios positivos, se tienen, *“que llevan a la corte a determinar si la norma es de hecho proporcional en un sentido positivo, lo cual implica un examen de constitucionalidad aún más estricto. La intensidad del análisis durante el test de proporcionalidad positiva, es a su vez, variable, de conformidad con los criterios analíticos a ser aplicados”*¹⁷⁵. Se establece la *noción de equilibrio*¹⁷⁶, según la cual, la corte entra a establecer si se presenta una armonía, en sus principios, que optimizan la función ponderativa y la protección en el cumplimiento de fines necesarios para la protección de derechos o bienes constitucionales, y la validez fundamental en sí mismo, cuando el principio verifica la existencia indispensable para el logro de tales objetivos, estructurándose además, la *noción de promoción simultánea*¹⁷⁷, que exige a la corte determinar si el legislador ha recurrido al medio que mejor promueve el objetivo constitucional que se persigue, y al mismo tiempo asegura en forma suficiente de acuerdo con el contexto factico o jurídico de cada caso, la integridad del derecho o principio que está en juego, siempre en armonía con los fines y objetivos fundamentales para el desarrollo de la constitución.

¹⁷⁵ MONTEALEGRE, Eduardo (coord.) La Ponderación en el Derecho, op.cit, pp. 152. 151, Universidad Externado de Colombia, 2008. Bogota, Colombia

¹⁷⁶ MONTEALEGRE, Eduardo (coord.) La Ponderación en el Derecho, op.cit, p. 152.

¹⁷⁷ MONTEALEGRE, Eduardo (coord.), op.cit, p. 153.

CONCLUSIONES

La creación de este mecanismo (el juicio de ponderación), nace para garantizar la tutela de las libertades fundamentales de los coasociados, pues estas (libertades) emanan del poder para representarlos legalmente, el del soberano, porque fueron aquellos (ciudadanos) los que cedieron parte de sus derechos para que un ente superior más capacitado desempeñe esa labor y gobierne. El juicio de ponderación se plantea como un procedimiento sistemático, que le permita al juzgador a la hora de interpretar derechos fundamentales, la ponderación de estos, examinando la precedencia de un principio en relación con el otro, el peso de ambos principios en el caso concreto, sus cargas para la argumentación, por ultimo llegando a la aplicación de uno y a la no aplicación del otro.

Es claro que juega un papel trascendental en este mecanismo, la discrecionalidad de la cual opera el juez, porque no se trata de un procedimiento restrictivo o de carácter absoluto, lo que busca es que armonice los principios que se encuentran en un determinado ordenamiento juicio y los haga viable para su aplicación y especial protección. Vemos como la acción de tutela ha sufrido un desbordamiento para su ejercicio, por parte de los ciudadanos colombianos, esta no puede utilizarse como un arrebato para proteger algunos derechos consagrados en la norma superior, pues se está sufriendo de una “tutelitas aguda” y no es que pretendamos plantear su vacuna, sino el nacimiento de un derecho preventivo.

Podemos establecer que los derechos fundamentales en Colombia han tenido un trato eminentemente jurisprudencial, más no normativo, por el propio carácter de estos derechos. La Corte Constitucional en su anhelo de construir una pedagogía de estos derechos, ha solidificado los criterios según los cuales hoy en día podemos identificar un derecho fundamental. La Carta Política nos muestra una serie de derechos que tienen características de fundamentalidad, esto no quiere decir que estos no sean amparados por vía de tutela judicial. Hemos querido reconocer que la llamada teoría pretoriana de derechos fundamentales identifica el valor jerárquico de supraestatalidad con que se le quiere garantizar y establecer derecho y libertades a los ciudadanos de nuestra Nación.

La corte constitucional como supremo interprete de la constitución y en su tarea de salvaguardarla, ha proyectado una serie de criterios que permiten establecer el carácter de fundamentalidad para que un derecho sea tutelado, la idea de judicialización de los derechos posibilita dinamizar de un estado en la concreción de sus postulados trascendentales, en el caso de los derechos fundamentales el debate se fragua en la tarea de la corte constitucional en indicar los criterios en el proceso hermenéutico que indique que derecho es tutelable, al art 2 del decreto 2591 de 1991 (regulatorio del procedimiento en la acción de tutela establece: "derechos protegidos por la tutela. La acción de tutela garantiza los derechos constitucionales fundamentales. Cuando una acción de tutela se refiera a un derecho no señalado expresamente como fundamental por la constitución, pero cuya naturaleza, permita su tutela para casos concretos, la corte constitucional le dará prelación en la revisión a esta decisión". Lo que se plantea de un modo más amplio, es que no solo los derechos que están consagrados en la constitución con el calificativo de fundamental, serán susceptibles de la acción de tutela, pues se deben estudiar circunstancias del caso concreto para la consolidación de fundamentalidad con posterior examen de su naturaleza.

El juez de tutela, es el juez natural de estos derechos a la hora de hacer un juicio y construir una decisión aceptada de derecho, debe hacer uso de la fuerza argumentativa de los principios que el mismo sistema jurídico le presenta. Existen criterios para da esta fuerza de esta fundamentalidad en los cuales destacamos:1) aceptabilidad del argumento, esto es aquellos en los cuales se consolide la fundamentalidad que le da a el derecho para que ese sea amparado por vía de tutela, ante un juez que reconozca como tal la protección de dicho mecanismo para el efectivo ejercicio de un derecho fundamental. 2) discutibilidad reconocida, que en los eventos en los cuales esa discusión a porte al debate de fundamentalidad, va a generar cargas en la aplicabilidad de los mismos, lo que le permite que tan discutible o no es el derecho que se quiere proteger. 3) exigibilidad, que dicha protección sea de tal exigencia que sin esa especial protección se vulneraria flagrantemente un derecho fundamental, menoscabando la dignidad personal, por el solo hecho de la no protección constitucional del derecho perseguido.

El aporte del juez de tutela, vital a la hora de responder a estos problemas y realidades sociales, no puede ser como aquel mero espectador, o convidado de piedra, a un escenario que cada día se acrecienta para el mayor número de familias colombianas. Una de las posibles soluciones que se vislumbran, en el campo de aplicación de los derechos fundamentales, y por ende, en la acción y justiciabilidad de tutela, se debe, a que en Colombia no se siguió con el modelo alemán y español, de manera exacta en lo referente a la fundamentalidad de los derechos constitucionales, pues no es taxativamente que se resuelve esta inquietud, esta tarea se le ha dejado al juez de tutela, para que con base en los criterios aportados por la jurisprudencia constitucional, y haciendo uso de su labor interpretativa, argumentando racionalmente, para así de manera discrecional pueda tutelar derechos que inicialmente no figuraban como fundamentales.

La utilización de la ponderación, como nuevo modo, o modelo de argumentación, ha llevado a la evolución de la interpretación de la constitución, a lo que en Colombia se ha denominado “nuevo derecho” o “nuevo constitucionalismo”. Lo que ha permitido que a partir de 1991, nazca un nuevo derecho constitucional en Colombia, y mire los derechos fundamentales, no solo como una categoría especial de derechos, sino como el derecho de los derechos fundamentales, inherentes a la persona, y sin los cuales el desarrollo y alcance de sus metas y fines en sociedad, se puedan ver truncadas. Esta nueva perspectiva permite ver a la ponderación, el desarrollo, para obtener el resultado acertado en las más delicadas decisiones, que estén en mira y cuyo objeto sean derechos constitucionales fundamentales.

Lo que significa que la ponderación como un nuevo modelo de argumentación para la interpretación constitucional, y por ende de los derechos fundamentales, demuestran la ardua batalla, para que hoy en día se tenga como resultado su aceptación y uso por parte de los magistrados de la corte constitucional, si bien, el examen nace cuando los principios muestran alguna desproporcionalidad en las medidas a tomar, el modelo ponderativo se ganó su espacio, como método racional en el orden constitucional, propuesto no solo en los casos difíciles o complejos, sino en toda la relación de principios y valores fundamentales cuando sea necesario.

Además la teoría de los principios desarrolla la idea de establecer los derechos fundamentales como mandatos de optimización, entendiendo la optimización como los parámetros reales y facticos para el desarrollo de los derechos, atendiendo a las posibilidades materiales del caso concreto, esto por un lado, por otro la teoría de los principios desarrolla los derechos fundamentales como el objeto de la ponderación, para establecer un procedimiento lógico racional, de carácter objetivo, que estableciendo un esquema argumentativo permita que quien decida sea el administrador, aplicador, juez o tribunal de justicia, en este caso el

tribunal constitucional o corte. Lo que señala dicho procedimiento son una serie de pasos que basados en herramientas de inferencia estructuren una solución acertada cuando se presenta una colisión de principios que expresan derechos fundamentales, es así como la teoría de los principios ha querido consolidar la idea de la optimización y de la ponderación.

Entendiendo la ponderación como una forma de tomar decisiones, consistente en sopesar razones que juegan a favor y en contra de una específica solución, como un modelo que valora y presenta un esquema argumentativo que construye dentro del campo referencial de los derechos fundamentales un método jurídico. Este busca la confrontación de los objetos que se ponderan para llevarlos a una solución material y concreta en la que el resultado va a estar determinado por los pasos que se sigan en dicha construcción.

En la construcción de un argumento válido en la justificación racional del objeto ponderado, nace consigo la necesidad de consolidar razones de tal peso que permitan una interpretación amplia el marco de la fundamentación de conceptos que busquen la disolución de un conflicto entre principios, esta interpretación va a mirar cómo se satisface, y el mayor grado de afectación de un principio, en la mayor importancia del otro que se sopesa.

Se debe tener en cuenta a la hora de ponderar derechos fundamentales, la especial consideración en la importancia de los principios. Claro está, el objeto de quien realiza el ejercicio de razonabilidad es determinar el alcance que el principio, consagrado en la carta política puede tomar en un caso concreto. Dándosele un uso a este y optimizando el derecho en colisión. Y es la ley de la ponderación que a través de su método nos va a permitir encontrar un resultado objetivo, a la causa que se pretende dar solución, más adelante se tratara el tema del meta-nivel que la ponderación debe tomar a la hora de ejercer su relación de precedencia condicionada en la determinación de los principios en colisión.

BIBLIOGRAFIA

ATIENZA, Manuel. Entrevista de Manuel Atienza a Robert Alexy, departamento de filosofía del derecho de la universidad de alicante, España, revista, Doxa, 2005.

ALEXY, Robert, teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica, traducción de Manuel Atienza e Isabel espejo. Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid España, 2007.

ALEXY, Robert, teoría de los derechos fundamentales. Traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal pulido, 2ª edición, centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, España, 2007.

ALEXY, Robert. Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios. Universidad externado de Colombia, Serie de Teoría jurídica y filosofía del derecho, No. 28, Colombia, 2003.

ALEXY, Robert, “el concepto y la validez del derecho” colección estudios alemanes, editorial gedisa, segunda edición, octubre de 1997, Barcelona, España.

BERNAL, Carlos, el principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, tercera edición, 2007.

BERNAL, Carlos, el derecho de los derechos, universidad externado de Colombia, Bogotá, quinta reimpresión, 2007.

BOKËNFORDE, Ernst Wolfgang. Estudio sobre el Estado de derecho y la democracia. Ed trota Madrid, 2000.

BOTERO, Andrés, la jerarquía entre principios generales del derecho: la historicidad y la culturalidad del principio de justicia, revista de derecho de la universidad del norte barranquilla, Colombia, 2005.

CARBONEL, Miguel (coord.) el principio de proporcionalidad en el estado constitucional, universidad externado de Colombia, 2007.bogota, Colombia.

CARRILLO, Yezid, problemas y paradigmas de las ciencias sociales y la ciencia jurídica: critica a cientificidad de la dogmática jurídica, centro de investigaciones, universidad libre sede Cartagena, Colombia, 2008.

CARRILLO, Yezid, temas y problemas de la filosofía del derecho, primera edición, editorial doctrina y ley, Bogotá, Colombia, 2009.

CARRILLO, Yezid, Teorías de la argumentación y del razonamiento jurídico, primera edición, editorial doctrina y ley, Bogotá, Colombia, 2009.

CONSTITUCIÓN Política de Colombia, suplemento de la revista desarrollo indoamericano, nº 109, Editorial, Mejoras, Barranquilla, Colombia, 2000.

CHINCHILLA, tulio, ¿Qué y cuáles son los derechos fundamentales? Segunda edición, Temis, Bogotá, Colombia, 2009.

LARENZ, k, metodología de la ciencia del derecho, Barcelona - Caracas -México, editorial, Ariel, 1980.

MATZON, William, manual de interpretación jurídica, cátedra universitaria de hermenéutica jurídica, universidad libre Cartagena, Colombia, 2007.

MONTEALEGRE, Eduardo (coord.) la ponderación en el derecho. Universidad externado de Colombia, 2008.Bogota, Colombia.