



Argumentación especial de derechos fundamentales: un nuevo modelo a treinta años de la Constitución de 1991

Special argumentation of fundamental rights: a new model thirty years after the 1991 Constitution

Abraham Bechara-Llanos ¹

1. Doctor en Derecho, Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, España. Magíster en Derecho, Universidad del Norte, Barranquilla, Colombia. Especialista en Derecho Constitucional y Abogado, Universidad Libre, Barranquilla, Colombia. Grupo de investigación GISCER, línea de Derecho Público, Corporación Universitaria del Caribe -CECAR, Sincelejo, Colombia. abraham.becharall@cecar.edu.co ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6571-9804>

Tipología: Artículo de investigación

Para citar este artículo: Bechara-Llanos, A. (2021). Argumentación especial de derechos fundamentales: un nuevo modelo a treinta años de la Constitución de 1991. *Revista Saberes Jurídicos*, 1(2), 3-14.

Recibido en abril 16 de 2021

Aceptado en octubre 29 de 2021

Publicado en línea en diciembre 12 de 2021

RESUMEN

Palabras clave:
argumentación
iusfundamental;
Constitución
colombiana;
corte constitucional;
decisión judicial;
derechos
fundamentales;
Estado constitucional;
interpretación
constitucional.

La aplicación del Derecho en tiempos de sistema jurídico y Estado constitucional de Derecho gira en torno a la posibilidad de encontrar una respuesta que no solo satisfaga las necesidades del caso concreto, es decir, de los sujetos procesales o destinatarios directos que intervienen en ella. La decisión judicial en términos de esta perspectiva constitucional debe ser mucho más <<ambiciosa>> y <<generosa>>, en el sentido de que se conecte directamente con el *principio de justicia* y la relación entre democracia y derechos fundamentales. Para que esto sea logrado, independientemente frente a qué tipo de sistema jurídico estemos, o a qué ordenamiento en particular, los jueces deban aplicar el Derecho. La pregunta que pretendemos responder va a ser la misma aunque replanteada en tiempos de posmodernidad. ¿Cómo satisface la decisión judicial en concreto postulados superiores del ordenamiento y el sistema jurídico, a partir de un margen decisional que integre a la mayor parte de destinatarios? En este artículo procuramos demostrar teóricamente, y en forma sumaria, que existe un modelo especial de derechos fundamentales que da respuesta a este interrogante. Como conclusión parcial, evidenciamos que las soluciones a la falta de coherencia decisional en las providencias de nuestros jueces obedece a la falta de exploración de las fases discursivas de la decisión judicial como relaciones necesarias y no contingentes entre la hermenéutica constitucional y la argumentación iusfundamental.

ABSTRACT

Keywords:
iusfundamental
argumentation;
Colombian
Constitution;
Constitutional
court; Judicial
decision;
Fundamental
rights;
Constitutional
State,
Constitutional
interpretation.

The application of law in times of the legal system and Constitutional State of Law, revolves around the possibility of finding an answer that not only satisfies the needs of the specific case, but that is also of the procedural subjects or direct recipients who intervene in it. The judicial decision in terms of this constitutional perspective should be much more <<ambitious>> and <<generous>>, in the sense that it is directly connected with the principle of justice, and the relationship between democracy and fundamental rights. For this to be achieved, regardless of what type of legal system we are in, or what order, the judges must apply the law. The question we intend to answer is going to ask the same, although rethought in postmodern times. How does the judicial decision satisfy higher postulates of the legal system and order, based on a decisional margin that includes most recipients? In this article we try to show theoretically, and in summary form, that there is a special model of fundamental rights that answers this question. As a partial conclusion, we show that the solutions to the lack of decisional coherence in the decisions of our judges are due to the lack of exploration of the discursive phases of the judicial decision as necessary and non-contingent relationships between constitutional hermeneutics and fundamental arguments.

INTRODUCCIÓN

Uno de los grandes postulados que justifican la idea y conceptualización del Estado constitucional y democrático de Derecho, tanto en el contexto del Derecho global como en las lecturas comparadas de la jurisprudencia, es precisamente la labor del juez como cultor de una nueva cultura decisional. Riccardo Guastini (1999) distingue que la cultura decisional también se conecta con la metajurisprudencia, concepto construido por Giovanni Tarello, integrándolo a la lectura de la cultura jurídica interna de cada Estado constitucional de Derecho, en el ejercicio de los intérpretes y de los diversos roles del ejercicio del Derecho y de la administración de justicia.

En Colombia esta labor se ha predicado desde los inicios de nuestro Tribunal Constitucional con las primeras sentencias que se profirieron en 1992. La Sentencia T- 406 de 1992, con ponencia del magistrado Ciro Angarita Barón, se ha configurado como una sentencia genética para la doctrina constitucional colombiana, y el Derecho judicial de construcción pretoriana. Hasta los más recientes desarrollos donde la Corte Constitucional lleva el concepto de Robert Alexy de mandatos de optimización a otra fórmula estructural, inclusive superando los márgenes de configuración con los que el profesor alemán presentó su postulado central en la teoría de los derechos fundamentales.

Como supuestos fácticos relevantes de la sentencia T-406 de 1992, lo que hoy se ha denominado argumentos interpretativos, entre otros por Guastini (2017), García Figueroa (1998) y Prieto Sanchís (2013), como elementos determinantes de la interpretación de los alcances de la decisión. Frente a este tópico puntualmente Isabel Lifante Vidal (2018, p. 65) distingue que los argumentos interpretativos pertenecen a un elemento más amplio definido por Alexy (1997), como los cánones de la interpretación. Así las cosas, en dicha providencia el accionante manifiesta que en 1991 las empresas públicas de Cartagena iniciaron la construcción de un servicio de alcantarillado para el barrio Vista Hermosa; después de un año sin concluir las obras ponen en funcionamiento dicho alcantarillado, hecho que ocasiona el

desbordamiento de aguas negras por los registros y causa olores nauseabundos y contaminantes de la atmósfera de los residentes tanto del barrio mencionado como del Campestre, un barrio colindante.

DESARROLLO

Genética constitucional y labor jurisprudencial primaria

En la jurisprudencia colombiana, en estricto sentido, de nuestra Corte Constitucional, tanto en los contextos normativos de aplicación de las normas de los derechos fundamentales como en la doctrina constitucional que esta construye, existe una decisión que podemos denominar “sentencia genética”; en esta no solamente se concretan y adecuan las tesis y teorías foráneas a nuestro sistema jurídico colombiano, la gran mayoría como postulados provenientes del Derecho europeo, y de la jurisprudencia constitucional alemana en específico. Nos referimos a la sentencia T-425 de 1995, magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

Esta providencia va un poco más allá de la sentencia de 1992 antes citada, porque realmente la decisión aplica criterios ponderativos y de proporcionalidad como rozamiento argumentativo, es decir, para la época en la Corte Constitucional estas tesis no estaban consolidadas, se tenían al menos cuatro años de la promulgación de la ley fundamental colombiana y su aplicación en concreto se está adecuando al contexto cultural, relacionado además con un constitucionalismo de los derechos fundamentales en nuestro sistema jurídico, lo cual la hace profundamente valiosa.

Además, se construye el principio de unidad constitucional, que aplica por primera vez en todo el ordenamiento nacional la teoría de las colisiones constitucionales, también entendida en Alexy (2007) como colisiones de principios. “Lo que configura a los principios como las normas características de los derechos fundamentales, y es en ese sentido, que las normas de principio actúan como valor fundante del Estado constitucional de

Derecho, con un fuerte valor axiológico” (Mendoza y Bechara, 2020, p. 49).

En este orden conceptual, el principio de unidad constitucional resulta vital para la madurez del sistema constitucional colombiano, como un verdadero modelo de irradiación estructural con otros sistemas y subsistemas legales en el interior de las distintas jurisdicciones. “La interpretación debe tener en consideración la Constitución como un sistema integrado dentro de un contexto político, social y cultural. Esto implica tener en cuenta toda la Constitución desde el Preámbulo, los principios y los valores constitucionales” (Monroy Cabra, 2013, p. 188).

La relevancia de la sentencia T-425 de 1995 se configura por la suficiencia en que la Corte Constitucional genera la construcción teórica y procedimental para la concretización de las normas y disposiciones de derechos fundamentales en Colombia. Esta misma providencia estructura y aplica el principio de armonización concreta, una construcción interpretativo-argumentativa de nuestro Tribunal Constitucional, razonado y generado para nuestro contexto interno, lo que posibilitó superar algunas barreas teóricas y procesales denominadas trasplantes jurídicos (Bonilla Maldonado, 2017). Siendo la tesis de los trasplantes jurídicos una crítica en sí misma a la recepción indiscriminada de teorías extranjeras sin el debido contexto fáctico y normativo en nuestro orden nacional.

Podemos presentar una síntesis de los esquemas relevantes de esta providencia a modo pedagógico para ilustrar sus alcances decisionales:

PRIMERA INSTANCIA

- Para el Tribunal de tutela, en primera instancia, la venta de licor y cigarrillos por la demandada y su consumo por parte de los compradores al lado de los tanques de combustible, son actos que ponen en peligro objetivo el derecho fundamental a la vida del actor y de los vecinos del lugar. Estima procedente la acción de tutela en contra de un particular, en este caso la expendedora del licor, porque su conducta "afecta grave y directamente un interés colectivo".

SEGUNDA INSTANCIA

- El Consejo de Estado, en segunda instancia, considera que no se cumple ninguna de las hipótesis consagrada en la Constitución y la ley para que proceda la acción de tutela contra un particular. En su concepto, la actividad comercial de la demandada es lícita - cuenta con autorización para la distribución o venta de licor - y, en sí misma, no afecta grave ni directamente el interés colectivo. Además, advierte que el actor no se encuentra en estado de subordinación o indefensión frente a la demandada, ya que cuenta con los medios establecidos en el Código Nacional de Policía para obtener que cesen las incomodidades que con la venta de licor se le ocasionan.

Figura. 1. Fuente: Elaboración propia.

PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

- El principio de armonización concreta implica la mutua delimitación de los bienes contrapuestos, mediante la concordancia práctica de las respectivas normas constitucionales, de modo que se asegure su máxima efectividad. En este proceso de armonización concreta de los derechos, el **principio de proporcionalidad**.
- La proporcionalidad se refiere entonces a la comparación de dos variables relativas, cuyos alcances se precisan en la situación concreta, y no a la ponderación entre una variable constante o absoluta, y otras que no lo son. La delimitación proporcional de los bienes jurídicos en conflicto, mediante su armonización en la situación concreta, se hace necesaria cuando se toma en serio la finalidad social del Estado de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución.

Figura. 2. Fuente: Elaboración propia.

FUNDAMENTO PONDERATIVO

- la Corte ha señalado que la magnitud de una vulneración de los derechos fundamentales, que excede los beneficios pretendidos mediante una acción legal y hace inocho su ejercicio, es un parámetro que permite establecer la existencia de una relación de indefensión.
- En el presente caso, la inactividad de las autoridades administrativas de policía, consistente en no controlar el expendio y consumo de licor y cigarrillos en la vecindad de una estación de gasolina, pese al riesgo objetivo que esta situación representa para la seguridad y salubridad públicas, coloca al demandante en una situación de indefensión.
- Para éste, es imposible fáctica y jurídicamente controlar el consumo de licor y cigarrillos vendidos por la demandada. Por el contrario, a ella sí le corresponde ejercer responsablemente su derecho a la libertad de empresa dentro de los límites del bien común.

Figura. 3. Fuente: Elaboración propia.

La Corte Constitucional en la Sentencia T-195 de 2019, con ponencia del magistrado José Fernando Reyes Cuartas, estructura el mandato de optimización pretoriano, aplicando no la ponderación, sino el concepto teórico y procesal del balanceo de derechos (Carrillo y Bechara, 2019). Donde posibilita concretamente que las fases sustantivas de la Constitución se conecten con los campos normativos procesales de la misma, esto es, normas de contenido dogmático especial, y normas adjetivas en los códigos de procedimiento, CPACA, CGP, CPP, y CPT.

La Corte en esta decisión que se configura en particular como una sentencia de tutela por vía de hecho como originariamente se configuró a inicios de la década del año 2000 (Sentencia C-590 de 2005), y hoy entendida como una verdadera subespecialidad (Quinche, 2013, p. 110) en el constitucionalismo colombiano, como acción de tutela contra providencias judiciales y en el procedimiento específico de *habeas corpus* como

garantía especial ante la ley 906 de 2004 (Bechara, 2019a, p. 170).

Siempre hubo hilo conductor en las decisiones antes de la Sentencia C-621 del 2015, y fue el de la supremacía normativa de la Constitución frente a las demás fuentes formales del Derecho en Colombia; “hilo” que cambia completamente en la sentencia citada que estudia la constitucionalidad de un aparte del artículo 7 de legalidad del Código General del Proceso, que según los argumentos de los accionantes la expresión deberán, en la que se establece una legalidad intermedia o conectora, en la que se vincula al juez a la hora de tomar su decisión indistintamente de su jurisdicción, en la que el administrador de justicia si se quiere apartar del precedente vinculante y obligatorio, este debe elevar sus razonamientos y justificar su respuesta en su apartamiento como primer momento, y en su justificación interna en segundo momento.

Esto lleva por primera vez en el ordenamiento jurídico colombiano a pensar si la jurisprudencia como fuente formal del Derecho tiene un valor mucho mayor que inclusive la ley. La respuesta en sí misma es compleja, porque la Corte Constitucional no solo estaba estudiando la constitucionalidad en concreto de uno de los cuerpos procesales, por qué no el más importante de todo nuestro sistema normativo vigente como lo es el CGP.

La Corte en esta providencia sentó las bases de la aplicación de la carga de la argumentación jurídica, sistema procesal-pretoriano que Alexy configuró como el margen interpretativo-argumentativo que estructura la tercera fase o tercer elemento de la ponderación, pero a su vez el profesor de Kiel estructuraba los cimientos de la teoría y praxis del Derecho judicial contemporáneo, la argumentación especial de derechos fundamentales.

DISCUSIÓN

Nuevos modelos hermenéuticos - argumentativos en el contexto comparado y su aplicación en Colombia

Esta ha sido realmente una inquietud que se ha discutido en diversas épocas y tiempos del Derecho,

donde realmente se le da un valor especial a la forma en que el juez puede encontrar un modelo de decisión completo, que integre tanto las normas en sentido formal como las disposiciones y enunciados jurídicos en sentido material. Pensemos en la tesis de los acuerdos y desacuerdos en el derecho propuesta por Ronald Dworkin (1984, p. 61). Frente al modelo de justicia y jurisprudencia constitucional la tesis de Dworkin, en considerar que las decisiones judiciales tienen un fuerte componente político, inclusive en algunas ocasiones son decisiones eminentemente políticas, justificaría una de las tesis contemporáneas, fundantes especialmente en el alcance de los Tribunales y Cortes Constitucionales:

Las decisiones judiciales son decisiones políticas, por lo menos en el sentido amplio que interesa a la doctrina de la responsabilidad política. Si la tesis de los derechos es válida, la distinción que acabamos de establecer explicaría, de manera muy general por lo menos, la preocupación especial que muestran los jueces tanto por los precedentes como por los ejemplos hipotéticos. (Dworkin, 1984, p. 155).

Una de las posibles soluciones a esta problemática ha sido la de <<flexibilizar>> el sistema de fuentes y por ende, de una interpretación flexible, dotando al operador jurídico de cierta destreza interpretativa para encontrar las respuestas, en el gran universo normativo en que algunos sistemas de Derecho se han convertido.

El problema en concreto a la hora de identificar esta relación, frente al sistema de fuentes con que cuentan los jueces, es precisamente, como la advirtió en su momento Herbert Hart frente a la textura abierta de las normas, y a la discrecionalidad judicial con que cuentan, quienes tienen la potestad decisional como función jurisdiccional de cierre de una controversia, evidenciando la dificultad de la textura abierta del derecho en sentido.

Toda vez que similar al sentido expresado en el Derecho continental europeo, también ha sido descrito en aproximación de las características descritas por el profesor inglés, llevando por

nombre problemas de incompatibilidad normativa del Derecho, resaltando la plenitud de este:

Cualquiera sea la técnica, precedente o legislación, que se escoja para comunicar pautas o criterios de conducta, y por mucho que estos operen sin dificultades respecto de la gran masa de casos ordinarios, en algún punto que su aplicación se cuestione las pautas resultarán ser indeterminadas; tendrán lo que se ha dado en llamar una “textura abierta” (Hart, 1964, p. 159).

El problema de la actividad judicial del Derecho, si quisiéramos reasumirlo en un tópico en particular, se circunscribiría a la manera como los jueces con sus decisiones no solamente aplican la ley, sino que en igual medida reproducen materialmente la Constitución, con especial preponderancia al principio de justicia en su alcance material. Si se quiere, además como tópico acuciante de nuestro Derecho colombiano grosso modo desde la construcción del sistema de jurisprudencia en 1991 hasta nuestros días, siendo una representación procesal del principio de conexidad necesaria entre el Derecho y la moral. Como ejemplo jurisprudencial de ello, se muestra lo configurado en la sentencia de la Corte Constitucional C-710 de 2012, donde se demandó la inconstitucionalidad de la expresión “moral” del artículo 68 de Código de Infancia y Adolescencia.

En esta orientación de postulados, sería su configuración una mirada reduccionista a la forma en que los operadores jurídicos aplican el Derecho en términos de sistema jurídico, toda vez que Bobbio estableció dicha problemática en los sistemas normativos de tradición romano-germánica en la Europa continental de la segunda mitad del siglo XX:

Por plenitud se entiende la propiedad por la cual un ordenamiento jurídico tiene una norma para regular cada caso. Dado que la ausencia de una norma se denomina generalmente “laguna” (en uno de los sentidos del término “laguna”), plenitud significa “ausencia de lagunas”. En otras palabras, un ordenamiento es completo cuando el juez puede encontrar en él una

norma para regular cada caso que se le presente, o mejor, no hay caso que no pueda ser regulado con una norma del sistema. Si queremos dar una definición más técnica de plenitud, podemos decir que un ordenamiento es completo cuando nunca se presenta el caso de que no pueda demostrarse que a él pertenecen determinada norma ni la norma contradictoria (Bobbio, 2016, p. 201).

El sistema jurídico como Estado constitucional de Derecho presenta un panorama mucho más complejo, que engloba el problema de la actividad judicial del Derecho y de los derechos fundamentales a la dicotomía conceptual ley y Constitución. Que, a su vez, puede reflejar cinco fórmulas desde la lógica deóntica aplicada al Derecho. Dichas relaciones ponen de presente la aplicación de un Derecho Constitucional de la Constitución en su carácter normativo, pero además en su carácter dinámico o en la dimensión dinámica constitucional, que en palabras de Wilfrid Waluchow (2015) construye un constitucionalismo del árbol vivo. Estas fórmulas generan en primer lugar una taxonomía, pero su misma clasificación no queda inacabada, es necesaria su complementariedad por criterios cualificantes:

- (i). El juez aplica la ley, y por tanto, no aplica la Constitución.
- (ii). El juez aplica la Constitución, y por tanto, no puede aplicar la ley.
- (iii). El juez aplica la ley porque reproduce materialmente la Constitución.
- (iv). El juez aplica la ley, pero la Constitución la interpreta conforme al principio de legalidad.
- (v). El juez aplica la Constitución y la ley la reproduce con base en los postulados constitucionales.

Coherencia normativa y coherencia decisional: la ineludible discrecionalidad interpretativa

Frente al problema de la coherencia decisional, la carga invertida de los derechos fundamentales (Bechara, 2019b) se configura como una nueva visión de las normas y disposiciones iusfundamentales, a partir de la aplicación judicial en el Estado constitucional y democrático de

Derecho. Se instituye en una lectura de la realidad material de la interpretación en sede jurisdiccional, acompañada de una argumentación especial que responde a las necesidades prácticas para los márgenes constitucionales directos. Así, el juez constitucional en sentido específico y el juez ordinario en sentido general, se acompaña de un sistema interpretativo-argumentativo que genera un modelo de adjudicación completo de los derechos.

La carga invertida como concepto genera una postura contra-mayoritaria entre la gran literatura jurídica que gira en torno al constitucionalismo y al garantismo. Pues nuestra tesis concilia en forma conceptual y práctica el constitucionalismo alexyano y el garantismo ferrajoliano, en el sentido de formar las garantías más los principios, como la fórmula idónea del Estado constitucional. La fórmula normativa del Estado constitucional estaría dada por los principios y garantías, no existiría una oposición entre ambos conceptos y categorías normativas, pues su función es realmente de complementariedad, su conjunción se estructura en la labor judicial y en las fases decisionales de aplicación jurisdiccional de las normas.

Explicándolo no solo en sus aspectos formales sino en los ámbitos de aplicación. Desde los ámbitos de aplicación del Derecho, la carga invertida responde a un constitucionalismo que genera un anclaje teórico-práctico, en la medida en que ofrece soluciones concretas a problemas de la indeterminación de las normas de Derecho fundamental, sobre todo en los sistemas jurídicos constitucionalizados genera un debate en tiempos de Estado constitucional de Derecho, no para explicar y fundamentar esta forma político-jurídica contemporánea. Propone herramientas, tesis, postulados, argumentos y razones, que más que acabar la discusión, genera nuevos espacios que seguirán siendo construidos en nuestra disciplina jurídica en las próximas décadas.

Es en sí misma la tesis carga invertida de los derechos fundamentales, un punto de partida. Además, la carga invertida de los derechos fundamentales es una herramienta dual en estricto sentido, porque opera como mecanismo procesal constitucional como mandato de optimización

pretoriano en palabras de la Corte Constitucional, y a su vez como elemento de adjudicación integrativo, cohesionando las fases interpretativas con las fases argumentativas de la decisión judicial, armonizando concretamente la potestad decisoria de los operadores jurídicos. A continuación, presentamos un esquema que ilustra el paso de la coherencia normativa a la coherencia decisional como superación a la ineludible discrecionalidad interpretativa en tiempos de Estado constitucional y democrático de Derecho.

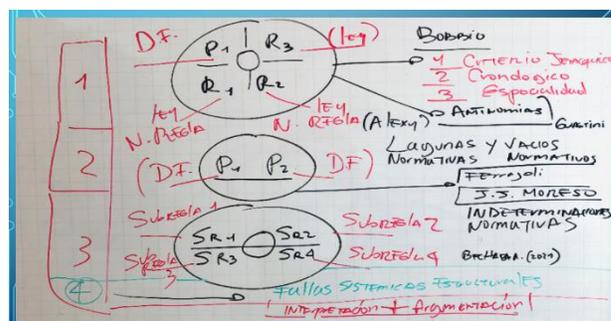


Figura 4. Fuente: Elaboración propia.

Conexidades implícitas: cuando una norma tipo principio puede ponderarse con una norma tipo valor

Robert Alexy en *El concepto y la validez del derecho*, publicado en español en 1994 por la editorial Gedisa, con traducción del profesor Jorge Malem Seña, catedrático emérito de filosofía del derecho de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona, describe en el capítulo final de la obra que pueden existir ponderaciones entre normas tipo valor y bienes colectivos. El profesor de Kiel en pocas páginas esboza uno de los temas de mayor complejidad en toda la teoría y filosofía del Derecho contemporánea, que puede catalogarse como un problema de metateoría del derecho. Y a su vez, un tópico trascendental en el entendimiento real de los derechos fundamentales, el cual puede tener un carácter de Derecho objetivo y en forma excepcionalísima convertirse en un derecho Prima Facie Injerencial.

Un Derecho fundamental Prima Facie Injerencial es aquel que es construido primigeniamente como norma de derecho fundamental, y en la segunda fase de la estructura general normativa de este, es

decir, en la disposición por la injerencia (Jakobs, 2001) entre el mandato y la potestad decisional del juez, para el caso concreto se forma como Derecho objetivo de carácter público, no de carácter colectivo. Por la relevancia del derecho fundamental cuando su acción colateral protege expansivamente derechos de carácter colectivo puede ser visto normativa y procesalmente como un derecho con pretensión de publicidad. Esto ya ha tenido respuestas aproximativas a partir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia cuando en reiteradas decisiones ha dispuesto:

Esta Corte ha sostenido, como regla general, que la acción de tutela no procede para la protección de derechos colectivos, ya que para su amparo la Constitución Política ha dispuesto las acciones populares. No obstante, como hipótesis excepcional, ha reconocido la procedencia de la acción de tutela cuando la afectación a un derecho colectivo, como el medio ambiente sano, implica una amenaza cierta o una vulneración a un derecho fundamental. Sin embargo, la Corte ha resaltado que ni existe una regla absoluta según la cual la acción de tutela nunca sea procedente para amparar derechos fundamentales afectados por la perturbación de derechos colectivos, ni tampoco una regla por virtud de la cual siempre que con la perturbación de un derecho colectivo se vulnere o amenace un derecho fundamental sea procedente la acción de tutela. (Corte Constitucional. Sentencia T-596 de 2017. M.P. Alejandro Linares Cantillo).

Es decir, pensemos que el valor de la justicia pudiese ser concretizado cuando exista una tensión valorativa, con otra estructura normativa de igual condición jerárquica. Otro verdadero valor, como el trabajo, el cual es considerado como tal en muchas Constituciones latinoamericanas y de la Europa continental como las Constituciones de: Portugal, España, Francia, Alemania e Italia, entre otros países europeos.

Alexy en su último capítulo de la obra en mención, el cual titula Derechos individuales y bienes

colectivos, plantea que pueden darse ponderaciones entre bienes jurídicos individuales y bienes jurídicos con carácter colectivo; lo interesante de sus tesis es que el mismo Alexy considera que es muy excepcional que se puedan dar estos casos en una realización concreta, que ponga en práctica no solo la teoría de los principios y las colisiones que recoge a su vez su concepto de Derecho, como un sistema jurídico de tres niveles, donde opera lo que denominamos potestad decisional adjudicativa en la labor del juez constitucional.

En este procedimiento el operador jurídico puede corregir los errores del derecho, no solo aquellas dificultades en la aplicación normativa, de las tesis del positivismo jurídico clásico racionalista, o con las concepciones modernas en Kelsen y Bobbio. Hasta los debates de la posmodernidad del Derecho que recorre la segunda mitad del siglo XX con autores como Hart y Dworkin, dichos debates siguen vigentes, toda vez que la discrecionalidad judicial es ineludible en el acto de fallar o el acto decisional que, en palabras de Kelsen el juez toma la decisión como un acto en sí mismo de voluntad, donde el elemento cognoscitivo pasa a un segundo plano.

Precisamente lo que llamamos discrecionalidad constitucional aparente y discrecionalidad constitucional inaparente; (i). la primera se predica cuando el juzgador indistintamente de la jurisdicción o instancia judicial en que se encuentre cree que debe tomar la decisión, en modelos hermenéuticos y argumentativos soportados en la jurisprudencia. pero no lo hace porque considera que con su razonamiento no afecta derechos fundamentales, (ii). la segunda se predica cuando existiendo precedentes, reglas constitucionales, subreglas constitucionales, jurisprudencia de principios, cargas argumentativas de fundamentalidad, no justifica su decisión en los márgenes y cánones de interpretación y argumentación decisional, sino que los justifica en algunas decisiones también de jurisprudencia que se adecuan a su decisión nugatoria y negacionista de derechos fundamentales.

La respuesta desde la praxis de los derechos fundamentales en el escenario colombiano como sistema de justicia constitucional se configura en

una sentencia en tiempos de Covid-19, donde el máximo Tribunal Constitucional aplica la teoría de los valores y la teoría de principios en una dualidad interpretativa práctica. La sentencia C-293 de 2020, M. S. Gloria Stella Ortiz Delgado y Cristina Pardo Schlesinger:

Estos requisitos y condiciones son los que justifican la competencia de la Corte para verificar la compatibilidad de los decretos con la Constitución, ya que, a pesar de que los estados de excepción son mecanismos extraordinarios que surgen de valoraciones que efectúa el Presidente de la República como Jefe de Gobierno y de Estado, deben someterse a las condiciones de validez tanto formales como materiales exigidas por la Carta.

Dos esquemas conceptuales y dos fórmulas normativas para la ponderación de valores

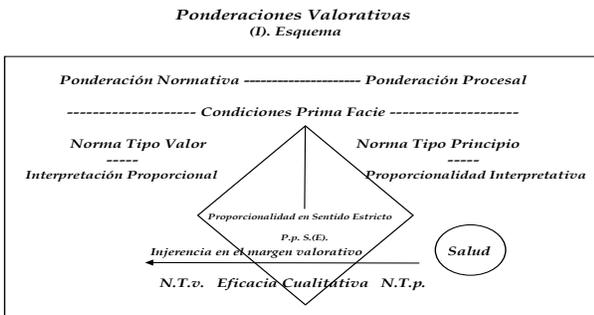


Figura 5. Fuente: Elaboración propia.

Formula Lógica de la Conexión Implícita (i). Formula

Márgenes de acciones entre valores y principios ----- Ma.A.v. (xf). Ma.A.p.
 Relación valorativa en la aplicación de las medidas ----- T.v. (i). T.p. (ii).
 Relación principialista bivalente y ambivalente ----- R.(p). R.(p.b.). R. (p.a.)

Figura 6. Fuente: Elaboración propia.

Potestad decisional de adjudicación (II). Esquema

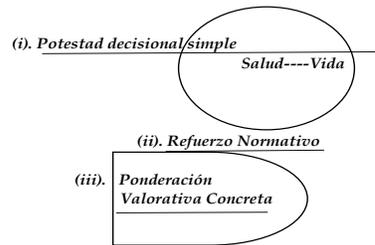


Figura 7. Fuente: Elaboración propia.

Formula de la Concreción discrecional aparente (ii). Formula

$P.p.s.(E). R.N. Salud (+) \times (-) Salud-Vida$
 P.V. Vida (P.p.E) Paz
 P.V. (vida) (x f(i)) Paz
 Respuesta Correcta = $(P.v. (Paz) \times Vida - rxn. P. Salud)$

Figura 8. Fuente: Elaboración propia.

La argumentación especial de derechos fundamentales

La argumentación especial de derechos fundamentales es sin duda uno de los tópicos trascendentales del Estado constitucional y democrático de Derecho, no solo en el ámbito del sistema jurídico colombiano sino en un modelo construido y pensado desde el Derecho judicial pretoriano, desde la aplicación de los mandatos de optimización en los campos decisionales y procesales. Se configura en un postulado central en el desarrollo de los Tribunales y Cortes Constitucionales de gran parte de los sistemas jurídicos globales que cuentan con Cortes independientes y autónomas de las otras corporaciones de justicia en el interior de los Estados.

La argumentación de derechos fundamentales en Colombia se configura estrictamente con el inicio de la Constitución de 1991, pero esto no significa que a partir de la gestación de nuestra nueva Carta fundamental ya el modelo de argumentación especial se desarrolle grosso modo. Ha sido un proceso natural desde la misma labor de la Corte Constitucional, la cual ha liderado su implementación, que también es supremamente

reciente toda vez que se tiene como sentencia base para ello la C-621 de 2015. Que elabora un aspecto de la argumentación especial en el Estado constitucional, como lo es (i). la carga de la argumentación jurídica (Bechara, 2017). Y más recientemente la sentencia T-195 de 2019, Corte Constitucional, magistrado ponente: José Fernando Reyes Cuartas, donde se trabaja un segundo aspecto (ii). Los mandatos de optimización pretorianos.

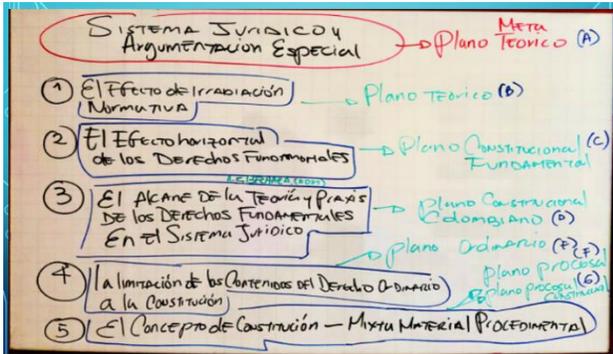


Figura 9. Fuente: Elaboración propia.

Quedan muchos más aspectos y tópicos por construir y contextualizar normativa y pretorianamente en Colombia. Así que explicaremos, además de lo ya construido en este mismo texto, el modelo de argumentación especial de derechos fundamentales en sus campos teóricos (Bechara, 2021) de fundamentación y de justificación desde el plano general y estructural de la teoría global de los derechos fundamentales, generando la posibilidad de que en Colombia se aplique el efecto de irradiación normativa, que constituye uno de los aspectos esenciales de la teoría y praxis de la argumentación de derechos fundamentales, el cual ilustramos con la siguiente gráfica:

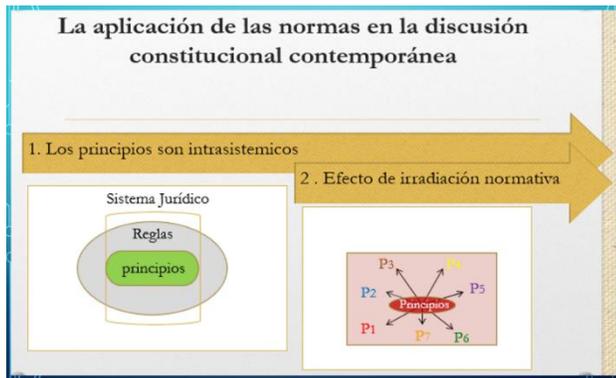


Figura 10. Fuente: Elaboración propia.

El efecto de irradiación normativa constituye en sí mismo el postulado principal de la argumentación especial de derechos fundamentales porque permite la articulación entre los múltiples ámbitos normativos, fenómeno que ocurrió en Alemania cuando se empezó a aplicar la Ley Fundamental de Bonn de 1949 y se dieron cambios tanto en los ámbitos sustantivos, dogmáticos, orgánicos y procesales en un nuevo modelo de sistema jurídico abordado por los tres niveles primarios de configuración normativa: (i). reglas. (ii). principios y (iii). procedimientos. Esto en una primera etapa en la jurisprudencia alemana, hasta la consagración de un nivel secundario de configuración normativa, cuando se hizo necesariamente imperiosa la aplicación de normas tipo valor, (iv). y en otros sistemas como el italiano, la aplicación de normas tipo garantía (v). Uno de los primeros casos relevantes en la doctrina constitucional alemana en su etapa genética es el Caso Lüth de 1958, proferido por el Tribunal Constitucional Federal de Alemania:

De las consideraciones expuestas en la decisión adoptada por el Tribunal Constitucional Federal el 15 de enero de 1958, se destacan dos planteamientos nucleares: (i) la doctrina de la doble dimensión de los derechos fundamentales, según la cual estos no son solo derechos de defensa, sino normas objetivas de principio, y (ii) el efecto de irradiación o la fuerza expansiva de las prerrogativas fundamentales. (Barrero-Berardinelli, 2012, p. 220).

Este ejemplo del Derecho comparado resulta ilustrativo, toda vez que dicho efecto de irradiación realmente no es en exclusividad sustantivo, sino más bien sus alcances reales están en sus campos procesales normativos, cuando se articula en la actividad pretoriana primaria, en la aplicación del precedente transversal, concepto que acuñamos y explicamos como la actividad de la jurisprudencia y de la configuración de aplicación de reglas y subreglas constitucionales más allá de las altas cortes o los órganos de cierre en la administración de justicia, en su actividad natural por los operadores jurídicos en todas las instancias, y en tercer lugar la irradiación normativa de los derechos

fundamentales permite generar la configuración de la Constitución material-procedimental.

En la jurisprudencia de nuestra Corte Constitucional se ha aplicado el efecto de irradiación normativa de los derechos fundamentales en las sentencias C-134 de 1994, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; C-332 de 1999, M.P. José Gregorio Hernández Galindo; SU-024 de 2018, C-174 de 2020, M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, M. P. Cristina Pardo Schlesinger; T-002 de 2021, M.S. Gloria Stella Ortiz Delgado. Lo que nos muestra y podemos contrastar con estas evidencias empíricas de nuestro sistema jurídico colombiano, que la Constitución en sí misma es un modelo que se está armando o para armar (Moreso, 2009) a sí misma en lo concerniente a los derechos fundamentales, pasando por una autorreferencia y autopoiesis biológica del sistema de derechos a un tránsito epistemológico de Maturana y Varela (1980), y Luhmann (2012), hasta las configuraciones de autosimilitud injerencial normativa, la construcción de los derechos fundamentales desde la sistémica y la sistemática decisional. Lo interesante de todo esto es precisamente que es nuestro, es el modelo colombiano de derechos fundamentas ¿un nuevo modelo a treinta años de la Constitución Política de 1991? Solo la historia constitucional nos dará la razón o nos la revocará.

CONCLUSIÓN

Luego de treinta años de Constitución Política, Colombia como sistema jurídico y normativo ha generado nuevas herramientas para la consolidación de la misma Carta de derechos, como la gestación de la teoría de los derechos fundamentales a partir de las contextualizaciones generadas por nuestra Corte Constitucional, siendo específicamente el modelo de argumentación especial de derechos fundamentales una de ellas, puesto que si bien su construcción histórica se tiene en un fuerte desarrollo por los tribunales europeos de la segunda posguerra, las relaciones propias en los planos fácticos y procesales han llevado al sistema de jurisprudencia nacional a integrarlo con nuestro tiempo de los derechos; la aplicación y la hermenéutica como elementos concomitantes para el razonamiento judicial contemporáneo son ahora

más que nunca una necesidad de aprensión, más que un “lujo teórico de fundamentación”.

La relevancia se da en la configuración de un nuevo sistema integrado de praxis judicial, donde los jueces, operadores jurídicos, funcionarios, agentes y demás actores en las distintas jurisdicciones se vean irradiados por la fuerza de sus mismas decisiones, posibilitando además una apertura a la sintaxis formal de nuestro sistema de fuentes del Derecho en Colombia, donde el imperio de la ley y la justicia se integre por un imperio del Derecho, no siendo excluyentes las diversas categorías normativas, sino que estas de manera conjunta generan una “metaestructura normativa” al alcance del decisor y del intérprete, al servicio de todos y cada uno de los ciudadanos que requiramos la configuración de la administración de justicia como un verdadero derecho fundamental y garantía constitucional.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alexy, R. (1997). Teoría de la argumentación jurídica. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Alexy, R. (2007). Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Alexy, R. (2004). El concepto y la validez del derecho. Segunda ed. Trad. Jorge M. Seña. Barcelona: Editorial Gedisa.
- Bobbio, N. (2016). Teoría general del derecho. Quita ed. Bogotá: Editorial Temis.
- Bonilla Maldonado, D. (2017). Los mandarines del derecho. Trasplantes jurídicos, análisis cultural del derecho y trabajo pro bono. Bogotá: Siglo del hombre editores y Universidad de los Andes.
- Barrero-Berardinelli, J. (2012). El efecto de irradiación de los Derechos Fundamentales en el Lüth de 1958. *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, Vol. 10, Num. 20, 213-246. 1692-8156(201206)12:202.0.TX;2-U
- Bechara, A. (2017). La carga invertida de los derechos fundamentales como procedimiento de

creación judicial: diálogo jurisdiccional en la garantía de protección secundaria. La creación judicial del derecho y el diálogo entre jueces. Universidad Autónoma de Barcelona. <https://ddd.uab.cat/record/176422>

Bechara, A. (2019a). La teoría de Luigi Ferrajoli en la garantía secundaria de habeas corpus en la ley 906 de 2004, 167-189. En: Isaza, J. (2019) (comp.) Temas de teoría del derecho. Barranquilla, Bogotá: Editorial Tirant lo Blanch y Editorial Universidad del Norte.

Bechara, A. (2019b). Jurisprudencia de principios. Barranquilla, Bogotá: Universidad Externado de Colombia y Universidad del Norte.

Bechara, A. (2021). Constitucionalismo no positivista: entre el constitucionalismo de los derechos y el no positivismo principialista. En: Rodríguez-Serpa, F. (comp.) (2021). Dialéctica constitucional. Barranquilla, Colombia: Ediciones Universidad Simón Bolívar.

Carrillo, Y., y Bechara, A. (2019). La balanza de los derechos. Bogotá: Grupo editorial Ibáñez.

Corte Constitucional. Sentencia T- 406 de 1992. M.P.: Ciro Angarita Barón.

Corte Constitucional. Sentencia C-134 de 1994. M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte Constitucional. Sentencia T- T-425 de 1995. M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional. Sentencia C-332 de 1999. M.P.: José Gregorio Hernández Galindo.

Corte Constitucional. Sentencia C-590 de 2005. M.P.: Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional. Sentencia C-621 de 2015. M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional. Sentencia T-596 de 2017. M.P.: Alejandro Linares Cantillo.

Corte Constitucional. Sentencia SU-024 de 2018. M. P.: Cristina Pardo Schlesinger.

Corte Constitucional. Sentencia T-195 de 2019. M.P.: José Fernando Reyes Cuartas.

Corte Constitucional. Sentencia C-174 de 2020. M. P.: Luis Guillermo Guerrero Pérez.

Corte Constitucional. Sentencia C-293 de 2020. M.S.: Gloria Ortiz Delgado y Cristina Pardo Schlesinger.

Corte Constitucional. Sentencia T-002 de 2021. M.S.: Gloria Stella Ortiz Delgado.

Dworkin, R. (1984). Los derechos en serio. Trad. Albert Calsamiglia. Barcelona: Editorial Ariel.

García Figueroa, A. (1998). Principios y positivismo jurídico: el no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid.

Guastini, R. (1999). Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho. Trad. Jordi Ferrer. Barcelona: Editorial Gedisa.

Guastini, R. (2017). Interpretar y argumentar. Trad. Silvina Álvarez. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid.

Hart, H. (1964). El concepto de derecho. Trad. Genaro R. Carrió. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Jakobs, G. (2001). Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la parte general del derecho penal. Trad. Manuel Cancio Meliá. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Lifante Vidal, I. (2018). Argumentación e interpretación jurídica. Valencia: Tirant lo blanch.

Luhmann, N. (2012). Sociología del derecho. Universidad Libre. Facultad de Filosofía. Doctorado en Derecho. Bogotá.

Maturana, H., & Varela, F. (1980). Autopoiesis and cognition: the realization of the living. Dordrecht, Holland: Reidel Publishing Company.

Mendoza, F., y Bechara, A. (2020). Derechos humanos como derechos fundamentales: discusiones en la filosofía del derecho del Estado

constitucional. En: Narváez, B. (ed.) Caminos de la dignidad: reflexiones sobre las distintas facetas de los derechos humanos. Sincelejo, Colombia, Editorial CECAR.
<https://doi.org/10.21892/9789585547889>

Monroy Cabra, M. (2013). La interpretación constitucional. Tercera ed. Bogotá: Librería Ediciones del profesional.

Moreso, J.J. (2009). La Constitución un modelo para armar. Barcelona: Marcial Pons.

Prieto Sanchís, L. (2013). El constitucionalismo de los derechos. Madrid: Trotta.

Quinche, M. (2013). Vías de hecho. Acción de tutela contra providencias. Octava ed. Bogotá: Temis.

Waluchow, W. (2015). Strauss, la democracia y el constitucionalismo del árbol vivo. En J. Fabra y L. García Jaramillo (eds.), Filosofía del derecho constitucional. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.