

## II. LA DOGMÁTICA DE LOS MÁRGENES DE ACCIÓN EN LA TEORÍA DE ALEXY

### 1. UN PUNTO DE PARTIDA CONTEXTUAL<sup>77</sup>

Robert Alexy, jurista germano, nacido en 1945 y en plena producción intelectual, ha escrito una obra voluminosa y erudita, a la cual se le adeuda el resurgimiento de problemas clásicos y la creación de originales cuestiones que han recibido atención global. Sus libros y artículos han sido extensamente traducidos, y por la influencia dogmática y jurisprudencial que han ejercido en distintos contextos, ha recibido distintos reconocimientos y doctorados *honoris causa* por universidades europeas y latinoamericanas. En 2010 recibió en Alemania la “Cruz del mérito de primera clase” de la Orden del Mérito. La obra de Alexy ha permitido avanzar hacia formas más complejas de análisis jurídico, más acordes, tanto con nuevas necesidades cognitivas y prácticas, como con las expectativas de ciudadanos en la formación de una sociedad que empezaba a incorporar en su imaginario la idea de los derechos como garantías y de los mecanismos para su protección. La centralidad del debate sobre los derechos en Colombia, pero sobre todo su desarrollo dogmático y eficacia práctica, es deudor de la teoría de Alexy, una de las que mayor influencia ha ejercido en la renovación del discurso jurídico en América Latina, fundamentalmente en tres campos: la argumentación jurídica, los derechos fundamentales y la concepción no-positivista del derecho.

Alexy es filósofo, abogado y doctor en Derecho por la Universidad de Göttingen. Como estudiante recibió, primero, la influencia de la filosofía

---

<sup>77</sup> Apartado elaborado con la orientación de Robert Alexy en varias comunicaciones electrónicas durante el primer semestre de 2015.

analítica por parte de Patzig, quien de hecho la introdujo en Alemania y es, además, uno de los especialistas más reputados en silogística aristotélica. Luego fue influenciado por Habermas. “Si bien es la contraparte de la filosofía analítica, me ha influenciado mucho. He articulado en mi propio trabajo la lógica y la teoría del discurso, lo cual no se había hecho hasta ahora”, afirma Alexy. En el campo jurídico su principal influencia fue Dreier, profesor de Teoría General del Derecho, Filosofía del Derecho e Interpretación Constitucional, y con quien continuó trabajando como asistente de investigación. Fue su director de tesis doctoral y de habilitación docente. “Dreier me inspiró muchas ideas y especialmente me introdujo a Kelsen y Radbruch, quienes me han influenciado hasta ahora”. Desde 1985 Alexy es profesor, ahora emérito, de Derecho Público y Filosofía del Derecho en la Universidad de Kiel.

Los cimientos de su teoría están representados en sus tres principales obras: *Teoría de la argumentación jurídica* (orig. de 1978), su tesis doctoral, se ocupa de la posibilidad de racionalidad en el discurso jurídico. Entre los extremos de la probabilidad y la arbitrariedad del discurso, hay una tercera posibilidad: la racionalidad, cuyas condiciones se establecen en un sistema de principios, reglas y formas del discurso práctico general. Los tres elementos centrales de esta obra, son: la *teoría del discurso* y las *tesis de la corrección moral del derecho* y del *discurso jurídico* como un caso especial del *discurso práctico general* (tesis del caso especial).

En *Concepto y validez del derecho* (1992) aborda el concepto de derecho y expone de forma comprensiva su teoría no positivista. Fundamenta la tesis de la *conexión necesaria* entre el derecho y la moral, entre validez —corrección jurídica— y méritos morales —corrección moral—, que había planteado en su teoría de la argumentación. Además, incorpora esta tesis a la idea de los defectos jurídicos, es decir, al planteamiento en virtud del cual las decisiones jurídicas que no satisfacen la pretensión de corrección, resultan moralmente deficientes y jurídicamente defectuosas, lo cual no siempre acarrea la pérdida de validez.

La obra que nos interesa sobre todo en esta investigación es la *Teoría de los derechos fundamentales* (1985). Resultado de su trabajo de habilitación docente, en esta obra aborda el estudio científico de los conceptos jurídicos:

su estructura y sus relaciones con otros conceptos. En particular, y desde la teoría analítica del derecho, precisa el concepto, la naturaleza, el contenido y la estructura de los derechos fundamentales —disposición, norma y posición de derecho fundamental—. Presenta una teoría estructural de los derechos fundamentales sobre los problemas en su interpretación y aplicación, que en trabajos posteriores ha avanzado hacia su justificación y fundamentación. Luego de que los derechos fundamentales se introducen al derecho positivo, para otorgarle a los derechos humanos una dimensión positiva, surge el problema interpretativo acerca, no del contenido *prima facie*, sino del contenido definitivo del derecho en un caso concreto. Así se configura la *jerarquía móvil* entre los principios respecto de las circunstancias de su aplicación y se determina lo que se debe considerar válido en el derecho.

La distinción entre dos tipos de normas que integran el ordenamiento jurídico: las reglas y los principios, y la consideración de estos últimos como mandatos de optimización, se plantean como soluciones a los problemas de los derechos fundamentales. Esta distinción constituye el fundamento del principio de proporcionalidad como criterio argumentativo para controlar las restricciones en derechos fundamentales, al evaluar la legitimidad constitucional de las medidas que restringen derechos y descartar así las que impliquen un sacrificio inútil, innecesario o desproporcionado. Este libro desarrolla la idea de la *ponderación* y defiende su racionalidad a partir de las *leyes de la colisión* y la ponderación.

El contenido *prima facie* de un derecho fundamental se determina al interpretar la disposición que lo consagra, pero en la solución de las tensiones entre derechos constitucionales es que se determina su contenido definitivo que, además, resulta vinculante para el legislador y los particulares. El resultado de la aplicación del derecho es la formulación y fundamentación de una regla que expresa la solución definitiva del caso. En este punto radica la conexión entre la ponderación y la *ratio vinculante* de un precedente.

La conexión entre la argumentación y los derechos fundamentales reside en que sólo mediante la argumentación se puede fundamentar la atribución del grado de intensidad en el que un derecho es afectado o en el que

es importante su desarrollo o garantía. El principio de proporcionalidad es una estructura vacía sin la argumentación. "Una ponderación sin argumentación sería irracional", afirma Alexy.

## 2. DISTINCIONES FUNDAMENTALES

### 2.1. Regla y principio

El fundamento de la fórmula política del estado constitucional es la existencia de principios que, además de reglas, integran el ordenamiento jurídico y, en particular, la Constitución. Los principios son mandatos de optimización porque ordenan que algo se realice en la mayor medida posible, de conformidad con las posibilidades fácticas y jurídicas. Pueden, por tanto, cumplirse en diferente grado. Las reglas son mandatos definitivos porque contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Deben cumplirse o no. Las reglas se aplican mediante la subsunción mientras que los principios mediante la ponderación. Con posterioridad Alexy ha analizado la analogía o comparación de casos como otra metodología para la aplicación del derecho, adicional a la subsunción y la ponderación.<sup>78</sup>

Esta distinción, una de las más contenciosas en la teoría jurídica contemporánea, es planteada por Alexy como cualitativa de carácter lógico al rechazar la distinción a partir del criterio de generalidad formulada por Dworkin. Una norma no se califica como regla o principio por su mayor o menor grado de generalidad, sino interpretativamente a partir de cómo se vaya a aplicar y cómo deban resolverse las colisiones donde se encuentren. Como las reglas son mandatos definitivos si una conducta puede subsumirse bajo el supuesto de hecho de una regla determinada, se aplica; si no, no. Como los principios son mandatos de optimización deben precisarse las posibilidades fácticas y jurídicas a partir de las razones que juegan en sentido contrario.

---

<sup>78</sup> Alexy, Robert, "Two or Three?", en *Archiv für rechts-und sozialphilosophie*, núm. 119, Beiheft, 2010.

## 2.2. Disposición y norma

Se trata de una de las distinciones sobre las que mayor atención ha fijado la teoría jurídica contemporánea. La jurisprudencia constitucional colombiana la ha acogido expresamente.<sup>79</sup> Una disposición es el conjunto de palabras, de enunciados lingüísticos, contenidos en los artículos de una ley o de la Constitución, tal como fueron adoptados por la institución con la autoridad para hacerlo. Las disposiciones de derecho fundamental son los enunciados de la Constitución que establecen los derechos fundamentales. Una norma es el conjunto de significados atribuibles a las disposiciones. La norma proviene entonces del significado del enunciado lingüístico mediante la interpretación y establece las proposiciones prescriptivas que se adscriben a las disposiciones. Las normas prescriben lo que prohíben, permiten u ordenan las disposiciones, como cuando la Corte Suprema interpreta sistemáticamente disposiciones contenidas en los artículos 375 y 376 del Código Penal colombiano, y en el Estatuto Nacional de Estupefacientes, y decide que, para las normas contenidas en dichas disposiciones, no constituye delito tener menos de 20 plantas de marihuana ni portar tallos, semillas u hojas.<sup>80</sup>

## 2.3. Norma y posición

Uno de los principales problemas conceptuales referidos a los derechos subjetivos, lo plantea esta distinción. Un enunciado normativo como “Todo colombiano tiene derecho a circular libremente por el territorio nacional”, expresa una norma universal que confiere un derecho frente al Estado: X tiene el derecho frente al Estado a movilizarse con libertad, es decir, que está en una posición jurídica que se caracteriza por la existencia de tal derecho. Alexy enfatiza la importancia de concebir a los enunciados normativos, que expresan normas jurídicas y a partir de los cuales pueden relacionarse posiciones jurídicas, como predicados de tres elementos, o triádicos, de la forma “X tiene frente a Y un derecho a Z”. La característica de la posición jurídica

---

<sup>79</sup> Para las diferencias entre disposición jurídica y norma jurídica, véase la sentencia C-038 de 2006.

<sup>80</sup> Corte Suprema de Justicia, SP-7600, junio de 2015.

es la relación conforme a la cual un individuo está en la situación de poder exigir algo a otro o al Estado. Una norma de derecho fundamental, es decir, el significado de una disposición constitucional iusfundamental, supone la atribución de una posición al titular de lo que procura proteger o garantizar la norma. Tener un derecho es estar en la posición de plantear exigencias. Los derechos subjetivos son posiciones porque cualifican a las personas, es decir, si una norma le permite a alguien expresarse o movilizarse, significa que la norma le confiere la propiedad de ser alguien a quien le está permitido realizar cualquiera de esas acciones. Las características del derecho subjetivo son la norma jurídica, la obligación jurídica y la posición jurídica. Los derechos serían entonces razones que fundamentan la capacidad jurídica para garantizarlos. Como dice Rodolfo Arango: políticamente, una posición significa que el individuo es tomado en serio.<sup>81</sup>

La relevancia de la idea de *posición jurídica* radica en las propiedades normativas de las personas y las acciones, y por las relaciones normativas entre las personas, y entre las personas y las acciones. La idea de los derechos, como posiciones y relaciones jurídicas, conducen a precisar las razones para los derechos subjetivos y la posibilidad de garantizarlos. La falta de precisión sobre esta idea ha conducido a la polémica por el concepto de derecho subjetivo.

#### 2.4. Enunciado normativo y norma

Para definir el concepto de norma de derecho fundamental —de manera previa al abordaje de la norma adscrita— se debe distinguir entre enunciado normativo y norma. En síntesis una norma es aquello que significa un enunciado normativo. Dentro del género de las normas se encuentran las normas de derecho fundamental, es decir, aquellas que se expresan a través de disposiciones iusfundamentales. Esta especie de normas puede estar o directamente estatuida por el enunciado normativo que está en la Constitución o puede ser adscripta. Todos los artículos de una Constitución contienen enunciados normativos, pero sólo algunos de ellos son disposiciones

---

<sup>81</sup> Arango, Rodolfo, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá, Legis, 2005.

iusfundamentales. No todo enunciado constitucional expresa una disposición de derecho fundamental.

El artículo 12 de la Constitución colombiana, por ejemplo, expresa un enunciado normativo de derecho fundamental: “Nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”. Un enunciado constitucional es un enunciado normativo porque expresa una norma; dentro de los enunciados constitucionales hay “enunciados normativos de derecho fundamental”, es decir, “disposición de derecho fundamental”, o iusfundamental. Una disposición de derecho fundamental expresa una norma de naturaleza iusfundamental.

Alexy destaca dos problemas de esta cuestión: ya que no todo lo que dice una Constitución expresa una norma de derecho fundamental, se presupone la existencia de un criterio clasificatorio que permita determinar cuáles enunciados normativos, de todos los que hay en una Constitución, expresan disposiciones iusfundamentales de las que se derivan normas de derecho fundamental —o iusfundamentales— y cuáles no. Otra cuestión problemática que tiene relación con nuestro tema, es si las normas de derecho fundamental son únicamente aquellas que están expresadas de forma explícita por disposiciones de derecho fundamental.

La Constitución entonces tiene entonces enunciados normativos. Los significados de esos enunciados son las normas. Esta distinción entre *norma* y *enunciado normativo* es esencial en la construcción de las *normas adscritas* como normas válidas de derecho fundamental. Además de la incorporación expresa de un enunciado constitucional en el catálogo de derechos fundamentales de una Constitución determinada, subsiste la cuestión de qué atributo debe tener una disposición constitucional para ser una disposición de derecho fundamental. Omitiendo los inconvenientes particulares que tiene definir a los derechos fundamentales por criterios materiales, estructurales y/o formales, conviene señalar que la cuestión por los atributos definitorios de la norma como disposición de derecho fundamental, se resuelve apelando a dichos criterios.

Alexy cita a Carl Schmitt para reconstruir los dos primeros criterios y para demostrar su insuficiencia. Conforme a Schmitt los derechos fundamentales son aquellos que por pertenecer al fundamento mismo del Estado

son reconocibles como tales en la Constitución. Es un elemento material el que “un derecho pertenezca al fundamento mismo del Estado”. Y como a su criterio el fundamento del Estado son los derechos individuales de libertad, los derechos fundamentales de una Constitución son únicamente aquellos que presenten una estructura de derecho individual de libertad.<sup>82</sup> Estos dos criterios adolecen de insuficiencia porque de plano omiten la posibilidad de que derechos como los sociales sean considerados derechos fundamentales.

El criterio formal de fundamentación de las normas de derecho fundamental tiene que ver, como se deduce con claridad, con su positivización, por lo cual son derechos fundamentales aquellos enunciados normativos que, por ejemplo respecto de la Constitución Colombiana, hacen parte del capítulo I, “De los Derechos Fundamentales”, es decir, los artículos 11 a 41, sin importar el contenido de la norma ni lo estatuido por ella. Este criterio permite, en consecuencia, identificar con claridad cuáles enunciados normativos constitucionales son normas de derecho fundamental y cuáles no, pero —respecto de las normas adscriptas— vale la pena referir al inconveniente que tiene definir a los derechos fundamentales sólo por criterios formales.

Resulta, de un lado, particularmente reducido el campo de lo comprendido por la determinación formal y, de otro, se concentra la competencia de determinar cuáles disposiciones expresan normas de derecho fundamental exclusivamente en cabeza del legislativo. El criterio formal es adecuado, pero insuficiente porque, de acogerlo, la salud por ejemplo nunca habría sido considerado un derecho fundamental, ya que en la Constitución colombiana no hace parte siquiera del capítulo de los derechos sociales, sino que se menciona como “La atención de la salud” en el artículo 49.

No sólo otras disposiciones constitucionales expresan normas de derecho fundamental así no hagan parte del capítulo que precisa en la Constitución los derechos fundamentales, sino también porque se impide que los jueces tengan poder de determinación de otras normas que no obstante su

---

<sup>82</sup> Schmitt, Carl, “Grundrechte und Grundpflichten”, en *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954*, 2ª ed., Berlín, Duncker & Humblot, 1973. Cit. por Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 63.



falta de consagración formal también comportan una disposición de derecho fundamental. La insuficiencia del criterio formal para determinar qué hace que un enunciado normativo constitucional, sea una norma de derecho fundamental, se revela entonces en la posibilidad de construir normas adscriptas de derecho fundamental.

El criterio formal se siguió en un primer momento en Colombia, pero el riesgo de restringir las normas iusfundamentales sólo a aquellas consignadas en el texto de la Constitución, se eludió en la propia Constitución gracias al artículo 94, que cierra el título II, De los derechos, las garantías y los deberes. En virtud de este artículo “La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”. En el mismo sentido, el decreto que reglamenta la acción de tutela (2591 de 1991) señala en su artículo 2 que además de que la tutela garantiza los derechos constitucionales fundamentales, “Cuando una decisión de tutela se refiere a un derecho no señalado expresamente por la Constitución como fundamental, pero cuya naturaleza permita su tutela para casos concretos, la Corte Constitucional le dará prelación en la revisión a esta decisión”.<sup>83</sup> Se reconoce entonces que los derechos fundamentales son aquellas normas que hacen parte del respectivo título constitucional, además de otras, son inherentes a la persona humana que estén en el resto de la Constitución o que integren convenios internacionales que sean ratificados legalmente.

Puede examinarse, siguiendo a Alexy, el inconveniente de lo poco comprensivo del criterio formal desde el artículo 27 de la Constitución colombiana, según el cual (1) “el Estado garantiza la libertad de cátedra”. La imprecisión de la que adolece esta norma es de tipo semántico y estructural. La sujeción de los poderes públicos a los derechos fundamentales que consagra la Constitución, implica que el enunciado no puede entenderse se forma meramente descriptiva, sino que se debe concebir normativamen-

---

<sup>83</sup> Esta posibilidad coherente con la referida cláusula fue sometida a examen de constitucionalidad, encontrándose exequible por la Corte en sentencia C-018 de 1993.

te; se expresa de manera deóntica, es decir, acudiendo a enunciados como “puede”, “debe” o “está prohibido”.

La disposición de derecho fundamental “el Estado garantiza la libertad de cátedra”, puede expresarse también entonces así: (2) se exige que haya libertad de cátedra o (3) la cátedra debe ser libre. De estas formas se expresa la norma directamente estatuida por la disposición de derecho fundamental. La imprecisión semántica de los enunciados —tal como en este caso “libertad de cátedra”— se reduce cuando los tribunales constitucionales establecen reglas semánticas, tal como había señalado Alexy en *Teoría de la argumentación jurídica*. En Colombia se ha entendido por libertad de cátedra el derecho a que todo profesor, independientemente de su nivel o especialidad, pueda presentar un programa de estudio e investigación, así como escoger el sistema que guiará el desarrollo de la materia y determinará la forma de evaluación, que según su criterio se refleja en el mejoramiento del nivel académico de los educandos.<sup>84</sup>

Por tanto, el siguiente enunciado expresa una norma: *Debe ser libre el programa de estudio, el sistema que guiará el desarrollo de la materia y la forma de evaluación que, según el criterio del profesor, se refleja en el mejoramiento del nivel académico de los educandos.*

Antes de considerar si se trata o no de una norma iusfundamental, hay que abordar la cuestión de la *apertura estructural*<sup>85</sup> que caracteriza por su

---

<sup>84</sup> Derecho que sólo está limitado por la Constitución y la ley, sino también por la obligación de atender los fines de la educación, formar colombianos que respeten los derechos humanos, la paz y la democracia. Véanse sentencias T-092 de 1994, T-588 de 1998, T-314 de 1994 y T-800 de 2002.

<sup>85</sup> La apertura estructural de los enunciados normativos refleja la cuestión más compleja relativa al discutido carácter iusfundamental de los derechos sociales. En concreto tres problemas demandan una fundamentación dogmática, cómo reconocer un derecho social y si pueden determinarse objetivamente por vía de su interpretación constitucional —problema *cognoscitivo*—; es posible determinar judicialmente el contenido de los derechos sociales en cada caso concreto —problema *metodológico*—, y otro problema —*funcional*— que trata sobre la repartición adecuada de competencias entre el Legislativo y la justicia constitucional. La justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales comporta otra serie de cuestiones: son meros *postulados constitucionales* o *enunciados políticos* que consagran posibilidades y expectativas —en el mejor de los casos, mandatos destinados al legislador para que los desarrolle progresivamente—, o son verdaderos derechos fundamentales directamente exigibles por sus

falta de precisión a este tipo de normas. ¿De tal deber se deduce una obligación al gobierno o hacia alguna entidad pública a realizar acciones tendentes a promover dicha libertad?, ¿este deber implica derechos subjetivos al profesor? La Corte Constitucional se ha ocupado en parte de este asunto:<sup>86</sup>

Considerando que el proceso educativo apareja un constante desafío a la creatividad y a la búsqueda desinteresada y objetiva de los mejores procedimientos para acceder a la verdad y compartirla con los educandos, la Constitución considera crucial proteger y garantizar el propósito de que el profesor pueda manifestar las ideas y convicciones que según su criterio profesional considere pertinentes e indispensables, lo que incluye por ejemplo la determinación del método que juzgue más apropiado para impartir sus enseñanzas.

Todo profesor con independencia del ciclo o nivel de estudios en los que desempeñe su magisterio tiene un derecho de resistencia —reconocible desde el mismo núcleo esencial de la libertad de cátedra— que consiste en oponerse a recibir instrucciones o mandatos para imprimirle a su actuación como docente una determinada orientación ideológica.

¿Son estas normas iusfundamentales, aun cuando no coinciden con la norma expresamente formulada en la Constitución ni se deducen sin más de ella? Ante tesis neoconstitucionales como la *naturaleza normativa* de la Constitución y la *fuerza vinculante* de sus provisiones, queda claro que a las normas constitucionales hay que reducirles la indeterminación cuando han de ser aplicadas a casos concretos, por lo que son necesarias normas como la que se acaban de citar. Su conexión con la disposición de derecho fundamental que garantiza la libertad de cátedra es, dice Alexy, más que meramente causal. Si no se controvirtiera el criterio formal de identificación de las disposiciones iusfundamentales al considerar este tipo de normas como iusfundamentales, no sería claro qué ordena, prohíbe o permite el texto constitucional. Más que causal, se trata entonces de una “relación de precisión” entre la norma explícita y la implícita, y de una “relación de fundamentación” entre la norma expresamente consignada en el texto, que

---

titulares, por lo que implican subsiguientes obligaciones jurídicas para el Estado. Consúltese Arango, Rodolfo, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, cit.

<sup>86</sup> Sentencia T-588 de 1998.

debe precisarse, y la norma precisante; relaciones que justifican concebir este tipo de normas como iusfundamentales.

Si bien dentro de los beneficios prácticos de las normas adscriptas se encuentra que permite descubrir nuevas normas de derechos fundamentales, la primera relación procura sobre todo distinguir entre las normas adscriptas y los “derechos fundamentales no escritos” o innominados. Estos derechos no se caracterizan por tener necesariamente, como sí lo tienen las normas adscriptas, una relación de precisión con una norma de derecho fundamental directamente estatuida.

Como la Constitución no estatuye directamente la norma en virtud de la cual se proteja y garantice al profesor la libre expresión de ideas y convicciones, y que por tanto pueda elegir el método que juzgue más apropiado para impartir sus enseñanzas, ni aquella otra norma que otorga a los profesores un derecho de resistencia para oponerse a recibir mandatos para imprimirle a su actuación como docente una determinada orientación ideológica, se trata de normas adscritas.

Las normas iusfundamentales son entonces los enunciados normativos expresamente señalados como tales en la Constitución y aquellos otros que son *adscritos* interpretativamente a una disposición constitucional de derecho fundamental.

## 2.5. Norma adscrita y norma directamente estatuida

La indeterminación semántica propia del lenguaje ordinario afecta naturalmente al lenguaje jurídico, pero se denomina en particular *indeterminación normativa* porque más que la falta de determinación respecto de los significados, se asiste a una variedad de significados normativos que se les pueden atribuir a las normas con estructura de principio, a las disposiciones de derecho fundamental. Los enunciados con estructura de regla, las leyes fundamentalmente, explicitan con mayor grado de concreción sus significados posibles y, por tanto, con mayor precisión se puede asignar un significado a una situación concreta y, en el mismo sentido, se pueden rechazar con mayor precisión significados inadmisibles.

Lo que se hace en estas situaciones tan comunes es concretar normas adscritas de derecho fundamental, las cuales se incorporan mediante argumentos en el campo semántico de otras normas fundamentales. Difieren por su grado de abstracción, ya que aquéllas precisamente concretan postulados generales y abstractos de éstas en casos normativamente más precisos. Un ejemplo es el caso de las subreglas constitucionales sobre mínimo vital, ya que de los principios generales de dignidad humana y estado social de derecho se derivó un derecho al mínimo vital que adquirió contornos normativos definidos en cada una de sus subreglas.

La forma en que un Tribunal Constitucional desmonopoliza la creación legislativa de derecho y cómo concreta los principios constitucionales, que por su propia naturaleza son indeterminados, es estableciendo *normas adscriptas*<sup>87</sup> o, como se denominan en Colombia: “subreglas jurisprudenciales”.<sup>88</sup> Una de las distinciones fundamentales en la teoría de Alexy es entre normas adscrita y directamente estatuidas. Se analizan en el contexto de la estructura y naturaleza de las normas de derecho fundamental. Las normas que establecen derechos fundamentales pueden ser las estipuladas explícitamente en la Constitución —*normas directamente estatuidas*— o las que se crean interpretativamente y resultan de una correcta fundamentación basada en derechos fundamentales —*normas adscritas o subreglas jurisprudenciales*—.

Cuando las expresiones contenidas en los enunciados que expresan derechos fundamentales se interpretan y se plantean en términos de lo que se prescriben, surgen las normas directamente estatuidas. Estas normas expresan el significado literal de las disposiciones de derecho fundamental. Lo que la disposición expresa configura entonces aquello que ordena la norma directamente estatuida. Cada disposición iusfundamental estatuye directamente sólo una norma.

Si un tribunal se encuentra en un caso concreto ante vaguedad o imprecisión en el lenguaje jurídico, tiene que desplegar el significado normativo implícito de las normas constitucionales para determinar su contenido pres-

<sup>87</sup> Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 1993, pp. 66-72.

<sup>88</sup> Sentencias, T-438 de 1996, T-606 de 1997, T-450 de 2001 y T-137 de 2003.

criptivo. En estas situaciones se concretan normas adscritas de derecho fundamental que se incorporan argumentativamente en el campo semántico de otras normas fundamentales. Una norma sobre derechos fundamentales es adscrita porque, si bien no está establecida directamente por una disposición constitucional, es posible adscribirla argumentativamente a una norma o a un grupo de normas a partir de una interpretación sistemática de la Constitución. Una norma adscrita de derecho fundamental es aquella que, dada una determinada relación de fundamentación, se adscribe a normas existentes en las disposiciones constitucionales. En la fundamentación de esta adscripción radica la validez de la norma adscrita.

La determinación clara y vinculante de las normas adscritas de derecho fundamental, es considerada por Alexy una cuestión central en su teoría. Por ello estableció dos criterios, uno *empírico* que califica como norma adscrita a las reconocidas como tal por parte de la judicatura, y otro *normativo* que reconoce la validez institucional de la norma adscrita, además de su existencia empírica, en la medida en que para dicha adscripción a una norma de derecho fundamental directamente estatuida sea posible proporcionar una fundamentación iusfundamentalmente correcta.<sup>89</sup>

Una norma adscrita es válida, como norma de derecho fundamental, si es posible aducir una correcta fundamentación basada en derechos fundamentales de dicha adscripción a una norma de derecho fundamental directamente estatuida en la Constitución.<sup>90</sup> La validez de la norma que adscribe el intérprete dependerá enteramente de la fundamentación que se aduzca para establecer un vínculo sólido entre ésta y la norma positiva. En síntesis: la argumentación justifica la adscripción. Extendiendo aquí la conocida pretensión de corrección del derecho en la teoría de Alexy, podría hablarse de una "corrección interpretativa" en virtud de la cual una norma adscrita sólo puede considerarse válida si su vinculación interpretativa puede fundamentarse correctamente en una disposición jurídica.<sup>91</sup> Tres argumentos explican el deber que tienen los tribunales de fundamentar la validez de las

---

<sup>89</sup> Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 103.

<sup>90</sup> *Ibidem*, p. 53.

<sup>91</sup> Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit., p. 127-n83. Ferreres, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, 2ª ed., Madrid, CEPC, 2007.

normas adscritas: el deber general de motivación de las sentencias judiciales, la pretensión de corrección y la presunción de constitucionalidad de las leyes, y la exigencia de sustentar la inconstitucionalidad de una ley en una argumentación correcta.<sup>92</sup> El fundamento de la norma directamente estatuida es el texto de la respectiva disposición, mientras que el fundamento de la norma adscrita, es la interpretación que parte de las normas directamente estatuidas.

Las normas adscritas de derecho fundamental son normas de origen jurisprudencial y sus efectos jurídicos son los mismos de las leyes. Adscripción no implica, como pudiera pensarse, subordinación, ya que la norma iusfundamental directamente estipulada en la Constitución y la norma iusfundamental adscrita, tienen el mismo estatus normativo.<sup>93</sup> La diferencia entre una norma adscrita y una directamente estatuida no radica entonces en su estatus normativo, sino en su especificidad, pues ésta es más general que aquélla.

Dos características distinguen a las normas adscritas: están vinculadas interpretativamente a una disposición iusfundamental o bien a la norma directamente estatuida que constituye su expresión deóntica, y guardan una relación directa con el objeto del caso concreto explicitando un contenido normativo relevante para resolver el problema jurídico en debate.<sup>94</sup> Además de unificar las sentencias que se toman sobre una misma cuestión de derecho, las normas adscritas o subreglas constituyen precedentes constitucionales, contribuyen a racionalizar la actividad judicial y concretan los principios constitucionales.

---

<sup>92</sup> *Ibidem*, pp. 126 y ss.

<sup>93</sup> La teoría de la norma de Friedrich Müller es analizada brevemente por Alexy como "contrapartida" de su teoría de la norma de derecho fundamental. Sólo nos interesan algunos puntos que nuestro autor destaca de aquella teoría "positivista". En primer lugar, considerar que sólo son *normas iusfundamentales* aquéllas expresamente señaladas por el texto constitucional, implica defender una concepción meramente formalista del estado de derecho. En este sentido, no hay necesariamente identidad entre norma y texto normativo porque una norma jurídica es algo más que su texto normativo y debe concebirse como un proyecto que comporta tanto lo reglado como lo que ha de ser reglado.

<sup>94</sup> Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit., pp. 12 y ss.

Lo que un tribunal hace cuando la Constitución habla “con voz incierta” o “con muchas voces”,<sup>95</sup> es entonces concretar normas adscritas de derecho fundamental, o subreglas. Para presentar y justificar una subregla son esenciales cuatro pasos:

1. determinar con claridad los hechos relevantes del caso en los cuales se basó la decisión;
2. conocer la razón misma de la decisión, es decir, la parte motiva o *ratio* que guarda relación directa con la parte resolutive;
3. la propia decisión, y
4. comprobar que los hechos del caso posterior son sustancialmente análogos a aquellos propios de la subregla.

La norma adscrita, una vez determinada para el caso concreto, constituye la proposición normativa del razonamiento que fundamenta la decisión —conclusión— producto de la deducción, es decir que opera como premisa mayor —PM—, o como *ratio decidendi*, en la estructura argumentativa que edifica el juez para resolver el caso. El principio justificativo de una sentencia —o varias— a partir de su *ratio* se extrae para constituir una subregla que, como norma de derecho constitucional jurisprudencialmente derivada, asiste el juez de pleno fundamento para resolver casos concretos que tengan hechos materiales sustancialmente análogos respecto del que origina, y los que desarrollan, la subregla. La *ratio* delimita el contenido de un derecho para distinguir así su núcleo esencial de protección y propender a la garantía del derecho de quienes se encuentren en circunstancias análogas a las establecidas por la subregla.

La *ratio decidendi* de una sentencia es la parte donde se consagran los argumentos que constituyen la base para la decisión y donde se realiza la formulación general del principio que la fundamenta. Entonces no sólo es la razón del caso subexamine, sino un elemento en una subregla para la resolución de casos futuros conforme al principio de igualdad entre las personas y de coherencia judicial. Sólo la *ratio* constituye precedente y sólo esta

---

<sup>95</sup> José Juan Moreso se refiere así, respectivamente, a la *vaguedad* y a la *inconsistencia* del lenguaje normativo; véase su libro *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, Madrid, CEPC, 1997, pp. 87 y 108.



parte de la sentencia tiene fuerza vinculante general para todos los casos futuros pertinentes. La *ratio* establece por sí misma una regla clara que, además, cuenta con un grado de especificidad suficiente como para establecer los supuestos a los cuales se debe aplicar a nuevos casos en tanto precedente vinculante. La *ratio* igualmente debe responder con precisión al problema jurídico que plantea el caso. Se identifica en una sentencia porque es donde se interpreta la Constitución, o la norma pertinente al caso, y sobre todo porque es donde se fundamenta el caso concreto.

Si bien la *ratio* de una sola sentencia constituye un precedente válido y obligatorio para todos los casos subsiguientes en los cuales los hechos sean analogizables,<sup>96</sup> se debe consolidar-explicitar la línea jurisprudencial respectiva. La *ratio* sobre una cuestión jurídica se consolida en oportunidades posteriores cuando en otros casos se reafirma de manera reiterada la regla del fallo inicial.<sup>97</sup> La línea jurisprudencial depura y consolida la *ratio* definida en una sentencia y aplicada en otras subsiguientes.<sup>98</sup> A medida que los precedentes sobre una materia determinada son utilizados como fundamento de nuevos casos, se establece una subregla que por su obligatoriedad de aplicación en casos analogizables, constituye una fuente de derecho tal como aquella proveniente del derecho legislado. Las subreglas carecen del nivel de abstracción propio de las normas constitucionales de las cuales provienen. Su estructura les posibilita aplicarse de forma general a situaciones iguales.

---

<sup>96</sup> Para determinar hasta qué punto el precedente es relevante en un caso concreto, la Corte para su propia labor así como para orientar la labor de tribunales y jueces inferiores, precisó que se deben observar tres elementos, en la *ratio* de la sentencia se encuentra una regla relacionada con el caso a resolver posteriormente, la *ratio* debió haber servido de base para solucionar un problema jurídico semejante, o a una cuestión constitucional semejante, y los hechos del caso o las normas juzgadas en la sentencia anterior deben ser semejantes o plantear un punto de derecho semejante al que debe resolverse posteriormente. Sentencia T-292 de 2006.

<sup>97</sup> Sentencias T-1317 de 2001 y T-292 de 2006.

<sup>98</sup> Así como una línea jurisprudencial que consolida una *ratio decidendi* adquiere efectos de precedente, de los resultados de la ponderación que resulta entre dos principios constitucionales que colisionan en un caso concreto, quedan reglas que conforman una red cuyo rigor en la aplicación queda el que sea una red sin fisuras. Las subreglas elevan entonces una pretensión de aplicabilidad ante casos iguales.

### 3. NUEVOS DESARROLLOS DE LA TEORÍA DE ALEXY

Con posterioridad a sus tres principales obras, ha escrito cerca de 100 artículos donde perfecciona y sofisticada los elementos medulares de su teoría y responde algunas críticas. Señala Alexy que dentro de los principales desarrollos, se encuentran las siguientes tesis:

#### 3.1. Doble naturaleza del derecho

Dentro de las tesis sobre la filosofía del derecho, la metateoría del derecho y el concepto y la naturaleza del derecho, se destaca la “naturaleza dual del derecho” que hace parte de esta última tesis. La característica “más esencial” del derecho es que posee una doble naturaleza: una *real* o *fáctica* y una *ideal* o *crítica*. En Alexy resulta particularmente importante describir la arquitectura de su teoría aludiendo a estas dos dimensiones del derecho, lo cual se refleja en la corrección moral del derecho y su contenido necesario de justicia. La primera reúne los elementos definitorios de la legalidad conforme al ordenamiento jurídico y la eficacia social, mientras que para la segunda el derecho tiene necesariamente un ideal de corrección moral. Este ideal implica una pretensión de justificabilidad conforme a principios de naturaleza moral —dignidad, igualdad, libertad, solidaridad, pluralismo, autonomía y dignidad humana...— y no sólo a la legalidad y la eficacia —como lo pensaban las concepciones positivistas del derecho—.

La necesidad de vincular las dimensiones real e ideal del derecho, deriva de dos principios contrapuestos: *seguridad jurídica* y *justicia*. El primero reclama sujetarse a aquello que ha sido establecido conforme al ordenamiento y es eficaz socialmente, mientras que el segundo exige la corrección moral. Alexy refuta a Kelsen, para quien “cualquier contenido puede ser derecho”, al articular el derecho y la moral sin exigir una coincidencia plena entre ambos. Dentro de su concepción de la pureza metódica del derecho, Kelsen sostuvo que: “De acuerdo con el derecho de los Estados totalitarios, el Gobierno está facultado para confinar a campos de concentración a personas en razón a sus convicciones, religión o raza y forzarlas a llevar

a cabo cualquier tipo de trabajo, a pesar de que ello pueda provocarles la muerte”.<sup>99</sup>

Para Alexy el derecho positivo sigue siendo válido aun cuando sea injusto. Sólo si se traspasa un umbral de extrema injusticia, las normas pierden su carácter jurídico —fórmula de Radbruch—. <sup>100</sup> Los tres principales argumentos que Alexy esgrime para sustentar la conexión conceptual necesaria entre el derecho y la moral, que a su vez se sustentan en la naturaleza ideal del derecho, son: la corrección moral del derecho, la injusticia extrema como límite último de la validez jurídica y los principios como mandatos de optimización.

La complejidad de los ordenamientos jurídicos contemporáneos reclama la presencia de la moral en el derecho, particularmente en contextos donde la incorporación constitucional de principios morales ha derribado las fronteras entre el derecho, la moral y la política. Estas fronteras tradicionalmente sólidas se han desmoronado debido, tanto desde lo jurídico a la incorporación en las constituciones de principios morales, como desde lo político, a la reivindicación de una ideología conforme a la cual estos principios deben orientar la interpretación de los textos jurídicos<sup>101</sup> para cumplir en últimas con el principal fin del Estado, cuál es la realización de los derechos, y, así, con el principio más importante en una democracia constitucional, cuál es la dignidad humana. La moral ha dejado de ser un dominio individual y restringido a la conciencia individual, para transformarse en un discurso entre diversos participantes que siguen un procedimiento de toma de decisiones. En Alexy fundamentalmente dos ideas expresan la conexión necesaria entre el derecho y la moral: la argumentación jurídica y —su relación con— la tesis del caso especial, es decir, la tesis conforme a la cual el discurso jurídico como especie del discurso práctico general.

---

<sup>99</sup> Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, México, UNAM-III, 1982, pp. 205 y 54.

<sup>100</sup> “La injusticia extrema no es derecho”. Véase Alexy, Robert, “A Defence of Radbruch’s Formula”, en Dyzenhaus, David (ed.), *Recrafting the Rule of Law, The Limits of Legal Order*, Oxford, Hart Publishing, 1999.

<sup>101</sup> Dentro de los principales defensores de esta ideología se encuentra Ronald Dworkin. Véase Guest, Stephen, *Ronald Dworkin*, 3ª ed., Stanford, Stanford University Press, 2013, cap. 4.

La denominación de la “teoría de la doble naturaleza del derecho” caracteriza más adecuadamente la teoría de Alexy, respecto de la popular “teoría de los principios” que se circunscribe en concreto a la distinción entre reglas y principios, y su defensa de estos últimos como normas, planteada en la *Teoría de los derechos fundamentales*.

### 3.2. Representación argumentativa

Alexy planteó una original forma de sustentar jurídicamente y defender políticamente el control judicial de constitucionalidad de las leyes y los actos legislativos, es decir, la facultad de los tribunales constitucionales para derogar actos del gobierno y del Congreso. Como los derechos fundamentales son principios, y estos son mandatos de optimización, el principio de protección exige lograr su mayor realización posible. La representación argumentativa constituye el argumento procedimental para establecer la legitimidad política y corrección moral que debe ostentar esta protección cuando un tribunal desarrolla jurisprudencialmente la densidad normativa de la Constitución y constitucionaliza materialmente el ordenamiento jurídico. El control constitucional se justifica sobre la base de la teoría de los principios y de la teoría de la representación popular argumentativa. Se legitima no sólo porque protege los presupuestos de la democracia, como se suele argüir, sino porque protege todos los derechos fundamentales.

Alexy reconoce que el control judicial interfiere con la legitimidad democrática del parlamento, pero la cuestión es determinar el grado de tal interferencia respecto de la importancia de satisfacer el principio de protección. Además de su función de legislación negativa declarando inexecutable normas proferidas por el Congreso, los tribunales desempeñan una labor activista de naturaleza positiva al impartir órdenes concretas o realizar exhortos sobre acciones que deben tomarse para garantizar determinados derechos. Sin embargo, en un Estado que reconoce en su Constitución que “La soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público” (art. 3), la legitimidad del control judicial está supeditada también a su emanación popular, a su articulación con la democracia. La representación que ejerce el Congreso es democrática debido a la posibilidad

popular de ejercer control para la elección y reelección en comicios libres y generales. La representación argumentativa procura legitimar el control judicial y compatibilizarlo con la democracia. El débil vínculo electoral entre el pueblo y el tribunal, porque el mecanismo de elección de sus magistrados involucra a las ramas con legitimidad democrática, naturalmente no es suficiente para legitimar dicho control.

La representación democrática no está únicamente relacionada con la realización de elecciones. Para no incurrir en el error de defender una concepción democrática puramente decisionista o agregativa donde el factor determinante sea la realización de elecciones y el respeto a la regla de mayorías, se debe incorporar la variable argumentativa como soporte de la legitimidad del proceso de toma de decisiones. La representación que ejerce el Congreso debe ser decisionista y argumentativa.<sup>102</sup> Por su parte, la naturaleza de la representación popular por parte de un tribunal es “puramente argumentativa”, porque el pueblo no puede ejercer control sobre la elección o remoción de sus miembros. Para la representación se requieren la argumentación, la existencia de buenos argumentos y la corrección moral, así como un grado de aceptación real de las decisiones. El punto de partida es la argumentación jurídica, los derechos constitucionales y el principio de proporcionalidad.

Un concepto adecuado de representación debe articular lo normativo, lo fáctico y lo ideal, al incorporar lo moral e ideal con lo real e institucional siguiendo la concepción de la doble naturaleza. Las condiciones que Alexy establece para lograr una adecuada representación argumentativa, son: la existencia de argumentos razonables y la existencia de un número suficiente de personas dispuestas a aceptarlos sobre la base de su razonabilidad. “La existencia de control de constitucionalidad permite institucionalizar, mejor que si no lo hubiera, la razón y la corrección a partir de la existencia de argumentos correctos y razonables, y de personas racionales”.

---

<sup>102</sup> En Colombia es válido incluso hablar de una representación popular no electoral debido al tipo de decisiones que toma la Corte, a su enfoque teórico y a su fundamentación. Muchas veces decisiones sobre temas moralmente complejos se sintonizan más con la voluntad del votante medio, respecto de las decisiones del Congreso.

### 3.3. Existencia de los derechos humanos

Los *derechos humanos* constituyen la base del ordenamiento normativo en la primera propiedad definitoria ac la sociedad. Son *derechos morales* debido a su especial importancia. Esta es erca de su existencia. Las otras propiedades son: *universalidad, fundamentalidad, abstracción y prioridad* por sobre los demás tipos de derechos. Los derechos humanos también tienen una doble naturaleza: la real al momento de su positivización, y la ideal que existe de manera independiente a este hecho. La positivización de los derechos humanos, es decir, su transformación en derechos fundamentales, constituye el esfuerzo por articular las dimensiones real e ideal del derecho. La validez de los derechos humanos radica en su corrección moral, mientras que la validez de los derechos constitucionales, en su positivización.

Los derechos humanos se positivizan entonces para lograr su mayor protección al dotarlos de una naturaleza institucional. El control judicial procura amparar el derecho de protección de los derechos morales. Esta es la razón por la cual el control judicial puede justificarse a partir de razones morales. La determinación de la validez de los derechos humanos —que integran la dimensión ideal del derecho— es un requisito para su existencia. Y como los derechos morales son válidos sólo si son justificables, la existencia de los derechos humanos depende de la posibilidad de justificarlos. Para ello sirve de sustento la teoría del discurso. Dentro de las prácticas humanas esenciales se encuentran el cuestionar, preguntar y argumentar. En su protección están consagrados los valores de la igualdad y la libertad, que son la base de los derechos humanos. Por esta razón Alexy sustenta que su justificación está basada en la teoría del discurso. “Reconocer a otro individuo como libre e igual implica reconocerlo como autónomo, lo cual a su vez implica reconocerlo como persona. Reconocerlo como persona es atribuirle dignidad, lo cual significa reconocer sus derechos humanos”.<sup>103</sup>

Relevante en este punto la idea contemporánea de las funciones de los derechos fundamentales. Se concibieron originalmente, en Inglaterra (1215, 1628 y 1689), Francia (1789) y Estados Unidos (1791), como de-

---

<sup>103</sup> Alexy, Robert, *Teoría del discurso y derechos humanos*, Bogotá, Universidad Externado, 1995.

rechos frente a la monarquía o el poder. A principios del siglo xx surgió, con la consolidación de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, la concepción de la positivización de los derechos sociales. En la actualidad la mayoría de catálogos de derechos incluyen los clásicos de libertad, pero también los sociales. Además de los derechos de libertad y de defensa del ciudadano frente al Estado, se defiende el efecto horizontal de los derechos fundamentales y el criterio de goce efectivo de los derechos como estándar para demandar la protección de derechos sociales en determinadas circunstancias.

#### 4. CONTENCIÓN A LA HIPERCONSTITUCIONALIZACIÓN MEDIANTE LA CONSTRUCCIÓN DE UNA DOGMÁTICA DE LOS MÁRGENES DE ACCIÓN

La “validez formal” y la “densidad normativa material” son dos características de la Constitución que determinan, tanto la *naturaleza* como el *alcance* de los problemas que surgen por las relaciones entre el derecho constitucional y el derecho ordinario.<sup>104</sup> La Constitución tiene validez formal porque, por ejemplo respecto a la Constitución colombiana, se trata de “la norma de normas”, por lo cual “en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales” (art. 4º). La Constitución tiene validez formal en tanto norma jurídica y, por tanto, es vinculante para todos los poderes públicos y para los particulares. La Constitución tiene validez formal también debido a la competencia asignada a la Corte Constitucional para resguardar su integridad y supremacía, controlando así esa vinculación en el desarrollo de sus funciones.<sup>105</sup>

El revestimiento a la Constitución de la máxima “validez formal” comporta relativamente pocos problemas, toda vez que la “densidad normativa material” se determine con claridad.<sup>106</sup> El constituyente de 1991 pretendió infructuosamente delimitar la densidad material que iban a adquirir las

---

<sup>104</sup> Alexy, Robert, “Derecho constitucional y derecho ordinario-jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria”, en *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Bogotá, Universidad Externado, 2003.

<sup>105</sup> Descritas en el art. 241 constitucional.

<sup>106</sup> Alexy, Robert, “Derecho constitucional y derecho ordinario...”, *cit.*

normas constitucionales respecto del ejercicio de la Corte, estableciendo en el artículo 241 que la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución se daría “en los estrictos y precisos términos de este artículo”, es decir, decidiendo sobre las acciones públicas de inconstitucionalidad y sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una Asamblea Constituyente, etc., pero “sólo por vicios de procedimiento en su formación”.<sup>107</sup>

Desde el inicio de la jurisdicción constitucional en 1992, se ha asistido a una expansión de los contenidos constitucionales materiales que se evidencia, entre otros fenómenos, con el reconocimiento de los principios como orientadores de la puesta en práctica de los derechos, la garantía a los clásicos derechos de libertad así como a los sociales en el marco de una economía libre, pero solidaria de mercado, la vinculación de los tres poderes públicos a los derechos constitucionales fundamentales y la ubicuidad de los derechos respecto del derecho en general que los hace potencialmente relevantes en cualquier escenario jurídico.

Los efectos horizontales de los derechos fundamentales es una característica explicativa del fenómeno de la expansión de los contenidos constitucionales materiales. Al establecer la acción de tutela en su artículo 86,<sup>108</sup> la Constitución de 1991 se ocupó de la procedencia de las garantías en casos de violación de derechos fundamentales. En particular, el último inciso estableció que por ley serían establecidos los casos en los que la tutela procedería contra particulares encargados de prestar un servicio público o cuya conducta afecte de forma grave el interés colectivo. Originariamente sólo en casos taxativos se podía impetrar mediante tutela la garantía respecto de particulares de los derechos fundamentales. Al ser sometido a examen de constitucionalidad el Decreto 2591 de 1991, reglamentario de la tutela, la Corte declaró inválidas las partes que restringían la procedencia entre particulares

---

<sup>107</sup> Sobre esta cuestión, véanse los problemas que comporta la doctrina de la reforma y la sustitución de la Constitución. Ramírez Cleves, Gonzalo, “El control material de las reformas constitucionales mediante acto legislativo”, en *Revista Derecho del Estado, Nueva serie*, Universidad Externado, núm. 18, jun, 2006, Bogotá.

<sup>108</sup> El desarrollo jurisprudencial de esta normativa ha sido enorme. Por ejemplo, en la década comprendida entre 1992 y 2002, se profirieron 6 455 tutelas.



sólo respecto de algunos derechos. La actuación de privados que vulneren un derecho o comprometan su garantía se enfrenta entonces con tutela. Al examinar la conformidad constitucional de los apartes del artículo 42 del referido decreto, dijo la Corte que la tutela *siempre* procederá contra acciones u omisiones de particulares que estén prestando *cualquier* servicio público y por la violación de *cualquier* derecho constitucional fundamental.<sup>109</sup>

En una sentencia que imponía dos restricciones a la práctica del derecho fundamental —el demandado era una compañía privada que prestaba un servicio de correo y se le imputaba la violación de un derecho que, como es el de petición,<sup>110</sup> sólo es exigible frente al Estado—, sostuvo la Corte que por autoridades públicas deben entenderse todas aquellas personas que están facultadas por la normatividad para ejercer poder de mando o de decisión en nombre del Estado y cuyas actuaciones obliguen o afecten a los particulares. Como el de correos es un servicio público de interés general, el particular que lo presta adquiere el carácter de autoridad. La norma adscripta que elaboró y ha seguido la Corte al respecto puede sintetizarse en los siguientes términos: “El particular que presta cualquier servicio público se considerará autoridad pública cuando por su actividad ejerce poder de mando o de decisión a nombre del Estado”. Al considerarse autoridad pública, los privados son entonces destinatarios de tutela.

---

<sup>109</sup> Sentencia C-134 de 1994. Se sostuvo que es un contrasentido por parte del legislador que desconozca los propósitos fundamentales del nuevo ordenamiento constitucional colombiano al limitar el radio de acción de la tutela, señalando taxativamente los derechos fundamentales que pueden ser amparados cuando es un particular quien los restringe. Con antelación había señalado la Corte el carácter excepcional de la tutela cuando el destinatario es un particular (T-507 de 1993).

<sup>110</sup> La Constitución colombiana consagra un derecho, en su artículo 23, en virtud del cual los ciudadanos pueden presentar peticiones a las autoridades para que les sea suministrada información sobre situaciones de interés general y/o particular. En caso de no recibir respuesta en un plazo de 15 días, el peticionario puede presentar tutela por la violación de tal derecho el cual, a juicio de la Corte, es una manifestación directa del derecho de participación y conlleva la posibilidad de que “las personas puedan dirigirse a las autoridades públicas u organizaciones privadas, en interés particular o general con el fin de presentar solicitudes respetuosas y esperar una respuesta clara y precisa del asunto presentado a su consideración en del término legalmente establecido. En virtud de lo anterior, la esencia del derecho de petición comprende algunos elementos: (i) pronta resolución, (ii) respuesta de fondo, (iii) notificación de la respuesta al interesado” (T-814 de 2005).

La eficacia horizontal, o hacia particulares, de los derechos fundamentales constituye una cuestión controvertida en el derecho público contemporáneo, particularmente en la edificación y paulatina consolidación de la dogmática de los derechos fundamentales. Esto se explica entre otras cosas porque comporta la cuestión misma por el alcance de tales derechos y sus implicaciones en la vida social. Manuel José Cepeda sintetiza como forma de “redistribución del poder social” uno de los mayores atributos de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales,<sup>111</sup> ya que la práctica jurisprudencial ha mostrado ser una forma eficaz de imponer límites al despliegue de poder que unas personas ejercen frente a otras.<sup>112</sup>

La expansión de los contenidos constitucionales ha comportado la constitucionalización material del ordenamiento jurídico.<sup>113</sup> La “dogmática de los márgenes de acción” constituye precisamente una forma para lograr la adecuada constitucionalización de un ordenamiento jurídico determinado, porque permite establecer el margen de discrecionalidad del legislador desde la determinación de las competencias atribuidas constitucionalmente a las tres ramas del poder.

La deseable constitucionalización se balancea en un equilibrio muchas veces inestable entre dos riesgos indeseables: la sobreconstitucionalización en virtud de la cual todo el derecho estaría en la Constitución —como si fuera un “huevo jurídico originario”, según la expresión crítica de Forsthoff— y la infraconstitucionalización que tornaría inocua la fuerza vinculante de la Constitución y valor normativo de los derechos, así como las competencias de la Corte Constitucional.<sup>114</sup> El objetivo de la construcción de una dogmá-

---

<sup>111</sup> Cepeda, Manuel José, *Polémicas Constitucionales. cit.*, pp. 104 y 238.

<sup>112</sup> En el contexto constitucional anglosajón se ha estudiado la noción de *horizontal effect* y se ha introducido la idea de la *privatisation of human rights*.

<sup>113</sup> Aspectos explicativos de este fenómeno son: la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales, los efectos extendidos de la acción de tutela a todos aquellos en la misma situación, la creación de derechos constitucionales innominados en virtud de la interpretación sistemática de la Constitución y la transformación de los derechos en principios de la máxima jerarquía que regulan no sólo las relaciones entre los particulares y el Estado, sino también entre los mismos particulares.

<sup>114</sup> Alexy, Robert, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios, cit.*

tica de los márgenes de acción es precisamente encontrar la medida correcta de la constitucionalización.

Sería particularmente problemático si la densidad normativa material de la Constitución se torna indeterminada o ilimitada. Si bien se han cometido errores y hay peligros que constantemente asechan el trabajo de la jurisdicción constitucional, en Colombia ha sido en general adecuada la constitucionalización del derecho<sup>115</sup> y la sujeción a los derechos fundamentales de los poderes públicos. No adolecemos de sobreconstitucionalización que como insiste Alexy debe ser evitada tanto como la infraconstitucionalización.<sup>116</sup> Debido a que la Corte tiene un deber de colaborar armónicamente con los órganos del Estado para la realización de sus fines, y uno de ellos es la realización de los derechos, el progresismo no sólo es admisible, sino también deseable.

En el contexto de un derecho constitucionalizado y ante reiteradas críticas de activismo y progresismo jurisdiccional —y antes de referir a dicha dogmática—, hay que precisar que la Constitución es al tiempo un “orden marco” y un “orden fundamental”. La Constitución es un orden marco porque establece un marco —dentro del cual puede actuar el legislador— que está erigido por lo prohibido, que se torna *constitucionalmente imposible*, y por lo ordenado, que es lo *constitucionalmente necesario*. Lo discrecional es lo que está dentro de los márgenes establecidos por ese marco, que es entonces lo *constitucionalmente posible*. Lo discrecional es lo que constituye el margen de acción.<sup>117</sup> El concepto de Constitución como orden marco es compatible sólo con el orden fundamental en sentido cualitativo. La Constitución prohí-

---

<sup>115</sup> Sobre la constitucionalización del derecho penal, véase la sentencia C-038 de 1995; sobre la constitucionalización de los principios tributarios y la responsabilidad objetiva la C-690 de 1996; y sobre la constitucionalización del derecho procesal la C-131 de 2002.

<sup>116</sup> Robert Alexy, “Derecho constitucional y derecho ordinario-Jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria”, *cit.*

<sup>117</sup> La constitución es un orden fundamental desde dos puntos de vista: *cuantitativo* si llegase a tener previsto para todo un mandato o una prohibición, o sea, si no estableciera en absoluto la posibilidad de la discrecionalidad —la constitución como el huevo de Forsthoff—; y es un orden fundamental *cualitativo* si resuelve las preguntas consideradas fundamentales por una sociedad en un momento determinado.

be y ordena actuaciones, pero también deja un espacio para el ejercicio de la discrecionalidad.

La dogmática de los márgenes de acción permite establecer el margen de discrecionalidad del legislador desde la determinación de las competencias atribuidas constitucionalmente a las tres ramas del poder. La cuestión es cómo lograr comprender adecuadamente a la Constitución desde un equilibrio entre orden fundamental y orden marco sin incurrir en la que Sunstein denomina la “falacia del activista”, según la cual si algo es muy bueno, entonces la Constitución lo exige, independientemente de la posibilidad de establecer un principio sólido que sustente la posición.<sup>118</sup> La comprensión adecuada de la Constitución como orden fundamental y orden marco, significa que debe ser concebida al tiempo como norma que está en capacidad de resolver asuntos fundamentales en una comunidad en un tiempo determinado —constitución como orden fundamental cualitativo—, y como norma que, además de prohibir y ordenar, deja muchas preguntas sin resolver abriendo así un espacio para el ejercicio jurisdiccional discrecional —Constitución como orden marco—.

Desde el inicio de la actividad jurisprudencial, la Corte empleó varios tipos de exámenes de constitucionalidad dentro de los que se destaca el *test* de igualdad, el criterio de razonabilidad, la ponderación, el juicio de proporcionalidad y los juicios de constitucionalidad (débil o fuerte).<sup>119</sup> Fue también receptada tempranamente una idea de margen de acción normativa de que goza el legislador, usando los conceptos *margen de configura-*

---

<sup>118</sup> Sunstein, Cass, *Radicals in Robes*, Nueva York, Basic Books, 2005.

<sup>119</sup> Bernal Pulido, Carlos, “Racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad en el control de las leyes”, en *El derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado, 2005. Cepeda, M. J., *Polémicas Constitucionales*, cit.

*ción*,<sup>120</sup> *facultad legislativa*,<sup>121</sup> *margen de apreciación*<sup>122</sup> y *campo de configuración normativa*.<sup>123</sup>

Alexy distingue entre *márgenes de acción cognitivos* y *márgenes de acción estructurales*, que son el fundamento de la dogmática de los márgenes de acción. La Corte tiene presentes tanto los contenidos constitucionales materiales, como sus límites y falta de certeza. El margen de acción cognitivo surge por los límites de la capacidad para reconocer lo que la Constitución ordena y prohíbe, y lo que no ordena ni prohíbe. La incertidumbre responde a *causas empíricas* o *normativas*. El margen de acción estructural se define por la ausencia de mandatos o prohibiciones, es decir, por la confianza a los poderes públicos en el ejercicio de la función discrecional. Este margen comienza donde termina la normativa material de la Constitución, porque constituye lo que la Constitución ha establecido como discrecional. Expresa el carácter limitado del contenido material de la Constitución, en tanto se erige en los límites de lo que la Constitución ordena y prohíbe. En el interior del margen está lo librado a la discrecionalidad.

Hay tres tipos de márgenes de acción estructurales: para la determinación de fines (i), para la elección de medios (ii) y para la ponderación (iii). Cuando un derecho constitucional no precisa las razones para intervenir y propender por su realización, se pueden determinar los fines y la medida de su realización (i). Determinado el fin, se cuenta con discrecionalidad para elegir entre los medios igualmente idóneos para su consecución (ii).

---

<sup>120</sup> Sentencias C-272 de 1994, C-803 de 2009, C-1061 de 2008, C-597 de 2010 (intervenciones del Ministerio de Hacienda y del Ministerio de Comercio, además del problema jurídico planteado), T-218 de 2004, C-791 de 2006, C-1025 de 2001, C-468 de 2008, C-403 de 2007, C-1065 de 2008, C-568 de 2004, C-378 de 2008, C-788 de 2009, C-243 de 2006, C-428 de 2002, C-692 de 2008, C-1003 de 2005, SU-975 de 2003, C-561 de 2004, C-1264 de 2005, C-800 de 2008, C-007 de 2002, C-246 de 2006, C-173 de 2006, C-103 de 2005, C-369 de 2006 (citando las sentencias C-871 de 2002, C-568 de 2004 y C-423 de 2005). La sentencia C-945 de 2003 cita intervención del Ministerio de Hacienda en sentencia C-341 de 1998.

<sup>121</sup> Sentencias C-010 de 2002, C-230 de 1996 y C-185 de 1997.

<sup>122</sup> Sentencias T-052 de 1996, C-071 de 2009, C-026 de 1998, T-573 de 1997, C-802 de 2000, C-233 de 1997 (“margen de apreciación” y facultades oficiosas de la Superintendencia de Sociedades). C-333 de 2001, C-204 de 2001, C-424 de 2006, C-521 de 1999, C-226 de 2002 y C-1252 de 2001 (margen del gobierno).

<sup>123</sup> Sentencias C-1194 de 2008 y C-1074 de 2002 (concepto del Procurador).

Si entre los medios hay algunos que tienen efectos perjudiciales sobre otros fines o bienes constitucionalmente legítimos, resulta forzoso articular estos dos márgenes con el margen para la ponderación (iii).

Como criterios para establecer un marco constitucional, los dos primeros márgenes exigen la máxima realización posible de los derechos en el caso concreto, mejorando una posición sin que ello implique la desmejora de otra. El tercer margen se concreta en la conocida fórmula de la ponderación: "cuanto mayor es el grado de afectación o no satisfacción de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro". Las críticas a la ponderación por su irracionalidad radican en la presunta imposibilidad de realizar juicios racionales sobre la intensidad de la intervención, así como sobre el grado de importancia de los principios que juegan en sentido contrario.

La fórmula de la ponderación requiere entonces definir el grado de afectación —por acción o inacción— de uno de los principios, determinar la importancia de la satisfacción del principio contrario y finalmente ponderar si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica o no la afectación del otro. Se usa la escala de leve, medio y grave.

Un ejemplo consistente en la obligación de etiquetar las cajetillas de cigarrillos con fotos de enfermedades causadas por el consumo de tabaco, ilustra la posibilidad de concebir una ordenación válida de tales grados. Supóngase que un comerciante demanda la constitucionalidad de dicha ley arguyendo una afectación en la libertad de escoger profesión u oficio, y en el derecho al trabajo porque la venta de cigarrillos se puede ver afectada por la implementación de dicha medida. De un lado, son altos los riesgos para la salud asociados al tabaquismo, por lo que el peso de las razones que justifican la ley es alto. De otro lado, la foto del cigarrillo consumido que se relaciona con la disfunción eréctil o las fotos de la enfermedad dental o pulmonar ocasionadas por fumar, son intervenciones medias o incluso leves en la libertad general de acción del fumador. Un impedimento como la restricción de adquirir cigarrillos en lugares determinados o la imposibilidad de fumar a determinadas horas o en sitios muy restringidos, sería catalogado en cambio como una afectación alta. En este caso, entonces, fijados

como alto el grado de importancia de la razón que justifica la intervención, y como leve la intensidad de la intervención, resulta sencillo establecer el resultado de la ponderación.

Un caso citado por Alexy, donde se pondera la libertad de expresión y el derecho a la personalidad, ilustra también la cuestión.<sup>124</sup> Una revista satírica alemana, *Titanic*, se refirió como “asesino nato” y “tullido” a un ciudadano parapléjico que había presentado un amparo al Ejército porque, a pesar de estar enrolado en la reserva, no lo habían convocado, por su condición, a un ejercicio militar. El oficial demandó y el tribunal de instancia falló a su favor ordenando indemnizarlo. La revista apeló ante el Tribunal Constitucional interponiendo un recurso de queja. El Tribunal Constitucional, primero, definió como grave el grado de afectación del derecho a la libertad de expresión de *Titanic* por la condena a una indemnización. Luego examinó el insulto como asesino nato en el contexto del tipo de publicación que se trata y encontró que se trataba de una afectación media, incluso tal vez sólo mínima en el derecho a la personalidad. Como la afectación es media, la importancia de proteger tal derecho en este caso, es media. La primera parte de la sentencia se decide, según esta gradación, considerándose injustificada la condena a la indemnización por daño personal, ya que la afectación de un derecho es grave mientras que la importancia de proteger el otro es media. La injerencia en la libertad de expresión es, por tanto, desproporcionada.

En la segunda parte de la sentencia se decidió de forma distinta. Llamar al oficial “tullido” es una humillación que lo lesiona en su personalidad, en su honor, de forma “grave”. Por tal razón, es alta la importancia de proteger tal derecho en este caso mediante la imposición de una indemnización por daño moral. Aquí la grave afectación del derecho a la libertad de expresión de *Titanic*, se contrapone con una alta importancia de proteger la personalidad del oficial. La grave intromisión en la libertad de expresión, consistente en la indemnización, está compensada por la gravedad equiparable

---

<sup>124</sup> Alexy, Robert, “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (eds.), *El canon neoconstitucional*, cit.

del atentado contra el derecho al honor.<sup>125</sup> En consecuencia, el recurso de queja prosperó sólo respecto del segundo cargo, donde se encontró que la injerencia en el derecho de la revista no era desproporcionada.

---

<sup>125</sup> Alexy, Robert, "Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales", en *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª ed, Madrid, CEPC, 2007.