

Aproximación a la interpretación de tutela correcta desde Robert Alexy: análisis de caso*

Approximation to the correct interpretation of tutela from Robert Alexy: case study

Nelson Jair Cuchumbé Holguín**

Sergio Molina Hincapié***

Universidad del Valle (Colombia)

* Artículo de reflexión producto de la investigación “Prácticas interpretativas y estrategias discursivas: Visión de la decisión judicial que está en juego en el diálogo entre los magistrados de la Corte Constitucional colombiana en la interpretación del artículo 241 de la Constitución Política de 1991”. Investigación adelantada por el grupo de investigación “Hermes” y financiada por la Vicerrectoría de Investigaciones de la Universidad del Valle (Colombia).

** Doctor en Humanidades; magister en Filosofía y licenciado en Filosofía, Universidad del Valle (Colombia). Profesor Departamento de Filosofía y miembro del grupo de investigación “Hermes”. nelson.cuchumbe@correounivalle.edu.co

*** Abogado, estudios de magister en Derecho Público, estudios en Filosofía, Universidad del Valle (Colombia). tusderechosenserio@hotmail.com

REVISTA DE DERECHO

N.º 40, Barranquilla, 2013

ISSN: 0121-8697 (impreso)

ISSN: 2145-9355 (on line)

Resumen

Este artículo tiene como propósito mostrar que la teoría del discurso jurídico de Robert Alexy brinda criterios de corrección posibles de proyectarse en el procedimiento discursivo de tutela, pues el discurso de tutela, al entenderse como un caso particular del discurso jurídico, presupone que el cumplimiento de los criterios de corrección facilita establecer la interpretación correcta en casos como la acción de tutela “vida digna e igualdad material en persona de avanzada edad”. Se concluye que el Estado constitucional democrático supone la institucionalización de discursos que garantizan la efectividad de los derechos fundamentales, y considerando a Colombia como un Estado constitucional democrático, se observa que uno de dichos discursos está materializado en el discurso de la acción de tutela. El análisis de la información recogida, mediante la reconstrucción del caso a partir del expediente¹ y la reseña crítica, se realizó utilizando herramientas del enfoque metodológico reconstructivo conceptual en consonancia con el ordenamiento jurídico colombiano.

Palabras clave: Interpretación jurídica correcta, discurso práctico, discurso jurídico, discurso de tutela, reglas discursivas, principios fundamentales del Estado constitucional democrático.

Abstract

The paper aims to show that the theory of law discourse Robert Alexy provides criteria to project possible correction in the discursive process of guardianship, conservatorship because the speech to be understood as a particular case of law discourse presupposes that compliance criteria correction provides correct interpretation, for example, in the case of tutela “life of dignity and equality material elderly person”. We conclude that the democratic constitutional state implies the institutionalization of discourses that guarantee the effectiveness of the law correctness criteria with regard to fundamental rights, and considering Colombia as a democratic constitutional state observes that one of these speeches is materialized in the discourse of the tutela. The analysis of the information collected by the reconstruction of the case from the case and critical review was performed using tools reconstructive conceptual methodological approach in line with the Colombian legal system.

Keywords: Correct law interpretation, practical discourse, law discourse, discourse of tutela, discursive rules, and fundamental principles of the democratic constitutional state.

¹ Juzgado Quince Civil Municipal, expediente n° 2008-00443-00, Santiago de Cali (Colombia).

INTRODUCCIÓN

El tema predominante de este artículo es el de la interpretación correcta. Específicamente, el asunto de cómo el juez de tutela fundamenta y justifica una decisión que acoge como legítimamente correcta. Desde este horizonte temático, los argumentos expuestos en este trabajo están dirigidos a responder a una cuestión concreta: ¿qué criterios ofrece la teoría del discurso jurídico de Robert Alexy respecto al problema de la interpretación correcta en el caso de acción de tutela “vida digna e igualdad material en persona de avanzada edad”?

La respuesta a tal pregunta es que la teoría del discurso jurídico de Alexy brinda criterios de corrección posibles de ser proyectados en el procedimiento discursivo de tutela, ya que este discurso, al entenderse como un caso particular del discurso jurídico, presupone que el cumplimiento de los criterios de corrección posibilita fijar la interpretación correcta en casos como, por ejemplo, la acción de tutela “vida digna e igualdad material en persona de avanzada edad”.

Para darle fuerza de validez a este principio de argumentación, en primer lugar, se presentan las interpretaciones jurídicas confrontadas en el caso de tutela “vida digna e igualdad material en persona de avanzada edad”; en segundo lugar, se reconstruye los criterios de corrección que ofrece la teoría del discurso jurídico de Alexy; en tercer lugar, se realiza la proyección de los criterios de corrección ofrecidos por el discurso jurídico en el discurso de tutela y se analiza el caso de tutela en mención para indicar cuál de las interpretaciones confrontadas puede comprenderse como la correcta; finalmente, se concluye que el Estado constitucional democrático presupone la institucionalización de discursos jurídicos que garantizan la efectividad de los derechos fundamentales, y considerando a Colombia como un Estado constitucional democrático, se observa que uno de dichos discursos está materializado en el discurso de la acción de tutela.

Interpretaciones jurídicas: caso de tutela “vida digna e igualdad material en persona de avanzada edad”

Según Alexy, toda interpretación jurídica está constituida por la decisión que se pretende adoptar para el caso necesitado de solución y por los argumentos que sustentan dicha decisión (cfr. Alexy, 1997, p. 19). Por ejemplo, el caso de tutela “vida digna e igualdad material en persona de avanzada edad” ha suscitado dos interpretaciones jurídicas con sus respectivas decisiones y argumentaciones. Para mostrar la legitimidad de estas dos interpretaciones cabe sintetizar el caso de la siguiente manera: una persona de 64 años de edad interpone una acción de tutela contra el Fondo de Solidaridad de Energía. La persona (accionante) considera que sus derechos fundamentales a una vida digna y a un trato igual están siendo vulnerados por el Fondo de Solidaridad de Energía, ya que este se niega a devolver el capital que el accionante tiene ahorrado en dicha entidad. Esta negación desconoce las condiciones materiales del accionante, quien afirma que se encuentra en un estado de indefensión manifiesta porque no cuenta con otras fuentes de ingresos (pensión, trabajo o familiares que le procuren la manutención) que le garanticen una vida digna. Las razones que aduce el Fondo de Solidaridad de Energía para no realizar el desembolso del dinero del accionante son dos. La primera, el Fondo se encuentra en un proceso de recuperación económica; y la segunda, la vía instituida para que el accionante solicite el reingreso de su capital es la jurisdicción ordinaria y no la acción de tutela (que se considera un recurso subsidiario y excepcional). En este contexto jurídico, el juez decide que la acción de tutela interpuesta por el accionante no es procedente, pues considera que el accionante dispone de otros medios judiciales que avalan la protección de sus derechos fundamentales; como garante, el juez utiliza el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991.

No obstante, el accionante arguye que sus condiciones reales de vida le permiten solicitar un trato diferencial para proteger su derecho fundamental a la igualdad material. Sus condiciones de vida material, al colocarle en desventaja respecto a los demás socios del Fondo, lo habilitan jurídicamente para reclamar un trato diferente que le garantice una igualdad material, la cual se lograría omitiendo para él la necesi-

dad de acudir a la vía ordinaria. Apoyado en este argumento, el accionante impugna la interpretación del juez (arts. 31 y 32 Decreto 2591 de 1991), de tal manera que sea un juez de segunda instancia quien revise y decida la acción de tutela. Al respecto, el juez de segunda instancia decide revocar la interpretación del primer juez, basado en la doctrina jurisprudencial y en el Decreto Reglamentario de la acción de tutela: no basta con la constatación de la existencia de un mecanismo judicial alternativo, sino que también se debe determinar si para el caso concreto el medio alternativo es realmente efectivo, o si, por el contrario, este solo existe en su forma pero no tiene una incidencia real en la situación estudiada (arts. 3 y 6 Decreto 2591 de 1991; art. 228 Constitución Política de 1991). En línea con esta doctrina jurisprudencial y esta normatividad, el juez considera que el estado de indefensión del accionante convierte en ineficaz el medio alternativo.

En efecto, el caso deja ver cuatro interpretaciones. Sin embargo, estas cuatro interpretaciones pueden agruparse en dos interpretaciones confrontadas. Mientras que la primera avala la no procedencia de la acción de tutela recurriendo a argumentos reglamentarios y está agenciada por el juez de primera instancia y el Fondo de Solidaridad de Energía, la segunda interpretación garantiza la procedencia de la acción de tutela recurriendo a argumentos legales y constitucionales, y está agenciada por el juez de segunda instancia y el accionante. Ambas interpretaciones son viables, pues tanto la primera como la segunda recurren a argumentos institucionales que fundamentan las dos decisiones enfrentadas respecto a la solución del caso de acuerdo con el marco del Estado constitucional democrático de Colombia¹. Por un lado, la interpretación que adopta la no procedencia de la acción de tutela privilegia una lectura formal del Decreto 2591 de 1991 en la que la solución del caso se reduce a la aplicación exegética del artículo 6, sin tener en cuenta los matices introducidos por la interpretación de la Corte Constitucional colombiana y las excepciones contempladas en

¹Se debe señalar que una de las tesis acogidas en este artículo admite la idea de que Colombia es un Estado constitucional democrático. Tesis que será objeto de sustentación en el desarrollo de este artículo.

dicho artículo; y, por otro, la interpretación que favorece la procedencia de la acción de tutela ennoblece una lectura armónica y sistemática del Decreto 2591 de 1991 en la que prevalece el derecho sustancial sobre el formal, pues tiene en consideración las condiciones materiales del caso. Por consiguiente, las dos interpretaciones realizan dos posibilidades de interpretación motivadas por la Constitución Política de 1991 y por el Decreto 2591 de 1991; y ponen en juego dos sentidos diferentes de aplicación del ordenamiento jurídico.

Asimismo, el caso deja ver que el accionante, al ser partícipe de un discurso jurídico particular (acción de tutela), ejecuta el derecho de la libertad cuando introduce en la discusión sus necesidades e interés y ejecuta una de las exigencias constitutivas de todo discurso: poder hacer afirmaciones y poder controvertir las afirmaciones hechas por otros participantes. Ambas acciones contribuyen en la materialización de uno de los criterios de corrección del discurso según el cual se debe garantizar una misma consideración para todos los participantes (criterio de igualdad). Pues la solución de los asuntos prácticos supone participantes con libertad para tomar parte en el discurso e instituciones jurídicas con autonomía para garantizar el cumplimiento del criterio de corrección de igualdad.

Cabe recordar que en Colombia la acción de tutela es el medio judicial instituido en la Constitución Política de 1991 (artículo 86) para amparar los derechos fundamentales (Cifuentes, 1997). Mediante esta acción toda persona puede solicitar a un juez de la República que realice una protección inmediata de sus derechos fundamentales cuando considere que estos le están siendo vulnerados o amenazados por una autoridad pública o, en algunos casos (art. 42 Decreto 2591 de 1991), por un particular. De acuerdo con esta definición, se evidencia que en la acción de tutela actúan por lo menos tres participantes²: 1) el accionado, 2) el accionante y 3) el juez. El accionado, que para el caso analizado refiere al Fondo de Solidaridad de Energía, es contra quien se dirige

² Sin embargo, en la acción de tutela participa toda persona que tenga un interés legítimo en el resultado de la controversia (art. 31 Decreto 2591 de 1991).

la acción de tutela. El accionante es quien en su condición de persona de 64 años reclama la protección de sus derechos fundamentales, que para la situación estudiada son el derecho a la vida digna y el derecho a la igualdad material. Y el juez es la instancia competente ante quien el accionante reclama la tutela de los derechos que él supone vulnerados o amenazados.

Así pues, en la acción de tutela participan tres tipos de actores. Y cada actor pretende siempre que su interpretación sea estimada como correcta y como objeto de aplicación. Es esta situación de pretensión de cada partícipe la que ha suscitado una explicación desde la teoría de la argumentación jurídica. En esta explicación se admite la existencia de una interpretación correcta y se sugiere varios modelos teóricos. Al respecto, Alexy señala que existen al menos tres modelos: 1) el analítico, 2) el empírico y 3) el normativo (cfr. Alexy, 2004, pp. 46-47). El analítico estudia la estructura lógica de los argumentos empleados por los participantes en las discusiones. El empírico explica, por ejemplo, las regularidades de los argumentos usados, las correlaciones entre sus diferentes usuarios y las convicciones normativas que existen como trasfondo de tales argumentos. Y el modelo normativo brinda y fundamenta criterios de corrección jurídica, que determinan cuándo una interpretación es más o menos racional, y, en esa medida, cuándo una interpretación jurídica es la correcta.

A la luz de esta distinción, Alexy propone una teoría analítico-normativa de la argumentación jurídica: el discurso jurídico. Esta teoría es *normativa* porque pretende facilitar y fundamentar los criterios que determinan la racionalidad de la argumentación jurídica y, en ese sentido, la corrección de las interpretaciones jurídicas. De igual modo, dicha teoría es *analítica* en cuanto que la elaboración de tales criterios incluye un análisis de la estructura lógica de los argumentos (Alexy, 1997, p. 35). Se trata, entonces, de un modelo teórico que se constituye en una herramienta que permite fundamentar la aserción defendida aquí: el discurso de acción de tutela es un caso particular del discurso jurídico, pues el discurso jurídico presupone que el cumplimiento de los criterios de corrección posibilita una interpretación correcta en

casos como, por ejemplo, la acción de tutela “vida digna e igualdad material en persona de avanzada edad”.

En síntesis, la presentación del caso en mención, la definición de la acción de tutela y la descripción del planteamiento de Alexy sobre la argumentación jurídica, nos habilitan para señalar que existen cuatro aspectos constitutivos del discurso de tutela: 1) entender que en dicho caso se presenta inevitablemente la confrontación entre dos interpretaciones jurídicas respecto a la protección de los derechos fundamentales; 2) reconocer que toda interpretación jurídica se realiza siempre bajo la pretensión de querer ganar reconocimiento y legitimidad como la interpretación correcta, y así lograr su aplicación; 3) comprender que en el caso actúan por lo menos tres actores legales con libertad e igualdad para intervenir en la acción instituida en el artículo 86 de la Constitución Política de 1991; y 4) creer que una de las posibilidades de análisis del discurso de la acción de tutela se encuentra en la fundamentación realizada por Alexy en su teoría del discurso jurídico. Este último aspecto nos habilita para decir que al proyectarse en la acción de tutela los criterios de corrección del discurso jurídico, entonces se crea la condición teórica para comprender cuál de las interpretaciones confrontadas en un caso jurídico de tutela puede considerarse como la correcta. Por consiguiente, pretender establecer la interpretación correcta en el discurso de tutela exige fijar los criterios que legitiman la interpretación en términos de corrección normativa desde el discurso jurídico; lo cual es condición necesaria para la proyección de dichos criterios en el caso aquí estudiado, pero ¿cuáles son los criterios de corrección que ofrece la teoría del discurso jurídico de Alexy y cómo se proyectan tales criterios en el discurso de tutela?

Criterios de corrección en la teoría del discurso jurídico

Responder tal cuestión exige, en primer lugar, concentrar los esfuerzos en el análisis de Alexy sobre los criterios de corrección jurídica. En este análisis se encuentran elementos teóricos que posibilitan afirmar que el discurso de tutela es un caso del discurso jurídico. Este intento demanda recordar que la teoría del discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico (Alexy, 2004, p. 32); afirmación que es

justificada de acuerdo con tres razones. La primera supone que tanto el discurso práctico como el jurídico refieren a cuestiones prácticas, es decir, enunciados lingüísticos que cumplen su pretensión de validez en términos de lo bueno, malo, permitido, prohibido y obligatorio. La segunda admite que en ambas formas del discurso surge una pretensión de corrección. Y la tercera acepta que la pretensión del discurso jurídico no es la misma que la del discurso práctico, pues mientras el discurso práctico trata de lo que es absolutamente correcto, el discurso jurídico alude a lo que es correcto dentro del marco y con las bases de un orden jurídico válidamente imperante (cfr. Alexy, 1999, pp. 24-25). Por lo tanto, en este tipo de análisis se acepta el incrustamiento de la teoría del discurso práctico en una teoría del Estado y del Derecho (cfr. Alexy, 2004, p. 47).

De acuerdo con Alexy, todo discurso es una discusión llevada a cabo entre personas respecto a asuntos prácticos como, por ejemplo, si una acción o una omisión son buenas, o sobre si estas deben ser realizadas (cfr. Alexy, 1997, p. 51). Desde esta perspectiva, se presupone que los partícipes de un discurso pueden establecer un acuerdo sobre la decisión tomada según sea el caso y sobre los fundamentos racionales que soportan tal decisión. Este acuerdo es comprendido por los participantes como la interpretación correcta con la que se realiza una pretensión de rectitud; interpretación a la que solo se llega a partir del seguimiento de los criterios o de las reglas de corrección propuestas por la teoría del discurso (cfr. Alexy, 2004, p. 47). En este sentido, seguir criterios o reglas de corrección equivale a seguir procedimientos en virtud de los cuales es posible llegar a decisiones correctas. Es decir, el discurso es una teoría procedimental: una interpretación práctica es correcta únicamente si esta constituye el resultado de un determinado procedimiento de “argumentación práctica” (Alexy, 2004, p. 48).

En efecto, la corrección de una interpretación práctica depende del cumplimiento de las condiciones de la argumentación. Estas condiciones son agrupadas en un “sistema de reglas³ del discurso” (Alexy,

³ La noción de “reglas” ha de entenderse en este contexto como “normas”. En la teoría gene-

2004, p. 48); sistema que es clasificado por Alexy en dos subsistemas de reglas⁴, lo cual se puede representar así:

Reglas referentes a la estructura de los argumentos	Reglas discursivas referidas directamente al procedimiento del discurso
<ul style="list-style-type: none"> • No contradicción. • Claridad lingüístico-conceptual. • Verdad de las premisas empíricas utilizadas. • Consistencia. • Ponderación. • Universalidad en el sentido de un uso coherente de los predicados utilizados (cfr. Alexy, 2004, p. 67). 	<ul style="list-style-type: none"> • Asegurar a cada uno de los participantes el derecho de tomar parte en el discurso. • Garantizar la misma consideración en el discurso (poder hacer afirmaciones, controvertir afirmaciones, expresar deseos, necesidades e intereses) (cfr. Alexy, 2004, p. 68).

En la teoría del discurso, las reglas discursivas constituyen los criterios de corrección práctica. Y es esta idea la que se debe subrayar de acuerdo con el principio de argumentación aquí propuesto, pues permite señalar que en el discurso práctico, en el discurso jurídico y en el discurso de tutela se acogen reglas discursivas bajo la intención de garantizar la regulación del procedimiento discursivo y la imparcialidad en la discusión para la formación de las interpretaciones prácticas (cfr. Alexy, 2004, p. 50). Esta doble intención se logra a través del aseguramiento de la libertad y la igualdad en el discurso para cada participante, ya que libertad e igualdad representan los criterios de corrección privilegiados por la teoría del discurso. Y en esta teoría, dichos criterios desembocan en la condición de aprobación universal: una interpretación práctica “puede encontrar aprobación universal en un discurso sólo si las consecuencias de su cumplimiento general para la satisfacción de

ral de las normas se entiende que estas comprenden tanto las reglas como los principios. Véase Rodríguez (2002, p. 48).

⁴ En el texto *Teoría de la argumentación jurídica* Alexy hace una clasificación centrada en seis clases de reglas (184): 1) fundamentales, 2) de razón, 3) sobre la carga de la argumentación, 4) formas de los argumentos, 5) de fundamentación, y 6) de transición (citado en Atienza, 2005, p. 157).

los intereses de cada individuo pueden ser aceptadas por todos sobre la base de argumentos” (Alexy, 2004, p. 68).

Es esta condición de aprobación universal la que facilita hablar de la existencia de dos presupuestos en la teoría del discurso (cfr. Alexy, 2004, p. 69). Por una parte, la aceptación de una interpretación práctica en el discurso depende de argumentos, pues demostrar la corrección de una decisión es demostrar que ella descansa en los argumentos de mayor peso o de más fuerza para el caso; por otra, existe una vinculación necesaria entre la aceptación universal bajo las “condiciones del discurso” y los conceptos de corrección y validez moral; vinculación que se puede expresar así: “Correctas y con ello válidas son justamente las (...) [interpretaciones prácticas] que en un discurso ideal podrían ser apreciadas por cada quien como correctas” (Alexy, 2004, p. 69).

Ahora bien, la teoría del discurso jurídico admite que los criterios de corrección son reglas para la esfera del habla, y dado que los criterios de corrección jurídica deben ser entendidos como reglas para la esfera de la acción, entonces cabe aquí la siguiente pregunta: ¿cómo llegar a los criterios de corrección jurídica desde las reglas discursivas?

La respuesta a esta cuestión advierte que es necesario institucionalizar el discurso práctico en una teoría del sistema jurídico, pues el discurso práctico presenta tres problemas (Alexy, 2004, p. 94): 1) ninguna de sus reglas ofrece un procedimiento que permita llegar siempre a una interpretación correcta en un número determinado de operaciones, hecho que exige procedimientos reglados jurídicamente para la toma de una decisión; 2) nada garantiza que la interpretación acogida sea obedecida por todos los participantes en la práctica, lo que lleva a la necesidad de decisiones revestidas de coerción; y 3) reconocer que hay exigencias morales y fines considerados valiosos por la sociedad, los cuales no se pueden alcanzar solo a través de la acción individual o la cooperación espontánea; por ejemplo, la efectiva materialización de los derechos humanos en la vida cotidiana requiere de una organización compleja con capacidad para garantizar su protección, lo que presupone derecho: procedimientos, instancias, principios (cfr. Alexy, 2004, p. 96).

Además de estos tres problemas, la teoría del discurso jurídico también aborda el tema del contenido normativo, que ha de estar en correspondencia con las reglas discursivas, es decir, con la libertad y la igualdad. Pues solo puede considerarse adecuada la institucionalización del discurso práctico en una teoría del sistema jurídico cuando dicho sistema satisface ese tipo de contenido normativo. Según Alexy, en la teoría del discurso jurídico, el contenido normativo lo satisfacen los derechos humanos de acuerdo con una concepción discursiva de orientación kantiana. Toda concepción kantiana de los derechos humanos tiene en común los principios de universalidad y de autonomía; y las reglas discursivas se corresponden en el nivel de la argumentación con la idea de universalidad y de autonomía. Por consiguiente, cumplir reglas discursivas significa tratar al otro en la argumentación como interlocutor con iguales derechos y libertades; sin embargo, de esto no se sigue que al otro también se le reconozca como persona en la esfera de la acción (cfr. Alexy, 1994, p. 152). Pero si el asunto es así surge la siguiente pregunta: ¿cómo hacer una fundamentación directa de los derechos humanos desde las reglas discursivas?

Al respecto, Alexy sugiere otras premisas concernientes a la teoría del discurso que permiten diferenciar tres clases de fundamentación directa de los derechos humanos desde las reglas discursivas (cfr. Alexy, 1994, p. 153). De acuerdo con el principio de argumentación propuesto al inicio, cabe señalar que solo se aludirá la premisa relacionada con el principio de autonomía: es deseable que las personas determinen sus acciones únicamente bajo la libre adopción de principios que, después de suficiente reflexión y deliberación, juzguen válidos (cfr. Alexy, 2004, p. 100). Este principio va más allá de las reglas discursivas, pues aceptarlo significa admitir la autonomía del interlocutor no solo en el discurso, sino también en la esfera de la acción. Si el principio de autonomía fuese un supuesto necesario de todos en el discurso, sería imposible impugnar en el discurso la autonomía moral o jurídica del otro, ya que quien la impugnase caería en contradicción performativa (Alexy, 2004, p. 101).

Pero ¿es necesario presuponer el principio de autonomía cuando se participa seriamente en un discurso? La respuesta es afirmativa solo si

se entiende que participar seriamente en un discurso significa querer resolver los conflictos a través de un consenso elaborado y controlado discursivamente. Un consenso es elaborado discursivamente si se realiza sobre la base de un discurso; y un consenso se mantiene controlado discursivamente si es posible cuestionarlo en todo momento. Cuando esto último ocurre, los participantes intentarán elaborar una vez más un consenso acudiendo al discurso. Así, quien pretenda resolver un conflicto por medio de un consenso elaborado y controlado discursivamente tendrá que aceptar el principio de autonomía, y con ello consentir el derecho del interlocutor a orientar su conducta conforme a principios que él juzgue correctos y, en consecuencia, válidos (cfr. Alexy, 2004, p. 103).

En línea con esta explicación del principio de autonomía, se cumple uno de los pasos que permiten obtener un sistema de derechos desde la teoría del discurso jurídico. Se debe recordar que el otro paso consiste en mostrar la necesidad de reglar la convivencia por medio del derecho. En efecto, si la forma jurídica y el aseguramiento de la autonomía del individuo son necesarios, entonces al principio de autonomía le correspondería un derecho general a la autonomía, que representa los derechos humanos más generales. Al derecho a la autonomía se le puede llamar derecho de libertad general: “Cada uno tiene el derecho de juzgar libremente qué es conveniente y qué es bueno y obrar en consecuencia” (Alexy, 2004, p. 111).

Realizada así, la fundamentación de los derechos humanos, es pertinente reconocer que estos no son la institucionalización jurídica de las reglas discursivas, pues cuando se habla de derechos humanos se está hablando de derechos morales, y lo buscado por el discurso jurídico es la definición de derechos jurídicos (cfr. Alexy, 2000, p. 26).

La institucionalización de los derechos humanos en un sistema jurídico se debe a tres razones (cfr. Alexy, 2000, p. 31). La primera dice que si hay un derecho moral que es fundamentable frente a todos, entonces también debe haber un derecho moral a la creación de una instancia común a todos para hacer cumplir dicho derecho. La instancia en común sería el Estado. De este modo, se llega a la idea de que existe un

derecho humano al Estado. Cuando se establece al Estado como instancia de cumplimiento de los derechos humanos, estos derechos se transforman en derechos del derecho positivo. La segunda admite que con frecuencia la aplicación de los derechos humanos puede implicar cuestiones de interpretación y ponderación; en estos casos la decisión correcta puede ser discutida. Lo que se discute es el juicio concreto de derechos humanos; juicio en el que se expresa la aplicación de uno o más derechos humanos a uno o un conjunto de casos cuya solución es inaplazable. Así, se llega a la necesidad de decisiones perentorias tomadas por una o varias personas (jueces y magistrados) en medio de un procedimiento jurídicamente regulado. Y la tercera razón sostiene que ciertos derechos humanos no acarrearán ningún tipo de problema respecto a la universalidad de sus destinatarios, mientras otros sí; por ejemplo, los derechos negativos, como la abstención de intervenir en la vida y la libertad, están dirigidos a todos. Entre tanto, los derechos positivos, como el derecho al mínimo vital, no tienen que ser satisfechos por todos. Lo que se presenta aquí es el problema de una distribución justa de las cargas; problema que ha de ser solucionado por una organización jurídica.

En resumen, lo expuesto en este apartado corrobora la aseveración señalada al inicio, esto es, que el planteamiento de Alexy ofrece las premisas para allanar el camino respecto a la proyección de los criterios de corrección jurídica en el discurso de acción de tutela. Pues desde ese planteamiento se presupone que es necesario institucionalizar los derechos humanos en una teoría del Derecho y del Estado. Ahora bien, la experiencia muestra que nada amenaza más a los derechos humanos que el propio Estado (Alexy, 2004, p. 123), lo cual conduce a entender que tal institucionalización de los derechos humanos no puede producirse en cualquier tipo de Estado, sino solo en el Estado constitucional democrático. En este modelo de Estado, los derechos humanos pueden realizarse de la mejor forma posible, ya que estos son siempre incorporados como derechos de obligatorio cumplimiento, en tanto que son derechos fundamentales de una Constitución Política. Además, en dicho modelo de Estado se institucionalizan discursos jurídicos concretos para proteger y garantizar la efectiva realización de los derechos fundamentales de las personas, que para el caso de Colombia se ha

concretado mediante la institucionalización del discurso la acción de tutela. Por consiguiente, si los derechos fundamentales tienen que instituirse dentro de un cierto modelo de Estado, entonces los criterios de corrección no solo se circunscriben a los derechos fundamentales, sino que también comprenden los principios relativos a los fines y a la estructura del Estado. Ambos tipos de principios son concebidos por Alexy como los principios fundamentales del Estado constitucional democrático.

Proyección del discurso jurídico en el discurso de tutela

Mostradas las premisas que fundamentan la tesis de que el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico, conviene ahora exponer las razones que justifican la idea de que el discurso de tutela es un caso del discurso jurídico. Para ello se acogerán las tres razones señaladas al inicio del apartado anterior y se ajustarán a la tesis defendida en este artículo. La primera consiste en suponer que al igual que el discurso práctico y el discurso jurídico, también el discurso de tutela refiere a cuestiones prácticas. La segunda admite que en esas tres formas de discurso se ennoblece una pretensión de corrección. Y la tercera acepta que las tres pretensiones que le asisten a cada tipo de discurso presentan matices que las hacen diferentes entre sí; pues el discurso práctico trata de lo que es absolutamente correcto, el discurso jurídico alude a lo que es correcto dentro del marco y con las bases de un orden jurídico válidamente imperante, y el discurso de tutela refiere a lo que es correcto dentro del marco de la Constitución Política de 1991, la jurisprudencia constitucional colombiana y el Decreto Reglamentario 2591 de 1991. Estos tres tipos de discurso se asientan en el modelo de Estado colombiano, modelo de organización sociopolítica que será considerado en este artículo como un Estado constitucional democrático en el que se encuentran establecidos sus principios fundamentales: dignidad humana, libertad, igualdad, separación de poderes, principio democrático y principio de Estado constitucional.

El Estado colombiano puede considerarse como un Estado constitucional democrático, ya que en la Constitución Política de 1991 se consagran los principios fundamentales mencionados. Respecto a la digni-

dad humana, el artículo 1 afirma que Colombia es un Estado fundado en el respeto de la dignidad humana. Referente a la libertad, el artículo 16 manifiesta que todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad, y la Corte Constitucional en la Sentencia T-067 de 1998 señala que en dicho artículo se encuentra estatuido el derecho general de libertad. Concerniente a la igualdad, el artículo 13 establece que “Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación”. Tocante a la separación de poderes, el artículo 113 divide el poder público en tres ramas: 1) la legislativa, 2) la ejecutiva y 3) la judicial. Relativo al principio democrático, el artículo 1 consagra que Colombia es un Estado organizado en forma de República democrática y participativa. De igual modo, el artículo 40 expresa que “Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político”. Y referente al principio de Estado constitucional cabe precisar que este se compone de dos subprincipios: 1) supremacía de la Constitución Política y 2) institucionalización de un Tribunal Constitucional. Sobre la supremacía de la Constitución, el artículo 4 reza que la “Constitución es norma de normas”, y sobre la institucionalización de un Tribunal Constitucional, el artículo 116 presupone la creación de una Corte Constitucional, y en el artículo 241 se le confía a este Tribunal la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución.

De lo dicho se infiere que el Estado colombiano puede comprenderse como un Estado constitucional democrático, pues los principios fundamentales de este modelo de Estado son constitutivos del modelo consagrado en la Constitución Política de Colombia de 1991. En este sentido, los criterios de corrección jurídica que ofrece la teoría del discurso jurídico de Alexy están institucionalizados en Colombia a través de su Constitución Política. En este modelo de Estado se institucionalizan discursos jurídicos que pretenden garantizar la efectividad de los derechos fundamentales. En Colombia, para el logro efectivo de estos derechos se ha instituido el discurso de tutela. El discurso jurídico de tutela permite discutir sobre problemas prácticos jurídico-constitucionales consistentes en saber si la acción u omisión de una autoridad

pública o de un particular está vulnerando o amenaza con vulnerar los derechos fundamentales de una persona.

En efecto, los criterios de corrección en el discurso de tutela vendrían a ser los seis principios fundamentales del Estado constitucional democrático. No obstante, para privilegiar una interpretación jurídica como la correcta en el caso de tutela “vida digna e igualdad material en persona de avanzada edad” dichos criterios de corrección no son suficientes, debido a que sobre la interpretación correcta solo se puede decidir con base en argumentos. En este sentido, conviene recordar que desde el discurso jurídico se ha admitido que la interpretación jurídica correcta es aquella que comprende los argumentos de más fuerza. Si ello es así, entonces es pertinente decir cuáles son los tipos de argumentos posibles y su fuerza en el discurso de tutela.

En línea con la tesis del caso especial, se ha observado que el derecho tiene una doble naturaleza: un aspecto institucional y uno ideal (Atienza, 2001, p. 675). Esta idea sirve para clasificar los argumentos jurídicos en dos grupos: 1) argumentos institucionales y 2) noinstitucionales. Los argumentos institucionales derivan su fuerza directa o indirectamente de la autoridad del derecho positivo (Alexy, 2004, p. 57), y pueden clasificarse en lingüísticos, genéticos y sistemáticos (cfr. Alexy, 2004, p. 55). Los *argumentos lingüísticos* se apoyan en la constatación del uso de un idioma que de hecho existe y presuponen que la decisión de un caso se basa en la interpretación literal de las normas. Por ejemplo, en el caso estudiado, el juez de primera instancia decide que la acción no es procedente, ya que realiza una lectura apoyada en el sentido literal de las palabras que configuran el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991. Según esta lectura, se establece que cuando existen otros medios judiciales alternativos a la tutela esta no procede. Los *argumentos genéticos* se refieren a la voluntad real del legislador histórico. Y los *argumentos sistemáticos* se basan en la idea de unidad o de coherencia del sistema jurídico. Por ejemplo, en el caso en mención, el juez de segunda instancia, aunque tiene en cuenta lo dicho por el juez de primera instancia, considera que no basta con la constatación de la existencia de un mecanismo judicial alternativo, sino que también se debe determinar si para el caso concreto el medio alternativo es real-

mente efectivo, o si, por el contrario, este solo existe en su forma pero no tiene una incidencia real en la situación estudiada (art. 3 Decreto 2591 de 1991; art. 228 Constitución Política de 1991). Como se puede observar, el juez de segunda instancia efectúa una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico fundada en normas legales, normas constitucionales y jurisprudencia constitucional; en esta interpretación se percibe una unidad o coherencia del sistema jurídico.

Los argumentos no institucionales obtienen su fuerza de la corrección de su contenido; por esta razón se los considera “argumentos sustanciales”. Estos argumentos se dividen en teleológicos y deontológicos. Los *teleológicos* están orientados hacia los efectos de una interpretación y, además, se apoyan en la idea de lo bueno. Y los *deontológicos* hacen valer lo que es justo o injusto sin tener en cuenta las consecuencias de la interpretación (cfr. Alexy, 2004, p. 57).

En relación con el caso de tutela en mención, los argumentos no institucionales residen en una interpretación que privilegia las circunstancias materiales de vida del accionante y procura una decisión justa en la que se discute qué constituye un estado de indefensión y qué tipo de prerrogativas se conceden para subsanar dicho estado. En esta última interpretación, los argumentos que soportan la decisión acogen tanto el aspecto institucional como el aspecto ideal de todo discurso jurídico.

Esta clasificación de los argumentos aún no dice nada sobre la fuerza de estos en la argumentación. Sin embargo, la teoría del discurso jurídico permite inferir razones sobre el peso de los argumentos. Pues el discurso jurídico implica la necesidad de institucionalizar un sistema jurídico, y dicha necesidad implica la autoridad del derecho positivo sobre el discurso práctico. Por tanto, se presenta una preeminencia de los fundamentos institucionales sobre los no institucionales (cfr. Alexy, 2004, p. 58). No obstante, la primacía de los argumentos institucionales es solo una preeminencia *prima facie*. En casos jurídicos concretos, argumentos sustanciales pueden llegar a tener un peso tan grande que primen sobre los institucionales. En este sentido, la argumentación jurídica siempre está abierta a fundamentos sustanciales; pero esto no

solo se observa en los casos de una decisión contra el tenor literal de la norma, sino también en casos en los que se evalúa la decisión como una subsunción no problemática, ya que tal apreciación encierra el juicio según el cual “ningún motivo sustancial importante se expresa contra la decisión” (Alexy, 2004, p. 59).

En concreto, a la luz de estos elementos teóricos expuestos es posible establecer cuál es la interpretación correcta en el caso de tutela “vida digna e igualdad material en persona de avanzada edad”. Tal como ya se dijo, en este caso hay dos interpretaciones jurídicas confrontadas.

La primera asevera que la tutela no es procedente, pues el accionante tiene otros medios judiciales para solicitar la salvaguarda de sus derechos; la segunda afirma que la tutela de los derechos es procedente, porque el medio judicial alternativo existente no es efectivo en el caso concreto debido al estado de indefensión manifiesto que convierte este medio en ineficaz. La primera decisión está sostenida sobre un argumento institucional; se apoya en el numeral 1 del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991. Este hecho muestra una inconsistencia en la interpretación que sostiene la no procedencia de la tutela, pues el juez de primera instancia no articula en su decisión la totalidad del contenido proposicional del numeral 1 del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, sino que solo integra un fragmento de este en la decisión. La segunda decisión también se apoya en un argumento institucional, ya que es una excepción contemplada en esa misma norma y se asienta sobre el discurso de la Corte Constitucional (doctrina constitucional). En dicho caso, la interpretación correcta es la que sostiene la procedencia de la tutela. Esto debido a la fuerza del argumento sustancial, pues a diferencia de la primera interpretación, que desconoce las circunstancias concretas del accionante, la segunda decide a la luz de dichas circunstancias.

CONCLUSIÓN

En este intento por hacer creíble la tesis de que la teoría del discurso jurídico de Robert Alexy brinda criterios de corrección posibles de proyección en el procedimiento discursivo de tutela, se recurrió a la

presentación del caso “vida digna e igualdad material en persona de avanzada edad” con la intención de mostrar que en el discurso jurídico hablar de “interpretación” implica hablar de decisión y argumentación, y que la decisión correcta será la que descansa en los argumentos de más peso. Realizada esta presentación se procedió a reconstruir los rasgos teóricos que están a la base del planteamiento de Alexy sobre el discurso jurídico, para poner de relieve que dicho discurso es un caso especial del discurso práctico. Efectuada dicha reconstrucción se pasó a proyectar el análisis de Alexy sobre el discurso jurídico en el discurso de acción de tutela, entendiendo que este último es un caso particular del primero.

Las evidencias presentadas indican que existe una relación efectiva de complemento entre esas dos formas institucionalizadas de discurso en contextos sociopolíticos organizados y determinados por el modelo de Estado constitucional democrático. La evidencia relacionada con el caso en mención permitió descubrir que proyectar en la acción de tutela los criterios de corrección del discurso jurídico significa crear el trasfondo teórica en virtud del cual es posible saber cuál de las interpretaciones confrontadas en una discusión jurídica de tutela es correcta, lo cual demanda fijar criterios que legitiman la interpretación en términos de corrección normativa. La evidencia referente a los presupuestos analíticos que soportan el punto de vista de Alexy facilitó advertir que la institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático supone la institucionalización tanto de los criterios de corrección referidos a los derechos fundamentales como de los principios concernientes a los fines y a la estructura del Estado. Y la evidencia relacionada con la proyección del discurso jurídico al discurso de acción de tutela permitió señalar que la interpretación de tutela correcta logra este reconocimiento gracias a la fuerza del argumento sustancial y a la adopción de la decisión fundada en la articulación de las circunstancias materiales y constitucionales.

El análisis del caso en mención, unido a los argumentos presentados en este artículo, sirven para mostrar que la teoría del discurso jurídico reivindica el seguimiento de los criterios de corrección y los procedimientos de argumentación como condiciones para el establecimiento

de la interpretación correcta respecto a un caso afín con los derechos humanos. Lo cual supone el esfuerzo de argumentación sistemática que haga compatible las normas legales, las normas constitucionales, la jurisprudencia constitucional y la apertura a fundamentos sustanciales, en pro de legitimar y preservar la unidad o coherencia del sistema jurídico bajo la firme intención de garantizar el cumplimiento de los derechos fundamentales de la persona y de los fines del Estado.

Así pues, la teoría del discurso jurídico presupone una conexión entre moral y derecho que se expresa como una conexión entre discurso práctico y discurso jurídico. Esta conexión puede llevar incluso a la no aplicación de una norma válida desde el punto de vista legal, pero que moralmente no se ajunte a los parámetros de los derechos humanos. Dicha conexión va en contravía de la visión dominante que considera el derecho como un sistema normativo independiente de la moral, y de este modo, los aspectos sustanciales no tendrían cabida en la decisión judicial.

Ambos discursos jurídicos llaman la atención sobre la necesidad de trabajar sobre un caso concreto. Aunque en un caso concreto se confronten los principios A con los principios B, y en ese caso prevalezcan los principios A, en otro caso en el que se vuelvan a confrontar estos mismos grupos de principios podrían prevalecer los opuestos, es decir, los principios B. Lo que determina la fuerza de los argumentos es el caso concreto, son sus circunstancias.

Este tipo de situación es propia de la discusión jurídica en contextos sociales democráticos en los que se admiten y garantizan a los actores la libertad para intervenir en el sistema jurídico respecto a la realización de sus derechos fundamentales, como por ejemplo, el derecho a una vida digna y el derecho a un trato diferencial por condiciones especiales.

En relación con lo anterior, los discursos jurídicos no suponen ni privilegian la idea de un procedimiento en el que se establezca de manera categórica cuál es la interpretación correcta, pero cuanto menos si permiten señalar cuál de ellas es la menos racional y realizar la participa-

ción activa de los actores en la solución de problemas. Por ejemplo, en el caso “vida digna e igualdad material en persona de avanzada edad” es muy poco racional, poco acorde con los criterios de corrección jurídica, sostener una interpretación que desconozca las condiciones materiales del accionante (estado de indefensión).

Finalmente, la proyección del planteamiento de Alexy en el discurso de tutela nos habilita para subrayar que el Estado constitucional democrático supone la institucionalización de discursos que garanticen la efectividad de los derechos fundamentales, y considerando a Colombia como un Estado constitucional democrático, vale afirmar que uno de dichos discursos, institucionalizados con la apertura constitucional de 1991, está materializado en el discurso de la acción de tutela. Este discurso es relevante, dado que se dirige a garantizar la aplicación de los propios criterios de corrección jurídica, siempre ineludibles, frente a todo intento por legitimar un sistema jurídico y una interpretación jurídica como correcta.

REFERENCIAS

- Alexy, R. (1988). Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. *Doxa*, 5, 139 a 151 (M. Atienza, trad.). En línea, disponible en: www.cervantes-virtual.com/servlet/serveobras/12471730982570739687891/cuaderno5/doxa5_07.pdf. Recuperado: 11/08/2008.
- Alexy, R. (1994). *El concepto y la validez del derecho (y otros ensayos)*. Barcelona: Gedisa.
- Alexy, R. (1997). *Teoría de la argumentación jurídica: La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica* (M. Atienza e I. Espejo, trads.). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Alexy, R. (1999). La tesis del caso especial. *Isegoria*, 21, 23-35.
- Alexy, R. (2000). La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático. *Derechos y libertades*, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, 5 (8) 21-42. En línea, disponible en: <http://e-archivo.uc3m.es/dspace/bitstream/10016/1372/1/DyL-2000-V-8-Alexy.pdf>. Recuperado: 13/10/2009.

- Alexy, R. (2003). Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático. En M. Carbonell (Ed.), *Neoconstitucionalismo(s)* (pp. 31-47). Madrid: Trotta.
- Alexy, R. (2004). *Teoría del discurso y derechos humanos* (L. Villar Borda, trad.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Alexy, R. (2004). *Teoría del discurso y derechos constitucionales*. Distribuciones Fontarama.
- Atienza, M. (2001). Entrevista a Robert Alexy. *Doxa*, 24, 671-687. En línea, obtenido en: http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01372719768028837422802/doxa24/doxa24_28.pdf. Recuperado: 07/10/2006.
- Atienza, M. (2005). *Las razones del derecho*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Cifuentes, M. E. (1997). La acción de tutela en Colombia. *Ius Praxis*, 3 (1), 165-174. En línea, disponible en: <http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/197/19730115pdf>. Recuperado: 19/03/2009.
- Constitución Política de Colombia (1991).
- Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-067 de 1998. M. P.: Eduardo Cifuentes M.
- Gobierno Nacional de Colombia, Decreto 2591 de 1991.
- Juzgado Quince Civil Municipal. Expediente de tutela con radicación n° 2008-00443-00. Santiago de Cali, 2008.
- Rodríguez, C. (2002). *La decisión judicial: El debate Hart-Dworkin*. Bogotá, D. C.: Universidad de los Andes - Siglo del Hombre Editores.