

# La Decisión Judicial

Javier Tamayo Jaramillo

**Análisis de la jurisprudencia  
de la Corte Constitucional**

**Tomo 1**

**Reimpresión 2022**



---

---

LA DECISIÓN JUDICIAL  
TOMO I

Reimpresión 2022

---

---

---

---

I.S.B.N 978-958-731-069-6

I.S.B.N Digital 978-628-7529-47-2

© Javier Tamayo Jaramillo - 2022

*tamajillo@hotmail.com*

© Editorial Diké - 2022

[www.editorialdike.com](http://www.editorialdike.com)

Fotografía carátula: *José Luis Ruiz Vélez*

---

**Editorial Diké S.A.S.**

Cel.: 301 242 7399 - e-mail: [dikesascomercial@gmail.com](mailto:dikesascomercial@gmail.com)

Medellín - Colombia

**Bogotá D.C. Librería**

Calle 23 sur # 27- 41 Barrio Santander Tel.: 704 6822

Cel.: 301 242 7399 - e-mail: [dikesasgerencia@gmail.com](mailto:dikesasgerencia@gmail.com)

**San José de Costa Rica**

Teléfono: 83 02 10 54 - Telefax: 22 14 25 23

e-mail: [jadguzman@yahoo.com](mailto:jadguzman@yahoo.com)

[editorialdike@hotmail.com](mailto:editorialdike@hotmail.com)

**Caracas-Venezuela**

Av. Urdaneta, esq. Ibarra, edf. Pasaje la Seguridad, P.B. Local 19, Caracas

1010 / [info@paredes.com.ve](mailto:info@paredes.com.ve) / Tels.: 58 (212) 564-15-05 / 563-55-90/06-04

RIF: J-30797099-5

**Panamá**

Calle Parita, Bulevar Ancón, Casa 503, Corregimiento de Ancón, Ciudad de Panamá. Tel.: 50767814196 / [borisbarrios@lawyer.com](mailto:borisbarrios@lawyer.com)

**Diseño y diagramación**

Lucio F. Chunga Cheng

e-mail: [dikesas.diagramacion@gmail.com](mailto:dikesas.diagramacion@gmail.com)

**La Decisión Judicial Tomo I 1ra ed. 2011.**

**Reimpresión julio del 2022.**

**La reimpresión de esta obra se terminó en los talleres de Termimpresos**

**Calle 72 Sur No. 43A-18 Cel.: 3116473467 e-mail: [craulq@yahoo.com](mailto:craulq@yahoo.com)**

**Medellín - Colombia**

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, ni su préstamo, alquiler o cualquier otra forma de cesión de uso del ejemplar, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

---

---

---

---

JAVIER TAMAYO JARAMILLO  
*Profesor universitario*  
*Exmagistrado de la Corte Suprema de Justicia*

LA DECISIÓN JUDICIAL  
TOMO I

Edición 2022





Editorial Diké S.A.S.  
Eduardo Quiceno Álvarez  
Presidente Honorario del Comité Editorial



*A Lucía, en quien escribí mis dos mejores obras:  
nuestros hijos Juan Manuel y Laura.*

# TABLA DE CONTENIDO

PRÓLOGO .....	41
---------------	----

## LA DECISIÓN JUDICIAL

NATURALEZA , HERMENÉUTICA, ARGUMENTACIÓN Y  
APLICACIÓN DEL DERECHO

INTRODUCCIÓN .....	53
1. OBJETIVOS DE ESTA OBRA.....	53
2. NUEVO DERECHO VERSUS DERECHO TRADICIONAL.....	61
3. NEOCONSTITUCIONALISMO IDEOLÓGICO Y TEÓRICO .....	62
4. TEORÍAS SOBRE EL SER Y LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO.....	64
5. INSTRUMENTOS LÓGICOS Y AXIOLÓGICOS DE LA APLICACIÓN DEL DERECHO.....	66
6. PRINCIPIOS DE HERMENÉUTICA EN EL DERECHO COLOMBIANO.....	67
6-1 CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO .....	67
7. ANÁLISIS DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL OBLIGATORIO.....	68
8. CRÍTICA A LA DOCTRINA VALORISTA DE LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANAS .....	68
9. FALLOS QUE DESCONOCEN LA CONSTITUCIÓN.....	69
10. INFLUENCIA DE CARL SCHMITT EN LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL .....	69
11. APLICACIÓN DIRECTA DE LOS DERECHOS PRESTACIONALES O ECONÓMICOS AÚN NO REGLAMENTADOS POR LA LEY .....	70
12. PLAN .....	70

**PARTE PRIMERA**  
*NATURALEZA, INTERPRETACIÓN Y*  
*APLICACIÓN DEL DERECHO*

13. PLAN .....71

**CAPÍTULO PRIMERO**  
**EL NUEVO DERECHO Y TEORÍAS AFINES**

14. RAZÓN DE SER DE LA DISCUSIÓN Y PLAN.....73

**SECCIÓN I**

**PREMISAS POLÍTICAS Y JURÍDICAS DE LA DISCUSIÓN**

15. DIFICULTADES DE LA DISCUSIÓN .....75

16. PELIGROSO MANIQUEÍSMO DOCTRINAL .....76

17. POR QUÉ SE MUESTRA COMO *PROGRESISTA* EL ACTUAL ACTIVISMO JUDICIAL  
DE LA CORTE CONSTITUCIONAL .....77

18. CONCEPCIÓN SOBRE LA JUSTICIA .....79

19. JUSTICIA BASADA EN EL CONTRATO SOCIAL.....79

20. BASES DE LA JUSTICIA EN RAWLS .....80

21. INTERPRETACIÓN RAZONABLE DE LA LEY EN CASOS DIFÍCILES O EN NORMAS  
MONSTRUOSAMENTE INJUSTAS .....87

22. APLICACIÓN LITERAL Y CONTEXTUAL DE LA LEY CUANDO ES CLARA .....88

23. NO ES LO MISMO SENTENCIA INJUSTA QUE SENTENCIA LAMENTABLE  
PARA LA PARTE DÉBIL .....89

24. TODA INTERPRETACIÓN SE APOYA EN UNA IDEOLOGÍA.....91

25. NECESIDAD DE UN TRIBUNAL CONSTITUCIONAL .....94

26. LA CONSTITUCIÓN DE 1991 .....95

27. EN ESTE ESTUDIO NO CUESTIONO EL CONTENIDO DE LOS FALLOS DE LA  
CORTE CONSTITUCIONAL, SINO SU MÉTODO DE APLICACIÓN DEL DERECHO .....96

28. DERECHO NATURAL COMO ASPIRACIÓN HUMANÍSTICA.....96

29. PRINCIPIOS, VALORES Y DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA CONSTITUCIÓN .....98

30. LA TUTELA.....99

## TABLA DE CONTENIDO

---

31.	DIFERENCIA ENTRE EL <i>CONCEPTO DE DERECHO</i> Y LA <i>IDEA DE DERECHO</i> .....	101
31-1.	EN QUÉ CONSISTE EL DESACUERDO QUE AQUÍ SE PLANTEA .....	110
32.	AMPLIAS CITAS DE AUTORES .....	111
33.	PELIGROS DEL <i>NUEVO DERECHO</i> COMO ARMA DE LUCHA POR EL PODER.....	111

### SECCIÓN II

#### EXPOSICIÓN Y CRÍTICA DEL NUEVO DERECHO, EL ESCEPTICISMO ANTE LAS NORMAS Y EL USO ALTERNATIVO DEL DERECHO

34.	PLAN .....	115
-----	------------	-----

### SUBSECCIÓN I

#### PRECISIONES CONCEPTUALES Y LINGÜÍSTICAS PARA LA DISCUSIÓN

35.	INUTILIDAD DE LA POLÉMICA ENTRE FORMALISMO Y ANTIFORMALISMO .....	115
36.	DEFINICIÓN DEL CONCEPTO <i>ESTADO SOCIAL DE DERECHO</i> .....	117
37.	AFINIDADES ENTRE EL NUEVO DERECHO, EL ESCEPTICISMO ANTE LAS NORMAS, EL REALISMO JURÍDICO Y EL USO ALTERNATIVO DEL DERECHO.....	123
38.	PREGUNTAS A LAS ANTERIORES DOCTRINAS, EN ESPECIAL, A LA DEL NUEVO DERECHO.....	124
39.	EL ANTIFORMALISMO NO ES SINÓNIMO DE <i>NUEVO DERECHO</i> .....	126
40.	LAS IDEAS DE JUSTICIA, VALORES Y PRINCIPIOS NO SON PATRIMONIO EXCLUSIVO DEL NUEVO DERECHO.....	128
41.	CLASES DE NEOCONSTITUCIONALISMO.....	129
42.	NEOCONSTITUCIONALISMO TEÓRICO.....	130
43.	NEOCONSTITUCIONALISMO IDEOLÓGICO.....	133
44.	NEOCONSTITUCIONALISMO METODOLÓGICO .....	134
45.	EL NEOCONSTITUCIONALISMO TEÓRICO Y EL POSITIVISMO DISCRECIONAL NO SON INCOMPATIBLES .....	137
46.	EL <i>NUEVO DERECHO</i> NO SIGNIFICA UNA RUPTURA CRONOLÓGICA A PARTIR DE 1991.....	140
47.	LOS ANTIPOSITIVISTAS ATACAN UN POSITIVISMO FORMALISTA QUE YA NO EXISTE .....	141
48.	EL <i>NUEVO DERECHO</i> NO ES MÁS QUE UNA IDEOLOGÍA POLÍTICA SOBRE LA METODOLOGÍA DE APLICACIÓN DEL DERECHO .....	143

**SUBSECCIÓN II**

**ANÁLISIS DE LA TEORÍA DEL NUEVO DERECHO SEGÚN LÓPEZ MEDINA**

49.	COMPARACIÓN DEL DERECHO TRADICIONAL Y EL <i>NUEVO DERECHO</i> (CRÍTICA A LA TEORÍA DEL <i>NUEVO DERECHO</i> Y DOCTRINAS AFINES) .....	145
50.	EL <i>NUEVO DERECHO</i> COMO ACCIÓN POLÍTICA Y NO COMO CIENCIA DEL DERECHO .....	149
51.	LA DOCTRINA DEL <i>USO ALTERNATIVO DEL DERECHO</i> , QUE EN LO REFERENTE AL DESCONOCIMIENTO DEL LENGUAJE DEL DERECHO VIGENTE, ES SIMILAR AL <i>NUEVO DERECHO</i> .....	150
52.	CRÍTICA A LOS POSTULADOS DEL <i>NUEVO DERECHO</i> .....	154
53.	<i>NUEVO DERECHO</i> NO ES LO MISMO QUE NEOCONSTITUCIONALISMO .....	155
54.	ANÁLISIS DEL <i>NUEVO DERECHO</i> EN LA OBRA DE LÓPEZ MEDINA.....	157
55.	LAS RELACIONES ENTRE DERECHO Y MORAL .....	157
56.	SUMISIÓN DE LA LEY A LA CONSTITUCIÓN.....	161
57.	LA DIFERENCIA ENTRE REGLAS Y PRINCIPIOS.....	164
58.	LA DESAPARICIÓN DE LOS TIPOS PENALES Y CONTRACTUALES.....	172
59.	PRESCINDIR DE LA TIPIFICACIÓN PENAL Y CIVIL.....	175
60.	DESAPARICIÓN DEL ESTADO DE DERECHO Y DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD .....	177
61.	PARA QUÉ ESTUDIAR LOS CÓDIGOS .....	182
62.	SEGURIDAD JURÍDICA Y JUSTICIA SUBSTANTIVA .....	182
63.	CONTINUIDAD VERSUS CAMBIO SOCIAL .....	187
64.	EL MACRO ESTADO DEL <i>NUEVO DERECHO</i> .....	189
65.	ABOGADOS VERSUS DERECHO CONSTITUCIONAL .....	191
66.	JUEZ RECONOCEDOR DE DERECHOS VERSUS JUEZ ADMINISTRADOR Y DISTRIBUIDOR DE LOS RECURSOS DEL ESTADO.....	193
67.	CONCLUSIÓN .....	194

**CAPÍTULO SEGUNDO**

**TEORÍAS SOBRE LA NATURALEZA DEL DERECHO  
Y SU CONCEPTO DE INTERPRETACIÓN JURÍDICA**

68.	INTRODUCCIÓN .....	197
69.	INTERPRETACIÓN SEMÁNTICA O LINGÜÍSTICA.....	199

## TABLA DE CONTENIDO

---

70.	INTERPRETACIÓN VALORISTA .....	200
71.	INTERPRETACIÓN COMO ARMA DE LUCHA POLÍTICA.....	202
72.	PLAN .....	202

### SECCIÓN I

#### ANÁLISIS DE LAS TEORÍAS VALORISTAS SOBRE EL SER Y LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO

73.	DIVISIÓN.....	205
-----	---------------	-----

### SUBSECCIÓN I

#### PRINCIPALES TEORÍAS VALORISTAS

74.	¿A CUÁLES VALORES SE REFIEREN LAS TEORÍAS VALORISTAS DEL DERECHO?...205
75.	A) VALORES CONSTITUCIONALES INTERPRETADOS SEMÁNTICAMENTE.....205
76.	B) INTERPRETACIÓN DE TODO EL DERECHO A PARTIR DE LOS VALORES DE LA CONSTITUCIÓN.....207
77.	C) DERECHOS FUNDAMENTALES EXTRACONSTITUCIONALES.....208
78.	D) UNIVERSO DE VALORES SOCIALES CONTRA NORMAS POSITIVAS .....209
79.	RASGOS COMUNES DE LAS TEORÍAS VALORISTAS.....210

### I

#### TEORÍA DE LA CONSTITUCIÓN MATERIAL POR OPOSICIÓN A LA CONSTITUCIÓN FORMAL (RUDOLF SMEND Y CARL SCHMITT)

80.	TIPOS DE CONSTITUCIÓN MATERIAL .....	211
81.	SMEND Y SCHMITT.....	212
82.	CRÍTICA AL DUALISMO ENTRE CONSTITUCIÓN FORMAL Y CONSTITUCIÓN MATERIAL EN LA TEORÍA VALORISTA DE SMEND Y DE SCHMITT.....	215

### II

#### EL VALORISMO RADICAL DE JERZY WROBLEWSKI

83.	ESENCIA DE SU TEORÍA.....	222
-----	---------------------------	-----

**III**

**DWORKIN Y EL DERECHO COMO INTEGRIDAD  
(LA ÚNICA SOLUCIÓN CORRECTA)**

84.	IDEAS BÁSICAS DE DWORKIN .....	224
85.	DWORKIN ADMITE QUE SU DOCTRINA ES UNA UTOPIA QUE NO SE DA EN LA REALIDAD .....	225
86.	DWORKIN LIGA EL DERECHO A LA MORAL Y A LOS PRINCIPIOS.....	228
87.	EL DERECHO SE REDUCE A LA INTERPRETACIÓN.....	229
88.	INTERPRETACIÓN CONSTRUCTIVA .....	230
89.	INTERPRETACIÓN CONVERSACIONAL, CIENTÍFICA Y CREADORA .....	233
90.	DE CÓMO SEGÚN DWORKIN LA INTERPRETACIÓN LITERARIA SE ASEMEEJA A LA JURÍDICA .....	235
91.	ETAPAS DE LA INTERPRETACIÓN CONSTRUCTIVA, EN ESPECIAL, LA JURÍDICA ....	237
92.	EL DERECHO COMO INTEGRIDAD. LOS PRINCIPIOS.....	240
93.	HÉRCULES Y SU FALTA DE DISCRECIONALIDAD JUDICIAL.....	242
94.	¿EN QUÉ CONSISTE LA TEORÍA DE LA ÚNICA SOLUCIÓN CORRECTA?.....	243
95.	DWORKIN Y EL DERECHO PERVERSO (EL CASO NAZI) .....	245
96.	CRÍTICA A LA DOCTRINA DE DWORKIN.....	251
97.	LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA ES DIFERENTE DE LA LITERARIA .....	251
98.	EN EL FONDO, CON DWORKIN SE PRETENDE VOLVER REALIDAD LA UTOPIA DEL DERECHO NATURAL .....	254
99.	LA DOCTRINA DE LA ÚNICA SOLUCIÓN CORRECTA ES UNA UTOPIA .....	256
100.	LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL EN DWORKIN .....	257

**IV**

**EL DERECHO CONSIDERADO COMO LA REALIZACIÓN DE LOS VALORES,  
PRINCIPIOS Y DERECHOS FUNDAMENTALES (LÓPEZ MEDINA)**

101.	EN QUÉ CONSISTE ESTA TEORÍA .....	258
102.	DIEGO LÓPEZ Y LA INTERPRETACIÓN TELEOLÓGICA-VALORISTA .....	259

**A**

**LA OPINIÓN DE LÓPEZ MEDINA EN SU OBRA  
LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL**

103.	SÍNTESIS DE LA TELEOLOGÍA AXIOLÓGICA SUPREMA .....	259
------	--	-----

TABLA DE CONTENIDO

---

104.	CRÍTICA A LA DOCTRINA TELEOLÓGICA VALORATIVA DE LÓPEZ MEDINA .....	261
105.	IMPOSIBILIDAD DE INTERPRETAR UNA NORMA AISLADA TENIENDO COMO FINALIDAD INMEDIATA LOS VALORES SUPREMOS DE LA CONSTITUCIÓN.....	261
106.	CONCEPTO ERRÓNEO DE INTERPRETACIÓN TELEOLÓGICO-VALORISTA.....	263
107.	ADECUADA INTERPRETACIÓN DE LA TEORÍA FINALISTA O TELEOLÓGICA .....	265
108.	DOS CONCEPCIONES SOBRE TELEOLOGÍA DE LAS NORMAS.....	267
109.	LA TELEOLOGÍA SEGÚN VALORES .....	267
110.	LA TELEOLOGÍA SEGÚN LOS OBJETIVOS DE LA NORMA INFERIOR O DEL SUBSISTEMA .....	270
111.	EL MÉTODO TELEOLÓGICO TIENDE A CONFUNDIRSE CON EL SISTEMÁTICO.....	271
112.	EL CÓDIGO CIVIL Y LA INTERPRETACIÓN TELEOLÓGICO SISTEMÁTICA .....	279
113.	TELEOLOGÍA DE VALORES U OBJETIVOS INSTRUMENTALES.....	281
114.	EL MÉTODO TELEOLÓGICO ORIENTADO A FINES, Y NO A VALORES, ES UNA SUBESPECIE DEL MÉTODO LINGÜÍSTICO-CONTEXTUAL .....	282

**B**

**LA OPINIÓN DE LÓPEZ MEDINA EN SU OBRA**

*LA LETRA Y EL ESPÍRITU DE LA LEY*

115.	LA PRAGMÁTICA LINGÜÍSTICA DE PAUL GRICE .....	282
116.	DIFERENCIA ENTRE SIGNIFICADO NATURAL Y SIGNIFICADO NO NATURAL .....	287
117.	CONFUSIÓN TERMINOLÓGICA.....	291
118.	CRÍTICA DE LÓPEZ MEDINA AL SIGNIFICADO NATURAL Y OBVIO DE LAS NORMAS.....	295
119.	EL CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO ACOGE LA TEORÍA FINALISTA Y CONTEXTUAL DE GRICE .....	296
120.	GRICE ACEPTA LA TELEOLOGÍA DE FINES Y NO LA VALORÍSTICA DE LÓPEZ.....	299
121.	CRÍTICA DE LÓPEZ MEDINA AL LENGUAJE JURÍDICO ESPECIALIZADO .....	301
122.	CRÍTICA.....	304
123.	TELEOLOGÍA VALORISTA DE LÓPEZ MEDINA.....	317
124.	CONCLUSIÓN.....	324

**SUBSECCIÓN II**  
**EVALUACIÓN GENERAL DE LAS TEORÍAS VALORISTAS**  
**DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA**

125. CRÍTICAS GENERALES Y PARTICULARES.....326

**I**

**DELIMITACIÓN EXACTA DE LA DISCUSIÓN**

126. CONFUSIONES CONCEPTUALES .....326

127. NI SIQUIERA EL POSITIVISMO DISCRECIONAL LE NIEGA VALIDEZ A LOS  
VALORES POSITIVADOS .....327

128. SIEMPRE EL POSITIVISMO HA ACEPTADO INTERPRETACIONES CARGADAS  
DE VALORACIONES INSERTAS EN EL SISTEMA POSITIVO, PERO AUTORIZADAS  
POR EL MISMO.....328

129. IMPOSIBILIDAD DE INTERPRETACIONES UNÍVOCAS DE LAS NORMAS  
EXCESIVAMENTE ABIERTAS .....329

130. INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN SEGÚN LOS CAMBIOS SOCIALES  
E HISTÓRICOS.....332

**II**

**ARGUMENTOS CONTRA LAS TEORÍAS VALORISTAS**  
**DE LA INTERPRETACIÓN**

131. TODA TEORÍA VALORISTA SE LEGITIMA, PARADÓJICAMENTE, CON BASE  
EN EL POSITIVISMO .....334

132. LA TEORÍA VALORISTA NO ES INTERPRETACIÓN SINO CREACIÓN NORMATIVA  
Y DECISIONISMO JUDICIAL (DIFERENCIA ENTRE INTERPRETACIÓN Y CREACIÓN  
MEDIANTE VALORACIÓN).....336

133. EN LAS DOCTRINAS VALORISTAS EXISTE UN MARGEN ABSOLUTO E  
INCONTROLABLE DE SUBJETIVISMO.....338

134. LA TEORÍA VALORISTA ANIQUILA EL ESTADO DE DERECHO .....340

135. LAS DOCTRINAS DEL VALORISMO PERMITEN LEGITIMAR CUALQUIER  
TOTALITARISMO DE IZQUIERDA O DE DERECHA.....342

136. NO PODEMOS CAER EN EL MANIQUEÍSMO DE TENER QUE ESCOGER ENTRE  
EL POSITIVISMO AMORAL Y LITERAL O EN LA TEORÍA VALORISTA PURA .....345

137. ¿DÓNDE HAY QUE BUSCAR LAS RELACIONES ENTRE DERECHO Y MORAL? .....346

## TABLA DE CONTENIDO

---

138. ¿LO QUE DEBE ESTAR ACORDE CON LA MORAL ES LA NORMA QUE SE APLICA, O LA SOLUCIÓN DEL CASO CONCRETO? .....353
139. EL IUSNATURALISMO DEONTOLÓGICO NO EXCLUYE LA TEORÍA SEMÁNTICA O POSITIVISTA .....355

### SUBSECCIÓN III

#### LECTURAS

#### CRÍTICA DE ALGUNOS AUTORES A LA DOCTRINA A LA TEORÍA VALORISTA DE LA INTERPRETACIÓN

140. RAZÓN DE SER DE ESTA SECCIÓN .....357
141. CRÍTICA DE HABERMAS A LA TEORÍA VALORISTA DE LA INTERPRETACIÓN .....358
142. CRÍTICA DE RICARDO GUASTINI.....365
143. CRÍTICA DE JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO .....366
144. CRÍTICA DE MICHELE TARUFFO AL VALORISMO Y A LA LIBERTAD CREADORA ILIMITADA DEL JUEZ .....370
145. OPINIÓN DE RAFAEL DE ASÍS ROIG .....372
146. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL CONDENA LA INTERPRETACIÓN MATERIAL O VALORISTA .....373
147. OPINIÓN DE PAOLO COMANDUCCI.....373
148. CONCLUSIÓN SOBRE LA DOCTRINA OPOSITORA A LA TEORÍA VALORISTA DE LA INTERPRETACIÓN.....375

### SECCIÓN II

#### LA PRETENSIÓN DE CORRECCIÓN MORAL BASADA EN LA ÉTICA DISCURSIVA (ALEXY Y HABERMAS)

149. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA .....377

### SUBSECCIÓN I

#### ALEXY Y LA PRETENSIÓN DE CORRECCIÓN MORAL DEL DERECHO

150. SÍNTESIS DEL PENSAMIENTO DE ALEXY .....377
151. LA DEFINICIÓN DEL DERECHO EN ALEXY .....380
152. ANÁLISIS DE LA DEFINICIÓN DE ALEXY .....381

153.	BASES DEL SISTEMA DE ALEXY .....	382
154.	PLAN .....	383

**SUBSECCIÓN II**

**LA VINCULACIÓN DEL DERECHO A LA MORAL SEGÚN ALEXY**

155.	RELACIONES ENTRE DERECHO Y MORAL .....	383
156.	PREMISAS DE LA TESIS DE LA VINCULACIÓN ENTRE DERECHO Y MORAL .....	384

**SUBSECCIÓN III**

**MARCO CONCEPTUAL DEL NEXO ENTRE DERECHO Y MORAL**

157.	ARGUMENTOS DE ALEXY PARA JUSTIFICAR CONCEPTUALMENTE LA TEORÍA DE LA VINCULACIÓN ENTRE MORAL Y DERECHO.....	389
------	---	-----

**I**

**ARGUMENTO BASADO EN EL CONCEPTO DE VALIDEZ**

158.	DEFENSA DEL DERECHO INSTITUCIONALIZADO O POSITIVO.....	390
------	--	-----

**II**

**ARGUMENTO DE NORMA Y PROCEDIMIENTOS**

159.	DIFERENCIA ENTRE SISTEMA Y PROCEDIMIENTOS .....	391
160.	REQUISITOS QUE CONFORMAN EL PROCEDIMIENTO DE VALIDEZ DEL DISCURSO EN HÁBERMAS Y EN ALEXY .....	392

**III**

**EL OBSERVADOR Y EL PARTICIPANTE**

161.	IMPORTANTE DISTINCIÓN.....	395
------	----------------------------	-----

**IV**

**DEFINICIÓN E IDEAL DE LA VINCULACIÓN ENTRE MORAL Y DERECHO**

162.	RELACIONES NECESARIAS ENTRE DERECHO Y MORAL .....	397
------	---	-----

**V**

**COMBINACIÓN DE LAS CUATRO DISTINCIONES ANTERIORES**

163. 64 COMBINACIONES POSIBLES.....399

**SUBSECCIÓN IV**

**PILARES DE LA TEORÍA DE ALEXY SOBRE LA VINCULACIÓN  
ENTRE MORAL Y DERECHO**

164. PLAN .....401

**I**

**TEORÍA DE LA INJUSTICIA EXTREMA**

165. EN QUÉ CONSISTE LA TEORÍA DE LA INJUSTICIA EXTREMA .....402

**A**

**LA NORMA INDIVIDUAL EXTREMADAMENTE INJUSTA**

166. MARCO CONCEPTUAL E IDEAL DE LA INJUSTICIA EXTREMA.....406

**B**

**LOS SISTEMAS JURÍDICOS EXTREMADAMENTE INJUSTOS**

167. RELACIÓN ENTRE LA MORAL Y EL DERECHO COMO TOTALIDAD .....409

**II**

**EL ARGUMENTO DÉBIL DE LA CORRECCIÓN**

168. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....416

**A**

**TEORÍA DE LA PRETENSIÓN DE CORRECCIÓN EN LA  
CREACIÓN Y APLICACIÓN DEL DERECHO**

169. CARÁCTER DEFINITORIO DE LA TEORÍA DE LA CORRECCIÓN .....417

**B**

**LA TEORÍA DEL DISCURSO PRÁCTICO GENERAL Y DEL DISCURSO  
JURÍDICO COMO CASO ESPECIAL DEL PRIMERO**

170. CONDICIONES IDEALES DEL HABLA EN EL DISCURSO PRÁCTICO GENERAL  
RACIONAL .....422
171. EL DISCURSO JURÍDICO COMO UN CASO ESPECIAL DEL DISCURSO PRÁCTICO .....424

**C**

**LOS PRINCIPIOS EN LA TEORÍA DE ALEXY**

172. DISTINCIÓN ENTRE PRINCIPIOS Y REGLAS.....427

**SUBSECCIÓN V**

**ARGUMENTACIÓN E INTERPRETACIÓN JURÍDICA EN ALEXY**

173. ALEXY RESPETA EL DERECHO POSITIVO EN LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY .....430
174. EL CONCEPTO DE REGLAS EN ALEXY.....431
175. NOCIONES ELEMENTALES SOBRE LA ARGUMENTACIÓN.....433
176. PROPÓSITO DE LA ARGUMENTACIÓN .....433
177. ALEXY Y EL DERECHO COMO UN CASO ESPECIAL DE LA ARGUMENTACIÓN  
DEL DEBER SER .....437
178. LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL EN ALEXY .....437

**SUBSECCIÓN VI**

**CRÍTICAS A LA TEORÍA DE ALEXY**

179. LÍMITES QUE EL DERECHO POSITIVO IMPONE AL CASO ESPECIAL DEL  
DISCURSO PRÁCTICO O MORAL EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO .....439
180. CRÍTICA DE LA DOCTRINA DE LA VINCULACIÓN DE LA MORAL AL DERECHO  
EN LA DOCTRINA DE ALEXY .....448
181. CONTINUACIÓN DEL NÚMERO ANTERIOR. LOS LÍMITES Y RESTRICCIONES  
DEL DERECHO POSITIVO FRENTE A LA AMPLITUD DISCURSIVA .....453
182. INCONVENIENTES DE LA PRETENSIÓN DE CORRECCIÓN.....454
183. LOS PRINCIPIOS COMO VÍNCULO ENTRE EL DERECHO Y LA MORAL .....458

TABLA DE CONTENIDO

---

**SUBSECCIÓN VII**

**LA PRETENSIÓN DE CORRECCIÓN EN HABERMAS**

(184 A 252 RESERVADOS) .....469

**SECCIÓN III**

**OTRAS TEORÍAS ANTISEMÁNTICAS (USO ALTERNATIVO DEL DERECHO,  
REALISMO JURÍDICO, TEORÍA CRÍTICA DEL DERECHO, NUEVO DERECHO)**

253. FUNDAMENTOS COMUNES .....471

**SUBSECCIÓN I**

**TEORÍA DEL USO ALTERNATIVO DEL DERECHO**

254. CONCEPCIÓN PRIMORDIAL DE ESTA DOCTRINA.....472

255. CRÍTICA.....475

**SUBSECCIÓN II**

**EL REALISMO JURÍDICO –EL ESCEPTICISMO ANTE LAS REGLAS–**

256. EN QUÉ CONSISTE .....477

257. CRÍTICA.....480

**SUBSECCIÓN III**

**ESTUDIOS CRÍTICOS DEL DERECHO O *CRITICAL LEGAL*  
*STUDIES*, EN ESPECIAL DUNCAN KENNEDY**

258. EN QUÉ CONSISTE ESTA DOCTRINA .....483

259. LA TEORÍA DE DUNCAN KENNEDY .....485

260. ANÁLISIS DE LA OBRA DE KENNEDY .....486

**SUBSECCIÓN IV**

**EL NUEVO DERECHO**

261. EN QUÉ CONSISTE EL NUEVO DERECHO.....508

**SECCIÓN IV**

**TEORÍAS SEMÁNTICAS DEL SER Y DE LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO**

262. CLASES DE INTERPRETACIÓN SEMÁNTICA.....511

**SUBSECCIÓN I**

**INTERPRETACIÓN INTENCIONALISTA U ORIGINALISTA**

263. EN QUÉ CONSISTE EL ORIGINALISMO .....511  
264. CRÍTICA.....514  
265. LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL COLOMBIANA.....515

**SUBSECCIÓN II**

**INTERPRETACIÓN SEMÁNTICA DEL POSITIVISMO CONTEMPORÁNEO**

266. EN QUÉ CONSISTE ESTA TEORÍA .....519  
267. PLAN .....520

**SUBSECCIÓN III**

**ESENCIA Y JUSTIFICACIÓN DEL POSITIVISMO**

268. QUÉ ES EL POSITIVISMO JURÍDICO .....520  
269. EL POSITIVISMO SUPONE LA EXISTENCIA DE UN ORDEN JURÍDICO COMO SISTEMA ORGANIZADO .....521  
270. ESTADO SOCIAL DE DERECHO COMO POSITIVISMO IDEAL.....523  
271. EL ESTADO SOCIAL Y EL ESTADO DE DERECHO DEBEN RESPETARSE MUTUAMENTE .....524  
272. ORIGEN Y JUSTIFICACIÓN DEL ESTADO DE DERECHO.....525  
273. VALORES DEL POSITIVISMO .....527  
274. INSUFICIENCIA DEL POSITIVISMO O FORMALISMO INGENUO .....531  
275. DIFERENCIA ENTRE DERECHO Y MORAL .....531  
276. DEFINICIÓN DEL CONCEPTO *ESTADO SOCIAL DE DERECHO* .....533  
277. LA INTERPRETACIÓN LINGÜÍSTICA ES DEFENDIDA INCLUSIVE POR DOCTRINAS QUE NO SON POSITIVISTAS PURAS .....535  
278. INSUFICIENCIA DEL LITERALISMO POSITIVISTA .....536  
279. POSITIVISMO Y VALORES EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LA INTERPRETACIÓN.....537

## TABLA DE CONTENIDO

---

280.	CONFUSIONES CREADAS POR ALGUNOS ANTIPOSITIVISTAS.....	539
281.	LAS IMPRECISIONES DEL LENGUAJE NO DESTRUYEN EL POSITIVISMO .....	540
282.	LA CREACIÓN DEL DERECHO POR PARTE DEL JUEZ SEGÚN EL POSITIVISMO .....	543
283.	CONCLUSIÓN PROPIA SOBRE EL POSITIVISMO JURÍDICO .....	548

### SUBSECCIÓN IV

#### LECTURAS

#### DOCTRINA QUE APOYA LA INTERPRETACIÓN LINGÜÍSTICA

284.	RENACIMIENTO DE LA DOCTRINA POSITIVISTA DISCRECIO-NAL .....	550
285.	OPINIÓN DE GUASTINI.....	520
286.	OPINIÓN DE MICHELE TARUFFO.....	558

### SUBSECCIÓN V

#### LECTURAS

#### LAS RELACIONES ENTRE EL POSITIVISMO Y LOS VALORES

287.	DOCTRINA SOBRE LA COMPATIBILIDAD ENTRE EL POSITIVISMO Y LOS VALORES EN EL DERECHO .....	560
288.	OPINIÓN DE ALFRED VERDROSS.....	561
289.	OPINIÓN DE NORBERTO BOBBIO.....	565
290.	OPINIÓN DE LUIGI FERRAJOLI.....	569
291.	OPINIÓN DE LUIS PRIETO SANCHÍS.....	579

## CAPÍTULO TERCERO

### TEORÍA GENERAL DE HERMENÉUTICA JURÍDICA Y SU APLICACIÓN EN EL DERECHO COLOMBIANO

292.	ADVERTENCIA Y REMISIÓN.....	587
293.	PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA Y PLAN .....	587

### SECCIÓN I

#### BREVES NOCIONES SOBRE LA INTERPRETACIÓN COMO MÉTODO DE CONOCIMIENTO DE LOS OBJETOS CULTURALES

294.	CLASIFICACIÓN DE LOS OBJETOS Y SU MÉTODO DE CONOCIMIENTO .....	589
295.	OBJETOS IDEALES, NATURALES Y METAFÍSICOS .....	590

296.	OBJETOS CULTURALES .....	593
297.	¿CÓMO SE DESENTRAÑA Y SE CAPTA EL SIGNIFICADO Y EL VALOR DE LOS OBJETOS CULTURALES? .....	600
298.	EL DERECHO COMO OBJETO CULTURAL EGOLÓGICO Y OBJETIVADO.....	602
299.	DIVERSOS TIPOS DE INTERPRETACIÓN SEMÁNTICA EN GENERAL .....	603
300.	DIFERENCIA ENTRE VALOR Y SIGNIFICADO .....	611

## SECCIÓN II

### EL MÉTODO DE LA COMPRENSIÓN O INTERPRETACIÓN LINGÜÍSTICA DEL DERECHO Y SU APLICACIÓN EN LAS DECISIONES JUDICIALES

301.	BASES EPISTEMOLÓGICAS PARA UNA INTERPRETACIÓN LINGÜÍSTICA.....	615
302.	LA COMPRENSIÓN COMO MÉTODO GNOSEOLÓGICO DEL DERECHO COMO LENGUAJE, Y LA CAPACIDAD CREADORA DEL JUEZ .....	616
303.	EL JUEZ CREADOR LIMITADO DE DERECHO .....	621
304.	LA SENTENCIA COMO CREACIÓN DE DERECHO .....	621
305.	DIFERENCIA ENTRE INTERPRETACIÓN DEL SIGNIFICADO DE LAS PALABRAS DE LA NORMA, DEL OBJETIVO O FIN DE LA NORMA Y DESCUBRIMIENTO DEL VALOR DE LA NORMA.....	626
306.	DIFERENCIA ENTRE INTERPRETACIÓN Y CREACIÓN NORMATIVA.....	633
307.	OPINIÓN DE RICARDO GUASTINI .....	639

## SECCIÓN III

### LA INTERPRETACIÓN, LA COHERENCIA Y LA INTEGRACIÓN JURÍDICAS EN EL DERECHO COLOMBIANO

308.	PLAN .....	643
------	------------	-----

## SUBSECCIÓN I

### PRINCIPIOS GENERALES QUE RIGEN LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO COLOMBIANO

309.	COMPLEJO DE NORMAS CONSTITUCIONALES Y LEGALES.....	643
310.	NORMAS SOBRE INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE LA LEY EN EL DERECHO COLOMBIANO.....	645

## TABLA DE CONTENIDO

---

311.	LOS PRINCIPIOS DE INTERPRETACIÓN SE APLICAN TANTO A LAS NORMAS CONSTITUCIONALES COMO A LAS LEYES Y A OTRAS NORMAS DE RANGO INFERIOR .....	646
312.	ARTÍCULO 230 DE LA CONSTITUCIÓN .....	648
313.	PRINCIPIOS DE INTERPRETACIÓN EN LAS LEYES CIVILES .....	649
314.	EL PRINCIPIO DE INTERPRETACIÓN CONFORME A LA CONSTITUCIÓN .....	649
315.	LA INTERPRETACIÓN CONFORME EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL .....	653
316.	SENTENCIA S.U. 1122/01 .....	653
317.	SENTENCIA SU 1122/01 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL, DE SEPTIEMBRE VEINTISÉS (26) DE DOS MIL UNO (2001) .....	667

### SUBSECCIÓN II

#### LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO COLOMBIANO EN LOS CASOS FÁCILES

318.	CUÁNDO UN CASO ES FÁCIL .....	674
319.	NO SE PUEDE DESCONOCER COMO PRINCIPIO GENERAL, EL TEXTO DE LA LEY SO PRETEXTO DE CAMBIOS AXIOLÓGICOS DE LA SOCIEDAD .....	676
320.	EL SIGNIFICADO SEMÁNTICO DE LAS NORMAS PUEDE VARIAR POR LA EVOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD .....	676
321.	EL TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL ACEPTA LA TESIS ANTERIOR .....	681
322.	CUANDO EL TEXTO ES CLARO SE APLICA DE ACUERDO CON SU SIGNIFICADO OBJETIVO Y VIGENTE AL MOMENTO DE FALLAR .....	682
323.	LA LEY POR CLARA QUE SEA NO SE APLICA SI DE ELLO SE DERIVA UNA DECISIÓN MONSTRUOSA (APLICACIÓN DE LA EQUIDAD) .....	683
324.	LA PRIMERA TAREA DEL JUEZ CONSISTE EN DETERMINAR LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA NORMA APARENTEMENTE APLICABLE .....	686
325.	A VECES UNA NORMA ES CLARA Y A VECES NO, DEPENDIENDO DE LOS HECHOS DEL CASO CONCRETO .....	688
326.	INTERPRETACIÓN DE LOS HECHOS E INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS .....	688
327.	LA REGULACIÓN DE LOS CASOS FÁCILES EN EL DERECHO COLOMBIANO .....	692
328.	EL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL OBLIGATORIO .....	693
329.	LA INTERPRETACIÓN CONFORME .....	694
330.	TEXTO NORMATIVO CLARO .....	695
331.	UBICACIÓN DE LA NORMA CLARA DENTRO DE UN CONTEXTO O SISTEMA .....	704

332. CONCLUSIÓN SOBRE LOS CASOS FÁCILES .....706

**SUBSECCIÓN III**

**LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO EN LOS CASOS DIFÍCILES**

333. CUÁNDO UN CASO ES DIFÍCIL .....707

**I**

**LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO EN LOS CASOS DIFÍCILES POR OSCURIDAD,  
VAGUEDAD, CONTRADICCIÓN O AMBIGÜEDAD DE LAS NORMAS**

334. ALGO MÁS SOBRE LA NATURALEZA DE LOS CASOS DIFÍCILES U OSCUROS.....709

335. DISCRECIONALIDAD LIMITADA DEL JUEZ EN LOS CASOS DIFÍCILES.....710

336. SOLUCIÓN DE LOS CASOS OSCUROS O DIFÍCILES EN EL DERECHO COLOMBIANO .710

337. LOS CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN CONSAGRADOS EN EL ARTÍCULO 230  
DE LA CONSTITUCIÓN .....711

338. INTERPRETACIÓN CONFORME A LA CONSTITUCIÓN .....712

339. LOS CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN DE LOS CASOS OSCUROS SEGÚN EL  
CÓDIGO CIVIL .....713

340. LA LEY 153 DE 1887 INTRODUJO NUEVAS PAUTAS DE INTERPRETACIÓN.....713

341. APLICACIÓN PRÁCTICA DE ESTOS PRINCIPIOS.....715

342. PRECEDENTE CONSTITUCIONAL OBLIGATORIO .....715

343. INTERPRETACIÓN CONFORME .....715

344. MÉTODO SISTEMÁTICO O CONTEXTUAL.....715

345. LA ANALOGÍA.....717

346. ESPÍRITU DE LA LEY O DEL LEGISLADOR .....720

347. LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL.....726

348. LA EQUIDAD.....730

349. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO Y LOS PRINIPIOS DE DERECHO  
NATURAL.....731

**II**

**INTERPRETACIÓN DEL DERECHO EN CASO DE ANTINOMIAS O NORMAS  
CONTRADICTORIAS (CONSERVACIÓN DEL PRINCIPIO DE COHERENCIA)**

350. EN QUÉ CONSISTE EL PRINCIPIO DE COHERENCIA DEL SISTEMA JURÍDICO .....742

## TABLA DE CONTENIDO

---

351.	REQUISITOS PARA QUE HAYA ANTINOMIA JURÍDICA .....	742
352.	ANTINOMIAS APARENTES .....	744
353.	ELIMINACIÓN DE LAS VERDADERAS ANTINOMIAS MEDIANTE LA INTERPRETACIÓN .....	744
354.	ANTINOMIA POR CONFLICTO DE PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES (EL PRINCIPIO DE PONDERACIÓN) .....	746
355.	SOLUCIÓN DE LAS ANTINOMIAS CUANDO NO ES POSIBLE RESOLVERLAS MEDIANTE LA INTERPRETACIÓN.....	747
356.	NORMA DE RANGO SUPERIOR PRIMA SOBRE LA DE RANGO INFERIOR .....	748
357.	LEY POSTERIOR DEROGA LA ANTERIOR .....	748
358.	LA LEY ESPECIAL PRIMA SOBRE LA GENERAL .....	750
359.	NORMA ESPECIAL POSTERIOR Y NORMA GENERAL ANTERIOR.....	750
360.	NORMAS CON IGUAL NIVEL DE JERARQUÍA, DE ESPECIALIDAD O GENERALIDAD Y PUESTAS EN VIGENCIA AL MISMO TIEMPO .....	750
361.	CONTRADICCIONES DENTRO DE UNA MISMA NORMA.....	751
362.	NORMAS CON IGUAL NIVEL DE GENERALIDAD O ESPECIALIDAD PERO PERTENECIENTES A DIFERENTES CÓDIGOS DE LA MISMA JERARQUÍA .....	752
363.	NORMAS QUE CAMBIAN LOS PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN.....	752

### III

#### LOS CRITERIOS DE INTEGRACIÓN DEL DERECHO EN CASO DE LAGUNAS NORMATIVAS

364.	EN QUÉ CONSISTE EL PRINCIPIO DE PLENITUD DEL DERECHO .....	754
365.	LAGUNAS NORMATIVAS Y LAGUNAS AXIOLÓGICAS .....	756
366.	CRÍTICA A LA TEORÍA DE LAS LAGUNAS AXIOLÓGICAS ESPECIALMENTE A LA TEORÍA DE DWORIN.....	756
367.	LA INTERPRETACIÓN COMO MEDIO DE CONSTATAR LA EXISTENCIA DE UNA LAGUNA .....	758
368.	CUANDO SE LLENA UNA LAGUNA SE CREA UNA NUEVA NORMA .....	764
369.	TIPOS DE LAGUNAS NORMATIVAS O PROPIAS.....	765
370.	CÓMO SE LLENAN LAS LAGUNAS EN EL DERECHO COLOMBIANO .....	767
371.	EL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL OBLIGATORIO (DOCTRINA CONSTITUCIONAL)	768
372.	PRIMACÍA DE LA ANALOGÍA .....	769

373.	LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL.....	770
374.	LOS PRINCIPIOS (REGLAS) GENERALES DEL DERECHO.....	770
375.	LA COSTUMBRE ACORDE CON LA MORAL CRISTIANA.....	771

**SECCIÓN IV**

**ANÁLISIS ESPECIAL DE LA EQUIDAD, LOS PRINCIPIOS  
CONSTITUCIONALES Y GENERALES DEL DERECHO, Y LA ANALOGÍA  
COMO INSTRUMENTOS DE APLICACIÓN DEL DERECHO**

376.	CAMPO DE APLICACIÓN.....	781
377.	PLAN.....	781

**SUBSECCIÓN I**

**PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES E INFRACONSTITUCIONALES DEL DERECHO**

378.	PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	782
379.	EL POSITIVISMO INCLUYENTE Y EL NEOCONSTITUCIONALISMO TEÓRICO NO SON INCOMPATIBLES CON LA DOCTRINA DE LOS PRINCIPIOS, AÚN LOS AXIOLÓGICOS.....	783
380.	¿QUÉ SON LOS PRINCIPIOS?.....	786
381.	CLASES DE PRINCIPIOS.....	787
382.	PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES.....	788
383.	PRINCIPIOS INFRACONSTITUCIONALES.....	789
384.	PLAN.....	790

**I**

**LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES**

385.	DEFINICIÓN.....	790
386.	DIFERENCIA ENTRE PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y REGLAS.....	791
387.	CARACTERÍSTICAS DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES.....	794
388.	LOS PRINCIPIOS, LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO Y LA ÚNICA SOLUCIÓN CORRECTA.....	799
389.	NO EXISTE UNA JERARQUÍA A PRIORI DE PRINCIPIOS.....	802
390.	PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES, DERECHOS FUNDAMENTALES, MORAL Y DERECHO NATURAL.....	802

## TABLA DE CONTENIDO

---

391. LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y LOS CASOS DIFÍCILES .....810  
392. LOS PRINCIPIOS Y LA SUBSUNCIÓN O SILOGISMO JURÍDICO .....811

### II

#### LOS PRINCIPIOS INFRACONSTITUCIONALES

393. PRINCIPIOS EXPLÍCITOS E IMPLÍCITOS.....813

#### A

##### PRINCIPIOS JURÍDICOS EXPLÍCITOS

394. EN QUÉ CONSISTEN LOS PRINCIPIOS EXPLÍCITOS.....814

#### B

##### PRINCIPIOS IMPLÍCITOS O GENERALES DEL DERECHO

395. CONSAGRACIÓN CONSTITUCIONAL Y LEGAL .....816  
396. ¿QUÉ SON LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO  
(¿DEL DERECHO POSITIVO O DEL DERECHO NATURAL?) .....818  
397. POSICIÓN PROPIA .....820  
398. POSICIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.....822  
399. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO SON NUEVAS NORMAS QUE SE  
CREAN A PARTIR DE NORMAS DEL SISTEMA, QUE IRRIGAN UNA CIERTA  
FINALIDAD, O UN DETERMINADO VALOR. ....822

### SUBSECCIÓN II

#### LA EQUIDAD

400. LA EQUIDAD COMO CRITERIO AUXILIAR DE INTERPRETACIONES JUSTAS  
O DE INTEGRACIÓN DEL DERECHO .....823  
401. ¿QUÉ ES LA EQUIDAD SEGÚN ARISTÓTELES? .....824  
402. OTRAS CONCEPCIONES DE LA EQUIDAD .....826  
403. ¿CUÁL ES EL CRITERIO VIGENTE EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA? .....827  
404. POSICIÓN DE LUIS RECASENS SICHES SOBRE LA EQUIDAD.....828  
405. CRÍTICA A RECASENS SICHES .....832  
406. LA EQUIDAD ARISTOTÉLICA SÓLO ES FACTIBLE DENTRO DE UNA  
INTERPRETACIÓN FORMALISTA A ULTRANZA.....833

407.	LA EQUIDAD ARISTOTÉLICA Y LA TEORÍA DE LA ÚNICA SOLUCIÓN CORRECTA DE DWORKIN .....	835
408.	¿ES FACTIBLE EN EL DERECHO COLOMBIANO LA CONCEPCIÓN ARISTOTÉLICA DE EQUIDAD?.....	837
409.	OTROS SIGNIFICADOS DE LA EQUIDAD EN EL DERECHO COLOMBIANO.....	840

### SUBSECCIÓN III

#### LA ANALOGÍA

410.	QUÉ ES LA ANALOGÍA JURÍDICA.....	842
411.	ANÁLISIS DE LA DEFINICIÓN.....	843
412.	EN QUÉ CONSISTE LA IDENTIDAD DE RAZONES O DE <i>RATIO LEGIS</i> .....	847
413.	DIFERENCIA ENTRE LA CREACIÓN ANALÓGICA Y LA INTERPRETACIÓN EXTENSIVA.....	850
414.	LAS RELACIONES ENTRE LA ANALOGÍA Y EL ARGUMENTO <i>A CONTRARIO</i> .....	853
415.	LA ANALOGÍA EN MATERIA PENAL .....	855
416.	LA ANALOGÍA Y LA INTERPRETACIÓN EXTENSIVA EN MATERIA PENAL SEGÚN ENRIQUE BACIGALUPO.....	857

## CAPÍTULO CUARTO

### LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

417.	PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA Y PLAN.....	859
------	--	-----

#### SECCIÓN I

#### TEORÍAS QUE AFIRMAN LA DIFERENCIA ENTRE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL Y LA LEGAL

418.	PRINCIPIO BÁSICO DE ESTA TEORÍA .....	861
419.	DIFERENCIA ENTRE CONSTITUCIÓN MATERIAL Y CONSTITUCIÓN NORMATIVA SEGÚN SCHMITT.....	861
420.	INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA DE LA CONSTITUCIÓN, SEGÚN R. SMEND.....	862
421.	CRÍTICA A LAS TEORÍAS DE SCHMITT Y SMEND.....	865
422.	LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL EN DWORKIN .....	868
423.	LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL SEGÚN WROBLEWSKI.....	871
424.	TESIS DE GERARDO MONROY CABRA.....	873
425.	CRÍTICA AL PROFESOR MONROY CABRA .....	878

**SECCIÓN II**

**LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL Y LEGAL SON  
EPISTEMOLÓGICAMENTE HABLANDO, IGUALES**

426.	PLANTEAMIENTO DE ESTA TEORÍA.....	891
427.	ARGUMENTOS EN FAVOR DE LA IDENTIDAD ENTRE LA INTERPRETACIÓN LEGAL Y LA CONSTITUCIONAL.....	891
428.	EL JUEZ CONSTITUCIONAL NO PUEDE INTERPRETAR LA CONSTITUCIÓN SIGUIENDO SUS ÍNTIMAS CONVICCIONES, SINO DE ACUERDO CON LAS CONCEPCIONES DE LA SOCIEDAD DE LA CUAL ES JUEZ .....	896

**SECCIÓN III**

**LEGITIMACIÓN Y LÍMITES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL PARA EJERCER  
EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD MATERIAL DE LA LEY**

429.	PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	899
------	---------------------------------	-----

**SUBSECCIÓN I**

**LEGITIMIDAD DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL  
PARA EJERCER CONTROL CONSTITUCIONAL SOBRE EL  
CONTENIDO MATERIAL O AXIOLÓGICO DE LAS LEYES**

430.	CONFLICTO ENTRE DEMOCRACIA Y DERECHOS FUNDAMENTALES .....	900
431.	POSICIÓN PROPIA SOBRE LA LEGITIMIDAD DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.....	907
432.	PARA UNOS EL CONTROL MATERIAL CONSTITUCIONAL DEBE ESTAR EN CABEZA DEL PODER LEGISLATIVO; PARA OTROS EN CABEZA DE UN TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....	908
433.	AUTORES QUE ESTÁN EN CONTRA DEL CONTROL MATERIAL DE LAS LEYES POR PARTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....	911
434.	OPINIÓN DE HÁBERMAS (EL CONTROL CONSTITUCIONAL LO DEBE TENER EL MISMO PARLAMENTO).....	911
435.	OPINIÓN DE J. H. ELY .....	916
436.	OPINIÓN DE CARLOS BERNAL PULIDO .....	916
437.	OPINIÓN DE FORSTHOFF .....	917
438.	OPINIÓN DE ALEINIKOFF.....	917
439.	RÉPLICA DE BERNAL PULIDO A LOS AUTORES ANTES CITADOS.....	920
440.	POSICIÓN PERSONAL DE BERNAL PULIDO .....	925

441.	AUTORES QUE DEFIENDEN LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL .....	935
442.	OPINIÓN DE DWORKIN.....	936

**SUBSECCIÓN II**

**¿EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD MATERIAL  
DE LAS LEYES TIENE LÍMITES?**

443.	PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	938
444.	OPINIÓN DE CONRADO HESSEN.....	938
445.	LÍMITES ADMITIDOS POR LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA .....	947
446.	SOLUCIÓN EN CASO DE INCERTIDUMBRE CAUSAL SOBRE LOS EFECTOS DAÑINOS O BENÉFICOS DE UNA LEY.....	948
447.	EMPATE DE PONDERACIONES .....	952
448.	RESPECTO A LA PONDERACIÓN DE LAS MAYORÍAS DEMOCRÁTICAMENTE ELEGIDAS PARLAMENTO .....	955
449.	LEYES SOBRE POLÍTICA LABORAL, FISCAL Y SOCIAL.....	957
450.	LEYES SOBRE ORGANIZACIÓN DE LA PROPIEDAD PRIVADA.....	959
451.	LEYES EN MATERIA ECONÓMICA .....	960
452.	LEYES SOBRE TRATADOS COMERCIALES CON OTROS PAÍSES .....	961
453.	DIRIGIR LA FUERZA PÚBLICA Y CONSERVAR EL ORDEN PÚBLICO .....	962
454.	POSICIÓN PROPIA .....	963

**SECCIÓN IV**

**LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO**

455.	¿QUÉ ES LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO?.....	967
456.	PLAN .....	973

**SUBSECCIÓN I**

**TEORÍA DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN NORMA-NORMA O DE LA  
APLICACIÓN DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN EN TODOS LOS CASOS**

457.	TEORÍA VALORISTA DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO ....	974
458.	VARIABLES DE ESTA DOCTRINA .....	978
459.	LA NOCIÓN DE LAGUNA Y DE CASO DIFÍCIL EN LA TEORÍA VALORISTA O DEL NORMATIVISMO MORAL.....	980
460.	CÓMO EXPLICA LA DOCTRINA COMPARADA ESTA SOLUCIÓN .....	980

## TABLA DE CONTENIDO

---

461.	¿ES ESE EL DERECHO QUE SE APLICA EN COLOMBIA? .....	982
462.	JURISPRUDENCIA DE MAYO 19 DE 2005 .....	982
463.	LA CONSTITUCIONALIZACIÓN ASÍ ENTENDIDA ES INCOMPATIBLE CON EL ESTADO DE DERECHO .....	985
464.	CON LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO ASÍ CONCEBIDA, EL ESTADO PUEDE SER SOCIAL PERO NO SER DE DERECHO .....	988
465.	LA CONSTITUCIONALIZACIÓN VALORISTA DEL DERECHO ATENTA CONTRA LA OBLIGATORIEDAD DEL PRECEDENTE OBLIGATORIO Y LOS DERECHOS A LA SEGURIDAD Y A LA IGUALDAD JURÍDICAS .....	991
466.	LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEBE PONDERAR LOS DERECHOS DE TERCEROS AJENOS AL PROCESO.....	994
467.	LA RESTRICCIÓN NECESARIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DESTRUYE LA DOCTRINA DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO BASADA EN LA SOLUCIÓN MORALMENTE CORRECTA .....	996
468.	LA RESTRICCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN ALEXY .....	1000
469.	CONSECUENCIAS DE LA RESTRICCIÓN DE DERECHOS FRENTE A LA DOCTRINA DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA LEY .....	1003
470.	IMPOSIBILIDAD DE PRESCINDIR DE LAS LEYES DE DERECHO PRIVADO PARA SUSTITUIRLAS POR LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES .....	1004
471.	LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO (ENTENDIDA COMO SOLUCIÓN JUSTA DEL CASO CONCRETO) NO PUEDE DESCONOCER DERECHOS ADQUIRIDOS DE TERCEROS .....	1006
472.	NO SE PUEDE CONFUNDIR CONSTITUCIONALIZACIÓN CON PONDERACIÓN POR CONFLICTO DE DERECHOS .....	1009
473.	¿SE APLICA POR EL JUEZ DEL CASO CONCRETO LA CONSTITUCIONALIZACIÓN A NORMAS YA DECLARADAS EXEQUIBLES POR LA CORTE CONSTITUCIONAL? ..	1010
474.	¿LA CONSTITUCIONALIZACIÓN ENTENDIDA COMO LA NORMATIVIDAD VALORATIVA, BUSCA LA NORMA JUSTA EN GENERAL, O UNA SOLUCIÓN QUE PROTEJA AL DÉBIL DEL CASO CONCRETO? .....	1011
475.	¿DEFASE ENTRE LAS ENSEÑANZAS UNIVERSITARIAS Y LA REALIDAD JURÍDICA NACIONAL?.....	1014
476.	VEAMOS ALGUNOS EJEMPLOS .....	1015
477.	FALACIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL SENTENCIA (T-662/06) .....	1019
478.	LA CORTE CONSTITUCIONAL, EN SENTENCIA DE AGOSTO 10 DE 1994 (T-352), NIEGA LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO.....	1023

479.	¿EN QUÉ QUEDA PUES LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO ENTENDIDA COMO LA APLICACIÓN DE LA SOLUCIÓN MORALMENTE CORRECTA O CONSTITUCIONALMENTE JUSTA ASÍ SEA CONTRARIANDO LA LEY?.....	1024
------	---	------

## SUBSECCIÓN II

### LA CONSTITUCIONALIZACIÓN ENTENDIDA COMO LA CONFORMIDAD DE LAS LEYES CON LOS PRINCIPIOS, DERECHOS Y VALORES DE LA CONSTITUCIÓN

480.	¿ES POSIBLE OTRA INTERPRETACIÓN DEL CONCEPTO “CONSTITUCIONALIZACIÓN” DEL ORDEN JURÍDICO EN GENERAL Y DEL DERECHO PRIVADO EN PARTICULAR?.....	1025
481.	CONCLUSIÓN.....	1033

## CAPÍTULO QUINTO

### LA APLICACIÓN DEL DERECHO (LA TOMA DE LA DECISIÓN JUDICIAL)

482.	PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA Y PLAN.....	1035
------	--	------

## SECCIÓN I

### EL JUICIO DE PROPORCIONALIDAD (*PONDERACIÓN*)

483.	QUÉ ES LA PONDERACIÓN DE PRINCIPIOS .....	1037
484.	PLAN .....	1038

## SUBSECCIÓN I

### NOCIONES GENERALES SOBRE LA PONDERACIÓN

485.	LA PONDERACIÓN Y EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO.....	1039
486.	DERROTABILIDAD Y JERARQUÍA MÓVIL DE LOS PRINCIPIOS .....	1039
487.	LA PONDERACIÓN ES UN PROCESO SUBJETIVO PERO INDISPENSABLE.....	1040
488.	CASO DE DOS PONDERACIONES VÁLIDAS PERO CONTRADICTORIAS .....	1041
489.	PELIGROS IDEOLÓGICOS O ARBITRARIOS DE LA PONDERACIÓN.....	1042
490.	EN QUÉ CASOS PROCEDE LA PONDERACIÓN .....	1044
491.	ANÁLISIS DE LOS SUBPRINCIPIOS QUE REGULAN LA PROPORCIONALIDAD .....	1046
492.	IDONEIDAD.....	1046
493.	NECESIDAD .....	1047

## TABLA DE CONTENIDO

---

494.	PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO (PONDERACIÓN).....	1047
495.	CRÍTICA A ALEXY SOBRE SU OPTIMISMO EN RELACIÓN CON LA PONDERACIÓN ..	1048
496.	RELACIONES ENTRE LA PONDERACIÓN Y LA SUBSUNCIÓN .....	1051

### SUBSECCIÓN II

#### ANÁLISIS DE LA DOCTRINA SOBRE LA PONDERACIÓN

497.	LA PONDERACIÓN EN LA DOCTRINA .....	1054
498.	POSICIÓN PROPIA .....	1056

### SECCIÓN II

#### JUSTIFICACIÓN DE LA DECISIÓN O TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN

499.	PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA .....	1059
500.	PLAN .....	1060

### SUBSECCIÓN I

#### NOCIONES GENERALES SOBRE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

501.	LA ARGUMENTACIÓN ES INDISPENSABLE EN TODAS LAS DECISIONES CONJUNTAS DE LA VIDA DIARIA .....	1061
502.	LA JUSTIFICACIÓN RACIONAL NO CONSISTE EN BUSCAR ARGUMENTOS PARA TOMAR LA DECISIÓN QUE EL HABLANTE CONSIDERE AXIOLÓGICAMENTE JUSTA .....	1061
503.	LA ARGUMENTACIÓN EN LOS CASOS FÁCILES Y EN LOS CASOS DIFÍCILES .....	1063
504.	LA CORTE CONSTITUCIONAL —SENTENCIA C. 551 2003— DESCONOCE ESTOS PRINCIPIOS O FUNDAMENTOS DE LA ARGUMENTACIÓN .....	1064
505.	QUÉ SE ENTIENDE POR JUSTIFICACIÓN RACIONAL.....	1068
506.	LOS ENFOQUES LÓGICO, RETÓRICO Y DIALÓGICO DE LA ARGUMENTACIÓN .....	1069
507.	LA JUSTIFICACIÓN INTERNA Y EXTERNA EN EL ENFOQUE DIALÓGICO.....	1072
508.	LA LÓGICA DEDUCTIVA EN EL PROCESO DE ARGUMENTACIÓN.....	1073
509.	LA ARGUMENTACIÓN SUPONE EL RESPETO DEL DERECHO POSITIVO .....	1078
510.	PASOS A SEGUIR EN EL PROCESO DE ARGUMENTACIÓN EN UN CASO DIFÍCIL SEGÚN MANUEL ATIENZA .....	1083
511.	LA ARGUMENTACIÓN COMO DIÁLOGO REAL O IMAGINARIO .....	1085
512.	EL JUEZ ESTÁ OBLIGADO A DESTRUIR CON ARGUMENTOS LA ARGUMENTACIÓN DE LA PARTE PERDEDORA DEL LITIGIO .....	1087

513.	VENTAJAS Y LIMITACIONES DE LA ARGUMENTACIÓN .....	1088
514.	UN BUEN JUEZ NO SE CONTRADICE NI APLICA SUS ARGUMENTOS DEPENDIENDO DEL CASO CONCRETO. EL FALLO SOBRE LA INMUNIDAD PARLAMENTARIA .....	1089
515.	CONTEXTO DEL DESCUBRIMIENTO Y CONTEXTO DE LA JUSTIFICACIÓN .....	1092
516.	ARGUMENTACIÓN INTERNA Y EXTERNA .....	1094
517.	AÚN EN LOS CASOS FÁCILES ES NECESARIA LA ARGUMENTACIÓN INTERNA .....	1095
518.	LA ARGUMENTACIÓN FÁCTICA (EMPÍRICA) Y LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA O NORMATIVA .....	1096
519.	JUSTIFICACIÓN DE LA PREMISA FÁCTICA (ARGUMENTACIÓN SOBRE LOS HECHOS TENIDOS EN CUENTA EN LA SENTENCIA) .....	1096
520.	LA JUSTIFICACIÓN DE LA PREMISA NORMATIVA .....	1101

## SUBSECCIÓN II

### LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN LA OBRA DE ROBERT ALEXY

521.	INTRODUCCIÓN Y PLAN .....	1102
------	---------------------------	------

## I

### LA FUNDAMENTACIÓN DE LAS PROPOSICIONES O ENUNCIADOS NORMATIVOS SEGÚN ALEXY

522.	LA PRETENSIÓN DE CORRECCIÓN DEL DISCURSO .....	1103
523.	QUÉ SE ENTIENDE POR SOLUCIÓN JURÍDICA CORRECTA O RACIONAL .....	1104
524.	QUÉ SE ENTIENDE POR DISCURSO PRÁCTICO .....	1105
525.	LAS REGLAS Y FORMAS DEL DISCURSO PRÁCTICO GENERAL .....	1108
526.	EL DISCURSO JURÍDICO COMO CASO ESPECIAL DEL DISCURSO PRÁCTICO GENERAL .....	1109
527.	QUÉ SE ENTIENDE POR PROPOSICIÓN O ENUNCIADO NORMATIVO .....	1112
528.	ANÁLISIS DE ALEXY SOBRE LAS TEORÍAS QUE EXPLICAN LA FUNDAMENTACIÓN DE LAS PROPOSICIONES O ENUNCIADOS NORMATIVOS, ENTRE ELLOS LA DECISIÓN JUDICIAL .....	1113

## A

### LOS MÉTODOS DE INTERPRETACIÓN JURÍDICA COMO BASE DE LA FUNDAMENTACIÓN DE LOS ENUNCIADOS O LAS PROPOSICIONES NORMATIVAS

**B**

**LA FUNDAMENTACIÓN DE LAS PROPOSICIONES O ENUNCIADOS NORMATIVOS  
MEDIANTE UN SISTEMA DE ENUNCIADOS (AFORISMOS JURÍDICOS)**

**C**

**LAS PROPOSICIONES O ENUNCIADOS NORMATIVOS FUNDAMENTADOS EN VALORES**

**D**

**ALEXY Y EL DISCURSO PRÁCTICO GENERAL COMO FUNDAMENTACIÓN  
DE LAS PROPOSICIONES O ENUNCIADOS NORMATIVOS**

529. ANÁLISIS DE LA DEFINICIÓN DE ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN ALEXY ..... 1131

**II**

**ANÁLISIS DEL DISCURSO PRÁCTICO GENERAL Y DEL DISCURSO  
JURÍDICO COMO UN CASO ESPECIAL DEL PRIMERO**

530. DIVISIÓN..... 1138

**A**

**TEORÍA DEL DISCURSO PRÁCTICO RACIONAL GENERAL**

531. DIVISIÓN..... 1138  
1º.) CONCEPTOS BÁSICOS SOBRE EL DISCURSO PRÁCTICO GENERAL ..... 1138
532. CONCEPTO DE DISCURSO PRÁCTICO RACIONAL GENERAL ..... 1139
533. EL PROBLEMA DE LA FUNDAMENTACIÓN DE LAS PROPOSICIONES  
NORMATIVAS ..... 1139
534. TEORÍAS SOBRE LAS REGLAS DEL DISCURSO..... 1146  
2º). LAS REGLAS Y FORMAS DEL DISCURSO PRÁCTICO GENERAL..... 1149
535. REGLAS DE DIVERSO TIPO EN EL DISCURSO PRÁCTICO GENERAL  
SEGÚN ALEXY ..... 1149  
    §A). *Las reglas fundamentales* ..... 1150
536. VALIDEZ NECESARIA DE LAS REGLAS FUNDAMENTALES..... 1150  
    §B). *Las reglas de la razón*..... 1156
537. EN QUÉ CONSISTEN LAS REGLAS DE LA RAZÓN ..... 1156  
    §C). *Las reglas sobre la carga de la argumentación*..... 1161
538. RAZÓN DE SER DE LAS REGLAS SOBRE LA CARGA DE LA ARGUMENTACIÓN .... 1161
539. ANÁLISIS DE CADA UNA DE LAS REGLAS DE LA ARGUMENTACIÓN..... 1163

	§D). <i>Las Formas de Argumento</i> .....	1167
540.	(RESERVADO) .....	1167
541.	LAS FORMAS DEL ARGUMENTOS SON PROPIAS DEL DISCURSO PRÁCTICO .....	1167
542.	LAS DOS FORMAS DE ARGUMENTO DE SEGUNDO NIVEL.....	1169
	§E). <i>Las reglas de prioridad</i> .....	1169
	§F). <i>Las reglas de fundamentación</i> .....	1170
543.	DIFERENCIA ENTRE REGLAS DE FUNDAMENTACIÓN Y REGLAS FUNDAMENTALES.....	1170
	§G) <i>Las reglas de transición</i> .....	1180
544.	INSUFICIENCIA DE LA ARGUMENTACIÓN PRÁCTICA .....	1180
	§H) <i>Insuficiencia del discurso práctico general</i> .....	1182
545.	IMPOSIBILIDAD DE UN ARREGLO DEFINITIVO.....	1182
	§I). <i>Síntesis de las reglas y formas del discurso práctico     general</i> .....	1183

## B

### ALEXY Y LA TEORÍA DEL DISCURSO JURÍDICO COMO CASO ESPECIAL DEL DISCURSO PRÁCTICO GENERAL

546.	PLAN .....	1187
	1º.) NOCIONES GENERALES SOBRE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA CONSIDERADA COMO UN CASO ESPECIAL DEL DISCURSO PRÁCTICO GENERAL .....	1187
547.	CÓMO DISTINGUIR ENTRE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN TANTO QUE CASO ESPECIAL, Y LA ARGUMENTACIÓN PRÁCTICA GENERAL .....	1188
548.	LA TESIS DEL CASO ESPECIAL .....	1189
549.	RESPUESTA DE ALEXY A LOS CRÍTICOS DE SU TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA CONSIDERADA COMO UN CASO ESPECIAL DEL DISCURSO PRÁCTICO GENERAL .....	1190
550.	PASO A LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA, SEGÚN ALEXY .....	1195
	2º.) RASGOS FUNDAMENTALES DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA, SEGÚN ALEXY .....	1196
551.	JUSTIFICACIÓN INTERNA Y EXTERNA .....	1196
	§A) <i>La Justificación Interna Según Alexy</i> .....	1196
552.	FINALIDAD DE LA JUSTIFICACIÓN INTERNA.....	1196

TABLA DE CONTENIDO

553.	<i>REGLAS Y FORMAS PARA LA JUSTIFICACIÓN INTERNA</i> .....	1197
554.	DESARROLLO DE LA <i>FORMA (J.I.I.)</i> .....	1199
555.	SÍNTESIS DE LAS REGLAS Y FORMAS DE LA JUSTIFICACIÓN INTERNA SEGÚN ALEXY .....	1208
	§B). <i>La justificación externa según Alexy</i> .....	1209
556.	OBJETO DE LA JUSTIFICACIÓN EXTERNA.....	1209
557.	LOS ENUNCIADOS EMPÍRICOS.....	1211
558.	TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN EN SENTIDO ESTRICTO .....	1212
559.	INTERRELACIÓN DE LOS TRES MÉTODOS DE FUNDAMENTACIÓN .....	1212
560.	LOS SEIS GRUPOS DE REGLAS Y FORMAS DE LA JUSTIFICACIÓN EXTERNA SEGÚN ALEXY .....	1213
	1.) <i>SOBRE LA ARGUMENTACIÓN EMPÍRICA</i> .....	1214
561.	IMPORTANCIA DE LA ARGUMENTACIÓN EMPÍRICA .....	1214
	2.) <i>REGLAS Y FORMAS DE LA INTERPRETACIÓN</i> .....	1215
562.	SELECCIÓN DE MÉTODOS DE INTERPRETACIÓN .....	1215
	A) <i>ARGUMENTO BASADO EN EL MÉTODO SEMÁNTICO DE INTERPRETACIÓN</i> .....	1219
563.	FORMULACIÓN DEL MÉTODO SEMÁNTICO DE INTERPRETACIÓN.....	1219
	B) <i>EL ARGUMENTO BASADO EN EL MÉTODO GENÉTICO DE INTERPRETACIÓN</i> .....	1222
564.	CUÁNDO SE PRESENTA Y CÓMO SE FORMULA.....	1222
	C) <i>EL ARGUMENTO BASADO EN EL MÉTODO HISTÓRICO DE INTERPRETACIÓN</i> .....	1227
565.	¿EN QUÉ CONSISTE? .....	1227
	D) <i>EL ARGUMENTO BASADO EN EL MÉTODO COMPARATIVO DE INTERPRETACIÓN</i> .....	1228
566.	¿EN QUÉ CONSISTE? .....	1228
	E) <i>EL ARGUMENTO BASADO EN EL MÉTODO SISTEMÁTICO DE INTERPRETACIÓN</i> .....	1229
567.	¿EN QUÉ CONSISTE? .....	1229
	F) <i>EL ARGUMENTO BASADO EN EL MÉTODO TELEOLÓGICO DE INTERPRETACIÓN</i> .....	1231
568.	ANÁLISIS DE LOS CONCEPTOS FIN Y MEDIO .....	1231
569.	EL PAPEL DE LOS CÁNONES DE INTERPRETACIÓN EN EL DISCURSO JURÍDICO ....	1236
570.	EL CAMPO DE APLICABILIDAD DE LOS CÁNONES DE INTERPRETACIÓN.....	1236

571.	EL STATUS LÓGICO DE LOS CÁNONES DE INTERPRETACIÓN .....	1237
572.	EL REQUISITO DE <i>SATURACIÓN</i> EN LA APLICACIÓN DE LOS CÁNONES DE INTERPRETACIÓN .....	1238
573.	FUNCIONES DE LAS DIVERSAS FORMAS DE INTERPRETACIÓN.....	1241
574.	EL PROBLEMA DE LA JERARQUÍA DE LOS CÁNONES DE INTERPRETACIÓN.....	1241
575.	DE QUÉ MANERA HAY QUE USAR OPORTUNAMENTE LAS DISTINTAS FORMAS DE ARGUMENTOS .....	1243
	3.) <i>REGLAS DE LA ARGUMENTACIÓN DOGMÁTICA</i> .....	1247
576.	QUÉ SE ENTIENDE POR DOGMÁTICA.....	1247
577.	LOS ENUNCIADOS DE LA DOGMÁTICA JURÍDICA .....	1252
578.	EL USO DE LOS ENUNCIADOS DOGMÁTICOS .....	1256
579.	LA FUNDAMENTACIÓN Y PRUEBA DE LOS ENUNCIADOS DOGMÁTICOS .....	1257
580.	FUNCIONES DE LA DOGMÁTICA .....	1263
581.	ARGUMENTACIÓN DOGMÁTICA Y ARGUMENTACIÓN PRÁCTICA GENERAL .....	1266
	4.) <i>SOBRE EL USO DE LOS PRECEDENTES</i> .....	1268
582.	IMPORTANCIA DEL USO DE LOS PRECEDENTES .....	1268
583.	LA REGLA DE LA CARGA DE LA ARGUMENTACIÓN.....	1269
	5.) <i>SOBRE EL USO DE FORMAS DE ARGUMENTOS JURÍDICOS ESPECIALES (ANALOGÍA, ARGUMENTUM E CONTRARIO, ARGUMENTUM A FORTIORI Y ARGUMENTUM AD ABSURDUM. ....</i>	1273
584.	EN QUÉ CONSISTEN LAS FORMAS DE ARGUMENTOS JURÍDICOS ESPECIALES.....	1273
	6.) <i>SÍNTESIS DE LAS REGLAS Y FORMAS DE LA JUSTIFICACIÓN EXTERNA EN LA OBRA DE ALEXY</i> .....	1278

## PRÓLOGO

.....

*Advertencia al lector:* llamo la atención de quien abra por primera vez este libro, para que antes de comprarlo, conozca que, contrario a la usanza, él está lleno de largas citas doctrinales y jurisprudenciales que han aumentado notoriamente el tamaño de los dos tomos. Pero no se trata de transcribir citas ajenas para aparentar un gran tratado. Es el propósito deliberado de poner a disposición del lector que carece de tiempo y de libros especializados, una serie de doctrinas y de fallos de necesaria lectura para poder tomar una posición libre e ilustrada frente a los problemas aquí tratados. Presento excusas de antemano si esta metodología incomoda a los especialistas que no requieren dicha información.

.....

\*\*\*

### I

La Constitución de 1991, y el devenir jurisprudencial de la nueva Corte Constitucional, trajeron consigo una verdadera revolución intelectual en relación con la forma de interpretar los textos constitucionales y legales en general.

En efecto, aunque los especialistas en filosofía del derecho en Colombia ya tenían conocimiento de las obras que en el mundo entero pregonaban, desde hace décadas, las doctrinas contrarias a la interpretación semántica del derecho, lo cierto es que nuestros jueces continuaban, y muchos de ellos continúan aplicando los textos normativos vigentes, sin perjuicio de un cierto margen de libertad creativa basada en los diversos métodos clásicos de interpretación jurídica, en los casos oscuros y en los vacíos o lagunas normativas. Es decir, se tenía y parcialmente todavía se tiene, una visión positivista del derecho y de su aplicación.

Las que he denominado como doctrinas antisemánticas son de la más variada pelambre, y lo único que tienen en común es una mayor o menor aversión hacia la interpretación idiomática o textual de las normas vigentes. Para algunas de ellas, es la Constitución fundada en valores superiores lo que marca el derrotero que debe seguir el juez al aplicar el derecho a cada caso concreto, sacrificando el texto de las normas de rango inferior, inclusive si se trata de normas constitucionales, pues todo el orden jurídico estaría sometido a una interpretación teleológica superior. Es decir, la actividad judicial se reduce a una aplicación directa a los casos concretos, de los principios superiores de la Constitución. En Colombia, esta doctrina se ha incorporado bajo la denominación de “*El nuevo derecho*”.

Pero dentro de esta interpretación valorista existen, repito, los más variados matices, pues algunas de las escuelas, inclusive de las que parecieran ser más radicales en contra de la interpretación semántica, hallamos algunas que no rechazan por completo, los textos positivos vigentes. Así por ejemplo, DWORKIN, después de proponer su teoría del derecho como integridad, y de la única solución correcta, admite que su propuesta es una utopía que no se aplica en ninguna parte del mundo, y que por lo tanto, HÉRCULES, su juez ideal, tendrá que aplicar las leyes vigentes en el sistema positivo imperante. Y ALEXY, filósofo de la teoría de los principios y derechos fundamentales, y de la teoría de la argumentación jurídica, admite que pese a las incidencias de la moral en la creación y en la aplicación del derecho, el juez está limitado en su creatividad por el discurso jurídico vigente, que no es otra cosa que el respeto por la interpretación semántica del derecho positivo. Además, el connotado filósofo alemán advierte que el Estado Social de Derecho es imposible de realizar si la aplicación del derecho se hace exclusivamente con base en los valores de la Constitución. Finalmente, DUNCAN KENNEDY, estandarte de la escuela de los estudios críticos del derecho, admite que si él como juez, después de una larga reflexión sobre las normas aplicables para obtener la solución a la que quisiera llegar, encuentra que los textos positivos vigentes no se lo permiten, no tiene más solución que aplicar dichos textos, así no esté de acuerdo con ellos, o renunciar para que otro juez llegue y los aplique.

Es de observar que todas estas escuelas son englobadas indebidamente bajo la denominación de “neoconstitucionalismo”, debido a sus preferencias por los valores y principios constitucionales, así sea en desmedro de la ley. Su interpretación la llamamos “valorista”.

Pero aún no se ha dado la última palabra, pues pasados 20 años de la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, el positivismo discrecional o

incluyente, que no rechaza *per se*, la inclusión de valores en la Constitución, en la ley, y en la interpretación de la una y de la otra, tiene todavía mucho que decir, no tanto a favor de sus principios sino en contra de los despropósitos y caos generados por la interpretación incontrolada propuesta por el valorismo. El debate está sobre la mesa. De un lado, los denominados nuevo derecho y neoconstitucionalismo ideológico, y del otro, el neoconstitucionalismo teórico y el positivismo incluyente o discrecional.

## II

De entre todas esas corrientes hay que reconocer que en los medios universitarios y judiciales la que mayor suceso ha tenido en Colombia es la del nuevo derecho, que con una gran producción bibliográfica y amor por la justicia, ha liderado el profesor DIEGO LÓPEZ MEDINA. La esencia de su construcción se basa en dos pilares fundamentales: de un lado, en la interpretación teleológica de todo el orden jurídico, tendiente a la realización de los valores superiores de la Constitución, en especial del artículo 1, que establece que Colombia es un Estado Social de Derecho, así sea dejando de lado, las demás normas legales y algunas constitucionales. Y del otro, en su concepción política de la actividad judicial. Pero entendida la actividad política como una forma de lucha por el poder político, entre el poder judicial y las demás ramas del poder público. Y detrás de esa lucha por el poder político, la puja por una lucha de clases.

En efecto, DIEGO LÓPEZ MEDINA (*El derecho de los jueces 2.ed. p. 267*), expresa sin lugar a dudas que la función de los jueces es la lucha contra otras ramas del poder público para apropiarse de las funciones de estos. Al respecto afirma:

*“Sería extraño que los actores jurídico políticos se limitaran pasivamente a aceptar arreglos distributivos de la potestad de creación de normas, sin dar batallas por aumentar su capacidad sobre tan importante insumo político –es decir luchar por el poder de legislar que por Constitución le corresponde al Parlamento– (...) El análisis anterior muestra que la puja por el control de las fuentes del derecho es una confrontación con contenido político entre ramas del poder público y, detrás de dichas ramas, –la confrontación– entre formaciones sociales con maneras alternativas de entender el estado y la sociedad en la que cada grupo interesado usa recursos político constitucionales para modelar a su favor los contornos del sistema”.*

O sea que, pese a la decisión democrática y soberana del constituyente primario, de otorgarle al legislador la facultad de hacer las leyes, LÓPEZ MEDINA

piensa que los jueces no deben resignarse a esa decisión del pueblo, sino que deben luchar por apropiarse de las citadas facultades.

Y el pretexto sugestivo para justificar tal punto de vista, según el discurso de algunos de sus seguidores, radica en que las fuerzas reaccionarias representadas por el ejecutivo y por el legislativo nada hacen para proteger a los débiles, y entonces se hace necesario que esa función la supla el poder judicial. Es decir, esta doctrina se resigna a lograr un Estado Social pero sacrificando la democracia y en general el Estado de Derecho. Empero, como veremos a lo largo de estas páginas, el Estado Social de Derecho de los países más desarrollados económica, cultural y políticamente, nos muestra que la garantía de los derechos humanos y los sociales o económicos, es perfectamente compatible con la soberanía del pueblo, la división de poderes y el pluralismo partidista. No es pues, un problema de progresismo político o jurídico, como nos lo quieren hacer creer los contradictores del positivismo jurídico incluyente, sino de una lucha de clases y otra entre los jueces y las ramas legislativa y ejecutiva, por el poder político, lo que en el fondo conduce a una lucha contra el pluralismo partidista, representado por el parlamento y por el gobierno libremente elegidos. Es todo lo contrario a un Estado Social de Derecho.

### III

Y dentro de ese candente debate, ¿qué camino ha tomado la jurisprudencia de la Corte Constitucional?

En primer lugar, no cabe duda del carácter democrático y humanista de los magistrados que durante los 20 años de existencia han oficiado en el Tribunal Constitucional nuestro. Con todo, desde el comienzo, la Corte Constitucional ha incursionado con agudas y al parecer decisivas sentencias a favor de las teorías valoristas, y en contra de las otras dos ramas del poder público, invadiendo inclusive las funciones de éstas, basándose en autores de las más variadas corrientes anti semánticas. En líneas generales, es la consagración de la tesis del nuevo derecho. Sin embargo, en muchas, en muchas decisiones, la Corte se comporta como un tribunal tradicional de derecho positivo, con lo cual genera una verdadera incertidumbre cuando un observador externo pretende encontrar la verdadera línea interpretativa de la corporación. No hay pues, una línea interpretativa definida por parte de la Corte Constitucional.

Lo que uno percibe es la intención de los magistrados de la corte, de paliar los 200 años de pobreza, injusticias y desigualdades que han ensombrecido la realidad colombiana. Lo que los demás poderes no hacen o no han hecho,

quiere hacerlo la corte, a cualquier costo y lo más rápidamente posible. De esa injusticia nadie duda. Pero para su corrección ¿es ese el camino?

No cabe duda de que la Corte Constitucional ha puesto el orden jurídico a la mano de los débiles y necesitados de la protección del derecho. Eso es innegable. Sin embargo, el exceso de proteccionismo, viene produciendo un peligroso desequilibrio en cuanto a la seguridad jurídica, el principio de legalidad y la garantía a todos los colombianos, del mínimo vital. Las finanzas del Estado ya no alcanzan ni para proteger a los demandantes en tutela. Y ni qué decir de aquellos pobres que ni siquiera tienen la fortuna de disponer de un abogado que los asesore para alcanzar la protección del Estado.

He ahí el dilema que pretende analizar esta obra. Todos estamos de acuerdo en realizar una verdadera democracia, una verdadera justicia, una adecuada distribución de la riqueza, y una verdadera paz. Con todo, algunos pensamos que el progresismo político no consiste en que los jueces invadan las funciones de las otras ramas del poder público, que por falta de recursos no tienen forma de garantizar, como es lo deseable, todos los derechos constitucionales vigentes, pues como veremos, esa invasión no controlada ni controlable deriva en un sistema totalitarista y monolítico, como lo reconoce la misma Corte Constitucional, en su Sentencia SU-111-1997. Pensamos también que sólo una acción política convincente y coherente, que permita el pluralismo, y el bienestar mínimo de todos los individuos, nos permitirá vivir democráticamente. Si el parlamento actual no sirve, hagamos conciencia política para queelijamos acertadamente. La historia no se hace de la noche a la mañana.

La discrepancia no es en consecuencia, entre progresistas amigos de los pobres, y reaccionarios amigos del parlamento, representante de los grupos dominantes. La verdadera discrepancia es en cuanto al momento y a la forma de alcanzar no sólo que el Estado sea Social, sino que también y por esencia, sea de Derecho.

## IV

Pero independientemente de la coherencia o incoherencia de la línea interpretativa de la Corte Constitucional, lo cierto es que ella, en su afán de hacer justicia en favor de los débiles, ha acumulado en los últimos 20 años un poder desmedido que así hubiera sido sin proponérselo, tiene en serio peligro el equilibrio de pesos y contrapesos que exige la marcha institucional del país. Veamos a continuación los pasos que ha recorrido la Corte Constitucional, para alcanzar el poder omnímodo que hoy detenta, en aras de cumplir su cometido.

- a) En primer lugar, mediante sentencias paradigmáticas sin posibilidad de control, acude a una interpretación antisemántica y valorista de las leyes y de algunas normas constitucionales. Como se ve, la esencia de esta interpretación conduce a la sustitución del derecho legal y constitucional hecho por el pueblo o por el parlamento, por un derecho basado en reglas o subreglas creadas por la misma Corte Constitucional. En innumerables oportunidades, los textos normativos sucumben como fichas de cartón, arrasadas por la imagen omnipresente de la presunta sentencia justa. Es la opinión subjetiva de los magistrados, así sea bien intencionada y justificada axiológicamente, contra las normas previamente establecidas por el poder constituyente. En esa forma, el decisionismo de la corte sustrae a punta de sentencias, buena parte del contenido normativo de los códigos y demás sistemas legales o administrativos. Es el aniquilamiento lento pero seguro del poder parlamentario y del poder ejecutivo.
- b) En segundo lugar, contrariando la claridad del artículo 230 de la Constitución, la Corte Constitucional convierte en obligatorios sus propios precedentes, con lo cual unifica el derecho judicial bajo su óptica valorista e ideológica, hasta el punto de convertir en prevaricato el desobedecimiento de uno de esos precedentes. Es la mejor manera de aniquilar la función legisladora del parlamento.

Dicho de otra forma, lo que le interesa a esta doctrina es no respetar el derecho positivo vigente, aquel creado soberanamente por el constituyente primario o por el parlamento como medio de lograr la convivencia pacífica, sino convertir la actividad judicial en uno de tantos métodos de lucha por el poder político, así hasta ahora todo se haya hecho a nombre de los derechos fundamentales, lo que genera la sensación de una verdadera democracia participativa. El problema es que si bien hoy, en Colombia, ese mecanismo se utiliza en defensa de los más desprotegidos, y por ello tiene tanto prestigio en la sociedad, en los medios de comunicación y en el mundo académico no especializado, ansiosos todos ellos de justicia material, de todas formas contiene, como la han denunciado autores de rancia estirpe neoconstitucionalista, como FERRAJOLI, la semilla larvada de un totalitarismo conservadurista contrario al pluralismo de partidos, pues en tanto que lucha por el poder, lo que le interesa es imponer su ideología de izquierda o de derecha, mediante decisiones judiciales basadas no en el derecho normativo creado por el constituyente primario o por el parlamento, sino en su capacidad de decisión sin control, maquillada con los valores máximos de la Constitución. Es la fuerza del soberano

judicial que tiene la posibilidad de imponer y de derogar normas sin pasar por la decisión de las mayorías democráticas. Se decide lo que se quiere, todo a nombre del artículo 1 de la Carta Política que nos dice que Colombia es un Estado Social de Derecho.

- c) En tercer lugar, desconociendo la claridad de los artículos 374 y siguientes de la Constitución, la corte le cierra al pueblo cualquier posibilidad de reformar la Constitución, lo que convierte a dicha corporación en un poder soberano que falla a su gusto, sin que nadie pueda, dentro de la legitimidad del derecho, hacer nada en contra de ese proceder. El pueblo sólo puede hacer lo que la Corte Constitucional le permita.
- d) Y en cuarto lugar, la Corte Constitucional se inventó una reglamentación arbitraria y desigual para la revisión de las tutelas por parte de la misma Corporación. En efecto, desde hace años vengo denunciando el tráfico dañino de influencias de exmagistrados, políticos, grupos económicos y hasta delincuenciales, para que un fallo de tutela sea seleccionado para revisión. Y lo que es peor aún: para que una tutela ya desechada, rescite mediante el mecanismo perverso del recurso de insistencia, interpuesto por los mismos magistrados de la corte. El tiempo me dio la razón: ya hay personas procesadas penalmente por sobornos para la selección y revisión de fallos de tutela. En esta forma, toda la Constitución y su principio de igualdad, quedaron desfondados por el capricho ideológico o interesado de algunos los magistrados de la Corte Constitucional (excepcionales, por fortuna). Las normas y las sentencias proferidas en franca lid judicial nada valen, sólo vale la voluntad de quienes en la cima de la constitucionalidad, deciden sin control.

## V

Frente a estas doctrinas y jurisprudencias tan sugestivas, puesto que todo se hace en un comienzo a favor de los desposeídos, pretende esta obra defender de veras la teoría del Estado Social de Derecho, como una institución concebida para realizar el ideal de una sociedad pluralista, democrática, pacífica, igualitaria, libre, armónica, con un bienestar mínimo para todos los individuos, y sometida a reglas claras de comportamiento, es decir, sometida al principio de legalidad y a la igualdad de las diversas ramas del poder político. No abogo, como jurista, para que la ideología dominante sea de izquierda o de derecha, sino para que se respete el Estado Social de Derecho, con las características que acabo de anotar. Dentro de esos límites, cada quien puede asumir la posición política que quiera, pero respetando esas condiciones mínimas, por las que hay que luchar hasta el final.

Desde luego, debo reconocer que no todos los jueces que actualmente aplican esta particular forma de interpretar el derecho pertenecen a esa ideología antidemocrática. Muchos, la mayoría diría yo, siguen siendo hombres del más rancio abolengo democrático y pluralista, que creen que como jueces deben aplicar justicia real en favor de tantos menesterosos que hay en el país. El problema que yo constato radica en que con ese comportamiento sabio y justo, sin proponérselo, están cayendo en el juego de quienes buscan a toda costa que el sistema judicial desplace al ejecutivo y al legislativo, así el Estado Social de Derecho se derrumbe. No se trata en consecuencia de hacer sindicaciones o señalamientos de tipo ideológico sobre los magistrados de la Corte Constitucional. Critico simplemente una forma de aplicar el derecho, independientemente de lo que piensen los jueces desde el punto de vista del Estado y del Derecho. Es el análisis objetivo de las consecuencias que para la democracia tiene el incontrolado decisionismo de los jueces, poco importa quiénes sean sus aplicadores. Es más: estoy seguro de que en el espíritu de cada uno de los magistrados late el ideal de una verdadera justicia y de una verdadera democracia e igualdad. Lo que sucede es que en la forma como lo hacen, por realizar a como dé lugar, el Estado Social, destruyen, sin proponérselo, el Estado de Derecho.

De otro lado, advierto que no utilizaré un solo pretexto o diatriba política contra los partidarios de estas doctrinas, me limitaré a explicarlas y a demostrar con argumentos jurídicos, casi todos ellos tomados de autores como DWORKIN, ALEXY, HABERMAS y KENNEDY, que el valorismo absoluto e incontrolado, aunque en el fondo busca la realización de un Estado de bienestar, lo hace a costa del Estado de Derecho y del principio de legalidad. Es decir, a costas de la democracia.

A propósito de los citados autores, mostraré cómo buena parte de los doctrinantes partidarios de la teoría del nuevo derecho o del neoconstitucionalismo ideológico se apoyan en ellos, pero los citan fuera de contexto, con lo cual el lector desprevenido piensa que lo que hoy se predica y se aplica en Colombia es una verdad revelada y pacífica en el derecho contemporáneo. Pero no es así, ya que los maestros arriba citados, si bien reconocen acertadamente que hay principios y valores constitucionales que irradian todas las leyes, doctrina que comparto plenamente, no es menos cierto que cuando uno los lee en detalle, se da cuenta de que aunque muestran sus preferencias por un derecho ideal, finalmente aceptan el respeto por las leyes vigentes y por los textos constitucionales, como hombres que respetan y apoyan el Estado de Derecho y el principio de legalidad.

Aunque no es este el momento de analizar una a una todas mis quejas frente a esta manera de concebir el derecho y sobre todo la actividad judicial, lo cierto es que buena parte del contenido del texto se orienta a demostrar la inobservancia pura y simple, por parte de la corte, de muchas disposiciones de la Constitución, entre ellas, los artículos 3, 85, 230 y 374 a 377, así como las nefastas consecuencia que de ello se derivan. El artículo 3 establece límpidamente que la soberanía radica en el pueblo, y que éste la podrá ejercer directamente o por medio del parlamento; el art. 85 establece sin duda alguna, que los derechos económicos y sociales no los puede aplicar la Corte Constitucional en forma directa, porque ello conduce a un desorden peligroso en las finanzas públicas, similar al que hoy vivimos en materia de salud, hasta el punto que las tutelas se están quedando en letra muerta; el artículo 230 establece que el juez sólo estará sometido al imperio de la ley, entendida en sentido amplio, y que la jurisprudencia es criterio auxiliar de la actividad judicial. Pero la corte impuso la tesis del desconocimiento de las leyes o de la Constitución bajo el argumento de que es deber suyo defender los valores máximos prescritos en la Carta Política, y como si fuera poco, dispuso que sus precedentes deben ser cumplidos por los jueces de instancia pues de lo contrario incurren en el delito de prevaricato. Finalmente, los artículos 374 y siguientes regulan los mecanismos de reforma a la Constitución, sin que haya duda de que todas las normas constitucionales pueden ser cambiadas por el pueblo mediante una asamblea constituyente o un referendo, o por el parlamento mediante acto legislativo. Sin embargo, la corte, de seguro, por motivos políticos coyunturales más o menos justificados, dispuso que ciertas normas constitucionales, que nunca ha querido identificar, no puedan ser cambiadas ni por el parlamento ni por el pueblo mediante referendo, con lo cual la democracia ha sido sacrificada hacia el futuro. Sólo la corte puede dejar de lado la Constitución escrita y las leyes vigentes, argumentando su calidad de guardiana de la carta. Vaya paradoja.

## VI

Estamos en poder de la aristocracia de los intelectuales o de los llamados ideólogos políticos. Muchos de ellos hablan de la dictadura de las mayorías. Como decía SCHMITT, tan defendido en Colombia, el pueblo no tiene capacidad de decidir directamente y por lo tanto debe haber un representante sabio y justo que lo guíe en este andar por el mundo. La corte no deja que el pueblo decida, por miedo a que lo engañen. Eso pensaban los ideólogos del nazismo, para legitimar la dictadura de HITLER.

Empero, frente a lo que afirman los neoconstitucionalistas ideológicos, los partidarios del nuevo derecho, y los amigos de gobiernos de partido único totalitario, la línea de pensamiento a la que me suscribo es la denominada “positivismo incluyente” o si se quiere el “neoconstitucionalismo teórico”. Estas doctrinas admiten gustosas que la Constitución contenga principios, valores y derechos fundamentales concebidos como auténticos imperativos que deben ser aplicados dentro de la medida de lo posible por los jueces de todo rango. Pero eso no significa que los jueces puedan a nombre de esos valores, construir sus decisiones libremente, siguiendo sus íntimas convicciones en el caso concreto. También acepta que para que haya democracia verdadera es indispensable un bienestar material mínimo que permita la comunicación y la decisión libre e imparcial entre todos los individuos, es decir, que el Estado sea Social y de Derecho. Pero esa aceptación, que es la que ha permitido la supervivencia de las democracias pluralistas de tipo occidental, exige que la interpretación y la aplicación del derecho se efectúen mediante la discusión argumentada, la cual tiene como límite esencial infranqueable el orden jurídico vigente, según lo explica con sapiencia ALEXY.

Es decir, el positivismo neutro a los valores ya no es de recibo. Pero el decisionismo judicial que inaplica el derecho positivo vigente para dar rienda suelta a las valoraciones de los jueces, sin control alguno, todo con miras a la lucha de clases, tampoco podrá ser predicable en un sistema donde prime el principio de legalidad. Ese no es el Estado Social de Derecho que para salvar las apariencias dice defender esta doctrina. Puede que esta teoría valorista logre brindar un mayor bienestar material a las clases desposeídas de nuestra sociedad. Es decir, que alcance a ser un Estado Social. Eso es posible en la medida utópica en que haya recursos económicos suficientes para lograrlo (Europa se ahogó en el intento). Pero el precio que se paga comprende la desaparición del principio de legalidad, del pluralismo partidista, de la división real de poderes y de la elección libre de todas las personas que dirigen el Estado. Lo mejor es enemigo de lo bueno. Es preferible un Estado Social y de Derecho cuyo programa realista sea garantizar en la medida de lo posible jurídica y financieramente, los derechos sociales, sin necesidad de destruir la juridicidad que durante siglos hemos venido construyendo.

## VII

La finalidad buscada con estas notas no es convencer al lector para que acepte mi punto de vista. Me satisface simplemente que termine por entender que detrás de la actual interpretación creacionista y valorista del derecho, de-

fendida por algunos autores denominados progresistas o de avanzada, no se halla la realización del Estado Social de Derecho, sino una teoría del poder que busca como primera etapa, convertir a la rama judicial en un poder soberano superior al ejecutivo y al legislativo. Después de haber comprendido la tesis que predico, cada quien es libre desde luego de asumir la posición que lo convenza de acuerdo con su escala de valores y de su concepción del mundo. Lo importante es que sepamos que el decisionismo judicial sin control, se apoya en el Estado de Derecho para destruirlo.

Porque no podemos olvidar que la Constitución, en un Estado Social de Derecho, es la Constitución creada por el poder constituyente y no lo que la Corte Constitucional decide que sea.

## VIII

El segundo objetivo de esta obra es analizar con detalle algunas instituciones propias del Estado Social de Derecho. Así por ejemplo, veo con preocupación que salvo raras excepciones, en nuestras facultades de derecho se ha descuidado al extremo el estudio de la hermenéutica jurídica general, entendida como teoría del conocimiento del objeto *derecho*. Igual cosa sucede con el estudio de las normas que en Colombia regulan la interpretación del ordenamiento jurídico, sobre todo en los casos oscuros o en los vacíos normativos. Esa es la disciplina que distingue a un licenciado en derecho de un jurista íntegro que sabe actuar como operador jurídico. Por esa razón dedicaré buena parte de estas notas al análisis de la hermenéutica jurídica y su aplicación en el derecho colombiano.

Adicionalmente, luego de analizar la teoría general de la argumentación jurídica, explicaré, con ejemplos simples y propios de nuestro derecho, la densa obra que sobre la materia ha escrito el filósofo alemán ROBERT ALEXY, máximo exponente de la teoría de la argumentación jurídica y de la doctrina de los principios y derechos fundamentales.

## IX

Dejo constancia de mi agradecimiento a las personas que me han colaborado en la corrección, adición y aclaración de algunos conceptos demasiado densos y complejos. En especial, agradezco a los profesores ALÍ LOZADA, HUBED BEDOYA, CARLOS BERNAL PULIDO y MAXIMILIANO ARAMBURO. Y cómo no destacar mi admiración por la construcción doctrinal levantada por varios autores nacionales contemporáneos, consagrados por entero al desarrollo

justo y equitativo de la Constitución de 1991, así sea desde orillas opuestas. Vienen a mi mente, los profesores GLORIA PATRICIA LOPERA, RODOLFO ARANGO, MAURICIO GARCÍA, GABRIEL MORA RESTREPO, RODRIGO UPRYMI, FABRICIO MANTILLA, HERNANDO YÉPEZ ARCILA entre otros. Pero sin menosprecio por los anteriores y por otros que escapan a mi memoria, deseo destacar la obra de dos grandes profesores: de un lado, la del profesor CARLOS BERNAL PULIDO, gracias a la cual pude introducirme en estas abstractas disciplinas. Sus amplios conocimientos y sus propias opiniones, algunas de las cuales controvierto en estas notas, son dignas de la mejor doctrina universal. Finalmente, quiero referirme con gratitud, admiración y aprecio, al profesor DIEGO LÓPEZ MEDINA. A él le debo mi despertar hacia esta disciplina que ya había abandonado desde hace varios años. Con él uno puede no estar de acuerdo pero de su señorío y honradez intelectual no cabe asomo de duda. Además, los problemas que planteó por primera vez en Colombia, tienen el inmenso mérito de haber abierto el camino a los que seguimos su rastro, bien sea para fundar con él nuevas colonias de seguidores o, como en el caso mío, para a partir de su pensamiento, plantear soluciones diferentes. Estos últimos somos pocos. Como decía don JOSÉ ORTEGA y GASSET: *los clásicos lo fueron no por las soluciones que dieron sino por los problemas que plantearon*. Por último, debo confesar que para mí, aún entre amigos, el intelecto y la verdad en el debate no permiten pedir ni dar tregua y solidaridad. Darlas o recibirlas es faltar a la vocación de verdad. En resumen, una falta ética. Espero que quienes no estén de acuerdo conmigo, que no son pocos repito, partan del mismo principio, o que por lo menos sean tolerantes.

Finalmente, dejo constancia de mi agradecimiento a los abogados que trabajan conmigo en el bufete que dirijo. De no ser por su colaboración incondicional, no habría tenido el tiempo psicológico necesario para reflexionar y luego escribir un texto de estas dimensiones. Igualmente, mi gratitud al doctor EDUARDO QUICENO ÁLVAREZ, director de la Biblioteca Jurídica Díké, por las largas horas que dedicó a la corrección, planificación y final impresión de esta obra.

En Medellín, el 1 de octubre de 2011.  
Javier Tamayo Jaramillo - tamajillo@hotmail.com