



Título: Seres de la noche  
Técnica: Óleo, canvas  
Dimensión: 30 x 40

# ***MÉTODOS DE INTERPRETACIÓN DEL DERECHO EN EL CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÁNEO\****

---

\* Este artículo desarrolla y actualiza elementos planteados en la investigación realizada para optar al título de Master en Ciencias Políticas otorgado por el Instituto de Estudios Políticos de la Universidad de Antioquia en el año 2003

Fecha de recepción: marzo 24 de 2011

Fecha de aprobación: mayo 6 de 2011

## MÉTODOS DE INTERPRETACIÓN DEL DERECHO EN EL CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÁNEO\*

*María Rocío Bedoya Bedoya\*\**

### RESUMEN

El propósito de este artículo es plantear los elementos constitutivos de la argumentación y la hermenéutica jurídicas, como métodos adecuados para justificar las decisiones judiciales que han adquirido especial relevancia en el marco de la constitucionalización del derecho en Colombia. Se argumenta que estos métodos basados en principios y valores, así como las aportaciones del derecho constitucional contemporáneo en materia de derechos fundamentales, constituyen un avance en el establecimiento de una nueva concepción de la validez jurídica. Comparados estos dos enfoques jurídicos –la argumentación y la hermenéutica–, concluimos que aun con sus diferencias, ambos rescatan la perspectiva valorativa en el razonamiento jurídico y la supremacía constitucional en la tarea judicial. Se destaca la perspectiva hermenéutica en cuanto permite una vinculación directa de elementos propios de la realidad social e histórica con los valores y principios constitucionales en conexión con los derechos fundamentales.

**Palabras Clave:** Argumentación. Hermenéutica. Métodos de Interpretación. Derecho Constitucional contemporáneo.

### METHODS OF INTERPRETATION IN THE CONTEMPORARY CONSTITUTIONAL LAW

### ABSTRACT

The purpose of this paper is to outline the elements of argumentation and legal hermeneutics as appropriate methods to justify judicial decisions that have gained special relevance in the context of the constitutionalization of law in Colombia. It is argued that these methods based on principles and values, and contributions of contemporary constitutional law of fundamental rights is a step in the establishment of a new conception of legal validity. Compared these two approaches-legal argumentation and hermeneutics, we conclude that even with their differences, both rescue the evaluative perspective in legal reasoning and constitutional supremacy in the judicial task. It highlights the hermeneutic perspective in that it allows a direct link elements of the social and historical values and constitutional principles in connection with fundamental rights.

**Keywords:** Argument. Hermeneutics. Methods of Interpretation. Contemporary constitutional law.

---

\*\* Profesora de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, especialista en Derecho laboral de la Universidad Pontificia Bolivariana, magister en Ciencias Políticas del IEP de la Universidad de Antioquia, magister en Empleo, Relaciones Laborales y Diálogo Social en Europa de la Universidad Castilla la Mancha de España, Candidata a Doctora en Gobierno y Administración Pública del Instituto Ortega y Gasset y la Universidad Complutense de Madrid e integrante del Grupo de Investigación Derecho y Sociedad de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

# MÉTODOS DE INTERPRETACIÓN DEL DERECHO EN EL CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÁNEO\*

## Introducción

En este artículo partimos de la premisa según la cual la aplicación del derecho es imposible sin teleología y, por tanto, sin valoración. A partir de este supuesto que va más allá de las formulaciones realizadas por los teóricos del Derecho positivista más influyentes del siglo XX<sup>1</sup>, se han desarrollado distintos métodos de interpretación del derecho tales como la argumentación jurídica en sus distintas versiones y la hermenéutica Jurídica, con una base común: el énfasis de las dimensiones no-lógicas en la aplicación del Derecho, abriendo una línea que se ha prolongado durante el siglo XX con las aportaciones de esta última y la perspectiva lingüística adoptada por un importante sector de la Filosofía del Derecho contemporánea que ha puesto de relieve ciertos rasgos del lenguaje jurídico con la clásica fórmula de *textura abierta*, en contraposición a una lectura y aplicación unívoca de las normas.

La aceptación de elementos no-lógicos y en general de lo valorativo en el razonamiento jurídico hace que, en nuestros días no resulte aceptable que la aplicación del derecho se reduzca a una operación o conjunto de operaciones regidas exclusivamente por la silogística deductiva. Esto se ve reforzado, además, por los cambios que introduce en el ordenamiento jurídico a nivel estructural el Derecho constitucional contemporáneo, al configurarse como un verdadero derecho de valores y principios (Zagrebelski, 1997, pp. 16-17), y establecer una nueva concepción de la validez jurídica -al desplazar el peso de la legalidad formal en beneficio de la supremacía constitucional-, el alcance material de los preceptos normativos y la tarea judicial (Serna, 2005, p. 4 y 7).

En la primera parte de este trabajo nos aproximaremos a la teoría de la argumentación en las distintas versiones desarrolladas por sus principales exponentes. En la segunda parte, exploraremos la perspectiva hermenéutica desde el pensamiento de Arthur Kaufmann. Y, en la tercera parte, abordaremos algunos aspectos del Derecho constitucional contemporáneo que refuerzan la perspectiva valorativa en el razonamiento jurídico y la supremacía constitucional en la tarea judicial.

---

1 Se destacan los teóricos Kelsen, y Hart, a quienes Dworkin (Dworkin, 1996) critica por la ausencia de una teoría de la aplicación del derecho.

## 1. La teoría de la argumentación, una mirada desde Chaim Perelman, Aulis Aarnio, Robert Alexy y Carlos Santiago Nino.

La teoría de la argumentación en el derecho nos sitúa frente a la consideración del razonamiento jurídico como proceso que se orienta a una decisión y que involucra una serie de decisiones previas que nos colocan frente al problema de la justificación de tales decisiones.

Entre los principales exponentes de esta teoría, encontramos a Chaïm Perelman, Aulis Aarnio, Robert Alexy y Carlos Santiago Nino, quienes desde distintas ópticas y con diferentes énfasis y matices nos explican los fundamentos y la valoración de ésta. Sin embargo, de acuerdo con Feteris, además de los anteriores, existen otros teóricos de la interpretación cuyos principales rasgos merece la pena destacar, tales como: Stephen Toulmin, quien representa el punto de vista lógico; Chaim Perelman que da cuenta de una nueva retórica; Jürgen Habermas que ha ejercido una importante influencia con su concepción discursiva en las teorías de la argumentación; Robert Alexy que ha aportado con su teoría procesal de la argumentación; Neil Mac'Cormick, Aulis Aarnio y Alexander Peczenik, los cuales han realizado también originales y distintos aportes y; Frans Van Esmeren y Rob Grootendorst, que han desarrollado en los últimos años la teoría de la argumentación y el análisis del discurso o teoría "pragma-dialectal" (Feteris, 2007, p. 14 y 15).

Conviene, sobre este tópico, destacar también los aportes de Manuel Atienza quien afirma que hay que dejar atrás el positivismo jurídico, ya que al dar a la teoría del derecho un carácter meramente descriptivo, excluye la dimensión valorativa de las normas jurídicas y obstaculiza la consideración de un orden jurídico constitucional (Atienza & Ruiz Manero, 2007, p. 7).

A continuación, abordaremos las principales aportaciones de Chaïm Perelman, Aulis Aarnio, Robert Alexy y Carlos Santiago Nino.

### 1.1. Chaim Perelman

- El punto de partida del cual parte *Chaim Perelman*<sup>2</sup> es la generación de vías pacíficas de entendimiento entre los hombres, en una sociedad en la que deben primar el pluralismo y la tolerancia. A partir de esta premisa edifica su teoría de la argumentación que él denomina "nueva retórica" y que alcanza su con-

---

2 Perelman nace en Varsovia el 12 de mayo de 1912 y desde los 12 años se traslada con su familia a Bruselas, donde estudia Filosofía y Derecho, disciplinas en las cuales obtiene el título de doctor.

solidación con la publicación, en 1958 del *Tratado de la argumentación*, obra que comparte con Lucie Olbrechts-Tyteca. La principal tesis contenida en este tratado plantea que la argumentación jurídica es un método gracias al cual la decisión judicial alcanza su racionalidad respetando lo específico del Derecho, la presencia de valores. (Manassero, 2005): 14).

A continuación, destacamos algunas de sus más importantes ideas y aportaciones:

- Bajo el influjo del filósofo Ferdinand Gonseth, Perelman afirma que la racionalización de los valores, traza un camino intermedio entre el determinismo y el decisionismo a través de la retórica, la cual persigue la adhesión y supone a su vez, decisión y compromiso, esto es, ejercicio de la libertad guiada por la razón. (Perelman, 1948) 146).
- Sólo la retórica y no la lógica permite comprender la aplicación y el alcance del principio de responsabilidad que implica elección. Toda elección, dirá Perelman, implica deliberación y razones para elegir.
- La lógica de los valores debe rechazar el objetivismo, porque deja de lado el factor humano, y el subjetivismo, porque abandona al hombre a una decisión sin razón.
- Reivindica el desarrollo de una filosofía “humanista”, hecha por los hombres y al alcance de los hombres, y como tal siempre provisional e imperfecta y propone el principio práctico de la tolerancia, que permite la libertad en la construcción de los distintos sistemas filosóficos.
- Haber llamado la atención sobre la importancia de tener en cuenta aquellos a quienes la decisión interesa, aunque sea de distintas maneras y por distintos motivos. Ello ha contribuido a considerar la teoría de los auditorios y el control de la actividad judicial, al tener el juez que objetivar sus fallos mostrando su racionalidad ante diversas instancias.

Para Perelman, el objeto de la teoría de la argumentación retórica es el estudio de las técnicas discursivas tendentes a provocar o acrecentar la adhesión de los espíritus a las tesis que se presentan a su asentimiento. Su ámbito de aplicación es el de los valores. La pauta metodológica es de carácter analítico-descriptiva. Y su carácter es pragmático.

La teoría de la argumentación jurídica se caracteriza, en definitiva, por trasladar el debate judicial a un ámbito retórico, transformar a las partes, al juez y a las instancias superiores, según corresponda, en oradores y auditorio; extendiendo el ámbito de lo jurídico a la sociedad e incorporando a la opinión pública como otro auditorio más, quizá el más importante. Así, el juicio, a los razonamientos que se producen son considerados argumentos destinados a persuadir.

La aplicación de la teoría de la argumentación en el campo del derecho plantea su método como válido tanto para los abogados como para los jueces, pero según lo expuesto su teoría apunta fundamentalmente a los últimos. La nueva retórica se inscribe dentro de las líneas de investigación de renovación de la metodología jurídica y concretamente del razonamiento judicial llevado a cabo por Esser, Kriele y Ballweg, en Alemania; Recaséns Siches en México, Husson en Francia y Llewellyn y Dworkin, en Norteamérica, autores todos que centran sus estudios en el razonamiento del juez. (Perelman, citado por (Manassero, 2005): 61).

Para concluir, plantea Perelman, la toma de decisión requiere la deliberación, la presentación y la evaluación de diversas posibilidades, intentando hallar la verdad que, por ser práctica, no es absoluta, ni está previamente establecida, sino que se descubre a la luz de cada problema específico. Esta búsqueda de la verdad es la actividad del juez en la administración de justicia.

## 1.2. Aulis Aarnio

*Aulis Aarnio*<sup>3</sup>, también desarrolla la teoría de la argumentación bajo el influjo de la filosofía jurídica finlandesa. En este contexto, su primer interés durante de la década de los 60 fue el análisis conceptual del lenguaje jurídico pero la influencia de Wittgenstein, lo hizo girar hacia la pragmática y la filosofía del lenguaje ordinario, moviendo su campo de investigación hacia la explicación intencional y la comprensión de la decisión judicial. Para mediados de los 70, se centró en el problema de la justificación de la interpretación. Su teoría de la argumentación pertenece principalmente a este tercer período, aunque admite la importancia de la tónica de Wiehweg y de la tradición hermenéutica alemana con Gadamer, Esser y Coing, al tiempo que reconoce a Perelman y a la filosofía del lenguaje ordinario como sus principales influencias, junto con la acción comunicativa de Habermas. (Aarnio, citado por (Rivas, 2005, pp. 71-72).

El núcleo de la propuesta de Aarnio consta de los siguientes conceptos: Principios y reglas básicas de razonabilidad, reglas de la carga de la prueba, conceptos de coherencia –respecto de las fuentes- y aceptabilidad –respecto a fuentes, elementos metodológicos y evaluaciones-, en lugar de verdad y, las ideas de consenso y audiencia o auditorio.

---

3 Nació el 14 de mayo de 1937 en Kymi, Finlandia. Doctor en Derecho. Conviene advertir que en la formulación de su teoría de la argumentación, Aarnio toma prestados algunos conceptos de Wittgenstein, otros elementos de la ciencia de Kuhn y Von Wright. Según Rivas, La autoría de algunos de sus estudios más importantes los comparte con Alexy y Peczenik, y entre sus interlocutores más frecuentes se encuentran, además de los citados, Wróblewski, Alchourrón y Bulygin y Atienza. (Rivas, 2005: 72).

En la formación de la teoría de la argumentación de Aarnio, la coherencia de la interpretación acontece en el contexto de un todo que la dota de significado. Además, la interpretación y la corrección siempre son relativas a un auditorio y a su vez con la de consenso. Lograr el consenso de un auditorio exige argumentación racional desarrollada en un marco fijo que viene expresada en una forma de vida (en el sentido de Wittgenstein), y que requiere también el empleo de la persuasión.

En suma, Aarnio habla de coherencia y no de verdad y controvierte a Ross porque niega que las normas, derechos y obligaciones signifiquen o se remitan a hechos y a Dworkin, por cuanto sostiene la existencia de una única solución correcta. En suma, Aarnio prefiere hablar de aceptabilidad en lugar de verdad, dado que la verdad de la proposición interpretativa es siempre relativa al conjunto de proposiciones. En este sentido, Aarnio no pretende identificar consenso con verdad, sino más bien poner de manifiesto la imposibilidad de distinguir en esta cuestión entre “lo que es verdadero” y “lo que es considerado verdadero por el auditorio”. El concepto básico para sostener las nociones de coherencia, aceptabilidad y consenso, es, pues, el de audiencia o auditorio.

La propuesta de Aarnio pretende, pues, salvar la racionalidad de la interpretación jurídica recurriendo a la noción de aceptabilidad, lo que no implica la existencia de una teoría predictiva ni de una teoría de la verdad de la interpretación, sino simplemente una sustitución de la idea de verdad por una idea de aceptabilidad relativa a valores sociales dominantes. (Aarnio citado por Rivas, 2005, p. 76).

En el desarrollo de su teoría se destacan las siguientes ideas y aportaciones:

- El consenso es posible si se dan una serie de condiciones: el uso de un lenguaje común, la posesión de la misma evidencia empírica sobre el mundo, el compartir un número o serie suficiente de valores y, el empleo de un discurso racional.
- Los criterios de aceptabilidad o legitimidad de la interpretación, son los siguientes: a) uso del lenguaje común por ambas partes, b) el empleo de un discurso racional para que el interprete pueda evitar la arbitrariedad, c) el seguimiento de las reglas de interpretación jurídica que señalen las alternativas jurídicamente posibles, d) la justificación de cada interpretación, al menos con una fuente de Derecho autorizada, e) la apelación en casos controvertidos, a fuentes formales de derecho y a valores, para que el interprete alcance aceptabilidad racional en la comunidad jurídica.
- para Aarnio, en el auditorio no cabe la persuasión ni la autoridad formal sino la fuerza racional. Por tanto, rechaza las tesis cognitivistas porque considera que para el buen funcionamiento es suficiente un consenso representativo sobre el sistema de valores, en el cual confiere un lugar muy importante a los principios y a las reglas.

El pensamiento de Aarnio ha suscitado diferentes comentarios y críticas de autores que provienen sobre todo de la tradición analítica y que le atribuyen contradicciones internas e indefinición en algunos conceptos centrales de su teoría<sup>4</sup>.

### 1.3. Robert Alexy

La teoría de la argumentación jurídica propuesta por *Robert Alexy*<sup>5</sup> se hizo visible en 1978 y sólo una década después, a principios de los 90, dio una respuesta global a las críticas y objeciones que durante este período recibió. Unos años más tarde, afianzará su teoría, en particular la propuesta de fundamentación de las reglas del discurso, al hilo del análisis de la fundamentación de los derechos humanos, mediante una revisión de la fundamentación pragmático-trascendental y su complemento con dos nuevos argumentos o partes de la fundamentación. (Seoane, 2005, p. 106).

Alexy asienta su teoría de la argumentación jurídica en la teoría consensual de la verdad de Jürgen Habermas y en la idea de razón práctica tomada de Kant, por el que manifiesta su preferencia en lugar de Hobbes, Aristóteles y Nietzsche. En esta dirección, presenta la teoría del discurso racional como teoría de la argumentación jurídica, afirmando que la racionalidad práctica procesal<sup>6</sup> es el elemento axial de su teoría. Sin embargo, a Alexy se le critica por considerar que a su teoría de la racionalidad le falta una teoría de la acción humana, en la cual hallar argumentos a favor del modo de decisión (Seoane, 2005, p. 111).

Así mismo, Alexy propugna por la combinación de los niveles filosófico, político y jurídico en la fundamentación de la teoría del derecho discursiva. De allí la importancia que le confiere a las reglas del discurso, la garantía de los derechos fundamentales, los procedimientos democráticos y la teoría del Estado democrático constitucional de Derecho. Desde finales de la década de los ochenta, ha profundizado en las relaciones entre Derecho y moral, incorporando la teoría de la justicia a las bases de su concepto de Derecho. Finalmente, a partir de tres ejes o argumentos: la corrección, la injusticia y los principios, Alexy ha intentado desmarcarse del positivismo y configurar su teoría jurídica como ejemplo de una concepción no positivista.

---

4 Para profundizar en las críticas realizadas a la teoría de Aarnio, ver a Ruiz Manero quien le critica la noción de aceptabilidad y a Barragán, quien le critica la idea de comunidad jurídica.

5 Nació el 9 de septiembre de 1945 en Oldenburg (Alemania) y obtuvo el título de doctor en 1976 con una tesis sobre La Teoría de la Argumentación Jurídica que posteriormente fue complementada con la teoría de la norma jurídica, aplicadas al ámbito de los derechos fundamentales.

6 La racionalidad práctica de Alexy se caracteriza por una poderosa impronta práctico-técnica y no científica o lógico-matemática.

Su teoría de la argumentación se caracteriza por una denodada pelea contra el positivismo jurídico y una oposición a la corriente iuspositivista. Sin embargo, sus aportes van más allá de criticar el positivismo, haciendo construcciones y aportaciones dogmáticas, entre las cuales se destacan: la introducción e institucionalización de la racionalidad en la labor jurídica, a través de la argumentación, subrayando la vertiente dialéctica o dialógica del derecho; su teoría de los principios como mandatos de optimización, y la correlativa distinción entre principios y reglas; la aplicación de su teoría principialística a los derechos fundamentales y la distinción entre derecho fundamental y norma de derecho fundamental; el perfeccionamiento de los modelos democráticos y del Estado de Derecho, y la consolidación y mejora del Estado constitucional de derecho.

Para Alexy, toda argumentación consiste en una actividad lingüística o discurso desarrollado en situaciones diversas y la argumentación jurídica constituye una estructura compleja en la cual se combinan elementos específicamente jurídicos con elementos prácticos generales. Para construir la primera parte de su teoría de la argumentación jurídica, se apoya en la teoría consensual de Habermas<sup>7</sup>, quien se cuestiona la noción de verdad como correspondencia.

En el núcleo de su teoría de la argumentación, encontramos los siguientes atributos esenciales: la argumentación como discurso, el carácter analítico-normativo del discurso jurídico asociado con el concepto de racionalidad práctica, el carácter de teoría procedimental o procesal que incluye las reglas de la argumentación, el carácter pragmático de las reglas del discurso, la validez del discurso práctico a través de la corrección y el procedimiento y, la argumentación jurídica es un caso especial del discurso práctico caracterizado por ciertas particularidades: sujeción a la ley; consideración del precedente, la dogmática y las normas procesales; condiciones que delimitan las libertades discursivas en el ámbito jurídico; y singularización de la argumentación o del discurso, propias en ese contexto.

La pretensión de la teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy es resolver el problema de la fundamentación racional de las decisiones jurídicas. Su respuesta es un código de la razón práctica y la razón jurídica, integrado por una serie de reglas y formas de argumentos; el respeto u observancia de los procedimientos guiados por tales reglas garantiza la racionalidad al tiempo que garantiza la corrección y la validez de los enunciados normativos a favor de los cuales se argumenta. (Seoane, 2005, p. 172).

---

7 Habermas considera que debería hablarse de una teoría discursiva de la verdad en vez de una teoría consensual de la verdad. (Habermas citado por Seoane, 2005).

Recapitulando, hay tres aspectos importantes que merece la pena destacar en la Teoría de la Argumentación Jurídica de Alexy:

- La pretensión de corrección en las decisiones jurídicas y sus fundamentaciones.
- La tesis del caso especial, según la cual el discurso jurídico, por su vinculación con la ley, el precedente y la dogmática, es un caso especial del discurso práctico general. Esto lleva a la doble naturaleza del Derecho (carácter institucional y autoritario) y por tanto, a la conexión entre Derecho y moral.
- La posibilidad de una argumentación práctica racional, para lo cual apela a un sistema de reglas y formas de los argumentos, para explicar de qué manera puede ser práctica la razón.

La teoría propuesta por Alexy también ha sido tildada de inconveniente en cuanto a su naturaleza ideal y procedimental. Su teoría se encuentra con problemas irresolubles al encarar la realidad, tales como el carácter ideal del discurso, el carácter procedimental para resolver cuestiones prácticas y, el tener que afrontar la tesis de la única respuesta correcta en el plano del discurso ideal. En cuanto a la noción de corrección que postula es meramente procedimental y no resulta operativa más allá del discurso. Adicionalmente, se le acusa de haber encorsetado la racionalidad a través del código de la razón práctica y de la insuficiencia del contacto con la realidad que el propio Alexy ha advertido en la fundamentación de las reglas del discurso, lo que según Seoane, lastra su teoría al privilegiar la dimensión lógica o metodológica en detrimento de la experiencia. (Seoane, 2005, pp. 177-188).

El mismo Alexy advierte ciertas debilidades y lagunas en su teoría. De un lado, el concepto no positivista del Derecho, presupuesto de la teoría de la argumentación que no estaba desarrollado. Y, de otro lado, el tema de la ponderación en la estructura de la argumentación que se trata de modo superficial, cuestiones estas que fueron profundizadas, corregidas o fortalecidas en sus obras posteriores.

#### **1.4. Carlos Santiago Nino**

La teoría de Carlos Santiago Nino<sup>8</sup>, denominada por Susana Blanco como sucedáneo imperfecto del razonamiento moral, es un intento más por compatibilizar una justificación racional del fenómeno jurídico con una identificación avalorativa del Derecho. Su teoría se enmarca dentro de las teorías de raigambre analítica

---

8 Nació en Argentina en 1943 y falleció en 1993. Filósofo y Jurista Argentino con gran notoriedad académica internacional en la segunda mitad del siglo XX.

que defienden un positivismo conceptual en una mixtura con posiciones de corte constructivista. (Blanco, 2005): 197).

Desde sus primeras obras, Nino muestra un evidente interés por la argumentación jurídica, sin embargo, hay que esperar hasta sus últimos trabajos para encontrar una exposición acabada y sistemática del mismo. (Nino, 1989a, 1989b, 1992, 1997).

Uno de los presupuestos de la teoría argumentativa de Nino es el esclarecimiento del concepto de razón justificatoria, de modo que el razonamiento práctico queda definido como aquella inferencia que permite evaluar o guiar una acción. En este sentido, el razonamiento jurídico será aquella inferencia que permita evaluar o guiar una acción, y entre cuyas premisas se encuentra algún elemento jurídico.

Nino caracteriza el razonamiento jurídico justificatorio, como un razonamiento que se desarrolla en dos niveles: uno en el que se articulan todas las razones que justifican la práctica social particular constituida por la Constitución histórica; y otro nivel en el que, habiendo sido ya establecida la legitimidad de la Constitución histórica, incluso aunque se la reconozca como imperfecta, se aplica para justificar acciones y decisiones (Nino, citado por Blanco, 2005, p. 199).

Recapitulando esta primera parte, Nino considera el razonamiento jurídico como razonamiento práctico en el que primero se decide sobre la legitimidad de la Constitución histórica, y luego se la aplica a ella y a las normas por ella reconocidas<sup>9</sup>, como instancia justificatoria de acciones y decisiones. De allí que en su propuesta sean relevantes su concepción de moral y su entendimiento acerca de los que es una constitución y el papel que esta y las normas que ella valida, en el razonamiento práctico.

Además de la moral como única instancia justificatoria, Nino plantea una idea de racionalismo crítico de toda afirmación, institución y creencia, como alternativa racional frente al dogmatismo y al escepticismo. Para él, la moral es razón y como intento de fundamentación racional de los juicios morales, propone el constructivismo ético<sup>10</sup>, como una variante empirista e intersubjetivista del cognoscitivismo

---

9 Para este autor, las normas jurídicas no constituyen *per se* razones operativas para justificar acciones y decisiones como las de los jueces, a menos que se conciban como derivadas de los juicios morales. Dicho de otra manera, las únicas razones que pueden funcionar como razones operativas son las razones morales. Las normas jurídicas, como mucho, podrán funcionar como razones auxiliares, es decir, juicios fácticos indicativos de un medio por el que satisfacer una razón operativa. Por tanto, las normas jurídicas sólo adquieren virtualidad justificatoria de acciones o decisiones si se las concibe como derivadas de juicios morales.

10 Esta propuesta está caracterizada por una tesis ontológica y una tesis epistemológica. Para la primera, la verdad moral se constituye por la satisfacción de presupuestos formales o procesales de una práctica discursiva dirigida a lograr cooperación y evitar conflictos. Para la segunda, la discusión y la decisión intersubjetivas constituyen el procedimiento más confiable para tener acceso a la verdad moral. (Blanco, 2005: 227).

ético. Es constructivismo porque construye el hecho moral que servirá como criterio último de corroboración de los juicios morales. Ese hecho moral consiste en la aceptabilidad en condiciones ideales de racionalidad e imparcialidad de principios de conducta que satisfacen ciertos requisitos como la universalidad, la supremacía justificatoria etc.

En opinión de Nino, Derecho y moral<sup>11</sup> cumplen idénticas funciones: reducir o solucionar los conflictos entre individuos, y fomentar la cooperación entre ellos. Sin embargo, aunque persiguen el mismo fin, lo hacen por diferentes vías. Resumiendo lo dicho, Nino entiende que la superación del iusnaturalismo tradicional puede lograrse detectando un tipo de hecho que evoque una coincidencia de actitudes entre quienes participan voluntariamente en el discurso moral para resolver los conflictos. Ese hecho sería “la aceptabilidad en condiciones ideales de racionalidad e imparcialidad de principios de conducta que satisfacen ciertos requisitos como la universalidad, la supremacía justificatoria, etc. (Nino, citado por Blanco, 2005, p. 219).

Hasta ahora, hemos visto como para Nino el único discurso con carácter autónomo y plenamente justificatorio es el discurso moral, que según él, comprende el jurídico. En consecuencia, su propuesta de argumentación jurídica está sustentada en que toda actividad judicial supone una continua apelación a los principios morales, que serán los que, al determinar la legitimidad o ilegitimidad de las normas jurídicas en juego, permitan decidir sobre su aplicabilidad al caso concreto, determinando por consiguiente, su resolución.

A partir de este supuesto, Nino plantea algunas ideas que conviene resaltar:

- La democracia, como mejor sucedáneo posible del discurso moral.
- La obligación última sólo puede surgir de la moral, porque sólo la moral aporta razones últimas.
- La democracia permite que todos los implicados en un conflicto moral puedan participar en el debate, exponiendo sus posiciones e intereses.
- La democracia es moralmente valiosa porque es la única forma de gobierno capaz de generar razones morales para actuar.
- En una segunda etapa, Nino plantea que la democracia ha pasado de tener un valor absoluto, a tener sólo un valor relativo, ya que la validez de sus resultados no viene dada simplemente por el respeto a ciertas reglas

---

11 La moral de una sociedad da cuenta de sus reglas, virtudes de los individuos y discursos que desarrollan para favorecer u oponerse a ciertas conductas o prácticas.

procedimentales, sino que será mayor o menor en función de la mayor o menor proximidad de esas reglas con las del discurso moral originario. Y esta proximidad dependerá en gran medida del diseño de las diversas instituciones democráticas.

- Según Nino, la primera fase del razonamiento jurídico es la determinación de la legitimidad de la Constitución. Y la segunda fase, está dada por la aplicación de las normas del sistema jurídico legítimo al caso concreto. De lo que se infieren dos conexiones entre el Derecho y la moral, una interpretativa y otra justificatoria. Así las cosas, este autor considera que la práctica del derecho es inoperativa si se desvincula de la moral.

Algunas de las críticas más relevantes que le han sido formuladas al autor argentino, son las siguientes: se le objeta su teoría moral constructivista en cuanto trata de buscar una justificación racional para una realidad construida (la moral); se le critica una fuerte limitación cultural para la fundamentación racional de la moral (morales ideales relativas a las distintas morales sociales); no logra fundamentar sus decisiones morales; no ofrece una alternativa al positivismo o al convencionalismo moral (transita de un positivismo de costumbres a un positivismo de principios) y justifica la moral a partir de una concepción dogmática acerca del hombre y su relación con la sociedad, caracteriza la discusión democrática en unos términos que difícilmente ocurren en la realidad.

Para finalizar esta parte, parece interesante llamar la atención sobre un planteamiento de Nino en relación con el peligro que entraña esa extraordinaria libertad del juez para juzgar la corrección moral de la Constitución. Por eso termina resaltando la importancia de la convención constitucional<sup>12</sup>, y de tener en cuenta los peligros que supone su quiebra.

Hasta aquí, hemos desarrollado algunos planteamientos de los principales exponentes y defensores de la teoría de la argumentación jurídica, resaltando sus principales aportaciones y sus debilidades. De acuerdo con Arthur Kaufmann, la teoría de la argumentación jurídica y la hermenéutica están estrechamente hermanadas. Sin embargo, la primera proviene especialmente de la analítica, principal enemigo de la hermenéutica y muchas de sus doctrinas, como lo dice Ulfrid Neumann ni siquiera pueden considerarse como variedades de la teoría de la argumentación, como en efecto ocurre con la tópica y la retórica ((Neumann, 1992). Veamos lo que nos propone Kaufmann.

---

12 Nino considera que la permanencia de la Constitución es algo deseable.

## 2. La perspectiva hermenéutica, una aproximación desde el pensamiento de Arthur Kaufmann<sup>13</sup>.

La perspectiva hermenéutica en el campo del derecho se ha venido desarrollando desde los años 60 en el mundo germánico con los aportes de autores como Kaufmann, Hassemer, Müller, Würtenberger, Esser, Wieacker, o Hruschka, sobre todo a partir de la publicación de “Verdad y Método” de Hans-Georg Gadamer<sup>14</sup>. Paralelamente en el ámbito anglosajón, se consideran hermenéuticos en cierto sentido, algunos de los planteamientos formulados por Hart en su texto “El concepto de derecho” como punto de partida de la teoría jurídica de inspiración analítica, en la que se aprecia una clara influencia del filósofo hermenéutico Wittgenstein. Y en España, se destacan A. Ollero Tassara, Osuna Fernández-Largo, y con influencia de otras doctrinas a G. Robles, Rodríguez Molinero y López Moreno. (Serna, 2005: 279-280).

La perspectiva de la hermenéutica en el campo de la aplicación del derecho, y más en general, respecto del estatuto epistemológico de los saberes jurídicos, critica las doctrinas mecanicistas y acríticas que identifican Derecho con ley, postulan la aplicación de aquel de manera objetiva y mecánica, sin que el aplicador deba introducir nada de sus ideas y creencias y, consideran que la Ciencia Jurídica se desarrolla apelando únicamente a técnicas de índole puramente racional procedentes de la lógica jurídica.

La hermenéutica trata de demostrar entre otras cosas, la inevitable presencia del sujeto en todo proceso intelectual del lenguaje y, en consecuencia, en todos aquellos procesos que tienen lugar en orden a aplicar el derecho y su elaboración dogmática.

### 2.1. Una visión crítica al modelo tradicional de razonamiento jurídico.

La teoría hermenéutica surge como una crítica a la llamada teoría de la subsunción según la cual el Derecho objetivo se puede reducir a un objeto de

---

13 Catedrático de Derecho penal, procesal penal y Filosofía del Derecho en Saarbrücken desde 1960, y en Munich desde 1969 hasta su jubilación en 1990- (Serna, 2005: 281).

14 Acerca de este autor, se conoce el texto “Hermenéutica Jurídica. En torno a la hermenéutica de Hans-Georg Gadamer de Antonio Osuna Fernández-Largo. El autor destaca la notoria significación de Gadamer en nuestros días y el propósito renovador que ha conducido toda su investigación, en la cual se destaca su intento de superar una concepción de la interpretación jurídica de índole literal e historicista, en la que se encuadra gran parte del pensamiento jurídico actual, y la superación de la oposición entre teoría dogmática de la interpretación y práctica jurisprudencial... ((Osuna Fernández Largo, 1992): 9).

contornos perfectamente definidos, acabados, que no requiere ser completado sino únicamente aplicado a los casos concretos mediante operaciones de raciocinio que en el caso de la Ciencia del Derecho, conoce el objeto con actitud axiológicamente neutra.

En el Derecho, la orientación hermenéutica ha corroborado lo que destacados juristas de fines del siglo XIX y comienzos del XX habían venido denunciando, al poner de relieve la tarea creativa y valorativa del juez en la aplicación del Derecho. De acuerdo con Esser, la aplicación está determinada por un principio que opera en el intérprete consciente o inconscientemente que es su intuición sobre la justicia del caso, que se verá desmentida o confirmada al cabo del proceso argumentativo. Hay tres operaciones que requieren la aptitud creativa y valorativa del intérprete en la aplicación del derecho: a) la selección de la norma aplicable, b) la equiparación entre supuesto de hecho de la norma y los hechos del caso y, c) la determinación de la consecuencia jurídica en algunas de las normas que se precisan para solucionar el caso.

Este triple proceso de interpretación obliga a ver la actividad de aplicación del derecho como una labor de índole cognoscitiva, creativa y valorativa en la que confluyen las percepciones del aplicador sobre la comprensión de los textos jurídicos, de los valores y principios constitucionales y, del problema jurídico y donde la actividad creativa supone que la ley, mediante interpretación, esté dispuesta para ser aplicada, y que el caso mediante construcción, lo esté igualmente para ser subsumido (Serna, 2005: 285). En suma, lo que le hace falta al derecho son personas juzgadoras que, además de conocer las leyes, posean sobre todo *sindéresis*, experiencia de la vida y aptitudes. (Kaufmann, citado por Serna, 2005: 286).

## 2.2. El círculo hermenéutico

Un aspecto que caracteriza los postulados teóricos de la hermenéutica es la tesis filosófica según la cual nuestra comprensión del lenguaje depende de una serie de condiciones trascendentales que no dependen del objeto de la comprensión, sino de nuestro modo de comprenderlo y de la estructura de la subjetividad humana. Una de estas condiciones es la precomprensión o idea previa de un texto (Gadamer, 1984: 326 y Kaufmann, 1982: 540-541) y el sentido que resulta de la aplicación que realiza el intérprete para formular otra hipótesis de comprensión. Comprender supone siempre introducir una modificación en el texto y en el intérprete, y por ello habla Kaufmann de un proceso de producción que también se proyecta sobre la aplicación del derecho. Para ello, se requiere un intercambio cíclico y circular

entre la ley, el caso y el horizonte del intérprete que también es parte constitutiva en el proceso hermenéutico. En este sentido, también la legislación es fruto de una tarea hermenéutica consistente en confrontar principios ético-morales generales con hechos posibles, bajo la mediación del legislador.

Esta dinámica circular o círculo hermenéutico, según Kaufmann, no debe confundirse con el razonamiento circular de orden lógico, el círculo no puede romperse pero sí superarse por la reflexión y es característica peculiar del razonamiento de los juristas y de los filósofos del Derecho<sup>15</sup> (Serna, 2005: 289-290) que no debe confundirse con la circularidad metodológica que opera en un plano categorial y generalmente normativo que no es todavía el círculo hermenéutico, el cual pone sobre la mesa no problemas metodológicos sino trascendentales que tienen consecuencias muy importantes en diferentes campos. Basta mencionar ahora dos de ellas. En primer lugar, ayuda a disolver la discusión sobre la única respuesta correcta. Y, en segundo lugar, esta caracterización del comprender supone un fuerte cuestionamiento del principio clásico de la sujeción del juez a la ley, que rige en el Derecho occidental contemporáneo, especialmente en el grupo de ordenamientos del Derecho codificado. (Serna, 2005: 296).

### 2.3 Hermenéutica, intersubjetividad y subjetivismo

Para entender el tema del subjetivismo y del relativismo es preciso añadir a las reflexiones realizadas sobre el objeto de la comprensión, que el prejuicio no es completamente obra del sujeto que comprende, sino que hace parte también del movimiento de la tradición. Dicho de otro modo, la anticipación de sentido que guía la comprensión de un texto no es un acto de la subjetividad sino que se determina desde la comunidad que nos une con la tradición.

El círculo de la comprensión no es en este sentido un círculo metodológico sino que describe un momento estructural ontológico de la comprensión en el que juega un papel importante pero no determinista el imaginario procedente de las coordenadas histórico-culturales del sujeto en términos de comprensión, horizonte vital personal y problema concreto que tiene delante (Gadamer, citado por Osuna, 1992: 60 y Esser citado por Kauman, 2005: 293). En suma, la tradición condiciona la comprensión, pero el sujeto puede trascenderla modificándola, recreándola y

---

15 El aplicador del Derecho no va a los textos normativos a buscar una solución para el caso que ha de resolver. Lo que busca el jurista es más bien una base autorizada para justificar la decisión previamente adoptada sobre el caso. En este sentido, la interpretación es el resultado de su resultado; los medios de interpretación son escogidos cuando el resultado ya está asegurado y sólo sirven a posteriori, para fundamentar desde el texto, lo que previamente se había encontrado en él, a partir de una complementación creadora del mismo.

enriqueciéndola. Esa historicidad de la comprensión es importante para evitar una dogmatización absoluta<sup>16</sup> o una ideologización del derecho<sup>17</sup>.

Por tanto, la toma en consideración de estos referentes procedentes de la tradición en el proceso de interpretación no potencia al sujeto sino la intersubjetividad en el sentido de un consenso posible entre los que actúan en el marco de una autocomprensión transmitida, de allí la relevancia de la racionalidad, la plausibilidad y la idoneidad para alcanzar un consenso y el riesgo de un uso arbitrario de la interpretación que convierta la comprensión en una actividad manipuladora encubierta, que puede ser conjurable introduciendo transparencia en la pre-comprensión y en el proceso de comprensión, para lo cual se precisa de constante ejercicio y de experiencia; de verificación y de corrección; de reflexión y de argumentación; del analizar y el cuestionar, tanto de la toma de distancia crítica como de la discusión y comunicación continuada, lo que en opinión de Hassemer tiene la forma de un espiral, en lugar de un círculo hermenéutico. (Hassemer, citado por Serna, 2005).

En opinión de Kaufmann:

- La hermenéutica origina un movimiento de autotrascendencia de la actividad jurídica, en su proceso de búsqueda de horizontes de sentido más amplios.
- Consecuente con ello, rechaza una Ciencia pura del derecho y reivindica una Ciencia jurídica abierta a los problemas del sentido.
- Considera que el saber jurídico, en la medida que se constituye hermenéuticamente, postula un referente ontológico para ser en verdad saber, comprensión.
- Afirma que la ley misma es fruto de una actividad hermenéutica y analógica, y que su sentido jurídico se constituye para cada caso en la interpretación. Es actividad hermenéutica y analógica en cuanto confronta valores y principios ético-sociales y casos posibles o generalizaciones de hechos ya acontecidos.
- La comprensión en el ámbito jurídico, es autocomprensión del operador en cuanto sujeto humano y sujeto de relaciones sociales de diversa significación. Por tanto, para Kaufmann el referente ontológico es la persona que es esencialmente relación en referencia a otros y lenguaje.
- Lleva a cabo una crítica de las teorías procedimentales de justicia, tanto de las discursivas (Habermas) como de las neocontractualistas (Rawls), afirmando

---

16 Entiéndase por dogmatización absoluta del derecho según Kaufmann, una comprensión del derecho fuertemente reglamentada que no permite ninguna divergencia sobre el “conocimiento correcto del derecho”.

17 En el sentido de una completa autonomía sistémica que impide toda reflexión trascendental sobre principios, condiciones y corrección del sistema jurídico.

que es imposible derivar los contenidos de la justicia a partir de la forma, o más exactamente, de los procedimientos, a los cuales les concede un valor heurístico.

- Propone una concepción del discurso práctico normativo fundada en los principios de argumentación<sup>18</sup>, de convergencia o consenso<sup>19</sup> y de falibilidad<sup>20</sup>. (Kaufmann, citado por Serna, 2005: 314).

Compartimos la valoración que hace Pedro Serna al calificar de buena base de trabajo la propuesta de Kaufmann, pues evita pensar que el consenso produce verdad o justicia; se aleja de la ingenuidad de las teorías de la correspondencia o adecuación, toda vez que no disponemos de un concepto objetivo de naturaleza humana y, en el campo del conocimiento, aspira más bien a acceder a conclusiones probables, y por ello, esencialmente revisables y susceptibles de una adhesión variable dado que todo proceso de diálogo y comparación conduce solamente a certezas más o menos fuertes, y permite obtener conclusiones prácticas siempre abiertas.

#### **2.4. La importancia de la hermenéutica jurídica en la interpretación y aplicación del derecho.**

El modelo formalista o positivista ortodoxo del derecho tiende a centrarse en el problema de legalidad y validez de las normas y se caracteriza por ser un modelo ortodoxo que privilegia el estudio exclusivo de las normas generales y en particular las leyes, asumiendo la consideración puramente normativa de los órganos del Estado y demás sujetos de actuación dentro de los procesos normativos, la ausencia de consideración de las fuentes reales del derecho y una falta de historicidad para la identificación o explicación de las normas jurídicas. (Cossio, 2001: 294). Este modelo ha utilizado una interpretación dogmática de las normas jurídicas que se caracteriza por su visión estática y autoritaria, en la que el juez se convierte en mero aplicador de derecho que debe mantener una aptitud de neutralidad, lo que inhibe la interpretación judicial.

Contrario a ese modelo, la hermenéutica muestra que en la práctica judicial están presentes criterios de valoración y tomas de postura de la razón individual, puesto que ningún texto legal tiene un significado unívoco e independiente del criterio o interrogante con que se accede a él. Por ello, era preciso sacar a la luz lo que es la

---

18 El autor considera necesario conformar la comunidad de argumentación como una comunidad libre en la que todos los argumentos están permitidos.

19 Estos permiten presumir la verdad o la justicia de un determinado criterio o juicio, pero ningún consenso es definitivo, sino que toda argumentación o conclusión son esencialmente falibles.

20 Entiéndase por falibilidad, susceptible por principio de una corrección o modificación

estructura de toda acción interpretativa, en cuanto es acción de la razón práctica individualizada e histórica. (Osuna Fernández Largo, 1992, p. 12).

El estudio de la casuística de los derechos desde la hermenéutica jurídica nos permite corregir la idea de que el derecho es la ley, reconocer en el aplicador del derecho la existencia de ideas y creencias, admitir la presencia del sujeto en todo proceso intelectual del lenguaje, identificar la tarea creativa y valorativa del juez l en la aplicación de éste, estudiar los orígenes del control constitucional en el mundo, estudiar los modelos de los tribunales constitucionales, decantar las reglas de interpretación constitucional para concretar finalmente, las herramientas de las que se sirve la Corte Constitucional en Colombia en su labor de definir la constitucionalidad de las leyes, revisar las acciones de tutela en el marco consagrado en la Constitución Política, y desarrollar conocimiento alrededor de la problemática particular más que en el contenido normativo. (Alvarez Pereira & Dacosta Herrera, 2010).

### **3. El constitucionalismo contemporáneo y su perspectiva valorativa y de supremacía en la tarea judicial**

En el constitucionalismo moderno, el término “Constitución” se entiende como un documento escrito en el cual está formulada la ley suprema o fundamental del país, que regula las relaciones de poder en el ámbito del Estado. Desde el punto de vista histórico, la noción de constitucionalismo es bastante compleja, en tanto que abarca una variedad de direcciones, cada una con características propias. En el Estado de derecho, el poder está limitado por las leyes (...). Las constituciones modernas -en sentido estricto- tienen todas una estructura común: una parte dogmática que declara los derechos individuales y una parte orgánica en la que se instituyen poderes en función de esos derechos (...). Al ser incorporados al ordenamiento jurídico, dejan de ser meros principios abstractos para convertirse en derechos jurídicamente exigibles. (Yturbe, 2000, p. 35).

Bajo estas premisas, una Constitución es una norma que en su preámbulo, o en su primera parte reconoce los derechos fundamentales, y en su cuerpo o en su segunda parte, instituye poderes, articulando las competencias y regulando su ejercicio en función de la tutela de los derechos (Bovero, 1995, p. 132). Estos derechos fundamentales son valores últimos a partir de los cuales se establecen los principios y fines de la convivencia política, así como los medios o las instituciones, y los procedimientos para llegar a la formación de decisiones colectivas (políticas) aptas para alcanzarlos.

En relación con los valores, el constitucionalismo ha contribuido a enriquecerlos poco a poco con nuevas categorías de derechos incorporándolos a las constituciones

contemporáneas: de la afirmación de los derechos de libertad a la defensa de los derechos políticos, a la proclamación de los derechos sociales, y en los últimos tiempos, la discusión sobre los llamados derechos de tercera y cuarta generación. Se puede decir que las diversas generaciones de derechos corresponden a otras tantas generaciones de movimientos revolucionarios: desde las revoluciones liberales contra el absolutismo real de siglos pasados, hasta las constituciones de este siglo, nacidas de la resistencia y del rechazo del fascismo, como pactos fundantes de la democracia constitucional. (Ferrajoli, 1999, p. 54).

La constitucionalización del ordenamiento jurídico colombiano ha cobrado auge a partir de la Constitución Política de 1991 y ha implicado la reinterpretación del significado de la jerarquía normativa, de modo que, es la constitución el parámetro primigenio y fundamental que debe seguirse en cualquier tipo de interpretación ajustada a derecho. Con ello, la ley ha perdido el protagonismo que otrora se le otorgara y ella también debe ajustarse, a la norma de normas

El Estado constitucional colombiano fue pensado por el constituyente de 1991 como un típico Estado social de Derecho, esto es dotado de abundantes y prolíficas declaraciones de derechos y principios que nos muestran el norte o razón de ser de la actividad del Estado: en la parte inicial de la Constitución se establecieron 95 artículos dedicados a los derechos constitucionales en sus distintas variedades y clasificaciones; allí se encuentran derechos de autonomía, políticos y prestacionales o asistenciales y, en esta segunda variedad, derechos de segunda y tercera generación. A esta amplia regulación de la parte dogmática le correspondería una estructura estatal igualmente amplia y diseñada con el propósito y con el tamaño suficiente para dar respuesta a las aspiraciones y a las garantías del texto constitucional.

Sin embargo, este diseño original de nuestro sistema político-jurídico ha venido siendo objeto de una rápida y continua transformación producto de varias circunstancias, que pueden ser resumidas así: de un lado, la comprensión amplia del concepto de bloque de constitucionalidad y; de otro lado, políticas legislativas dirigidas a disminuir el tamaño y las responsabilidades del Estado. A pesar de ello, hoy la Constitución es además la que está contenida en algunos tratados internacionales, por ello, en materia de derechos fundamentales, contamos con los previstos en la Constitución, que han sido adicionados y complementados por el derecho internacional (Sierra Porto, 2008, p. 3).

En este contexto, la actividad jurídica de interpretar y aplicar el derecho, es una experiencia personal que genera la verdad del aquí y ahora, que no se confunde con la verdad del texto histórico archivado ni con la del legislador y creador originario. En otras palabras, es una experiencia histórica y de finitud temporal. (Osuna Fernández Largo, 1992, p. 13).

El juez como intérprete y aplicador del derecho se erige como el garante de la “justicia social constitucional” y para ello el ordenamiento lo dota de sendas herramientas interpretativas con un carácter muy amplio, todas ellas válidas, en tanto no contradigan los postulados constitucionales, que no son más que una serie de principios y valores que conforman el marco normativo y señalan la ruta a seguir. (Dueñas Ruiz, 2006). Bajo esta perspectiva, se le da una gran preeminencia al papel del juez y las decisiones que éste debe tomar en sus sentencias, de modo que ellas materialicen y hagan reales los postulados constitucionales que al día de hoy son directamente justiciables en el Estado Social de Derecho colombiano.

Sobre todos los jueces (constitucionales o no), descansa la responsabilidad de que la Constitución se cumpla, por ello *la jurisprudencia* ha reclamado su justo lugar como una fuente de derecho principal, prácticamente al mismo nivel de la ley, a través de figuras como la del precedente judicial y la seguridad jurídica y de contenidos basados en los principios y valores para la aplicación de las normas.

Hemos observado que a partir de la Constitución Política de Colombia de 1991, la Corte Constitucional, en su carácter de juez constitucional, ha desarrollado en muchas de sus sentencias de constitucionalidad y de tutela, los principios y valores consagrados en la parte dogmática de la carta política, en contravía de lo que propone la misma carta en su parte económica y que se ha concretado en un modelo de economía de mercado que ha tratado de prevalecer sobre el goce efectivo de los derechos fundamentales.

## Conclusión

La argumentación jurídica y la hermenéutica jurídica, son métodos de interpretación del derecho que ofrecen nuevas herramientas para justificar las decisiones judiciales, entre las cuales se destaca el elemento de lo valorativo en el razonamiento jurídico. A ello también contribuye el constitucionalismo contemporáneo, en la perspectiva de defender los derechos fundamentales a través de la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

La argumentación jurídica, según sus distintos exponentes, rescata la deliberación y las razones para elegir dentro de una lógica de los valores; una filosofía humanística; una justificación y coherencia en la interpretación; aceptabilidad y consenso; aceptabilidad en las reglas del discurso; la garantía de los derechos fundamentales, los procedimientos democráticos y la teoría del Estado democrático constitucional de Derecho y; un discurso moral que comprende el jurídico.

El enfoque hermenéutico de Kaufmann, determina que la seguridad jurídica no radica en las normas, sino en la utilidad política y en las finalidades morales de las mismas; no distingue entre evaluación y descripción del sistema normativo; rechaza el método valorativo neutro del derecho y permite la fusión del derecho con la teoría política y la moral; niega la separación sujeto-objeto; establece una relación con el pasado (la tradición); admite la comprensión del sujeto en el objeto y la autocomprensión del sujeto en su relación dinámica con las cosas que lo rodean y, permite una vinculación directa de elementos propios de la realidad social e histórica con los valores y principios constitucionales en conexión con los derechos fundamentales.

Para finalizar, podemos afirmar que los distintos esquemas de argumentación e interpretación jurídica se deben combinar con la idea pragma – dialéctica acerca del análisis y la evaluación de los diversos tipos de esquemas de argumentación, con el propósito de construir racionalmente la argumentación a partir de los aportes realizados por los distintos teóricos de la argumentación.

### Referencias Bibliográficas

- Álvarez Pereira, C., & Dacosta Herrera, A. F. (2010). La enseñanza de la Constitucionalización del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. In M. Silva (Ed.), *III encuentro académico nacional sobre la enseñanza del derecho del trabajo y de la seguridad social* (pp. 271-277 (Memorias)). Bogota: Universidad Nacional.
- Atienza, M., & Ruiz Manero, J. (2007). Dejemos atrás el positivismo jurídico. *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, N° 27, octubre, 7-26.
- Blanco, S. (2005). La argumentación jurídica como sucedáneo imperfecto del discurso moral. La teoría de Carlos Santiago Nino. In Serna Pedro (Dir) (Ed.), *De la argumentación jurídica a la hermenéutica* (pp. 197-277). Granada: Comares S.L.
- Bovero, M. (1995). Constitución y democracia. In N. Rabotnikof, A. Velasco & C. Yturbe (Eds.), *La tenacidad de la política*. Mexico: IIF-UNAM.
- Dueñas Ruiz, O. J. (2006). Hermenéutica de primer orden. *Lecciones de hermenéutica jurídica* (pp. 63-112). Bogotá: Universidad del Rosario.
- Dworkin, R. (1996). *Freedom's Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Ferrajoli, L. (1999). Derechos fundamentales. In L. Ferrajoli (Ed.), *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta.
- Feteris, E. (2007). *Fundamentos de la argumentación jurídica* (A. Supelano, Trans.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

- Manassero, M. d. I. Á. (2005). La nueva retórica como razonamiento práctico. La teoría de la argumentación de Chaïm Perelman. In Serna Pedro (Dir) (Ed.), *De la argumentación jurídica a la hermenéutica* (pp. 13-70). Granada: Comares S. L.
- Neumann, U. (1992). La teoría de la ciencia jurídica. In A. Kaufmann, W. Hassemer & G. c. Robles Morchón (Eds.), *El pensamiento jurídico contemporáneo* (pp. 349-364). España: Editorial debate.
- Nino, C. S. (1989a). *El constructivismo ético*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Nino, C. S. (1989b). *Ética y derechos humanos*. Barcelona: Ariel.
- Nino, C. S. (1992). *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*. Buenos Aires: Astrea.
- Nino, C. S. (1997). *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa.
- Osuna Fernández Largo, A. (1992). Esbozo de una hermenéutica jurídica. *La hermenéutica jurídica de Hans-Georg Gadamer*, N° 23, 85-108.
- Perelman, C. (1948). La libertad y el razonamiento. *El Diario del Instituto de Sociología de Paris*, 142-160.
- Rivas, P. (2005). La razonabilidad jurídica, entre el relativismo y la intersubjetividad. La teoría de la argumentación jurídica de Aulis Aarnio. In Pedro Serna (Dir) (Ed.), *De la argumentación jurídica a la hermenéutica* (pp. 71-103). Granada: Comares S. L.
- Seoane, J. A. (2005). Un código ideal y procedimental de la razón práctica. La teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy. In S. P. (Dir) (Ed.), *De la argumentación jurídica a la hermenéutica* (pp. 105-196). Granada: Comares S. L.
- Serna, P. (2005). *De la argumentación jurídica a la hermenéutica* (Segunda ed.). Granada: Comares.
- Sierra Porto, H. (2008). La administración de justicia en el Estado Social de Derecho Privatizado. from [http://juridicas.ucaldas.edu.co/downloads/juridicas5\(1\)\\_10.pdf](http://juridicas.ucaldas.edu.co/downloads/juridicas5(1)_10.pdf). Consultada el 20 de enero de 2011.
- Yturbe, C. (2000). Constitución, globalización y ciudadanía. *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, N° 12, abril, 35-51.
- Zagrebelski, G. (1997). *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta S.A.