La decisión judicial

TOMO I

ISBN 978-958-731-069-6

© Javier Tamayo Jaramillo - 2013
tamajillo@hotmail.com

© Biblioteca Jurídica Diké - 2013

Concepto y diseño de carátula: ***Laura Tamayo Gil***
lalitamayo@gmail.com

Fotografía carátula: ***José Luis Ruiz Vélez***

Diké: Justicia en griego

Biblioteca Jurídica Diké
Medellín - Colombia, calle 34 B Nº 65 D 58
Telefax: P.B.X. 351 61 61
e-mail: dike@une.net.co
www.bibliotecajuridicadike.com

Bogotá D.C. Librería
Carrera 6ª Nº 12B-11 - Teléfonos: 336 55 37 y 286 03 42
Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario
e-mail: dike@etb.net.co

San José, Costa Rica
Teléfono: 83 02 10 54 - Telefax: 22 14 25 23
e-mail: jadguzman@yahoo.com
editorialdike@hotmail.com

Sede Caracas-Venezuela
Av. Urdaneta, esq. Ibarras, edf. Pasaje la Seguridad, P.B. Local 19, Caracas 1010
info@paredes.com.ve / Tels.: 58 (212) 564-15-05 / 563-55-90/06-04
RIF: J-30797099-5

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

REIMPRESIÓN, 2013

BIBLIOTECA JURÍDICA DIKE

Catalogación en la publicación – Biblioteca Nacional de Colombia

Tamayo Jaramillo, Javier

La decisión judicial / Javier Tamayo Jaramillo. -- Medellín : Biblioteca Jurídica Diké, 2011.

2 v. ; 25 cm.

Contenido: v.1 Naturaleza, hermenéutica y aplicación del derecho -- v.2 Análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional

ISBN 978-958-731-069-6

1. Filosofía del derecho 2. Interpretación del derecho 3. Hermenéutica jurídica 4. Derecho constitucional - Colombia I. Título

CDD: 340.1 ed. 23 CO-BoBN– a802576

Biblioteca Jurídica Diké
dirigida por
Eduardo Quiceno Álvarez

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

Contenido General

—En la página 17 encontrará un índice más detallado que éste—

PARTE PRIMERA

Naturaleza, Interpretación y Aplicación del derecho

Capítulo primero

El nuevo derecho y teorías afines....89

SECCIÓN I

Premisas políticas y jurídicas de la discusión....91

SECCIÓN II

Exposición y crítica del nuevo derecho, el escepticismo ante las normas y el uso alternativo del derecho....131

Subsección i

precisiones conceptuales y linguísticas para la discusión....131

Subsección ii

Análisis de la teoría del nuevo derecho según López medina...161

Capítulo segundo

Teorías sobre la naturaleza del derecho y su concepto de interpretación jurídica....213

SECCIÓN I

Análisis de las teorías valoristas sobre el ser y la interpretación del derecho....221

Subsección i

Principales teorías valoristas....221

I. Teoría de la Constitución material por oposición a la Constitución formal (Rudolf Smend y Carl Schmitt)....227

II. El valorismo radical de Jerzy Wroblewski 238
III. Dworkin y el derecho como integridad (la única solución correcta) 240
IV. El derecho considerado como la realización de los valores, principios y derechos fundamentales (López Medina) 274

Subsección II

Evaluación general de las teorías valoristas de la interpretación jurídica 342
I. Delimitación exacta de la discusión 342
II. Argumentos contra las teorías valoristas de la interpretación 350

Subsección III

Lecturas. Crítica de algunos autores a la doctrina de la teoría valorista de la interpretación 373

SECCIÓN II

La pretensión de corrección moral basada en la ética discursiva (Alexy y Habermas) 393

Subsección I

Alexy y la pretensión de corrección moral del derecho 393

Subsección II

La vinculación del derecho a la moral según Alexy 399

Subsección III

Marco conceptual del nexo entre derecho y moral 405
I. Argumento basado en el concepto de validez 406
II. Argumento de norma y procedimientos 407
III. El observador y el participante 411
IV. Definición e ideal de la vinculación entre moral y derecho 413
V. Combinación de las cuatro distinciones anteriores 415

Subsección IV

Pilares de la teoría de Alexy sobre la vinculación entre moral y derecho 417
I. Teoría de la injusticia extrema 418
II. El argumento débil de la corrección 432

Subsección V

Argumentación e interpretación jurídica en Alexy 446

Subsección vi

Críticas a la teoría de Alexy 455

Subsección vii

La pretensión de corrección en Habermas (184 a 252 Reservados) .. 485

SECCIÓN III

Otras teorías antisemánticas (uso alternativo del derecho, realismo jurídico, teoría crítica del derecho, nuevo derecho) 487

Subsección i

Teoría del uso alternativo del derecho 488

Subsección ii

El realismo jurídico –el escepticismo ante las reglas– 493

Subsección iii

Estudios críticos del derecho o *critical legal studies,* en especial Duncan Kennedy 499

Subsección iv

El nuevo derecho 524

SECCIÓN IV

Teorías semánticas del ser y de la interpretación del derecho 527

Subsección i

Interpretación intencionalista u originalista 527

Subsección ii

Interpretación semántica del positivismo contemporáneo 535

Subsección iii

Esencia y justificación del positivismo 536

Subsección iv

Lecturas. Doctrina que apoya la interpretación lingüística 566

Subsección v

Lecturas. Las relaciones entre el positivismo y los valores 576

Capítulo tercero

Teoría general de hermenéutica jurídica y su aplicación en el derecho colombiano 603

SECCIÓN I

Breves nociones sobre la interpretación como método de conocimiento de los objetos culturales 605

SECCIÓN II

El método de la comprensión o interpretación lingüística del derecho y su aplicación en las decisiones judiciales 631

SECCIÓN III

La interpretación, la coherencia y la integración jurídicas en el derecho colombiano 659

Subsección I

Principios generales que rigen la interpretación del derecho colombiano 659

Subsección II

La interpretación del derecho colombiano en los casos fáciles 690

Subsección III

La interpretación del derecho en los casos difíciles 723

I. La interpretación del derecho en los casos difíciles por oscuridad, vaguedad, contradicción o ambigüedad de las normas 725

II. Interpretación del derecho en caso de antinomias o normas contradictorias (conservación del principio de coherencia) 758

III. Los criterios de integración del derecho en caso de lagunas normativas 770

SECCIÓN IV

Análisis especial de la equidad, los principios constitucionales y generales del derecho, y la analogía como instrumentos de aplicación del derecho 797

Subsección I

Principios constitucionales e infraconstitucionales del derecho 798

I. Los principios constitucionales 806

II. Los principios infraconstitucionales 829

Subsección II

La equidad 839

Subsección III

La analogía 858

Capítulo cuarto

La interpretación constitucional 875

SECCIÓN I

Teorías que afirman la diferencia entre la interpretación constitucional y la legal 877

SECCIÓN II

La interpretación constitucional y legal son epistemológicamente hablando, iguales 907

SECCIÓN III

Legitimación y límites de la Corte Constitucional para ejercer el control de constitucionalidad material de la ley 915

Subsección i

Legitimidad del Tribunal Constitucional para ejercer control constitucional sobre el contenido material o axiológico de las leyes 916

Subsección ii

¿El control de constitucionalidad material de las leyes tiene límites? 954

SECCIÓN IV

La constitucionalización del derecho 983

Subsección i

Teoría de la constitucionalización norma-norma o de la aplicación directa de la Constitución en todos los casos 990

Subsección ii

La constitucionalización entendida como la conformidad de las leyes con los principios, derechos y valores de la Constitución 1041

Capítulo quinto

La aplicación del derecho (La toma de la decisión judicial) 1051

SECCIÓN I

El juicio de proporcionalidad (ponderación) 1053

Subsección i

Nociones generales sobre la ponderación 1055

Subsección ii

Análisis de la doctrina sobre la ponderación 1070

SECCIÓN II

Justificación de la decisión o teoría de la argumentación.....1075

Subsección i

Nociones generales sobre la argumentación jurídica.....1077

Subsección ii

La argumentación jurídica en la obra de Robert Alexy.....1118

I. La fundamentación de las proposiciones o enunciados normativos según Alexy.....1119

II. Análisis del discurso práctico general y del discurso jurídico como un caso especial del primero.....1154

PARTE SEGUNDA

La interpretación constitucional en la jurisprudencia colombiana

Capítulo primero

La teoría valorista de la interpretación en la jurisprudencia colombiana 1307

SECCIÓN I

La Jurisprudencia Valorista De La Corte Constitucional.....1313

Subsección i

Sentencia Fundamental de la Corte Constitucional sobre interpretación del derecho T-406-92 1316

SECCIÓN II

Argumentos adicionales contra la jurisprudencia de la Corte Constitucional 1369

SECCIÓN III

Sentencia (Su-111-97) de la Corte, que respeta la ley y las competencias del legislador 1383

SECCIÓN IV

Lecturas. La opinión de la doctrina contraria al activismo de los tribunales constitucionales 1397

Subsección i

La doctrina colombiana que se opone al activismo incontrolado de la jurisprudencia constitucional.....1398

Subsección ii

La doctrina comparada que se opone al activismo incontrolado de los jueces 1405

Capítulo segundo

La influencia del decisionismo de Carl Schmitt en la interpretación de la Corte Constitucional 1409

SECCIÓN I

Perfil biográfico e influencia histórica de Schmitt en el derecho contemporáneo 1411

SECCIÓN II

López Medina y su apreciación sobre la influencia de Schmitt en la interpretación constitucional de la Corte.....1415

SECCIÓN III

Análisis de algunos conceptos totalitaristas de la obra de Carl Schmitt 1433

Capítulo tercero

Desconocimiento de la Constitución por parte de la Corte Constitucional 1465

SECCIÓN II

Competencia del parlamento o del pueblo mediante referendo para reformar la Constitución.....1485

Subsección i

Principios generales sobre la competencia para cambiar la Constitución en Colombia.....1485

Subsección ii

Competencia del pueblo para reformar mediante referendo la Constitución (sentencia c-551 de 2003) 1502

Subsección iii

Competencia del parlamento para reformar mediante acto legislativo la Constitución (c 1040-5).....1536

Capítulo cuarto

El precedente judicial obligatorio 1627

SECCIÓN I

Legítima interpretación del artículo 230 C.P. de la Constitución 1631

SECCIÓN II

Análisis de la jurisprudencia que vuelve obligatorio el precedente Constitucional 1635

SECCIÓN III

Crítica a la doctrina colombiana que defiende el precedente constitucional obligatorio 1731

SECCIÓN IV

Violación de la Corte Constitucional de sus precedentes obligatorios 1809

Subsección i

La educación y la libertad de cultos 1810

Subsección ii

El precedente obligatorio y la constitucionalidad de los tratados internacionales 1829

Subsección iii

La desigualdad de precedentes jurisprudenciales en materia de pensiones 1835

Subsección iv

La triste historia jurisprudencial sobre la inmunidad parlamentaria (SU.047/99) 1836

Capítulo quinto

Aplicación vía tutela de los derechos sociales, económicos y culturales 2025

SECCIÓN I

Los derechos sociales y económicos en la jurisprudencia colombiana 2029

SECCIÓN II

Reflexiones propias y análisis de la doctrina 2083

Tabla de Contenido

Prólogo 57

LA DECISIÓN JUDICIAL

Naturaleza, hermenéutica, argumentación y aplicación del derecho

Introducción 69

1. Objetivos de esta obra 69
2. *Nuevo derecho* versus derecho tradicional 77
3. Neoconstitucionalismo ideológico y teórico 78
4. Teorías sobre el ser y la interpretación del derecho 80
5. Instrumentos lógicos y axiológicos de la aplicación del derecho 82
6. Principios de hermenéutica en el derecho colombiano 83

6-1 Constitucionalización del derecho 83

7. Análisis del precedente constitucional obligatorio 84
8. Crítica a la doctrina valorista de la doctrina y la jurisprudencia colombianas 84
9. Fallos que desconocen la Constitución 85
10. Influencia de Carl Schmitt en la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Constitucional 85
11. Aplicación directa de los derechos prestacionales o económicos aún no reglamentados por la ley 86
12. Plan 86

PARTE PRIMERA

Naturaleza, Interpretación y Aplicación del derecho

13. Plan 87

CAPÍTULO PRIMERO

El nuevo derecho y teorías afines

14. Razón de ser de la discusión y plan 89

Sección I

Premisas políticas y jurídicas de la discusión

15. Dificultades de la discusión 91
16. Peligroso maniqueísmo doctrinal 92
17. Por qué se muestra como *progresista* el actual activismo judicial de la Corte Constitucional 93
18. Concepción sobre la justicia 95
19. Justicia basada en el contrato social 95
20. Bases de la justicia en Rawls 96
21. Interpretación razonable de la ley en casos difíciles o en normas monstruosamente injustas 103
22. Aplicación literal y contextual de la ley cuando es clara 104
23. No es lo mismo sentencia injusta que sentencia lamentable para la parte débil 105
24. Toda interpretación se apoya en una ideología 107
25. Necesidad de un Tribunal Constitucional 110
26. La Constitución de 1991 111
27. En este estudio no cuestiono el contenido de los fallos de la Corte Constitucional, sino su método de aplicación del derecho 112
28. Derecho natural como aspiración humanística 112
29. Principios, valores y derechos fundamentales de la Constitución 114
30. La Tutela 115

31. Diferencia entre el *concepto de derecho y la idea de derecho*.....117
31-1. En qué consiste el desacuerdo que aquí se plantea 126
32. Amplias citas de autores 127
33. Peligros del *nuevo derecho* como arma de lucha por el poder.....127

Sección ii

Exposición y crítica del nuevo derecho, el escepticismo ante las normas y el uso alternativo del derecho

34. Plan 131

Subsección i

Precisiones conceptuales y linguísticas para la discusión

35. Inutilidad de la polémica entre formalismo y antiformalismo 131
36. Definición del concepto *estado social de derecho* 133
37. Afinidades entre el nuevo derecho, el escepticismo ante las normas, el realismo jurídico y el uso alternativo del derecho.....139
38. Preguntas a las anteriores doctrinas, en especial, a la del nuevo derecho.....140
39. El antiformalismo no es sinónimo de *nuevo derecho*.....142
40. Las ideas de justicia, valores y principios no son patrimonio exclusivo del nuevo derecho.....144
41. Clases de neoconstitucionalismo.....145
42. Neoconstitucionalismo teórico.....146
43. Neoconstitucionalismo ideológico.....148
44. Neoconstitucionalismo metodológico 150
45. El neoconstitucionalismo teórico y el positivismo discrecional no son incompatibles 153
46. El *nuevo derecho* no significa una ruptura cronológica a partir de 1991.....156
47. Los antipositivistas atacan un positivismo formalista que ya no existe 157
48. El *nuevo derecho* no es más que una ideología política sobre la metodología de aplicación del derecho.....159

Subsección II

Análisis de la teoría del nuevo derecho según López medina

49. Comparación del derecho tradicional y el *nuevo derecho* (crítica a la teoría del *nuevo derecho* y doctrinas afines) 161
50. El *nuevo derecho* como acción política y no como ciencia del derecho 165
51. La doctrina del *uso alternativo del derecho*, que en lo referente al desconocimiento del lenguaje del derecho vigente, es similar al *nuevo derecho* 166
52. Crítica a los postulados del *nuevo derecho*.....170
53. *Nuevo derecho* no es lo mismo que neoconstitucionalismo 171
54. Análisis del *nuevo derecho* en la obra de López Medina.....173
55. Las relaciones entre derecho y moral 173
56. Sumisión de la ley a la Constitución.....177
57. La diferencia entre reglas y principios.....180
58. La desaparición de los tipos penales y contractuales.....188
59. Prescindir de la tipificación penal y civil.....191
60. Desaparición del estado de derecho y del principio de legalidad 193
61. Para qué estudiar los códigos 198
62. Seguridad jurídica y justicia substantiva 198
63. Continuidad versus cambio social 203
64. El macro estado del *nuevo derecho*.....205
65. Abogados versus derecho constitucional 207
66. Juez reconocedor de derechos versus juez administrador y distribuidor de los recursos del Estado.....209
67. Conclusión 210

CAPÍTULO SEGUNDO

Teorías sobre la naturaleza del derecho y su concepto de interpretación jurídica

68. Introducción 213
69. Interpretación semántica o lingüística.....215

70. Interpretación valorista 216
71. Interpretación como arma de lucha política 218
72. Plan 218

Sección I
Análisis de las teorías valoristas sobre el ser y la interpretación del derecho

73. División 221

Subsección I
Principales teorías valoristas

74. ¿A cuáles valores se refieren las teorías valoristas del derecho? ...221
75. a) Valores constitucionales interpretados semánticamente 221
76. b) Interpretación de todo el derecho a partir de los valores de la Constitución 223
77. c) Derechos fundamentales extraconstitucionales 224
78. d) Universo de valores sociales contra normas positivas 225
79. Rasgos comunes de las teorías valoristas 226

I
Teoría de la Constitución material por oposición a la Constitución formal (Rudolf Smend y Carl Schmitt)

80. Tipos de Constitución material 227
81. Smend Y Schmitt 228
82. Crítica al dualismo entre Constitución formal y Constitución material en la teoría valorista de Smend y de Schmitt 231

II
El valorismo radical de Jerzy Wroblewski

83. Esencia de su teoría 238

III
Dworkin y el derecho como integridad (la única solución correcta)

84. Ideas básicas de Dworkin 240
85. Dworkin admite que su doctrina es una utopía que no se da en la realidad 241
86. Dworkin liga el derecho a la moral y a los principios....244
87. El derecho se reduce a la interpretación....245
88. Interpretación constructiva 246
89. Interpretación conversacional, científica y creadora 249
90. De cómo según Dworkin la interpretación literaria se asemeja a la jurídica 251
91. Etapas de la interpretación constructiva, en especial, la jurídica 253
92. El derecho como integridad. Los principios....256
93. Hércules y su falta de discrecionalidad judicial....258
94. ¿En qué consiste la teoría de la única solución correcta?....259
95. Dworkin y el derecho perverso (el caso nazi) 261
96. Crítica a la doctrina de Dworkin....267
97. La interpretación jurídica es diferente de la literaria 267
98. En el fondo, con Dworkin se pretende volver realidad la utopía del derecho natural 270
99. La doctrina de la única solución correcta es una utopía 272
100. La interpretación constitucional en Dworkin 273

IV
El derecho considerado como la realización de los valores, principios y derechos fundamentales (López Medina)

101. En qué consiste esta teoría 274
102. Diego López y la interpretación teleológica-valorista 275

A
La opinión de López Medina en su obra *LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL*

103. Síntesis de la teleología axiológica suprema 275

104. Crítica a la doctrina teleológica valorativa de López Medina 277
105. Imposibilidad de interpretar una norma aislada teniendo como finalidad inmediata los valores supremos de la Constitución.....277
106. Concepto erróneo de interpretación teleológico-valorista.....279
107. Adecuada interpretación de la teoría finalista o teleológica 281
108. Dos concepciones sobre teleología de las normas.....283
109. La teleología según valores 283
110. La teleología según los objetivos de la norma inferior o del subsistema 286
111. El método teleológico tiende a confundirse con el sistemático.....287
112. El Código Civil y la interpretación teleológico sistemática 295
113. Teleología de valores u objetivos instrumentales.....297
114. El método teleológico orientado a fines, y no a valores, es una subespecie del método lingüístico-contextual 298

B

La opinión de López Medina en su obra

LA LETRA Y EL ESPÍRITU DE LA LEY

115. La pragmática lingüística de Paul Grice 298
116. Diferencia entre significado natural y significado no natural 303
117. Confusión terminológica.....307
118. Crítica de López Medina al significado natural y obvio de las normas.....311
119. El Código Civil colombiano acoge la teoría finalista y contextual de Grice 312
120. Grice acepta la teleología de fines y no la valorística de López.....315
121. Crítica de López Medina al lenguaje jurídico especializado.....317
122. Crítica.....320
123. Teleología valorista de López Medina.....333
124. Conclusión 340

Subsección II
Evaluación general de las teorías valoristas de la interpretación jurídica

125. Críticas generales y particulares....342

I
Delimitación exacta de la discusión

126. Confusiones conceptuales....342
127. Ni siquiera el positivismo discrecional le niega validez a los valores positivados....343
128. Siempre el positivismo ha aceptado interpretaciones cargadas de valoraciones insertas en el sistema positivo, pero autorizadas por el mismo....344
129. Imposibilidad de interpretaciones unívocas de las normas excesivamente abiertas....345
130. Interpretación de la Constitución según los cambios sociales e históricos....348

II
Argumentos contra las teorías valoristas de la interpretación

131. Toda teoría valorista se legitima, paradójicamente, con base en el positivismo....350
132. La teoría valorista no es interpretación sino creación normativa y decisionismo judicial (diferencia entre interpretación y creación mediante valoración)....352
133. En las doctrinas valoristas existe un margen absoluto e incontrolable de subjetivismo....354
134. La teoría valorista aniquila el estado de derecho....356
135. Las doctrinas del valorismo permiten legitimar cualquier totalitarismo de izquierda o de derecha....358
136. No podemos caer en el maniqueísmo de tener que escoger entre el positivismo amoral y literal o en la teoría valorista pura....361
137. ¿Dónde hay que buscar las relaciones entre derecho y moral?....362

138. ¿Lo que debe estar acorde con la moral es la norma que se aplica, o la solución del caso concreto? 369
139. El iusnaturalismo deontológico no excluye la teoría semántica o positivista 371

Subsección iii

Lecturas

Crítica de algunos autores a la doctrina a la teoría valorista de la interpretación

140. Razón de ser de esta sección 373
141. Crítica de Habermas a la teoría valorista de la interpretación 374
142. Crítica de Ricardo Guastini 381
143. Crítica de Juan Antonio García Amado 382
144. Crítica de Michele Taruffo al valorismo y a la libertad creadora ilimitada del juez 386
145. Opinión de Rafael De Asís Roig 388
146. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español condena la interpretación material o valorista 389
147. Opinión de Paolo Comanducci 389
148. Conclusión sobre la doctrina opositora a la teoría valorista de la interpretación 391

Sección ii

La pretensión de corrección moral basada en la ética discursiva (Alexy y Habermas)

149. Planteamiento del problema 393

Subsección i

Alexy y la pretensión de corrección moral del derecho

150. Síntesis del pensamiento de Alexy 393
151. La definición del derecho en Alexy 396
152. Análisis de la definición de Alexy 397

153. Bases del sistema de Alexy 398
154. Plan 399

Subsección II

La vinculación del derecho a la moral según Alexy

155. Relaciones entre derecho y moral 399
156. Premisas de la tesis de la vinculación entre derecho y moral 400

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 405

I

Argumento basado en el concepto de validez

158. Defensa del derecho institucionalizado o positivo 406

II

Argumento de norma y procedimientos

159. Diferencia entre sistema y procedimientos 407
160. Requisitos que conforman el procedimiento de validez del discurso en Hábermas y en Alexy 408

III

El observador y el participante

161. Importante distinción 411

IV

Definición e ideal de la vinculación entre moral y derecho

162. Relaciones necesarias entre derecho y moral 413

V

Combinación de las cuatro distinciones anteriores

163. 64 combinaciones posibles....415

Subsección iv

Pilares de la teoría de Alexy sobre la vinculación entre moral y derecho

164. Plan 417

I

Teoría de la injusticia extrema

165. En qué consiste la teoría de la injusticia extrema 418

A

La norma individual extremadamente injusta

166. Marco conceptual e ideal de la injusticia extrema....422

B

Los sistemas jurídicos extremadamente injustos

167. Relación entre la moral y el derecho como totalidad 425

II

El argumento débil de la corrección

168. Planteamiento del problema....432

A

Teoría de la pretensión de corrección en la creación y aplicación del derecho

169. Carácter definitorio de la teoría de la corrección 433

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 438
171. El discurso jurídico como un caso especial del discurso práctico 440

C

Los principios en la teoría de Alexy

172. Distinción entre principios y reglas 443

Subsección v

Argumentación e interpretación jurídica en Alexy

173. Alexy respeta el derecho positivo en la interpretación de la ley 446
174. El concepto de reglas en Alexy 447
175. Nociones elementales sobre la argumentación 449
176. Propósito de la argumentación 449
177. Alexy y el derecho como un caso especial de la argumentación del deber ser 453
178. La interpretación constitucional en Alexy 453

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 455
180. Crítica de la doctrina de la vinculación de la moral al derecho en la doctrina de Alexy 464
181. Continuación del número anterior. Los límites y restricciones del derecho positivo frente a la amplitud discursiva 469
182. Inconvenientes de la pretensión de corrección 470
183. Los principios como vínculo entre el derecho y la moral 474

Subsección vii
La pretensión de corrección en Habermas

(184 a 252 Reservados) 485

Sección iii
Otras teorías antisemánticas (uso alternativo del derecho, realismo jurídico, teoría crítica del derecho, nuevo derecho)

253. Fundamentos comunes 487

Subsección i
Teoría del uso alternativo del derecho

254. Concepción primordial de esta doctrina 488
255. Crítica 491

Subsección ii
El realismo jurídico –el escepticismo ante las reglas–

256. En qué consiste 493
257. Crítica 496

Subsección iii
Estudios críticos del derecho o *critical legal studies*, en especial Duncan Kennedy

258. En qué consiste esta doctrina 499
259. La teoría de Duncan Kennedy 501
260. Análisis de la obra de Kennedy 502

Subsección iv
El nuevo derecho

261. En qué consiste el nuevo derecho 524

Sección iv

Teorías semánticas del ser y de la interpretación del derecho

262. Clases de interpretación semántica 527

Subsección i

Interpretación intencionalista u originalista

263. En qué consiste el originalismo 527
264. Crítica 530
265. La jurisprudencia constitucional colombiana 531

Subsección ii

Interpretación semántica del positivismo contemporáneo

266. En qué consiste esta teoría 535
267. Plan 536

Subsección iii

Esencia y justificación del positivismo

268. Qué es el positivismo jurídico 536
269. El positivismo supone la existencia de un orden jurídico como sistema organizado 537
270. Estado social de derecho como positivismo ideal 539
271. El estado social y el estado de derecho deben respetarse mutuamente 540
272. Origen y justificación del estado de derecho 541
273. Valores del positivismo 543
274. Insuficiencia del positivismo o formalismo ingenuo 547
275. Diferencia entre derecho y moral 547
276. Definición del concepto *estado social de derecho* *549*
277. La interpretación lingüística es defendida inclusive por doctrinas que no son positivistas puras 551
278. Insuficiencia del literalismo positivista 552
279. Positivismo y valores en la Constitución y en la interpretación 553

280. Confusiones creadas por algunos antipositivistas 555
281. Las imprecisiones del lenguaje no destruyen el positivismo 556
282. La creación del derecho por parte del juez según el positivismo 559
283. Conclusión propia sobre el positivismo jurídico 564

Subsección iv

Lecturas

Doctrina que apoya la interpretación lingüística

284. Renacimiento de la doctrina positivista discrecio-nal 566
285. Opinión de Guastini.....566
286. Opinión de Michele Taruffo.....574

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 576
288. Opinión de Alfred Verdross.....577
289. Opinión de Norberto Bobbio.....581
290. Opinión de Luigi Ferrajoli 585
291. Opinión de Luis Prieto Sanchís.....595

CAPÍTULO TERCERO

Teoría general de hermenéutica jurídica y su aplicación en el derecho colombiano

292. Advertencia y remisión.....603
293. Planteamiento del problema y plan 603

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 605
295. Objetos ideales, naturales y metafísicos 606

296. Objetos culturales 609
297. ¿Cómo se desentraña y se capta el significado y el valor de los objetos culturales? 616
298. El derecho como objeto cultural egológico y objetivado 618
299. Diversos tipos de interpretación semántica en general 619
300. Diferencia entre valor y significado 627

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 631
302. La comprensión como método gnoseológico del derecho como lenguaje, y la capacidad creadora del juez 632
303. El juez creador limitado de derecho 637
304. La sentencia como creación de derecho 637
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 642
306. Diferencia entre interpretación y creación normativa 649
307. Opinión de Ricardo Guastini 655

Sección iii

La interpretación, la coherencia y la integración jurídicas en el derecho colombiano

308. Plan 659

Subsección i

Principios generales que rigen la interpretación del derecho colombiano

309. Complejo de normas constitucionales y legales 659
310. Normas sobre interpretación y aplicación de la ley en el derecho colombiano 661

311. Los principios de interpretación se aplican tanto a las normas constitucionales como a las leyes y a otras normas de rango inferior 662
312. Artículo 230 de la Constitución 664
313. Principios de interpretación en las leyes civiles 665
314. El principio de interpretación conforme a la Constitución 665
315. La interpretación conforme en la jurisprudencia de la Corte Constitucional 669
316. Sentencia S.U. 1122/01 669
317. Sentencia SU 1122/01 de la Corte Constitucional, de septiembre veintiséis (26) de dos mil uno (2001) 683

Subsección II

La interpretación del derecho colombiano en los casos fáciles

318. Cuándo un caso es fácil 690
319. No se puede desconocer como principio general, el texto de la ley so pretexto de cambios axiológicos de la sociedad 692
320. El significado semántico de las normas puede variar por la evolución de la sociedad 692
321. El Tribunal Supremo español acepta la tesis anterior 697
322. Cuando el texto es claro se aplica de acuerdo con su significado objetivo y vigente al momento de fallar 698
323. La ley por clara que sea no se aplica si de ello se deriva una decisión monstruosa (aplicación de la equidad) 699
324. La primera tarea del juez consiste en determinar la constitucionalidad de la norma aparentemente aplicable 702
325. A veces una norma es clara y a veces no, dependiendo de los hechos del caso concreto 704
326. Interpretación de los hechos e interpretación de las normas 704
327. La regulación de los casos fáciles en el derecho colombiano 708
328. El precedente constitucional obligatorio 709
329. La interpretación conforme 710
330. Texto normativo claro 711
331. Ubicación de la norma clara dentro de un contexto o sistema 720

332. Conclusión sobre los casos fáciles 722

Subsección III
La interpretación del derecho en los casos difíciles

333. Cuándo un caso es difícil 723

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 725
335. Discrecionalidad limitada del juez en los casos difíciles 726
336. Solución de los casos oscuros o difíciles en el derecho colombiano 726
337. Los criterios de interpretación consagrados en el artículo 230 de la Constitución 727
338. Interpretación conforme a la Constitución 728
339. Los criterios de interpretación de los casos oscuros según el Código Civil 729
340. La ley 153 de 1887 introdujo nuevas pautas de interpretación 729
341. Aplicación práctica de estos principios 731
342. Precedente constitucional obligatorio 731
343. Interpretación conforme 731
344. Método sistemático o contextual 731
345. La analogía 733
346. Espíritu de la ley o del legislador 736
347. La doctrina constitucional 742
348. La equidad 746
349. Los principios generales del derecho y los prinipios de derecho natural 747

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 758

351. Requisitos para que haya antinomia jurídica 758
352. Antinomias aparentes 760
353. Eliminación de las verdaderas antinomias mediante la interpretación 760
354. Antinomia por conflicto de principios constitucionales (el principio de ponderación) 762
355. Solución de las antinomias cuando no es posible resolverlas mediante la interpretación 763
356. Norma de rango superior prima sobre la de rango inferior 764
357. Ley posterior deroga la anterior 764
358. La ley especial prima sobre la general 766
359. Norma especial posterior y norma general anterior 766
360. Normas con igual nivel de jerarquía, de especialidad o generalidad y puestas en vigencia al mismo tiempo 766
361. Contradicciones dentro de una misma norma 767
362. Normas con igual nivel de generalidad o especialidad pero pertenecientes a diferentes códigos de la misma jerarquía 768
363. Normas que cambian los plazos de prescripción 768

III

Los criterios de integración del derecho en caso de lagunas normativas

364. En qué consiste el principio de plenitud del derecho 770
365. Lagunas normativas y lagunas axiológicas 772
366. Crítica a la teoría de las lagunas axiológicas especialmente a la teoría de Dworkin 772
367. La interpretación como medio de constatar la existencia de una laguna 774
368. Cuando se llena una laguna se crea una nueva norma 780
369. Tipos de lagunas normativas o propias 781
370. Cómo se llenan las lagunas en el derecho colombiano 783
371. El precedente constitucional obligatorio (doctrina constitucional) 784
372. Primacía de la analogía 785

373. La doctrina constitucional....786
374. Los principios (reglas) generales del derecho....786
375. La costumbre acorde con la moral cristiana....787

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....797
377. Plan....797

Subsección i
Principios constitucionales e infraconstitucionales del derecho

378. Planteamiento del problema....798
379. El positivismo incluyente y el neoconstitucionalismo teórico no son incompatibles con la doctrina de los principios, aún los axiológicos....799
380. ¿Qué son los principios?....802
381. Clases de principios....803
382. Principios constitucionales....804
383. Principios infraconstitucionales....805
384. Plan....806

I
Los principios constitucionales

385. Definición....806
386. Diferencia entre principios constitucionales y reglas....807
387. Características de los principios constitucionales....810
388. Los principios, la constitucionalización del derecho y la única solución correcta....815
389. No existe una jerarquía a priori de principios....818
390. Principios constitucionales, derechos fundamentales, moral y derecho natural....818

391. Los principios constitucionales y los casos difíciles 826
392. Los principios y la subsunción o silogismo jurídico....827

II
Los principios infraconstitucionales

393. Principios explícitos e implícitos....829

A
Principios jurídicos explícitos

394. En qué consisten los principios explícitos....830

B
Principios implícitos o generales del derecho

395. Consagración constitucional y legal 832
396. ¿Qué son los principios generales del derecho (¿del derecho positivo o del derecho natural?) 834
397. Posición propia 836
398. Posición de la Corte Constitucional....838
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.....838

Subsección II
La equidad

400. La equidad como criterio auxiliar de interpretaciones justas o de integración del derecho 839
401. ¿Qué es la equidad según Aristóteles? 840
402. Otras concepciones de la equidad 842
403. ¿Cuál es el criterio vigente en la legislación colombiana? 843
404. Posición de Luis Recasens Siches sobre la equidad....844
405. Crítica a Recasens Siches 848
406. La equidad aristotélica sólo es factible dentro de una interpretación formalista a ultranza....849

407. La equidad aristotélica y la teoría de la única solución correcta de Dworkin 851
408. ¿Es factible en el derecho colombiano la concepción aristotélica de equidad? 853
409. Otros significados de la equidad en el derecho colombiano 856

Subsección iii
La analogía

410. Qué es la analogía jurídica 858
411. Análisis de la definición 859
412. En qué consiste la identidad de razones o de *ratio legis* 863
413. Diferencia entre la creación analógica y la interpretación extensiva 866
414. Las relaciones entre la analogía y el argumento *a contrario* 869
415. La analogía en materia penal 871
416. La analogía y la interpretación extensiva en materia penal según Enrique Bacigalupo 873

CAPÍTULO CUARTO
La interpretación constitucional

417. Planteamiento del problema y plan 875

Sección i
Teorías que afirman la diferencia entre la interpretación constitucional y la legal

418. Principio básico de esta teoría 877
419. Diferencia entre Constitución material y Constitución normativa según Schmitt 877
420. Interpretación evolutiva de la Constitución, según R. Smend 878
421. Crítica a las teorías de Schmitt y Smend 881
422. La interpretación constitucional en Dworkin 884
423. La interpretación constitucional según Wroblewski 887
424. Tesis de Gerardo Monroy Cabra 889
425. Crítica al profesor Monroy Cabra 894

Sección II
La interpretación constitucional y legal son epistemológicamente hablando, iguales

426. Planteamiento de esta teoría 907
427. Argumentos en favor de la identidad entre la Interpretación legal y la constitucional 907
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 912

Sección III
Legitimación y límites de la Corte Constitucional para ejercer el control de constitucionalidad material de la ley

429. Planteamiento del problema 915

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 916
431. Posición propia sobre la legitimidad de la Corte Constitucional 923
432. Para unos el control material constitucional debe estar en cabeza del poder legislativo; para otros en cabeza de un Tribunal Constitucional 924
433. Autores que están en contra del control material de las leyes por parte del Tribunal Constitucional 927
434. Opinión de Hábermas (el control constitucional lo debe tener el mismo Parlamento). 927
435. Opinión de J. H. Ely 932
436. Opinión de Carlos Bernal Pulido 932
437. Opinión de Forsthoff 933
438. Opinión de Aleinikoff 933
439. Réplica de Bernal Pulido a los autores antes citados 936
440. Posición personal de Bernal Pulido 941

441. Autores que defienden la competencia del Tribunal Constitucional 951
442. Opinión de Dworkin 952

Subsección II
¿El control de constitucionalidad material de las leyes tiene límites?

443. Planteamiento del problema 954
444. Opinión de Conrado Hessen 954
445. Límites admitidos por la doctrina y la jurisprudencia 963
446. Solución en caso de incertidumbre causal sobre los efectos dañinos o benéficos de una ley 964
447. Empate de ponderaciones 968
448. Respeto a la ponderación de las mayorías democráticamente elegidas Parlamento 971
349. Leyes sobre política laboral, fiscal y social 973
450. Leyes sobre organización de la propiedad privada 975
451. Leyes en materia económica 976
452. Leyes sobre tratados comerciales con otros países 977
453. Dirigir la fuerza pública y conservar el orden público 978
454. Posición propia 979

Sección IV
La constitucionalización del derecho

455. ¿Qué es la constitucionalización del derecho? 983
456. Plan 989

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 990
458. Variables de esta doctrina 994
459. La noción de laguna y de caso difícil en la teoría valorista o del normativismo moral 996
460. Cómo explica la doctrina comparada esta solución 996

461. ¿Es ese el derecho que se aplica en Colombia? 998
462. Jurisprudencia de mayo 19 de 2005 998
463. La constitucionalización así entendida es incompatible con el estado de derecho 1001
464. Con la constitucionalización del derecho así concebida, el estado puede ser social pero no ser de derecho 1004
465. La constitucionalización valorista del derecho atenta contra la obligatoriedad del precedente obligatorio y los derechos a la seguridad y a la igualdad jurídicas 1007
466. La constitucionalización debe ponderar los derechos de terceros ajenos al proceso 1010
467. La restricción necesaria de los derechos fundamentales destruye la doctrina de la constitucionalización del derecho privado basada en la solución moralmente correcta 1012
468. La restricción de los derechos fundamentales en Alexy 1016
469. Consecuencias de la restricción de derechos frente a la doctrina de la constitucionalización de la ley 1019
470. Imposibilidad de prescindir de las leyes de derecho privado para sustituirlas por los principios constitucionales 1020
471. La constitucionalización del derecho privado (entendida como solución justa del caso concreto) no puede desconocer derechos adquiridos de terceros 1022
472. No se puede confundir constitucionalización con ponderación por conflicto de derechos 1025
473. ¿Se aplica por el juez del caso concreto la constitucionalización a normas ya declaradas exequibles por la Corte Constitucional? .. 1026
474. ¿La constitucionalización entendida como la normatividad valorativa, busca la norma justa en general, o una solución que proteja al débil del caso concreto? 1027
475. ¿Desfase entre las enseñanzas universitarias y la realidad jurídica nacional? 1030
476. Veamos algunos ejemplos 1031
477. Falacias de la Corte Constitucional sentencia (T-662/06) 1035
478. La Corte Constitucional, en sentencia de agosto 10 de 1994 (T-352), niega la constitucionalización del contrato de trabajo 1039

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?....1040

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?....1041
481. Conclusión....1049

CAPÍTULO QUINTO

La aplicación del derecho (La toma de la decisión judicial)

482. Planteamiento del problema y plan....1051

Sección I

El juicio de proporcionalidad *(ponderación)*

483. Qué es la ponderación de principios....1053
484. Plan....1054

Subsección I

Nociones generales sobre la ponderación

485. La ponderación y el principio de proporcionalidad en sentido estricto....1055
486. Derrotabilidad y jerarquía móvil de los principios....1055
487. La ponderación es un proceso subjetivo pero indispensable....1056
488. Caso de dos ponderaciones válidas pero contradictorias....1057
489. Peligros ideológicos o arbitrarios de la ponderación....1058
490. En qué casos procede la ponderación....1060
491. Análisis de los subprincipios que regulan la proporcionalidad....1062
492. Idoneidad....1062
493. Necesidad....1063

494. Proporcionalidad en sentido estricto (ponderación) 1063
495. Crítica a Alexy sobre su optimismo en relación con la ponderación .. 1064
496. Relaciones entre la ponderación y la subsunción 1067

Subsección II

Análisis de la doctrina sobre la ponderación

497. La ponderación en la doctrina 1070
498. Posición propia 1072

Sección II

Justificación de la decisión o teoría de la argumentación

499. Planteamiento del problema 1075
500. Plan 1076

Subsección I

Nociones generales sobre la argumentación jurídica

501. La argumentación es indispensable en todas las decisiones conjuntas de la vida diaria 1077
502. La justificación racional no consiste en buscar argumentos para tomar la decisión que el hablante considere axiológicamente justa 1077
503. La argumentación en los casos fáciles y en los casos difíciles 1079
504. La Corte Constitucional —Sentencia C. 551 2003— desconoce estos principios o fundamentos de la argumentación 1080
505. Qué se entiende por justificación racional 1084
506. Los enfoques lógico, retórico y dialógico de la argumentación 1085
507. La justificación interna y externa en el enfoque dialógico 1088
508. La lógica deductiva en el proceso de argumentación 1089
509. La argumentación supone el respeto del derecho positivo 1094
510. Pasos a seguir en el proceso de argumentación en un caso difícil Según Manuel Atienza 1099
511. La argumentación como diálogo real o imaginario 1101
512. El juez está obligado a destruir con argumentos la argumentación de la parte perdedora del litigio 1103

513. Ventajas y limitaciones de la argumentación 1104
514. Un buen juez no se contradice ni aplica sus argumentos dependiendo del caso concreto. El fallo sobre la inmunidad parlamentaria 1105
515. Contexto del descubrimiento y contexto de la justificación 1108
516. Argumentación interna y externa 1110
517. Aún en los casos fáciles es necesaria la argumentación interna 1111
518. La argumentación fáctica (empírica) y la argumentación jurídica o normativa 1112
519. Justificación de la premisa fáctica (argumentación sobre los hechos tenidos en cuenta en la sentencia) 1112
520. La justificación de la premisa normativa 1117

Subsección II
La argumentación jurídica en la obra de Robert Alexy

521. Introducción y plan 1118

I
La fundamentación de las proposiciones o enunciados normativos según Alexy

522. La pretensión de corrección del discurso 1119
523. Qué se entiende por solución jurídica correcta o racional 1120
524. Qué se entiende por discurso práctico 1121
525. Las reglas y formas del discurso práctico general 1124
526. El discurso jurídico como caso especial del discurso práctico general 1125
527. Qué se entiende por proposición o enunciado normativo 1128
528. Análisis de Alexy sobre las teorías que explican la fundamentación de las proposiciones o enunciados normativos, entre ellos la decisión judicial 1129

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 1147

II

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

530. DIVISIÓN 1154

A

TEORÍA DEL DISCURSO PRÁCTICO RACIONAL GENERAL

531. DIVISIÓN 1154
1º.) CONCEPTOS BÁSICOS SOBRE EL DISCURSO PRÁCTICO GENERAL 1154
532. CONCEPTO DE DISCURSO PRÁCTICO RACIONAL GENERAL 1155
533. EL PROBLEMA DE LA FUNDAMENTACIÓN DE LAS PROPOSICIONES NORMATIVAS 1155
534. TEORÍAS SOBRE LAS REGLAS DEL DISCURSO 1162
2º). LAS REGLAS Y FORMAS DEL DISCURSO PRÁCTICO GENERAL 1165
535. REGLAS DE DIVERSO TIPO EN EL DISCURSO PRÁCTICO GENERAL SEGÚN ALEXY 1165
§A). Las reglas fundamentales 1166
536. VALIDEZ NECESARIA DE LAS REGLAS FUNDAMENTALES 1166
§B). Las reglas de la razón 1172
537. EN QUÉ CONSISTEN LAS REGLAS DE LA RAZÓN 1172
§C). Las reglas sobre la carga de la argumentación 1177
538. RAZÓN DE SER DE LAS REGLAS SOBRE LA CARGA DE LA ARGUMENTACIÓN 1177
539. ANÁLISIS DE CADA UNA DE LAS REGLAS DE LA ARGUMENTACIÓN 1179

§D). Las Formas de Argumento 1183
540. (Reservado) 1183
541. Las formas del argumentos son propias del discurso práctico 1183
542. Las dos formas de argumento de segundo nivel 1185
§E). Las reglas de prioridad 1185
§F). Las reglas de fundamentación 1186
543. Diferencia entre reglas de fundamentación y reglas fundamentales 1186
§G) Las reglas de transición 1196
544. Insuficiencia de la argumentación práctica 1196
§H). Insuficiencia del discurso práctico general 1198
545. Imposibilidad de un arreglo definitivo 1198
§I). Síntesis de las reglas y formas del discurso práctico general 1199

B

Alexy y la teoría del discurso jurídico como caso especial del discurso práctico general

546. Plan 1203
1º.) Nociones generales sobre la argumentación jurídica considerada como un caso especial del discurso práctico general 1203
547. Cómo distinguir entre la argumentación jurídica en tanto que caso especial, y la argumentación práctica general 1204
548. La tesis del caso especial 1205
549. Respuesta de Alexy a los críticos de su teoría de la argumentación jurídica considerada como un caso especial del discurso práctico general 1206
550. Paso a la teoría de la argumentación jurídica, según Alexy 1211
2º.) Rasgos fundamentales de la argumentación jurídica, según Alexy 1212
551. Justificación interna y externa 1212
§A). La Justificación Interna Según Alexy 1212
552. Finalidad de la justificación interna 1212

553. *Reglas* **y** *formas* para la justificación interna 1213
554. Desarrollo de la *forma (J.1.1.)* 1215
555. Síntesis de las reglas y formas de la justificación interna según Alexy 1224
§B). La justificación externa según Alexy 1225
556. Objeto de la justificación externa 1225
557. Los enunciados empíricos 1227
558. Teoría de la argumentación en sentido estricto 1228
559. Interrelación de los tres métodos de fundamentación 1228
560. Los seis grupos de reglas y formas de la justificación externa según Alexy 1229
1.) Sobre la argumentación empírica 1230
561. Importancia de la argumentación empírica 1230
2.) Reglas y formas de la interpretación 1231
562. Selección de métodos de interpretación 1231
A) Argumento basado en el método semántico de interpretación 1235
563. Formulación del método semántico de interpretación 1235
B) El argumento basado en el método genético de interpretación 1238
564. Cuándo se presenta y cómo se formula 1238
C) El argumento basado en el método histórico de interpretación 1243
565. ¿En qué consiste? 1243
D) El argumento basado en el métodocomparativo de interpretación 1244
566. ¿En qué consiste? 1244
E) El argumento basado en el método sistemático de interpretación 1245
567. ¿En qué consiste? 1245
F) El argumento basado en el método teleológico de interpretación 1247
568. Análisis de los conceptos fin y medio 1247
569. El papel de los cánones de interpretación en el discurso jurídico 1252
570. El campo de aplicabilidad de los cánones de interpretación 1252

571. El status lógico de los cánones de interpretación 1253
572. El requisito de *saturación* en la aplicación de los cánones de interpretación 1254
573. Funciones de las diversas formas de interpretación 1257
574. El problema de la jerarquía de los cánones de interpretación 1257
575. De qué manera hay que usar oportunamente las distintas formas de argumentos 1259
3.) Reglas de la argumentación dogmática 1263
576. Qué se entiende por dogmática 1263
577. Los enunciados de la dogmática jurídica 1268
578. El uso de los enunciados dogmáticos 1272
579. La fundamentación y prueba de los enunciados dogmáticos 1273
580. Funciones de la dogmática 1279
581. Argumentación dogmática y argumentación práctica general 1282
4.) Sobre el uso de los precedentes 1284
582. Importancia del uso de los precedentes 1284
583. La regla de la carga de la argumentación 1285
5.) Sobre el uso de formas de argumentos jurídicos especiales (analogía, argumentum e contrario, argumentum a fortiori y argumentum ad absurdum. 1289
584. En qué consisten las formas de argumentos jurídicos especiales 1289
6.) Síntesis de las reglas y formas de la justificación externa en la obra de Alexy 1294

PARTE SEGUNDA

La interpretación constitucional en la jurisprudencia colombiana

1. Introducción y plan 1305

CAPÍTULO PRIMERO

La teoría valorista de la interpretación en la jurisprudencia colombiana

2. Introducción 1307

3. Inexistencia de una línea interpretativa definida....1307
4. Plan 1310

Sección i
La Jurisprudencia Valorista De La Corte Constitucional

5. La interpretación *valorista* de la doctrina colombiana....1313
6. El método teleológico-axiológico 1313
7. Desconocimiento del principio de legalidad 1316

Subsección i
Sentencia Fundamental de la Corte Constitucional sobre interpretación del derecho T-406-92

8. Observación previa....1316
9. Exposición y crítica a la Sentencia T- 406-92....1317
10. Sentencia T-153-98 1366

Sección ii
Argumentos adicionales contra la jurisprudencia de la Corte Constitucional

11. Remisión....1369
12. La Corte Constitucional acude indistintamente a la interpretación valorista o a la positivista 1369
13. La interpretación de la Corte está montada en criterios metafísicos indemostrables, y por lo tanto imposibles de argumentar racionalmente 1370
14. Peligros de totalitarismo con este método valorista de interpretación 1373
15. ¿Qué se entiende por guardián de la Constitución? 1376
16. ¿Para ser guardián de la Constitución se debe desconocer textos constitucionales fundamentales? 1377
17. La Corte con su decisionismo se arroga la soberanía violando así la Constitución 1380

Sección iii

Sentencia (Su-111-97) de la corte, que respeta la ley y las competencias del legislador

18. Planteamiento del problema 1383
19. Análisis de la Sentencia SU- 111- 97 1384
20. Estado actual del problema y conclusión 1395

Sección iv

Lecturas

La opinión de la doctrina contraria al activismo de los tribunales constitucionales

21. Necesidad de largas citas 1397

Subsección i

La doctrina colombiana que se opone al activismo incontrolado de la jurisprudencia constitucional

22. Opinión del profesor Carlos Mario Molina B. 1398
23. Opinión del profesor Fabricio Mantilla 1402

Subsección ii

La Doctrina Comparada Que Se Opone Al Activismo Incontrolado De Los jueces

24. Opinión de Luis Prieto Sanchís 1405
25. Opinión de Ricardo Guastini 1406
25.bis Opinión de Luigi Ferrajoli 1407

CAPÍTULO SEGUNDO

La influencia del decisionismo de Carl Schmitt en la interpretación de la Corte Constitucional

26. Introducción y plan 1409
27. Schmitt en Bogotá 1409

Sección i

Perfil biográfico e influencia histórica de Schmitt en el derecho contemporáneo

28. Schmitt como ideólogo del totalitarismo nazista 1411
29. Resurgimiento camuflado de la obra de Schmitt 1413

Sección ii

López Medina y su apreciación sobre la influencia de Schmitt en la interpretación constitucional de la Corte

30. López Medina y las dos Constituciones de Schmitt 1415
31. Análisis de la exposición de López Medina 1425
32. La Constitución jurídico-positiva del estado de derecho 1426
33. La Constitución material o de hecho de Schmitt 1429

Sección iii

Análisis de algunos conceptos totalitaristas de la obra de Carl Schmitt

34. Influencia de Rudolf Smend en la obra de Schmitt 1433
35. Schmitt y su concepto de Constitución verdadera 1435
36. Crítica de Heller a la Constitución decisionista y antinormativa de Schmitt 1440
37. La Constitución escrita o ley constitucional según Schmitt 1441
38. Schmitt desconoce por completo la importancia democrática del parlamento 1450
39. La Constitución material de Schmitt conduce al totalitarismo pues el Führer es el representante omnipotente del pueblo 1451
40. Schmitt supone la supresión de las minorías políticas, étnicas y raciales en el Estado totalitario 1454
41. Para Schmitt la puesta en vigencia de una Constitución propia de un estado de derecho no agota el poder constituyente 1457
42. Schmitt y el marxismo 1459
43. ¿La Corte Constitucional es el verdadero soberano en Colombia? .. 1460

CAPÍTULO TERCERO

Desconocimiento de la Constitución por parte de la Corte Constitucional

44. Obligación de someterse al estado de derecho 1465
45. Doctrina que defiende el respeto por la Constitución en sentido jurídico positivo 1467
46. Opinión de Bockenforde 1468
47. Opinión de Luís Prieto Sanchís 1469
48. Opinión de Pérez Luño 1469
49. Plan 1471

Sección i

Las sentencias manipulativas

50. En qué consisten 1473
51. Ejemplo de una correcta interpretación condicionada 1476
52. Ejemplo extremo de intromisión de la Corte en el poder legislador (C-038/96) 1477
53. Crítica al fallo anterior 1478
54. La doctrina en el derecho comparado 1480

Sección ii

Competencia del parlamento o del pueblo mediante referendo para reformar la Constitución

55. Planteamiento del problema y plan 1485

Subsección i

Principios generales sobre la competencia para cambiar la Constitución en Colombia

56. Constituciones rígidas y Constituciones flexibles 1485
57. Legislación comparada 1487
58. Textos constitucionales colombianos 1488
59. La competencia del parlamento para reformar la Constitución según Schmitt 1499

Subsección ii

Competencia del pueblo para reformar mediante referendo la Constitución (sentencia c-551 de 2003)

60. Desconocimiento puro y simple de los textos constitucionales 1502
61. Considerandos de la sentencia C-551 de 2003 sobre el referendo...1508

Subsección iii

Competencia del parlamento para reformar mediante acto legislativo la Constitución (c 1040-5)

62. Los hechos.....1536
63. Sentencia C-1040/05, Exp. 1645 1537
64. Magistral salvamento de voto del doctor Humberto Sierra Porto.1568

CAPÍTULO CUARTO

El precedente judicial obligatorio

65. Planteamiento del problema 1627
66. Autoridad moral y científica de la jurisprudencia.....1628
67. Observación previa y plan 1630

Sección i

Legítima interpretación del artículo 230 C.P. de la Constitución

68. Sistema de normas aplicables.....1631
69. Colombia es un estado social de derecho 1631
70. Principio constitucional de igualdad frente a la ley.....1632
71. Colombia es un sistema de derecho escrito. Principio de legalidad ..1632
72. El impero de la ley como mecanismo constitucional para garantizar los dos principios anteriores 1633
73. Conclusión 1634

Sección ii

Análisis de la jurisprudencia que vuelve obligatorio el precedente Constitucional

74. Análisis de la Sentencia Paradigmática: C- 836/2001 1635

Sección III
Crítica a la doctrina colombiana que defiende el precedente constitucional obligatorio

75. Finalidad de esta doctrina en Colombia....1731
76. Crítica adicional a la doctrina del precedente Constitucional obligatorio....1732
77. Argumentos de hermenéutica....1734
78. Argumentos de López Medina....1737
79. Argumentos de Bernal Pulido....1746
80. Prevaricato de los jueces que desconocen la jurisprudencia....1783
81. El precedente obligatorio y el recurso de casación....1785
82. El precedente obligatorio en las leyes 1395 de 2010 y 1437 de 2011....1795

Sección IV
Violación de la Corte Constitucional de sus precedentes obligatorios

83. Incoherencia de la Corte....1809

Subsección I
La educación y la libertad de cultos

84. Tratamiento desigual....1810
85. Sentencia T. 588-98....1811
86. Sentencia T. 726-05....1816

Subsección II
El precedente obligatorio y la constitucionalidad de los tratados internacionales

87. Casos relativos al control de constitucionalidad sobre tratados internacionales....1829

Subsección III
La desigualdad de precedentes jurisprudenciales en materia de pensiones

(88 a 100 Reservados)....1835

Subsección iv
La triste historia jurisprudencial sobre la inmunidad parlamentaria (SU.047/99)

101. De qué se trata 1836
102. Contenido de la sentencia 1838
103. Magistral y valiente salvamento de voto de los magistrados Eduardo Cifuentes Muñoz, y Roberto Herrera Vergara, a la Sentencia SU.047/99 1883

CAPÍTULO QUINTO
Aplicación vía tutela de los derechos sociales, económicos y culturales

104. En qué consisten 2025
105. Plan 2028

Sección i
Los derechos sociales y económicos en la jurisprudencia colombiana

106. Cómo se aplican los derechos económicos o prestacionales 2029
107. Posición personal 2032
108. Qué dice la Constitución 2036
109. Posición de la Corte Constitucional 2038
110. Sentencia T-406-92 2040
111. Sentencia T-153-98 2071
112. Crítica 2072
113. Solución 2076
114. Veamos a la Corte gobernando y distribuyendo el presupuesto -Fallo T-153-98, que ordena la construcción de cárceles 2077

Sección ii
Reflexiones propias y análisis de la doctrina

115. ¿En la aplicación directa de los derechos prestacionales se ponderan derechos de ricos y de pobres, o de pobres entre sí? 2083

116. Conclusión personal....2085
117. La posición de la doctrina más progresista sostiene el punto de vista que defiendo....2087
118. Opinión de Alexy....2088
119. Opinión de Dworkin sobre el mismo tema....2092
120. Opinión de Peces Barba sobre el mismo tema....2093
121. Posición del profesor López Medina....2096
122. Posición del doctor Rodolfo Arango....2098
123. Fundamento constitucional de los derechos sociales o económicos según Arango....2098
124. Según Arango la administración de justicia está vinculada directamente a los derechos fundamentales....2103
125. Cuándo según Arango son aplicables directamente los derechos económicos y sociales....2116
126. Crítica a la teoría del profesor Arango....2129
127. Verificación de la imposibilidad de aplicar a todos los necesitados el mínimo vital a punta de tutelas....2138
128. ¿La Solución?....2143
129. La ineficacia de la ley 100 demuestra mi punto de vista....2144
130. La no regresión de los derechos prestacionales ya otorgados....2147