

# La argumentación iusfilosófica de la corte constitucional: Su papel en la reconstrucción del derecho

## Jusphilosophical argumentation in the constitutional court: Its role in rebuilding law

Jessica Viviana Moreno Guevara

Estudiante Derecho y Ciencias Políticas - Universidad Libre Bogotá  
vian.01@hotmail.com

Fecha de recepción: Marzo 10 de 2011

Fecha de aceptación: Julio 22 de 2011

### Resumen

La Corte Constitucional es la guardiana y protectora de la carta fundamental de derechos y frente a esta obligación ha realizado un papel indudablemente progresista al darle prelación a la protección de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) frente a otros. En desarrollo de esta tarea han surgido constantes enfrentamientos con las demás ramas del poder público y algunos sectores sociales que consideran que ha ejercido un papel excesivamente progresista que rebasa el ordenamiento jurídico sin atender a los requerimientos económicos y convirtiendo de esta manera al derecho en el “derecho de los jueces”. En el contexto de esta controversia vale la pena analizar, entonces, algunas posiciones de esta corporación frente a derechos específicos así como el tipo de argumentación utilizado de manera singular, en el sentido de si atiende los postulados hartianos de discrecionalidad judicial; o por el contrario, concibe el análisis dworkiniano del juez Hércules o si se basa en ambos. Por lo anterior, se plantea el interrogante de cuál sería, entonces, el papel que ha realizado la Corte Constitucional en relación con la defensa del territorio de las comunidades indígenas y la protección de la diversidad étnico cultural en el 2011

### Palabras clave

Discrecionalidad judicial, Corte Constitucional, juez Hércules, formalidad jurídica, realismo jurídico, diversidad cultural.

### Abstract

The Constitutional Court is the guardian and protector of the Colombian charter of fundamental rights, and in performing this obligation, it has undoubtedly played a progressive role by giving priority to the protection of social, economic and cultural rights. This task has involved constant confrontation with the other branches of government and some social sectors, who believe that it has played an excessively progressive role,

outside the legal system, without addressing economic requirements, turning the law into the law of the judges. In examining this controversy, it is worthwhile to individually analyze certain positions taken by this entity with regard to specific rights and the type of argumentation that was used, and determine if they follow Hart's tenets of judicial discretion or, conversely they consider Dworkin's "Judge Hercules" analysis, or use both. In view of this, this article raises the following question: In 2011, what role did the Constitutional Court play with regard to protecting the territories of indigenous communities and ethnic cultural diversity?

## Keywords

Judicial discretion, Constitutional Court, judge Hercules, legal formality, legal realism, cultural diversity.

## Introducción

Podría pensarse que la filosofía del derecho es simplemente la parte teórica del derecho en cuyo contexto los grandes filósofos de la ciencia jurídica debaten las posturas del deber ser del derecho. Sin embargo es un hecho que esta filosofía ha efectuado constantes aportes a la práctica judicial y hoy en día no se puede desligar el derecho de la realidad. En este sentido, la teoría kelseniana que propugna la separación del derecho de cualquier otra ciencia y su consiguiente purificación, queda de lado frente a la necesidad social. Por su parte, las polémicas iusfilosóficas no son estratos metafísicos y abstractos alejados de nuestra cotidianidad, sino que han servido –y servirán– para la resolución de problemas difíciles en pro de la justicia y la igualdad.

En este orden de ideas, el debate acerca del papel que cumplen los operadores judiciales, importa tanto al derecho como a la filosofía del derecho. Es decir, en nuestra realidad se debe dar un análisis sistemático del ordenamiento jurídico acoplado a los requerimientos sociales. De nada sirve un conjunto de normas que no permita la satisfacción de las necesidades ni un análisis social que desconozca el derecho. Frente a esto y de manera particular, la Corte Constitucional ha jugado un papel primordial en el escenario colombiano, con fallos han generado constantes dilemas políticos, económicos, sociales y culturales que han quebrantado el estudio del derecho y posibilitado acercamientos a nuevas posturas.

Por lo tanto, resulta común preguntarse ¿cómo falla la Corte Constitucional?, ¿qué argumentos iusfilosóficos utiliza?, ¿su postura llega a ser formalista o antiformalista?, ¿en verdad existe, el derecho de los jueces? Estos son solo algunos cuestionamientos que reflejan el papel protagónico que esta corporación ha tenido en las últimas décadas. Para analizar su labor fundamental y resolver el planteamiento problemático, se hace necesario reconocer y caracterizar –grosso modo– la postura hartiana que sostiene la posibilidad de la discrecionalidad judicial en casos complejos y el papel del dworkiniano juez Hércules en la resolución de casos difíciles.

## Aporte hartiano al derecho: el derecho como regla y la discrecionalidad judicial

El debate contemporáneo entre los positivistas –en especial Hart– con Dworkin, ha impregnado el mundo del derecho y ha llevado a que juristas, abogados y estudiantes se inscriban a una u otra corriente. Esta confrontación ideológica ha marcado el estudio del derecho al tiempo que ha permitido que prime el formalismo jurídico y se establezcan posturas concretas; es decir, o se es formalista, al estilo de Tamayo Lombana, o se es antiformalista, como Diego Eduardo López, similar a la confrontación política colombiana que llevaba a decir que se era liberal o conservador. A pesar de lo anterior, se hace necesario categorizar la postura hartiana para desentrañar los aportes a la filosofía y a la práctica del derecho; así, frente a la corriente de pensamiento positivista, H. L. A. Hart se erige en las últimas décadas como el gran exponente de esta filosofía.

Oscar Mejía considera que “la estructura epistemológica que se deriva del planteamiento hartiano trifurca la teoría jurídica en tres proyecciones: qué es el derecho, cómo funciona el derecho y qué debe ser el derecho<sup>1</sup>. Ante la pregunta de ¿qué es el derecho? Hart respondería que es “un conjunto de reglas primarias de obligación con reglas secundarias de reconocimiento, cambio y adjudicación”. De una manera más clara, para este filósofo el derecho está compuesto por reglas definidas en los ordenamientos jurídicos; aunque el profesor Jorge Luis Fabra, siguiendo a Carrió establece que lo que existió fue una mala traducción del pensamiento artiano, pues:

*Dworkin afirmó que el modelo de derecho de Hart era un modelo de y para las reglas. Sin embargo, esta es una afirmación equivocada por dos razones: Hart –y tal vez ningún otro positivista contemporáneo– nunca afirmó que el derecho es simplemente un modelo de reglas; y (B) Dworkin y Hart tienen un concepto diferente de regla.<sup>2</sup>*

Para Hart las reglas primarias eran entendidas como aquellas que establecían la acción de las personas; es decir, se configuraba su comportamiento personal dándoles nacimiento a unas reglas sociales que se componen de la combinación de una conducta (general) y una actitud (particular). Pero este tipo de conductas debían ser objeto de presión social y por lo tanto las reglas primarias llegaban a establecer obligaciones e intereses. Para Hart estas reglas adolecen de falta de certeza, su carácter es estático y ejercen una ineficiente presión social. Por ello, frente a cada problemática establece una serie de reglas secundarias que se ocupan de las insuficiencias de las reglas primarias. Las reglas secundarias que propone Hart son tres: 1) La regla de reconocimiento, que permite la identificación de las reglas revistiéndolas de autoridad y concibe al derecho como un signo de autoridad que los funcionarios judiciales aplican a la realidad; 2) la regla de cambio faculta a un individuo o a un grupo de personas para introducir nuevas reglas primarias en la conducción de la vida social y deja sin efecto las reglas anteriores; y 3) la regla de adjudicación, que desarrolla la potestad jurisdiccional y permite determinar si un particular ha trasgredido o no el ordenamiento jurídico.

1 MEJIA, Oscar. Elementos para la reconstrucción del estatuto epistemológico.

2 FABRA ZAMORA, Jorge Luis. *Una visita al debate Hart - Dworkin*. Pág. 3.

Este aporte de concebir el derecho como un conjunto de reglas, ha sido estudiado constantemente en la filosofía del derecho en la cual se les da prelación a las reglas de reconocimiento, pues son estas las que permiten la discrecionalidad judicial, pilar importante del pensamiento hartiano. En este sentido, la regla de reconocimiento faculta a los funcionarios judiciales para que reconozcan una norma y la apliquen en la resolución de los casos. De no aplicarse, la regla resulta inválida y por lo tanto el juez tendrá la facultad de resolver el caso atendiendo a la discrecionalidad. En este orden de ideas, el profesor Cesar Rodríguez, al hacer un análisis a la obra de Hart sostiene que:

*Los jueces tienen discrecionalidad para escoger la interpretación que consideren más apropiada. Cuando la regla es imprecisa, el juez no tiene otra salida que escoger prudentemente la opción que estime adecuada, lo que hace que este no aplique el derecho ya que las reglas no le indican una u otra dirección, si no que crea una para el caso en concreto.*<sup>3</sup>

Ante estos problemas de las reglas jurídicas ¿cómo resuelve Hart los casos difíciles? Pues a través de la discrecionalidad judicial, la cual le permite al juez frente a un vacío, laguna o distorsión del ordenamiento jurídico, solucionar el caso atendiendo a dictámenes naturales. Es decir, la norma de textura abierta que plantea Hart habilita a los operadores judiciales para que creen posibilidades de solución cuando la regla jurídica no permite resolver el caso.

Para resumir el aporte de Hart, el profesor Fabra,<sup>4</sup> siguiendo a Dworkin, establece cuatro aspectos principales. El primero, el derecho como un conjunto de reglas; el segundo, la separación entre el derecho y la moral; el tercero, la regla de reconocimiento que permite la resolución de casos; y cuarto, la discrecionalidad judicial que facilita la solución de casos ante los vacíos y dificultades normativas.

Aporte dworkiniano al derecho, el juez Hércules y la teoría de la integridad

Frente a los planteamientos del positivismo, Dworkin responde con una postura filosófica y jurídica que termina ubicándolo en el extremo contrario. Este filósofo llega a cuestionar cada una de las posturas formalistas, principalmente la corriente hartiana. De este modo, el profesor Albert Calsamiglia, al hacer un análisis de Dworkin, considera que éste propugna una teoría de los derechos individuales que se enfrenta con la teoría utilitarista de la corrientita positivista cuyo máximo exponente es Bentham. Para Dworkin, el criterio supremo de bienestar social no es compatible con los derechos individuales. “Un derecho justo no se puede fundamentar en objetivos sociales –como lo hace el utilitarismo– sino en derechos individuales inviolables”.<sup>5</sup>

Por lo tanto, ante la misma pregunta de qué es el derecho, Dworkin no lo concibe como un montón de reglas, sino que lo considera como un sistema jurídico compuesto de

3 RODRIGUEZ. Cesar. *El debate Hart – Dworkin, estudio preliminar*. siglo de hombres editores. Pág. 2

4 FABRA ZAMORA, Jorge Luis. *Una visita al debate Hart - Dworkin*. Pág. 2

5 CALSAMIGLIA, Albert *¿Por qué es importante Dworkin?* Pág. 161

normas, directrices y principios.<sup>6</sup> La norma, entendida bajo el presupuesto kelseniano de precepto-sanción; la directriz, como el objeto social del ordenamiento jurídico; y los principios, como los postulados de optimización de la justicia. Si bien cada uno tiene un grado distinto de eficacia –la mayor, la norma y la menor, la directriz– cuando existen vacíos y problemas normativos resultan fundamentales los principios y directrices para resolver los casos jurídicos.

Ante estos problemas de las reglas jurídicas ¿cómo resuelve Dworkin los casos difíciles? Para este autor existe un juez Hércules<sup>7</sup> que soluciona todos los problemas que se le plantean dentro del sistema jurídico, pues siempre hay una respuesta en el ordenamiento normativo y si bien esta no puede radicar en la norma por la inexistencia de regulación, entre otros aspectos, siempre estarán los principios y las directrices. Estos principios son la base del sistema jurídico y mandatos universales de aplicación por toda la autoridad judicial; de esta manera, siempre habrá una respuesta única dentro del ordenamiento. Este postulado es claramente un rechazo de la discrecionalidad en la decisión judicial propuesta por Hart:

*Para Dworkin, la solución del caso difícil pasa por un proceso de razonamiento en el que se debe organizar una teoría de la constitución, configurada como un conjunto complejo de principios y directrices políticas que justifique ese esquema de gobierno, lo mismo que el árbitro de ajedrez se ve llevado a elaborar una teoría del carácter de su juego.<sup>8</sup>*

Ante todo lo anterior, el profesor Fabra caracteriza el aporte dworkiniano de la siguiente manera. Primero, frente al modelo de reglas hartiano existe un derecho entendido como un conjunto de reglas y principios; segundo, frente a la teoría de la separación está la teoría de incorporación, que permite relacionar el derecho y la moral; tercero, frente a la discrecionalidad se establece la teoría de la integridad que resuelve los casos sin acudir a posibles decisiones arbitrarias, sino al ordenamiento –reglas, directrices y principios–. Así mismo, el profesor José Muñoz llega a establecer que la crítica frente al derecho planteada por Dworkin se reduce a que “la base de la crítica es la afirmación de que el criterio de la regla de reconocimiento deja por fuera de la interpretación jurídica los principios y los valores, los cuales son elementos importantes del derecho”.<sup>9</sup>

El papel de la Corte Constitucional: ¿hartiano o workiniano?

Se podrían plantear una infinidad de preguntas en torno al papel de la Corte Constitucional, pero para el caso de estudio vale la pena cuestionarse la argumentación iusfilosófica que utiliza esta corporación en la resolución de los casos que se le plantean en torno al control de constitucionalidad, tanto en abstracto como en concreto.

6 MUÑOZ, José. *Casos difíciles y el derecho como integración*.

7 José Muñoz explica que Este juez, al que el autor anglosajón bautiza con el nombre de Hércules, se nos presenta como “un juez imaginario de un poder intelectual y una paciencia sobrehumanos, que acepta el derecho como integridad.”, pero que comente del error de aceptar que siempre la integridad del derecho, incluso llegando a sacrificar la justicia.

8 MUÑOZ, José. *casos difíciles y derecho como integración*

9 MUÑOZ, José. *casos difíciles y derecho como integración*

Esto nos situaría frente al debate Hart-Dworkin según la postura filosófica que se ha tomado: la hartiana o la dworkiniana. Este análisis pretende desarrollarse bajo la pregunta: ¿cómo soluciona la Corte Constitucional la controversia generada frente al derecho al territorio como expresión de la diversidad étnica cultural de las comunidades indígenas en lo corrido del 2011? Si bien este escrito no analiza la línea jurisprudencial acorde con este escenario constitucional, sí busca comprender cuál podría ser el análisis argumentativo utilizado por esta corporación en la resolución de este caso, el cual terminaría ubicándose dentro de los problemas de difícil solución.

¿Por qué los derechos de las comunidades indígenas son un caso difícil? Esta apreciación se puede articular en dos aspectos principales: primero, la cosmovisión de las comunidades indígenas, diferente a la de las sociedades modernas y la posibilidad que tiene el funcionario judicial de entender la multiculturalidad y utilizarla en la resolución de los casos planteados; y segundo, el grado de abstracción de la normatividad, porque si bien existen en la norma constitucional artículos específicos para su protección, la falta de reglamentación y la no materialización de esta normatividad han generado desamparo a los pueblos indígenas.

Específicamente, en lo referente al “territorio como materialización de la diversidad étnica cultural”, la Corte Constitucional ha expedido tres sentencias importantes: una de control de constitucionalidad, la C-366-11 del Magistrado ponente Luis Ernesto Vargas; y dos de tutela, la T-12911, cuyo Magistrado ponente fue Jorge Iván Palacio, y la T-235-11 con ponencia de Luis Ernesto Vargas. Antes de analizar la argumentación utilizada, se expondrá –grosso modo– el caso y el problema jurídico a fin de desentrañar la controversia.

La sentencia C-366-11 corresponde a una demanda de inconstitucionalidad contra la totalidad de la Ley 1382 de 2010, norma que modifica la Ley 685 de 2001 (Código de Minas) ya que dicha norma, a juicio de los demandantes, no tuvo en cuenta los requerimientos internacionales y jurisprudenciales que obligan a consultarles previamente a las comunidades indígenas y afrodescendientes los proyectos de ley que los afecten, condición que no se llevó a cabo. Ante esta situación la Corte plantea como problema jurídico el siguiente: “¿La Ley 1382 de 2010, que modifica en diversos apartes la Ley 685 de 2001 o Código de Minas, es contraria a la Constitución en razón de haberse omitido la garantía del derecho de consulta previa de las comunidades indígenas y afrodescendientes?”

Por otro lado, la sentencia T-129-11 es una acción de tutela presentada por los resguardos Chidima-Tolo y Pescadito de la etnia Embera-Katío contra los Ministerios de Transporte, Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, Interior y de Justicia, entre otros, para la protección de sus derechos fundamentales a la consulta previa, el debido proceso, la diversidad étnica y la vida digna. Los accionantes afirman que, además de la presencia de colonos que pretenden ocupar de manera irregular sus resguardos y los daños ambientales causados por la explotación de los recursos naturales, tres circunstancias específicas que han generado una fragmentación de sus territorios. La primera, son las obras de carretera que atraviesan los resguardos; la segunda el proyecto de interconexión eléctrica entre Colombia y Panamá; y la tercera, los trámites relativos a la concesión para la explotación de oro. Por lo anterior la Corte analiza como problema jurídico “si

las conductas desplegadas por las entidades accionadas han desconocido los derechos y garantías constitucionales de las comunidades indígenas en lo relativo al agotamiento de la consulta previa para la proyección de las obras de infraestructura y explotación de recursos naturales en sus territorios”.

Finalmente, la sentencia T-235-11 corresponde a una acción de tutela presentada por el cabildo mayor indígena del cañón del río pepitas, municipio de Dagua, contra la alcaldía municipal de Dagua –Comité local– para la prevención y atención de desastres, entre otros, por la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la integridad personal y a la vivienda digna, generada a partir del 2008 cuando se produjo una grave ola invernal que causó una creciente del río Pepitas que hizo intransitables los caminos y daño gravemente las viviendas, situación que no había sido superada al momento de presentación de la tutela. Ante ello, la Corte consideró como problema “...determinar si las distintas instancias que componen el sistema nacional de atención y prevención de desastres a nivel local, regional y nacional desconocieron los derechos constitucionales (...) al no adoptar las medidas necesarias para solucionar la grave situación de los caminos adyacentes al resguardo y conjurar las amenazas a la integridad personal y la vivienda digna de miembros del resguardo”.

De lo anterior se desprende la pregunta de cómo se pueden interpretar la argumentación realizada por la Corte Constitucional. Esta corporación elaboró un argumento en el que integró la discrecionalidad judicial hartiana con el juez Hércules dworkiniano y de esta manera intentó superar el debate iusfilosófico que por décadas ha estado en la cima de nuestras controversias jurídicas. Podría pensarse que esta entidad ha desarrollado ambos planteamientos para reconstruir el ordenamiento colombiano y darle, en términos habermasianos, facticidad y validez. Es decir, la Corte no separa, en los mismos términos, el nivel técnico (positivismo) y el nivel emancipatorio (realismo jurídico), sino que los integra en una nueva forma de entender el derecho; o de entender el derecho como argumentación, tal como lo propone Manuel Atienza.

Sobre la base de que es necesario estudiar los enfoques del derecho para llegar a establecer –como Atienza lo hace– un entendimiento del derecho más allá de lo teórico, es decir, que vaya a lo práctico, este pensador propone concebir el derecho como argumentación, ya que para él los anteriores enfoques no vislumbran la importancia de la herramienta de la argumentación, ya que el estructuralismo, por su visión cerrada al ordenamiento, no consideró la relación con el sistema social, por suponer la norma como único objeto de estudio. El realismo jurídico reduce el derecho a una mera racionalidad estratégica y niega el fin de la razón práctica. El iusnaturalismo, con su visión mitificada, impide comprender una construcción social como un fenómeno histórico determinado.

Ante las dificultades anteriores originadas por los distintos enfoques, Manuel Atienza, plantea que los modelos anteriores fueron teóricos a la hora de investigar el derecho. Su propuesta concibe la argumentación como una actividad para “proponer razonadamente la adopción de medidas, el establecimiento de nuevas normas y la supresión de otras. La aplicación del derecho exige, entre otras cosas, el concurso de los abogados quienes desempeñan una labor que, en su núcleo, consiste en argumentar: para persuadir

MORENO, J.

al juez, para aconsejar al cliente, o para alcanzar un acuerdo negociado con el abogado de la contraparte”.<sup>10</sup>

En este orden de ideas, ¿cómo ha fallado la Corte Constitucional? Si bien a comienzos del establecimiento del estado social y democrático de derecho se dieron posiciones radicales frente a la discrecionalidad judicial a la hora de fallar, por un lado, el juez simplemente debía ser la boca de la ley –Su/111/97– y por el otro, el es el vaso comunicante entre la sociedad y el derecho, y por lo tanto, los derechos es aquello que los jueces dictaminan a través de las sentencias de tutela (T/406/92). Hoy, se puede decir que ha ganado terreno jurídico aquella que le permite al juez aplicar los principios constitucionales al caso concreto, según los principios universales y la discrecionalidad judicial de sana crítica. De esta manera ¿cómo falla la Corte frente al derecho territorial de las comunidades indígenas en el año 2011?

En los casos específicos analizados por la corporación en relación con territorio de las comunidades indígenas, la Corte Constitucional ha concebido este derecho como fundamental, situación que se genera por la posibilidad que tiene la institución de darle contenido a la norma constitucional gracias a su papel de guardiana del ordenamiento. En esta labor ha utilizado un criterio de discrecionalidad –que podría asemejarse al modelo hartiano– en la medida en que le permite al juez desarrollar dictámenes frente a situaciones no reguladas por la rama legislativa y no tenidas en cuenta por el poder ejecutivo. De la misma manera, ha aplicado principios universales establecidos en la misma Constitución, como en tratados internacionales. Por ejemplo, la Corte manejó en el caso del derecho fundamental del territorio, los principios democrático, de participación y reconocimiento de la diversidad étnico-cultural.

Por consiguiente, la Corte garantizó los derechos de las comunidades indígenas reconociéndoles el derecho de consulta previa frente a la actuación que los afecten directamente, en las sentencias C-366-11 y T-129-11, de manera similar a la protección del territorio y el acceso como garantía de la vida digna en la sentencia T- 235-11. Por lo tanto, la Corte considera lo siguiente:

*Uno de los rasgos característicos del nuevo constitucionalismo es aceptar que dentro de los Estados coexisten diversos entendimientos acerca de lo público y de la interacción entre las autoridades y la sociedad (...). La constitución colombiana, en ese orden de ideas, rechaza posturas universales y de asimilación de la diferencia, basadas en la homogeneidad en la comprensión de los derechos y acepta, aunque de forma moderada, el pluralismo jurídico.<sup>11</sup>*

En este orden, la Corte les da, a través de una argumentación jurídica discrecional (en el entendido que sale del precepto-regla del legislativo y basada en principios) el derecho a la consulta previa:

10 Atienza. Manuel “derecho como argumentación” editorial pág. 29 y 30

11 Corte Constitucional, Sentencia C-366-11

*La consulta previa, en tal sentido, es un instrumento jurídico imprescriptible para evitar la afectación irreversible de las prácticas tradicionales de las comunidades diferenciadas que constituyen sus modos particulares de sobrevivencia como comunidades diferenciadas.*<sup>12</sup>

Situación similar ocurre con la garantía de acceso al territorio en la cual, la Corte a través de los principios constitucionales obliga a su protección:

*El derecho a la propiedad colectiva ejercido sobre los territorios indígenas reviste una importancia esencial para las culturas y valores espirituales de los pueblos aborígenes. Esta circunstancia es reconocida en convenios internacionales aprobados por el congreso, donde se resalta la especial relación de las comunidades indígenas con los territorios que ocupan, no sólo por ser éstos su principal medio de subsistencia y la religiosidad de los pueblos aborígenes. Adicionalmente, el constituyente resaltó la importancia fundamental del derecho al territorio de las comunidades indígenas.*<sup>13</sup>

## Conclusión

De todo lo anterior, la labor de la Corte –desde este esquema de trabajo– ha sido una confluencia de teorías iusfilosóficas, como por ejemplo, la discrecionalidad judicial y el juez Hércules. Se hace necesario, entonces, establecer una teoría argumentativa iusfilosófica que ofrezca una visión del derecho como práctica utilizada por los sujetos en su tarea de argumentar. Como el mismo Atienza lo expresa: “Se necesita, por ejemplo, aclarar qué significa argumentar, en qué consiste motivar una decisión, cómo pueden evaluarse los argumentos, etc. La filosofía del derecho, desde esta perspectiva, tiende a identificarse con la teoría de la argumentación jurídica”.<sup>14</sup> Esta teoría nace de la nueva concepción de derecho contemporáneo que establece que existen en el ordenamiento una multiplicidad de caracteres de eficacia diferentes a las normas, como podrían ser los principios y valores que juegan un papel importante en la actividad racional los funcionarios judiciales.

De ahí que la teoría argumentativa expuesta por Manuel Atienza podría ser clave en la perspectiva actual del estudio investigativo del derecho y sobre todo de la argumentación jurídica, ya que al reconocer la concepción del derecho como argumentación en el sentido de solucionar los conflictos de manera práctica, este se establece “instrumental, pragmático y dinámico”, lo cual, relacionado con las teorías de derecho anteriormente expuestas, da como resultado la unión del derecho teórico con el pragmático. Como él mismo establece: “La perspectiva del derecho como argumentación viene a unificar a esos y a otros autores y permite utilizar muchos de sus aportes como si se tratara de una concepción unitaria del derecho es una filosófica de tipo pragmatista”<sup>15</sup> entre ellos, la discrecionalidad judicial artiana y el juez Hércules dworkiniano.

12 Ibidem,

13 Corte Constitucional, Sentencia T- 135- 11

14 Ibidem pág. 31

15 Atienza. Manuel “derecho como argumentación” editorial pág. 127

## Bibliografía

1. Atienza, Manuel. El derecho como argumentación. Barcelona: Ariel Derecho, 2006 (316 pp.).
2. Fabra Zamora, Jorge Luis. Una visita al debate Hart - Dworkin. Revista cartapacio de Derecho. Vol. 15 (2008) pp.1-11
3. Calsamiglia Blancafort, Albert. “¿Por qué es importante Dworkin?”. Doxa. N. 02 (1985), pp. 159-165
4. Mejía Quintana, Oscar Eduardo. Elementos para una reconstrucción del estatuto epistemológico de la filosofía del derecho. Revista Pensamiento Jurídico. Vol 1 No. 16. (2006) pp. 171-206
5. Muñoz gonzalez, Antonio José. Casos difíciles y derecho como integración. (Estudio sobre la teoría jurídico filosófica de Ronald Dworkin). Revista Telemática de Filosofía del Derecho, n. 3 1999/2000 pp. 57-66
6. Rodríguez, César. La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin. Bogotá. Estudio preliminar. Bogotá Siglo del Hombre editores. Universidad de Los Andes, 1997. 191 p.
7. Corte Constitucional, Sentencia C-366-11
8. Corte Constitucional, Sentencia T- 135- 11