
Una introducción a los enfoques de la interpretación y de la argumentación en el Estado Constitucional

ANA PATRICIA PABÓN MANTILLA*
Universidad Industrial de Santander

SUMARIO: I. Introducción. II. Relación lenguaje-derecho. III. Enfoques de la interpretación jurídica. 1. Gramatical. 2. Lógica. 3. Histórica. 4. Teleológico o finalista. 5. Sistemática. IV. Enfoques de la argumentación jurídica. 1. Enfoque lógico. 2. Enfoque retórico. 3. Enfoque dialógico. V. A modo de conclusión: lenguaje, interpretación y argumentación con enfoque de derechos humanos.

I. INTRODUCCIÓN

El viceprimer ministro de Turquía en 2014 señaló en un discurso “La mujer debe saber lo que está permitido y lo que no. No reírán en público. No se comportará de forma seductora y protegerá su castidad” (Calatayud 2014) en sus declaraciones invitó a volver al Corán. En respuesta mujeres y hombres usaron las redes sociales para protestar y reírse de su *mandato*. En este episodio encontramos el discurso de un alto funcionario del Estado, con poder para incidir en asuntos públicos, un texto religioso que se toma como justificación de un mandato y una respuesta de la comunidad a quien se dirige la recomendación, como resistencia al poder. Podríamos decir que hay una orden con base en la interpretación de un libro sagrado que colisiona con la interpretación de los

* Doctora en Derecho, Magíster en Hermenéutica Jurídica y Derecho, Abogada y Filósofa. Profesora del programa de Derecho de la Universidad Industrial de Santander, Bucaramanga, Colombia. Código ORCID: «<https://orcid.org/0000-0002-2550-135X>.» Perfil en google scholar: «<https://scholar.google.es/citations?user=c6B0ieUAAAAJ&hl=es&oi=ao>» Correo electrónico: apabonma@uis.edu.co

derechos de los asociados. Aunque este discurso no constituya una norma jurídica, sospechamos que muchas normas jurídicas se construyen con base en dichas lecturas del mundo y no de forma neutral y desinteresada.

Este episodio recuerda la relevancia de problematizar alrededor del lenguaje, la interpretación y la argumentación como procesos que se entrecruzan a la hora de abordar la forma en que se sustentan decisiones vinculantes en las comunidades jurídicas.

Las sociedades modernas, organizadas en distintas formas de Estado, tejen relaciones sociales que están mediadas por el derecho. En ese sentido podemos pensar que habitamos una gran comunidad jurídica de hablantes, que actuamos y entablamos relaciones con los otros, algunas de esas acciones y relaciones tienen consecuencias jurídicas, porque están reguladas con base en normas jurídicas, seamos o no conscientes de ello, pues nos guste o no, el derecho está en todas partes.

Esto nos conecta con las preguntas acerca de ¿qué se interpreta?, ¿cómo y quién interpreta? y ¿con qué finalidad y efectos? Para el objeto del presente texto, pese a que se entienda de forma general que interpretar es un proceso que busca dar sentido a fuentes de información —objetos, hechos y fenómenos—, nos limitaremos a la interpretación de aquellas fuentes que se entrecruzan con lo jurídico en términos modernos, es decir a la interpretación aplicada al derecho como disciplina, sus fuentes y objetos de regulación. En ese sentido se parte de que interpretar lo que el Corán dice sobre la risa, es un asunto que le interesa a los teólogos, pero cuando un funcionario del Estado invoca el libro sagrado para justificar un mandato que puede desembocar en una consecuencia jurídica, no es el Corán como objeto o fuente de información lo que nos interesa interpretar, es el discurso del funcionario como un hecho, si este mandato está o no dentro de los límites de su competencia, si ha sido justificado o no a partir de las consideraciones jurídicas de ese Estado.

Esto nos conduce a la siguiente pregunta, ¿cuál es la relación entre interpretar y argumentar? Si interpretar es un proceso cognitivo a partir del cual damos sentido a algo mediante la aplicación de conocimientos que orientan, métodos y técnicas, argumentar será el proceso cognitivo mediante el cual justificamos, exponemos, defendemos la interpretación que hemos hecho y que a su vez partirá de enfoques y métodos para la presentación del discurso (Huerta Ochoa 2017).

Teniendo en cuenta que la argumentación como proceso parte de conocimientos y de preconcepciones, se distingue la argumentación en general de la argumentación aplicada al derecho. En esta última nos importan como preconcepciones los enfoques teóricos que han definido el concepto del derecho, este será el punto de partida no sólo de quien interpreta, sino de quien justifica el sentido que le ha dado a los objetos con relevancia jurídica para el derecho. Desde ahí lo que se entiende por interpretación y argumentación jurídica está mediado por el concepto del derecho del que se parta, el que a su vez determina lo que son las normas jurídicas.

Es así que, frente al ejemplo de la prohibición de la risa con base en la interpretación del Corán, para la argumentación jurídica importa primero qué es el derecho en ese Estado y qué tipo de fuentes constituyen el derecho. Con base en su concepto de derecho se justificará la validez o invalidez de dicha disposición.

Ahora, la interpretación y argumentación en el contexto global y frente al discurso de los derechos humanos impactará el sentido que se otorgue a las disposiciones internas, puede ser que en el orden interno se justifique la obligatoriedad de una norma de cara a su criterio de validez interna, pero frente al discurso de los derechos humanos, esta justificación no siempre será suficiente.

En lo que sigue, se propondrán algunas líneas que constituyen apenas una introducción frente a estos objetos de estudio, para ello en una primera parte se exponen algunos elementos que muestran el abordaje de la relación del lenguaje y el derecho, con la finalidad

de mostrar las discusiones teóricas que sustentan la pregunta sobre el tipo de relación que se entabla entre estos dos fenómenos. Posteriormente se describirán algunos rasgos de las técnicas que orientan la interpretación de textos jurídicos. Y, finalmente, los enfoques teóricos de la argumentación. A modo de conclusión se propondrá como ejemplo la postura frente al lenguaje, la interpretación y la argumentación desde un concepto de derecho que funda lo que es el derecho en la Constitución como norma fundamental, limitada con base en el discurso convencional de los derechos humanos. Esto para defender, que más allá del concepto de derecho que guíe la interpretación y argumentación, en la práctica las autoridades que deciden con base en normas jurídicas tienen unos límites a su potestad de configuración normativa y a su poder de adjudicación.

II. RELACIÓN LENGUAJE-DERECHO

Una de las preguntas fundamentales de la teoría jurídica es qué son las normas jurídicas. Para responder a esta pregunta, se parte primero del concepto de derecho que se adopte. De forma genérica partiremos de que el derecho tiene una dimensión social/fáctica y una dimensión normativa, y esta última dimensión está integrada por normas que en un sentido amplio constituyen las disposiciones producto de la autoridad/poder conferido a organismos internacionales, al constituyente, al legislador, al ejecutivo, al juez e incluso a los particulares —el contrato es visto como ley para las partes—. Dichas disposiciones se enuncian con algunas diferencias lógicas bajo la forma de reglas, definiciones, principios, directrices, valores, y están contenidas en la Constitución, las leyes, sentencias, actos administrativos, tratados internacionales, contratos, entre otras, todas estas emergen como *fuentes del derecho*¹, cuyo contenido es expresado a través de palabras como unidades lingüísticas,

¹ La discusión sobre qué son fuentes del derecho puede leerse en términos tradicionales, citando los ejemplos que se mencionan o en términos constitucionales, en donde se admite una pluralidad de fuentes. Puede verse sobre esta discusión el texto de Peter Haberle 2003.

que con el fin de determinar lo que quieren comunicar serán objeto de interpretación (López Medina 2008).

En la medida en que para comunicar el contenido del derecho se parte del lenguaje, las preguntas referidas al tipo de relación entre el lenguaje y el derecho y, las respuestas que se han dado importan a la hora de resolver problemas de interpretación. Alrededor de esta relación se pueden identificar distintas posturas teóricas, con puntos de encuentro y desencuentro. Es relevante en este campo la investigación del profesor Javier Aguirre (2008) que propone una lectura analítica de teorías y autores que han problematizado sobre este aspecto. Su indagación parte de tres niveles de análisis, el primero que indaga por la forma en que se concibe o define la relación lenguaje-derecho; el segundo que se construye alrededor de la discusión sobre el tipo de lenguaje que es o usa el derecho; y el tercero que hace referencia a la forma en que se concibe la interpretación y producción del lenguaje jurídico (Aguirre Román 2008). La revisión de la literatura con base en estos criterios permitió sugerir dos posturas frente a esta relación: una tesis constitutiva y una tesis instrumental, clasificación que permite comprender enfoques teóricos distintos sobre este problema y que orienta la comprensión de lo que hace el intérprete cuando busca dar sentido al contenido de una disposición normativa.

Desde el *enfoque instrumental*² lenguaje y derecho son independientes. El derecho como mecanismo de regulación social usa al lenguaje como un instrumento para dirigirse a sus destinatarios. Se advierte en esta postura una relación instrumental no sólo del lenguaje, que se concibe como “un instrumento que sirve para expresar la realidad del mundo y transmitir información acerca de ella” (Aguirre Román 2008: 143) sino del derecho mismo, en tanto es visto como un mecanismo de control o regulación social, es decir como un instrumento para lograr un fin.

² Se pueden incluir en este enfoque a Soriano 1993; Gómez y Bruera 1998; Mendonca 2000; Nino 1980.

Desde el segundo nivel de análisis, dado que el derecho no tiene un código o signo propio y usa los signos del lenguaje del grupo social en el que se inserta, el lenguaje de ese grupo es un lenguaje natural, lo que implica que el lenguaje que usa el derecho termina afectado por las ambigüedades propias de ese lenguaje y por su carga emotiva y valorativa. Con la finalidad de superar estas dificultades se propone hacer usos descriptivos del lenguaje, incluir definiciones que ayuden a superar ambigüedades, y se proponen técnicas y métodos para resolver problemas de interpretación e incluso la construcción de un lenguaje técnico.

En el tercer nivel, desde este enfoque, dado que el derecho es independiente del lenguaje, el derecho es un objeto que preexiste al lenguaje que es un objeto diferente, separado, luego el legislador, el juez, el profesor de derecho o las personas asociadas a un Estado usan el lenguaje para comunicar el objeto que es el derecho. De manera que “los ejercicios de interpretación del derecho, ya sea en el orden judicial o doctrinal, son vistos como si se trataran de actos posteriores a la creación del derecho que en todo caso preexiste, y en donde el intérprete tiene que usar el lenguaje para acceder a él; en este ejercicio, como se vio, el intérprete debe prestar especial atención a las reglas semánticas y sintácticas” (Aguirre Román 2008: 146).

Por su parte, desde el *enfoque constitutivo*³, el primer nivel del análisis marca la diferencia: “El derecho es constituido en el lenguaje y *por* el lenguaje” (Aguirre Román 2008: 146). En este enfoque es la realidad del mundo la que se crea, sucede, llega a ser en el lenguaje, desde el lenguaje. En ese sentido la relación con el derecho está marcada porque el derecho mismo constituye una parte de la realidad, que no existe de forma independiente del lenguaje, que lograr *ser* únicamente a través del lenguaje que constituye la realidad. Desde ahí el derecho es una forma de lenguaje, aunque no tenga un código semántico propio, no hay un objeto - derecho previo

³ Se pueden incluir en este enfoque a Ost, Van de Kerchove y Lamas 2001; Kaufmann 1999; Bourdieu y Teubner 2000; Alexy 1997; Aarnio 2000 y Habermas 1998 y 2001.

al lenguaje, de ahí que no se admita la existencia de un derecho descubierto o previo a todos los *hombres* y en todos los tiempos. El derecho sería una construcción, se constituye a partir de la vida cotidiana, del acuerdo. El derecho no sería un fin sino un medio para la regulación/mediación social.

En el segundo nivel de análisis, las ambigüedades o las valoraciones del lenguaje natural no son un problema que deba resolverse mediante técnicas, el sentido de lo que es/dice el derecho y de lo que es/dice el lenguaje, se determina a partir de las relaciones sociales, de lo que sucede en la vida cotidiana, del conflicto de los factores de poder en un grupo social, pues el problema de lo que dice el derecho no se resuelve con el significado de las palabras. Desde ahí, en el tercer nivel del análisis, la interpretación y creación del derecho son actos que no se pueden separar, crear e interpretar el derecho es un proceso comunitario, que llevan a cabo los actores sociales en el terreno, la definición de lo que es el derecho y de lo que es lenguaje dependerá no solo del contexto, sino de los intereses de los actores que hacen parte de la comunidad jurídica.

Hasta este punto hemos sostenido la relevancia del problema del lenguaje como punto de partida en un ejercicio de interpretación y argumentación jurídica. El enfoque que oriente esta comprensión determinará también la forma en que se oriente el sentido de la interpretación. Los enfoques propuestos son caminos para la comprensión del problema, pero no son excluyentes, seguramente en muchos problemas de interpretación baste con recurrir al sentido literal de las palabras o a la descripción técnica de un fenómeno que se quiere regular.

III. ENFOQUES DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA

Partiendo de que las fuentes del derecho se expresan a partir del lenguaje, la interpretación se justifica en la medida en que una palabra puede tener varios sentidos o una idea se puede ex-

presar a partir de distintas entidades lingüísticas porque el sentido que se le dio a una expresión cambia a partir del contexto, el tiempo y los sujetos. Esto es muy común en las normas cuyo contenido es abstracto y determinable, como las referencias que hace la Constitución a la justicia, a la democracia o la libertad y su definición puede ser vista como cuestiones divisivas o “conceptos esencialmente controvertidos” (Iglesias Vila 2002) que generan cuestiones hermenéuticas.

La interpretación tiene una dimensión subjetiva, referida al proceso cognitivo que se realiza cuando se aborda *la cosa* —el texto o hecho— a interpretar y una dimensión objetiva, entendida como el resultado o respuesta que se consigna en un nuevo texto y que constituye la respuesta al problema de interpretación.

Hemos dicho que, aunque todo es susceptible de ser interpretado, para el objeto de este texto, nos importa la interpretación de las fuentes del derecho y aunque todos somos intérpretes, como si de una comunidad jurídica de hablantes se tratara, en este apartado nos vamos a remitir a los enfoques de interpretación que se han propuesto desde la teoría pensando en la interpretación como un proceso que realizan las autoridades del Estado y que genera un resultado, que se materializa en una decisión que genera efectos vinculantes y que vamos a denominar interpretación legal, para distinguirla de la doctrinal o particular, cuyos resultados no son vinculantes (Uprimny Yepes y Rodríguez Villanoba 2006).

Los problemas generales alrededor de la interpretación jurídica pueden pensarse para todas las fuentes del derecho formal en general en los siguientes términos: 1) Problemas referidos al intérprete de dichas normas; 2) Problemas referidos a las funciones, objeto y finalidad de dicha interpretación; y 3) Problemas referidos a los métodos —procedimientos— y técnicas —reglas de interpretación—.

1) Frente al sujeto que interpreta: hemos dicho que todos somos intérpretes y que la diferencia radica en los efectos vinculantes

o no de quien interpreta. En este sentido Haberle propone la tesis de la “sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución” (2003). Cuando una persona invoca una acción de amparo/tutela o instaura una queja ante una entidad del Estado, actúa como un intérprete de la Constitución y las normas, pese a que al final sea el juez o el administrador quien decida con autoridad cuál es la interpretación que generará efectos.

- 2) Frente a las funciones, objeto y finalidad de la interpretación: podemos decir en general que la función de toda interpretación busca dar sentido al objeto interpretado. El objeto o fuentes de interpretación dependerá, de la teoría o concepto del derecho que se adopte. Para el Constitucionalismo contemporáneo hay una pluralidad de fuentes de interpretación (Haberle) y la finalidad será la de materializar el contenido del derecho y el cumplimiento de los fines que allí se han trazado. En ese sentido podemos afirmar siguiendo la lectura de Guastini que, en términos liberales, aludiendo a la tradición del constitucionalismo liberal, se interpreta de forma restrictiva con la finalidad de limitar el poder de los órganos del Estado y que estos actúen conforme a las disposiciones normativas, y se interpreta de forma extensiva, con la finalidad de garantizar los derechos a los asociados (2001: 263).
- 3) Métodos y técnicas de interpretación: frente a los métodos y técnicas que intervienen en la actividad de interpretar con el fin de obtener el resultado más correcto, podemos señalar que estos se relacionan también con el concepto de derecho que orienta la caracterización de lo que es una fuente del derecho —objeto de la interpretación—, de quién es la autoridad competente para interpretar —sujetos que interpretan— y de los fines de la interpretación.

Hemos dicho que interpretar en general es un proceso cognitivo que implica un enfoque o métodos, —entendido como procedimientos que determinan qué fuentes se interpretan, con qué fines y por quienes, en este último aspecto no nos detendremos,

pues está referido a las distintas teorías jurídicas y su concepto de derecho— y unas técnicas, entendidas como reglas, pautas o criterios que en la práctica se realizan en el proceso de interpretación. Nos referiremos a las técnicas en general sin distinguir la interpretación que se hace de las fuentes formales del derecho por su jerarquía.

Aunque estas técnicas constituyen pautas o criterios de interpretación que no son excluyentes, pueden integrarse con la finalidad de llegar a la mejor solución frente al problema de interpretación identificado. En ese sentido lo ha sido defendido por Uprimny y Rodríguez (2006) cuando expresan que la complejidad del derecho y de su interpretación permite pensar en la coherencia de aplicar distintas técnicas cuando desde una sola no se logra resolver el problema de interpretación.

1. Gramatical

La discusión sobre esta técnica parte de la necesidad de comprender el sentido lingüístico de la norma como texto, en tanto que el sentido expresado por el derecho que es lenguaje o que se enuncia a través del lenguaje, constituye el primer punto de partida del intérprete. Por lo que puede ser valorado como un primer paso en todos los procesos de interpretación. Sin desconocer que este es un punto de partida, constituye un proceso que no es suficiente, pues desde la interpretación de las palabras del texto se puede llegar a respuestas distintas sobre el sentido del texto interpretado. La técnica puede ser explicada como un ejercicio en el que el intérprete con base en el texto objeto de análisis produce un nuevo texto que pese a los diversos sentidos gramaticales que pueda tener una norma, sea equivalente en términos lógicos y equipolente —tiene la misma intención— con el primero, aportando mayor claridad para su aplicación práctica. En la interpretación del texto y sus unidades lingüísticas se parte del contexto

de uso de la palabra, de sus sinónimos, de la estructura semántica, del léxico y sintáctica del lenguaje. La posibilidad de que surjan varias interpretaciones gramaticales de un mismo texto ha supuesto las críticas de autores que consideran que la técnica no logra los fines de quienes la propusieron, pues, aunque es un punto de partida, el intérprete finalmente tomará otros elementos para determinar el sentido de la norma, como su idea del propósito o intención de la misma (Vinogradoff 1957). Ahora, siguiendo la discusión en torno a la relación lenguaje-derecho, dependerá en buena parte del tipo de relación que reconozca el intérprete.

2. Lógica

Parte de considerar que frente a problemas de interpretación es necesario descomponer la norma para identificar las relaciones lógicas entre sus partes. Se acude a la lógica tradicional, que corresponde a la lógica deductiva o del silogismo. Sin embargo, esta postura no es suficiente, en el sentido de que las normas no se construyen únicamente siguiendo esta forma de razonamiento, por lo que se ha recurrido a otros criterios lógicos, como la tópica (Jacinto Zavala 1986), valorativa y prudencial. En la aplicación de la técnica se parte de la unidad del texto y de la búsqueda de coherencia. Esto lleva a que se parta de criterios como el argumento *a pari* o por analogía —si se reguló un caso de x forma, la intención del legislador sería regular casos similares de la misma forma—, el argumento *a contrario* —si se reguló de forma x, la intención del legislador es excluir de esa regulación los casos distintos—, *a generali sensu* —busca extender el alcance de una norma cuando se encuentra identidad frente a los supuestos de hecho y la consecuencia es favorable—, *stricta lege* —sugiere una interpretación restrictiva, pese a la identidad de los supuestos, cuando resulte desfavorable la consecuencia—, reducción *ad absurdum* —cuando se excluye una interpretación por conducir a consecuencias carentes de sentido—, *a fortiori* —cuando una regla x aplicada a un caso

y, se puede aplicar a un caso z, porque las razones que justifican su aplicación en el segundo son más fuertes, que las que dieron origen a la regulación del primero—.

3. Histórica

La técnica parte de reconocer que el derecho es el resultado del desarrollo de institutos jurídicos que son producto de la voluntad o espíritu del pueblo, luego su comprensión parte de analizar ese desarrollo histórico con el fin de establecer lo que el legislador quería cuando se aprobó la norma. Desde aquí el intérprete “ha de constatar aquel sentido que el legislador otorgó a las palabras por él usadas y colocarse en la situación en la que se encontraba al momento de la promulgación” (Uprimny y Rodríguez 2006: 248). Esta técnica ha recibido fuertes críticas por la dificultad de su presupuesto, ponerse en el lugar del legislador viejo, porque desconoce que cualquier texto adquiere autonomía propia y dice otras cosas que puede ver el intérprete con independencia de lo que quería su autor y por desconocer el carácter dinámico de las sociedades, que hacen que las normas no puedan ser vistas como objetos estáticos. La primera objeción ha sido abordada en la inclusión de esta técnica dentro de la exégesis, al señalar, en lo que puede considerarse una separación de la postura inicial de Savigny, que la determinación de la voluntad del legislador se hace mediante los documentos que se producen en el proceso de preparación de la norma, como son las actas de los debates, exposiciones de motivos, el proyecto de ley y sus variaciones (Giraldo Ángel 1997: 47).

En el contexto norteamericano esta técnica es leída como un método propio, el originalismo o historicismo, parte de reconocer los valores que dieron origen a la Constitución y de proteger el texto que los representa de las intromisiones del legislador cuando regula su contenido y del juez cuando lo aplica. Esta postura se asocia con las tesis más conservadoras en la práctica de la interpretación de la Constitución en Estados Unidos (Laise 2019).

4. Teleológico o finalista

A diferencia de la técnica histórica o del originalismo, en este caso, si bien se parte de la búsqueda de la finalidad de la norma, no se trata de la finalidad subjetiva, de la intención del legislador, sino de la finalidad o propósito que se identifica en la norma, parte de responder a la pregunta acerca de cuál es el objeto de regulación y que se espera de dicha disposición en el momento actual de su aplicación, en ese sentido también se separa del originalismo, pues prima la noción de corrección moral y social de la comunidad jurídica en la que se resuelve el problema de interpretación en el presente. La concepción del derecho desde esta técnica reconoce su carácter social y por lo tanto la necesidad de su dinamismo. La finalidad se determina a partir de la identificación de los principios y valores que se busca proteger y que orientan la definición de las reglas del sistema jurídico, muchos de los cuales se manifiestan de forma explícita en las fuentes normativas y serán comprendidos a la luz del contexto actual de aplicación (López Medina 2002). Esta técnica también ha recibido críticas, pues la determinación de los fines e interpretación de valores puede obedecer a posturas políticas, económicas, y a una determinada concepción de justicia. En esa medida se sugiere conectar con la técnica sistemática, aunque desde otros sectores se expone que es inevitable que esto suceda y se recuerda que la Constitución por ejemplo también tiene un contenido político, económico y persigue unos fines de justicia, no sólo jurídico, que orienta la interpretación de todo el ordenamiento jurídico.

5. Sistemática

También encuentra su origen en Savigny y en la idea del derecho como un todo. Parte de considerar que el intérprete reconoce la unidad del sistema y en esa medida puede identificar las conexiones entre las normas que no pueden ser consideradas para su comprensión como unidades independientes. De ahí su técni-

ca de la integración normativa, que implica reconocer las normas que son concordantes con la norma a interpretar, valorarlas a partir de su jerarquía, alcance y especialidad. La gran crítica al método se construye desde la ruptura de la idea de completitud del derecho y del reconocimiento de su incoherencia en muchos aspectos, como los que se observan cuando se identifican lagunas —falta de regulación expresas— y antinomias o contradicciones —dos normas en el mismo sistema jurídico ofrecen soluciones incompatibles frente al mismo caso—. La solución a estos problemas se pueden considerar generadas por la misma técnica en la medida en que frente a lagunas como ausencia de regulación expresa se puede acudir a normas de carácter más general, la teoría constitucional ha dicho por ejemplo que la Constitución tiene aplicación directa, en esa medida los principios y valores constitucionales pueden orientar la solución, cuando se trata de antinomias —exceso de regulación— los criterios de jerarquía y especialidad que integran la técnica pueden resolver estos problemas. En este caso es más claro comprender la integralidad de las técnicas de interpretación para llegar a la respuesta correcta y en términos más contemporáneos desde las propuestas de Dworkin (1992) en clave del derecho como integridad, en la que propone que el juez tiene la capacidad de incluir todos los ingredientes normativos para encontrar la respuesta correcta al caso y estos no incluyen solo reglas, también principios, valores y directrices, de manera que aunque no exista un precedente, siempre es posible llegar a una solución correcta, eliminando la discrecionalidad.

Hasta aquí la exposición de métodos tradicionales, algunos autores señalan como métodos de interpretación constitucional, la interpretación por precedentes o la ponderación y balanceo. En el caso de los precedentes o subreglas jurisprudenciales que surgen de la interpretación de los jueces y en especial de la Corte o Tribunal Constitucional, estos pueden considerarse como criterios que se incorporan a la interpretación de casos futuros siguiendo la técnica lógica, por analogía, *a generali sensu* o *a fortiori* y son la consecuencia de la interpretación sistemática que indica que la Constitución

es la norma suprema y la Corte su supremo intérprete. En el caso de la ponderación y balanceo, estos parten del análisis teleológico y sistemático de las normas, se identifica que hay una colisión o conflicto y se define cuál es la finalidad de cada una de las normas en conflicto, para establecer un criterio de prevalencia para uno de los valores en conflicto, atendiendo la idoneidad de la norma frente al cumplimiento de esos fines, a la necesidad de su aplicación y con base en un análisis consecuencialista, se determina valorativamente la prevalencia de una norma en relación con la obtención del mayor beneficio y la menor afectación de intereses. En este caso sostenemos que la interpretación de las normas se apoya en dichas técnicas —teleológica y sistemática— y lo que hace el intérprete posteriormente es justificar en términos argumentativos la supremacía de la valoración de un principio o interés a proteger por encima del otro. En este orden estaríamos más frente a un ejercicio de argumentación para justificar el resultado de la interpretación.

IV. ENFOQUES DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

La argumentación puede entenderse como el proceso mediante el cual se ofrecen razones o argumentos con la finalidad de justificar una tesis o postura. El argumento está conformado por una parte material, las premisas que lo integran, y un elemento formal, su estructura, la forma en que se relacionan las premisas (Fernández Ruiz 2017). Las discusiones alrededor de la argumentación implican problemas de lenguaje y de interpretación, en tanto la argumentación como proceso se vale del discurso como acto de habla, en el que el orador luego de tomar postura con base en la interpretación de fenómenos y objetos, pasa a ofrecer una justificación racional.

La obligación, no solo de los jueces, sino de los funcionarios del Estado de justificar sus decisiones, y de la comunidad jurídica de hablantes que presentan solicitudes ante las autoridades o deliberan sobre asuntos jurídicos, ha permitido configurar a la argu-

mentación jurídica como un objeto de estudio propio que busca responder a la pregunta acerca de cómo justificar de forma correcta la interpretación de una norma y su aplicación a la solución de situaciones concretas, sin indagar por las razones o motivaciones que en el proceso de búsqueda de la decisión le llevaron a descubrir la decisión (Feteris 2007). Este proceso se puede comprender a partir de la teoría jurídica que oriente la visión de quien argumenta, de sus razones morales o políticas y puede ser visto como una actividad psicológica que está mediada por la estructura cognitiva de quien decide. De esto se ocupa la filosofía del derecho y la teoría jurídica cuando problematizan el concepto de derecho y de forma directa autores de escuelas como los Estudios Críticos del Derecho (CLS) o las Teorías Críticas proponen respuestas a estos problemas.

Desde esta distinción vamos a entender la argumentación jurídica como un objeto de estudio que se ocupa del análisis de las premisas y las relaciones entre premisas que permiten justificar las decisiones con consecuencias jurídicas. En lo que sigue se propondrán tres modelos de argumentación que abordan el problema desde esta perspectiva.

1. Enfoque lógico

Tiene como punto de partida que la justificación racional se sustenta en la validez formal. Una argumentación correcta implica que las premisas sustenten de forma válida la conclusión. Sus autores proponen reglas y directrices para orientar esta finalidad. Se recurre a las figuras lógicas y a la formalización del lenguaje jurídico con la finalidad de eliminar ambigüedades e imprecisiones. La decisión de una autoridad estatal es correcta si se toma con base en una inferencia lógica válida. Si se piensa en la estructura del silogismo, la norma sería la premisa mayor, los hechos la premisa menor que puede ser subsumida en la primera y la conclusión sería válida siempre que se cumplan con las reglas del silogismo. Se trata de un proceso impersonal, en el que se busca justificar

la conclusión a partir de la verdad de las premisas. Beccaria constituiría un ejemplo clásico de este enfoque: “En todo delito debe hacerse por el juez un silogismo perfecto. Ponderase como mayor la ley general; por menor la acción, conforme o no con la ley, de que se inferirá por consecuencia la libertad o la pena. Cuando el juez por fuerza o voluntad quiere hacer más de un silogismo, se abre la puerta a la incertidumbre” (1994: 31). Esta estructura argumentativa es bastante adecuada frente a hechos que *encajan* en normas sin mayor conflicto, pero se torna insuficiente frente a casos difíciles o no paradigmáticos. En los que se debe incluir otros recursos argumentativos para justificar la decisión.

2. Enfoque retórico

Sostiene que la argumentación es un ejercicio de persuasión con base en premisas cuya elección dependen del contexto y del auditorio. No busca demostrar la validez formal de la conclusión sino analizar las formas en que se construye un discurso persuasivo. Se analiza qué premisas de la argumentación resultan más aceptadas y a partir de qué técnicas argumentativas se conectan en búsqueda de la persuasión. Se destaca en este enfoque Chaïm Perelman y Olbrecht Tyteca (2006), quienes desde un enfoque más descriptivo que normativo muestran que no es necesaria la formalidad del lenguaje, pues la verdad o pertinencia de las premisas, mediadas por el lenguaje natural, son un objeto mismo de discusión. Quien argumenta debe conocer o hacerse una imagen del auditorio a quien se dirige y elegir las razones que puedan ser aceptables para este. Ahora, en el plano de la argumentación jurídica las razones que justifican una decisión deben incluir la valoración de las normas y de las ideas de justicia del grupo, deben ser razonables y aceptables, es decir que se tome con base en las premisas aceptadas por el auditorio (Perelman 1974).

3. Enfoque dialógico

Esta puede ser considerada una tesis intermedia. Se parte de la argumentación como la construcción de una discusión racional que parte de la deliberación acerca de una posición jurídica determinada. Se construye un diálogo que parte de enunciados lógicos, pero no solo de estos, pues la pretensión es llegar a un consenso con base en las reglas procedimentales del diálogo. Robert Alexy (1997 y 1995) expone su modelo de argumentación y la teoría del discurso, con base en las reglas propuestas por Habermas (1998 y 2001).

Alexy señala que en el discurso jurídico existe una pretensión de corrección que “no se refiere a que las proposiciones normativas en cuestión sean sin más racionales, sino sólo a que en el marco del ordenamiento jurídico vigente puedan ser racionalmente fundadas” (1997: 213). Pero ¿qué implica una fundamentación racional en el marco del orden jurídico vigente? Esto implica que las decisiones jurídicas deban ser fundadas en el plano de la justificación interna y la justificación externa.

La justificación interna evalúa si la decisión se sigue lógicamente de las premisas —justificación deductiva—. La justificación externa busca construir una fundamentación de la corrección de las premisas usadas en la justificación interna, por ejemplo, si la norma es válida, cómo se interpreta, qué hechos se probaron. En este nivel se introduce el resultado de la interpretación.

La argumentación correcta implica estos dos momentos de la justificación. En la justificación interna se incluyen “(1) reglas de derecho positivo; (2) enunciados empíricos y (3) premisas que no son ni enunciados empíricos ni reglas de derecho positivo” (Alexy 1997: 213). Sin embargo, existen casos difíciles en los que estas reglas generales no existen. En esto se refuerza la justifi-

cación externa, puede implicar mayor deliberación, sin embargo “con independencia de cuán polémica sea la justificación externa de las premisas, sin embargo, una vez que ella ha sido realizada la justificación interna procede en la misma manera” (Atria Lemaitre 1999: 94). El razonamiento deductivo debe estar presente en la justificación de toda decisión sin importar el tipo de caso. Esto se da cuando se debe argumentar acerca de qué principio prevalece sobre otro, una vez justificada la prevalencia, se pasa a justificar en el plano deductivo.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN: LENGUAJE, INTERPRETACIÓN Y ARGUMENTACIÓN CON ENFOQUE DE DERECHOS HUMANOS

Hemos dado algunas pinceladas, a modo de introducción, acerca de los debates sobre el lenguaje, la hermenéutica y la interpretación jurídica, desde distintos autores que configuran enfoques de comprensión a estos problemas, que se relacionan alrededor de la forma correcta en que se justifican las decisiones con implicaciones jurídicas. En este último apartado y a modo de conclusión, sostendremos que estos problemas están atravesados por lo que implican las obligaciones de los Estados en el marco del derecho constitucional y convencional, pues estos dispositivos normativos orientan cualquier valoración del lenguaje, la interpretación y la argumentación desde un enfoque de derechos como límite al poder.

En el contexto del Siglo XIX la literatura distinguió la interpretación de la ley de la interpretación de la Constitución, en la medida en que se trataba de fuentes de distinta jerarquía, emitidas por autoridades distintas y con tipos de enunciados normativos cuya estructura lógica era diferente, señalando que la ley tenía más reglas que fijaban consecuencias determinadas mientras que la Constitución tenía un mayor contenido de principios y valores determinables. Esto en parte como resultado del proceso de codificación,

de la pérdida de fuerza vinculante de la Constitución y de la desconfianza en la figura del juez, heredada de la revolución francesa.

La teoría constitucional de la segunda mitad del Siglo XX con la finalidad de superar el nominalismo que rondó el Siglo XIX y las arbitrariedades legales, sustentó las condiciones de posibilidad para la constitucionalización del derecho y del Estado, y con ellos de la vida cotidiana, retomando los fines del origen del constitucionalismo: que las Constituciones viabilizaran la limitación del poder y la garantía de los derechos. Con esta idea se ha defendido que la Constitución tiene fuerza vinculante, que determina la producción normativa y que no existen vacíos en el derecho pues la Constitución se sobre interpreta de manera extensiva y directa, y la ley y demás fuentes del derecho se interpretan conforme a la Constitución.

Desde aquí podemos decir que los problemas de interpretación del derecho, desde la teoría constitucional se confunden o complementan en el sentido de que cualquier acto de interpretación de las fuentes normativas distintas a la Constitución se entrecruzan con la interpretación de la Constitución, pero ante la imposibilidad del derecho interno para actuar como límite y garantía, se sumó el derecho convencional y con este los criterios de interpretación que obligan a los Estados que han suscrito dichas normas (Bazán 2011).

El enfoque de los derechos se convierte entonces en una mirada transversal para resolver problemas de lenguaje, de interpretación y de argumentación. Si tomamos como ejemplo la garantía de los derechos de mujeres y niñas, emerge la discusión sobre el lenguaje incluyente, frente a la expresión *hombre* incluida de forma general y *universal* en las normas. Frente a esta disposición podríamos encontrar que, desde una visión instrumental de la relación lenguaje – derecho, un intérprete puede valorar que siempre que se encuentre la palabra hombre en los textos jurídicos, se alude a cualquier sujeto de la especie humana, atendiendo al sentido que indica la Real Academia Española (RAE) en su primera acepción cuando afirma: “Ser animado racional, varón o mujer” (2001).

En ese sentido podría entenderse el artículo 33 del Código Civil Colombiano cuya primera redacción data de 1873 y en la que se señalaba:

“Las palabras hombre, persona, niño, adulto y otras semejantes que en su sentido general se aplica(rá)n a individuos de la especie humana, sin distinción de sexo, se entenderán que comprenden ambos sexos en las disposiciones de las leyes, a menos que por la naturaleza de la disposición o el contexto se limiten manifiestamente a uno solo. Por el contrario, las palabras mujer, niña, viuda y otras semejantes, que designan el sexo femenino, no se aplicarán a otro sexo, a menos que expresamente las extienda la ley a él”.

Desde la tesis instrumental leemos a un legislador abordando un problema de lenguaje a partir del significado de las palabras. Sin embargo, en el ejemplo, las expresiones resaltadas fueron consideradas contrarias a la Constitución por la Corte Constitucional, al valorar que desconocían que en el contexto de la época se daba una fuerte discriminación hacia las mujeres, discriminación que no ha cesado, y que mantener dicho enunciado normativo desconoce la pretensión de equidad y reconocimiento que la Constitución vigente defiende.

De forma contemporánea, el debate sobre la relación lenguaje -derecho ha encontrado un campo de discusión desde las teorías críticas del derecho, como la crítica feminista (Curiel 2013) que desde una visión más constitutiva del lenguaje han develado la forma en que la creación del derecho ha sido producto de quienes están en el poder, hombres blancos, heterosexuales, occidentales, propietarios y letrados, y la necesidad de corregir y transformar ese hecho, no solo mediante la inclusión de expresiones de habla que visibilizan a mujeres y niñas, sino desde la identificación de expresiones sospechosas de discriminación y de la necesidad de construir reglas desde otros lugares de enunciación en el que se incluyan la voz de los y las excluidas del proceso. Esta es una ganancia en muchos ordenamientos constitucionales y legales, que ha permitido construir estándares de protección y hablar de un len-

guaje que abre la posibilidad de exigir derechos y vindicaciones históricas⁴ (Buchely Ibarra 2014).

Esta comprensión ha orientado la incorporación de un lenguaje en clave de derechos con el fin de constituir otras formas de realidad y en concordancia con la interpretación de la igualdad, incluida en las constituciones y el reconocimiento de que no se trata de una igualdad formal únicamente, y que los Estados deben promover acciones para que esta sea real y efectiva. Esto ha implicado asumir debates acerca del lenguaje constitucionalmente inadmisibles de cara a la garantía de la igualdad y la dignidad. Sin embargo, la intención de incluir en el lenguaje también ha sido cooptada por una suerte de tecnificación en la producción de los textos legales que permite introducir estos enunciados en los instrumentos formales, pero con bajo potencial transformador. Los textos normativos se tiñen de violeta o de enfoque de género sin que en la práctica las beneficiarias de dichas normas vivan transformaciones materiales, con lo que el lenguaje se torna nuevamente en un instrumento.

Frente a la interpretación, los criterios *tradicionales* están determinados por las reglas jurídicas de mayor jerarquía, diríamos que se interpreta a partir de técnicas como las descritas, siempre incluyendo la técnica sistemática y finalista, pues toda norma debe ser interpretada también a la luz de lo dispuesto en el ordenamiento constitucional y convencional, que hacen parte del sistema y que tiene unos fines que deben prevalecer en todos los casos. Ahora, no se trata de acudir a los fines en términos históricos u originaristas, pues como ha sido expuestos por los autores que develan sus críticas, esta postura ha permitido promover interpretaciones estáticas y conservadoras, contrario a la dinámica social y a la tesis de la progresión frente a la interpretación de los derechos. En ese

⁴ En el caso de México puede verse como ejemplo Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres en la que se promueve la utilización de un lenguaje no sexista en las relaciones con el Estado y su promoción en la totalidad de las relaciones sociales.

sentido una visión finalista, pragmática de la interpretación, busca centrar el objeto de la interpretación en una actividad que produzca como resultado la posibilidad de cumplir los más altos fines del ordenamiento jurídico, desde los postulados del constitucionalismo, la legitimidad del ejercicio del poder, la garantía de los derechos, la equidad y dignidad y la representación del acuerdo democrático.

En ese sentido, por ejemplo, la discusión sobre cómo interpretar normas referidas al matrimonio, implicaría que este constituye un derecho humano, en cabeza de toda persona y que eso implica que los Estados no pueden prohibir, dejar sin efectos o privilegiar los derechos dentro del mismo, para una persona en razón de sus rasgos identitarios, como la identidad y expresión de género, la orientación sexual, la etnia, la raza, el origen familiar o nacional entre otros. Esto determina la forma en que la regulación sobre el matrimonio debe comprenderse, pues como derecho, cuya finalidad es asegurar el libre desarrollo de la personalidad y la libertad en la conformación de pareja, su ejercicio no podría limitarse. Esto supone que en la interpretación deben incluirse criterios diferenciales que permitan valorar la forma en que afecta el fenómeno jurídico a las personas en virtud de sus rasgos identitarios constitucional y convencionalmente protegidos y que el fin de la equidad y la garantía de los derechos debe orientar siempre la interpretación de las reglas del derecho.

Ahora, ¿de qué forma se argumenta para la garantía de los derechos? En el Estado constitucional, la defensa de la fuerza vinculante de la integridad de su texto implica la defensa también de la fuerza vinculante de los principios, valores y directrices que se incluyen en la Constitución y que operan como razones para la justificación interna y ofrecen argumentos para la justificación externa. En ese sentido, cuando la argumentación en términos lógicos no es suficiente, se requiere asumir otro enfoque de la argumentación que permita sustentar el cumplimiento de los fines que se identifican en los ordenamientos constitucionales y convencionales. Es así que la justificación con y desde los argumentos que se cons-

truyen a partir de enfoques diferenciales constituyen una garantía para el aseguramiento de los fines del Estado, de cara a la garantía de los derechos, pues permiten ofrecer razones para una justificación razonable que posibilite la transformación de la comunidad jurídica de hablantes que somos y promover la dignidad como un valor fundante.

BIBLIOGRAFÍA

Aarnio, Aulis (2000): *Derecho, racionalidad y comunicación social. Ensayos sobre Filosofía del Derecho*, Fontamara, México.

Aguirre Román, Javier Orlando (2008): “La relación lenguaje y derecho: Jürgen Habermas y el debate iusfilosófico”, en *Opinión Jurídica*, vol. 7, núm. 13, 139-162. Disponible en: «http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1692-25302008000100007&lng=en&tlng=es» [Consultado el día 16 de abril de 2024].

Alexy, Robert (1997): *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid. Alexy, Robert (1995): *Teoría del Discurso y Derechos humanos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

Atria Lemaitre, Fernando (1999): “Del derecho y el razonamiento jurídico”, en *Revista Doxa*, núm. 22, 79-119. Disponible en: «<https://doxa.ua.es/article/view/1999-n22-del-derecho-y-el-razonamiento-juridico>» [Consultado el día 16 de abril de 2024].

Beccaria, Cesare (1994): *De los delitos y las penas*, Altaza, Barcelona.

Bourdieu, Pierre y Teubner, Gunther (2000): *La fuerza del derecho*, Ediciones Uniandes, Bogotá.

- Buchely Ibarra, Lina Fernanda (2014): “Género y constitucionalismo. Una mirada feminista al derecho constitucional colombiano”, en *Ciencia Política*, vol. 9, núm. 18, Disponible en: «<https://revistas.unal.edu.co/index.php/cienciapol/article/view/52309>» [Consultado el día 16 de abril de 2024].
- Calatayud, José Miguel (2014): “Risas de mujer en Turquía contra el discurso político ultraconservador” en *EL TIEMPO*. Disponible en «https://elpais.com/internacional/2014/07/30/actualidad/1406734820_474462.html» [Consultado el día 16 de abril de 2024].
- Curiel, Ochy (2013): *La nación heterosexual. Análisis del discurso jurídico y el régimen heterosexual desde la antropología de la dominación*, Brecha lesbica y en la frontera, Bogotá.
- Dworkin, Ronald (1992): *El imperio de la justicia*, Gedisa, Barcelona.
- Fernández Ruíz, Graciela (2017): *Argumentación y lenguaje jurídico. Aplicación al análisis de una sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, Universidad Nacional Autónoma de México, México.
- Feteris, Eveline T. (2007): *Fundamentos de la argumentación jurídica. Revisión de las teorías sobre la justificación de las decisiones judiciales*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- Giraldo Ángel, Jaime (1997): “La hermenéutica jurídica” en *Hermenéutica Jurídica*, Ediciones Rosariastas, Bogotá. 41-56.
- Gómez, Astrid y Bruera, Olga (1998): *Análisis del lenguaje jurídico*, Editorial de Belgrano, Buenos Aires. Guastini, Ricardo (2001): *Estudios de teoría constitucional*, Universidad Autónoma Nacional de México, Ediciones Fontarama, México.
- Habermas, Jürgen (1998): *Facticidad y validez*, Trotta, Madrid.

Habermas, Jürgen (2001): *Teoría de la acción comunicativa I* (segunda edición), Taurus, Madrid.

Huerta Ochoa, Carla (2017). Interpretación y argumentación en el derecho. Anuario de filosofía y teoría del Derecho, núm. 11, enero-diciembre. Pp. 379-416. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México- Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Iglesias Vila, Marisa (2002): “La interpretación de la Constitución y los conceptos esencialmente controvertidos” en *Teoría constitucional y derechos fundamentales*, Carbonell, Miguel (compilador), Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 443-477.

Jacinto Zavala, Agustín (1986): *Introducción a la lógica tópica*, El Colegio de Michoacán, México.

Kaufmann, Arthur (1999): *Filosofía del derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

Laise, Luciano D. (2019): “La distinción entre interpretación y construcción: Una visión crítica del originalismo del significado público”, en *Ius et Praxis*, vol. 25, núm. 3, 249-276. «<https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122019000300249>» [Consultado el día 16 de abril de 2024].

López Medina, Diego (2008): *La letra y el espíritu de la Ley: reflexiones pragmáticas sobre el lenguaje del derecho y sus métodos de interpretación*, Editorial Temis, Bogotá.

López Medina, Diego (2002): *Interpretación constitucional*, Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Bogotá.

- Mendonca, Daniel (2000): *Las claves del derecho*, Editorial Gedisa, Barcelona.
- Nino, Carlos Santiago (1980): *Introducción al análisis del derecho*, Editorial Astrea, Buenos Aires.
- Ost, Francois, Van de Kerchove, Michel y Lamas, Pedro (2001): *Elementos para una teoría crítica del derecho*, Unibiblos, Bogotá.
- Perelman, Chaïm (1974): *La interpretación jurídica*, Centro de Estudios de Filosofía del Derecho de Maracaibo, Maracaibo.
- Perelman, Chaïm y Olbrechts-Tyteca, Lucie (2006): *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, Marcial Pons, Madrid.
- Haberle, Peter (2003): *El Estado Constitucional*, Universidad Nacional Autónoma de México, México.
- RAE (2001): “hombre”, en RAE. Disponible en: «<https://www.rae.es/drae2001/hombre>» [Consultado el día 16 de abril de 2024].
- Soriano, Ramón (1993): *Compendio de teoría general del derecho*, Ariel, Barcelona.
- Uprimny Yepes, Rodrigo y Rodríguez Villanoba, Andrés Abel (2006): *Interpretación judicial. Módulo de auto formación*, Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla y Universidad Nacional de Colombia, Bogotá.
- Bazán, Víctor (2011): “Control de convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas”, en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 18, 63-104. «<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3906378.pdf>» [Consultado el día 16 de abril de 2024].
- Vinogradoff, Paul (1957): *Introducción al Derecho*, Fondo de Cultura Económica, México.