

LA JUSTIFICACIÓN DEL DERECHO

Teorías Reconocidas
en los Sistemas Jurídicos Actuales

**Abraham Bechara
& Joe Caballero**
Autores

LA JUSTIFICACIÓN DEL DERECHO

Teorías reconocidas en los Sistemas Jurídicos actuales

Abraham Bechara - Joe Caballero



2021

Este libro es producto resultado de investigación, evaluado bajo el sistema doble ciego por pares académicos.

Corporación Universitaria de Caribe – CECAR

Rector

Noel Morales Tuesca

Vicerrector Académico

Alfredo Flórez Gutiérrez

Vicerrector de Extensión y Relaciones Interinstitucionales

Liliana Patricia Álvarez Ruiz

Decana de la Facultad de Facultades de Derecho y Ciencias Políticas

María Eugenia Vides

Coordinador Editorial CECAR

Jorge Luis Barboza

editorial.cecar@cecar.edu.co

<https://libros.cecar.edu.co/index.php/CECAR>

© 2021 La justificación del derecho. Teorías reconocidas en los sistemas jurídicos actuales. Abraham Bechara y Joe Caballero.

ISBN: 978-628-7515-07-9 (digital)

DOI: <https://doi.org/10.21892/9786287515079>

Colección Investigación

Sincelejo, Sucre, Colombia.



Bechara, Abraham

La justificación del derecho. Teorías reconocidas en los Sistemas Jurídicos actuales / Abraham Bechara y Joe Caballero. -- Sincelejo : Editorial CECAR, ©2021.

75 páginas : figuras

Colección Investigación

978-628-7515-07-9 (digital)

1. Teoría del derecho 2. Interpretación del derecho 3. Argumentación jurídica I. Caballero, Joe II. Título.

40.1 B391 2021

CDD 22 ed.

CEP - Corporación Universitaria del Caribe, CECAR. Biblioteca Central - COSiCUC

Tabla de Contenido

<i>Prólogo</i>	6
<i>Introducción</i>	8

Primera Parte

LA JUSTIFICACIÓN DEL DERECHO EN ROBERT ALEXY	13
La pretensión de corrección del derecho como justificación interna	15
Justificación constitucional de los sistemas jurídicos.....	21
Las tesis de fundamentación constitucional del sistema jurídico en Alexy...	24
Justificación necesaria: derechos fundamentales y teoría de principios.....	26
Justificación práctica: Alexy y los cánones de interpretación en el uso de precedentes	30

Segunda Parte

LA JUSTIFICACIÓN DEL DERECHO EN AULIS AARNIO	40
Modelo de justificación del derecho en Aarnio	42
Ciencia y ciencia del derecho	42
El lenguaje y los problemas del derecho	44
Tesis de la respuesta correcta.....	45
El concepto de derecho	48
La validez del derecho	51

Contenido

El científico o el juez. Autoridad competente para la interpretación del derecho	54
La teoría del discurso racional como teoría procedimental.....	57
El auditorio o audiencia.....	62
Justificación interna y justificación externa.....	66
Conclusiones.....	68
Referencias	70



ABRAHAM ZAMIR BECHARA LLANOS

Abogado *Suma Cum Laude* y Esp. en Derecho Constitucional Universidad Libre Cartagena. Magíster en Derecho *Magna Cum Laude* y Mérito Científico Universidad del Norte. PhD. en Derecho excelencia por unanimidad Universidad Autónoma de Barcelona. España. Prof. TC. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. I J. Minciencias. Líder del Semillero Constitucionalismo, Derechos Fundamentales y Región Caribe. CECAR-GISCER. Presidente Red Caribeña de Jóvenes Constitucionalistas. Prof. Posgrado en Colombia y Prof. invitado en Europa.

Email: abraham.becharall@cecar.edu.co

JOE CABALLERO HERNÁNDEZ

Abogado Universidad de Cartagena, Magíster en Derecho Universidad de Cartagena. Profesor Investigador T.C. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Líder del área de Derecho Público. Profesor Coordinador. Del Semillero Constitucionalismo, Derechos Fundamentales y Región Caribe. CECAR. Profesor de Posgrado en Universidades de la Región Caribe y el país. Profesor Invitado en Europa.

Email: joe.caballeroh@cecar.edu.co

La justificación del derecho es un término lingüístico muy complejo y ambicioso debido a que implícitamente abarca muchas temáticas del ámbito jurídico. No es posible precisar quien fue el primero en acuñar el término, pero con seguridad puede afirmarse que es antiguo, y en la actualidad, se entrelaza con las discusiones de la argumentación jurídica, la filosofía del derecho y el derecho constitucional. Indiscutiblemente los autores que desarrollan esta obra son investigadores en esta materia.

A ellos los he conocido en su trayectoria como docentes investigadores destacados dentro de las nuevas generaciones de profesionales del Derecho, con visible actividad en diferentes escenarios académicos de la Región Caribe colombiana. Los invité a discutir estas temáticas en nuestra alma mater hace apenas unos años, tiempo en el cual han logrado profundizar en los estudios necesarios para desarrollar esta magnífica obra dedicada a la comunidad académica de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Corporación Universitaria del Caribe - CECAR, en sus veintisiete años de existencia y en el marco de la obtención de la Acreditación de Alta Calidad del Programa de Derecho, ratificando así su carácter de Facultad pionera en el Departamento de Sucre.

En este libro se pueden verificar las reflexiones sobre la justificación del derecho, en el marco de corrientes *ius- filosóficas* muy relevantes a nivel internacional: la filosofía del derecho de Robert Alexy y la filosofía del derecho de Aulis Aarnio.

En primera medida, los autores abordan desde la perspectiva teórica, la justificación interna del derecho y las discusiones en torno a la misma, tales como: la lógica del derecho, el uso del silogismo jurídico, el lenguaje prescriptivo y las reglas del derecho positivo. Todo esto con el objeto de aclarar la dimensión de validez del derecho, que siempre ha sido usada en el marco del positivismo jurídico.

No obstante, no podemos olvidar que luego de la segunda guerra mundial, surgieron cambios en la cultura jurídica occidental que permitieron abordar otras temáticas para profundizar en la dimensión de corrección del

Prólogo

derecho positivo. El objeto de estos cambios era consolidar una verdadera justicia material, por lo tanto, temáticas como el lenguaje descriptivo en el derecho, la ciencia del derecho, el uso de los principios jurídicos, la construcción de enunciados empíricos, los sub-principios y las sub-reglas, la teoría del discurso racional, la teoría del auditorio, la tesis de la respuesta correcta y la garantía de los derechos fundamentales, forman parte de los elementos esenciales para la construcción de una justificación del derecho contemporánea, que también es conocida como la justificación externa del derecho.

Por todo esto, la justificación del derecho, desde el punto de vista teórico, sirve como base epistemológica para las cátedras *ius- filosóficas* desarrolladas en el Programa de Derecho y que se fortalecen con la reciente reforma curricular, dentro de estas: Introducción al Derecho, Teoría del Derecho, Escuelas y Métodos de interpretación jurídica, Lógica Jurídica y Jurisprudencia. Pero también sirve de base pedagógica para nutrir los demás cursos desarrollados en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, debido a que los mismos contribuyen a comprender la argumentación utilizada por la Honorable Corte Constitucional Colombiana, a la hora de resolver problemas constitucionales; el material abordado en esta obra, no pretende ser parte de una temática acabada, por el contrario, constituye un referente para la discusión y la sana crítica en el marco de los sistemas normativos contemporáneos.

Se resalta que a pesar de desarrollar la filosofía del derecho de solo dos autores (Alexy y Aarnio), este libro es un referente para comprender la justificación del derecho en el sistema jurisdiccional colombiano, en sus diferentes niveles y especialidades y, por supuesto, contribuye a verificar sus justificaciones en el marco del contexto cultural del derecho occidental.

La invitación a la lectura de este material es, sin duda alguna, una bienvenida a la crítica y profundización en estas temáticas, las cuales contribuirán significativamente a nutrir el debate académico en nuestra Facultad, postura con la que desde luego estarán de acuerdo los autores.

María Eugenia Vides Argel
Decana Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Corporación Universitaria del Caribe – CECAR

El problema de la justificación del derecho se erige como un tópico fundamental de la *teoría de los sistemas jurídicos*, esta, a su vez, se complementa por (a) la teoría de la norma; (b) la teoría del ordenamiento jurídico; y (c) la teoría del derecho judicial, hasta finalmente, consolidar los alcances de la contemporaneidad de la ciencia jurídica. Este debate inicia su gestación específicamente en la segunda mitad del siglo XX. Teniendo un impacto en las decisiones de los tribunales y cortes constitucionales, como han sido las providencias del Tribunal Constitucional Federal Alemán, el Tribunal Constitucional italiano, el Tribunal Constitucional español, la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norte América, y en referencia al sistema jurídico nacional, nuestra Corte Constitucional.

Sus dos vertientes —*la justificación interna y la justificación externa*— hacen parte de un *metapostulado teórico* que influye en los modelos decisionales y teóricos con base en los cuales nuestros jueces interpretan y argumentan en sus sentencias, en aras del tan anhelado *principio de justicia material*.

Como primer plano teórico, la justificación interna, predica el establecimiento de una lógica normativa que se colige con la dimensión de validez del derecho sobre la aplicación de las reglas del derecho positivo, la construcción de enunciados empíricos y la concretización de normas de carácter estructuralmente abierto o especialmente indeterminadas, como valores, principios, subprincipios, subreglas, subreglas constitucionales y derechos fundamentales.

¹ El siguiente libro es resultado del proyecto de investigación *Derechos fundamentales y región Caribe: un modelo de regionalización jurídica*. Aprobado por la Vicerrectoría Académica de CECAR, y adscrito al Grupo de investigación GISCER, de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de CECAR.

Alexy, desde sus primeros estudios, en su modelo de argumentación jurídica de su teoría de los derechos y su filosofía y teoría jurídica ha predicado que tanto la justificación interna como externa se conecten en una fase anterior y ulterior a la que nosotros denominamos fase metanormativa integradora; donde la justificación teórica se relaciona con una hermenéutica de las normas y una argumentación en la jurisprudencia, alcanzando finalmente los postulados esenciales para una decisión judicial coherente:

En los discursos jurídicos se trata de la justificación de un caso especial de proposiciones normativas, las decisiones jurídicas. Pueden distinguirse dos aspectos de la justificación: la justificación interna y la justificación externa. En la justificación interna se trata de ver si la decisión se sigue lógicamente de las premisas que se aducen como fundamentación; el objeto de la justificación externa es la corrección de estas premisas. (Alexy, 1997, pp. 213-214)

Como segundo momento de teorización, la justificación externa del derecho se predicará de la corrección judicial del derecho, de cómo nuestros administradores de justicia deciden las causas judiciales, pero, a su vez, construyen modelos de justificación de estas, en los cuales la *jurisprudencia de principios* (Bechara, 2019) construye los márgenes de acción para las futuras decisiones.

Ese marco decisional, configurado en algunos sistemas jurídicos como sistema de precedentes, estará “anclado” normativamente a los que las altas corporaciones de la judicatura decidan sobre los derechos y casos comunes. La justificación externa se conecta más a la tercera dimensión del derecho, la dimensión de la eficacia, asimismo relacionada con la tesis de las fuentes sociales del derecho y con la aplicación material y pragmática del derecho en los tribunales de justicia. “También en el campo de la jurisprudencia, especialmente en el instrumento pragmático, se encuentran conceptos de derecho orientados a la eficacia, es decir, que apuntan al aspecto externo” (Alexy, 2004, p. 23).

El problema de justificación no termina ahí, precisamente, este está en constante renovación, dinamismo y cambio. Sobre todo, en los escenarios judiciales, donde a partir del esquema de las fuentes del derecho se necesite de una interpretación y argumentación como fundamento en sí mismo de las providencias que producen los jueces de instancia.

En el sistema colombiano jurisdiccional, esto aplica para los jueces municipales, del circuito y los tribunales superiores de distrito judicial en todas sus especialidades. Lo que necesariamente los exhorta a justificar armónicamente sus decisiones no solo con los marcos legales, de corte sustantivo y procedimental, sino con los marcos superiores de la Constitución y de la jurisprudencia comparada de tribunales internacionales de justicia.

Estos desarrollos desde la jurisprudencia colombiana se han evidenciado en una “nueva justificación decisional” que se enmarca en las sentencias *C-621 de 2015*, *T-195 de 2019*; proferidas por la Corte Constitucional y la sentencia del Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, dic 19 de 2018, Radicación: 11001 03 15 000 2018 01294 01. Donde se configura una justificación externa denominada como *bloque de internacionalidad*.

En este libro que se pone a consideración del lector, en especial de nuestros estudiantes en todas las asignaturas que regentamos, lo constituimos como un “enlace pedagógico” entre la introducción teórica del derecho, la filosofía del derecho, la hermenéutica legal y la argumentación jurídica. Evidenciando que la justificación predicada en *Aulis Aarnio*, resulta preponderante en la interpretación judicial de nuestros días, desde la perspectiva del lenguaje jurídico que emana de la misma jurisprudencia. Su modelo, establecido a partir de una lógica deóntica aplicada al lenguaje jurídico, genera un complemento procedimental a la teoría general del discurso, como base de la argumentación general y criterio específico de la argumentación jurídica.

Su *modelo de razonabilidad* de las decisiones judiciales en la justificación del derecho y la ciencia jurídica actual configura las bases epistemológicas de gran parte la teoría y la filosofía del derecho del siglo XXI. Siendo la perspectiva sobre el contexto de aplicación del derecho en la práctica de la administración de justicia, una de sus tesis preponderantes en *Aarnio*.

Toda vez que el juez, a la hora de generar su decisión, no toma en cuenta la valoración de las relevancias de un caso concreto, descartando las posibilidades de *concordancia argumentativa*, y este puede tomar otra decisión o “alternativas decisionales”, apartándose totalmente de las valoraciones y consideraciones que lo precedían a la hora de estructurar

su decisión, este tipo de razonamiento judicial genera *una falta de certeza jurídica*, la cual Aarnio precisamente evidencia:

La certeza jurídica puede caracterizarse incluso como una expectativa primaria de los miembros de la sociedad. De acuerdo con su formulación clásica, certeza jurídica significa negación de la arbitrariedad. Los ciudadanos tienen que poder planificar su conducta, y ello solo es posible sobre la base una práctica judicial previsible. (Aarnio, 1990, p. 25)

La certeza jurídica se conecta directamente con ese factor sociológico de las decisiones de nuestros jueces, una lectura social de la realidad amparada en la expectativa normativa positiva de la confianza legítima, que reclama los márgenes decisionales.

Aarnio resulta fundamental para entender esta función contemporánea del derecho y de los sistemas jurídicos, no basta con un derecho que reclame la validez formal de sus fuentes de producción, como lo predica la Constitución colombiana en su artículo 230. El deber ser de la lectura de esta disposición está en su irradiación y justificación, a partir de textos normativos sustantivos y procedimentales, sin dejar de lado el dinamismo de la jurisprudencia.



Primera Parte



LA JUSTIFICACIÓN DEL DERECHO EN ROBERT ALEXY

De las tesis relevantes en la construcción teórica de Alexy, es su llamada *pretensión de corrección del derecho y del sistema jurídico*, pero su importancia o valor epistemológico no está determinado exclusivamente en los alcances que tiene esta para la teoría o filosofía del derecho en exclusivo sentido teórico, esta trasciende como fundamento para la comprensión y desarrollo del Estado Constitucional de Derecho en el escenario mismo de una corrección¹ en términos de justicia, donde la justicia como principio material corrija los errores del derecho, construidos eminentemente en los ámbitos normativos de la ciencia jurídica. “La definición de la justicia como corrección lleva a la luz un elemento de relieve: el concepto de justicia pertenece a una familia más amplia de conceptos, atinentes a los más altos criterios de valoración relativos a ámbitos determinados” (Alexy, 2003a, p. 163).

En este entendido, la pretensión de corrección se conecta con su concepto de derechos fundamentales, toda vez que Alexy justifica que la decisión de derechos fundamentales, por parte del Tribunal Constitucional, debe orientarse a los criterios de la corrección. “Dicha tesis está necesariamente conectada con los derechos fundamentales (...). La pretensión de corrección, necesariamente conectada con la jurisdicción constitucional, exige que la decisión tomada por el Tribunal Constitucional deba ser tan racional como sea posible” (Alexy, 2011, p. 27).

Lo que integra, además, la racionalidad de *la decisión judicial de derecho fundamental* (ampliar en Carrillo y Bechara, 2019, p. 48), en el examen del discurso jurídico, en la interpretación específica de las

1 De las críticas más fuertes que se le ha establecido a la tesis de la pretensión de corrección de Alexy no solo en el contexto del sistema jurídico español, sino en la literatura y doctrina jurídica en general son las que ha manifestado Juan Antonio García Amado, profesor de la Universidad de León (sus valoraciones pueden ser consultadas en el texto: García, 2014).

normas constitucionales y en la argumentación concreta ante el Tribunal Constitucional a la hora de encontrar las razones a favor o en contra de cada disposición iusfundamental.

Vinculando el escenario de la corrección con *el argumento de la corrección* de derechos fundamentales, ante la vista material de concreción de la norma como derecho fundamental en el caso particular y concreto integrado en la decisión judicial:

El argumento de la corrección constituye la base de los dos otros argumentos, es decir, del argumento de la injusticia y del argumento de los principios. Afirma que tanto las normas aisladas como las decisiones judiciales aisladas como así también los sistemas jurídicos en tanto un todo formulan necesariamente una pretensión de corrección. Los sistemas normativos que no formulan explícita o implícitamente esta pretensión no son sistemas jurídicos. (Alexy, 2004, p. 58)

Lo que justifica la visión de Alexy sobre la teoría de principios y la *subdimensión* de los principios entendida como la optimización. Pertenciente a la dimensión del peso o la importancia. “Los principios tienen una dimensión que falta en las normas: la dimensión del peso o importancia” (Dworkin, 1984, p. 77). *La subdimensión de la optimización* hace parte de una dimensión más amplia o general de los principios expresados como normas de derecho fundamental en los sistemas jurídicos como Estados constitucionales, apoyados a su vez en la dimensión ideal del derecho defendida por Alexy, conectada con la tesis de la corrección. “Así, por ejemplo, Alexy habla de una dimensión ideal del derecho, consistente en su pretensión de corrección moral” (Bulygin, 2004, p. 16).

Uno de los estudios más importantes que se han desarrollado en torno al concepto mismo de optimización en justificación de los derechos fundamentales como normas a optimizar, es el que ha configurado Lopera, la profesora colombiana en su estudio va más allá del concepto desarrollado por Alexy al respecto:

Sobre el criterio de la optimización se asienta entonces la tesis fuerte de la separación entre principios y reglas, una separación cualitativa y no gradual que lleva a Alexy a sostener que toda norma es o bien una regla o un principio (...). Afirmar que el cumplimiento de los principios debe tener lugar en la mayor medida posible, implica que para establecer si el principio ha sido cumplido en cada caso no basta

con acreditar un grado de satisfacción cualquiera, sino el mal alto posible en razón de las circunstancias fácticas y jurídicas. (Lopera, 2004, pp. 216-217)

La pretensión de corrección del derecho como justificación interna

La diferencia radica en que la dimensión del peso y la importancia, le da un papel especial a los principios jurídicos, así como a las normas estructuralmente diferenciadas por las reglas en la conexidad necesaria y conceptual de una interpretación de principios que justifica la decisión constitucional por parte del juez o el operador jurídico, para lograr establecer un significado o un entendido en el contenido normativo concreto, a la materialización del peso de los principios en sentido cuantitativo o a la importancia de los principios en sentido estrictamente cualitativo o valorativo.

En este orden de argumentos la tesis de la pretensión de corrección justifica, además, la relación de una legitimidad del derecho como presupuesto de *la tesis de la conexión justificatoria* (Bayón, 2002, p. 45). Dicha tesis en el Estado constitucional justifica la necesidad de una corrección de los derechos fundamentales por parte de la labor que ejerce el Tribunal Constitucional.

Lo que evidencia el “escenario de la corrección” de los derechos fundamentales (Bechara y Vides, 2019, p. 198), como construcción por el valor que se le otorga al juez en sentido amplio y general en los *sistemas jurídicos constitucionalizados* y, en concreto, por el rol especial en su decisión que cumple el juez constitucional en su labor de determinar las normas y disposiciones iusfundamentales.

Así, en el ámbito de la teoría del derecho, más no el ámbito de la teoría constitucional, la pretensión de corrección ha sido estudiada a su vez desde una *dimensión proposicional* o en el entendido de una dimensión que responde al campo de las proposiciones jurídicas y de los enunciados normativos:

Existe un aspecto objetivo de la pretensión de corrección —llamado la dimensión proposicional— el cual no está a disposición de quien pronuncia el enunciado normativo pertinente. Para ser más preciso,

ni la proposición, la cual individualiza el contenido del enunciado normativo, ni los motivos que hacen la proposición verdadera, son disponibles, en el sentido de ser dependientes de las condiciones de actuación del acto de lenguaje pertinente. (Pavlakos, 2012, p. 206)

Tal labor, desplegada por el juez constitucional, presupone siempre una pretensión de corrección¹, evitando que la labor judicial supere los márgenes de *la injusticia extrema*² toda vez que la dimensión de los derechos fundamentales, en el “escalón” de positivización constitucional de primer nivel, cuando estos se encuentren en su fase normativa abstracta en la Constitución, necesitan de una conexidad sustancial que se la da el juez constitucional entre *el escenario de la fundamentación* como procedimiento constitucional propio, para justificar los derechos fundamentales en un segundo momento como *escenario de la concreción*, en la labor específica de interpretación como aplicación de la Constitución y de sus normas integradoras.

Llevando así a la aplicación adjetiva o procedimental de los derechos fundamentales, estableciendo la relación *Alexyana* entre reglas, principios y procedimientos como una posibilidad de generar un desarrollo práctico del constitucionalismo en tiempos de derechos fundamentales:

La teoría de la corrección, sin embargo, puede poner de manifiesto bien una conexión de tipo definitorio -si los sistemas de normas no contienen ni explícita ni implícitamente esa pretensión de corrección no son sistemas jurídicos-, o bien un segundo tipo de conexión que Alexy denomina calificativa que se establece cuando una norma o sistema de normas que no satisfacen cierto criterio moral pueden ser considerados normas jurídicas o sistemas jurídicos aun cuando se

1 “El primer aspecto es la pretensión de que la decisión está correctamente justificada si se presupone el derecho establecido, cualquiera que este sea. El segundo aspecto es la pretensión de que el derecho establecido, en el cual se basa la decisión, es justo y razonable. Ambos aspectos están contenidos en la pretensión de corrección que aparece en las decisiones judiciales. Las decisiones judiciales no solo pretenden ser correctas en el esquema del orden jurídico válidamente establecido, sino también pretenden ser correctas en cuanto decisión jurídica” (Alexy, 1999, p. 32).

2 “El derecho promulgado conforme al ordenamiento y socialmente eficaz no tiene que ser justo ni correcto para ser derecho, pero no puede traspasar el umbral de la extrema injusticia. Si esto sucede se pierde el carácter o la validez jurídicos. Esto es un desafío para la tesis positivista de la completa separación entre derecho y moral y un reconocimiento de la tesis no positivista de la vinculación” (Alexy, 2001, pp. 81-82).

pueda decir que son defectuosos por razones no sólo morales sino también conceptuales. La pretensión de corrección implica pretensión de justificación. (...) En el caso de Alexy las exigencias de igualdad y universalidad que plantea toda pretensión de justificación. (Betegón, 1998, p. 174)

En este orden, la teoría de la corrección de Alexy tiene una aplicación concreta en su filosofía del derecho, es su defensa de los derechos fundamentales, los cuales responden a una conexidad necesaria a su estructura normativa de principios, denominada por el profesor alemán como *la segunda tesis de la necesidad*¹, la cual recoge sus postulados centrales en la conocida *teoría de los principios*.

Esto fundamenta una postura axiológica de la Constitución como un orden normativo de valores y principios, donde realmente los principios en el Estado constitucional de derecho van a posibilitar la concreción de las disposiciones iusfundamentales que emanan de la misma ley fundamental.

Dicha concepción, a su vez, genera la tesis de *la naturaleza dual del derecho*² y de *la doble naturaleza los derechos fundamentales*³, superando la positivización de las normas iusfundamentales como primera naturaleza

1 “Los principios están conectados con todas las normas de derecho fundamental independientemente si ellos, como tales, tienen carácter de reglas o de principios. Una conexión real se da en todos aquellos casos en los cuales las normas de derecho fundamental, tal como están determinadas en la Constitución, tienen que ser interpretadas directamente como principios. Esta combinación de conexiones reales y potenciales, que tiene su origen en la doble naturaleza del derecho, sirve para fundamentar la segunda tesis de necesidad” (Alexy, 2011, pp. 26-27).

2 “La naturaleza dual del derecho implica que éste comprende necesariamente dos principios: el principio de la justicia y el principio de seguridad jurídica. El principio de seguridad jurídica es un principio formal, que requiere un compromiso con lo que se expide autoritativamente y es socialmente eficaz. El principio de justicia es principio material o sustantivo que exige que la decisión sea moralmente correcta. Estos dos principios — como generalmente ocurre con los principios— pueden colisionar, y de hecho colisionan con frecuencia. Ninguno de los dos en ningún caso podrá suplantar al otro completamente. Por el contrario, la naturaleza dual del derecho exige que puedan ser vistos en una proporción correcta entre sí, y esto, a su vez, sólo se pueden lograr por medio de la ponderación. La idea de una frontera exterior del derecho es el resultado de tal ponderación, esto es, de equilibrar los principios de seguridad jurídica y justicia” (Alexy, 2013a, p. 21).

3 “Los derechos fundamentales son en realidad derecho positivo, es decir, derecho positivo a nivel de la Constitución. Sin embargo, esto no es suficiente para explicar su naturaleza. La positividad representa sólo un lado de los derechos fundamentales, es decir, su lado real o fáctico. Además de esto, ellos poseen una dimensión ideal” (Alexy, 2011, p. 24).

de los derechos. “Así pues, la tesis de la doble naturaleza conduce primero hasta la idealidad, en forma de corrección y discurso, y después hasta la Facticidad, en forma de legalidad y eficacia” (Alexy, 2009, p. 76).

Como lo mencionamos en la introducción de este capítulo, Alexy toma la influencia de *los principios en el derecho*, especialmente de las recepciones teóricas de Ronald Dworkin. Específicamente sobre la distinción especial en Dworkin, que determinó una característica totalmente distinta a las normas tipo regla por parte de los principios, llamada por él cómo *la dimensión del peso o la importancia* como crítica al positivismo jurídico y a un derecho preminente gestado desde *la fuerza del legislador*. “Ningún legislador puede crear un sistema de normas tan perfecto que cualquier caso pueda ser resuelto únicamente mediante la mera subsunción de la descripción de los hechos bajo el supuesto de hecho de una norma” (Alexy, 2000, p. 243).

Tal dimensión del peso o de importancia le otorga un papel especial a los principios jurídicos y a las normas estructuralmente diferenciadas por las reglas, no exclusivamente por su textura abierta, toda vez que es Hart quien afirma precisamente esta característica general de algunos tipos de normas, inclusive de las mismas reglas. Siendo un debate entre el positivismo jurídico incluyente y excluyente, el cual se ha gestado en la filosofía y teoría del derecho contemporánea:

Alexy sostiene que la tesis de la naturaleza es incompatible tanto con el positivismo jurídico exclusivo como con el positivismo jurídico inclusivo. Asimismo, esta tesis es incompatible con algunas variantes del no-positivismo, de acuerdo con las cuales, la validez jurídica se pierde en todos los casos en que existe un defecto o un demérito moral (no-positivismo jurídico exclusivo) o que dicha validez no se afecta de ninguna manera a causa de los defectos o deméritos morales (la forma más extrema de no-positivismo jurídico inclusivo). (Bernal, 2011, p. 16)

La lectura de Dworkin proyecta *una interpretación de principios*¹ por parte del juez o el operador jurídico para lograr establecer un significado a la materialización del peso de los principios en sentido cuantitativo; y a

¹ Dworkin señala la necesidad de establecer una interpretación de principios al mismo texto constitucional, y distingue cuando el escenario de la interpretación confunde la interpretación de la ley desde una perspectiva positivista, y a la interpretación de la

la dimensión de la importancia de los principios en sentido estrictamente cualitativo o valorativo.

Esta distinción en Dworkin es vital para entender la ampliación del principio de proporcionalidad y la *carga de la argumentación jurídica*¹ como dos herramientas hermenéuticas-argumentativas para la adjudicación del derecho, llevando un balanceo de razones, y de justificación valorativa en la suficiencia argumentativa con la cual se deben construir las sentencias y providencias de los órganos de cierre (Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado):

Los principios en sentido estricto pueden formularse siempre como enunciados que correlacionan casos con soluciones, pero eso no quiere decir que, desde esta perspectiva, no exista ninguna diferencia entre reglas y principios. La diferencia estriba en los principios configuran el caso de forma abierta, mientras que las reglas lo hacen de forma cerrada. (Atienza y Ruiz Manero, 1991, p. 108)

La teoría de principios de Dworkin permeó tanto los ordenamientos y sistemas jurídicos influenciados por el *Common Law* y por el *Civil Law*, en la aplicación de su concepto de *derecho como integridad* y su visión interpretativa de las normas de principio, a la materialización de los derechos fundamentales por parte del juez constitucional. “Dworkin contrapone a este modelo de reglas del sistema jurídico un modelo de principios, el sistema jurídico está compuesto, además de por reglas, de un modo esencial, por principios jurídicos” (Alexy, 1988, p. 139).

Alexy desarrolla tal dimensión del peso en la particularidad de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania, en su *Teoría de los derechos fundamentales*, estructurando en el constitucionalismo

Constitución desde una orientación principialista: «Los juristas positivistas creen que las proposiciones del derecho son, en efecto, por completo descriptivas: son piezas históricas. Desde este punto de vista, una proposición del derecho es verdadera solo cuando se ha producido algún hecho legislativo declarado como tal y, si no, no lo es. La definición funciona bastante bien en casos muy simples. (...) Cuando una norma (o la Constitución) no es clara en algún punto, porque algún término crucial es vago o porque la formulación es ambigua, los abogados dicen que se debe interpretar la norma, y aplican lo que llaman “técnicas de interpretación de la ley”» (Dworkin, 2012, p. 192-193).

1 Una de las sentencias arquimédicas en el sistema jurídico colombiano, sobre la aplicación de la carga de la argumentación jurídica, es la C-621 de 2015. Magistrado Ponente: Jorge Pretelt, de la Corte Constitucional.

moderno y en la teoría de la Constitución una relación especial a las normas de derecho fundamental expresadas como normas de principio.

Alexy identifica que la estructura normativa de las disposiciones de derechos fundamentales es, precisamente, la estructura principialista, siendo los derechos fundamentales eminentemente normas jurídicas de principio. Desarrolla su concepto de *mandatos de optimización*¹ al identificar que los derechos fundamentales son mandatos que direccionan e imponen el juez constitucional en aras de su cumplimiento material, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas reales de su cumplimiento. Tal concepto desarrolla, además, la condición *prima-facie*² de los derechos fundamentales como normas de principio:

Las normas jurídicas establecidas constituyen razones *prima-facie*, que han de ser sopesadas y ponderadas con otras razones. Estas razones *prima-facie* son razones de primer orden para la realización de una cierta acción, H, y, al mismo tiempo, razones de segundo orden. En esta última capacidad, indican que las razones para no ser H pueden prevalecer solo si son particularmente fuertes, esto es, claramente más fuertes de lo que necesitan ser en un debate moral libre. (Peczenik, 1992, p. 329)

Si los derechos fundamentales son estructuralmente principios, los principios configuran la estructura normativa de los derechos fundamentales y la misma *estructura normativa de la Constitución*, al ser los principios eminentemente normas de textura abierta, el juez necesariamente debe hacer una interpretación más exhaustiva para lograr determinar la aplicación del principio con mayor peso.

1 “Las reglas son normas que requieren que algo sea realizado de manera definitiva. Son por tanto mandatos definitivos. Su forma de aplicación es la subsunción. En contraste, los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dadas las posibilidades fácticas y jurídicas existentes. Así, los principios son mandatos de optimización. Su forma de aplicación es la ponderación. Esta distinción teórico-normativa se articula con la interpretación de los derechos constitucionales mediante la tesis conforme a la cual estos derechos tienen esencialmente la naturaleza de principios” (Alexy, 2013b, p. 50).

2 “Además de las reglas, las posibilidades jurídicas están determinadas esencialmente por los principios en oposición. Por tal razón, los principios, considerados cada uno de ellos por separado, siempre se componen simplemente de mandatos *prima facie*. La determinación del grado apropiado de satisfacción de un principio en relación con aquello exigido por otros principios se logra a través de la ponderación. Así, la ponderación es la forma específica de aplicación de los principios” (Alexy, 2014, p. 17).

La consagración del escenario de la colisión permite establecer, a partir de las circunstancias del caso concreto en la decisión judicial, determinar en las eventuales colisiones entre principios constitucionales la precedencia de cada una de las normas en tensión. “Los conflictos de reglas tienen lugar en la dimensión de la validez, mientras que las colisiones de principio – como quiera que solo pueden entrar en colisión principios validos– tienen lugar más allá de la dimensión de la validez, en la dimensión del peso” (Alexy, 2007, p. 71).

Esta distinción conceptual en el *modelo Alexyano*, en la configuración de la teoría de principios, se separa metodológicamente de las construcciones teóricas en Bobbio frente a la teoría de los conflictos normativos como reglas, y la antinomia como fenómeno propio de las contradicciones e indeterminaciones normativas en este tipo específico de enunciados jurídicos. Además, desarrollando las distinciones analíticas entre el estado de derecho de carácter legislativo y el Estado constitucional y democrático de derecho:

La alternativa entre el Estado jurisdiccional y el Estado de legislación es una contraposición entre dos tipos de distribución de competencias. Bockenforde asocia esta dicotomía, ubicada en el nivel de las competencias, con una segunda alternativa que se sitúa en el ámbito de la estructura y el contenido de las normas constitucionales y, consiguientemente, de la Constitución como estructura normativa. Se trata de la opción entre la Constitución como orden marco o la Constitución como orden fundamental. (Alexy, 2002, p. 17)

Justificación constitucional de los sistemas jurídicos

La idea de constitucionalismo en Alexy puede ser sintetizada en su concepción axiológica de la Constitución, defendiendo una lectura de los valores desarrollados en el sistema jurídico concreto y específico, directamente en los desarrollos del Tribunal Constitucional, en su labor de control de la fuerza obligatoria de los derechos fundamentales. “La fuerza obligatoria de los derechos fundamentales es controlada por la Corte Constitucional Federal, la cual para este propósito, tiene un poder extensivo. Este sistema puede llamarse un sistema de derechos fundamentales perfectamente institucionalizado” (Alexy, 1993, p. 34-35).

Alexy identifica la máxima de proporcionalidad como el mayor desarrollo del constitucionalismo del Estado constitucional y, en ese sentido, de la misma Constitución. Los tres conceptos —constitucionalismo, Constitución y Estado constitucional— se conectan en tres postulados precisos: (a) la teoría de los valores y los principios; (b) el papel del Tribunal Constitucional, y (c) el principio o la máxima de proporcionalidad¹.

La teoría de los valores de Robert Alexy no ha sido tan desarrollada como su *teoría de los principios*, debido a que los valores se enmarcan como normas constitucionales, en un escenario mucho más indeterminado que las normas tipo principio; nos referimos al escenario axiológico que Alexy describe como conceptos axiológicos de lo bueno, cuando fundamenta su teoría de los valores:

Los conceptos axiológicos se caracterizan porque su concepto fundamental no es el de mandato o deber ser, sino el de lo bueno. (...) Es posible constatar fácilmente la diferencia decisiva entre el concepto de principio y el de valor. Los principios son mandatos de un determinado tipo, a saber, mandatos de optimización. En cuanto mandatos, ellos pertenecen al ámbito deontológico. En cambio, los valores de adscriben al nivel axiológico. (Alexy, 2007, p. 118-119)

Así las cosas, con respecto a la *teoría de los valores*, el papel preponderante de la *interpretación² constitucional* dentro del constitucionalismo reconocido en el sistema jurídico como Estado constitucional³ de derecho, pasa por identificar el papel de la axiología de los valores y del Tribunal

1 “La relación existente entre los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad constituye uno de los temas centrales del debate constitucional contemporáneo. Respecto de esta relación, dos son las posiciones básicas enfrentadas: la tesis que afirma la existencia de algún tipo de conexión necesaria entre los derechos fundamentales y el análisis de proporcionalidad, y la tesis que sostiene, por el contrario, la no existencia de una conexión necesaria entre los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad” (Alexy, 2011, pp. 11-12).

2 Dentro de la teoría de la interpretación de Alexy, es reconocida una teoría interpretativa del derecho como antítesis del paradigma positivista, reconocida como paradigma interpretativo, tesis sustentada por el profesor colombiano Julio Rodríguez: “El paradigma interpretativo es la antítesis del paradigma positivista. Contrapone la inserción de principios dentro del fenómeno de la interpretación del derecho, incluyendo la moralidad política que emana de la comunidad, pues todos los conflictos sociales tienen solución por medio de la interpretación, aun cuando no exista una norma positiva” (Rodríguez, 2016, p. 174).

3 Sobre el concepto de fundamentación del Estado constitucional en Alexy, ya habíamos tenido una aproximación en el trabajo de Bechara (2011).

Constitucional en la determinación de las normas y disposiciones iusfundamentales:

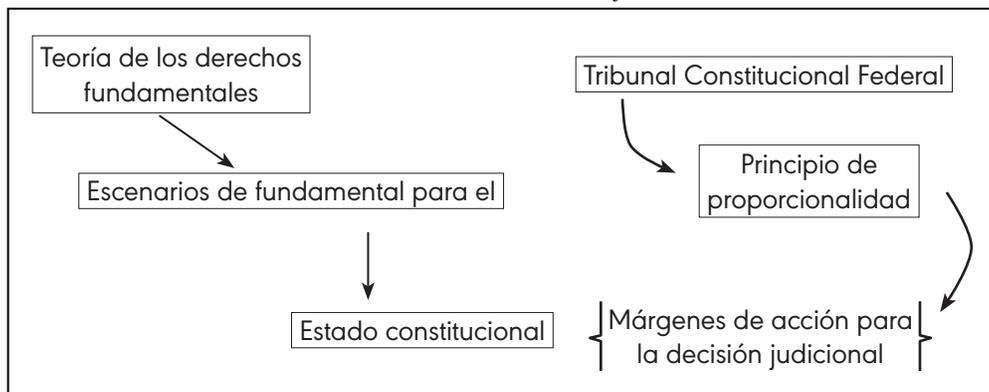
El ejemplo más importante de una posición *constitucionalista* lo ofrece la axiología del Tribunal Constitucional Federal. De acuerdo con esta concepción, que fuera plenamente elaborada por primera vez en el fallo Lüth del año 1958, la ley fundamental contiene en su capítulo sobre derechos fundamentales, un <<orden objetivo de valores>> que, en tanto <<decisión iusconstitucional fundamental>>, vale para todos ámbitos del derecho y del cual reciben <<directrices e impulsos>> la legislación, la administración y la justicia. (Alexy, 2004, p. 159)

El constitucionalismo de Alexy es “irradiador”¹ y no excluyente del concepto del legalismo, su conceptualización propende a “corregir”² aquellos errores del legislador y del mismo poder jurisdiccional del Estado, porque su teoría del constitucionalismo está más orientada hacia el sentido judicial de la misma.

1 La tesis de la irradiación en Alexy es un efecto que produce la expansión normativa de las normas de derecho fundamental, y su alcance a todos las esferas del derecho y del sistema jurídico permeado, por tal característica particular: “La irradiación de las normas de derecho fundamental en todos los ámbitos del derecho –uno de cuyos aspectos más problemáticos se acaba de tratar al considerar el efecto entre terceros u horizontal- tiene efectos de gran alcance en relación con el carácter del sistema jurídico. (...) Por lo tanto, la irradiación de los derechos fundamentales hacia todos los ámbitos del sistema jurídico, en cuanto derecho positivo, incluye una irradiación de la idea de la justicia en todos los ámbitos del derecho, idea que el propio derecho positivo exige” (Alexy, 2007, pp. 481-483).

2 “La segunda propiedad central del derecho en su pretensión de corrección. Esta posición está en genuina oposición a la coerción o fuerza; uno de los signos esenciales del derecho consiste en que este comprenda la diferencia entre estos dos conceptos. Como se ha mostrado, la necesidad de la corrección está basada en una necesidad práctica definida por una relación de medio a fin. En este sentido, tiene un carácter teleológico. La necesidad de la pretensión de corrección resulta de la estructura de los actos y del razonamiento jurídicos” (Alexy, 2003b, p. 156).

Figura 1
Constitucionalismo Alexyano



Nota. Fuente propia.

Las tesis de fundamentación constitucional del sistema jurídico en Alexy

En este orden conceptual, el constitucionalismo de Alexy encuentra tensiones teóricas con el legalismo como tesis de fundamentación de los *sistemas jurídicos* constitucionalizados, pero orientados a la reivindicación del principio de legalidad *meta positivizado*¹ ahora en las cartas o leyes fundamentales. Siendo su *teoría de principios*, el engranaje de su concepto de Constitución. Alexy supera el debate dentro del constitucionalismo, según el cual la Constitución² debe ser o no un “huevo jurídico originario formulado por Forsthoff”:

1 Es importante, para los fines de la conceptualización del constitucionalismo Alexyano, su visión sobre los sistemas jurídicos justificados desde una lectura positivista de los mismos: “Según la perspectiva positivista, el sistema jurídico es, al menos en lo esencial, un sistema de reglas que se pueden identificar como reglas jurídicas sobre la base de su validez y/o eficacia. Un tal sistema jurídico es siempre, por diversos motivos, un sistema abierto; sobre todo, por causa de la vaguedad del lenguaje del derecho, la posibilidad de conflictos entre normas y la existencia de casos no regulados” (Alexy, 1988, p. 139).

2 Resulta trascendental el concepto de Constitución que plantea el profesor español Francisco Rubio Llorente: “La Constitución es, precisamente, un instrumento jurídico que tiene como objetivo concreto el de garantizar el carácter representativo de todos los órganos del poder y, al mismo tiempo, establecer los límites eficaces de actuación de ese poder o, lo que es lo mismo, crear al ciudadano ámbitos de libertad dentro de los cuales pueda actuar sin temor a ninguna intromisión del poder” (Rubio Llorente, 1982, p. 27).

Según la teoría de los principios, una buena Constitución tiene que combinar estos dos aspectos; debe ser tanto un orden fundamental como un orden marco. Esto es posible, si, en primer lugar, la Constitución ordena y prohíbe algunas cosas, es decir, establece un marco; si, en segundo lugar, confía otras cosas a la discrecionalidad de los poderes públicos, o sea, deja abiertos márgenes de acción; y, en tercer lugar, si mediante sus mandatos y prohibiciones decide aquellas cuestiones fundamentales para la sociedad que pueden y deben ser decididas por una Constitución. La pregunta que se plantea es si estos postulados pueden ser satisfechos cuando se acepta que los derechos fundamentales tienen la estructura de principios. (Alexy 2002, p. 23)

Alexy reconoce, en dicho sentido, que el constitucionalismo que defiende propende a la *independencia del derecho ordinario legislado*, indicando que la teoría de principios¹, que llevaría a la configuración teórica de un *constitucionalismo principialista*² o de principios, no desborda los límites competenciales del legislador³, ya que los principios están

1 Una de las críticas más relevantes que se le han hecho a la teoría de principios de Alexy es la que establece el profesor español José Juan Moreso, en especial sobre la fórmula del peso de Alexy, y la aplicación de su modelo ponderativo: “La primera duda que se me plantea es la siguiente: dado que los pesos abstractos de los principios son independientes de cualquier circunstancia concreta, deberíamos tener a nuestra disposición una asignación de peso abstracto para cada principio que establece un derecho constitucional, deberíamos tener una escala de ordenación abstracta de los derechos. No conozco ninguna escala de este tipo que pueda ser aceptada razonablemente. Al respecto Alexy sólo nos da una pista: que el derecho a la vida tiene mayor peso abstracto que la libertad general de actuar. Se trata de una intuición plenamente aceptable, como es obvio, pero está muy lejos de ser ni siquiera el núcleo de una escala de ordenación de todos los derechos constitucionales” (Moreso, 2003, p. 435). También se ha dirigido una crítica en el mismo sentido a la Fórmula del peso Alexyana, por el profesor argentino Ricardo Guibourg (Guibourg, 2011).

2 Alexy en un reciente trabajo defiende su teoría principialista de los derechos fundamentales, de los principales críticos, así como las objeciones que pretenden restarle alcance a la misma: “En este trabajo se defiende la teoría principialista de los derechos fundamentales de las críticas que la acusan de ser incapaz de determinar de forma adecuada la relación entre los derechos fundamentales y el control constitucional, con la democracia. Para llegar a una adecuada teoría de la discrecionalidad legislativa, se necesita analizar el papel de los principios formales en la ponderación” (Alexy, 2014, p. 15).

3 “Si la Constitución garantiza al individuo derechos frente al legislador y (también) para la garantía de estos derechos prevé un Tribunal Constitucional, entonces la intervención del Tribunal Constitucional en el ámbito de la legislación, necesaria para la garantía de estos derechos, no representa un ejercicio inconstitucional de las competencias legislativas, sino algo que no solo está permitido sino también ordenado por la Constitución” (Alexy, 2007, p. 484).

consagrados esencialmente en la Constitución o Constituciones del Estado Constitucional y democrático de derecho. “En un Estado constitucional democrático, los principios tienen sino exclusivamente si en una buena parte su ubicación jurídico-positiva en la Constitución. No se pierde por ello la independencia del derecho legislado ordinario” (Alexy, 2004, p. 176).

Justificación necesaria: derechos fundamentales y teoría de principios

Uno de los elementos inaprensibles de la teoría del *constitucionalismo* de Alexy es su defensa de los derechos fundamentales, los cuales responden a una conexidad necesaria a su estructura normativa de principios denominada por el profesor alemán como *la segunda tesis de la necesidad*¹, que recoge sus postulados centrales en la conocida *teoría de los principios* que fundamenta una postura axiológica de la Constitución, como un orden normativo de valores y principios, donde realmente los principios en el Estado constitucional de derecho van a posibilitar concretizar las disposiciones iusfundamentales que emanan de la misma Ley Fundamental.

Dicha concepción a su vez genera la tesis de *la naturaleza dual del derecho y de la doble naturaleza los derechos fundamentales*², superando la positivización³ de las normas iusfundamentales como primera naturaleza

1 “Los principios están conectados con todas las normas de derecho fundamental independientemente si ellos, como tales, tienen carácter de reglas o de principios. Una conexión real se da en todos aquellos casos en los cuales las normas de derecho fundamental, tal como están determinadas en la Constitución, tienen que ser interpretadas directamente como principios. Esta combinación de conexiones reales y potenciales, que tiene su origen en la doble naturaleza del derecho, sirve para fundamentar la segunda tesis de necesidad” (Alexy, 2011, p. 26-27).

2 “Los derechos fundamentales son en realidad derecho positivo, es decir, derecho positivo a nivel de la Constitución. Sin embargo, esto no es suficiente para explicar su naturaleza. La positividad representa sólo un lado de los derechos fundamentales, es decir, su lado real o fáctico. Además de esto, ellos poseen una dimensión ideal” (Alexy, 2011, p. 24).

3 “Alexy sostiene que la tesis de la naturaleza es incompatible tanto con el positivismo jurídico exclusivo como con el positivismo jurídico inclusivo. Asimismo, esta tesis es incompatible con algunas variantes del no-positivismo, de acuerdo con las cuales, la validez jurídica se pierde en todos los casos en que existe un defecto o un demérito moral (no-positivismo jurídico exclusivo) o que dicha validez no se afecta de ninguna manera a causa de los defectos o deméritos morales (la forma más extrema de no-positivismo jurídico

de los derechos. “Así pues, la tesis de la doble naturaleza conduce primero hasta la idealidad, en forma de corrección y discurso, y después hasta la Facticidad, en forma de legalidad y eficacia” (Alexy, 2009 p. 76).

La naturaleza dual del derecho implica que éste comprende necesariamente dos principios: el principio de la justicia y el principio de seguridad jurídica. El principio de seguridad jurídica es un principio formal, que requiere un compromiso con lo que se expide autoritativamente y es socialmente eficaz. El principio de justicia es principio material o sustantivo que exige que la decisión sea moralmente correcta. Estos dos principios —como generalmente ocurre con los principios— pueden colisionar, y de hecho colisionan con frecuencia. Ninguno de los dos en ningún caso podrá suplantar al otro completamente. (Alexy, 2013a, p. 21)

Como lo mencionamos en la introducción de este capítulo, Alexy toma la influencia de *los principios en el derecho*, especialmente de las recepciones teóricas de Ronald Dworkin. Específicamente, sobre la distinción especial en Dworkin que determinó una característica totalmente distinta a las normas tipo regla por parte de los principios, llamada por él como *la dimensión del peso o la importancia*, como crítica al positivismo jurídico y a un derecho preminente gestado desde *la fuerza del legislador*. “Ningún legislador puede crear un sistema de normas tan perfecto que cualquier caso pueda ser resuelto únicamente mediante la mera subsunción de la descripción de los hechos bajo el supuesto de hecho de una norma” (Alexy, 2000, p. 243).

Con tal dimensión la del peso o la importancia, le daba un papel especial a los principios jurídicos o las normas estructuralmente diferenciadas por las reglas, no exclusivamente por su textura abierta en los principios, en contra de la forma todo o nada de las reglas, sino de la necesidad de *una interpretación de principios*¹ por parte del juez o el operador jurídico para

inclusivo)” (Bernal, 2011, p. 16).

1 Dworkin señala la necesidad de establecer una interpretación de principios, al mismo texto constitucional, y distingue cuando el escenario de la interpretación confunde la interpretación de la ley desde una perspectiva positivista, y a la interpretación de la Constitución desde una orientación principialista: «Los juristas positivistas creen que las proposiciones del derecho son, en efecto, por completo descriptivas: son piezas históricas. Desde este punto de vista, una proposición del derecho es verdadera solo cuando se ha producido algún hecho legislativo declarado como tal y, si no, no lo es. La definición funciona bastante bien en casos muy simples. (...) Cuando una norma (o la Constitución)

lograr establecer un significado o un entendido a la materialización del peso de los principios en sentido cuantitativo, o a la importancia de los principios en sentido estrictamente cualitativo o valorativo:

Los principios en sentido estricto pueden formularse siempre como enunciados que correlacionan casos con soluciones, pero eso no quiere decir que, desde esta perspectiva, no exista ninguna diferencia entre reglas y principios. La diferencia estriba en los principios configuran el caso de forma abierta, mientras que las reglas lo hacen de forma cerrada. (Atienza y Ruiz Manero, 1991, p. 108)

La teoría de principios de Dworkin permeó tanto los ordenamientos y sistemas jurídicos influenciados por el *Common Law* y por el *Civil Law*, en la aplicación de su concepto de derecho, como integridad y su visión interpretativa de las normas de principio, a la materialización de los derechos fundamentales por parte del juez constitucional. “Dworkin contrapone a este modelo de reglas del sistema jurídico un modelo de principios, el sistema jurídico está compuesto, además de por reglas, de un modo esencial, por principios jurídicos” (Alexy, 1988, p. 139).

Alexy desarrolla tal dimensión del peso en la particularidad de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania, en su *Teoría de los derechos fundamentales*, estructurando en el constitucionalismo moderno y en la teoría de la Constitución una relación especial a las normas de derecho fundamental expresadas como normas de principio.

Alexy identifica que la estructura normativa de las disposiciones de derechos fundamentales es precisamente la estructura principialista, es decir, los derechos fundamentales son eminentemente normas jurídicas de principio. Y desarrolla su conocido concepto de *mandatos de optimización* ¹al identificar que los derechos fundamentales son mandatos que direcciona

no es clara en algún punto, porque algún término crucial es vago o porque la formulación es ambigua, los abogados dicen que se debe interpretar la norma, y aplican lo que llaman “técnicas de interpretación de la ley”» (Dworkin, 2012, pp. 192-193).

1 “Las reglas son normas que requieren que algo sea realizado de manera definitiva. Son por tanto mandatos definitivos. Su forma de aplicación es la subsunción. En contraste, los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dadas las posibilidades fácticas y jurídicas existentes. Así, los principios son mandatos de optimización. Su forma de aplicación es la ponderación. Esta distinción teórico-normativa se articula con la interpretación de los derechos constitucionales mediante la tesis conforme a la cual estos derechos tienen esencialmente la naturaleza de principios” (Alexy,

e impone el juez constitucional, en aras de su cumplimiento material, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas reales de su cumplimiento. Tal concepto desarrolla además la condición *prima-facie*¹ de los derechos fundamentales como normas de principio:

Las normas jurídicas establecidas constituyen razones *prima-facie*, que han de ser sopesadas y ponderadas con otras razones. Estas razones *prima-facie* son razones de primer orden para la realización de una cierta acción, H, y, al mismo tiempo, razones de segundo orden. En esta última capacidad, indican que las razones para no ser H pueden prevalecer solo si son particularmente fuertes, esto es, claramente más fuertes de lo que necesitan ser en un debate moral libre. (Peczenik, 1992, p. 329)

En este orden conceptual, si los derechos fundamentales son estructuralmente principios, los principios configuran la estructura normativa de los derechos fundamentales y la misma *estructura normativa de la Constitución*²; y al ser los principios eminentemente normas de textura abierta, el juez necesariamente debe hacer una interpretación más exhaustiva para logra determinar la aplicación del principio con mayor peso, en las eventuales colisiones entre principios constitucionales. “Los conflictos de reglas tienen lugar en la dimensión de la validez, mientras que las colisiones de principio –como quiera que solo pueden entrar en colisión principios validos– tienen lugar más allá de la dimensión de la validez, en la dimensión del peso” (Alexy, 2007, p. 71).

2013b, p. 50).

1 “Además de las reglas, las posibilidades jurídicas están determinadas esencialmente por los principios en oposición. Por tal razón, los principios, considerados cada uno de ellos por separado, siempre se componen simplemente de mandatos *prima facie*. La determinación del grado apropiado de satisfacción de un principio en relación con aquello exigido por otros principios se logra a través de la ponderación. Así, la ponderación es la forma específica de aplicación de los principios” (Alexy, 2014, p. 17).

2 “La alternativa entre el Estado jurisdiccional y el Estado de legislación es una contraposición entre dos tipos de distribución de competencias. Bockenforde asocia esta dicotomía, ubicada en el nivel de las competencias, con una segunda alternativa que se sitúa en el ámbito de la estructura y el contenido de las normas constitucionales y, consiguientemente, de la Constitución como estructura normativa. Se trata de la opción entre la Constitución como orden marco o la Constitución como orden fundamental” (Alexy, 2002, p. 17).

Justificación práctica: Alexy y los cánones de interpretación en el uso de precedentes

La interpretación de los derechos fundamentales está orientada al modelo de adjudicación del derecho¹, a la forma de aplicar las *normas positivas de primer nivel*, como normas positivas de legalidad y las *normas positivas de segundo nivel* o normas positivas de constitucionalidad. Negar la existencia de una interpretación como el primer paso para encontrar la respuesta correcta², y con ella la decisión eficaz de derechos fundamentales, es negar la existencia de un *constitucionalismo del juez constitucional*, que busca superar los márgenes formales de la norma positiva constitucional, para otorgar la sustancia y materialización misma a la disposición constitucional iusfundamental.

Alexy ha establecido una relación necesaria entre la interpretación de los derechos fundamentales y la argumentación de estos, como escenarios de complementariedad o, incluso, como *argumentos interpretativos* (Alexy, 1997, p. 226).

Los cánones de la interpretación en Alexy se refieren a la particularidad de la conexión de una teoría de la argumentación jurídica para una aplicación judicial³ de la teoría de los derechos fundamentales, estos dos

1 Como modelo de adjudicación del derecho, se entiende la relación entre interpretación jurídica y argumentación judicial, los dos elementos construyen el escenario de aplicación para la adjudicación del derecho como modelo direccionado a la construcción de la respuesta correcta en la decisión judicial, orientada en el ámbito constitucional a la decisión de derechos fundamentales.

2 «La noción de respuesta correcta es ambigua. En su versión fuerte, significa que existe una respuesta “escondida” en el ordenamiento jurídico y que puede ser deducida de premisas axiomáticas y evidentes. En su versión débil, por el contrario, significa que, para un juez o un teórico del Derecho, la respuesta correcta funciona como una guía, pero esto último resulta problemático desde un punto de vista metodológico (¿cómo encontrar la respuesta correcta?), epistemológico (¿cómo saber qué se ha encontrado?) y ontológico (¿existe una respuesta correcta?)» (Atienza, 2009, p. 14).

3 “Los derechos fundamentales revelan su centralidad en la aplicación judicial del derecho: el primero es el de su papel en la articulación de las formas y los modos de la jurisdicción, esto es, en la (re)definición de las modalidades procedimentales con arreglo a las cuales se da aplicación judicial del derecho; el segundo perfil es el de su papel, no en la (re)definición de las modalidades procesales, sino en la (y por la) resolución misma de las controversias, esto es, en la identificación y/o en la interpretación del derecho en base a la cual decidir acerca de las controversias” (Mazzarese, 2003, p. 691).

textos¹ son fundamentales en su obra, y donde pueden recogerse, grosso modo, la mayoría de sus tesis de fundamentación. Al final de este acápite, mostraremos el esquema donde evidenciamos los seis tipos de argumentos que integran los cánones de la interpretación de Alexy.

*La interpretación constitucional especial de los precedentes*², que orienta la interpretación de los derechos fundamentales como normas positivas de segundo nivel, donde la característica de aplicación se da en el *contexto de la eficacia del derecho*, o en una dimensión que supera la dimensión de la validez jurídica, dimensión clásica de las normas positivas de primer nivel que son las legales o estructuralmente regladas. “Ahora se ve claramente que a la legalidad conforme al ordenamiento tienen que agregarse la eficacia social y la corrección material no en una relación general cualquiera sino jerárquicamente ordenada” (Alexy, 2004, p. 94).

Los cánones de la interpretación posibilitan así, los escenarios de fundamentación para la escogencia de los argumentos interpretativos³ adecuados, como un modelo argumentativo⁴ de principios. “Una de las tareas más importantes de los cánones consiste en la fundamentación de tales interpretaciones. Que se sintetizan tradicionalmente con los argumentos interpretativos. Su sentido consiste simplemente en aclarar la función de estas formas de argumentación en el discurso jurídico” (Alexy, 1997, p. 226).

1 Los dos textos que nos referimos son capitales en la obra de Alexy y en la conformación de sus tesis de fundamentación son: Alexy (1997) y Alexy (2007). Existe un tercer texto en grado de importancia que es: Alexy (2004), donde Alexy desarrolla su filosofía del derecho en torno a su concepto de derecho y las disputas con el positivismo jurídico y su construcción de su no positivismo jurídico.

2 “Desde el punto de vista de la teoría de la interpretación, la razón de ser del precedente radica en la imposibilidad de que el ordenamiento jurídico esté siempre en condiciones de ofrecer al intérprete una y sólo una respuesta correcta para resolver un conflicto jurídico” (Gascón, 1993, p. 213).

3 Para una visión más amplia del problema sobre las relaciones de la hermenéutica y el derecho ver a: González y Bechara (2021).

4 “Muy distinto es el enfoque del modelo argumentativo o de principios y no reiteraremos sus diferentes consecuencias en los casos examinados. Su aspecto fundamental consiste precisamente en un entendimiento amplio de los derechos y de las cláusulas materiales de la Constitución para, a partir de ahí y apelando a una racionalidad jurídica que a todos alcanza, o debe alcanzar, proceder a un examen, no de la competencia legislativa en sí misma, sino de su ejercicio a la luz de las razones en pugna” (Prieto Sanchís, 2004, p. 72).

En este orden conceptual, los cánones de la interpretación permiten ir configurando la respuesta correcta, como formación y construcción de la decisión judicial en aras del establecimiento del precedente, Alexy distingue que los cánones no garantizan directamente el cumplimiento del *principio de seguridad jurídica*¹ (Alexy, 1997 p. 240), pero construyen el camino hacia la argumentación jurídica y a la pretensión de corrección del juez constitucional encabeza de la labor de interpretación del Tribunal Constitucional. “Los cánones no ofrecen una garantía de que se encuentre el único resultado correcto con una seguridad relativamente grande, (...) son formas de las que tiene que servir la argumentación jurídica si quiere cumplir con la pretensión de corrección”².

Los cánones de la interpretación en el uso de los precedentes direccionan la hermenéutica constitucional especial hacia *la práctica jurídica*³ de los derechos fundamentales.

Dicha práctica jurídica es posible en la construcción de una dogmática correcta sobre el uso de los precedentes, que superen la jerarquía vertical de la cual goza la conformación de los precedentes en la jurisprudencia

1 Sobre el concepto del valor de seguridad en el contexto español, sobre la defensa de este desde el Estado constitucional de derecho ampliar en: Lifante (2013).

2 Es importante destacar el concepto de seguridad jurídica en Alexy, el cual es fundamentado desde la Formula Radbruch: «Un tercer argumento contra el concepto no positivista de Derecho aduce que éste pone en peligro la seguridad jurídica. Este argumento, de hecho, afecta a aquellas variantes del no positivismo que exigen una coincidencia completa entre el Derecho y la moral, esto es, dicen que toda injusticia conduce a la pérdida de la cualidad jurídica. Para Radbruch la seguridad jurídica es un valor de alto rango. Su discurso sobre "graves" y "tremendos peligros para la seguridad jurídica" muestra que sabe lo que está en juego. La fórmula de Radbruch no es el resultado de una intuición iusnaturalista o de una reacción emocional ante el nacionalsocialismo, sino el resultado de una minuciosa ponderación entre los tres elementos de los que consta, para Radbruch, la idea de Derecho, que él vincula -a semejanza aquí de la pretensión de corrección- al concepto de Derecho. Estos tres elementos son la justicia, la adecuación y la seguridad jurídica» (Alexy, 2001, p. 90).

3 «La actividad interpretativa del derecho implica necesariamente participar en la práctica jurídica. Y esta participación se lleva a cabo a través de las valoraciones que la interpretación conlleva. La corrección de la interpretación jurídica dependerá, pues, de la coherencia de la interpretación con la "mejor" reconstrucción de la práctica jurídica (es decir, con aquella que consiga desarrollar al máximo su valor, y es precisamente la concepción que se sostenga sobre ese valor la que puede justificar el sometimiento a ciertas autoridades: a sus palabras o a su intención, pero no al contrario)» (Lifante, 2016, p. 74).

de algunos países influenciados por el sistema del *civil law*¹ de tradición romano-germánica, como es el caso de la *justicia de precedentes en Colombia*, al configurarse una verdadera jerarquización en esta fuente formal para la aplicación y consecución de los fines prácticos del derecho que es la administración de justicia y el poder judicial en cabeza de los órganos con fuerza jurisdiccional:

La tesis escéptica descrea de la posibilidad de fundamentar la idea de precedente en el derecho colombiano. Su principal asidero estriba en una interpretación histórica y literal del mencionado artículo 230 de la Constitución. Fiel a la voluntad del Constituyente, esta interpretación sostiene que la Constitución definió a la ley como la única fuente del derecho que vincula al juez, para proteger la independencia judicial. Además, esta tesis señala que en el derecho colombiano no existe una disposición que imponga al juez el deber de sujetarse a la jurisprudencia de las altas cortes y que el principio del *stare decisis* es propio de un modelo de “case law”, incompatible con nuestro sistema de derecho continental. (Bernal, 2008, p. 85)

La cuestión fundamental sobre el uso de los precedentes en Alexy radica, principalmente, en que estos validan la tesis de la pretensión de corrección del Estado constitucional de derecho defendida por el profesor alemán como sistema jurídico integrado por reglas, principios y procedimientos. Estableciendo que los principios cumplen un papel irradiador sobre las demás normas u órdenes normativos concretos, sustentada en la tesis de irradiación, esta fundamentación es entendida en el plano de su construcción teórica del Estado constitucional.

Con relación al plano pragmático el uso de los precedentes² tiene una doble dimensión, esta característica, en Alexy, es casi habitual en la gran mayoría de tesis que conforman su obra y su pensamiento jurídico, basta

1 «En la tradición jurídica del civil Law se habla de “jurisprudencia” para referirse al conjunto de las sentencias judiciales; pero lo importante es que no se las ve solo como documentos en los que se declara el Derecho existente, ni como meras fuentes de normas individuales (dirigidas a las partes del proceso), sino como un conjunto de documentos del que se pueden extraer o inferir normas jurídicas generales» (Aguiló, 2015, p. 1050).

2 Es importante destacar las ventajas del uso de la doctrina del precedente o de los precedentes en el ámbito de la doctrina española, como lo destaca la profesora Teresa García-Berrio Hernández: «El recurso a la técnica del precedente judicial nos permite alejarnos de los inconvenientes ligados a una visión normativista-formalista del Derecho y, en concreto, nos permite resolver la mayoría de los problemas teóricos que la jurisprudencia

con recordar que líneas atrás hablamos de la tesis de la doble dimensión del derecho y de la dimensión dual de los derechos fundamentales.

Esto permite un escenario de justificación donde la práctica de los derechos en los *sistemas jurídicos constitucionalizados* reivindica el papel de los derechos fundamentales, denominados por Alexy como *sistemas de derechos fundamentales*¹ *perfectamente institucionalizados*.

En este sentido, el tópicus del precedente o de los precedentes es un escenario a su vez complejo, porque este se aborda algunas veces desde la teoría del derecho; otras, desde la teoría constitucional o del constitucionalismo²; también en ciertas ocasiones, desde la interpretación, y en algunas oportunidades puede ser visto desde el escenario de la argumentación jurídica.

ha venido planteando hasta el momento. Más concretamente, esta técnica permitiría, en primer lugar, suprimir la reiteración o repetición innecesaria de decisiones judiciales y, en segundo lugar, homogeneizar los niveles jurisprudenciales, relativizándose en consecuencia la jurisprudencia de los órganos judiciales superiores [Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional] para dar cabida a los precedentes de todos los tribunales. De este modo se relativiza, en definitiva, la fuerza vinculante del precedente, tradicionalmente ligada a la doctrina del Tribunal Supremo» (García-Berrio, 2007, pp. 146-147).

1 “No hay duda de que las cosas son diferentes en sistemas que no son sistemas de derechos fundamentales perfectamente institucionalizados, por ejemplo, por carecer de derechos fundamentales en el nivel constitucional, o porque no hay un tribunal constitucional. Sin embargo, mi tesis es que, no obstante, -siempre que se trate de sistemas de tipo democrático constitucional occidentales- los derechos fundamentales juegan un papel importante en los sistemas jurídicos, por lo menos desde un punto de vista substancial. En esos sistemas jurídicos, el papel de los derechos fundamentales se debe a la práctica jurídica, y dentro de la práctica jurídica éste se manifiesta en el razonamiento práctico. Desde un punto de vista crítico se podría decir que los derechos fundamentales deben ser promovidos por la práctica jurídica e institucionalizados por decisión política” (Alexy, 1994, p. 45).

2 Dentro de la teoría del constitucionalismo la teoría del derecho ha reflejado una fuerte influencia en dicho fenómeno, así lo destaca Atienza como superación del positivismo tradicional, y el paso del constitucionalismo como postulado orientador de los actuales sistemas jurídicos: «La teoría del derecho del constitucionalismo sería aceptable en la medida en que da cuenta, mejor que la del positivismo tradicional, de ciertos rasgos que caracterizan la estructura y el funcionamiento de los sistemas jurídicos contemporáneos; por ejemplo, hoy no sería ya sostenible defender (como lo hizo el positivismo decimonónico) tesis como el estatalismo, el legicentrismo o el formalismo interpretativo» (Atienza, 2012, p. 70).

Denomínanos así, como respuesta al escenario complejo de los precedentes *la doble dimensión de los precedentes*: una primera dimensión se da en el desarrollo de una teoría de la interpretación de los derechos fundamentales, en el desarrollo de una segunda dimensión, en la gestación de una teoría de la argumentación de los derechos fundamentales, es decir, argumentos especiales de disposiciones iusfundamentales.

Estos son argumentos de principios y argumentos interpretativos como argumentos propios para la justificación de la decisión judicial. “Motivar una decisión judicial significa proporcionar argumentos que la sostengan. Aparentemente, por tanto, la obligación de justificar una decisión queda satisfecha simplemente presentando una sentencia en la que se recoja una fundamentación jurídica, un razonamiento que contenga la decisión tomada” (Ezquiaga, 1994, pp. 72-73).

Este escenario de *la doble dimensión de los precedentes* pone de presente los dos niveles de conceptualización propuestos por Alexy, pero no resuelven su preocupación en cuanto a determinar la existencia del precedente como fuente de derecho, preocupación no solo presentada en Alexy, sino discutida a gran escala en los sistemas jurídicos de corte continental:

La importancia, al menos fáctica, que tienen los precedentes también en el Derecho europeo-continental es hoy subrayada desde todos los lados. Lo que se discute es su valoración teórica. La discusión se centra ante todo en la cuestión de si se les puede atribuir el carácter de fuente del Derecho. (Alexy, 1997, pp. 261-262)

La respuesta al interrogante de Alexy sobre su preocupación a la formalización del precedente como norma intrasistémica, y perteneciente directamente al sistema jurídico más en los sistemas abiertamente constitucionales y constitucionalizados, puede ser respondida desde *la tesis de estructuración triple*. Conformada, a su vez, por tres escenarios de gestación. El primer escenario se responde con el *postulado de identificación*; el segundo escenario con el *postulado de fundamentación*, y el tercer escenario con el *postulado de concreción*.

El postulado de identificación del uso de los precedentes explica que en este primer escenario los principios de universalidad e igualdad recorren el primer plano de justificación de los precedentes. “El principio

de universalidad o de justicia formal que establece que los casos iguales han de tratarse de la misma manera” (Atienza, 1994, p. 68).

En el segundo postulado de fundamentación, esta se vincula a la aplicación correcta de los precedentes en el cumplimiento del principio de seguridad jurídica¹ dentro del sistema jurídico; y el tercer postulado el de concreción se da, gracias al principio de justicia con la conexidad material de *la jurisprudencia de principios*, al integrarse los principios en el precedente judicial que recoge la jurisprudencia constitucional en la aplicación de la teoría de principios, y su aceptación en la construcción como fuente formal cuando se consolida la norma de derecho fundamental como precedente en la jurisprudencia.

Esta vinculación, en Alexy, no solo ha sido importante para la teoría de los derechos fundamentales y la teoría de los principios, sino para la construcción en sus bases, de una teoría de la jurisprudencia y su concepto en sí mismo.

En este orden argumentativo, la jurisprudencia integra no en exclusividad las visiones de principios, normas tipo valor² y los mismos derechos constitucionales. Además, las nociones del derecho de garantías al ser normas positivizadas y construidas en el sentido pretoriano de la expresión. “Los precedentes judiciales constituyen la segunda pieza de la argumentación de derecho fundamental. (...) aquí se considerará el carácter de precedente que, en general, tienen las decisiones del Tribunal Constitucional Federal para la argumentación de derecho fundamental” (Alexy, 2007, p. 492).

1 «Para juzgar acerca de la cuestión de si está perdida mínima de seguridad jurídica es aceptable, hay que tomar en cuenta que la seguridad jurídica es un valor importante pero no el único. El valor de la seguridad tiene que ser sopesado con el de justicia material. La fórmula radbruchiana adopta una evaluación que básicamente confiere prioridad a la seguridad jurídica y solo en casos extremos invierte esta jerarquía. A esto puede oponerse solo quien considere que la seguridad jurídica es un principio absoluto algo que, como toda adhesión a un principio absoluto, contiene una dosis de fanatismo» (Alexy, 2004, p. 58).

2 Sobre el alcance de la teoría de los valores aplicada a la jurisprudencia constitucional colombiana, ver a: Mendoza et al. (2021).

Figura 2

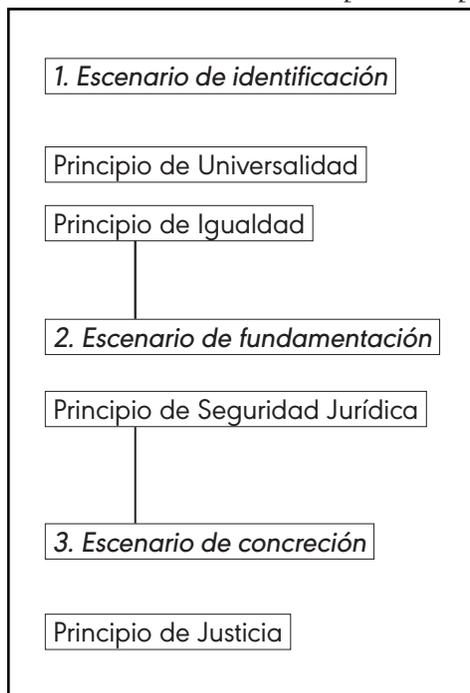
Tipos de argumentos en los cánones de la interpretación de Alexy

- (i). *Argumento semántico* —————> *la interpretación debe hacerse con base en el lenguaje jurídico en un lenguaje técnico o en el lenguaje de la jurisprudencia.*
- (ii). *Argumento genético* —————> *la interpretación se realiza a través de la Justificación de la voluntad del legislador. De manera directa o bajo los fines perseguidos por este.*
- (iii). *Argumento histórico* —————> *la interpretación se propone frente a hechos relevantes o circunstancias históricas que tienen trascendencia para el problema jurídico.*
- (iv). *Argumentos comparativos* —————> *la interpretación se basa en un estado de cosas anterior referidos a un sistema jurídico Estado o sociedad diferente al que se pretende dar respuesta.*
- (v). *Argumento sistemático* —————> *la interpretación no solo toma referencia a un texto legal, sino a su conjunto como normas, fines y principios.*
- (vi). *Argumento teleológico* —————> *la interpretación comprende en detalle las relaciones de los conceptos de fin y de medio, así como los conceptos vinculados a estos: voluntad, intención, necesidad práctica y fin.*

Nota. Fuente propia, con base en Alexy (1997).

Figura 3

Gráfica de la tesis de estructuración triple de los precedentes



Nota. Fuente propia.



Segunda Parte



LA JUSTIFICACIÓN DEL DERECHO EN AULIS AARNIO

Además de la teoría de la justificación del derecho de Alexy, explicada anteriormente con gran detalle, para la misma época, varios autores desarrollaron sus investigaciones en base al estudio de la justificación del derecho desde otra perspectiva distinta a la simple lógica Aristotélica, conocida de esta forma en el ámbito filosófico, o adaptada al campo del derecho como silogismo jurídico, identificado de esta manera por el público jurista. Entre estos se encuentra el autor Aulis Aarnio, de quien nos ocuparemos en este capítulo.

Aarnio, aunque no es muy conocido o famoso en el mundo de la filosofía del derecho, tal como el autor alemán Robert Alexy, es un digno representante de *la escuela escandinava* en el desarrollo de la filosofía del derecho de finales del siglo XX y principios del siglo XXI (entiéndase por escandinavos los países al norte de Europa: Noruega, Suecia, Finlandia, Dinamarca), en efecto, es profesor emérito de la Universidad de Helsinki (Finlandia).

Él ha desarrollado una teoría de gran trascendencia que, al parecer, ha pasado desapercibida entre los juristas de habla iberoamericanos. Precisamente, en la actualidad, sin premeditarlo, muchos de sus enfoques sobre el estudio, la justificación e interpretación del derecho están siendo desarrolladas con distintos tipos de argumentaciones, posiciones o teorías, tales como las críticas a la justificación de los jueces de Jeremy Waldron (Waldron, 2015); la propuesta de dialogo entre ramas del poder, por parte de Mark Tushnet, o la importancia del contexto en la interpretación judicial desde la perspectiva de Josep Joan Moreso (Moreso, 2009), por ejemplo. Los cuales son aportaciones o críticas a la interpretación del derecho occidental por parte de los jueces constitucionales. Estos comprenden semejanzas básicas con la teoría desarrollada por Aarnio.

El punto de partida en Aarnio, para desarrollar una justificación en el derecho, se centra en el estudio del lenguaje. Esto se debe a que la influencia principal del autor proviene de *la escuela del realismo jurídico escandinavo*, la cual, mediante el liderazgo de autores como Olivercrona, Hägerström y Alf Ross pretendieron aplicar las teorías epistemológicas del empirismo lógico en la ciencia del derecho, con el objeto de encontrar nuevos conceptos para el derecho que pudieran ubicar los componentes empíricos de la sociedad para después desarrollar la interpretación jurídica.

En parte, esta escuela pretendió este objetivo para adecuar el principio de verificación de las ciencias empíricas en el campo del derecho y, también, para crear una escuela realista que no pudiera ligar los componentes de la moral en el derecho, a los cuales sí apelo el iusnaturalismo. No obstante, es preciso aclarar que esta escuela es completamente distinta al realismo jurídico norteamericano que utilizaba el instrumentalismo pragmático como fuente epistemológica (Aarnio, 2010).

Además, el autor también tuvo influencias del desarrollo teórico de la lógica deóntica del autor Georg Henrik Von Wright (autor que realizó el prólogo del libro *Lo racional como razonable* de Aarnio), la cual, le brindaba un análisis del lenguaje del derecho desde un enfoque comparativo del lenguaje jurídico con la lógica proposicional.

Por todo lo anterior, es preciso reiterar que (a) comenzaremos este análisis de la justificación en Aarnio, explicando el concepto de ciencia en el derecho para comprender su enfoque epistemológico; (b) en segundo lugar, nos ocuparemos del lenguaje y los problemas del derecho mediante el uso del lenguaje deóntico; (c) en tercer lugar, abordaremos la tesis de la respuesta correcta cuando encontramos problemas en el derecho; (d) en cuarto lugar, explicaremos su concepto sobre el derecho y el concepto de validez del derecho, en el cual, el autor es muy enfático; (e) en el abordaje del quinto lugar explicaremos el rol de los jueces en la interpretación del derecho, ya sea como científico o como juez, y (f) se desarrolla la teoría del discurso racional como teoría procedimental, en la cual se explica su teoría de la justificación del derecho.

Modelo de justificación del derecho en Aarnio

Figura 4

Modelo de justificación del derecho en Aarnio.

1. El derecho tiene un carácter científico
2. El lenguaje jurídico como lenguaje deóntico
3. La tesis de la respuesta correcta
4. La validez y el concepto de derecho
5. El juez como interprete
6. El discurso racional como teoría procedimental

Nota. Fuente propia.

Ciencia y ciencia del derecho

Tal como lo hemos mencionado, el lenguaje es el punto de partida de la teoría de Aarnio, pero no podemos abordar este tema sin explicar, un poco, la base epistemológica que desarrolla el autor en su teoría. Por lo tanto, empezaremos explicando su versión teórica sobre lo que consideraba como ciencia para después proceder al estudio del derecho como ciencia y, por último, explicar su teoría de la justificación jurídica. La influencia epistemológica principal del Aarnio es el empirismo lógico, propio de la escuela del realismo jurídico escandinavo. El cual considera:

Es un principio de la ciencia empírica moderna que una proposición acerca de la realidad (...) necesariamente implica que, siguiendo un cierto procedimiento, bajo ciertas condiciones, resultarán ciertas experiencias directas (...) este procedimiento se denominara principio de verificación. (Ross, 2010, p. 39)

Esto quiere decir que el científico del empirismo lógico necesariamente tiene que ser lo más certero posible, bajo un esquema de procedimiento de análisis de la realidad, a la hora de realizar afirmaciones científicas.

Esto se debe a que, evidentemente, la proposición o afirmación que realice sobre un objeto después de su investigación, en cualquier campo de estudio, tiene que ser entendida tanto por los miembros de la comunidad científica como para el ciudadano común con el mismo resultado y significado que lo expresa el científico, a tal punto que si otra persona realiza

el procedimiento de investigación de forma similar tiene que concretar el mismo resultado sobre el objeto de estudio.

Por lo tanto, el contenido real de una proposición empírica está compuesta de las consecuencias reales que la proposición directamente expresa o que pueden derivarse de proposiciones que expresan las experiencias directas. Si las proposiciones no cumplen con estas características, esto quiere decir que no pertenece al ámbito científico, sino que simplemente puede ser interesante (política, económica o socialmente), estéticamente agradable, o evocar sentimientos (en el plano artístico); pero no pertenecen al ámbito de lo científico porque no cumplen con los requisitos de verdad, los cuales son importantes para considerarlos como una proposición empírica (Aarnio, 2010).

Las afirmaciones sobre las proposiciones empíricas también hacen parte de la ciencia, estas se conocen como hipótesis lógicas, es decir, son implicaciones verificables. De aquí proviene la combinación de la teoría científica del empirismo lógico con la ciencia del derecho, que en este caso en particular se enfoca en argumentos empíricos.

Inmediatamente podemos identificar que esta construcción epistemológica representa un reto para el campo del derecho, ya que nuestro objeto de estudio no necesariamente es empírico, sino de contenido metafísico. Es decir, el derecho hace parte de las ciencias humanas porque es una construcción de las ideas humanas sobre la base de conceptos elaborados para la regulación de la vida social.

En otras palabras, el derecho son normas que regulan la conducta, pero esta labor la realizan las personas que conviven en una sociedad con base en sus propios consensos políticos, por lo tanto, es complejo relacionarlo con argumentos netamente empíricos que, en efecto, son usados para crear normas, pero también existen muchos otros argumentos de contenido abstractos en esa labor.

Esta teoría, del empirismo lógico, no refleja ningún problema para las ciencias de la naturaleza¹, pero para el ámbito del derecho sí es un poco complejo, porque además de involucrar todo tipo de argumentos (empíricos

¹ Tal como la división que realizó Rickert (1922).

y abstractos), también es importante tener en cuenta los constantes cambios contingentes en el lenguaje de las comunidades jurídicas.

Sin embargo, en la escuela del realismo jurídico escandinavo sí lograron vincular la pretensión empírica con la ciencia jurídica, sobre todo en los casos jurídicos de ambigüedad semántica (Aarnio, 1987) en los que se necesita aclarar las normas jurídicas existentes para resolver estos llamados casos difíciles¹ o casos complejos (Alchourrón y Bulygin, 1987). Es preciso, entonces, remitirse al estudio del lenguaje para identificar el principio de verificación usado por el empirismo lógico y aplicado por la escuela escandinava en el ámbito del derecho para resolver dichos casos. La argumentación teórica, crítica y científica del autor es relevante para concretar una justificación del derecho desde su enfoque epistemológico.

El lenguaje y los problemas del derecho

Con la creación del Estado de Derecho, es normal considerar que el órgano legislativo tiene el poder de crear las normas del Estado. Por otra parte, el órgano judicial se encarga de resolver todos los casos jurídicos que llegan a sus despachos con base en esas normas creadas por el legislador, no necesita realizar una hermenéutica abstracta a la hora de resolver los casos que están sumamente claros en la ley. Solamente les correspondería a los jueces subsumir los elementos facticos del caso con los elementos facticos de la norma y concluir una consecuencia jurídica que estipula la norma. Este procedimiento prescriptivo es completamente lógico y objetivo.

Esto lo considera Aarnio como casos rutinarios (Aarnio, 1991, p. 23). Esta es una labor operativa constante que realizan todos los jueces de un Estado de Derecho. Sin embargo, se han identificado muchos problemas en las normas que son necesarios corregirlas. No nos referimos precisamente a estos casos rutinarios, sino a casos en los cuales los jueces no encuentran una norma precisa para resolver el problema jurídico; estos llamados casos difíciles.

Aarnio explica que, tanto en la literatura como en el derecho, siempre ha existido una ambigüedad semántica que necesita ser aclarada para mantener un diálogo preciso entre emisor y receptor del mensaje. De hecho, desde la antigua Grecia ha sido necesario especificar estos

¹ Teoría desarrollada por Dworkin (1989).

problemas de ambigüedad para mejorar el diálogo. Los griegos apelaban a la existencia de tres términos que causaban ambigüedad en el lenguaje, los cuales son: *asíndeton*, que significa la omisión de conjunciones; *parataxis*, que significa la falta de conjunción conectiva entre enunciados; y *elipsis*, que significa la omisión de nombres, pronombres y verbos que no están en infinitivo u otras partes sintácticas del lenguaje (Aarnio, 1987).

En el caso del derecho, la ambigüedad del lenguaje está estrechamente relacionada con: la inexistencia de normas que puedan resolver casos en particular, es decir, la existencia de lagunas en el ordenamiento jurídico; la existencia normas puedan crear en contradicción lógica o coherencia en el ordenamiento jurídico, es decir, la existencia de antinomias; y también, la vaguedad del lenguaje normativo en sentido semántico (problemas con el verdadero significado o concepto de las palabras) así como sintáctico (problemas en la construcción lógica de la oración jurídica).

Este vacío normativo, contradicción lógica o los problemas semánticos y sintácticos pueden resultar peligrosos para la seguridad jurídica del ordenamiento jurídico, debido a que no se puede permitir que, a falta de una norma clara, los asociados pueden realizar las interpretaciones que les parezcan convenientes para proceder en sus acciones; inmediatamente nos conduce a una generación de caos social. Esto, evidentemente, perjudicaría el sistema jurídico al no encontrar norma que regule la materia en cuestión.

Por lo tanto, es pertinente, cuando suceden estos casos, la búsqueda de una sola respuesta correcta que cubra la laguna, antinomia o ambigüedad normativa que pueda ser una respuesta certera al caso en concreto, resolviendo estos llamados casos difíciles que pueden presentar tales problemas mencionados en el derecho. Lo otro que es importante resaltar, es el órgano competente para dar esta respuesta y una metodología razonable y objetiva. Todo esto será explicado a continuación con base en la teoría de Aarnio.

Tesis de la respuesta correcta

Las posiciones para encontrar una respuesta correcta en la filosofía del derecho siempre han estado divididas, por ejemplo, en la teoría del autor Hans Kelsen se ha insistido en la idea de que el mismo ordenamiento jurídico, mediante la búsqueda jerárquica de las normas superiores, siempre

tiene la respuesta para resolver cualquier caso en particular; es decir, la respuesta esta implícitamente en el derecho.

El escalonamiento en la jerarquía normativa nos conduce hasta la *grundnorm*, o norma fundamental ficticia, la cual, en últimas, resuelve todos los problemas jurídicos del derecho (Kelsen, 2005), esto quiere decir que no acepta la búsqueda de una respuesta extrínseca de las mismas normas, en otras palabras, no acepta la inclusión de argumentos morales o políticos en el derecho. Dicha posición hace parte del positivismo jurídico excluyente, en la cual encontramos autores de la talla de Herbert Hart, Ricardo Guastini, Eugenio Bulygin, por mencionar a algunos.

Otra posición distinta la encontramos con el autor Ronald Dworkin, su teoría se enfoca en resolver aquellos casos difíciles que necesitan tener una respuesta correcta por fuera de la búsqueda en las mismas normas, es decir, la respuesta se encuentra interpretando moralmente el ordenamiento jurídico con el uso de los principios jurídicos y morales, concepto que desarrolla en su libro *Los derechos en serio*.

Mediante un proceso de hermenéutica de los principios jurídicos o morales, según Dworkin, se pueden resolver los casos difíciles que presentan todos los problemas del derecho (ambigüedad, vacío o antinomia) en concreto. También argumenta que los jueces tienen la capacidad de encontrar una solución, o una única respuesta correcta, porque son los únicos que pueden realizar una lectura moral de la Constitución (Dworkin, 1997), que es la norma de mayor jerarquía. Esta posición hace parte del positivismo jurídico incluyente, en la cual encontramos autores como Robert Alexy, Wilfrid Waluchow, Manuel Atienza y Josep Moreso.

Otra posición, considera que sí puede existir una respuesta correcta, pero es complicada la posibilidad de encontrarla, debido a que al tener la condición de seres humanos y tener muchos puntos de vista, tal vez no tengamos el éxito de encontrarla. En todo caso, la respuesta que encontremos podría llegar a ser arbitraria. Esta posición es escéptica, mas no es su posición ius-filosófica, y es relatada por el autor Jerzy Wróblewski.

El autor que estamos desarrollando en estas páginas, Aarnio, contempla una posición un tanto escéptica (Carrillo, 2009) y radical, pero que tiene mucha empatía con el positivismo jurídico incluyente, ya que considera que no existen respuestas correctas en el ordenamiento jurídico

y, además, estas respuestas tampoco pueden ser detectadas, lo que se debe desarrollar es una metodología que permita al derecho llegar a acuerdos jurídicos, basados en la realidad, sobre cómo resolver los casos difíciles.

Para la construcción de una metodología, según Aarnio, es necesario enfocarse en tres perspectivas de estudio: la primera es la descripción heurística, la segunda es la explicación causal o intencional y la tercera es el aspecto justificatorio.

Cuando hablamos de la descripción heurística nos estamos refiriendo a todo el conocimiento referente al caso en concreto, es decir, el conocimiento factico del caso difícil y el conocimiento de las normas del ordenamiento jurídico que se puedan vincular con el caso difícil. Esto lo solemos llamar en la filosofía del derecho como el contexto de descubrimiento, y es sumamente importante para los jueces, porque comprende el procedimiento objetivo que usan en su razonamiento jurídico (silogismo jurídico) y todo el conocimiento de los hechos que se involucre en el caso.

Es importante resaltar que el silogismo jurídico (que también conocemos como la justificación interna del derecho) no podrá desarrollarse con naturalidad por parte de los jueces debido a que es un silogismo truncado, es decir, como es un caso difícil, en el cual tenemos problemas para identificar la norma exacta para resolver el caso, entonces, precisamente, es necesario encontrar un método para construir la norma.

Por otra parte, la explicación causal o intencional se enfoca mucho más al conocimiento teleológico de los hechos y por qué se realizaron en un contexto histórico en específico. Este elemento finalista informa al intérprete, es decir, a los jueces, sobre el valor axiológico por el cual se puede direccionar a la hora de interpretar el caso en particular. Este punto en específico será tratado posteriormente cuando se hable de la participación del auditorio en la justificación.

Por último, y la más importante para este trabajo, la justificación, que es la de mayor relevancia para resolver los casos difíciles, es el proceso de vinculación de los elementos anteriores con todas las implicaciones jurídicas que se requiere.

En efecto, en un Estado de Derecho liberal una de las principales pretensiones es garantizar la justicia, y con esta, la certeza jurídica de las partes que se confrontan en un proceso judicial. La certeza jurídica implica

que en el Estado de derecho los ciudadanos tienen el poder de planificar su conducta o acciones antes de realizarlas, sin que la autoridad competente que les regule las mismas sea arbitraria o incoherente en la creación normativa. Dicho de otra manera, son normas lógicas que ha creado el legislador, y el ciudadano comprende cuáles acciones puede realizar.

En el ámbito judicial, el razonamiento jurídico y el resultado de este razonamiento tienen que ser completamente objetivos y basarse solamente en lo estipulado por la ley, precisamente, esto lo conocemos como positivismo jurídico. Sin embargo, en el marco de un caso difícil con una laguna, antinomia o ambigüedad normativa siguen surgiendo varias preguntas: ¿Cómo justificar jurídicamente sin la existencia de arbitrariedad?, ¿es posible suplantarse el rol del legislador para resolver el caso difícil?

Después de las diferentes posiciones expuestas para resolver un caso difícil con las tesis de las respuestas correctas (positivismo excluyente, positivismo incluyente, escepticismo interpretativo) y la apelación de Aarnio a una metodología de interpretación del derecho con base en un estudio de la justificación del mismo, sin que pueda existir arbitrariedad del órgano judicial, es importante comenzar con conceptos trascendentales que permitan entender el nuevo paradigma jurídico que expone nuestro autor; estos son: su concepto de derecho y su concepto de validez del derecho.

El concepto de derecho

Para Aarnio, el derecho tiene dos definiciones: es un sistema normativo, tal como lo ha señalado Hans Kelsen y todos los autores de la corriente del positivismo jurídico; pero también el derecho es un sistema de poder (Aarnio, 1991), esta última definición, proveniente de la escuela escandinava, es omitida por muchos filósofos del derecho.

Como sistema de normas, lo más importante para los juristas son las reglas y su cumplimiento en todos los casos jurídicos. Para la sociedad en general, como lo hemos explicado, las reglas sirven como modelo de comportamiento; esto genera una certeza jurídica en las acciones individuales. Las personas pueden seguirlas o violarlas, esto es decidido con plena libertad por cada persona o autoridad pública. Lo importante es que todos estos comportamientos estén regulados y puedan ser sancionados

acorde a como lo estipula la ley (Aarnio, 1991), obviamente, una ley desarrollada en forma lógica y coherente.

Como sistema de poder, el derecho es un medio autorizado de poder, regulado y aceptado en todas las constituciones liberales. Quien lo detente, después de ser elegido, podrá implementar su ideología política. Esto se ve muy reflejado en dos ramas del poder: la ejecutiva y la legislativa.

Sin embargo, cuando nos remitimos a la rama judicial nos percatamos que el proceso de elección de los jueces no es democrático, y esto puede ser perjudicial a la hora de interpretar el derecho, porque si los jueces necesitan resolver los casos difíciles creando normas particulares después interpretar el ordenamiento jurídico estará ejerciendo un poder sobre la sociedad. Este poder podría llegar a ser arbitrario o incoherente, al igual que el poder de creación de la ley por parte del legislador, si no se elabora una metodología objetiva.

No obstante, se debe tener en cuenta que el derecho, como sistema de poder, está sumamente condicionado por las bases económicas de la sociedad¹. Las relaciones de producción en la sociedad posindustrial, las relaciones entre trabajo y capital con sus consensos. Todo esto juega un papel importante, es preciso recordar que la historia de la humanidad y la sociedad occidental siempre han interpretado el derecho en función del poder imperante en la sociedad.

Recapitulando esto, podemos señalar que el Estado de Derecho nace por las revoluciones liberales burguesas, y va cambiando la concepción jurídica del Estado monárquico, en el cual, existía un derecho para favorecer al monarca, con la expectativa de que en el cambio de Estado no se concentre el poder, es decir, que existan las ramas del poder público y que se ejerzan mecanismos de frenos y contrapesos.

En el contexto del autor, todavía se puede evidenciar algunos fenómenos sociales en el cual el ejercicio del poder parece someter al ciudadano que exige mayor democracia. Por ejemplo, el fenómeno de los terratenientes, la lucha de clases sociales, el capitalismo salvaje, los medios de comunicación y su influencia social. Todos estos, para el Aarnio,

¹ Esta idea de Aarnio explica un contexto hipotético, muy similar a la Finlandia de finales de los 80.

deberían ser tenidos en cuenta, porque estos influyen en el poder de las autoridades.

En efecto, estos fenómenos hacen parte del componente epistemológico del autor, ya que en el desarrollo de la metodología de la justificación estos son la base empírica para llegar a una interpretación del derecho con fundamentos científicos. De esta base empírica, precisamente es de donde proviene su otro concepto: el de la validez del derecho.

Además de la autoridad del funcionario judicial o expresión de su poder, que hemos expuesto en un simple razonar, y de la necesidad de mantener la certeza jurídica con las normas existentes, es preciso resaltar que la metodología de interpretación que estamos buscando tiene que ser flexible a las necesidades o circunstancias sociales.

El primer objetivo del derecho es la seguridad y certeza jurídica en la regulación de la conducta, que es propio del concepto del derecho como sistema de normas. El segundo objetivo del derecho debe ser el de adaptarse al constante cambio de la sociedad y la regulación de nuevas conductas, dependiendo de las circunstancias presentadas, esto va muy ligado a nuestro problema de ambigüedad, pero de modo contingente.

Por lo tanto, debido a este segundo objetivo, se tiene que ampliar el concepto de derecho teniendo en cuenta que es un sistema de poder y vinculado a las circunstancias o necesidades sociales. Todo esto se precisa en la metodología de la justificación del derecho de Aarnio.

El autor considera que para construir una semántica que rompa con la ambigüedad del vacío normativo, con la antinomia de la norma o los problemas semánticos y sintácticos de la norma es necesario recurrir a dos elementos para la interpretación: (a) los fundamentos de autoridad en el derecho (fuentes del derecho); y (b) los principios reconocidos de la interpretación jurídica. Tal como la desarrolla la teoría de Dworkin y los seguidores de esta corriente de pensamiento.

Esto nos revela, del autor, que su concepto de derecho, solo en la primera definición como sistema de normas, ya no está únicamente basado en reglas que regulan la conducta, tal como la teoría del positivismo jurídico, sino que el concepto de derecho vincula las reglas y los principios jurídicos y morales. Dworkin y Alexy desarrollan su filosofía jurídica con base a esta conceptualización.

En este orden argumentativo, la diferencia principal de Aarnio con la teoría del positivismo jurídico incluyente de la moral o principios de Dworkin radica en que la construcción de la interpretación jurídica y moral no solamente debe ser realizada por los jueces, para tal propósito también debe vincularse al auditorio en general (Aarnio, 1987). Los jueces no pueden ser arbitrarios en sus decisiones e imponer su poder, recordemos que no son elegidos democráticamente y, además, pueden estar condicionados por las bases económicas de la sociedad.

La metodología de la justificación jurídica tiene que resolver la segunda definición del concepto de derecho: el derecho como sistema de poder. Los jueces, por lo tanto, deben apelar a las razones o argumentos de la sociedad mas no a argumentos arbitrarios. No pueden imponer su justificación. El concepto de validez del derecho se desarrolla bajo estos argumentos.

La validez del derecho

La validez del derecho, desde el positivismo jurídico, se ha entendido como la creación de las normas, Kelsen lo resalta perfectamente en su libro *Teoría pura del derecho*. De hecho, Norberto Bobbio, otro autor representante del positivismo jurídico, emite la misma posición, porque considera que referirse a la validez del derecho es un problema ontológico que exige determinar si la autoridad que expidió la norma tenía competencia y legitimidad según una norma superior (Bobbio, 1992).

No obstante, Ulrich Klug pretendió discutir esta idea con Kelsen desde el plano de la lógica deóntica, considerando que las normas tienen un contenido verdadero, al igual que las proposiciones, y que hacen parte de la lógica proposicional, es decir, las oraciones jurídicas están diseñadas de forma similar a las proposiciones, las cuales son admitidas en el lenguaje por su contenido verdadero, por lo tanto, Klug consideraba que las normas son válidas porque tienen un contenido de verdad, mas no porque la creación de la norma depende de una autoridad.

Sin embargo, Kelsen resaltó que las normas son axiomas objetivos que no admiten la discusión sobre si son verdaderos o no, por lo tanto, continúa insistiendo que la validez del derecho es la mera existencia de la norma y de la autoridad que la creó (Caballero y Alarcón, 2020).

Carlos Nino, por otro lado, ha sugerido que no solamente se puede entender la validez del derecho con su existencia, es importante considerarlo como un sistema válido de razones que justifican determinado curso de acción, y, por lo tanto, existe una obligación moral de obediencia. Además, porque una norma superior, tal como la Constitución, reconoce la autoridad competente que sanciona o crea la norma, y reconoce su aplicación y cumplimiento obligatorio (Nino, 1999).

Similar a lo expuesto por Nino, Alexy ha distinguido tres elementos que guardan relación con el concepto de validez en el derecho: (a) la eficacia, que se refiere a la validez social de la norma, que sea aceptado por la ciudadanía; (b) la corrección moral, que se refiere al concepto ético de validez, en el cual se permite la inclusión de la moral en el derecho, con fundamento en principios, para corregir los problemas del sistema jurídico; y por último, (c) la legalidad, que es el concepto del positivismo jurídico, que tal como lo hemos mencionado, se refiere a la creación de la norma, la existencia de una norma superior que indique la autoridad que debe crear el derecho, su aplicación y obediencia.

Aarnio plantea en su metodología de la justificación una tesis completamente propia, aceptando y vinculando la posición del positivismo jurídico, en la cual, en los casos difíciles, solamente si se debe admitir argumentos con base empírica o real que se plantean con proposiciones o argumentos verdaderos para realizar una interpretación jurídica que resuelva la ambigüedad del derecho; pero esto, se desarrolla vinculando al auditorio en general.

Tal como en los casos rutinarios los jueces aceptan los argumentos de las partes para dictar sentencia, en la construcción jurídica de la norma por parte de los jueces cuando se refiere a los casos difíciles, se debe admitir los argumentos de todos los asociados ya que les puede afectar en su vida cotidiana la decisión que se tome (Aarnio, 1995).

Entonces, es importantes construir un nuevo concepto de validez del derecho. Este nuevo concepto de validez, en el cual se vincula al auditorio general, debe tener en cuenta los problemas sociales explicados con anterioridad (el fenómeno de los terratenientes, la lucha de clases, el capitalismo frente al trabajador, los medios de comunicación y su influencia social), dependiendo del contexto social (si nos enfocamos en Colombia, el cual no es el caso de Aarnio, los problemas se amplían).

No obstante, el autor solo menciona los problemas sociales (hipotéticos) detallados en este escrito y uno que resalta con mayor ahínco es: el problema de la burocratización del Estado (debido a que en Finlandia se desarrolla una economía de Bienestar en materia de política económica).

Para que un juez pueda receptar los argumentos de los ciudadanos en la construcción de una justificación jurídica, en medio de un proceso de interpretación, es importante que tenga en cuenta los problemas sociales del contexto a fin de comprender la fuerza de los argumentos. Pero si se denota que la burocratización del Estado ha penetrado en los asuntos de la misma vida cotidiana de todos los ciudadanos, hasta el punto de no permitirles libertad, sino más bien el carácter de súbditos, entonces, evidentemente, esto crea un problema de legitimidad del Estado y desconfianza en los funcionarios públicos, y cuando hablamos de funcionarios públicos también se refiere a los jueces.

Es preciso enfocarse en la aceptación del derecho como concepto de validez de este para brindarle una legitimidad al Estado y a la misma justificación del juez sin que el ciudadano este limitado en exponer sus argumentos, precisamente por todos los problemas sociales existentes que le impone demasiado poder de los administradores del Estado sobre los ciudadanos.

Estos últimos deben disfrutar de su libertad para brindar sus argumentos. Al exponer al ciudadano al papel de súbdito no le permite tener confianza en el sistema, que inmediatamente con la desconfianza surge el fenómeno de la desobediencia a la ley.

En este contexto, es un poco complejo receptar las razones del auditorio general para la interpretación del derecho, sabiendo los ciudadanos de a pie que sus argumentos no van a ser tenidos en cuenta porque ya existe una agenda administrativa en todos los cargos públicos, incluyendo los jueces, y la existencia de ciudadanos súbditos brindando razones a nombre de la sociedad subyugada.

La burocracia y los demás problemas sociales deben ser eliminados, y los verdaderos argumentos de los ciudadanos deben ser escuchados para devolver esa confianza a los individuos. La aceptabilidad del derecho como nuevo concepto de validez se presenta debido a esta simbiosis que debe efectuarse entre las autoridades, en este caso los jueces en sus

interpretaciones, y la sociedad en general, con el objeto de devolver la confianza al sistema jurídico y fortalecer la legitimidad del Estado de Derecho. Por lo tanto, la validez del derecho es la creación normativa con la condición de la aceptabilidad de la norma por parte del ciudadano.

Así pues, a modo de colofón, podemos resaltar los siguientes conceptos relevantes para Aarnio: primero, el concepto de derecho se divide en sistema de normas y sistema de poder. Con respecto a la primera definición sabemos el derecho sigue siendo un sistema normativo, sin embargo, se amplía el concepto en reglas (que provienen de la fuente de autoridad: legislador) y en principios jurídicos y morales.

Con respecto a la segunda definición, el concepto de derecho debe admitir argumentos del auditorio en general para que el poder de unas clases sociales dominantes no impere sobre los demás asociados, por lo tanto, debe admitir argumentos de toda la sociedad. El objeto principal de esta medida metodológica es devolver la confianza al ciudadano sobre el sistema normativo, con el objeto de no incurrir en desobediencia civil por la imposición de un sistema de poder ajeno a la democracia.

Todas estas razones van vinculadas a la interpretación de los principios jurídicos y morales, con las cuales se puede resolver el problema de la laguna o ambigüedad jurídica, devolviendo la legitimidad al Estado de Derecho y a los jueces, mostrando que no existe arbitrariedad en la interpretación del derecho. Esto último, nos permite concretar un nuevo concepto de validez del derecho, la validez como aceptación.

Mientras el concepto de derecho está más enfocado con lo explicado, todavía nos queda por desarrollar epistemológicamente la metodología de justificación del autor, que seguirá en las siguientes páginas.

El científico o el juez. Autoridad competente para la interpretación del derecho

Es preciso recordar que Dworkin, quien fue el primero que desarrolló el enfoque de interpretación del derecho mediante principios, consideró la idea de la existencia del Juez Hércules (Dworkin, 1989). Este juez ficticio, omnisciente y omnipotente, según Dworkin, tiene la comprensión y las lecturas necesarias para responder a todos los problemas del derecho, es decir, es el más fundamentado para dar la respuesta correcta a los

problemas de ambigüedad semántica en el derecho, porque comprende la Constitución y todo el sistema normativo.

No obstante, además de ser una idealización de Dworkin, Aarnio consideraba que esta teoría no prestaba atención al papel del auditorio al que se dirige la interpretación. Tal como lo resaltamos anteriormente.

En la interpretación del derecho, para Aarnio, no solo es importante el emisor de la interpretación, sino también el receptor; es decir, la comunidad jurídica a la que se dirige la respuesta correcta, ya que, en últimas, es la que debe acatar la regulación de la conducta interpretada, la que debe obedecer. De hecho, el intérprete, o juez Hércules, no solo debe considerar la satisfacción solipsista de interpretar el derecho a su acomodo, pues esta posición a pesar de poder ser racional es egoísta.

Los jueces, al interpretar el derecho y encontrar una única respuesta correcta, deben buscar un nivel de aceptabilidad general de la nueva norma que están creando. Aceptabilidad que proviene de la comunidad jurídica, es decir, de la sociedad a la que va dirigida la norma. El concepto nuevo de validez jurídica que dijimos anteriormente.

La creación de la norma por parte del legislador, a pesar de sus fallas técnicas que causan ambigüedad, la interpretación de la norma por parte de los jueces y la aceptabilidad de las normas por parte de la comunidad jurídica en general y, además, su influencia para crear otras normas, constituyen un ciclo de interacción social democrático que brindan una estabilidad y una seguridad jurídica al sistema, por lo tanto, romper con este ciclo es excluir uno de los actores relevantes de la interacción social.

Por otra parte, la jurisdicción no puede basarse en preceptos teóricos como los de Dworkin, que le sirvan para imponer su arbitrariedad, a modo de poder, contra la sociedad, sino que, por el contrario, la ciudadanía espera la búsqueda de una justicia cuando se apela a una interpretación jurídica por parte de los jueces.

Desde esta perspectiva, Aarnio, resalta la labor objetiva que tiene el científico del derecho a la hora de construir una interpretación jurídica basada en un estudio de la sociedad, y elaborando una dogmática jurídica, es decir, afirmaciones objetivas o proposiciones científicas sobre componentes empíricos estudiados.

Aarnio considera que los dos roles, tanto la del juez como la del científico, inicialmente se ven completamente distintos, en el marco de la labor positivista por parte de los jueces, pero esto sucede porque cumplen diferentes funciones sociales. El juez se enfoca en resolver casos particulares, estudiando el derecho solamente con las normas que sirvan para resolver el caso.

El científico se enfoca en estudiar un caso analizando múltiples componentes científicos tanto las normas jurídicas como el contexto económico, político y social. En la práctica, los jueces pueden realizar la misma labor que el científico en la elaboración de una dogmática jurídica, con razones o argumentos, tal como las partes en un proceso, de todos los actores relevantes en la interacción social (legislador, jueces, sociedad), que sirva de base para la creación de normas que resuelvan la ambigüedad normativa.

Esta dogmática jurídica permite dilucidar las regularidades de la norma que se investiga, es decir, los puntos en común a los cuales puede llegar cualquier persona si realiza el mismo proceso de investigación. Esto último, es completamente el mismo argumento que el expuesto en el capítulo de *Ciencia y ciencia del derecho* de este escrito, es decir, cuando se investiga se espera encontrar en lo investigado conceptos o principios relevantes que sirvan en la práctica científica, en el caso del derecho en la jurisprudencia.

Sobre todo, se espera que el investigador o juez, que explica su descubrimiento científico, pueda hacerlo mediante proposiciones tan precisas y verdaderas que cualquier persona que llega a realizar la misma investigación encuentre los mismos resultados o resultados muy parecidos. Desde el plano científico, estas serían las proposiciones empíricas que necesitamos; también podemos llamarlas dogmáticas jurídicas, desde el plano del derecho, que nos sirven para resolver los casos difíciles.

Por lo tanto, esta elaboración dogmática por parte del científico también debe ser aplicable por los jueces. Cuando un juez está buscando interpretar una norma con una laguna o ambigüedad jurídica (antinomia, problema semántico o sintáctico) siempre debe utilizar fuentes del derecho similares a la del científico, otorgando razones similares a las de un científico después de haber elaborado toda una investigación exhaustiva del caso en particular.

Porque el científico, al igual que el juez en su interpretación, realiza una revisión de los componentes jurídicos y contextuales que llevan a proposiciones verdaderas o lugares comunes para crear una norma que, en efecto, cualquier ciudadano aceptaría como válida después de escuchar sus razones, con elementos empíricos propios en la elaboración de esas proposiciones científicas.

Desde una perspectiva epistemológica, los argumentos metafísicos (como las leyes o sentencias) desarrollados por las autoridades legislativas o judiciales, en el caso de los precedentes judiciales, así como el estudio constitucional y sistemático del ordenamiento jurídico, junto con puntos de vista de otros dogmáticos son tan relevantes, como los argumentos empíricos de los estudios sociales, económicos, filosóficos, militares, religiosos, científicos, entre otros; y todas las demás razones de los ciudadanos que puedan aportar argumentos de la vida cotidiana sirven para resolver un caso difícil. A veces, estos últimos argumentos pueden ser mucho más relevantes o contundentes que los demás expresados.

Además de considerar la interpretación del derecho como aceptación de la comunidad jurídica en general, también se ha sugerido un compromiso muy importante para que la recepción de la interpretación sea certera: debe adecuarse a los principios del discurso racional. Por lo tanto, explicaremos en qué consisten a continuación.

La teoría del discurso racional como teoría procedimental

Una de las principales teorías que toma en cuenta Aarnio para crear un discurso racional, entre la autoridad judicial y el auditorio en general, es la teoría del autor Ilkka Niiniluoto. Aarnio considera que su teoría de la correspondencia entre las proposiciones y la realidad, desarrolladas desde la filosofía del lenguaje, tiene mucha afinidad con el realismo jurídico y colaboraría con la interpretación de los jueces en la elaboración de la dogmática jurídica que se necesita para resolver los casos difíciles que contienen lagunas o ambigüedades jurídicas.

Niiniluoto estimaba que un enunciado sobre una norma es siempre una proposición que puede ser verdadera o falsa. Esto último depende de la correspondencia de información que se presente entre el enunciado y la

realidad. Esta correspondencia esta interconectada con el nuevo concepto de validez de las normas jurídicas (Niiniluoto, 1997).

Según Niiniluoto, existe un concepto de validez V1 la cual puede ser definida en tres proposiciones mediante una lógica subsuntiva:

1. La norma N1 es válida en la sociedad C.
2. La norma N1 es parte del ordenamiento jurídico de la sociedad C.
3. La comunidad jurídica en la sociedad C acepta a la norma N1 como parte del ordenamiento jurídico.

Así las cosas, el concepto de validez V1 puede obtenerse de la tercera proposición, por lo tanto, la aceptación de la comunidad jurídica nos denota la aceptación de un hecho o proposición empírica. Si una proposición de una norma N1 es aceptada por la comunidad jurídica, y esta proposición normativa enuncia siempre algo acerca de un hecho empírico, entonces, una afirmación en la cual toda la sociedad admite como válida para regular sus acciones es una proposición que debe hacer parte del ordenamiento jurídico.

Aarnio, con base en la exposición de Niiniluoto, entonces iguala el concepto de aceptación con el concepto de consenso razonable. La mayoría de los miembros de la comunidad jurídica aceptan la norma, y la norma será aplicada y obedecida por todos, por consiguiente, es razonable para todos. Pero, el problema de la teoría de Niiniluoto es que su teoría la relaciona con el concepto de verdad, porque lo enfoca en la lógica de las proposiciones.

El resultado de la interpretación no puede ser verdadero en el sentido de la teoría de la verdad como correspondencia, puesto que en el enunciado no existe ninguna realidad con el que el enunciado de la interpretación pueda ser contrastado. Una cosa es la aceptación de los argumentos por los asociados, que sí se puede verificar en la realidad, y otra cosa muy distinta es el argumento en sí mismo convertido en norma jurídica, esto último debe ser elaborado con base en otra teoría.

Lo que en realidad se presenta en el concepto de validez como aceptación es un consenso de argumentos sobre el derecho que debe regular las acciones sociales. No obstante, el único inconveniente encontrado en la teoría de Niiniluoto es el concepto de verdad en el derecho. Si tenemos en cuenta el capítulo sobre *el concepto de validez del derecho* denotaremos

que esta discusión sobre la verdad en el derecho ya está agotada por una discusión académica entre Kelsen y Klug. Sabemos que en el derecho no existen verdades porque el derecho tiene un lenguaje propio.

Es decir, la teoría de Niiniluoto faltaría abordarla desde una teoría del consenso de razonabilidad, mas no desde la verdad de la correspondencia en el lenguaje. Con la teoría de Niiniluoto se desarrolla una razonabilidad, pero falta abordar una teoría del consenso.

Antes de explicar la teoría del consenso, utilizada por Aarnio, aclaremos su concepto de razonabilidad y por qué encaja la teoría de Niiniluoto en el mismo concepto. El autor del libro *Lo racional como razonable* considera que cuando se apela al concepto de racionalidad se enfoca en argumentos austeramente egoístas, en donde no se involucran directamente los puntos de vistas de otras personas, muy a pesar de que pueden ser argumentos comunes que ellos utilizan. No obstante, cuando se apela al concepto de razonabilidad “tiene un cierto tono moral que sugiere un grado de consideración con respecto a los demás” (Aarnio, 1991, p. 240).

Precisamente, por esta conceptualización entre racional o razonabilidad considera que el ejercicio de los jueces, sobre todo con la teoría del juez Hércules de Dworkin, no debe estar basado en argumentos netamente egoístas. Al considerar a la comunidad jurídica y todo el concepto de validez mediante la aceptación social de la norma se enfoca directamente en su concepto de razonabilidad: tener consideración con respecto a los puntos de vista de los demás. Lo que resta, entonces, es buscar un procedimiento que pueda desarrollar la razonabilidad, desde esta perspectiva podemos enfocarnos en la teoría del consenso.

Aarnio se ve obligado a desarrollar su teoría del consenso con base en la teoría de Jürgen Habermas. En efecto, Aarnio considera que la interpretación jurídica es un diálogo, es una forma de comunicación humana, por lo tanto, en palabras de Habermas, es una racionalidad comunicativa. Este tipo de racionalidad tiene dos propósitos:

- un propósito es sopesar todos los argumentos relevantes en un problema jurídico que este en discusión;

- el otro propósito consiste en buscar el convencimiento del receptor de la información para escoger el argumento principal del dialogo. Esta es la base de la comprensión humana, por lo tanto, Aarnio, afirma que esta es la base de la aceptabilidad (Aarnio, 1991, p. 241).

Es importante resaltar, antes de profundizar en los dos propósitos de la racionalidad comunicativa, que se debe realizar una división conceptual en el proceso racional en el consenso; existe un razonamiento teórico y un razonamiento práctico. A pesar de que los dos tipos de razonamiento pretenden llegar al consenso, y buscan argumentar y convencer en el proceso de diálogo, estos tienen fines distintos.

El primer autor que pretendió profundizar en estos dos tipos de razonamiento fue el alemán Max Weber. Este, distinguió dos tipos de racionalidad: (a) racionalidad de los fines; y (b) racionalidad de los valores. La racionalidad de los fines está basada en el razonamiento medio fin.

El comportamiento es racional si el medio elegido tiene sentido desde el punto de vista del fin propuesto. La realidad objetiva y la sociedad son solo condiciones del comportamiento o medios para la persona que actúa (Aarnio, 1991). Únicamente aquellos medios eficientes que sirven para conseguir los fines últimos son los medios adecuados, y la racionalidad se enfoca en estos y su valor a la hora de efectuar una acción.

Por otra parte, la racionalidad de los valores está basada en la creencia consciente de que antes de realizar una acción la persona se enfoca en lo que considera valioso, más allá del resultado obtenido, es decir, sin importar las consecuencias, lo importante es resaltar lo que se considera valioso.

La acción es buena o mala dependiendo de su sistema de valores. La acción en este tipo de racionalidad no siempre se puede considerar racional, de hecho, para Weber, la acción es irracional cuando se basa en sentimiento o actitudes que responden a sentimientos (reacción).

Por lo tanto, Weber dice que la racionalidad del derecho debe ser formal y debe enfocarse en fines especiales que se consideran dignos de ser promovidos. Desde esta perspectiva, el tipo de racionalidad en la cual se enfoca el autor para desarrollar el derecho es en la racionalidad por medio de fines, porque considera que el derecho es un instrumento para conseguir ciertos fines sociales.

Este aspecto, considera Weber, no se aplica en la práctica porque tiene un juez cerrado a la interpretación con el uso de la lógica subjuntiva. La apelación de Weber es a un concepto de acción a futuro al momento de interpretar el derecho o, dicho en otras palabras, a la hora de llegar al consenso racional. Sin embargo, podemos encontrar un concepto de acción mucho más ejemplar que el de Weber, este sería el de Wittgenstein, además, está enfocado en el lenguaje.

Wittgenstein considera que el lenguaje está compuesto por una cantidad de signos proposicionales que utilizamos los individuos para comprender los mensajes enviados constantemente. Este mismo, es una forma de acción porque te induce a algo cuando te estás comunicando. No obstante, dicha teoría sería demasiado general y es muy filosófica. La mejor forma de enfocar la racionalidad como valores y como fin, desde una perspectiva práctica, es la desarrollada por Habermas.

Habermas considera que su teoría sobre la acción comunicativa pretende, precisamente, la comprensión mutua entre las personas que se comunican, ya sea comprensión de valores o fines, lo importante para resaltar es llegar al consenso.

Los fines en el derecho, así como en la comunicación, a modo de respuesta a la preocupación de Weber, serían llegar al consenso entre los participantes de la discusión, debido a que a estos les interesa resolver un problema de su *Lebenswelt* (vida social). Sin embargo, solo es posible alcanzar la verdadera comprensión mutua y el consenso si la comunicación está libre de compulsión (emociones egoístas).

El consenso se puede conseguir mediante la fuerza de los argumentos sin medios de influencia externa, sin persuasión sugestiva, sin manipulación y sin una inconsciente inducción al error. El mejor argumento debe ser el más conveniente para todos en la discusión, sin ocasionar perdedores. Estas problemáticas del lenguaje deben ser reguladas previas a la discusión para generar una dialéctica sana y llegar a un consenso.

Estas supuestas reglas por la teoría de Habermas serían *las cualificaciones requeridas para la comunicación*. Dichas cualificaciones son el uso de argumentos verdaderos, argumentos sobre la corrección normativa de los acuerdos establecidos y la sinceridad de los dialogantes al concordar sus argumentos con sus ideas, sentimientos y expectativas.

Cuando nos referimos a una discusión sobre la verdad de una realidad objetiva estamos enfocados en una racionalidad teórica, esto es propio de la racionalidad comunicativa de Habermas, y que pretendíamos explicar anteriormente. Luego entonces, cuando estamos enfocando la discusión sobre la corrección normativa de acuerdos establecidos anteriormente, utilizamos la racionalidad práctica.

En la racionalidad práctica, los argumentos deben ser completamente libres de compulsión o emociones. Solo deben estar basados en su explicación de la vida social, y los participantes deben estar abiertos a elegir el mejor argumento para resolver el problema o, dicho de otra forma, corregir las normas antes establecidas.

Cuando nos referimos a una argumentación teórica el argumento es más riguroso, porque está basado en unos límites disciplinares y epistemológicos muy rigurosos y, además, está enfocado para un público determinado. Sin embargo, en la racionalidad práctica la fuerza del mejor argumento para llegar al consenso siempre tiene que convencer a todo tipo de público sosteniendo un *principio de universalidad*, en el cual todos obedezcan el consenso al que se llegó.

Toda esta teoría es la base para la creación de las nuevas interpretaciones jurídicas en el campo del derecho, los jueces ahora son científicos y ciudadanos, pero sobre todo son jueces, porque se deben enfocar en los mejores argumentos que les convengan a todos y que convenzan a todos, mucho más si tiene coherencia con el sistema normativo. Precisamente, esta es la base filosófica y jurídica de la validez del derecho mediante la aceptación de argumentos como posibilidad de justificación del derecho.

El auditorio o audiencia

Todos estos aspectos teóricos, mencionados con anterioridad, desarrollan epistemológicamente el razonamiento práctico que necesitan los jueces para realizar una interpretación del derecho con el objeto de resolver los casos difíciles, sin embargo, también es importante abordar un concepto que hace parte del razonamiento práctico en Aarnio, basado en la teoría de Chaïm Perelman; este concepto es la audiencia o auditorio.

Para explicar el concepto de audiencia en Perelman, es necesario resaltar que en la teoría del conocimiento existe una distinción tradicional: la primera es la generalización de la experiencia, también conocida como inducción, que proviene desde la antigua Grecia con los aportes de Platón; la segunda es el razonamiento lógico, también conocida como deducción, que proviene desde la antigua Grecia, con los aportes de Aristóteles.

Una de las ideas de Perelman ha sido la de completar esta doble visión con otras formas del conocimiento racional. Él considera que puede existir una nueva retórica que enriquezca la demostración, es decir, desarrollar un razonamiento práctico.

La justificación es siempre presentada a alguien, los receptores de la información siempre suelen ser un público en concreto, como, por ejemplo: los asistentes de una conferencia, los miembros de un tribunal, los actores del caso, etc. Cuando la justificación es presentada a un grupo en concreto siempre intenta ser una persuasión, esta puede ser eficaz o ineficaz; depende mucho del emisor.

Por otra parte, la justificación racional es dirigida a la llamada audiencia universal, en esta audiencia, el receptor acepta una posición sobre la base de argumentos racionales después de estar convencido de la justificación de la posición. En este contexto, Perelman considera que la persuasión es distinta al convencimiento.

La justificación usada para convencer es sensata y valiosa, mientras que los argumentos de la persuasión buscan un objetivo, implican meramente la eficacia de un mensaje. Por lo tanto, la aceptación por parte de la audiencia universal es así un criterio de la argumentación racional y objetiva.

Con base a lo expuesto, el auditorio se puede dividir en dos grupos distintos: (a) un grupo en concreto que conoce la temática que se va a desarrollar, llamado por el autor como audiencia particular; (b) el otro grupo, consiste en la unión o confluencia de diferentes grupos, es decir un grupo más amplio y multidisciplinar en el cual tienen leves conocimientos sobre la temática que se va a desarrollar, llamado por el autor como audiencia universal, a modo de ejemplo: una federación de sindicatos de trabajo, una junta de ministros de Estado, una conferencia en la cual se involucran varios saberes científicos o toda la sociedad en general.

En el primer grupo mencionado, el emisor de la información tiene que presentar la justificación en forma de persuasión, es decir, como todo el público comprende cognitivamente en qué consiste la información que va a ser presentada es preciso desarrollar una argumentación eficaz sobre sus novedades, para que el receptor de la información no tenga dudas al respecto. Puede tener éxito o fracasar porque el público no se va a dejar engañar, por lo tanto, tiene que ser persuadido.

Por otra parte, cuando nos referimos al segundo grupo, el emisor de la información tiene que presentar la justificación en forma de convencimiento. En este tipo de audiencias los grupos receptores de la información aceptan la justificación con base en argumentos racionales que puedan convencerlos de que la proposición presentada es la correcta para todos. Perelman diferencia los conceptos de persuasión y convencimiento (Perelman, 1964), así como, respectivamente, diferencia los tipos de audiencias en particulares y universales.

De este modo, en el auditorio universal, con el convencimiento, no se busca una aprobación sino un consenso, una aceptación de la justificación por parte de los receptores. Todos los miembros de la audiencia universal tomarían la misma posición en el asunto informado. Queda eliminada toda posibilidad de persuasión o manipulación.

Por lo tanto, con la teoría del auditorio, de Perelman, y la posibilidad discursiva de que exista un convencimiento de toda la audiencia universal sobre una proposición empírica o una dogmática jurídica que pueda resolver un caso difícil se estaría concretando desde una perspectiva de racionalidad práctica y epistemológica una teoría del consenso y una teoría axiológica cognoscitiva.

En este contexto, no podemos olvidar que antes de la exposición de una dogmática jurídica por parte del juez, es preciso una presentación de argumentos por parte de la misma sociedad, de hecho, uno de los argumentos propuestos por parte del público, posiblemente, es el más acertado a la hora de la construcción de la razón de la decisión por parte del juez para convencer a la sociedad de que esa es la decisión correcta.

Es decir, es imperativa la construcción dialógica de la respuesta correcta mediante los argumentos en base a principios morales o jurídicos, antes de exponer los argumentos para convencer a la sociedad y permitir la

aceptación del argumento presentado. No obstante, es importante resaltar que en medio de la discusión se debe tener claro un sistema de valores para llegar a acuerdos que no generen argumentos adversarios, por lo tanto, la Constitución puede servir de base a eso.

Lo otro por tener en cuenta, es que la justificación en la audiencia universal está condicionada social y culturalmente y, por esto, depende mucho de cuestiones contingentes. Es necesario entonces, apelar al concepto de audiencia ideal de Aarnio para resolver ese punto. La audiencia ideal, según Aarnio, es aquella que se obliga, antes de dialogar, a seguir las reglas del discurso racional, que son las siguientes:

- La regla de la consistencia lógica, que supone la no existencia de contradicción entre los enunciados desarrollados por los emisores de la justificación.
- La regla de la eficiencia, que busca que todo discurso resalte una conclusión.
- La regla de la sinceridad; busca que todos puedan hablar sobre el tema exponiendo con toda la verdad sus posiciones al respecto.
- La regla de la generalización, que consiste en que todo participante pueda desarrollar una justificación en la cual él mismo estaría dispuesto a cumplir, en dado caso, y que la justificación no sea egoísta.
- La regla del apoyo, que consiste en buscar argumentos de apoyo para cada justificación que se realiza, ya sea con ejemplos reales o hipotéticos.

Desde esta perspectiva, los miembros de la audiencia adoptan valores comunes, muy a pesar de que social y culturalmente sean distintos, esta comunidad jurídica adopta valores determinados. Esto, permitiría lograr un consenso racional (Aarnio, 1991). Como conclusión, la audiencia ideal es aquel emisor y receptor del que se espera el desarrollo de la justificación razonable de Aarnio.

Justificación interna y justificación externa

A modo de colofón, y apelando a todo lo desarrollado, es importante precisar que la teoría de la justificación jurídica del autor está compuesta por dos modos de justificación jurídica de la racionalidad occidental, que permiten brindar objetividad a la hora de interpretar una proposición o enunciado jurídico. El primer modo es la justificación interna del derecho y el segundo modo es la justificación externa, mencionados en la introducción.

La justificación interna del derecho se deriva de la lógica de la subsunción, a partir de las premisas de acuerdo con las reglas de inferencias aceptadas en el derecho para resolver un caso en particular, basándose en las normas jurídicas que contiene el ordenamiento jurídico; es decir, las normas elaboradas por el legislador y el hecho en concreto. Tanto la norma jurídica como el hecho en concreto se subsumen y resuelven el caso.

La validez de las premisas se acepta como dada; la norma jurídica es aceptada porque es elaborada por el legislador después de los procedimientos de discusión democráticos, y los hechos en concreto del caso se discuten y se prueban en el proceso judicial hasta resolver la certeza de los mismos, y resolverlo con la subsunción (Aarnio, 1991, p. 167). La norma y los hechos se subsumen concretado un resultado que los jueces conocen como sentencia.

En lo que respecta a la justificación externa del derecho podemos considerar que se conoce cuando existe una falta de validez en una de las premisas de la justificación interna del derecho, en especial de la premisa mayor; la premisa de la norma jurídica. Cuando el silogismo jurídico no tiene certeza para realizar el proceso de subsunción, inmediatamente es inválido el proceso, esto quiere decir que el silogismo está truncado.

Para evitar caer en la falta de seguridad y certeza jurídica es necesario apelar a las argumentaciones o proposiciones normativas que deben interpretar los jueces para concretar una norma que sirva de base en el proceso de subsunción. Las **metodologías** para alcanzar este fin están explicadas en este libro, y las distintas contribuciones para desarrollar un proceso de validez de la premisa mayor del silogismo jurídico. En eso consistía todo lo desarrollado.

Por lo tanto, como epítome, podemos afirmar, que la forma de resolver la premisa mayor es mediante la construcción de la justificación externa, la cual, inmediatamente después de tener certeza sobre la norma jurídica se vincula nuevamente en la justificación interna, y se puede concluir el proceso de subsunción: en últimas, elaborar una sentencia.

La pretensión principal de esta investigación consistió en apelar a dos de los más grandes pensamientos ius-filosóficos desarrollados a finales del siglo XX que pudieran explicar de una manera muy pragmática cómo resolver el problema de la justificación del derecho en las sociedades occidentales, sin ánimo de excluir muchas otras posturas muy fructíferas a la hora de comprender métodos para argumentar en el campo del derecho.

Este problema surgió debido a los acontecimientos desarrollados después de la Segunda Guerra Mundial, en los juicios de Núremberg, y el afán de terminar la discusión filosófica jurídica del iusnaturalismo y el positivismo jurídico para confluir todos los sistemas de pensamiento filosófico en el ámbito del derecho.

Para desarrollar dicha pretensión fue necesario, tal como lo puede identificar el lector, realizar un recorrido por distintas y nutridas discusiones, muy importantes a la hora de elaborar las bases epistemológicas de la hermenéutica y argumentación jurídica y el papel de los jueces en la actualidad, tales como:

- la teoría de los sistemas jurídicos;
- la teoría de la ciencia jurídica;
- la teoría del derecho y las fuentes del derecho;
- la teoría de la norma;
- la teoría del ordenamiento jurídico;
- la discusión de la creación del derecho por parte de los jueces;
- la tesis de la única respuesta correcta;
- la tesis de las fuentes sociales del derecho;
- la teoría de los principios jurídicos de proporcionalidad y razonabilidad;

- la teoría de la validez y legitimidad en el derecho;
- la teoría del discurso racional;
- la filosofía del lenguaje;
- y la teoría del papel del auditorio.

Estas discusiones pudieron darse con el objeto de resolver el principio de justicia material, necesario en los Estados liberales de derecho, mediante el desarrollo de un nuevo papel más protagónico por parte de los jueces. Esto debido a que las otras ramas del poder (la ejecutiva y la legislativa) no pudieron concretar ese principio en la sociedad.

En efecto, en el sistema jurídico colombiano se han contemplado todas estas discusiones, y se materializan con el papel de la Honorable Corte Constitucional de Colombia y sus sentencias, las cuales apelan a resolver esa justicia material tan necesarias en el Estado de derecho colombiano, para mantener la estabilidad política, la legitimidad y la validez del sistema jurídico político.

Permitiendo a los jueces, con esa base epistemológica, una lectura social de la realidad, devolviendo la confianza legítima que necesitan nuestras sociedades, que reclamaban márgenes decisionales a los problemas materiales que se han presentado en el liberalismo, en contraposición a las propuestas radicales del comunismo y el socialismo.

Referencias

- Aarnio, A. (1987). Sobre la ambigüedad semántica en la interpretación jurídica. *Doxa*, 4. *Área de Filosofía del Derecho*.
- Aarnio, A. (1990). La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico. *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, (8), 23-38.
- Aarnio, A. (1991). *Lo racional como razonable*. centro de estudios constitucionales.
- Aarnio, A. (1995). *Derecho, racionalidad y comunicación social*. Distribuciones Fontamara.
- Aarnio, A. (2010). Esbozo de una interpretación hermenéutica del realismo jurídico escandinavo. reinterpretao a A. Ross. *Revista Doxa*.
- Aguiló, J. (2015). *Fuentes del derecho*. En: Fabra, J. y Rodríguez, V. (edit.). *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Doctrina Jurídica, (713). Universidad Nacional Autónoma de México.
- Alchourrón, C., y Bulygin, E. (1987). *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*.
- Alexy, R. (1988). Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (5), 139-151.
- Alexy, R. (1993). *Derecho y razón práctica*. Distribuciones Fontamara. Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, 34-35.
- Alexy, R. (1994). Derechos, razonamiento jurídico y discurso racional. *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*. 1, 37-49
- Alexy, R. (1997). *Teoría de la argumentación jurídica*. trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo. Centro de Estudios Constitucionales.
- Alexy, R. (1999). La tesis del caso especial. *Isegoría. Revista de Filosofía Moral y Política*. 21, 23-35.
- Alexy, R. (2000). La institucionalización de la razón. *Persona y Derecho*, (43), 217-249.
- Alexy, R. (2001). Una defensa de la fórmula de Radbruch. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*. 5, 75-95.
- Alexy, R. (2002). Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 22(66).

- Alexy, R. (2003a). Justicia como corrección. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (26), 161-171.
- Alexy, R. (2003b). La naturaleza de la filosofía del derecho. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 26. pp. 147-159.
- Alexy, R. (2004). *El concepto y la validez del derecho*. Segunda ed. trad. Jorge Malen Seña. Editorial Gedisa.
- Alexy, R. (2007). *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción de Carlos Bernal Pulido. Segunda Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Alexy, R. (2009). *Los principales elementos de mi filosofía del Derecho*. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (32) 67-84.
- Alexy, R. (2011). Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad. *Revista Española De Derecho Constitucional*, (91), 11-29.
- Alexy, R. (2013a). *El no positivismo incluyente*. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (36), 15-23.
- Alexy, R. (2013b). *Control judicial de constitucionalidad como representación argumentativa*. Diálogos constitucionales de Colombia con el mundo. Universidad Externado de Colombia.
- Alexy, R. (2014). Principios formales. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 37, 15-29.
- Atienza, M. (1994). Las razones del derecho. Sobre la justificación de las decisiones judiciales. *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía Del Derecho*, (1), 51-68.
- Atienza, M. (2009). *Sobre la única respuesta correcta*. *Revistas jurídicas*. (6)2, 13-26
- Atienza, M. (2012). *Interpretación constitucional*. Segunda ed. Departamento de Publicaciones Universidad Libre.
- Atienza, M. y Ruiz Manero, J. (1991). Sobre principios y reglas. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (10), 101-120.
- Bayón, J. (2002). *El contenido mínimo del positivismo jurídico*. en: Zapatero Gómez, Virgilio. (Coord.). *Horizontes de la filosofía del derecho. homenaje a Luis García San Miguel*. Universidad de Alcalá, 33-54.

- Bechara, A. (2011). Estado constitucional de derecho, principios y derechos fundamentales en Robert Alexy. *Saber, ciencia y libertad*, (6)2, 63-76.
- Bechara, A. (2019). *Jurisprudencia de principios*. Universidad del Norte y Universidad Externado de Colombia.
- Bechara, A. y Vides, M. (2019). Tres modelos y un mismo objeto de interpretación de los derechos fundamentales: Dworkin, Alexy y Sieckmann. *Justicia*, (24)36, 196-213. DOI: 10.17081/just.24.36.3765
- Bernal, C. (2008). El precedente en Colombia. *Revista Derecho del Estado* (21), 81-94.
- Bernal, C. (2011). *La tesis de la doble naturaleza del derecho de Robert Alexy*. En: Bernal C. (Edit.) *La doble dimensión del derecho. Autoridad y razón en la obra de Robert Alexy*. Palestra editores, 7-27.
- Betegón, J. (1998). Sobre la pretendida corrección de la pretensión de corrección. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (35), 171-192.
- Bobbio, N. (1992). *Teoría general del derecho*. Editorial Temis.
- Bulygin, E. (2004). ¿Está (parte de) la filosofía del derecho basada en un error? *Doxa. cuadernos de filosofía del derecho*, (27), 15-26.
- Caballero, J. y Alarcón, A. (2020). Validez jurídica y lógica deóntica. *Revista saber, ciencia y libertad*, 15(1), 67 – 79.
- Carrillo, Y. (2009). *Teorías de la argumentación y del razonamiento jurídico*. Doctrina y Ley.
- Carrillo, Y. y Bechara, A. (2019). *La balanza de los derechos*. Grupo Editorial Ibañez.
- Dworkin, R. (1984). *Los derechos en serio*. Traducción de Marta Guastavino. Editorial Ariel.
- Dworkin, R. (1989). *Los derechos en serio*. Ariel.
- Dworkin, R. (1997). *The Moral Reading of the Constitution*. The New York Review of Books [La lectura moral de la Constitución]. La revista de libros de Nueva York.
- Dworkin, R. (2012). *Una cuestión de principios*. Traducción de Victoria Boschioli. Siglo Veintiuno editores.
- Ezquiaga, F. (1994). Argumentos interpretativos y postulado del legislador racional. *Isonomía*. (1), 69-98.

- Moreso, J. (2003). Alexy y la aritmética de la ponderación. *Iuris*, (16), pp. 433-449.
- Moreso, J. (2009). *La Constitución un modelo para armar*. Marcial Pons.
- Kelsen, H. (2005). *Teoría pura del derecho*. Editorial Porrúa.
- Lopera, M. (2004). Los derechos fundamentales como mandatos de optimización. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (27), 211-243.
- García-Berrio, T. (2007). La controversia sobre el precedente judicial: un clásico del derecho en constante renovación. *Foro, Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales. Nueva Época*, (4), 127-152.
- García, J. (2014). Sobre la idea de pretensión de corrección del Derecho en R. Alexy. Consideraciones Críticas. *Eunomía*, (7), 6-40.
- Gascón, M. (1993). Igualdad y respecto al precedente. Derechos y Libertades. *Revista del Instituto Bartolomé de las Casas* (2)1. 211-228.
- González, E., y Bechara, A. (2021). La revolución hermenéutica como horizonte de integración científica: relación con el derecho y su historia. *Opinión Jurídica*, 20(42), pp. 167-179.
- Guibourg, R. (2011). Alexy y su fórmula del peso. En: Gustavo Beade y Laura Clérico. (Eds.). *Desafíos a la ponderación*. Universidad Externado de Colombia. Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, (57).
- Lifante, I. (2013). Seguridad jurídica y previsibilidad. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (36), pp. 85-105.
- Lifante, I. (2016). Constitucionalismo e interpretación. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, (2), 47-78.
- Mazzarese, T. (2003). Razonamiento judicial y derechos fundamentales: observaciones lógicas y epistemológicas. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (26), 687-716.
- Mendoza, F; Bechara, A; Caballero, J. (2021). La intimidación como derecho humano y la solidaridad como valor constitucional en la era del Covid-19. *Juridicas Cuc*, (17)1, 277-298.
- Niiniluoto, I. (1997). *Sobre la verdad de las proposiciones normativas; la normatividad del derecho*.
- Nino, C. (1999). *Introducción al análisis del derecho*. Editorial Ariel.

- Pavlakos, G. (2012). Corrección y cognitivismo. Comentarios al argumento de la pretensión de corrección de Robert Alexy. *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, (35), 201-215.
- Peczenik, A. (1992). Los principios jurídicos según Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (12), 327-331.
- Perelman, C. (1964). *De la justicia*. Centro de Estudios Filosóficos UNAN.
- Prieto Sanchís, L. (2004). El constitucionalismo de los derechos. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (71), 47-72.
- Rickert, H. (1992). *Ciencia cultural y ciencia natural*. Calpe.
- Rodríguez, J. (2016). *Los paradigmas jurídicos en el Estado de derecho*. Editorial Leyer.
- Ross, A. (2010). *Sobre el derecho y la justicia*. Editorial Universitaria de Buenos Aires.
- Rubio Llorente, F. (1982). Del tribunal de garantías al tribunal constitucional. *Revista de Derecho Política*, (16), pp. 27-37.
- Waldron, J. (2015). *Derecho y desacuerdos*. Marcial Pons.



Edición digital
La justificación del derecho. Teorías reconocidas en los sistemas jurídicos actuales.
Diciembre de 2021
Sincelejo, Sucre, Colombia

La justificación del derecho es un término lingüístico muy complejo y ambicioso debido a que implícitamente abarca muchas temáticas del ámbito jurídico. No es posible precisar quien fue el primero en acuñar el término, pero con seguridad puede afirmarse que es antiguo, y en la actualidad, se entrelaza con las discusiones de la argumentación jurídica, la filosofía del derecho y el derecho constitucional. Indiscutiblemente los autores que desarrollan esta obra son investigadores en esta materia.

En este libro se pueden verificar las reflexiones sobre la justificación del derecho, en el marco de corrientes *ius-filosóficas* muy relevantes a nivel internacional: la filosofía del derecho de Robert Alexy y la filosofía del derecho de Aulis Aarnio.

LA JUSTIFICACIÓN DEL DERECHO

Teorías Reconocidas
en los Sistemas Jurídicos Actuales

Abraham Bechara & Joe Caballero
Autores