

**UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA**

**MAESTRÍA EN JUSTICIA Y TUTELA DE LOS DERECHOS CON ÉNFASIS EN  
FILOSOFÍA DEL DERECHO Y TEORÍA JURÍDICA**

**LA RESPUESTA CORRECTA EN DWORKIN VS. LA RESPUESTA ADECUADA EN  
AARNIO**

**LUIS FELIPE VERGARA PEÑA**

Director de la tesis

**LUIS FELIPE VERGARA PEÑA**

Presidente de tesis

**CARMEN ELOISA RUIZ LÓPEZ**

Presidente del Jurado

**DIEGO JOSÉ MORENO CRUZ**

**BERNARDO ANDRÉS CARVAJAL**

Jurados

**CARLOS ALFREDO PÉREZ FUENTES**

Estudiante

## TABLA DE CONTENIDO

<b>TABLA DE CONTENIDO</b> .....	<b>2</b>
<b>Introducción</b> .....	<b>3</b>
<b>Capítulo I. Ronald Dworkin y la respuesta correcta.</b> .....	<b>6</b>
1.1. La problemática de la discrecionalidad judicial de Hart en relación con Dworkin.....	6
1.2. Primera fase del debate Hart-Dworkin, 1963 a 1967. ....	11
1.3. Segunda fase del debate Hart-Dworkin, 1978 a 1985 .....	12
<b>Capítulo II. El Juez Hércules, concepto y método de resolución de los casos difíciles.</b> ....	<b>13</b>
2.1. ¿Cuál es la actividad del juez Hércules? .....	13
2.2. Metodología de resolución de casos difíciles en Dworkin .....	18
2.3. Propuesta de Ronald Dworkin frente a la respuesta correcta en derecho.....	23
<b>Capítulo III. Aulis Aarnio y la respuesta adecuada.</b> .....	<b>29</b>
3.1. Introducción al pensamiento de Aulis Aarnio. ....	29
3.2. Comprensión ontológica del derecho en Aarnio. ....	30
3.3. Metodología de la interpretación y resolución de casos en Aarnio. ....	36
3.4. Propuesta de Aarnio frente a la respuesta adecuada en el Derecho.....	47
<b>Capítulo IV. Contrastación teórica entre la respuesta correcta y la respuesta adecuada en la decisión judicial.</b> .....	<b>61</b>
a. Metodología de resolución de casos en la respuesta correcta de Dworkin y la respuesta adecuada de Aarnio.....	67
b. Balance general entre la respuesta correcta y respuesta adecuada. ....	70
<b>Conclusiones</b> .....	<b>72</b>
<b>Referencias bibliográficas</b> .....	<b>77</b>
<b>Anexos</b> .....	<b>78</b>
a. Lista de tablas .....	78
b. Lista de figuras .....	78

## Introducción

El presente trabajo de investigación tiene como finalidad contrastar las propuestas teóricas desarrolladas por Ronald Dworkin en su posición de la respuesta correcta y, Aulis Aarnio con respecto a la respuesta adecuada. Dicha contrastación teórica pretende distinguir las diferencias epistemológicas, ontológicas, axiológicas y metodológicas de las perspectivas teóricas de los autores mencionados.

Para esto, esta monografía se encuentra estructurado de la siguiente manera:

En un primer capítulo, se estudiará todo lo relacionado con la problemática de la decisión discrecional desarrollada por Herbert Hart y su vinculación con la decisión correcta propuesta por Ronald Dworkin. De esta forma, se realizará un análisis acerca de la problemática de la decisión discrecional, se describirá el desarrollo histórico de los profundos debates que protagonizaron Hart y Dworkin frente a la decisión judicial y, se realizará un análisis comparativo entre el Juez Herbert y el Juez Hércules.

Posteriormente, en un segundo capítulo se profundizará en la decisión correcta propuesta por Dworkin, por lo que se estudiará lo relacionado con la concepción del derecho como práctica interpretativa, el papel del Juez Hércules en la decisión judicial, la metodología de resolución de casos difíciles y finalmente, la propuesta de respuesta correcta a los casos difíciles desarrollada por el autor en comento.

Luego, en un tercer capítulo se estudiará la propuesta teórica de la respuesta adecuada desarrollada por Aulis Aarnio. Para ello, inicialmente se pretende profundizar en la concepción teórica de Aarnio con respecto a la relación entre la sociedad y el derecho, lo cual permitirá reconocer su posición ontológica frente a la decisión judicial. Esto, fundamentará la metodología que subyace a la propuesta teórica de la decisión adecuada de Aulis Aarnio. Y, finalmente, se pretende realizar un acercamiento teórico entre la decisión discrecional propuesta por Hart y la decisión adecuada planteada por Aarnio, lo cual permitirá identificar las divergencias teóricas entre estos autores.

El último capítulo, pretende contrastar las divergencias que subyacen a la respuesta correcta propuesta por Dworkin y la respuesta adecuada planteada por Aarnio, partiendo del escenario general de la decisión discrecional desarrollada por Hart. De esta forma, siguiendo las categorías de trabajo desarrolladas por Aarnio (1991) se pretende identificar las siguientes perspectivas:

- i. **Perspectiva epistemológica.** Esta perspectiva analiza la posibilidad de llegar a conocer una decisión judicial correcta o adecuada por parte de los teóricos mencionados.
- ii. **Perspectiva ontológica.** Esta perspectiva analiza la posibilidad de entender desde el plano existencial la norma jurídica y su relación con las propuestas teóricas de la decisión correcta y adecuada.
- iii. **Perspectiva axiológica:** Esta perspectiva profundiza el valor de norma moral y su relación con la norma jurídica para los autores objeto de estudio.
- iv. **Perspectiva metodológica:** Esta perspectiva pretende demostrar las diferencias metodológicas de los autores, en cuanto al proceso para lograr llegar a la decisión correcta o adecuada.

Finalmente, la presente investigación concluye que:

- Frente a la **postura epistemológica:** la decisión judicial se conoce a partir de la identificación de reglas normativas y principios que hacen parte del sistema jurídico. Sin embargo, se debe tener en cuenta la existencia de ciertos *principios universales* que se conciben a partir de conceptos innatos de la racionalidad y *principios particulares* como conceptos concretos o particulares que, perteneciendo a un mundo ideal o abstracto, son reconstruidos a través de la interacción dialéctica por la sociedad.
- Frente a la **postura ontológica:** La decisión judicial se debe fundar en conceptos abstractos y concretos que permitan lograr la validez sistémica, fáctica y axiológica del derecho. No obstante, la búsqueda de los conceptos abstractos para la humanidad y las sociedades debe ser una tarea fundamental para el desarrollo de sistema jurídicos adecuados a las realidades sociales.
- Frente a la **postura axiológica:** La decisión judicial debe comprender la relación entre Moral y Derecho para lograr la legitimidad de las decisiones. No obstante, los principios aceptados por un sistema jurídico deben ser analizados conforme a las reglas de la racionalidad lógica y la racionalidad práctica, en una especie de filtro que permita establecer que conceptos abstractos o ideales serán vinculantes para la decisión de los jueces.
- Frente a la **postura metodológica:** La decisión judicial debe prestar atención al sistema jurídico, ya que la legitimidad de sus decisiones proviene de reglas normativas que son producto de relaciones de poder que se desarrollan en la sociedad. A partir de esto, la

metodología no solo debería tomar decisiones basadas en principios como la dignidad humana e igualdad en consideración y respeto o, la justificación interna y externa mediante la aceptabilidad racional, sino que debería procurar reconocer las *formas de vida* de la comunidad como única instancia que evidencia la realidad de las reglas y los principios, para así, tomar la *decisión necesaria*.

## Capítulo I. Ronald Dworkin y la respuesta correcta.

### 1.1. La problemática de la discrecionalidad judicial de Hart en relación con Dworkin.

El problema de la discrecionalidad hartiana parte de la respuesta de la pregunta ¿Qué es el derecho? Hart responde que existen diferentes perspectivas de resolución, teniendo en cuenta los sistemas de regulación moral, religioso, jurídico, etc.

De este modo, el autor enfoca sus esfuerzos en comprender la teoría jurídica desde las órdenes respaldadas de amenazas, la relación entre obligaciones jurídicas y morales y, la distinción entre reglas., para el autor en comento la teoría del derecho contemporáneo debe entenderse de forma “general” y “descriptiva”, para aclarar su estructura y funcionamiento, sin llegar a relacionar la justificar moralmente las prácticas jurídicas.

Para Hart, el lenguaje no es un asunto de palabras, sino de realidad, por lo que el análisis lingüístico conlleva implícito el estudio de la descripción sociológica de los conceptos, es decir, de las prácticas sociales que constituyen el derecho. Hart (2012) comprende lo “general” y “descriptivo” de la siguiente forma:

El propósito de este libro era ofrecer una teoría acerca del Derecho que fuese a la vez general y descriptiva. Es “general”, en el sentido de que no se encuentra atada a ningún sistema o cultura jurídica en particular, sino que busca hacer un recuento explicativo y aclarativo del Derecho como una institución social y política completa, que posee un aspecto gobernado por reglas -y en este último sentido, “normativo”-.

(...) El recuento es “descriptivo” por cuanto es moralmente neutro y sus objetivos no buscan justificar ni recomendar, con base en un fundamento moral de otra índole, las formas y estructuras que aparecen en la descripción general que hago del Derecho, aun cuando una clara comprensión de ellas es, en mi opinión, un aspecto preliminar de importancia para cualquier crítica moral del Derecho que haya de ser útil”. (Hart, 2012, p.92) (Subrayado fuera de texto)

De aquí, que el derecho deba comprenderse en su estructura como una práctica social en la que las personas actúan conforme a reglas jurídicas nacidas del lenguaje, las cuales poseen una base sociológica. Aquí, el filósofo inglés critica la posición de Austin<sup>1</sup> con su *tesis imperativista del derecho*, en donde éste comprende el derecho sería un conjunto de órdenes respaldadas por

---

<sup>1</sup> El desacuerdo de Hart (2012) frente a Austin nace a partir de su comprensión de la noción de norma jurídica expuesta en el texto *The Providence of Jurisprudence Determined*.

amenazas, las cuales fueron dictadas por un soberano en ejercicio de su poder legislativo, por lo que, Hart comprende que dichas órdenes son reglas que “obligan” a las personas en razón a su autoridad “primaria” o “secundaria” que emana de un sistema jurídico determinado.

Para Hart (2012) la “orden” debe comprenderse como una forma del lenguaje a través de la cual una persona busca que otra haga o no haga determinada acción, entre estas: súplicas, peticiones, advertencias o *imperativos*. De aquí, que el autor mencione que las ordenes posean una naturaleza *imperativa apropiada* para el cumplimiento de deseos respaldados por “amenazas” de otro individuo. (Hart, 2012, p. 24)

En este sentido, el derecho como “orden” respaldada por amenazas debe entenderse desde su fuerza “coercitiva”, la cual se caracteriza por su: i) *generalidad* que le permite tener aplicación en un territorio determinado, ii) *permanencia* debido a que dichas ordenes perduran en el tiempo, iii) existe *hábito de obediencia* porque el cumplimiento de las órdenes no se basa en las amenazas, sino en la voluntad de aplicarlas. En el plano estatal, las “ordenes coercitivas” dentro del sistema jurídica se encuentran dotadas de: i) *supremacía* derivada de la jerarquía de elementos supremos y subordinados que obedecen dichas órdenes y, ii) *independencia* relacionada con la no obediencia entre elementos supremos.

Aquí, el filósofo inglés comprende la existencia de las *reglas primarias* como aquellas que imponen deberes a los individuos y, las *reglas secundarias* como aquellas que dan potestades a los particulares o autoridades para crear, modificar o extinguir los efectos de las reglas “primarias”. Sin embargo, siguiendo a Hart (2012) entre las reglas secundarias se distinguen otros tipos de reglas, entre estas: i) las *reglas de cambio* que facultan a particulares y autoridades a crear reglas primarias, ii) las *reglas de adjudicación* que regulan la función judicial y, iii) las *reglas de reconocimiento* que, dentro de la independencia moral, se conciben como normas jurídicas de alta jerarquía en el sistema jurídico que confieren validez a las normas inferiores dentro del sistema<sup>2</sup>.

En un sistema jurídico moderno donde hay una variedad de “fuentes” de derecho, la regla de reconocimiento es paralelamente más compleja: los criterios para identificar el derecho son múltiples y por lo común incluyen una constitución escrita, la sanción de una ley, y los precedentes. (Hart, 2012, p. 126) (Subrayado fuera de texto)

---

<sup>2</sup> Para profundizar sobre las reglas puede retomar el capítulo V “El derecho como unión de reglas primarias y secundarias” (pág. 99-124) del texto “El Concepto del Derecho” de Hart (2012)

En este sentido, Hart entiende que *regla de reconocimiento* puede ser entendida como una Constitución, una Ley o precedentes que serían criterios supremos de validez dentro del sistema jurídico. De esta regla, se predica la *prueba de origen o linaje normativo* a través del cual se pretende estudiar la validez de una norma jurídica comprendiendo la derivación del sistema normativo<sup>3</sup>.

Ahora bien, sobre esta *regla de reconocimiento* no se predica validez lógica (postulado kelseniano), sino “existencia fáctica” debido a que esta regla tiene un carácter jurídico-social derivado de un hecho social de reconocimiento a través del cual, la sociedad genera la aceptación práctica de esta regla como criterio supremo que subordina las demás normas del sistema jurídico.

En este punto, es necesario comprender la postura de “*observador externo*” y el “*observador interno*”, ya que desde la perspectiva de Hart, Austin entiende el “*hábito*” de obediencia como observador externo que realiza un estudio descriptivo de los hábitos sociales como reiteración de comportamiento, mientras que la postura hartiana entiende que como *observador interno*, se es partícipe de la existencia de las reglas que regulan el comportamiento social; de esta forma, el *partícipe* al comprender la dimensión normativa de las reglas en su función justificativa puede aprobar o criticar dichas reglas, dando origen a los derecho y obligaciones, y no solo a los hábitos y coacciones.

Toda esta introducción desemboca en la teoría de la interpretación judicial de Hart (2012), en donde el autor se enfoca en comprender que, en la decisión judicial de casos difíciles existe una problemática propia del lenguaje natural y el lenguaje jurídico que da origen a la “textura abierta” del lenguaje, ya que las normas jurídicas estarían creadas para personas o cosas en determinados tiempos y espacios que no corresponderían con su momento de creación.

Para Hart (2012) el principal instrumento de control social es “las reglas, pautas o criterios de conducta y principios generales, y no directivas particulares impartidas separadamente a cada individuo” (p. 155), es por esto, que la existencia del “Derecho” se deriva de la comunicación de pautas generales dirigidas a los individuos exigiendo ciertos comportamientos, por lo que, las *clases* de actos o personas son fundamentales para el funcionamiento del Derecho en la vida social.

---

<sup>3</sup>En orden a lo anterior, Hart (2012) plantea que la complejidad de los sistemas jurídicos modernos obedece a la necesidad de incorporar la idea de las reglas observando que las primarias o de tipo básico “prescribe que los seres humanos hagan u omitan ciertas acciones, lo quieran o no” (p. 101) mientras que las reglas secundarias tienen como finalidad “extinguir o modificar reglas anteriores o determinar de diversas maneras el efecto de ellas, o controlar su actuación” (p. 101)

Entre las pautas generales establecidas para comunicar dichas pautas generales se encuentra la *ley* y el *precedente*; no obstante, la *ley* o el *precedente* al estar acompañados de instrucciones verbales que se emiten a través del lenguaje pueden dejar cuestiones abiertas a las posibilidades y con ello, dudas sobre la falta de certeza de comunicación en la autoridad que emana la orden (precedente) y la falta de certeza frente al lenguaje general usado en la comunicación (*ley*). (Hart, 2012, p. 157)

De esta forma, partiendo de la idea de que las diferentes situaciones de hecho generan este tipo de incertidumbres, los *cánones de interpretación* se presentan como una forma para disminuir esta problemática, por lo que estos se conciben como *reglas generales para el uso del lenguaje*. En este punto, frente a las reglas de interpretación Hart (2012) comprende que:

Los casos claros, en que los términos generales parecen no necesitar interpretación y reconocimiento de los ejemplos para ser “automático”, son únicamente los casos familiares que se repiten en forma consciente en contextos semejantes, respecto de los cuales existe acuerdo general sobre la aplicabilidad de los términos clasificatorios (p. 158) (Subrayado fuera de texto)

De aquí que el lenguaje general dotado de autoridad que representa una regla sea incierto y tan solo sea una guía para la interpretación. De esta forma, el filósofo inglés entiende que el proceso de subsunción y derivación silogística ya no se caracteriza por la posibilidad de un razonamiento correcto debido a que la comprensión ante la incertidumbre de la regla solo puede resolverse de forma **análoga** a un precedente. Hart (2012) observa que:

El ámbito discrecional que le deja el lenguaje puede ser muy amplio; de modo que, si bien la conclusión puede no ser arbitraria o irracional, es, en realidad, una elección. El intérprete elige añadir un caso nuevo por virtud de semejanzas que pueden ser razonablemente defendidas como jurídicamente relevantes y suficientemente estrechas. (p. 159) (Subrayado fuera de texto)

Es por esta razón que, frente a la textura abierta en contexto de las reglas, Hart (2012) comprende que:

Cualquiera que sea la técnica, precedente o legislación, que se escoja para comunicar pautas o criterios de conducta, y por mucho que éstos operen sin dificultades respecto de la gran masa

de casos ordinarios, en algún punto en que su aplicación se cuestione las pautas resultarán ser indeterminadas; tendrán lo que se ha dado a llamar una “textura abierta” (p. 159) (Subrayado fuera de texto)

Por lo tanto, a la hora de tomar la decisión en un caso en donde haya nada contemplado, se deben confrontar las cuestiones en juego y resolver conforme de la manera más satisfactoria. Con lo anterior, se habrá determinado el **propósito inicial de la decisión** y los **finés de la regla establecida**. Esto se opone a la idea de la aplicación de una teoría formalista o conceptualista que pretendería asegurar certeza o predictibilidad del lenguaje en la decisión al precio de prejuzgar casos que podrían ser resueltos razonablemente. Observa el autor que: “La rigidez de nuestras clasificaciones entrará así en conflicto con los propósitos que animan al tener o preservar la regla.” (Hart. p. 162)

Hart (2012) observa que la “textura abierta del derecho” es un área de conductas que debe ser desarrollada por los tribunales o funcionarios que *procuren definir* de acuerdo con las circunstancias resolver conflictos, sopesando los intereses en conflicto. Por lo tanto, comprendiendo que una de las funciones del derecho es guiar la conducta de los funcionarios, en estas “zonas marginales” de las reglas, los tribunales y cuerpos administrativos juegan un papel fundamental para la producción normativa. Por lo tanto, observa el autor que:

En estos casos resulta claro que la autoridad que elabora la regla tiene que actuar en forma discrecional, y que no cabe la posibilidad de tratar el problema que crean los diversos como si hubiera una única respuesta correcta, es decir, una solución que no sea un mero compromiso razonable entre muchos intereses en conflicto. (p. 164) (Subrayado fuera de texto)

De esta forma, para resolver la problemática de la interpretación en el lenguaje, Hart (2012) propone la **técnica de la analogía**, en la que pretende identificar el “**núcleo duro del significado de las palabras**”, mediante la identificación de interpretaciones consensuadas de ciertas expresiones jurídicas para hechos determinados en los que las “áreas de penumbra” no permiten resolver casos difíciles.

Este sería el entorno en el que Dworkin realizaría su propuesta teórica de la respuesta correcta, ya que su postura de la decisión basada en principios contradice el planteamiento hartiano de la posibilidad de que el juez pueda decidir libremente con base en su discrecionalidad un caso difícil conforme a la técnica lingüística de la analogía.

De esta forma, ante la posibilidad de que el Juez pueda escoger “prudente” o “libremente” la decisión que estime más adecuada al caso, por lo que éste no estaría aplicando el derecho sino creándolo para el caso en concreto<sup>4</sup>.

En este punto, siguiendo el desarrollo histórico propuesto por Rodríguez, C. (2012) el debate entre Hart y Dworkin entorno a la temática de la discrecionalidad judicial se desarrolla en dos grandes momentos históricos: i) 1963 a 1967 y ii) 1963 a 1977.

### **1.2. Primera fase del debate Hart-Dworkin, 1963 a 1967.**

En esta primera fase, Dworkin criticaba el hecho de que los casos difíciles se relacionara con la vaguedad del lenguaje y fueran resueltos mediante la discrecionalidad judicial, a pesar de que las partes tuvieran derecho con base en las leyes preexistentes.

Dworkin en su texto *Taking Rights Seriously* atacó los cimientos del positivismo hartiano mediante una crítica a la postura de que el derecho fuera un conjunto de reglas identificables mediante una regla de reconocimiento y en caso de no existir reglas aplicables, el juez podría decidir discrecionalmente los casos difíciles.

El filósofo estadounidense comprendió que no solo existen reglas, sino también principios que permiten que el Juez tome una decisión fundada en la estructura y funcionamiento del sistema normativo.

También, Dworkin atacó la “teoría de la regla social” de Hart en la que comprendía que las reglas sociales nacían a partir de conductas uniformes de un grupo social (punto de vista externo)

---

<sup>4</sup> En contexto, se puede retomar el Capítulo VIII “Justicia y Moral”, Subcapítulo I “Principios de Justicia”, en donde se desarrolla el proceso de análisis decisional que motiva al Juez para tomar una decisión discrecional en términos de “justicia” o “equidad” con conocimiento pleno de que su respuesta se encuentra íntimamente relacionada con la moral y el derecho en términos relativos al desarrollo social en relación con el lenguaje y con respecto a un caso relativo a la interpretación del principio de igualdad en un Estado determinado en donde prevalece la posición utilitarista del interés general sobre el particular. Al respecto, Hart (2012) observa que: “Esto puede ocurrir cuando un tribunal, al condenar a un determinado transgresor por un delito que se ha difundido, dicta una sentencia más severa que las dictadas en otros casos similares, y admite que lo hace “como una advertencia”. El principio que prescribe “tratar los casos semejantes de la misma manera” se sacrifica aquí en aras de la seguridad general o del bienestar de la sociedad.” (p. 206)

que podían utilizar dichas reglas como fuentes de crítica y exigencia (punto de vista interno), mientras el planteamiento dworkiniano plantearía que esto no sería del todo cierto, debido a que estas “exigencias” se concebían como “reivindicaciones sociales”, ligando así, los principios con las prácticas jurídicas, abandonando la distinción entre moral y derecho.

Finalmente, el filósofo estadounidense propuso un método de la decisión judicial en el que un Juez Hércules dotado de habilidades extraordinarias, tendría como finalidad tomar decisiones basadas en principios que proveerían la mejor justificación moral para los casos difíciles. Así, los jueces tomarían decisiones correctas para casos difíciles, alejándose así, de la toma de la decisión discrecional.

### **1.3.Segunda fase del debate Hart-Dworkin, 1978 a 1985**

En la segunda fase del debate Dworkin pretende comprender el Derecho como “integridad”. Así es como mediante textos como: *A matter of Principle*, *How law is Like Literature* y en *No Right Answer* enfrentó las críticas a la respuesta correcta mediante casos prácticos en los que concluyó que los jueces y abogados están convencidos de la respuesta correcta y además que los “empates” entre principios no son muy frecuentes.

Para Dworkin, el Derecho es descriptivo cuándo se responde a la pregunta qué es el derecho, pero justificativo cuando se responde a la pregunta entrelazando la práctica judicial y la teoría jurídica. Por ello, el filósofo estadounidense comprendía la **integridad** como la virtud a través de la cual las autoridades se comprometían en tratar a los particulares conforme a los principios de moralidad política consagrados en las instituciones de la comunidad.

En este punto, Hart en 1994 en el *Postscriptum del Concepto del Derecho* respondería que la interpretación de Dworkin frente a la regla de reconocimiento era errónea debido a que este autor le habría malinterpretado, la tesis positivista era más consistente aunque contenía vacíos que necesitaban adaptaciones y refinamiento y, el “*positivismo suave*” posibilitaba que la *teoría descriptiva del derecho* aceptara la existencia de valores consagrados en la Constitución, se llegar a ser como la *teoría valorativa* planteada por Dworkin.

## Capítulo II. El Juez Hércules, concepto y método de resolución de los casos difíciles.

### 2.1.¿Cuál es la actividad del juez Hércules?

En la decisión judicial ha de ser necesario tener en cuenta que las resoluciones se fundamentan en derechos y obligaciones jurídicas que se relacionan con sus homólogos morales, por lo que juristas de corte nominalista observan que dicha relación es inexistente debido a que es imposible encontrar normas intemporales que obliguen como cadenas invisibles a los ciudadanos. Dworkin (2007) critica esta postura debido a que desde su perspectiva el derecho es un fenómeno social en el que las leyes evolucionan de acuerdo con las problemáticas sociales que se presenten, por lo que decisiones del Juez se fundamentan en el propósito moral político de estas normas jurídicas que se aplican a los casos concretos.

De esta forma, un juez adscrito al positivismo jurídico de Hart se presenta bajo un planteamiento en el que: i) el derecho es un conjunto de normas creadas por la comunidad que obtienen su validez a través de un examen de linaje u origen *-pedigrí-* y que tiene por finalidad determinar qué comportamientos pueden castigados o sometidos a coerción por la autoridad pública, ii) en el caso de que una norma no logre aplicarse a la realidad podrá decidirse mediante la “discrecionalidad” del funcionario, que se encarga de buscar “un estándar que lo guíe en la preparación de una norma nueva o en la ampliación de una existente” y finalmente, iii) de no existir una norma jurídica válida, no hay obligación jurídica que sustente la “discrecionalidad” de un juez, al decidir sobre la exigencia de un derecho jurídico. (Dworkin, p. 66, 2007)

Frente a este último punto, John Austin definió la “obligación” como el hecho de estar “sometido a una norma, una norma como un mandato general, y un mandato como expresión del deseo de que otros se conduzcan de determinada manera, respaldado por el poder y la voluntad de hacer respetar dicha expresión en el caso de desobediencia” (Dworkin, p. 66, 2007). Sin embargo, no se logra distinguir entre las normas del derecho y las órdenes de un *gánster*, debido a que las primeras provienen de una autoridad normativa reconocida por la comunidad, mientras las segundas se hacen valer de la fuerza física para su cumplimiento; además, al no existir los mandatos necesarios para cubrir todas las contingencias, el soberano permite a quienes hacen respetar a ley que dicten nuevas órdenes para los casos fáciles o difíciles que surjan.

Por otra parte, al observar la imprecisión de Austin frente al concepto de la norma, Hart reconoce la existencia de “reglas” y éstas pueden ser primarias debido pueden consagrar derechos

y obligaciones a la comunidad mientras y, secundarias buscan estipular las formas de crear, reconocer, modificar y extinguir las normas primarias (Dworkin, p. 68, 2007). Ahora bien, partiendo del estudio de la autoridad normativa se puede observar que: i) una norma puede llegar a ser obligatoria cuando la comunidad la *acepta* como norma de conducta y ii) cuando sea promulgada conforme a una norma secundaria. De aquí, surge el concepto de validez (pedigrí) que expresa que las “normas (que) son obligatorias porque han sido creadas de la manera estipulada por alguna norma secundaria” (Dworkin, p. 69, 2007), es por esto por lo que una norma puede ser obligatoria al ser aceptada y válida ante una comunidad.

Sin embargo, ha de ser necesario mencionar que una “norma secundaria fundamental” o “regla de reconocimiento” que estipule la forma a través de la cual se identifica el nacimiento de una norma jurídica puede ser simple o compleja en la medida en que desarrolle una cadena de validez que llegue en última instancia a la “norma fundamental”, de aquí que “la regla de reconocimiento es la única regla de un sistema jurídico cuya fuerza obligatoria depende de su aceptación” (Dworkin, p. 70, 2007), para lo cual no podría confundirse con las normas de la moralidad debido a que estas se relacionan como normas jurisdiccionales. (Dworkin, p. 71, 2007)

Conforme a lo anterior, el Juez Hércules es un estudioso que reconoce la fundamentación teórica de las reglas jurídicas y, además distingue entre directrices políticas como un “tipo de estándar que propone un objetivo que ha de ser alcanzado; generalmente, una mejora en algún rasgo económico, político o social de la comunidad” (p. 72) y los principios como un “estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad” (p. 72)

De esta forma, este Juez comprende que los principios poseen un peso e importancia para la justificación en una decisión judicial y su papel en el ordenamiento jurídico es servir al juez para tomar una decisión basado en una justificación extrajurídica para la resolución de un caso (Dworkin, p. 81, 2007); por ello, estos principios poseen vinculatoriedad debido a que de no “ir más allá” un juez podría recurrir a la discrecionalidad y crear un nuevo precedente legislativo al decidir (Dworkin, p. 83, 2007). A pesar de que los principios tengan un origen moral permiten llegar a resoluciones en donde las decisiones no quedarían al arbitrio del juez; de esta forma, a diferencia de las normas que fueron creadas por una institución competente, los principios son

creados por la sociedad en un sentido de *conveniencia y oportunidad* que se desarrolla en el tiempo, es por esta razón que cambian con la historia.

Sin embargo, surge la pregunta ¿Por qué un juez se encuentra en el deber de resolver basado en reglas o principios? Para responder este cuestionamiento Dworkin (2007) retoma el estudio del deber y la obligación como conceptos, menciona que para Hart “los deberes existen cuando existen normas sociales que tienen previstos tales deberes” (Dworkin, p. 106), es decir, cuando a partir de las condiciones prácticas se demuestra que miembros de una comunidad determinada se comportan de cierta manera demostrando la existencia de una “norma social” y, por lo tanto, un “deber”, es decir, la existencia de un “deber” es un “hecho” que se da en la comunidad.

Los jueces satisfacen la norma social de aplicar ciertos estándares de derecho porque aplican las normas establecidas en la ley, justifican sus actuaciones basados en la “norma” y censuran a cualquier funcionario que no siga dicha norma. Pero ¿por qué los jueces tienen el deber de seguir las normas sociales? Según Dworkin (2007) Hart respondería que es virtud del deber seguir una norma social. Sin embargo, para el filósofo estadounidense existe una distinción entre obedecer una *regla normativa* y una *norma social*, debido a que la primera contiene una pretensión de evaluar un determinado comportamiento bajo la imposición de *tener el deber*, mientras la segunda tiene como finalidad *describir objetivamente* los comportamientos que se dan frente al deber en una sociedad, sin estar obligatoriamente de acuerdo. El juez se encuentra en la posición de evaluar los comportamientos conforme a las *reglas normativas*, ya que este no solo enuncia lo que establece la ley, sino también enuncia que las personas tienen un deber y no las creencias de los demás para justificar su decisión basado en *normas sociales*.

Ahora bien, Hart comprende la distinción entre la norma social y la regla normativa, y el papel que ésta toma en la decisión de un juez; sin embargo, añade que también se debe distinguir entre la *existencia* y la *aceptación* de la norma por parte de una comunidad. Analiza que el ejercicio del “*sociólogo*” es describir y analizar las condiciones prácticas que determinan su existencia, mientras que el “*feligrés*” estudia las condiciones prácticas de existencia y demuestra su aceptabilidad como “norma estándar para guiar su propia conducta y para juzgar la conducta de otros” (p. 108), es decir, el feligrés comprende que forma parte de la práctica social con su comportamiento. De aquí que la actitud frente a la norma social o regla normativa distinga las actuaciones de un juez que toma un *punto de vista interno* como decisión en la justificación de la práctica social, aquí radica la diferencia entre el concepto de *obligación* y *deber*. (p. 108)

En este punto, Dworkin (2007) plantea la crítica a la teoría general de la norma social distinguiendo una *versión fuerte* que hace referencia al deber que le asiste a una persona que supone la existencia de una norma social y la aceptación de su prescripción, y una *versión débil* que plantea que a veces se da el caso en el que una persona afirma un deber en el sentido que presupone una norma social (p. 109) Afirma Dworkin (2007) que Hart parece tomar la *versión fuerte* en su libro *The concept of Law*, esto, debido a que los jueces toman decisiones basados en deberes que presuponen como normas sociales, mientras que la *versión débil* busca profundizar sobre la temática de los principios.

En la crítica a la versión fuerte se expone que esta no puede ser cierta debido a que existen reglas normativas que no tienen como fundamento una norma social y, por lo tanto, en estos casos la apelación a la norma social es un intento por hacer extensiva su fuerza imperativa. (Dworkin, 2007, p. 110) De aquí que esta teoría de la norma sea “una aspiración a dar una explicación por una pretensión de deber (o afirmación de una regla normativa de deber) en un único tipo de caso, a saber, cuando la comunidad está en general de acuerdo en que tal deber existe efectivamente” (p. 110).

No obstante, para resolver la problemática que subyace al deber del juez para decidir basado en reglas o principios es necesario mencionar que para Dworkin (2007) la teoría de la norma social se encuentra debilitada debido a que no tuvo en cuenta las clases de *moralidad concurrente* y *moralidad convencional*. En este punto, la *moralidad concurrente* se refiere a cuando una comunidad coincide en afirmar la misma regla normativa o una muy semejante y, la *moralidad convencional* considera que en algunas ocasiones los hechos no se relacionan con la norma que afirma dicha regla. (Dworkin, p. 111, 2007) Observa el autor que la teoría de la norma de Hart se fundamenta en la *moralidad concurrente* que pretende satisfacer las condiciones prácticas para el cumplimiento de los criterios de la norma.

En este punto, algunos jueces comprenden que deben tomar decisiones con base en una *moralidad concurrente* y no en una *moralidad convencional*. Sin embargo, esta teoría no da cuenta de las situaciones en las que la comunidad a pesar de aceptar la práctica social como parte necesaria del deber parece estar en desacuerdo con su alcance debido a que para Hart “una norma se constituye mediante el comportamiento acorde de la mayoría de la población” (Dworkin, p. 112, 2007) En contexto, en caso de que una norma social parezca incierta para aplicar en un caso concreto no significa que sea “incierto”, sino que no existe dicha norma en concreto al ser parte de

una moral convencional. Observa Dworkin (2007) que Hart “cree que la práctica social constituye una norma que el juicio normativo acepta; en realidad, la práctica social ayuda a justificar una norma que el juicio normativo enuncia” (p. 116)

De esta forma, para responder la pregunta inicialmente expuesta sobre el deber de los jueces a decidir en reglas o principios, para Dworkin (2007) la obligación que conlleva a que los jueces tomen decisiones se justifica en la medida que por norma social tienen el deber de satisfacer ciertos estándares de derecho establecidos en la ley al estar obligados a evaluar los comportamientos sociales mediante reglas normativas siendo parte de la sociedad. Sin embargo, cuando existen reglas normativas que no tienen fundamento en una norma social, los jueces deben intentar extender su fuerza imperativa; distinguiendo así entre la *moral concurrente* establecida en reglas normativas y, la *moral convencional*, en las que en ocasiones no existen hechos que se relacionen con las reglas, en estas ocasiones se encuentran las *decisiones basadas en principios debido a que al ser inciertas debe tomarse con base en una moral convencional y no concurrente*.

Ahora bien, en los casos difíciles en donde no ha de ser posible la aplicación de una norma jurídica, el Juez Hércules no debe aplicar la *discrecionalidad* sino una decisión fundamentada en la subordinación a la legislación, es decir, fundada en las leyes promulgadas por la institucionalidad, **por lo que se remite a los “argumentos de principio” que se encuentran intrínsecos en el sistema jurídico, los cuales deben ser descubiertos para justificar una resolución que no pretenda favorecer un fin colectivo (argumento político) sino el respeto por un derecho individual o del grupo.**

De esta forma, en el contexto de la jurisprudencia el Juez Hércules es consciente de que su decisión lleva implícita su carga moral personal y la historia institucional que conllevan los derechos, por lo que procede a estudiar su moral personal para que no permitir que se convierta en una limitante para tomar una decisión fundamentada en el respeto por la ley. (Dworkin, p. 155, 2007)

Los “argumentos de principio” como “derechos individuales” son proposiciones que describen “derechos”, mientras que los “argumentos políticos” proponen “objetivos políticos” que se describen como “objetivos”. Los individuos tienen “derecho” cuando cierta expectativa tiende a favorecerle en una decisión política, aun cuando no se sirva para un “objetivo político”, ya que estos no pretenden generar una expectativa particular, sino estimular los beneficios y cargas en una comunidad para generar el beneficio global. De esta forma, no todos los objetivos sociales

podrán anular derechos, a menos que tenga el peso suficiente; los “derechos básicos” son una justificación de la sociedad de las decisiones políticas y los “derechos institucionales” son justificaciones de las instituciones. Los “derechos o principios abstractos” consagran finalidades políticas sin comparación de peso y los “derechos concretos” definen su peso frente a otros principios. Los principios abstractos fundamentan los concretos. (Dworkin, p. 159 – 162, 2007)

En este punto, el Juez Hércules debe tomar una decisión basado en una “tesis de los derechos” en la que se nieguen o confirmen derechos concretos con base en el derecho institucional para la resolución. Sin embargo, en dado caso que no existan dichos derechos institucionales debe recurrir a convicciones generalmente aceptadas en la historia para dar solución, por lo que esto llegará controvertible y le dará la posibilidad de delinear el carácter de la decisión. (Dworkin, p. 171, 2007)

La decisión correcta consiste en que el Juez Hércules debe aportar una “teoría general” que explique por qué, en el caso de su institución, las reglas o normas crean o anulan de alguna manera derecho y demostrar por qué tomó esa decisión. (Dworkin, p. 175 - 176, 2007)

De aquí que para lograr la argumentación en los casos difíciles sea necesario recurrir a conceptos como la intención o propósito de la ley como justificación política de las reglas normativas y el concepto de “principio” como base de las normas jurídicas. Aquí nace el Juez Hércules, como un juez filósofo, un abogado dotado de habilidad, erudición, paciencia y perspicacia sobrehumanas que comprende las intenciones de la ley y los principios jurídicos. (Dworkin, p. 177, 2007)

## **2.2. Metodología de resolución de casos difíciles en Dworkin**

Frente a la toma de la decisión correcta a los casos difíciles, Dworkin (2007) elaboró el siguiente método de resolución de casos:

### **2.2.1. Creación de la teoría constitucional**

El Juez Hércules comprende que la Constitución es un esquema político a través del cual los ciudadanos se rigen en la sociedad. Por esta razón, debe construir una “teoría constitucional” para que sus decisiones se fundamenten en la constitución y en las prácticas que la sociedad tiene de las normas.

En palabras de Dworkin (2007) este Juez:

Debe organizar una teoría de la constitución, configurada como un conjunto complejo de principios y directrices políticas que justifique ese esquema de gobierno, lo mismo que el árbitro de ajedrez se ve llevado a elaborar una teoría del carácter de su juego. Debe enriquecer esa teoría refiriéndose alternativamente a la filosofía política y a los detalles institucionales. Debe generar teorías posibles y poner a prueba las teorías en función de la institución global. Y cuando el poder de discriminación de la prueba se agote, debe elaborar los conceptos controvertidos de que se vale la teoría triunfante. (p. 179)

En cuanto a la decisión de un caso difícil por un conflicto entre leyes debe mencionarse que el Juez Hércules debe preguntarse por las instituciones jurídicas que se encuentran relacionadas en los conflictos, y a su vez, que argumentos o principios motivaron legalmente las instituciones y tomar una decisión que se relaciona con las intenciones de la ley como cálculos sobre derechos políticos, es decir, un argumento basado en lo consagrado en el poder legislativo.

Ante la posibilidad de que los juristas presenten al juez Hércules un caso difícil que no esté previsto en la ley por ser aplicables decisiones anteriores nacientes del derecho consuetudinario. Debe este juez preguntarse por qué estos argumentos deben asumirse en principio como sólidos ya que la teoría democrática no llega a solventar las preguntas que se generan a partir de la vinculatoriedad de este argumento.

Para esto, se ha entendido que al aplicar decisiones concretas que se decidieron en el pasado con el ánimo de beneficiar a la comunidad, dichas decisiones podían ser tomadas por los jueces en el futuro. En este punto, observa Dworkin (2007) que muchas de las interpretaciones en la decisión judicial que han tenido un carácter legislativo han sido vistas desde una perspectiva canónica en la que los juristas discrepan de acuerdo con la aplicación a los casos concretos. A esto, Dworkin (2007) le llama la “*fuerza de promulgación del precedente*”, concepto que se entiende como la fuerza que tiene el precedente para ligarse a casos futuros en virtud de su forma canónica que inspira la fuerza gravitacional.

Dworkin (2007) observa que los jueces están de acuerdo en observar que el precedente contribuye en la formulación de nuevas reglas controvertidas, aun cuando estas poseen una fuerza gravitacional a la hora de tomar una decisión. El legislador puede alejarse de la posición política o moral pero los jueces que buscan una independencia siempre deben justificar su decisión original

en el pasado. La cuestión es que según Dworkin (2017) la fuerza gravitacional del precedente no puede captarse por una teoría, sino que se explica cuando no se apela a la imposición de ley, a contrario a la “**equidad de tratar de manera semejante los casos semejantes**” (p. 185). Argumenta Dworkin (2007) que “un precedente es la constancia de una decisión política previa; el hecho mismo de esa decisión, como hecho de la historia política, ofrece alguna razón para decidir otro caso de manera similar en el futuro. (p. 185), por ello, la fuerza gravitacional del precedente es superior a la ley.

Así es como Hércules llega a la conclusión que la “**doctrina de la equidad**” es la única justificación adecuada en la práctica del precedente judicial y por ello, dicha doctrina debe basarse fundamentalmente en “argumentos de principio”, debido a que si se basa en “argumentos políticos” en donde prevalece un objetivo político por encima de la equidad efectiva no existiría una doctrina coherente. Dworkin (2007) planea que deberían existir límites a la arbitrariedad del legislativo en cuanto objetivos colectivos, ya que estas metas tienden a restringir injustamente derechos a otras personas, para lo cual, plantea que un gobierno debería ser racional y equitativo para evitar estos problemas que se generan socialmente.

Hércules debe tener en cuenta sólo “argumentos de principio” para la toma de una decisión en el precedente y para ello, deberá recurrir a la “doctrina de equidad” para dar solución a los casos.

### 2.2.2. Creación de la tesis de los derechos

Definida la fuerza gravitacional de precedente en cuanto a los argumentos de principio nace la “tesis de los derechos” que pretende que el Juez Hércules pueda justificar los principios del derecho consuetudinario a partir de los principios del precedente, por lo que distinguiría entre la *doctrina de la equidad* y la *teoría de la interpretación legislativa* en la medida en que los principios se “**descubren**” en esta distinción. De aquí que se diga que las partes necesitan una **respuesta correcta** debido a que:

Hércules debe construir un esquema de principios abstractos y concretos que ofrezca una justificación coherente para todos los precedentes del derecho consuetudinario y, en cuanto también han de estar justificadas por principios, para las estipulaciones constitucionales y legislativas. (Dworkin, p. 190, 2007)

Esta justificación debe estar acorde con el plano vertical de autoridad y horizontal de decisiones del mismo nivel. La *teoría constitucional* del Juez Hércules de ser un juicio de problemas complejos que se relacionan con la adecuación institucional, los juicios éticos y la filosofía política, por lo que estos juicios siempre serán divergentes al comprender diferentes convicciones filosóficas e intelectuales sobre los asuntos tratados.

La asignación del peso de los principios bajo el criterio de la equidad de los precedentes se da a través la mejor justificación, por lo que dicha justificación del Juez Hércules debe estar precedida de una comprensión histórica, psicológica y sociológica de la decisión. Ahora, ¿Cómo encontrar dichos principios? Debido a que estos principios *nacen de la historia institucional y cambian de acuerdo con el derecho consuetudinario*, esta **evolución no permite concebir principios inmutables en la decisión judicial**, aunque frente a la historia institucional el Juez Hércules debe ser escéptico debido a que la decisión adecuada o inadecuada que tome puede llegar a errores engastados o corregibles.

En este punto, la tesis de los derechos presenta un inconveniente con la toma de la decisión judicial debido a que su vinculación con el precedente haciendo respetar los derechos institucionales puede estar relacionada con sus propias convicciones y juicios políticos, por esto, su *opinión* no debería influir, ni inclinarse por creencia alguna.

El Juez Hércules confía en que es su deber institucional es no inclinarse por ninguna posición. De esta forma, Hércules identifica a través de su moralidad individual, la moralidad popular, comunitaria o política, les investiga para intentar comprenderles y determinar los derechos de las partes. **Hércules deberá ceder en sus convicciones a las tradiciones culturales, aunque si hay una incongruencia con la moralidad de la constitución o institucional, esta última deberá ceder debido a que los ciudadanos tienen derecho a que se respeten los principios en lo que se fundamentan sus instituciones.**

Según Dworkin (2007) el Juez Hércules deberá comprender a la comunidad en su lenguaje, en sus creencias, en sus actitudes para poder identificar la naturaleza de sus conceptos y a partir de allí, entiende que el estudio de la moral individual le permite conocer la moralidad institucional sobre la cual tomará la decisión. (p. 206) Finalmente, los jueces pueden equivocarse y errar debido a que son seres falibles y que, en todo caso, discrepan en sus posiciones.

Para Dworkin (2007) la resolución de un caso constitucional se desarrolla bajo la interpretación de una serie de cláusulas vagas que representan derechos morales que tienen los individuos frente

a la mayoría. Dichas cláusulas pueden interpretarse bajo un paradigma normativo estricto y otro, liberal.

El paradigma estricto observa que la interpretación del texto constitucional sólo se limita a los derechos constitucionales reconocidos por un grupo de personas en una época determinada, mientras que el paradigma liberal plantea que en ocasiones ha de ser necesario apartarse de la concepción estricta para lograr un fin determinado. (Dworkin, p. 213, 2007)

No obstante, ha de ser necesario tener en cuenta que, conforme a la teoría del significado, los conceptos y las concepciones sobre el lenguaje, éstos juegan un papel fundamental. El concepto tiende a establecer inequívocamente una interpretación que al relacionarse con las diferencias de conceptos de los demás crean concepciones sobre determinados enunciados. Es por esto por lo que los que se adhieren a la fidelidad del texto incurren en un error de lógica de los textos, debido a que la vaguedad de las cláusulas constitucionales fue hecha de esa forma.

Ahora bien, a la hora de decidir, los tribunales pueden propender por el “activismo judicial” o el “restriccionismo judicial”. El primero de ellos comprende la naturaleza de las cláusulas constitucional como “vagas” y, además, elabora principios para revisarlos con el tiempo, para que sean coherentes con la visión moral que se desarrolle. Ahora, el segundo programa sostiene que los tribunales deben permitir que las decisiones de otras ramas gubernamentales sigan en pie, aún si lesionan la interpretación de los jueces frente a los principios, a excepción de cuando se lesiona la moralidad política o cuando un precedente exige decisión en contrario. (Dworkin, p. 217, 2007)

Según Dworkin (2007) la política del activismo judicial “presupone cierta objetividad del principio moral; en particular, presupone que los ciudadanos tienen efectivamente ciertos derechos morales en contra del Estado, como un derecho moral a la igualdad en la educación pública o a recibir de la policía un trato digno (p. 218)

En este punto, el restriccionismo judicial se divide en dos formas de interpretar el activismo, el “escepticismo político” que sostiene que los individuos no tienen derechos morales en contra del Estado y que solo los derechos jurídicos garantizados por la constitución o por el precedente pueden ser tenidos en cuenta; y la “deferencia judicial” que comprende que los derechos morales de los ciudadanos si existen pero que los responsables de decidir qué derechos deben ser reconocidos son instituciones diferentes a los tribunales. (Dworkin, p. 218, 2007)

Finalmente, el activismo judicial se presenta como un programa a través del cual la interpretación de las cláusulas constitucionales se desarrolla bajo la comprensión de que estos son

derechos individuales contra la mayoría o el Estado a través de los cuales se puede dar la tutela efectiva de los derechos de los individuos.

### **2.3.Propuesta de Ronald Dworkin frente a la respuesta correcta en derecho**

#### **2.3.1. ¿Por qué existen respuestas correctas para Ronald Dworkin?**

Dworkin (2007) retoma el “velo de la ignorancia” de Rawls a través del cual los individuos llegan a un contrato social mediante el cual se encuentran en una ignorancia temporal que demuestra que éstos seleccionan dos principios de justicia consistentes en “que cada persona debe tener la mayor libertad política compatible con una libertad semejante para todos y que las desigualdades -en el poder, la riqueza, los ingresos y otros recursos- no deben existir, a no ser en la medida en que actúen en beneficio absoluto de los miembros de la sociedad que peor están”. (p. 234) De aquí que estos principios se conviertan en el fundamento de la exigencia del actuar de las instituciones de un Estado.

Sin embargo, en caso de que en el “velo de ignorancia” los intereses de las personas sean contrarios ha de ser necesario llegar a un “equilibrio reflexivo” mediante el cual se busca comprender que algunas creencias ordinarias de la vida cotidiana como justas o injustas. Se hace necesario establecer una estructura de principios que fundamentan convicciones inmediatas más o menos seguras. Aunque no es posible hallar un conjunto de principios coherentes o se debe estar dispuesto a modificarlos, dichos principios regirán nuestro sentido de moralidad y justicia.

Para comprender la “técnica de equilibrio reflexivo” se estudian los hechos de la vida moral y se recurre a las intuiciones o convicciones habituales sobre la justicia para compararlas con las teorías de la justicia. De esta forma debe existir una “teoría de la coherencia” entre la *intuición moral* y la *teoría moral* en la que se conciben dos modelos de trabajo: el *modelo natural* que comprende que la moral es objetiva por lo que no es creada sino *descubierta* por el hombre a través de la *intuición*, mediante un “proceso de reconstrucción de los principios fundamentales” y el segundo modelo que comprende que la *intuición* no es un indicio para determinar principios, sino rasgos con la *teoría general*.

El razonamiento moral o la filosofía moral es un proceso de reconstrucción de los principios fundamentales mediante la disposición de los juicios concretos en el orden correcto, así como el

naturalista reconstruye la forma de un animal entero a partir de los fragmentos de hueso que ha encontrado. (Dworkin, 2007, p. 247)

El *modelo natural* comprende que las intuiciones no son indicios para determinar la existencia de principios, sino rasgos que permiten llegar a una *teoría general*. Este modelo no fija principios de justicia bajo existencias fijas y objetivas. El modelo natural defiende que se siga la intuición. De aquí que un Juez, bajo esta perspectiva, debe estudiar todos los precedentes necesarios para encontrar algún principio innato que permita resolver el caso.

Ahora bien, en cuanto al contrato social de Rawls, ha de ser necesario mencionar que este actúa como un recurso imaginario creado para pensar en la justicia y la posición original. Comprende que dicho contrato conlleva implícitos principios filosóficos que pueden ser estudiados bajo dos teorías morales, la teleológica (fundamentada en los intereses individuales) y la deontológica (pensada desde los deberes consagrados en el contrato social); Rawls toma partido por esta última debido a que toma los derechos en serio que permiten fundamentar una moralidad política. (Dworkin, p. 258, 2007)

Comprendiendo la importancia del *modelo natural* en cuanto a la intuición para descubrir los principios y la *técnica de equilibrio reflexivo* para la reconstrucción de principios que no se encuentran preestablecidos, es necesario mencionar que estos modelos de trabajo son la fundamentación moral para que el Juez Hércules pueda tomarse los “derecho en serio”.

De esta forma, comprendiendo que en el panorama político se discuten temáticas como los derechos de los ciudadanos, la política exterior, las minorías, etc., Dworkin (2007) se pregunta ¿Qué significa tomarse los “derechos en serio”? Ya que, en este contexto se pueden presentar normas morales que poseen una relevancia sustancial como *regla normativa* para la resolución de un caso. A su vez, se pregunta si ¿Puede ser posible la existencia de “derechos morales” en el sistema jurídico? Desde la perspectiva de Bentham esta última idea sería un “disparate en zancos” debido a que los jueces sólo deben resolver con fundamento en reglas normativas estipuladas en la ley; no obstante, los políticos apelan a dichos “derechos morales” para fundamentar sus posiciones, por lo que, en el contexto judicial la posición política del juez conlleva implícita la idea del reconocimiento de derechos jurídicos o morales en la toma de la decisión judicial.

Con todo ello, ¿Qué derechos concretos tiene los ciudadanos? ¿Los de la constitución? La institucionalidad tiene el deber de resolver problemas complejos jurídicos y morales. En ocasiones no existen normas aplicables y no se pueden exigir decisiones adecuadas como en el caso de las

minorías, sino que deben darse decisiones en donde se tomen los derechos en serio mediante una teoría coherente que fundamente dichos principios.

Sin embargo, en caso de que un principio colisione con una ley ¿Existe el derecho a infringirla con fundamento en un principio? Existen posiciones conservadoras que se apegan al cumplimiento de la ley, aunque sea injusta, mientras que hay posiciones liberales que argumentan que puede ser posible la desobediencia de la regla en caso de que sea injusta. Aun así, las posiciones convergen en el deber moral de respetar la ley a pesar de que no les guste. Sin embargo, Dworkin (2007) plantea que ha de ser posible desobedecer la ley bajo una objeción de conciencia en la que el individuo se haga responsable de la infracción y el Juez fallador comprenda que el fundamento de su posición es congruente con el principio que argumenta tener frente a la utilidad general.

Sin embargo, surge la pregunta ¿en dónde se encuentran los derechos morales del individuo para que este en algunas ocasiones pueda infringir la ley por razones de conciencia? Dichos derechos deben ser definidos por el Estado, por lo que deben propender hacia un equilibrio entre el interés general y particular para no llegar a extremos que perjudiquen la sociedad. Estos “derechos morales” no son un don de dios, los “derechos en serio” son una práctica engorrosa y compleja que asegura los derechos de los individuos bajo **la idea de dignidad humana kantiana** y la **igualdad en consideración y respeto de los más débiles frente a los más poderosos**. De esta forma, cuando un gobierno se toma *los derechos en serio* se preocupa por gobernar en un contexto en donde las mayorías prometen a las minorías el respeto por su dignidad y son tratados en igualdad en consideración y respeto para no hacer aflorar conflictos que hagan que el derecho no funcione, de aquí que, **si el Estado no se toma los derechos en serio, entonces no se toma con seriedad el derecho.**

De esta forma, es claro que, en los casos de desobediencia civil, el Juez Hércules debe comprender que, si la ley es dudosa para el ciudadano, éste puede decidir si desea cumplirla a pesar de que el tribunal no se lo permita; esto, constituye precedente debido a que se considera que más equitativo que un ciudadano solo deba lealtad al derecho y no a la opinión que cualquier particular puede dar sobre lo que es el derecho.

En conclusión, frente al punto de la desobediencia a la ley con fundamento en principios Dworkin (2007) observa que, a pesar de que se piense que existe una “respuesta correcta”, lo que el Juez Hércules intenta es generar una propuesta que permita explicar la razón por la cual en los casos oscuros la práctica jurídica conlleva un ejercicio argumentativo que pretende decidir cuál ha

de ser esta respuesta, y dicha respuesta correcta debe adecuarse a los criterios de dignidad e igualdad. (p. 317) Para lo que, teniendo en cuenta la importancia de la libertad en el contexto de la obediencia debe respetarse el derecho a disentir de las leyes por objeción de conciencia y tomar una decisión que suspenda o disminuya la pena por el incumplimiento con fundamento en la fundamentación moral de la institucionalidad.

Ahora bien, en cuanto a la garantía de los derechos de las minorías ha de ser necesario mencionar que la *discriminación inversa* es una forma a través de la cual se garantizan los derechos de los ciudadanos en cuanto a la *igualdad* debido a que se propende por garantizar la igualdad de tratamiento en cuanto a distribución igual de oportunidades, recursos y cargas y, el *derecho a ser tratado como igual* que no consiste en recibir la misma distribución sino en *ser tratado en la misma consideración y respeto* que cualquier persona; por lo que estos derechos en ocasiones no son convergente en algunos casos.

### **2.3.2. ¿Por qué es necesaria la respuesta correcta para Dworkin?**

La tesis de la respuesta correcta para Dworkin nace a partir de la necesidad de proponer una teoría en la que los jueces no decidieran mediante la discrecionalidad debido a que los gustos políticos o morales influyen en la decisión judicial de casos difíciles según investigaciones realizadas por el realismo jurídico norteamericano.

De esta forma, comprende que a pesar de que la *jurisprudencia analítica y sociológica* aportan a la decisión judicial, también se debe tener en cuenta que la *jurisprudencia ética* aporta en cuanto a la relación de los principios con el derecho, esto, debido a que en los casos difíciles los jueces a través de su discrecionalidad toman decisiones basados en reglas, principios y directrices políticas sin darse cuenta y a pesar de que éstas normas jurídicas y morales jueguen un papel fundamental en la decisión judicial.

De aquí, que los juicios morales se incorporen al derecho debido a que la distinción hartiana entre las normas morales y jurídicas se diferencian en que mientras que los jueces toman decisiones basados en normas convencionales (reglas normativas), existe una dimensión ordinaria del lenguaje que extiende la teoría moral (normas sociales) a las normas jurídicas.

En este contexto, la relación entre la libertad y la moralidad juegan un papel fundamental debido a que, si bien es cierto, una sociedad tiene derecho a proteger su existencia a través de sus propias convicciones morales, la sociedad puede adoptar ciertos estándares y defenderlos a través de las

instituciones, en caso de que el grado de intolerancia, indignación y repugnancia haga que sea necesario castigar la conducta. Por esta razón, el legislador debe estudiar en consenso para definir mediante el ejercicio democrático dichas conductas, pero respetando los criterios democráticos estimados en la convicción moral de sus miembros. (Dworkin, p. 353 – 357)

De esta forma, la libertad posee una doble dimensión: como licencia e independencia. La primera, como *licencia*, está relacionada con el grado de libertad en el que una persona está libre de restricciones sociales o jurídicas para hacer lo que desee. Mientras que la libertad como *independencia*, es un estatus en el que una persona es independiente e igual, más que subordinada, se encuentra en condición de igualdad con los demás. (Dworkin, p. 376, 2007)

Entonces, ¿qué derechos tenemos? Tenemos el derecho a ser libres, aunque con las restricciones que justifique el Estado bajo la observación del interés general sobre el particular. Sin embargo, existe posiciones jurídicas irreconciliables que no se puede restringir, relativo al “derecho general a la libertad” debido a que estas, en tanto que libertades básicas, a una igualdad plena, por ejemplo, el derecho a concurrir a la escuela que uno elija” (Dworkin, p. 385, 2007). De aquí se sigue que, más que el grado de impacto por la transgresión al derecho a la libertad, deba analizarse que dicho ataque a las libertades básicas, lleve consigo el atropello por los valores o intereses que resultan vulnerados por esa restricción (Dworkin, p. 386, 2007)

Para Dworkin (2007) la argumentación del Juez Hércules no radica en la libertad sino en la igualdad, por lo que entiende que, dentro de la moralidad política, el gobierno debe tratar a todos sus ciudadanos con *igualdad en consideración y respeto*, por lo que no se puede distribuir los bienes y oportunidades desigualmente a quienes podrían ser dignos de mayor consideración.

De esta forma, a la pregunta de si puede ser posible una única respuesta correcta, debe responderse que, a pesar de que existan diferentes posiciones frente a los conceptos que impiden tomar una decisión, se debe tomar la más acertada; en los casos difíciles puede existir la posibilidad de descubrir y no inventar una respuesta correcta debido a que las partes tienen derecho a esa respuesta y el juez no está en el deber de encontrarla.

En contexto, aunque exista una respuesta sustentada en una sola teoría óptima del derecho a un caso difícil, esta se halla en un recaudo en el cielo de la filosofía jurídica, tan inaccesible a los *legos* como a los juristas o jueces, ya que estos no pueden tener más que su propia opinión y la del juez no ofrece más garantía de verdad que la de los demás.

En un caso difícil, ninguna de las partes tiene derecho a una decisión en su favor, es decir, ninguna de las proposiciones es falsa o verdadera por lo que no existiría una respuesta correcta. Sin embargo, el juez puede formular una teoría basada en reglas fundamentales para tomar una decisión que daría lugar a un “juicio de empate” en el que no se toma partido por las partes en conflicto dando origen al juicio de “no respuesta correcta”, por lo que esta sería la respuesta correcta. Ésta última respuesta tendría el mismo carácter que los juicios “incorrectos” de las partes. (Dworkin, 404, 2007)

En un sistema jurídico primitivo puede ser posible la existencia de empates debido a que no cuentan con suficiente derecho establecido; no obstante, un sistema jurídico más avanzado en el que existan más reglas, prácticas constitucionales, precedentes y estatutos, la probabilidad de empate disminuye al punto que se puede justificar una regla fundamental en la que se elimina la posibilidad de empate en la gama de respuestas a ofrecer por parte de los jueces. Ahora bien, el hecho de existan *casos difíciles en empate*, no significa que todos sean empate, por lo que sí sería irracional decir que todos los casos difíciles tengan respuestas correctas, pero si podría llegarse a ellas.

### Capítulo III. Aulis Aarnio y la respuesta adecuada.

#### 3.1. Introducción al pensamiento de Aulis Aarnio.

En esta primera parte, se realiza el estudio de la distinción entre “casos rutinarios” y “casos difíciles” y el dilema del decisor por parte de Aarnio. El estudio de este punto conllevará a la importancia de comprender la “certeza jurídica” en relación con la imprevisibilidad y el azar del ente decisor que debe tener en cuenta normas jurídicas y extrajurídicas que se encuentren interrelacionadas con las *formas de vida* de la comunidad para tomar su decisión.

En este contexto, ante la inseguridad del ente decisor, el Juez debe justificar su decisión, ya que esto generará mayor aceptabilidad (credibilidad) y posibilidad de ejercer control político sobre sus decisiones (apelación), permitiendo así, mayor certeza en la decisión judicial.

Con todo ello, Aarnio (1991) profundiza en la relación entre la sociedad y el derecho para comprender la influencia del poder en el sistema jurídico y así, comprender la necesidad de generar mayor aceptabilidad por parte de la comunidad en la decisión del Juez. Aquí comprende que el desarrollo histórico del Estado concluye en una crisis de racionalidad interna, racionalidad objetiva y legitimidad que hacen necesaria la toma de decisiones bajo la *aceptabilidad racional*.

Para Aarnio (1991) *lo racional como razonable* se desarrolla en el contexto de distinción entre “casos rutinarios” y “casos difíciles”. Los “casos rutinarios” son aquellos que se producen reiteradamente, produciendo *decisiones rutinarias* en masa: “la decisión es literalmente la aplicación de la ley” (Aarnio, p. 23, 1991). Además, forman parte de la vida cotidiana, son decisiones mecánicas que no permiten discrecionalidad entre alternativas de decisión.

Por otra parte, se encuentran los “casos difíciles” en los cuales se aplican *decisiones discrecionales* en las que una misma norma jurídica puede aplicarse a un mismo conjunto de hechos o puede tener más de una interpretación. Aquí, se encuentra el “dilema del decisor” debido a que el Juez debe actuar conforme al sistema jurídico, pero no puede tomar la decisión impulsivamente, por casualidad o imprevisiblemente, éste se debe adherir a la *certeza jurídica*.

Frente a la *certeza jurídica*, Aarnio (1991) comprende que se da en *sensu stricto* cuando todos los ciudadanos tienen derecho a esperar protección jurídica de los tribunales y, en *sensu largo* cuando la decisión no es arbitraria. De aquí, que el autor fundándose en Brussin, O. (1938) comprenda que la arbitrariedad o la violencia no son ley, debido a que la arbitrariedad es lo mismo que el azar o la imprevisibilidad. (Aarnio, p. 26, 1991)

De esta forma, los tribunales deben comportarse sobre bases racionales que no dan lugar a la imprevisibilidad. Sin embargo, los individuos no solo esperan la eliminación de decisiones arbitrarias, sino también de *decisiones sustancialmente correctas*, comprendiendo que una decisión puede estar conforme a la previsibilidad, pero abiertamente *injusta*.

En este punto, Aarnio (1991) comprende que la *certeza jurídica* consta de dos elementos: i) toda decisión debe estar conforme al derecho válido y, además, ii) estas normas no son completamente autónomas de las normas de la sociedad, ya que estas reciben su contenido de normas morales y otras normas sociales interconectadamente. En palabras de Aarnio (1991): “la decisión tiene que estar conforme a derecho y estar en concordancia con otras normas sociales no jurídicas”. (p. 27)

Dicha *expectativa* de certeza jurídica está concebida como un *fenómeno cultural* contingente enraizado en las *formas de vida* de las culturas jurídicas de los diferentes Estados, entendiendo que: “es un asunto vinculado con los juegos del lenguaje y, por ello, con nuestras formas de pensar y, en última instancia, con nuestra existencia social”. (Aarnio, p. 27, 1991)

De aquí que el Juez tenga la responsabilidad de justificar sus decisiones mediante la satisfacción de las expectativas de certeza jurídica y no en la posición formal de poder que pueda tener. Según el autor, la *aceptabilidad* de la justificación es un medio para asegurar, sobre una base racional, la existencia de certeza jurídica en la sociedad. Aquí, la *apelación* y la *credibilidad* juegan un papel fundamental debido a que: i) en la *apelación* el individuo tiene derecho a recibir información suficiente de los argumentos que sirvieron para resolver la cuestión y así, presentar elementos que pudieron haber influido en la toma de una decisión opuesta y, ii) la *credibilidad* en la que descansa la confianza de ciudadanos que comprenden las razones de por qué el asunto fue resuelto como lo fue, es decir, la desconfianza de los ciudadanos en la sociedad se debe en gran medida por la no aceptación de las razones expuestas por el ente decisor.

### **3.2. Comprensión ontológica del derecho en Aarnio.**

Este capítulo tiene como finalidad comprender los fundamentos ontológicos de la postura de Aulis Aarnio sobre la existencia de las normas jurídicas en relación con *lo racional como razonable*.

Desde este punto se distinguen cuatro corrientes ontológicas: **i)** el *nominalismo* que se refiere a la existencia de entidades individuales, **ii)** el *realismo* que comprende que no solo existen entidades

de orden superior, **iii**) el *conceptualismo* como corriente intermedia que comprende que los conceptos subyacen en la mente humana y, **iv**) el *convencionalismo* que establece que lo ontológico depende de lo acordado.

Una vez Aarnio (1991) identifica dichas corrientes ontológicas que analizan la existencia de la norma jurídica, el autor entiende que la norma jurídica se concibe desde las particularidades del *nominalismo* y *realismo*, por lo que comprende que, a través de los juegos del lenguaje, la existencia de la norma adquiere sentido en las *formas de vida*, es decir, en el lenguaje cotidiano de las personas.

Ante esto, se pregunta ¿Qué significa la existencia de la norma jurídica? Para lo cual responde que la norma jurídica posee una *existencia* que *interrelaciona* la norma jurídica y los comportamientos humanos en los términos del mundo tres (3) de Popper, el cual propone que los productos de la mente humana son independientes de sus productores, así como el lenguaje y el estudio del razonamiento jurídico. De esta forma, la existencia de convenciones determina la existencia de las entidades en los mundos propuestos por Popper.

Finalmente, para terminar esta introducción a este capítulo, el autor considera importante distinguir entre la *existencia* y la *validez* de la norma jurídica debido a que la *existencia* se refiere a aquellos *puntos en común* que se desarrollan como normas en las *formas de vida* de una comunidad primitiva presidiendo del lenguaje, mientras que la *validez* pretende explicar por qué existen posiciones de poder entre las partes dentro de los juegos de lenguaje cuando existen normas jurídicas escritas. Aquí se profundizará lo relacionado con el concepto de “*existencia*” de la norma jurídica en sus dimensiones: sistémica, fáctica y axiológica.

Retomando a Aarnio (1991), el autor comprende que existe un desencuentro entre los fundamentos ontológicos básicos que significan la estructura del mundo: el *nominalismo*, el *realismo*, el *conceptualismo* y el *convencionalismo*.

Para el autor el *nominalismo* solo acepta la existencia de entidades individuales o particulares; el *realismo* observa que no necesariamente existen solo este tipo de entidades de nivel superior; el *conceptualismo* se comprende como corriente intermedia que plantea que los conceptos nacen en la mente del sujeto y, finalmente, el *convencionalismo* argumenta que los compromisos ontológicos dependen del lenguaje y, por tanto, de lo acordado.

En este punto, Aarnio (1991) retomando a Finch y Wittgenstein (1977) comprende que no tienen sentido hablar de la existencia en sí misma, debido a que ésta no puede ser expresada con

palabras. Por ello, lo que *meramente existe* no puede ser expresado con palabras, este mundo es *inefable*, es decir, no puede ser descrito con palabras.

De aquí que hablar de la *existencia* no forme parte de ningún juego del lenguaje, la *existencia* solo tiene sentido cuando existe el esquema de un juego del lenguaje y estos, nacen de las *formas de vida*. El significado de las palabras se debe a las *formas de vida*, por ello, la existencia pura de un concepto no puede ser encontrada por el lenguaje cotidiano.

Es por esta razón que la ontología de la interpretación de la dogmática jurídica de Aarnio (1991) se fundamenta en el *esquema del lenguaje jurídico real*, el cual es necesariamente fundado en el lenguaje común. En palabras del autor: “Así, para tomar un ejemplo, el hablar de la existencia de una norma jurídica obtiene su contenido de significado en los juegos del lenguaje que jugamos en los contextos jurídicos”. (Aarnio, p. 64, 1991)

Ahora, el autor se formula la siguiente pregunta: ¿Cuáles serían los compromisos ontológicos mínimos requeridos por la interpretación en la dogmática jurídica?

A lo que responde que la existencia *nominalista* que parte de entidades particulares se relaciona con el derecho a través de seres humanos que crean, aplican y obedecen el derecho, es decir, poseen propiedades propias de la estructura del lenguaje y las *formas de vida*.

Por lo que la existencia de la norma jurídica se sustenta en sentido *nominalista* a través del lenguaje y el comportamiento humano que dota de sentido al sistema normativo. Entonces, ¿Cuál sería estatus ontológico del comportamiento humano? El comportamiento humano se desarrolla a partir del mundo físico y el mundo de las ideas.

Para profundizar en esta idea, Aarnio (1991) trae a colación a Popper, K. (1972) para reconocer que existen tres tipos de categorías ontológicas:

- **Mundo 1.** Constituido por objetos físicos.
- **Mundo 2.** Constituido por hechos conscientes e ideas.
- **Mundo 3.** Constituido por proposiciones, números, teorías, etc. Este mundo es relativamente independientemente, no puede existir sin los otros mundos.

Frente al *mundo 3* ha de ser necesario mencionar que aquí se encuentran los *productos* de la *mente humana* y estos son independientes al separarse de sus productores, así como lenguaje. En el *mundo 3* se encuentra ubicado el estudio del *razonamiento jurídico*.

Aarnio (1991) se realiza el siguiente cuestionamiento: ¿Qué significa conceptualmente la existencia de las entidades del *mundo 3*? Al respecto, comprende que los números como entidades

abstractas no son lo mismo que figuras contenidas en una hoja de papel, por lo que la existencia de una entidad varía cuando se relaciona con otro mundo. Por esta razón es que a través de una *convención se acepta* la existencia de una entidad perteneciente a uno o varios mundos.

Ahora, existe un punto de vista aceptado por la lógica deóntica que comprende que “una proposición normativa es verdadera si y solo si existe la norma correspondiente” (Aarnio, p. 68, 1991), por lo que, Aarnio (1991) siguiendo a Makkonen, K. (1959) comprende que “una norma puede ser entendida como un contenido de pensamiento (es decir, significado) expresado a través del lenguaje” (Aarnio, p. 68, 1991).

Este contenido de pensamientos no es igual que el pensamiento humano, ni un estado mental; se concibe como mecanismos mentales que se presentan como normas para dirigir la conducta humana.

En este sentido, las normas se asemejan a las creencias o motivos, pero no son solo textos de un ley o precedentes; son una categoría del lenguaje que posee una existencia física derivada de figuras, pero solo esto, no es una norma. Entonces, si el *significado* y el *lenguaje* son entidades del mundo 3, ¿En qué sentido existen?

Aarnio (1991) retomando a Wittgenstein comprende que “x existe en el mundo 3” cuando se comprende que *una expresión no posee significado en sí misma*:

“(…) una palabra adquiere contenido solo en conexión con un juego del lenguaje. Un juego del lenguaje, a su vez, es una dimensión de la llamada forma de vida. Por esta razón, el juego del lenguaje obtiene su contenido de la forma de vida. Además, la forma de vida es una suma de actos. Así encontramos una construcción en donde el lenguaje en sí mismo es actividad y esta actividad obtiene su contenido sobre la base de una actividad que es aún más primitiva. Cuando actos primitivos que pertenecen a una forma de vida tienen suficientes puntos en común, se ha desarrollado un fundamento común para la comprensión. Quienes comparten una forma de vida pueden comunicarse entre sí. (p. 69)

Es por esto por lo que no se puede predicar la independencia entre el lenguaje y el significado, el “significado es el uso de las palabras en el lenguaje” (Aarnio, p. 69, 1991). En un ejemplo, las órdenes dadas por A hacia B sin contar la existencia de un lenguaje sin palabras requieren de una

“comprensión” (puntos en común) que permiten que conforme al juego de ordenes existan individuos con facultades y obligaciones.

Ahora bien, ¿por qué A tiene una posición de poder frente a B en el juego? Esto es un asunto de validez y no, de existencia.

El hecho de que A emita una orden dirigida hacia B, no significa que se formule una proposición empírica que pretenda regir la conducta de B, sino que, dentro de la estructura del juego del lenguaje, la norma *significa* lo mismo que la existencia del lenguaje. Ahora, es claro que la existencia de los contenidos jurídicos se entiende implícitos en las normas jurídicas; no obstante, este tipo de existencia no es la misma que la del lenguaje.

Entonces, ¿En qué sentido “existe” una norma jurídica? Se podría decir que una norma “existe” cuando *pertenece* a un orden jurídico, es decir, una norma jurídica es *válida* cuando hace parte de un orden jurídico; aquí nace el problema de la validez de la norma jurídica. ¿Qué significa que una norma jurídica sea *válida* en un sistema jurídico determinado? (Aarnio, p. 70, 1991)

Para Aarnio (1991) el problema de la *existencia* del derecho se remite a los usos del lenguaje, por lo tanto, el derecho de un orden jurídico determinado puede *existir* como hecho histórico del pasado, pero no ser *válido* para la actualidad. La cuestión de la validez puede ser controlada de varias formas.

Para hablar de *validez* de una norma jurídica, Aarnio (1991) comprende que el *derecho válido* se remite al significado de *válido* como *vigente*, por lo tanto, es el estudio del *derecho vigente*. En este punto, se pueden distinguir tres significados del concepto de validez. El autor retoma Wróblewski, J. (1979) para comprender tres concepciones sobre validez: la *validez sistémica* (validez), *validez fáctica* (eficacia) y *validez axiológica* (aceptabilidad).

La *validez sistémica* de una norma jurídica hace referencia a su validez formal. Para ello, debe cumplir con cuatro condiciones:

- (a) Ha sido aceptada y promulgada según el procedimiento debido, (b) no ha sido derogada, (c) no contradice otra norma del mismo sistema y (d) si hay una contradicción, existe una regla aceptada para solucionar el conflicto. (Aarnio, p. 72, 1991)

Ahora, la *validez fáctica* esta hace referencia a su eficacia real, “la norma N es fácticamente válida en una sociedad si y solo si los ciudadanos la siguen regularmente en su comportamiento, es decir, si la norma es en sentido eficaz en la sociedad”. (Aarnio, p. 77, 1991) Esta validez se

refiere a que los ciudadanos que tengan la posibilidad de comportarse de cierta forma, es decir, se comporten regularmente como determinan las normas jurídicas

Finalmente, la *validez axiológica* o *aceptabilidad* de la norma jurídica se entiende a través de su vinculación con el “derecho natural”, valores como la justicia se convierten en la base de un sistema jurídico determinado.

Entonces, el derecho natural se encontraría por encima del derecho positivo y sería la base de su vigencia; sin embargo, Aarnio (1991) no se concentra en estudiar la teoría del derecho natural, sino en preguntarse: *¿por qué en ciertos sistemas jurídicos existen normas jurídicas que no se aplican?*

El autor comprende que estas normas que no han sido derogadas no responden a un sistema de valores generalmente aceptado por la sociedad, “no todas las normas jurídicas que son válidas poseen, por lo tanto, una garantía de aceptabilidad axiológica. Aquí podemos encontrar el núcleo de la validez axiológica”. (Aarnio, p. 83, 1991) Una norma puede ser aplicada por las autoridades, pero entrar en conflicto con el sistema de valores de una sociedad; de aquí que una norma pueda ser válida sistémica y fácticamente, pero no axiológicamente.

Esta concepción axiológica se encuentra íntimamente ligada con la *certeza jurídica* debido a que esta pretende evitar la arbitrariedad y coincidir con el código valorativo que determina *lo correcto*. Evitar la arbitrariedad requiere acercarse a la previsibilidad y esto, se genera a través de las condiciones del discurso racional.

Finalmente, es importante mencionar que, al hablar de validez, ésta se desarrolla en los tres sentidos anteriormente reseñados. No obstante, la aplicación de los tipos de validez depende de los contextos de los juegos del lenguaje en las diferentes situaciones de la vida cotidiana. Sin embargo, la *validez axiológica* cobra especial importancia debido a que esta se encuentra íntimamente ligada con la *justificación*, para Aarnio (1991) “la base justificatoria de una interpretación consiste en argumentos “extrajurídicos”, entre ellos, un cierto código de valores. Por lo tanto, sólo a la luz de la validez axiológica es posible comprender, por ejemplo, la relatividad de las interpretaciones”. (p. 86)

### 3.3. Metodología de la interpretación y resolución de casos en Aarnio.

Este capítulo tiene como finalidad describir cómo es el método de interpretación de las normas jurídicas planteado por Aulis Aarnio y a su vez, comprender el procedimiento de resolución de casos desde su perspectiva.

De esta forma, para el autor es importante comprender la distinción entre la *estrategia de investigación basada en el texto legal* que se refiere a la interpretación de la ley en cuanto a justificaciones alternativas del texto normativos, centrándose en la ambigüedad de los textos e interpretaciones alternativas y, la *estrategia de investigación basada en el problema* que se refiere a la interpretación de un texto legal relacionado con un problema jurídico imaginario, pero posible en la realidad. De esta forma, un intérprete desea aclarar la interpretación (1) o (2) de un texto legal que trata sobre un problema determinado. En sí, la estructura interna de las dos estrategias de investigación es muy parecida, ya que en los dos casos el investigador pretende la aclaración del contenido de la ley que no es clara.

En este punto, Aarnio (1991) profundiza en el marco conceptual de lo que la dogmática jurídica ha llamado “norma jurídica” como enunciado jurídico para un determinado “orden jurídico”. Luego de este estudio comprende la clasificación de los enunciados jurídicos teóricos y prácticos, y posteriormente, procede a comprender los diferentes tipos de enunciados jurídicos para el intérprete: proposiciones normativas, puntos de vista normativos, recomendaciones.

En contexto, el autor entiende que los puntos de vista normativos proporcionan información acerca del mundo ideal, por lo que en cuanto más aceptable sean, más valor como “derecho válido” tendrán dentro del concepto de aceptabilidad racional. De este modo, un juez no se encontraría interesado en dar meras recomendaciones o deberes técnicos, sino alternativas de solución en la que deba elegir una respuesta concreta.

Aquí, el autor distingue entre dos tipos de enunciados jurídicos: los *enunciados de significados* que pretenden decir algo acerca de una expresión centrándose en el lenguaje y los *enunciados de interpretación* que pretenden aclarar el significado de las expresiones en la que se centra la atención, por lo que distingue diferentes tipos: los *enunciados de interpretación* que expresan *definiciones estipulativas*, *definiciones analíticas* y *definiciones analíticas no descriptivas*; en esta última, se ubican los *puntos de vista interpretativos* debido a que éstas pretenden encontrar la *justificabilidad* de un *punto de vista normativo*, a partir del análisis no estipulativo, ni descriptivo de la norma jurídica. (Aarnio, 1991, p. 101)

De esta forma, se distinguen dos puntos de vista: el *punto de vista interpretativo* y el *punto de vista normativo*, por lo que la diferencia estriba en que el primero, se refiere a interpretación de actos jurídicos de definición de contenidos exactos de textos normativos a través de *enunciados de interpretación*, que al agregar *juicios de valor* son llamados “*puntos de vista interpretativos*” y, los segundos, que se refieren a puntos de vista sobre el contenido de una norma jurídica dentro de un sistema normativo.

Posteriormente, Aarnio (1991) profundiza en las diferentes categorías de norma jurídica como: norma primaria, norma secundaria, norma constitutiva, norma regulativa, norma de competencia y normas discrecionales para comprender que estos puntos son el foco de interpretación y de los puntos de vista normativos en los sistemas jurídicos, por lo que la decisión se debe basar en textos legales y la interpretación que se realicen de estos.

Por esta razón, el enfoque hermenéutico en el marco de la interpretación de los puntos de vista normativos se convierte en un instrumento de que permite lograr una comprensión holística entre el emisor y el receptor de las interpretaciones. De esta forma, la dogmática jurídica entendida bajo la proximidad con las ciencias interpretativas se relaciona con los juegos del lenguaje en donde se desenvuelven los juegos de la interpretación que contienen enunciados descriptivos, normas técnicas, recomendaciones y puntos de vista normativos.

En este estado de la discusión, el autor expone que en la construcción de dicho juego de interpretación deben existir ciertas reglas, entre estas: reglas de interpretación jurídica y fuentes del derecho. Frente a las fuentes del derecho, Aarnio (1991) plantea que son aquellas fuentes de información relevantes sobre las cuales un intérprete debe justificar su punto de vista, entre estas se encuentran: textos legales, historia legislativa, derecho consuetudinario, decisiones de tribunales, principios generales del derecho y principios morales, opiniones doctrinales y razones prácticas o argumentos reales; estas fuentes son categorizadas por el autor como fuentes obligatorias, fuentes que deben ser seguidas y fuentes permisibles del derecho. Por otra parte, Aarnio (1991) desarrolla las reglas de interpretación jurídica como principios o pautas de la interpretación de las fuentes del derecho en el contexto de: i) orden de preferencia de las fuentes del derecho y ii) pautas del procedimiento del razonamiento<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> Aarnio (1991) menciona que el *orden de preferencia* de las fuentes del derecho se refiere aquellas aceptadas por la comunidad interpretativa finlandesa. Ejemplo de ello, un texto legal tiene prioridad sobre las demás fuentes del derecho, sin que importe si están dotadas de autoridad o sean materiales, si no existe disposición legal, la costumbre del país tiene preferencia, los “trabajos preparatorios” prevalecen sobre otras fuentes, ideas de personas que

Finalmente, el autor retoma la problemática de la validez sistémica, fáctica y axiológica, debido a que esta última se relaciona con la aceptabilidad y legitimidad de las normas jurídicas de un sistema normativo, razón por la cual, el autor con base en el concepto *audiencia* profundiza en el *desacuerdo*, distinguiendo entre los desacuerdos lingüísticos y materiales y profundizando en los materiales en teóricos y no teóricos. En los desacuerdos materiales en el ámbito de la interpretación, se relacionan las lagunas y conflictos interpretativos de vaguedad, ambigüedad y textura abierta del lenguaje, por lo que en este contexto el procedimiento del discurso frente a los problemas de la interpretación jurídica debe estar conforme a las reglas de la justificación interna y externa, que permitirán que la interpretación no solo cumpla con las reglas del silogismo, sino también conforme a las normas y valores que permitirán el convencimiento del receptor.

Retomando, Aarnio (1991) plantea que la problemática de la interpretación se desarrolla a través de dos situaciones prácticas de la investigación jurídica: la *estrategia de investigación centrada en el texto legal* y la *estrategia de investigación centrada en el problema*.

La *estrategia de investigación centrada en el texto legal* tiene como finalidad concentrarse en la interpretación de la ley, es decir, justificar una interpretación distinta a la del texto normativo, centrándose en la ambigüedad del texto o interpretación alternativa.

Ahora, frente a la *investigación centrada en el problema* el punto de partida es un problema jurídico imaginario, pero posible en la realidad. De esta forma, un intérprete desea aclarar la interpretación (1) o (2) de un texto legal que trata sobre un problema determinado. En sí, la estructura interna de las dos estrategias de investigación es muy parecida, ya que en los dos casos el investigador pretende la aclaración del contenido de la ley que no es clara.

Para seguir avanzando en el estudio propios de la teoría de la interpretación ha de ser necesario dejar claros ciertos conceptos que permitirán comprender este planteamiento en Aarnio (1991).

Un **orden jurídico** se encuentra conformado por **normas jurídicas**. Un **enunciado normativo** es algo que se dice sobre una **norma jurídica (válida)** en un **orden jurídico**:

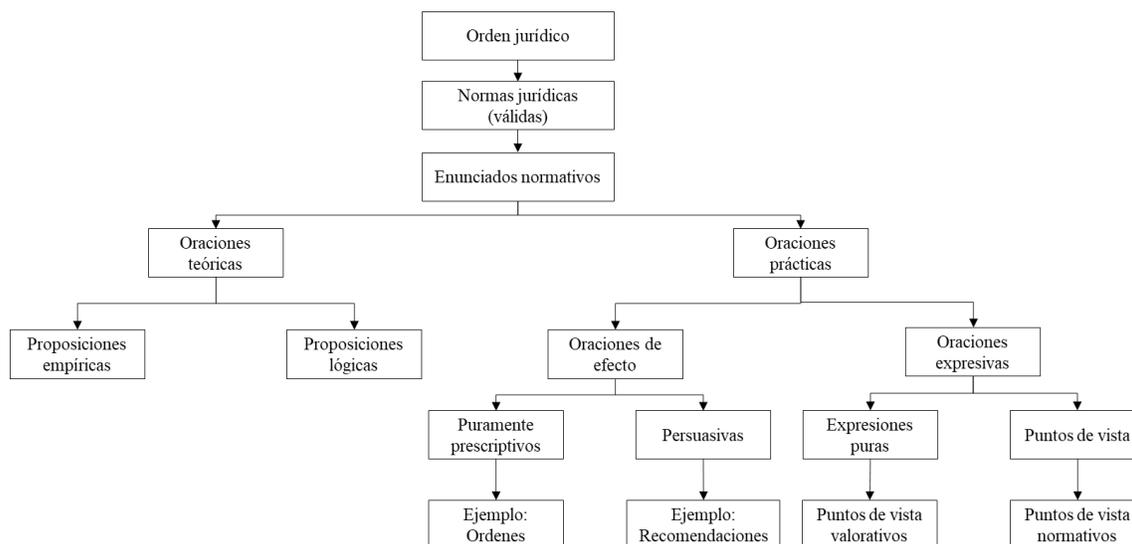
1. Los **enunciados normativos** pueden ser **teóricos** o **prácticos**.

---

participaron el procedimiento legislativo, etc. (p. 143) Mientras que las *pautas del procedimiento del razonamiento* se refieren a los tipos de interpretación que se pueden llevar a cabo: interpretación gramatical, extensiva, restrictiva, argumentum a fortiori y el principio de analogía. (p. 146)

- a. Los **enunciados normativos teóricos** pueden ser **empíricos** o **lógicos**, estos enunciados son llamados **proposiciones**. Tienen diferentes rasgos: son la intensión de una oración, se les asigna el valor de verdadero/falso.
- i. Los **enunciados normativos teóricos empíricos** se refieren a la realidad, la verdad/falsedad de estas proposiciones se rige por la teoría de la correspondencia (Tarski). Se analiza la correspondencia entre la proposición y el mundo empírico.
  - ii. Los **enunciados normativos teóricos lógicos** no atienden a la realidad, ya que son válidas en todos los mundos posibles.
- b. Los **enunciados normativos prácticos** son diferentes y no les es aplicable la teoría de la correspondencia *tarskiana*. Estos enunciados se dividen en dos grupos: **oraciones de efecto** y **oraciones expresivas**. Esta distinción se realiza por la *función* que desempeñan en la comunicación humana.
- i. Las **oraciones de efecto** son aquellas que tienen como finalidad producir un efecto, aquí se encuentran las **oraciones prescriptivas** (normas y mandatos), **oraciones persuasivas** (recomendaciones, etc.) Estos enunciados tienen como *función* influir en la conducta de la otra parte.
  - ii. Las **oraciones expresivas** se encuentran constituidas por **oraciones expresivas puras** (expresiones de actitudes, etc.) y **puntos de vista** (aseveraciones). Estos enunciados tienen como diferencia que solos los puntos de vista se encuentran **justificados**.
    - 1. Los **puntos de vista** se dividen en **puntos de vista valorativos** y **puntos de vista normativos**.
- c. Estos tipos de enunciados u oraciones pueden mezclarse.

Figura No. 1.

*Estructuración del orden jurídico*

Nota: Esta tabla fue elaborada por Aarnio (1991) y reconceptualizada por el autor de este trabajo.

Para Aarnio (1991) los enunciados normativos pueden ser de los siguientes tipos:

**i. El intérprete presenta una proposición normativa.**

La validez de este enunciado normativo concebido como “proposición normativa” se determina a través de su verificabilidad empírica.

**ii. El enunciado normativo relacionado con la aceptabilidad racional es denominado “punto de vista normativo”.**

Este enunciado normativo no solo contiene “proposiciones” determinadas empíricamente, sino también *juicios de valor*, es decir, el intérprete no solo plantea un enunciado normativo relacionado con un estado de cosas empírico, sino que emite un *punto de vista valorativo*.

Un *punto de vista valorativo* es un *enunciado axiológico*. Los *juicios valorativos* se encuentran ligados a los *puntos de vista normativos* y estos no son correctos o falsos en relación con el mundo empírico debido a que no son proposiciones.

El *punto de vista normativo* proporciona información acerca del mundo ideal y cuanto más aceptable sea éste, mayor valor social tendrá como derecho válido, “la aceptabilidad racional es una “pauta” que nos permite reflexionar acerca del “éxito” del punto de vista”. (p. 98)

**iii. Por su naturaleza, las recomendaciones normativas pueden ser fuertes o débiles, esto, de acuerdo con su nivel de justificación.**

En caso de que un individuo, después de presentar su punto de vista, presente una *recomendación normativa* (en sentido débil), esto no elimina la posibilidad de justificar su punto de vista; la recomendación no aumenta o disminuye la aceptabilidad de la justificación.

Una recomendación en *sentido débil* está compuesta por: una concepción justificada del contenido de la norma (validez) y un elemento que recomienda la aceptación (persuasión). Ahora, si un individuo presenta una recomendación, sin justificación alguna, esto es una recomendación en *sentido fuerte o genuina*, la relevancia del punto de vista reside solo en la autoridad del individuo. Desde la certeza jurídica, es un “juicio basado en gustos personales”, este tipo de recomendaciones no pueden ser cuestionadas racionalmente, ya no poseen ninguna justificación.

En conclusión, la dogmática jurídica está compuesta por diferentes tipos de enunciados normativos, entre estos: enunciados empíricos, normas técnicas, puntos de vista y recomendaciones normativas.

Sin embargo, en la interpretación lo importante no es cuál es más usada, sino comprender que estos se utilizan en el marco de *los juegos del lenguaje*, por lo que Aarnio (1991) se concentra en los **puntos de vista normativos** debido a que nacen en la práctica jurídica, allí es donde el Juez “expresa su opinión acerca de la decisión correcta”. (p. 100)

Ahora bien, en este contexto se desarrollan los **enunciados de significado** que se concentran en descubrir el significado del lenguaje mismo y, los **enunciados de interpretación** que pretenden delimitar las alternativas de elección del significado. Razón por la cual, Aarnio (1991) comprende que “un enunciado de interpretación es un enunciado de significado que aclara el significado de la expresión en la que se centra la atención” (p. 101). Estos pueden ser de diferentes tipos:

- i. Enunciados de interpretación que expresan una definición estipulativa<sup>6</sup>.
- ii. Enunciados de interpretación que expresan una definición analítica<sup>7</sup>.
- iii. Enunciados de interpretación que expresan definiciones no analíticas y no estipulativas<sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup> El significado de una expresión depende de una convención, no puede verdadera o falsa, se utiliza para complementar, simplificar o aclarar el uso acordado del lenguaje.

<sup>7</sup> Esta definición se encuentra basada en el contexto jurídico, por lo tanto, una expresión jurídica es analizada bajo el uso de otras expresiones jurídicas, restringiendo el uso del lenguaje ordinario.

<sup>8</sup> Estas definiciones son descriptivas y enuncian que la extensión de una expresión es la misma que otra expresión, esto se relaciona con las definiciones reales.

iv. Enunciados de interpretación que expresan definiciones analíticas y no descriptivas.

En este último tipo de enunciado interpretativo es necesario mencionar que los puntos de vista interpretativos no buscan entender lo “descriptivo” o “estipulativo”, sino la *justificabilidad del punto de vista normativo*, no es solo una recomendación o acuerdo, es un punto de vista justificado acerca del contenido de una norma jurídica del sistema.

Ahora, comprendiendo la diferencia entre la *estrategia de investigación centrada en textos*, la dogmática jurídica se enfoca en la interpretación de actos jurídicos, ya que lo que pretende un investigador es dar contenido exacto de significado a un texto normativo.

En este sentido, este investigador con el ánimo de elegir el significado “correcto” de un texto legal, formula un *enunciado de interpretación* y si le agrega un juicio de valor se le llama **punto de vista interpretativo**.

Sin embargo, se puede generar un **punto de vista normativo** si realiza el mismo ejercicio con respecto a una norma jurídica que hace parte del sistema jurídico. A continuación, se presenta la clasificación de los enunciados de interpretación:

Figura No. 2.

*Enunciados de interpretación*

<b>Enunciado de interpretación</b>	
Definición analítica y descriptiva	Definición estipulativa
Definición no analítica y descriptiva	Definición analítica y no descriptiva <b>(Punto de vista interpretativo)</b>

Nota: Esta tabla fue elaborada por Aarnio (1991) y reconceptualizada por el autor de este trabajo.

En este contexto, es necesario entender la importancia de la interpretación jurídica desde la teoría de la interpretación, comprendiéndola como un proceso hermenéutico en el que la dogmática jurídica estudia la justificación de los *puntos de vista normativos* para preguntarse por lo racional y razonable que pueda ser una norma en un sistema jurídico válido.

Aquí, la interpretación es un asunto lingüístico que se genera en los textos legales y de allí, surgen los *enunciados interpretativos* que se convierten en *puntos de vista normativos*, razón por la cual cabe preguntarse: ¿Cómo se puede conferir credibilidad a la interpretación que sostiene cierto significado como racionalmente justificado y correcto?

El enfoque hermenéutico ofrece una respuesta que se relaciona con la teoría general que atribuye significado al lenguaje. De esta forma, para la hermenéutica toda **comprensión** está basada en una **precomprensión**, concebida como entidad o unidad de significado entendida previamente, es decir, para comprender algo se necesita de una idea anterior que permita comprender la nueva idea. Para Aarnio (1991), comprender un texto legal, necesariamente implica acercarse de algún lugar, por ejemplo, los precedentes, la historia legislativa, etc.

La comprensión se encuentra basada en dos factores: i) la relación entre la parte y el todo<sup>9</sup>, y, ii) la intelección de nuevas conexiones de significado<sup>10</sup>. Estos factores no se encuentran basados en un conjunto cerrado de procedimientos, por lo que la interpretación no depende de reglas unívocas debido a que las oraciones se encuentran conectadas entre sí, de una forma no-deductiva y, sin embargo, plausible. “La hermenéutica no es, pues, una deducción en el sentido exacto de la palabra”. (Aarnio, p. 114, 1991)

En este punto, menciona el autor que se da el apoyo más importante del enfoque hermenéutico a la dogmática jurídica, debido a que las expresiones solo tienen sentido cuando se relacionan con otras, por lo que, la lectura del todo depende de cómo han sido leídas las expresiones parciales y aquí surge el *circulo hermenéutico*. De esta forma, el intérprete comprende que **una interpretación exitosa es aquella en la que el receptor entiende igual que el emisor**.

En palabras de Aarnio (1991): “la interpretación correcta es una interpretación que hace que la interpretación sea comprensible para su receptor, para la persona a la cual el intérprete se dirige”, es decir, se logra el *feed-back* que permite comprobar que no hay nada nuevo en la información disponible en el círculo hermenéutico.

Ahora, para Aarnio (1991) la naturaleza de la interpretación de la dogmática jurídica es especial debido a que su cercanía con las ciencias interpretativas demuestra más relación con las humanidades que con las ciencias sociales empíricas. Esto, puede generar malentendidos, uno de ellos es que la interpretación en la dogmática jurídica sea clasificada, a través de un núcleo típico de la **interpretación correcta**. De esta forma, la interpretación jurídica no es la presentación

---

<sup>9</sup> Esta relación entre la parte y el todo hace referencia a que una expresión individual adquiere significado cuando hace parte del todo. Para profundizar sobre esta temática, ver Aarnio (1991) *La interpretación como proceso hermenéutico*. Lo racional como razonable. Págs. 112 – 117.

<sup>10</sup> Al relacionar las partes con el todo, se generan nuevas conexiones de significados. Para profundizar sobre esta temática, ver Aarnio (1991) *La interpretación como proceso hermenéutico*. Lo racional como razonable. Págs. 112 – 117.

enunciados empíricos (normas técnicas, predicciones, etc.), por lo que en la práctica real pueden existir diferentes alternativas de solución para un caso concreto.

La dogmática jurídica está compuesta por los diferentes juegos del lenguaje, allí se desenvuelven los juegos de interpretación entre: los enunciados descriptivos, normas técnicas, recomendaciones y puntos de vista normativos. Sin embargo, los puntos de vista normativos no se desarrollan en un “juego internamente homogéneo”, debido a que en la práctica real se dan diferentes formas de llegar a una solución.

En este sentido, Aarnio (1991) plantea que existe una interrelación que se determina a través del lenguaje entre: la interpretación literal, el análisis conceptual, la presentación de los datos empíricos y las evaluaciones, por lo que la interpretación se define a partir de los puntos de vista interpretativos que se generan a través de la combinación de las partes. En este contexto, los juegos del lenguaje se relacionan con la certeza jurídica, debido a que los individuos esperan decisiones racionales y aceptables por lo que plantea un juego del lenguaje en donde la justificación sea relevante y realizable, no obstante *factores causales* en los que los participantes pueden evaluar la justificación y realizar sus conclusiones.

En este punto, la construcción del juego interpretativo debe estar constituida por ciertas “piezas”, es decir, por bases que permiten que el intérprete pueda ofrecer sus conclusiones. De esta forma, las reglas del juego se constituyen por las *reglas de la interpretación jurídica*<sup>11</sup> y las bases de la interpretación son las *fuentes del derecho*<sup>12</sup>, las reglas definen como usar las fuentes.

Aarnio (1991) plantea que en este ejercicio interpretativo se generan dos tipos de transformaciones: “**transformación en derecho**” y “**transformaciones en el derecho**”, por lo que comprende que la primera hace referencia a la validez sistémica, mientras la segunda se refiere al “salto” a través del cual el intérprete justifica mediante las fuentes del derecho logrando así una conclusión racional y razonable (generalmente aceptada). (Aarnio, p. 121, 1991)

---

<sup>11</sup> Aarnio (1991) entiende que las **reglas de la interpretación jurídica** se entienden como pautas de la interpretación jurídica, entre estas se pueden mencionar: el orden de preferencia de las fuentes del derecho, las pautas del procedimiento del razonamiento.

<sup>12</sup> Aarnio (1991) comprende que las fuentes del derecho son aquellas fuentes de información a través de las cuales el intérprete trata de justificar una solución mediante textos relevantes. Entre estas fuentes, enuncia las del derecho finlandés: textos legales, historia legislativa, derecho consuetudinario, decisiones de tribunales, principios generales del derecho y principios morales, opiniones doctrinales y razones prácticas o argumentos reales. Aquí, siguiendo a Peczenick (1975) entiende que las fuentes del derecho se encuentran divididas en tres categorías que permiten definir su vinculatoriedad: fuentes obligatorias, fuentes que deben ser seguidas y fuentes permisibles del derecho.

En el contexto de la validez de las normas jurídicas, se puede presentar la validez sistémica, fáctica y axiológica. Sin embargo, la validez axiológica se relaciona directamente con la legitimidad y aceptabilidad por parte de una sociedad determinada. De esta forma, **el derecho de una sociedad debe ser racionalmente considerado, y considerado como legítimo razonablemente.**

De aquí que el problema se centre en cómo justificar racional y razonablemente, por lo que el autor plantea un escenario de diálogo en donde A presenta una justificación y, B juzga la validez de esta justificación; esta justificación va dirigida a un grupo que se llama **audiencia**. En este punto, es necesario mencionar que el punto de partida de dicho diálogo es un **desacuerdo** y, de este último se desprenden dos tipos de desacuerdo: i) el desacuerdo lingüístico o fáctico<sup>13</sup> y, ii) el desacuerdo material<sup>14</sup>. Frente al *desacuerdo material* debe mencionar que existen dos tipos: el *desacuerdo teórico* y el *desacuerdo no teórico*. El *desacuerdo teórico* se refiere a la diferencia entre sistemas cognitivos entre A y B, cuando las personas tienen valores o principios distintos y éste se divide en dos subtipos: las diferencias de opinión frente a un mismo hecho o las diferentes concepciones teóricas sobre el mundo.

Para Aarnio (1991) los desacuerdos materiales se dan en el ámbito de la interpretación, expresamente en las lagunas y conflictos interpretativos en el contexto jurídico. De esta forma, en caso de que la ley sea exacta e inequívoca, no existiría la necesidad de justificar una posición ante el desacuerdo. No obstante, la naturaleza del lenguaje es contraria a esta premisa y la justificación nace ante la necesidad de resolver los desacuerdos.

Conforme a lo anterior, normalmente el lenguaje ordinario y jurídico con su grado de supergeneralidad, resulta vago y ambiguo, por lo que en ocasiones algunos términos no cuentan con definiciones exactas, sino que obedecen al contexto de otras expresiones lenguaje, es decir, el lenguaje obtiene significado del propio lenguaje. Para Aarnio (1991) los términos pueden ser clasificados en los siguientes subgrupos: i) un término puede ser vago al no tener un significado preciso, ii) un término puede ser ambiguo al tener varios significados, iii) un término puede ser valorativamente abierto al tener una base extrajurídica de interpretación, iv) pueden existir lagunas

---

<sup>13</sup> Este desacuerdo se refiere a cuando un individuo utiliza la misma expresión para referirse a cuestiones diferentes o utilizar diferentes expresiones para referirse a una misma cuestión.

<sup>14</sup> Este es un desacuerdo de los individuos, sin importar los términos, tienen diferentes puntos de vista sobre el asunto denotado por el lenguaje.

normativas que deben ser resultas mediante la argumentación jurídica, al respecto Aarnio (1991) menciona que:

“Siguiendo a Wittgenstein, podemos decir que el juego de la argumentación en casos de laguna pertenece a aquellos juegos del lenguaje que se juegan en el lenguaje jurídico. Así es natural y, desde el punto de vista de la sociedad, está justificado interpretar el llenado de una laguna como una de las tareas normales de la dogmática jurídica cotidiana.” (Aarnio, p. 162, 1991)

Ahora bien, frente al procedimiento del discurso debe mencionarse que en este surgen los problemas de interpretación jurídica debido a que un demandante formula una exigencia y un demandado trata de resistirse en contra de estas, mediante razones referidas a los hechos o la interpretación de la ley. Frente a esto, el autor ha desarrollado ciertas cadenas de argumentos que permiten comprender como es el desarrollo argumentativo entre las partes en el proceso discursivo.

No obstante, surgen las preguntas: ¿Las cadenas de justificación poseen algún fin? Para lo cual plantea Aarnio (1991), que la interrupción de las cadenas de argumentación en el procedimiento discurso se dan en el estadio de aceptación de algún argumento por parte de una comunidad o auditorio.

En este punto, siguiendo a Aarnio (1991) existen dos tipos de justificaciones: la justificación interna y la justificación externa de una proposición interpretativa. Frente a la **justificación interna** observa que esta se da cuando se deriva una interpretación a partir de las premisas conforme a las reglas de la inferencia, así existe una regla que prueba la racionalidad interna de la decisión; mientras que la **justificación externa** se refiere a la decisión que es calificada como buena conforme a las pautas de la persona que la cualifica.

Una decisión puede tener una justificación interna, pero no contar con la externa; la justificación externa conlleva la validez de las premisas, las reglas de la inferencia y, además, al final depende de las normas y valores que cada persona tiene en su justificación. De aquí que para Aarnio (1991) los problemas de la justificación siempre estén vinculados con la justificación externa. (p. 167)

La interpretación jurídica no es solo de naturaleza silogística, la justificación externa no es silogística, es una cuestión convencer a la otra parte, al destinatario de la interpretación.

### **3.4.Propuesta de Aarnio frente a la respuesta adecuada en el Derecho.**

Finalmente, este último capítulo pretende describir la propuesta de Aulis Aarnio frente a la respuesta adecuada en la decisión judicial. De esta forma, el autor enmarca esta propuesta en lo que concibe como *aceptabilidad de los enunciados interpretativos*, ya que en este punto se generan interpretaciones alternativas o una interpretación correcta para la resolución de un caso.

Aquí, Aarnio (1991) analiza las posiciones propuestas por Wroblewski (1974) y Dworkin (2007) frente a la respuesta correcta, comprendiendo que una de las mayores dificultades de esta tesis se relaciona con la certeza jurídica y la igualdad de tratamientos de los individuos en la sociedad, debido a que la imposibilidad de predecir una decisión fundamentada en el sistema normativo estaría en contra de los principios mencionados.

Conforme a lo anterior, la aceptabilidad de los enunciados interpretativos se encontraría relacionada con un punto de vista interpretativo justificado que permite que el intérprete pueda elegir cierta alternativa bajo una justificación que permitiría lograr la aceptabilidad racional del auditorio. De aquí que el ente decisor teniendo en cuenta las fuentes del derecho y las pautas de interpretación jurídica podrá tomar la decisión mejor justificada.

De esta forma, el autor se pregunta qué tipo de enunciados son aceptados, con qué contenido material y cómo se encuentran vinculadas las fuentes del derecho; para lo cual, responde que esto se encuentra relacionado con las pautas de clasificación de las fuentes del derecho, el sistema de valores aceptado como base de las justificaciones y conforme a los criterios de razonabilidad práctica que fundamentan la justificación.

Para Aarnio (1991) la aceptabilidad de la justificación jurídica se relaciona con lo que se concibe como “racional” y “razonable”, por lo que profundiza en torno a estos conceptos estableciendo la distinción entre la racionalidad general, racionalidad jurídica, racionalidad teleológica, racionalidad institucional, racionalidad comunicativa, racionalidad teórica, racionalidad práctica, racionalidad de los fines y racionalidad de los valores.

En este contexto, el autor comprende que la racionalidad moderna del derecho es formal debido a que es dispuesta para lograr los fines que se consideran dignos de ser promovidos, siendo así, un instrumento como sistema normativo cerrado, completo y de lógica tradicional; no obstante, retoma a Wittgenstein para entender que esta racionalidad lógica y formal, no está teniendo en cuenta la racionalidad práctica. De aquí que, dentro de un contexto de acción comunicativa, el consenso demuestre que la comprensión mutua se genera dentro de los términos de la aceptación

racional que aceptan las partes al estar acorde con el trasfondo cultural que subyace a las formas vida.

Conforme a lo anterior, para llegar a este consenso es necesario cumplir los requisitos básicos para la comunicación humana, el principio de la ética discursiva y el principio de universalidad; ya que estos principios propios de la racionalidad comunicativa deben respetar el proceso de racionalidad - *L* (justificación interna) y racionalidad – *D* (justificación externa) que comprende el procedimiento discursivo racional. El término de la aceptabilidad racional se genera a partir de la racionalidad *sensu largo* que liga los razonamientos que hace parte de parámetros lógicos propios de la lógica tradicional (justificación interna) y los parámetros del discurso práctico (justificación externa)

Finalmente, Aarnio (1991) comprende que para llegar a la aceptación racional es necesario el estudio de una *teoría procedimental del razonamiento jurídico* y una *teoría substancial* referida a la *aceptabilidad material* que se tomará en consideración con la teoría de la audiencia que aceptará en términos racionales y razonables las justificaciones allegadas por el ente decisor.

Retomando lo anterior, la propuesta de Aarnio (1991) sobre la respuesta adecuada o razonable se enmarca en su concepto sobre **“la aceptabilidad de los enunciados interpretativos”**. Para ello, este autor comprende la necesidad de entender la tesis de la única respuesta correcta, ya que a partir de aquí se generan dos posibilidades: o bien existe una interpretación correcta, o hay más de una interpretación alternativa.

Frente al debate de la respuesta correcta, Aarnio (1991) trae a colación a Wroblewski (1974) para establecer que sobre este punto se han tratado tres posibilidades: i) el principio de la respuesta correcta se encuentra interrelacionado con la división tripartita del poder en la sociedad<sup>15</sup>, ii) el principio de la respuesta correcta y su relación con rasgos ideológicos<sup>16</sup> y iii) el principio de la respuesta correcta y su relación con el silogismo<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> Esta tesis parte del supuesto de Montesquieu a través del cual, el poder judicial solo tiene la función de aplicar la normatividad dispuesta por el poder legislativo.

<sup>16</sup> Esta tesis comprende que pueden existir dos más respuestas correctas en una decisión judicial. Sin embargo, se puede generar la pregunta: ¿Existe más de una respuesta para cada caso? Aarnio (1991) identifica tres tendencias: una *doctrina en sentido fuerte* que plantea que, si puede ser encontrada dicha respuesta a través de las fuentes del derecho y las directrices de la interpretación jurídica, una *doctrina más débil* que entiende que la respuesta correcta existe, pero no puede ser encontrada en la práctica y una *doctrina menos débil* que concibe que la respuesta correcta existe, pero no se puede encontrar.

<sup>17</sup> Esta tesis entiende que la respuesta correcta se encuentra a través de la lógica de la subsunción entre la premisa mayor y la menor.

De esta forma, el autor comprende que la segunda tesis es la más cercana a comprender la cadena de justificaciones debido a que el intérprete debe verificar la verdad de los enunciados interpretativos, es decir, “la justificación está orientada hacia la presentación de enunciados interpretativos verdaderos”. (Aarnio, 1991, p. 212)

En este contexto, Aarnio (1991) estudia la tesis de la repuesta correcta de Dworkin (2007) en el texto *Taking Right Seriously* comprendiendo que: i) Este autor se enfrenta con el positivismo jurídico y su visión de los derechos solo contenidos en la ley, ii) se opone al utilitarismo del positivismo y su postura de la prevalencia de los derechos de la mayoría sobre la minoría, iii) comprende la existencia de los derechos institucionales y derechos individuales, iv) reflexiona entorno a los derechos *ex ante* que tienen todos los individuos, v) entiende que los casos difíciles relacionados con los problemas del lenguaje jurídico deben ser resueltos conforme a la Ley, vi) comprende que en ocasiones los derechos pueden colisionar, pero estos problemas deben ser resueltos a través del peso, vii) comprende que la “teoría jurídica básica” pretende *justificar lo mejor posible* las decisiones del Juez Hércules y, viii) entiende que la “mejor decisión posible” es un ideal de decisión correcta en la que se busca concordar con un ideal.

Es por esta última razón, que Aarnio (1991) crítica la postura de Dworkin debido a que “la mejor decisión posible” asume justificaciones como *absolutas*, por lo cual entiende que la cultura jurídica (occidental) no está basada en este tipo de ideas, la teoría dworkiniana no satisface las necesidades de la dogmática jurídica. (p. 217)

Ahora bien, la **aceptabilidad de los enunciados interpretativos** siempre se encuentra vinculada con un **punto de vista interpretativo**, que permite que el intérprete pueda elegir entre dos alternativas; sin embargo, para que este intérprete elija, necesita de una **justificación**, sino sería una elección sin ninguna razón, lo cual no generaría las bases de la **aceptación racional**.

Para Aarnio (1991) la justificación se concibe como un “procedimiento del discurso práctico racional” (p. 237), cuando se justifica un punto de vista interpretativa se sigue este procedimiento. Sin embargo, ¿En qué punto se debe cerrar la cadena de razones? ¿Qué es un **punto de vista interpretativo justificado**? El autor presenta la siguiente caracterización:

(P) Tomando en cuenta todas las fuentes del derecho (F), la interpretación *II* del texto legal *Li* es la mejor justificada.

De esta forma, el interpreta A al encontrarse con dos alternativas de interpretación *II* y *I2* deberá seleccionar la que esté “mejor justificada”, de acuerdo con las siguientes precondiciones: i) El

intérprete ha utilizado las fuentes del derecho (*F*) conforme a las pautas de la interpretación jurídica, ii) Todas las pautas de interpretación se encuentran abiertas desde su contenido, es decir, todas las pautas con respecto a los principios se encuentran abiertos a criterios valorativos en los casos difíciles de elección de alternativas. Se debe tener en cuenta el orden de preferencia de las fuentes del derecho.

En este punto, al presentarse dos puntos de vista interpretativa bien justificados se debe tener en cuenta otros puntos: i) ¿Qué tipo de enunciados son aceptados? ii) ¿Cuál es el contenido material de los enunciados? iii) ¿De qué manera se encuentran vinculados las fuentes del derecho? – ¿Orden y peso?

La primera y segunda pregunta se responden de acuerdo con las pautas de clasificación de las fuentes del derecho, el sistema de valores aceptado como base de las justificaciones y el objeto de la justificación; la última pregunta, responde conforme a los criterios de razonabilidad práctica y el sistema de valores mencionado. Al respecto, observa Aarnio (1991) que:

Hay buenas razones para repetir en esta fase que el procedimiento de justificación es esencialmente dialógico. Es una secuencia de preguntas y respuestas sobre la base de la cual son presentados diferentes argumentos en pro y en contra. De esta manera, el intérprete encuentra finalmente una combinación de proargumentos necesaria para la justificación. El destinatario puede aceptar racionalmente la interpretación sólo si la justificación tiene como resultado un haz coherente de enunciados y si el haz satisface los criterios (i) – (iii). Esto significa que el procedimiento del discurso tiene que ser aceptado y que el intérprete comparte los argumentos con el destinatario. (p. 239)

Conforme a lo anterior, se comprende que todas las razones han sido utilizadas racionalmente, por lo que, satisfechas las precondiciones generales de la racionalidad y las pautas especiales de la interpretación jurídica, el receptor se podrá asegurar de la justificación del intérprete. De esta forma, la distinción entre las mejores interpretaciones se definirá por las diferencias entre los **juicios de valor**, ya que **la mayor coherencia con el sistema de valores proporcionará la mayor aceptabilidad racional**.

Entonces, ¿Qué es la aceptabilidad racional en relación con la justificación jurídica? ¿En un contexto de relativismo axiológico puede ser posible la aceptabilidad racional?

Aarnio (1991) comprende que lo “razonable” y lo “racional” se desarrollan en diferentes contextos, por lo que, el primer concepto se refiere a cierto grado de consideración con las demás

personas, mientras el segundo concepto sería lo contrario. En este punto, se conoce la “**racionalidad general**” y la “**racionalidad jurídica**”, la última relacionada con el paradigma de la dogmática jurídica, en el cual se estudia la justificación jurídica y su relación con las pautas de interpretación y las fuentes del derecho<sup>18</sup>.

De esta forma, la **aceptabilidad racional** se concibe como “una propiedad del resultado final del procedimiento de justificación jurídica. Por consiguiente, se habla de aceptabilidad racional de los puntos de vista interpretativos”. (p. 241) En este punto, comprende el autor que la **interpretación jurídica** se manifiesta en un **diálogo** concebido como forma de comunicación humana, que se desarrolla dentro de la **racionalidad comunicativa** que se vincula con los procesos de argumentación y convencimiento. Así pues, “la racionalidad comunicativa es la base de la comprensión humana y, además, la base de la aceptabilidad”. (p. 241)

En este punto, el autor siguiendo Weber distingue entre diferentes tipos de racionalidad: la *racionalidad teórica* y la *racionalidad práctica*, para lo cual, la *racionalidad jurídica* se encuentra entre estas dimensiones. Aquí, la racionalidad jurídica se entiende desde la *racionalidad de los fines* centrada en el comportamiento racional de los medios y los fines<sup>19</sup>, la eficiencia, etc., y la *racionalidad de los valores* referida al sistema de creencias que las personas consideran valiosas por determinar qué acciones son buenas o malas, estas pueden estar relacionadas con ideas religiosas.

La racionalidad moderna del derecho es *formal* y se encuentra enfocada en comprender el derecho como un medio para lograr determinados fines, convirtiéndose en un sistema normativo cerrado y completo. Sin embargo, Aarnio (1991) siguiendo Wittgenstein plantea que esta racionalidad se ha ampliado al comprender que el lenguaje son más que signos que se refieren a lo externo, sino que también el lenguaje es práctico y su forma de acción se desarrolla a través de los juegos del lenguaje.

---

<sup>18</sup> En este punto, la *racionalidad jurídica* comprende dos tipos: la *racionalidad teleológica o finalista* que se refiere a un sistema de normas flexibles y, la *racionalidad institucional* que subyace al sistema jurídico en sí mismo, con sus normas, principios, etc. La racionalidad institucional es necesaria para el razonamiento jurídico y el papel de la dogmática jurídica es interpretar dicha racionalidad.

<sup>19</sup> Siguiendo a Aarnio (1991) la racionalidad de los medios y fines “esta basada en el razonamiento medio-fin (métodos). 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 sólo condiciones del comportamiento o medios para la persona que actúa. La palabra clave de la racionalidad de los fines es eficiencia. La única pauta para la acción es cuán eficiente son los medios utilizados para la promoción de los fines. En este tipo de situación, los medios comienzan muy fácilmente a determinar los fines. Sólo aquellos fines a cuyo servicio están los medios seleccionados son buenos y dignos de ser promovidos” (p. 242)

De esta forma, el autor siguiendo a Habermas plantea que la *acción comunicativa* es el resultado de la *comprensión mutua*, es decir, el **consenso**. De esta forma, la racionalidad formal del derecho no podría ser aplicada bajo este enfoque, Aarnio (1991) menciona que:

El único fin que se trata de obtener por medio del lenguaje y la comunicación es que ambas partes de la comunicación se entiendan entre sí. El resultado es aceptado porque las partes de la comunicación se entiendan entre sí. El resultado es aceptado por las partes de la comunicación si comparten el mismo trasfondo cultural. Tienen una *Lebenswelt* común y, como consecuencia de ello, es posible la comprensión mutua. (p. 243)

Ahora bien, solo es posible la **comprensión mutua** en una situación libre de **compulsión**, una discusión libre en la que se den explicaciones, sin influencias externas, persuasiones, manipulaciones o inducciones al error. Solo aquí se genera **el mejor argumento**. En una especie de **situación ideal de la discusión** en el que las partes están dispuestas a aceptar ciertas condiciones básicas para la comunicación, también llamadas **cualificaciones básicas para la comunicación**.

Cuando una discusión se trata sobre **realidad objetiva**, los argumentos serán **verdaderos**. La **corrección** es una condición para la presentación de normas y enunciados normativos. Además, se debe ser **sincero** con lo que respecta a sus enunciados, esto se puede establecer a través de la concordancia con sus ideas, sentimiento y expectativas. Las cualificaciones básicas para la comunicación son la verdad<sup>20</sup>, corrección<sup>21</sup> y la sinceridad; **según Habermas estos son los requisitos básicos para la comunicación humana**.

Habermas llama **discusión teórica** a la acción comunicativa sobre la verdad del enunciado y **discusión práctica** a la argumentación de corrección de enunciados normativos. Estos argumentos deben darse en una **situación ideal de discusión**. Siguiendo a Habermas existen tres reglas sin las cuales no se puede llevar a cabo una situación ideal de discusión: i) Toda persona tiene el *derecho de participar* en la situación de discusión, ii) Toda persona tiene el *derecho a discrepar* de un enunciado formulado en la discusión y a formular un contraargumento de cualquier tipo y iii) No

---

<sup>20</sup> La “verdad” se relaciona con aquellas proposiciones que pueden ser sometidas a pruebas fácticas para determinar su veracidad empírica.

<sup>21</sup> En la “corrección” no se puede determinar la verdad o falsedad de una proposición, ya que ésta se refiere a una norma. En este caso, las dudas por parte del destinatario se deben resolver a través de la argumentación debido a que existe una “expectativa táctica de corrección”.

puede impedirse a nadie, mediante compulsión interna o externa, que tome parte en la discusión o formule críticas. (Aarnio, p. 245, 1991)

En este punto, los numerales (1) y (3) son criterios que permiten evaluar si se trata de una **discusión racional** dentro de los términos de la **acción comunicativa**. Además, Habermas adhiere otro requisito: el **principio de ética discursiva** en el cual “solo son válidas aquellas normas que todo aquel que pertenece a su esfera de influencia puede aceptar en tanto participante en una discusión práctica. (Aarnio, p. 245, 1991)

Esto último, abre la discusión sobre el contenido de las normas y aprobación general, por lo que el **principio de universalidad** da respuesta parcial, comprendiendo que éste pretende que solo son normas válidas aquellas que han sido aprobadas por todas las personas y regulan intereses mutuos. De esta forma, el **principio ético discursivo** y el **principio de universalidad** en la discusión práctica pueden dar lugar al consenso de lo correcto o incorrecto en lo relativo a las normas.

Ahora bien, este tipo de razonamiento puede ser entendido de dos maneras: **i)** la primera, se refiere a la forma de razonamiento y su naturaleza se desarrolla a través de la inferencia deductiva, siempre racional, a lo cual Wroblewski se refiere como **justificación interna** y Aarnio (1991) como **racionalidad – L** y, **ii)** la segunda, se refiere al razonamiento práctico, en donde se tienen en cuenta las reglas del proceso discursivo y no solo las reglas de lógica. Alexy se refiere a éstas como **justificación externa** y Aarnio (1991) como **racionalidad – D**. Este último autor comprende que la racionalidad posee dos caracterizaciones: **i)** Racionalidad *sensu stricto* = Racionalidad – L. **ii)** Racionalidad *sensu largo* = Racionalidad – L & Racionalidad – D.

Aarnio (1991) toma la **racionalidad sensu largo** para profundizar en torno a los razonamientos que se ajustan a los parámetros lógicos y del discurso práctico, es decir, la justificación interna y externa.

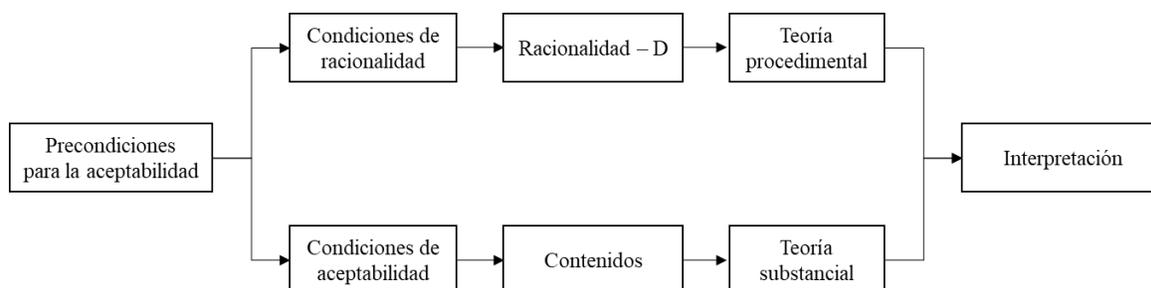
Frente a la justificación externa debe mencionarse que esta se encuentra conectada con el **contenido material de la interpretación**, de aquí que lo razonable sea el resultado de la interpretación y no, el proceso. La **aceptabilidad** es el resultado que corresponde al conocimiento y sistema de valores de la comunidad jurídica.

Con base en lo anterior, se generan cuatro posibilidades en las cuales la racionalidad – D se relaciona con la **aceptabilidad axiológica**, de las cuales solo se tomará aquella en la cual, la racionalidad – D y la aceptabilidad por parte de una comunidad jurídica se da en términos de **aceptación universal**, es decir, ningún individuo o grupo se encuentra en desacuerdo y acepta el

razonamiento de la racionalidad –  $D^{22}$ . De esta forma, Aarnio (1991) se pregunta: “¿bajo cuales precondiciones puede una interpretación obtener la aceptación de una comunidad jurídica que actúa racionalmente?”. (p. 425) Para lo cual, responde que se debe suponer dos teorías, una **teoría procedimental del razonamiento jurídico** y una **teoría substancial referida a la aceptabilidad material**.

Figura No. 3.

*Composición de las precondiciones para obtener la aceptación de una comunidad jurídica*

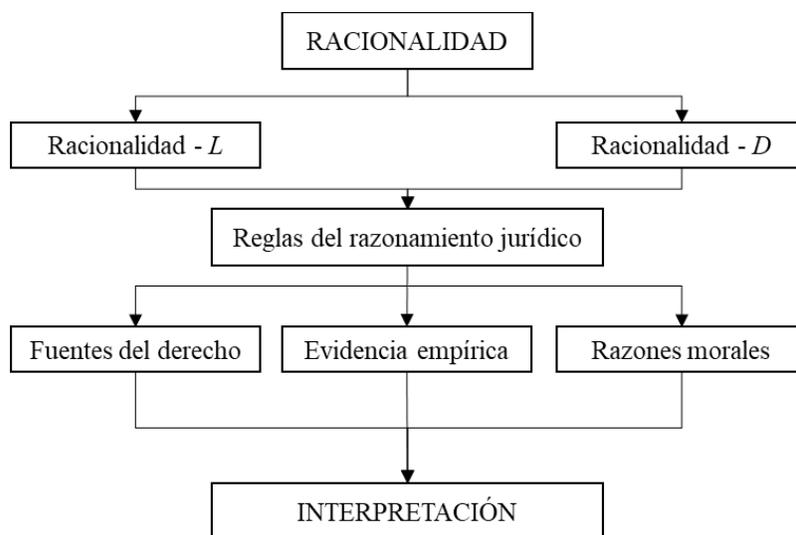


Nota: Esta figura fue realizada por Aarnio (1991) y reconceptualizada por el autor.

De esta forma, las reglas del discurso racional son las bases supremas que se vinculan con las fuentes del derecho, son el marco de la interpretación jurídica.

Figura No. 4.

*Esquema de la racionalidad jurídica como base suprema de la interpretación jurídica*



<sup>22</sup> Sobre esta posibilidad de relación entre la racionalidad –  $D$  y la aceptabilidad axiológica se debe mencionar que versa la teoría substancial referida a la aceptabilidad material. Para profundizar sobre las cuatro posibilidades de relación, revisar Aarnio (1991) de la página 247 a la 249.

Nota: Este esquema es realizado por Aarnio (1991) y reconceptualizado por el autor.

Concluye Aarnio (1991) observando que en este esquema no se encuentran dispuestas todas las interrelaciones que se dan en el razonamiento, tan solo que:

“(…) el núcleo de la interpretación jurídica reside en una mezcla de argumentos jurídicos, empíricos y morales. Esta mezcla es inevitable cuando se presentan casos difíciles. El intérprete tiene que encontrar siempre una combinación equilibrada de estos diferentes elementos. Sobre todo, en este respecto parece estar bien fundamentado hablar de razonabilidad de la interpretación”. (p. 250)

Ahora bien, el autor se pregunta ¿Por qué ser racional? Para lo que responde que toda justificación jurídica de un punto de vista interpretativo debe ser contextualmente suficiente en los términos en los que una comunidad jurídica acepta la decisión. Por lo tanto, dicha justificación debe estar basada en las fuentes del derecho, pautas de la interpretación jurídica, etc., ya que con ello se puede generar una **justificación sólida**, logrando así la **aceptabilidad racional**.

Frente al concepto de **aceptabilidad racional**, la **racionalidad - D** (Racionalidad práctica) se constituye como elemento de trasfondo en la racionalidad jurídica debido a que no se refiere solo a la **racionalidad - L** (racionalidad lógica), sino también a la reconstrucción de una racionalidad de la comunidad que no se basa meramente en hechos empíricos o palabras, sino en la idea de que las personas son racionales en su vida cotidiana, aunque en ocasiones sean irracionales.

Las raíces de la racionalidad se encuentran en la cultura, en la forma como se utiliza el lenguaje ordinario, “nuestra forma de vida está construida de manera tal que esperamos que la gente se comporte racionalmente en sus relaciones recíprocas. En este sentido, la racionalidad es un hecho intersubjetivo (supraindividual) dado en nuestras culturas”<sup>23</sup>. (Aarnio, 1991, p. 251) Por ello, sería correcto decir que la reconstrucción de la racionalidad sólo explicita algo que está profundamente oculto en el uso lingüístico común de la gente occidental con mentalidad moderna. (Aarnio, 1991, p. 251)

Conforme a lo anterior, mientras la racionalidad – *D* se encuentra implícita en la vida social, la racionalidad – *L* es limitada en estos términos. De aquí que un individuo pueda realizar inferencias lógicas perfectas, pero sea incapaz de participar racionalmente en un discurso social. Ahora, mientras la racionalidad – *L* y la aceptabilidad racional son conceptos ideales y trascendentales

---

<sup>23</sup> Sobre este punto, el autor plantea que las interpretaciones de los individuos pueden ser consideradas como “locura” por otros individuos, debido a que la cultura juega un papel fundamental en términos de coherencia, como precondition propia de la comunicación.

similares a las ideas del derecho natural, las reglas de la racionalidad – D no son universalmente válidas y eternas, ya que **esta racionalidad puede variar de acuerdo con las culturas existentes en el mundo, es decir, con lo que las culturas consideren como racional.**

En este punto, las **condiciones generales del discurso racional** se desarrollan en lo que Alexy y Habermas han propuesto como la **teoría procedimental del discurso racional**, comprendiendo que los principios de consistencia, eficiencia, coherencia, universalidad y sinceridad son aquellos que permiten orientar el ejercicio de la racionalidad – D. A grandes rasgos los requisitos<sup>24</sup> son los siguientes: reglas de consistencia, reglas de eficiencia, reglas de sinceridad, reglas de generalización, reglas de apoyo y reglas de carga de prueba.

Conforme a lo anterior, concluye Aarnio (1991) que un discurso es racional cuando cumple las condiciones generales de la racionalidad y las reglas especiales de carga de la prueba. De esta forma, las reglas de la racionalidad -D y las pautas de la interpretación jurídica se comprende que la *racionalidad institucional se convierte en derecho interpretado*, es decir, se ofrece una interpretación de lo que es la racionalidad institucional en la sociedad. No obstante, la racionalidad – D necesita de las siguientes condiciones para ser aceptable por la comunidad jurídica: i) las partes en diálogo tienen una base común en el conocimiento y ii) las partes se someten a sí mismas a los mismos valores. En este punto, el autor se somete a una posición de **relativismo axiológico moderado** debido a que los valores no son interpretados objetivamente, se habla de “verdad” siempre y cuando haya acuerdos de lo que es la “verdad”, por lo tanto, los criterios no son objetivos sino que pertenecen a la **relatividad histórica** y se encuentran sometidos a la variabilidad del tiempo, el espacio y la cultura. Los **valores** no son entidades independientes del sujeto, ya que a pesar de que existe una realidad física y una realidad axiológica, no carecen completamente de objetividad en un grado intersubjetivo, no varían entre los individuos debido a que son éstos quienes les dan la connotación de **juicios de valor**.

Ahora, los valores o valoraciones pueden ingresar al procedimiento discursivo de las siguientes formas: i) Cuando un intérprete tiene que elegir entre varias fuentes del derecho, estas tienen que ser ordenadas conforme a una preferencia y de acuerdo con su peso argumentativo, esta elección posee una carga valorativa, ii) La **analogía** concebida como semejanza con la inferencia posee una carga valorativa, iii) En el razonamiento práctico, la **discrecionalidad sobre las consecuencias**

---

<sup>24</sup> Para profundizar en torno a las condiciones generales del discurso racional o teoría procedimental del discurso racional puede revisar las páginas 254 a 262 del texto “Lo racional como razonable” de Aulis Aarnio (1991)

de una decisión judicial también posee una carga valorativa, iv) La **referencia a cierto valor o principio** dentro de la justificación de una decisión judicial necesariamente posee una carga valorativa<sup>25</sup>. En la práctica social, los sistemas de valores no son creados autónomamente por los individuos o un grupo, ya que estos enunciados valorativos se encuentran ligados con una totalidad compleja de enunciado, que, a su vez, se encuentran interrelacionados con las “formas de vida”.

Esto, se relaciona con el concepto de **conocimiento, certeza y formas de vida** ya que el enunciado “yo creo” se refiere a una verdad subjetiva que no necesita ser justificada, mientras que el afirmar saber algo, lleva implícita la justificación de la posición que se sabe, con lo cual se abre la posibilidad que, dentro del juego del lenguaje, el receptor pueda cuestionar los argumentos del emisor. No obstante, este cuestionamiento no es infinito debido a que necesita de la certeza para detener la cadena de argumentos y contrargumentos de las partes, por lo cual, Aarnio (1991) comprende que cuando se llega a las “últimas fundamentaciones” se acerca a ciertas afirmaciones acerca de las cuales no hay dudas, debido a que éstas ya están dadas.

Este “nido de proposiciones” se encuentran fusionados con los juegos del lenguaje, por lo que, estas forman parte de los conceptos de verdad, falsedad, correcto o incorrecto. Cuando Aarnio (1991) se refiere a este nido de proposiciones se refiere a lo que Wittgenstein llama “imagen del mundo”, es decir, un conjunto de enunciados relacionados con subsistemas en los que cada fragmento o imagen constituye una parte del mundo. Siguiendo al autor, una imagen del mundo es “el trasfondo heredado sobre el cual distingo lo verdadero y lo falso”. (Aarnio, p. 274, 1991)

Sin embargo, el fundamento de dichas imágenes es un fenómeno no proposicional llamado **forma de vida**, el cual se concibe como conjunto de acciones o actos, actividades muy elementales, constituyentes básicos de la cultura humana que posibilitan una forma de vida con mandatos, prohibiciones y permisiones que se entrelazan con las normas jurídicas en un alto nivel de abstracción. (p. 275) *El lenguaje es entonces, una manifestación de la forma de vida*, ya que ésta última es la fase práctica, no proposicional de la imagen; este fragmento de la imagen del mundo es el fundamento de los juegos del lenguaje. En palabras de Aarnio (1991): “la forma de vida es el nexo que une el lenguaje y la realidad, y por otra, es el factor que crea la interacción entre los individuos”. (p. 278)

---

<sup>25</sup> Para profundizar en torno a la referencia a valores o principios y su relación con las “formas de vida” en sociedad puede revisar las páginas 263 a 271 del texto “Lo racional como razonable” de Aulis Aarnio (1991)

Finalmente, el autor comprende que la teoría de la audiencia de Perelman (1967) se interrelaciona con las formas de vida debido a que este filósofo propone otras formas de lograr un razonamiento racional basado en la experiencia y el razonamiento lógico. Esta **experiencia** se concibe como razonamiento práctico, un campo del razonamiento que no había sido tenido en cuenta en lo que se conoce como “nueva retórica”.

Aquí, se desarrolla el concepto de **auditorio** concebido dentro de la teoría de la argumentación de Perelman como el receptor de una justificación que se está presentando por parte del emisor. El receptor puede ser un individuo o un grupo, y se le persuade o convence; la justificación se utiliza para convencer, mientras la persuasión utiliza solo argumentos de eficacia. Aquí se ubica la **audiencia universal** compuesta por un conjunto de personas esclarecidas y capaces de utilizar la justificación cuando lo necesiten, son personas “racionales”, por ello, la argumentación “racional” va dirigida a este tipo de audiencia.

Comprende Aarnio (1991) que: i) En la audiencia universal los juicios de valor adquieren naturaleza objetiva, solo si las justificaciones razonablemente justificadas son aceptadas por la audiencia universal, ii) La audiencia universal acepta las condiciones generales de racionalidad y el sistema de valores que constituye la base de la posición interpretativa, iii) La audiencia universal contiene detalles ambiguos, tales como: la condición social y cultural de su existencia.

Frente al concepto de audiencia, Aarnio (1991) siguiendo a Perelman entiende que existen diferentes combinaciones: audiencia concreta, audiencia ideal, audiencia universal y audiencia particular.

- i. **Audiencia concreta:** Esta audiencia puede estar compuesta por una o más personas, el número de personas es limitado, sus individuos existen físicamente. Existen dos tipos:
  - a) La **audiencia universal y concreta** compuesta por todos los individuos vivientes en el mundo en determinado momento histórico, b) La **audiencia particular y concreta** compuesta por individuos vivientes que satisfacen ciertas características en la audiencia.
  
- ii. **Audiencia ideal:** Este tipo de audiencia contiene a todos los individuos en la humanidad. Existen dos tipos:
  - a) La **audiencia ideal que puede ser universal** compuesta por todas las personas racionales en el mundo, b) La **audiencia ideal y particular** en la que sus miembros se obligan a seguir las reglas del discurso racional y, además, han adoptado valores comunes, ligados así a una **forma de vida**. A diferencia

de la audiencia concreta, este tipo de audiencia cumple con las condiciones de racionalidad, ésta se encuentra social y culturalmente determinada.

Finalmente, para Aarnio (1991) la **aceptabilidad racional como principio regulativo de la dogmática jurídica** se erige con el siguiente precepto:

***R: La dogmática jurídica debe intentar lograr aquellas interpretaciones jurídica que pudieran contar con el apoyo de la mayoría en una comunidad jurídica que razona racionalmente.***

Este principio permite comprender que en una *audiencia ideal y particular* se puede consolidar un consenso racional, en donde a través del dialogo de las partes se puede lograr la justificación de los puntos de vista interpretativos conforme a los planteamientos de la racionalidad – *L* y la racionalidad – *D*, logrando así, bases racionales para un consenso racional.

De este modo, los miembros de una comunidad que respetan los principios de la racionalidad – *D* y además cumplen los criterios para ser parte una comunidad jurídica se constituye dentro de los términos de una audiencia ideal. Estos miembros aceptan cierto sistema de valores comunes, generando con ello, las discusiones que darán origen a la **aceptabilidad racional** por parte una mayoría que razona racionalmente en los términos de convencimiento entre las partes.

Aarnio (1991) concluye realizando las siguientes observaciones a su postura de lo racional como razonable:

- La teoría de aceptabilidad racional posee el mismo papel de la **verdad** en las ciencias empíricas. Sin embargo, el papel de esta teoría es **maximizar** la aceptabilidad racional, mediante la evaluación de posiciones normativas.
- Esta teoría no se refiere a la dicotomía entre verdadero/falso, las posiciones normativas no pertenecen al ámbito de la verdad. Aquí, puede existir más de una respuesta verdadera; sin embargo, cuantos más miembros racionales hagan parte de la elección por parte de la audiencia ideal, la decisión contará con mayor **aceptabilidad racional** y con ello, **legitimidad**.
- La **fuerza racional de la justificación** basada en una aceptabilidad racional que fue dotada de **relevancia social** por parte de una comunidad jurídica que sigue las pautas de la

racionalidad – *D* permite llegar conclusiones **racionales** y **razonables** que alcanzan el mayor grado de legitimidad en la sociedad.

- La expectativa de certeza jurídica en un caso queda satisfecha si: “(a) la decisión (o interpretación) cae dentro del marco legal, (b) el discurso procede de manera racional y (c) la decisión satisface el código de valores dominante.
- La aceptabilidad racional no es solo un ideal abstracto, es un principio válido y efectivo que funciona en la vida cotidiana, es una guía para el decisor que debe tomar una **decisión adecuada**. Esto, en la práctica varía debido a que todos los entes decisores no tienen en cuenta las pautas descritas, de aquí que la aceptabilidad racional satisfaga los requerimientos más estrictos del **razonamiento jurídico más adecuado** en la sociedad democrática. (p. 288)

#### **Capítulo IV. Contrastación teórica entre la respuesta correcta y la respuesta adecuada en la decisión judicial.**

Este último capítulo tiene como finalidad contrastar las propuestas teóricas desarrolladas por Dworkin (2007) y Aarnio (1991) comprendiendo la necesidad de realizar un análisis comparativo en donde se puedan identificar las diferencias que subyacen a la fundamentación de sus propuestas teóricas. De esta forma, este capítulo pretende contrastar las siguientes perspectivas:

- v. **Perspectiva epistemológica.** Esta perspectiva analiza la posibilidad de llegar a conocer una decisión judicial correcta o adecuada por parte de los teóricos mencionados.
- vi. **Perspectiva ontológica.** Esta perspectiva analiza la posibilidad de entender desde el plano existencial la norma jurídica y su relación con las propuestas teóricas de la decisión correcta y adecuada.
- vii. **Perspectiva axiológica:** Esta perspectiva profundiza el valor de norma moral y su relación con la norma jurídica para los autores objeto de estudio.
- viii. **Perspectiva metodológica:** Esta perspectiva pretende demostrar las diferencias metodológicas de los autores, en cuanto al proceso para lograr llegar a la decisión correcta o adecuada.

#### **i. Perspectiva epistemológica.**

El presente capítulo tiene como finalidad estudiar la posibilidad de llegar a *conocer* la respuesta correcta y la respuesta adecuada en el Derecho. De este modo, con el ánimo de estructurar las propuestas teóricas de Dworkin (2007) y Aarnio (1991) se proponen las siguientes categorías que permiten visualizar los escenarios en los que se llega a *conocer* la respuesta correcta y la respuesta adecuada en la decisión judicial.

Como vimos Hart desarrolla su posición de la decisión discrecional en torno a la problemática de la naturaleza del lenguaje natural y jurídico (vaguedad, ambigüedad y textura abierta). Esta impide determinar la existencia de una interpretación correcta por lo que el juez en casos difíciles toma libremente la decisión por una tesis interpretativa. De esta forma, lo que se conoce como *decisión discrecional* se relaciona con la posibilidad de tomar una decisión con fundamento en un “núcleo duro del significado” de las palabras que permitiría determinar analógicamente a que se refieren las palabras en las zonas de penumbra y así, tomar una decisión que no estaría relacionada ligada al sistema normativo, sino a la libre convicción o arbitrio del juez.

Por otra parte, surge la *decisión correcta* la cual pretende que los jueces tomen una decisión conforme a un sistema jurídico existente. De esta forma, ante la inexistencia de reglas aplicables para casos difíciles, el juez debe retomar los principios que subyacen al sistema normativo para resolver estos casos. Estos principios se conciben como “reivindicaciones sociales” que nacen a partir de las prácticas jurídicas mediante la unión entre la moral y el derecho. Aquí, Dworkin propone la figura del *Juez Hércules* como ente decisor ideal dotado de habilidades extraordinarias que le permiten tomar una decisión basada en principios y que cuenten con la mayor justificación moral para el caso.

Finalmente, la *decisión adecuada* se llega a conocer en el escenario en el que es necesario que los jueces ante un caso difícil no tomen la vía de la decisión discrecional, la cual es imprevisible y al azar; sino que busquen la mayor certeza jurídica a través de una *justificación fundamentada en normas jurídicas y extrajurídicas que fortalezcan la aceptabilidad de la decisión*. Para Aarnio (1991) la certeza jurídica consta de dos elementos: i) toda decisión debe estar basada en el derecho válido y, ii) estas normas reciben su contenido a partir de normas morales y otras normas sociales que actúan interconectadamente. Esta expectativa de certeza jurídica es concebida por el autor como un fenómeno cultural que se encuentra enraizado en las formas de vida que se desarrollan a través de los juegos del lenguaje de una determinada comunidad. En consecuencia, el Juez para llegar a conocer una *decisión adecuada* debe justificar las decisiones mediante la satisfacción de estas expectativas de certeza jurídica para generar mayor aceptabilidad y el control público, logrando así mayor credibilidad y posibilidades de apelación por parte de la comunidad en las decisiones judiciales.

## ii. Perspectiva ontológica.

Desde la perspectiva ontológica que considera la cuestión acerca de la existencia de las normas podemos observar lo siguiente:

Hart (2012) adopta una postura **nominalista** y comprende la posibilidad de una teoría del derecho con carácter general y descriptiva que aclarara la estructura y funcionamiento del derecho sin relacionarla con la justificación moral de las prácticas jurídicas. De este modo, el plano existencial **nominalista** de las reglas jurídicas para Hart (2012) se desarrolla en el momento en que el autor comprende la relación sociológica y lingüística de la norma con los individuos, al establecer que a través de las prácticas sociales estos interactúan conforme a situaciones regladas

valiéndose del lenguaje. De esta forma, los individuos no se encontrarían bajo *órdenes respaldados de amenazas*, sino que se encontrarían *obligados* a través de un sistema de *reglas primarias* y *reglas secundarias* cuya fuerza normativa es suprema e independiente.

En dicho sistema normativo se distinguen las *reglas primarias* que imponen derechos positivos a los individuos, y las *reglas secundarias* que pretenden otorgar potestades a individuos o particulares para que puedan crear, modificar, extinguir o determinar los efectos de las reglas primarias. Estas últimas reglas se encuentran divididas en: *reglas de cambio*, *reglas de adjudicación* y *reglas de reconocimiento*. Frente a las reglas de reconocimiento ha de ser necesario mencionar que estas determinan la existencia de las demás reglas jurídicas, ya que a través de esta regla que es independiente de la moral, se determina la validez del sistema normativo conforme a la “prueba de origen o linaje normativo”.

En este punto, la tendencia de Dworkin (2007) es comprendida por el autor de este trabajo bajo una *versión débil* de **universalismo** debido a que parte de la existencia de entidades abstractas preconcebidas llamadas *principios* (dignidad humana, libertad e igualdad en consideración y respeto, estos retomados del “velo de ignorancia de Rawls) y, una *versión débil* del **convencionalismo** debido a que permite que estas entidades abstractas puedan ser concebidas a partir de la teoría moral, la cual es continuamente reconstruidas por la comunidad a través del lenguaje. De esta forma, el autor comprende que los derechos y obligaciones jurídicas sobre los cuales se fundamenta una decisión judicial se encuentran relacionados con sus homólogos morales, esto, debido a que este filósofo concibe el Derecho como un fenómeno social en el que las leyes evolucionan conforme a las problemáticas sociales que se presentan. Por esta razón, el *Juez Hércules* fundamenta su decisión con base en un propósito moral-político de las normas que se aplican a un caso concreto.

Dworkin (2007) reconoce que el Juez Hércules comprende la fundamentación teórica de las reglas y, además distingue entre las *directrices políticas* como tipo de estándar que pretende un objetivo que debe ser alcanzado para mejorar un aspecto económico, político o social de una comunidad y, los *principios* concebidos como un estándar **que debe ser observado, no por favorecer o asegurar situaciones económicas, políticas o sociales, sino porque se consideran una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad**. Estos principios poseen un *peso e importancia en la justificación judicial* debido a que sirven al Juez para que tome una decisión basado en criterios extrajurídicos, sin llegar a recurrir a la

discrecionalidad judicial y comprendiendo que estas normas fueron creadas por la sociedad conforme a criterios de *conveniencia* y *oportunidad* que cambian con el devenir histórico.

Finalmente, la postura desarrollada por Aarnio (1991) parte de una *versión fuerte* del **universalismo** debido a que retoma los principios de la racionalidad lógica y comunicativa para llegar a la justificación judicial y a su vez, retoma una *versión fuerte* del **convencionalismo** debido a que la legitimidad de la decisión depende en gran medida de la aceptabilidad de la comunidad. Por lo tanto, en aras de lograr la *validez axiológica* de la decisión judicial, según Aarnio (1991) el Juez debe tener en cuenta que los *principios* que se desarrollan a partir de las *formas de vida* de la comunidad, la cual reconocerá la legitimidad o ilegitimidad de la decisión.

### iii. Perspectiva axiológica.

Para comprender la perspectiva axiológica que subyace al tratamiento que Dworkin (2007) y Aarnio (1991) realizan de los conceptos extrajurídicos, tales como: valores, principios, etc., es necesario comprender la posición planteada por Hart (2012) debido a que su punto de vista pretende comprender que el Derecho es una institución social cuyo sentido es completamente normativo y neutro moralmente.

De este modo, Hart (2012) entiende que el Derecho posee un fundamento lingüístico y sociológico, por lo que le comprende como una práctica social en la que los individuos interactúan conforme a situaciones regladas valiéndose del lenguaje. De esta forma, las personas no estarían bajo *órdenes respaldados de amenazas* emitidas por un soberano, sino que son *obligadas* mediante reglas primarias y secundarias cuya fuerza coercitiva recaería en su generalidad, permanencia, hábito de obediencia, supremacía e independencia. En este punto, se distinguen diferentes dos tipos de reglas: *primarias* y *secundarias*. Las primeras, pretenden imponer derechos positivos a los individuos, mientras las segundas otorgan potestades a los particulares o autores para que puedan crear, modificar, extinguir o determinar los efectos de las reglas primarias. En las reglas secundarias se comprende las *reglas de cambio*, *reglas de adjudicación* y finalmente, *las reglas de reconocimiento*.

Para Hart (2012) la *regla de reconocimiento* en un contexto de independencia con la moral permite comprender las reglas jurídicas que se encuentran organizadas jerárquicamente en el nivel jurídico más alto, a esto se le ha llamado “prueba de origen” o “linaje normativo” (pedigrí). Esta regla posee un carácter *jurídico-social*, por lo que, de ella no se predica *validez*, sino *existencia*

*fáctica*, en la medida en que es un hecho social, la aceptación práctica del criterio supremo que subordina las demás normas en el sistema. Esta norma debe ser aceptada por los particulares y funcionarios para que exista una subordinación en el sistema de fuentes.

Ahora bien, en Dworkin (2007) los derechos y las obligaciones jurídicas se encuentran interrelacionadas con sus equivalentes morales, debido a que el Derecho es concebido como fenómenos sociales en el que las leyes evolucionan conforme a las problemáticas sociales, de aquí que las decisiones de los jueces tengan una fundamentación moral-política que se aplica a los casos concretos.

En este contexto, el filósofo norteamericano comprende la fundamentación teórica de las reglas y además, distingue entre las *directrices políticas*, a las que se refiere como estándares que pretenden mejorar un aspecto económico, social o político de la comunidad y, los *principios* como estándares que deben ser observados, no por favorecer o asegurar situaciones económicas, políticas o sociales, sino porque *son exigencias de la justicia, la equidad o alguna otra moralidad*. Estos principios poseen un peso y poseen suma importancia en la justificación de la decisión judicial debido a que permite que un Juez tome una decisión basado en criterios extrajurídicos, sin llegar a incurrir en el uso de la *discrecionalidad judicial* y comprendiendo que estos principios se adecúan a las realidades históricas.

Finalmente, la postura de Aarnio (1991) se desarrolla bajo el desarrollo del principio regulativo de la dogmática jurídica debe fundamentarse en la *aceptabilidad racional*, el cual estipula:

*R: La dogmática jurídica debe intentar lograr aquellas interpretaciones jurídicas que pudieran contar con el apoyo de la mayoría en una comunidad jurídica que razona racionalmente.*

Este principio comprende que en una audiencia ideal y particular es posible consolidar un consenso racional, en donde las partes en diálogo pueden justificar sus puntos de vista interpretativos a partir de la justificación interna (racionalidad – L) y la justificación externa (racionalidad – D), logrando así, las bases racionales para un consenso racional.

Así, mientras que la *racionalidad – L* se refiere a la justificación interna que debe desarrollar un razonamiento de forma lógica y deductiva, la *racionalidad – D* se trata de la justificación externa que parte del razonamiento práctico que se desarrolla en el proceso discursivo y no solo las reglas de la lógica.

En este contexto, la propuesta de Aarnio (1991) se desarrolla a través de la racionalidad *sensu largo*, la cual conlleva implícito la *racionalidad – L* y la *racionalidad – D*. Esta última racionalidad

se encuentra conectada con el contenido material de la interpretación, la aceptabilidad se genera a partir del conocimiento del sistema de valores de la comunidad jurídica. Para comprender la *racionalidad – D* es necesario mencionar que esta se basa no solo en una racionalidad lógica, sino en una *racionalidad práctica* que es producto de una reconstrucción de ideas que las personas consideran como racionales a través del lenguaje en su vida cotidiana. Este tipo de racionalidad se encuentra implícito en la vida social, de aquí que pueda variar de acuerdo con los contextos culturales en donde se desarrolle.

#### **iv. Perspectiva metodológica**

La propuesta de Dworkin (2007) y Aarnio (1991) nacen a partir de la postura de Hart (2012) debido a que el método propuesto por el filósofo inglés para encontrar la *decisión discrecional* consiste en aplicar *la técnica de la analogía*. Esta técnica permite distinguir el “núcleo duro del significado” en aquellas palabras que se encuentren en “áreas de penumbra”, debido a que sobre éstas no se realiza un ejercicio de subsunción debido a su naturaleza vagas, ambiguas o de textura abierta. En este punto, el Juez conforme a su *discrecionalidad* deberá escoger prudentemente la expresión lingüística que se adecúe al caso.

Por otra parte, el método de Dworkin (2007) consiste en comprender la necesidad de un *Juez Hércules* dotado de habilidades sobrehumanas que le permiten descubrir las *intenciones de la ley* y *principios* de un sistema jurídico. Para tomar una decisión correcta deberá crear una *teoría constitucional* sustentada en los principios y directrices que fundamentan el esquema de un Estado, aquí comprenderá los principios que justifican la ley y los principios que fundamentan el precedente, los cuales están basados en la *doctrina de la equidad*. Esta *teoría constitucional* fundamentará la creación de una *tesis de los derechos* que fundamentará los principios del derecho consuetudinarios con base en los principios del precedente, razón por la cual, el Juez Hércules deberá construir un esquema de principios abstractos y concretos que le permitan justificar coherentemente los precedentes del derecho consuetudinario, logrando así, la justificación de las estipulaciones constitucionales y legislativas.

Finalmente, el *método de la decisión adecuada* para Aarnio (1991) se relaciona con la necesidad de identificar un camino argumentativo en el que la interpretación de los puntos de vista normativos pueda llegar a ser aceptados por una audiencia, dotándolos así de legitimidad. Así, las reglas del juego interpretativo que permiten llegar a la “interpretación correcta” estarían precedidas

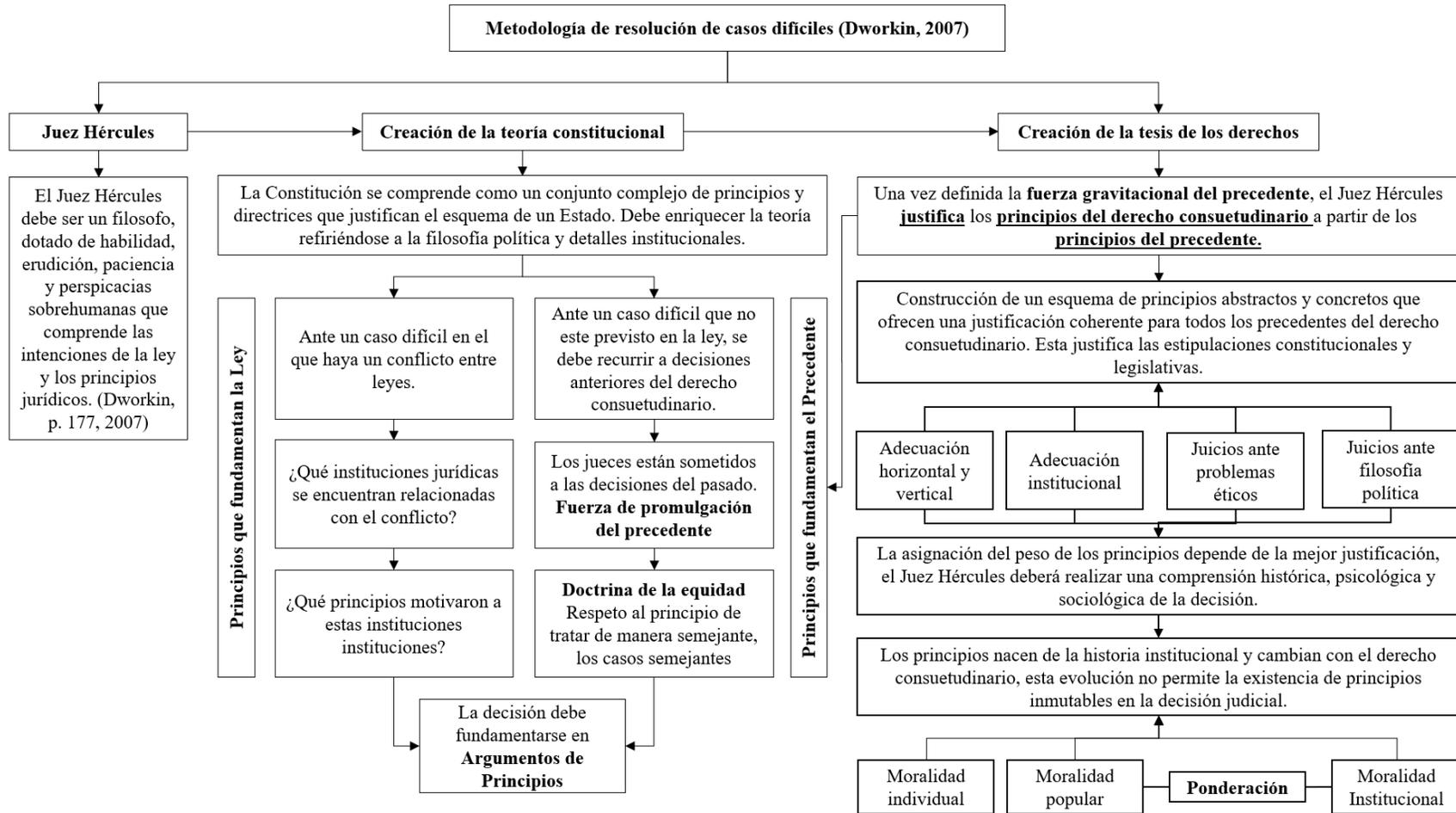
del respeto a las fuentes del derecho y las pautas que definen el procedimiento del razonamiento. En consecuencia, serán *racionales* aquellos argumentos que posean una **justificación interna** fundamentada en las reglas de lógica deductiva y, serán *razonables* aquellos argumentos que sean aceptados racionalmente por una comunidad a través de una **justificación externa** que se encuentre conforme a los criterios de racionalidad práctica, es decir, la racionalidad del discurso que permite lograr el consenso racional.

**a. Metodología de resolución de casos en la respuesta correcta de Dworkin y la respuesta adecuada de Aarnio.**

A continuación, se podrá visualizar las siguientes figuras que pretenden mostrar los procedimientos metodológicos efectuados dentro del proceso de la respuesta correcta en Ronald Dworkin y, la respuesta adecuada en Aulis Aarnio.

Figura No. 5.

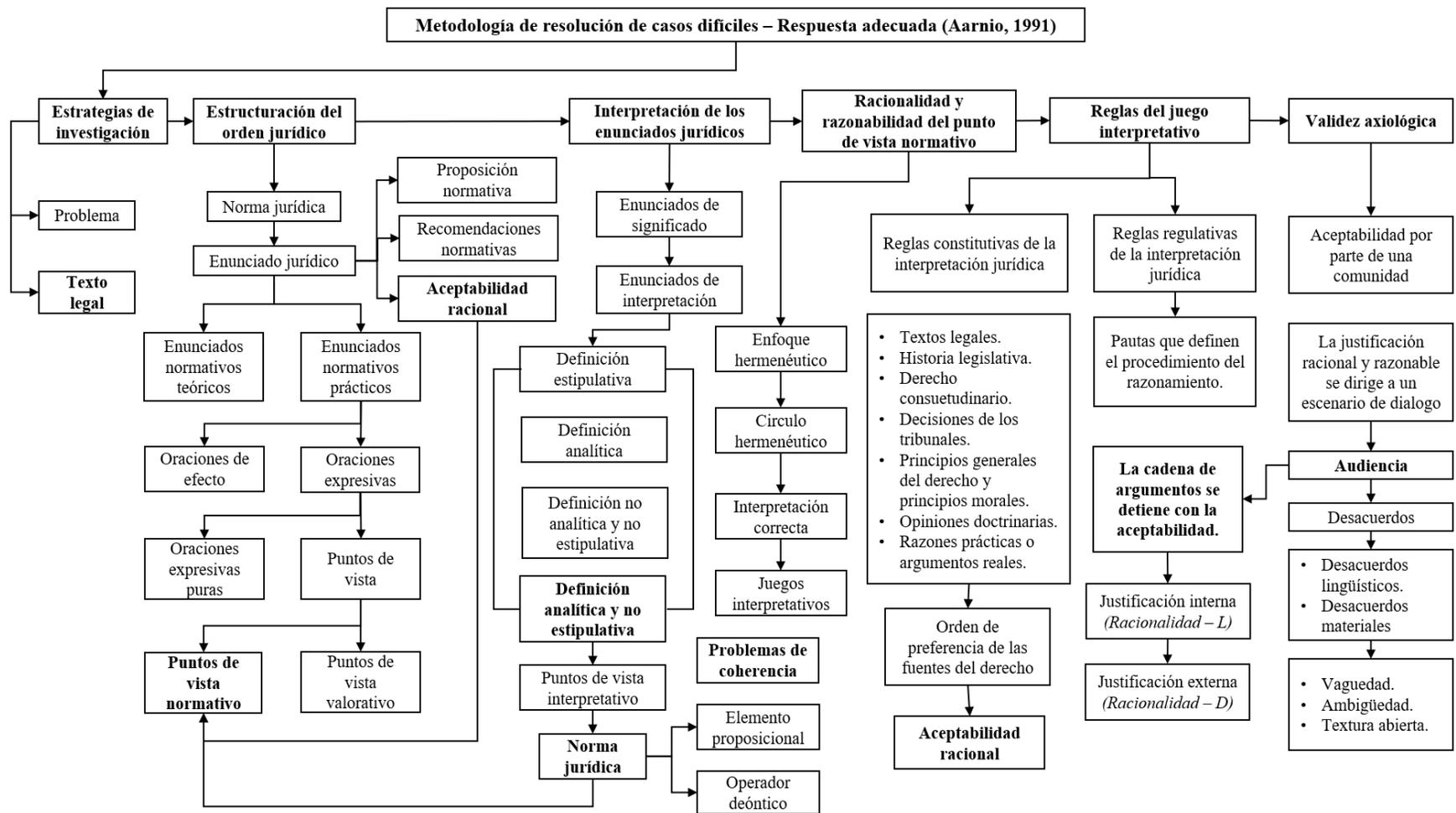
*Metodología de resolución de casos difíciles (Dworkin, 2007)*



Nota: Elaborado por el autor

Figura No. 6.

*Metodología de resolución de casos difíciles – Respuesta adecuada (Aarnio, 1991)*



Nota: Elaborada por el autor

### **b. Balance general entre la respuesta correcta y respuesta adecuada.**

A través de la presente investigación se puede llegar a comprender que las propuestas de Ronald Dworkin y Aulis Aarnio propenden por atender la problemática de la discrecionalidad judicial propuesta por Hart.

En este contexto, con el ánimo de realizar un balance general entre la respuesta correcta o respuesta adecuada, es necesario mencionar que el autor del presente trabajo de investigación entiende que la propuesta desarrollada por Aarnio (1991) al ser posterior al planteamiento de Dworkin (2012) es más avanzada desde el punto de vista epistemológico, ontológico, axiológico y metodológico. No obstante, la *teoría de los derechos en serio* desarrollada por Dworkin (2012) se convierte en un punto de partida para Aarnio (1991), quien desde un punto de vista crítico a la *respuesta correcta* retoma las perspectivas teóricas planteadas por autores como Robert Alexy, quien tuvo en cuenta el planteamiento dworkiniano de los principios y su peso para desarrollar su propia teoría.

Ahora bien, el autor de este trabajo considera que un aporte que podría contribuir en los avances del estudio de la toma de la decisión judicial podría relacionarse con la necesidad de continuar con los estudios de Aarnio (1991) sobre la existencia ciertos principios universales que hacen parte de nuestras *formas de vida primitivas*, las cuales se pueden identificar a través de la razón y la experiencia, y a su vez, podrían servir de fundamento para la decisión del Juez. No obstante, esta propuesta no significa que no existan ciertos principios que se desarrollen con el devenir histórico de la sociedad, por lo que el autor de este trabajo también considera necesario el estudio de las *formas de vida* de las comunidades para llegar a identificarlos y a su vez, hallar semejanzas entre estos y así, reconocer una aproximación de principios universales.

Finalmente, el autor de esta monografía comparte la posición de Dworkin y Aarnio en la cual la decisión judicial no puede ser imprevisible y carecer de certeza jurídica, por lo que considera necesario que el Juez tome una decisión cuya justificación nazca a partir del sistema jurídico. Ahora, ya que el sistema jurídico es producto de interacciones dialécticas que se desarrollan en el marco de Estados democráticos, considera imperativo prestar especial atención en las reglas y principios que se institucionalizan a través de estos espacios de consenso. Esto, debido a que la *validez axiológica* o *legitimidad* de las decisiones judiciales depende en gran medida del sistema

jurídico creado por los órganos legislativos, ejecutivos o judiciales que representan las *formas de vida* de los ciudadanos.

Si para Dworkin (2007) y Aarnio (1991) el problema subyace en la *legitimidad* de las decisiones judiciales, el autor de este trabajo considera que el mayor problema serían las normas jurídicas en las cuales se fundamentan los jueces para tomar decisiones, ya que éstos deben fundamentar sus decisiones en sistemas jurídicos justos y legitimados por la sociedad. Por esta razón, considera necesario que la *validez axiológica del derecho deba ser comprendida sistemáticamente* en la interrelación que juegan los órganos que crean las leyes, las ejecutan y controlan su cumplimiento.

## Conclusiones

A partir del presente trabajo de investigación se pueden extraer las siguientes conclusiones:

1. Las **posturas epistemológicas** de Ronald Dworkin y Aulis Aarnio frente a la posibilidad de conocer la respuesta correcta o la respuesta adecuada, nacen a partir del problema de la imprevisibilidad de la discrecionalidad judicial. De esta forma, Dworkin (2007) plantea que la posibilidad de conocer la *respuesta correcta* se da a través de un Juez Hércules que descubre los principios que subyacen al sistema jurídico, mientras que Aarnio (1991) comprende que el Juez conoce la *respuesta adecuada* cuando justifica la decisión judicial basado en normas jurídicas y extrajurídicas que son puestas a consideración de la comunidad para generar la aceptabilidad y así, dotar de legitimidad la decisión judicial.
2. Las **posturas ontológicas** de Ronald Dworkin y Aulis Aarnio reaccionan a la tendencia nominalista desarrollada por Herbert Hart al comprender solo la existencia de entidades particulares como las reglas jurídicas en el sistema normativo. Estos autores pueden ser considerados bajo una tendencia universalista y convencionalista; no obstante, estos poseen ciertas diferencias: **i)** Dworkin plantea una *versión débil* del **universalismo** debido a que plantea existencia de principios como conceptos abstractos que subyacen al sistema jurídico, mientras que Aarnio plantea la *versión fuerte* del **universalismo** en la que plantea la existencia de principios como conceptos abstractos que se originan en una racionalidad lógica y práctica que subyace al sistema y, **ii)** Dworkin esboza una *versión débil* del **convencionalismo** en el que los principios se reconstruyen moralmente, mientras que Aarnio esboza una *versión fuerte* del **convencionalismo** en donde la validez axiológica o legitimidad de la decisión judicial dependen de la *aceptabilidad racional* de la comunidad.
3. Las **posturas axiológicas** de Ronald Dworkin y Aulis Aarnio reaccionan a la tendencia de separación entre el Derecho y la Moral desarrollada por positivistas jurídicos como Herbert Hart. Sin embargo, estos autores poseen grandes diferencias: **i)** Para Dworkin las decisiones judiciales deben fundamentarse en reglas y principios, estos últimos son fundamentales en la resolución de casos difíciles en donde como exigencias de justicia, equidad o moralidad, se hace necesario determinar su peso para resolver conforme a la dignidad humana y la igualdad en consideración y respeto, **ii)** La posición de Aarnio comprende que la decisión adecuada debe estar fundamentada en una justificación interna relacionada con la racionalidad lógica y, una justificación externa que reconstruye los

contenidos morales a través de la racionalidad práctica, generando así, la aceptabilidad racional por parte de una comunidad determinada.

4. Las **posturas metodológicas** de Ronald Dworkin y Aulis Aarnio rechazan el planteamiento metodológico desarrollado por Hart a través del análisis lingüístico que pretende identificar y seleccionar discrecionalmente el “núcleo duro del significado” de un concepto que se encuentra en una “zona de penumbra” en un caso difícil. Ante esto, los autores plantearon diferentes posiciones metodológicas para atender a la problemática de la discrecionalidad:
  - i) Dworkin plantea la existencia de un Juez Hércules que descubra las intenciones de la ley y los principios que subyacen al sistema jurídico, así, creará una teoría constitucional sustentada en los principios y directrices que subyacen a la ley y el precedente, para presentar una tesis de los derechos constituida bajo un esquema de principios abstractos y concretos que justificarán la decisión correcta y, ii) Aarnio esboza un procedimiento metodológico en el que el camino argumentativo del juez se fundamenta en puntos de vista normativos que pueden llegar a ser aceptados por una comunidad, siempre y cuando posean una justificación interna y externa conformes con los criterios racionalidad y razonabilidad, generando con ello, la decisión adecuada.
5. Frente a las posturas de Hart, Dworkin y Aarnio, el autor del presente trabajo de investigación concluye:
  - a. Frente a la **postura epistemológica**: la decisión judicial se conoce a partir de la identificación de reglas normativas y principios que hacen parte del sistema jurídico. Sin embargo, se debe tener en cuenta la existencia de ciertos *principios universales* que se conciben a partir de conceptos innatos de la racionalidad y *principios particulares* como conceptos concretos o particulares que, perteneciendo a un mundo ideal o abstracto, son reconstruidos a través de la interacción dialéctica por la sociedad.
  - b. Frente a la **postura ontológica**: La decisión judicial se debe fundar en conceptos abstractos y concretos que permitan lograr la validez sistémica, fáctica y axiológica del derecho. No obstante, la búsqueda de los conceptos abstractos para la humanidad y las sociedades debe ser una tarea fundamental para el desarrollo de sistemas jurídicos adecuados a las realidades sociales.

- c. Frente a la **postura axiológica**: La decisión judicial debe comprender la relación entre Moral y Derecho para lograr la legitimidad de las decisiones. No obstante, los principios aceptados por un sistema jurídico deben ser analizados conforme a las reglas de la racionalidad lógica y la racionalidad práctica, en una especie de filtro que permita establecer que conceptos abstractos o ideales serán vinculantes para la decisión de los jueces.
- d. Frente a la **postura metodológica**: La decisión judicial debe prestar atención al sistema jurídico, ya que la legitimidad de sus decisiones proviene de reglas normativas que son producto de relaciones de poder que se desarrollan en la sociedad. A partir de esto, la metodología no solo debería tomar decisiones basadas en principios como la dignidad humana e igualdad en consideración y respeto o, la justificación interna y externa mediante la aceptabilidad racional, sino que debería procurar reconocer las *formas de vida* de la comunidad como única instancia que evidencia la realidad de las reglas y los principios, para así, tomar la *decisión necesaria*.

Tabla No. 1.

*Contraste teórico en la decisión discrecional, decisión correcta y la decisión adecuada*

<b>CONTRASTE TEÓRICO</b>			
<b>PERSPECTIVAS</b>	<b>DECISIÓN DISCRECIONAL</b>	<b>DECISIÓN CORRECTA</b>	<b>DECISIÓN ADECUADA</b>
<p><b>EPISTEMOLOGÍA</b></p> <p>Esta perspectiva pretende estudiar la posibilidad de llegar a conocer una decisión judicial por parte de los autores.</p>	<p>El Juez llega a <b>conocer</b> la decisión discrecional en los casos en los que no es posible realizar un razonamiento lógico-deductivo debido a la naturaleza del lenguaje. Deberá decidir conforme al núcleo duro del significado de las palabras y su libre convicción o arbitrio.</p>	<p>Ante la existencia de casos difíciles en los que la naturaleza del lenguaje impide tomar una decisión. El Juez Hércules deberá <b>conocer</b> la decisión correcta mediante el descubrimiento de principios que subyacen en el sistema jurídico. Estos se conciben como reivindicaciones sociales y nacen a partir de la armonía entre la moral y el derecho.</p>	<p>Esta decisión se llega a <b>conocer</b> ante la problemática de la discrecionalidad judicial, en el contexto de la imprevisibilidad y el azar. De aquí que el Juez deba tomar una decisión que garantice certeza jurídica fundamentado en una justificación que parte de normas jurídicas y extrajurídicas que fortalecen la aceptabilidad racional de la decisión por parte de una comunidad.</p>
<p><b>ONTOLOGÍA</b></p> <p>Esta perspectiva tienen como finalidad estudiar las diferencias de los planos existencias de las normas jurídicas para los autores.</p>	<p>La <b>tendencia nominalista</b> desarrollada por Hart comprende la posibilidad de una teoría del derecho con carácter general y descriptiva, cuyo funcionamiento no se relaciona con la justificación moral de las prácticas jurídicas.</p>	<p>La <b>decisión correcta</b> de Dworkin se desarrolla bajo una <b>versión débil del universalismo</b> que acepta la existencia de entidades abstractas como los principios que subyacen al sistema jurídico y, una <b>versión débil del convencionalismo</b> que comprende que los principios son producto de un proceso de reconstrucción moral continuo.</p>	<p>La <b>decisión adecuada</b> de Aarnio se comprende bajo una <b>versión fuerte del universalismo</b> que entiende la existencia de principios subyacentes a la racionalidad lógica y la racionalidad práctica que deben ser utilizados en la justificación de la decisión, y una <b>versión fuerte del convencionalismo</b> que entiende que la validez axiológica o legitimidad de la decisión judicial depende de la aceptabilidad racional de la comunidad.</p>

<p><b>AXIOLOGÍA</b></p> <p>Esta perspectiva pretende comprender el papel que juegan los conceptos extrajurídicos con el derecho por parte de los autores.</p>	<p>Existe una <b>separación</b> entre la moral y el derecho. De aquí que la decisión discrecional se encuentre fundada única y exclusivamente en reglas jurídicas. La regla de reconocimiento que dota de validez el sistema jurídico, no es una hipótesis o concepto abstracto, es un hecho fáctico que se materializa en la aceptación práctica de la comunidad.</p>	<p>Los derechos y obligaciones jurídicas se encuentran <b>interrelacionadas</b> con sus equivalentes morales. Esto, debido a que el Derecho es concebido como fenómenos sociales en el que las leyes y los principios evolucionan conforme a las problemáticas sociales. Las decisiones se deben tomar fundamentadas en principios que se comprenden como exigencias de justicia, equidad u otra moralidad, entre estos principios se encuentra: la dignidad humana y, la igualdad en consideración y respeto.</p>	<p>La decisión adecuada se encuentra fundamentada en una <b>justificación interna</b> que atiende a la racionalidad lógica y una <b>justificación externa</b> que refiere a la racionalidad práctica, la cual comprende la racionalidad del discurso que lleva implícito el sistema de valores morales de una comunidad determinada. A partir de la <b>justificación externa</b> se presenta la reconstrucción de los contenidos morales que generarán la <b>aceptabilidad racional</b> por parte de una audiencia determinada.</p>
<p><b>METODOLOGÍA</b></p> <p>Esta perspectiva pretende demostrar las diferencias metodológicas de los autores en la toma de la decisión judicial.</p>	<p>El planteamiento metodológico desarrollado por la decisión discrecional se suscribe al <b>análisis lingüístico</b> de las expresiones que se encuentren en las "zonas de penumbra". De este modo, se plantea la técnica de la analogía que permite comprender el "núcleo duro del significado". En este punto, el Juez a su libre arbitrio utilitarista escogerá la expresión lingüística que se adecue al caso concreto.</p>	<p>El desarrollo metodológico planteado por Dworkin se desarrolla en la creación de un <b>Juez Hércules</b> que descubre las intenciones de la ley y los principios que subyacen al sistema jurídico.</p> <p>Este Juez debe crear una <b>teoría constitucional</b> sustentada en principios y directrices que fundamentan la ley y los precedentes en un Estado y posteriormente, crear una <b>tesis de los derechos</b> constituida por un esquema principios abstractos y concretos que justificaran coherentemente la decisión correcta en el caso difícil.</p>	<p>El planteamiento metodológico desarrollado por Aarnio propone un camino argumentativo que busca la <b>legitimidad de la decisión judicial</b> comprendiendo que el ente decisor justifica su decisión basado en <b>puntos de vista normativos</b> que pueden llegar a ser <b>aceptados por una comunidad</b>.</p> <p>A partir de esto, debe cumplir una serie de reglas para lograr la decisión adecuada, entre estas: el respeto por las fuentes del derecho y las pautas que definen el procedimiento del razonamiento. Aquí, logrará la racionalidad lógica de sus argumentos a través de la <b>justificación interna</b> y, la racionalidad práctica de sus argumentos a través de la <b>justificación externa</b>. Todo esto, con la finalidad de presentar argumentos <b>racionales</b> y <b>razonables</b> que puedan ser aceptados racionalmente por una comunidad, dando nacimiento a la decisión adecuada.</p>

## Referencias bibliográficas

- Aarnio, A. (1991) *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica.*, Madrid, España. Centro de Estudios Constitucionales.
- Alexy, R. (1981) *Teoría de la Argumentación Jurídica.* Editorial Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, España.
- Arango, R. (1991) *¿Hay respuestas correctas en el derecho?* Bogotá, Colombia. Siglo del Hombre Editores.
- Dworkin, R. (2007) *Los derechos en serio.* Barcelona, España. Editorial Ariel, S.A.
- Dworkin, R. (2012) Como el derecho se parece a la literatura. En Rodríguez, C. (2012) *La decisión judicial. El debate Dworkin - Hart.* Bogotá, Colombia. Edit. Siglo del Hombre. Universidad de los Andes.
- Habermas, J. (1981) *Teoría de la acción comunicativa.* Editorial Taurus. España.
- Hart, H. (2011) Poscriptum. En Rodríguez, C. (2012) *La decisión judicial. El debate Dworkin - Hart.* Bogotá, Colombia. Edit. Siglo del Hombre. Universidad de los Andes.
- Hart, H. (2012) *El concepto del derecho.* Buenos Aires, Argentina. 3ª Edición. Editorial Abeledo Perrot.
- Rodríguez, C. (2012) *La decisión judicial. El debate Dworkin - Hart.* Bogotá, Colombia. Edit. Siglo del Hombre. Universidad de los Andes.
- Wroblewski (1979) *Verification and justification in the legal sciences*, en: *Rechtstheorie*, Beiheft 1, 195 ss.
- Brussinm O. (1938) Toumarin hakinta normin puutuessa, (Vammala) Juicio discrecional en ausencia de una norma.
- Touri, K. (1985) Oikeusnormien asettamismenettelyt ja oikeuden krusitendenssit, en: *Politiikka* 3, 189, ss. Reglas de Procedimiento y Tendencias Penales en Derecho.
- Finch, H. y Wittgenstein (1977) *The Later Philosophy* (Atlantic Highlands, N.Y.). (Oxford)
- Klami, H. (1979) *Finnalistinen oikeusteoria* (Turku) Teoría legal finalista.
- Popper, K. (1972) *Objective Knowledge: An evolutionary approach.* (Oxford)
- Makkonen, K. (1959) Ajatuksia juridisen kielen loogisesta analyysista, en: *LM*, 49 ss.
- Wroblewski, J. (1974) *Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decisión*, en: *Rechtstheorie* 5, 33 ss.

Niiniluoto, I. (1985) Truth and Legal Norms, en: Neil MacCormick, Stavros Panou y Luigi Lombardi Vallauri (comps.), Conditions of validity and cognition in modern legal thought (ARSP Beiheft 25), 168 ss.

Alchourrón, C. y Bulygin, E. (1971) Normative systems (Viena) (Versión castellana: Introducción a la metodología de la ciencias jurídicas y sociales, Buenos Aires, 1974)

## **Anexos**

### **a. Lista de tablas**

Tabla No. 1. Contraste teórico en la decisión discrecional, decisión correcta y la decisión adecuada

### **b. Lista de figuras**

Figura No. 1. Estructuración del orden jurídico

Figura No. 2. Enunciados de interpretación

Figura No. 3. Composición de las precondiciones para obtener la aceptación de una comunidad jurídica

Figura No. 4. Esquema de la racionalidad jurídica como base suprema de la interpretación jurídica

Figura No. 5. Metodología de resolución de casos difíciles (Dworkin, 2007)

Figura No. 6. Metodología de resolución de casos difíciles – Respuesta adecuada (Aarnio, 1991)