

LA JUSTIFICACIÓN EXTERNA DEL DERECHO¹

The External Justification of the Right¹

Joe Caballero Hernández²

Fecha de Recepción: Noviembre 3 de 2014

Fecha de Aceptación: Noviembre 10 de 2014

SUMARIO: 1. Introducción; 2. Justificación del Derecho; 2.1 Justificación Externa del Derecho; 3. Procedimiento de Justificación Externa del Consenso Razonable; 3.1 El Concepto de Racionalidad; 3.2 El Concepto de lo Razonable; 3.3 Teoría del Auditorio; 4. Aplicación Práctica de la Justificación Razonable; 4.1 El Concepto de Participación Pertinente; 5. Conclusiones; 6. Referencias bibliográficas.

¹ Este artículo es un avance de investigación del proyecto denominado “avances de la filosofía del derecho y la filosofía política para la justicia en occidente” del grupo “teoría jurídica y derechos fundamentales; phronesis”, categoría D por COLCIENCIAS. Avalado y financiado por la Universidad de Cartagena. Investigador principal: Joe Caballero Hernández, asesor metodológico: Yezid Carrillo De La Rosa.

² Abogado Universidad de Cartagena, Candidato a Magister en Derecho Universidad de Cartagena, Investigador del grupo “teoría jurídica y derechos fundamentales; phronesis”, avalado por la Universidad de Cartagena, línea de investigación: argumentación, racionalidad e interpretación jurídica. Email: joecaballero@hotmail.com.

COMO SE CITA ESTE ARTÍCULO (APA 6)

Caballero Hernández, J. (2015) La justificación externa del derecho. (Y. Carrillo De la rosa, Ed.) *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, VII (13), pág. 90-99

RESUMEN

El presente artículo persigue ofrecer un análisis de la justificación externa del derecho, desarrollada por la escuela del realismo jurídico escandinavo, para resolver casos difíciles en la aplicación de la dogmática jurídica por parte de los operadores judiciales, desde una perspectiva más participativa de la comunidad jurídica existente. Este análisis parte de la metodología epistemológica-jurídica, la cual surge en la cultura occidental como producto de la corriente iusfilosófica denominada neoconstitucionalismo.

Para concretar esta empresa se explican, mediante una metodología analítica descriptiva, algunos conceptos o teorías que desarrollan la justificación del derecho en la aplicación de la dogmática jurídica en los casos judiciales, y se evalúan estas posiciones con el propósito de identificar cuáles son más plausibles a la hora de aplicar el método epistemológico dogmático-jurídico. Precisamente se evidencia que la Justificación externa del derecho, mediante el concepto de razonabilidad y el concepto de participación pertinente, consiguen presentar la Justificación del Derecho desde una óptica más democrática, a la hora de resolver casos jurídicos concretos.

ABSTRACT

This article aims to provide an analysis of the external justification of law, developed by the school of Scandinavian legal realism, to solve difficult cases in the application of legal doctrine by judicial operators, from a participatory perspective of the legal community existing. This analysis of the epistemological-legal methodology, which arises in western culture as a product of the legal-philosophical current called neoconstitutionalism.

To realize this company are explained by a descriptive analytical methodology, some concepts or theories based on the justification of law in the application of legal doctrine in court cases, and these positions are evaluated in order to identify which are more plausible to when applying the dogmatic-legal epistemological method. Precisely evidence that foreign Justification of law, through the concept of reasonableness and the concept of meaningful participation, get Justification present law from a more democratic, when solving specific legal cases optics.

PALABRAS CLAVE

Neoconstitucionalismo, filosofía del derecho, dogmática jurídica, razonable, consenso, participación pertinente.

KEYWORDS

Neoconstitutionalism, philosophy of law, dogmatic legal, reasonable, consensus, relevant participation.

1. INTRODUCCIÓN

Los estudios constitucionales de la postguerra se han desarrollado teóricamente para la creación de un cambio significativo del derecho constitucional, como estrategia epistémica por la crisis *iusfilosófica* que creó el positivismo jurídico o *iuspositivismo* con el Estado Nazista que surgió en Alemania y desembocó en la Segunda Guerra Mundial. Debido a que, las decisiones judiciales, estaban supeditadas al contexto político administrativo de la sociedad Alemana. Fenómeno que conllevó a un estudio y reestructuración del esquema *iuspositivista* de los operadores judiciales, para que las decisiones puedan ser tomadas con liberalidad por parte de la rama judicial, acorde con la teoría de los pesos y contrapesos de Montesquieu en las ramas del poder. Pero también desde una perspectiva más racional sin determinación política.

Precisamente el aprendizaje encontrado en el Estado Nacional Socialista, sobre un poder concentrado en la rama ejecutiva, siempre conllevaría a la dictadura de un Estado. Por consiguiente, los jueces a partir de los estudios *Neoconstitucionales* de la actualidad tienen la libertad de tomar decisiones ya no tan positivistas, sino también con la racionalidad *iusnaturalista* que controlarían las infamias de un poder corrupto del ejecutivo y del legislador.

Ahora los jueces constitucionales tienen la posibilidad de equipararse a un legislador negativo. O sea, a corregir los errores que comentan las otras ramas del poder, siempre en el marco del cumplimiento de una Constitución Nacional.

Debido a estos cambios importantes, es evidente la proliferación de escritos sobre el denominado *Neoconstitucionalismo*, o derecho constitucional de Occidente. Con el fin, de desarrollar o perfeccionar constantemente una teoría pragmática de aplicación judicial que sería más justa a la hora de evaluar los casos particulares que se presenten en la sociedad.

Aunque es perentorio precisar, que la comunidad jurídica occidental está dividida en dos sistemas jurídicos de gran importancia, que poseen un toque cultural distintos a la hora de comprender el Derecho. Dichos sistemas tienen características peculiares que complementaron los escritos *neoconstitucionales*. Estos sistemas jurídicos son:

el *Common Law* o Derecho Anglosajón que *iusfilosóficamente* hablando, es de aplicación más *iusnaturalista* que positivo. Apegado a la justicia mediante la retórica del caso en particular y los precedentes judiciales de lo evaluado (Kennedy, 2002), llegando a estudiarse el caso de forma más subjetiva que normativa.

el Derecho *Romano-Germánico* o *Derecho Continental*, de corte positivista, el cual elabora la solución de los casos mediante un silogismo jurídico, en donde se realiza una subsunción entre la norma y el caso en particular, esperando un resultado lógico-matemático del silogismo. Siendo este procedimiento demasiado objetivo para evaluar los problemas peculiares o de revisión minuciosa que se presentan en la sociedad.

Esta misma diferencia de culturas jurídicas fue lo que desarrolló la discusión *iusfilosófica* entre los juristas de mediados del siglo XX hasta la actualidad. Esta discusión se generó, con el ánimo de

crear un sistema de aplicación jurídica ni tan objetivo como el derecho *romano germánico*, ni tan subjetivo como *el common law*, sino que pudiera estar en un estado intermedio aplicándose desde un enfoque racional y justo.

Precisamente para crear el contexto ideal de consolidación del *Neoconstitucionalismo*, se desarrolló el modelo del Estado Social de Derecho, basado en el Derecho formal burgués enmarcado en el principio de legalidad, y el Estado Social democrático enmarcado en el socialismo (Habermas, 2005). Como prueba de los cambios profundos de las visiones políticas de la postguerra.

En donde se decidió de igual forma, cambiar el modelo de aplicación de justicia. Este nuevo modelo no estaría teóricamente desarrollado como una teoría del contrato (desde la perspectiva positivista) como sucedía con anterioridad, sino como una teoría del discurso (como un enfoque más iusnaturalista, sin desmeritar la perspectiva de seguridad jurídica que genera el positivismo). Este generalmente se encaminaría a regirse por valores, principios constitucionales y derechos fundamentales que se definen en abstracto (perspectiva iusnaturalista). Pero que de manera discursiva según el caso, podrían amoldarse al contexto con la finalidad de impartir justicia (Habermas, 2005). Estos principios y derechos constitucionales a nivel simbólico cultural, quedarían encarnados en instituciones públicas y procesos políticos, como filosofía Democrática del Estado Social de Derecho.

Entonces la teoría del derecho o filosofía del derecho tendría la labor de desarrollar el método de aplicación de justicia en dos ejes centrales *iufilosóficos*: la teoría del discurso (o argumentación jurídica) y la teoría de aplicación de principios del estado de derecho. (Habermas, 2005)

Pero con el nuevo modelo de Estado y el desarrollo teórico de aplicación pragmática jurídica, surgen algunas series de problemáticas para el sistema jurídico. En este nuevo paradigma jurídico el operador judicial (juez) tiene tres puntos de vista de análisis a la hora de resolver un caso judicial: 1. el punto de vista descriptivo; el cual está basado en utilizar la lógica jurídica del silogismo y la subsunción de los casos, realizada de manera mecánica en los denominados casos rutinarios o de satisfacción jurídica plena de casos, ya que el caso se resuelve acorde con lo descrito por la norma sin necesidad de interpretación; 2. el punto de vista de justificación: el cual está basado en la argumentación suficiente para convencer a la comunidad jurídica que la interpretación por parte del juez es válida a la hora de resolver un caso difícil que amerita una interpretación contextual del caso o axiológica de la norma. Este punto de vista es estudiado en esta investigación; 3. el punto de vista teleológico: el cual está basado en conseguir un fin específico con la solución de los casos difíciles. (Aarnio, 1998)

Precisamente, de acuerdo con el punto de vista de justificación, el juez empezaría a utilizar un modelo de interpretación distinta, donde se pondrá en juego su *pre comprensión hermética* de forma evaluativa, entre la norma y el estado de cosas que acontezcan. Como si fuera un estado intermedio entre el positivismo y el iusnaturalismo, o como lo diría Hegel entre el aspecto objetivo y el aspecto subjetivo del estudio del derecho. (Hegel, 1968)

Dicha *pre comprensión hermética* del juez, estará basada en los *topois* tradicionales que ha aprendido durante su vida o sea su *ethos*, que hará parte de la administración de justicia. Pero debido a la condición natural de los humanos, la discrecionalidad judicial podría ser muy permisiva a la hora de evaluar un caso en particular, ya que debemos tener en cuenta, que el *ethos* del operador jurídico puede ser perjudicial a la hora de impartir justicia, porque obviamente el operador judicial está inmersa en una condición humana, la cual está sometida a pasiones contextuales. Los jueces estarían dejándose llevar por su concepción política (Zagrebelsky, 2007) y no por el caso en particular acorde a lo justo e imparcial.

Por esto, es importante para los filósofos del derecho, realizar un estudio profundo del método de aplicación de la dogmática jurídica y su justificación racional. Esta investigación está enmarcada en estudiar, precisamente el método de justificación racional de los jueces en el *Neoconstitucionalismo*.

2. JUSTIFICACIÓN DEL DERECHO

Para analizar minuciosamente todo el bosquejo conceptual y teórico, que se ha desarrollado a partir de la finalidad de justificación de los casos jurídicos, como forma de solución en las decisiones judiciales. Es perentorio realizar una explicación de los tipos de justificación existentes, para desarrollar el que analizaremos en este artículo.

Para el autor Aulis Aarnio, en el sistema jurídico *neoconstitucional* se detallan dos tipos de justificación en la toma de decisiones judiciales, por parte del operador jurídico.

La primera es *la justificación interna*; la cual está basada en el *ethos* específico que contenga el juez que pretenda evaluar un caso determinado, o como la denomina Wroblewsky la justificación deductiva (Aarnio, 1998). Este *ethos*, está desarrollado en el interior del funcionario con todos sus valores morales y éticos, y también por sus estudios y formación como jurista. A partir de ello, podemos afirmar como dijimos con anterioridad, que esta justificación denominada “discrecional”, puede causar problemas jurídicos, debido a que estaríamos ligados a lo que su ideología y sus pasiones determinen y no a una justificación racional neutral.

Sin desmeritar la construcción teórica de los principios de proporcionalidad y ponderación del autor Robert Alexy. La cual está desarrollada en delimitar esa función racional de los jueces o tribunales constitucionales con el fin de construir una teoría de resolución de casos constitucionales basados en la interpretación racional de los principios de ponderación y proporcionalidad.

La justificación interna es la justificación que ocasional se realiza en la práctica jurídica, y a pesar que se permite este tipo de justificación por parte de los operadores judiciales, pueden llegar a ser injustos al resolver los casos en particular. Creando algunas veces un colapso en todo el sistema jurídico, ya que la supuesta “discrecionalidad” de los jueces tienden a interpretar política o pasionalmente los casos jurídicos en concreto, y los jueces de altas jerarquías son los que logran corregir constantemente esos errores. Pero precisamente esta posición abyecta de los jueces

constitucionales suele desmeritar el propósito el derecho, El cual es, mantener una seguridad jurídica a la hora de resolver los casos que se presenten en la sociedad.

No obstante, tampoco se daría una corrección eficiente, ya que no tendríamos una posición concreta en un caso estudiado, estaríamos al arbitrio de los designios políticos circunstanciales del juez en el caso en concreto. Por lo cual, las decisiones judiciales estarían exacerbada de líneas jurisprudenciales inconsistentes y discordantes entre sí, conllevando a la creación de un efecto ondulatorio en las decisiones jurisprudenciales (Habermas, 2005). Esta posición conllevaría a una pérdida de credibilidad a la rama judicial.

Debido a estas profundas críticas, este artículo propone el análisis de otro tipo de justificación jurídica: La justificación externa; la cual está basada en los valores éticos y morales de la comunidad jurídica en la que se encuentre el operador judicial. Enmarcado obviamente en la Constitución Política del Estado, y también en las normas del sistema, pero sobre todo se tiene que evaluar la moral social como propósito de resolución de conflictos jurídicos o como la denominaría Wroblewsky la justificación discursiva (Aarnio, 1998). Permitiendo la participación de la comunidad en los asuntos que le competen y con el mismo uso lingüístico del lenguaje. Con el fin de crear unos conceptos o signos proposicionales similares a la hora de entender los problemas prácticos de la sociedad (Wittgenstein, 2000), ya que usualmente estos problemas jurídicos suelen tener similitud con problemáticas de la cotidianidad. (Atienza, 1985)

Precisamente este tipo de justificación, es la que se busca, a la hora de mejorar el sistema jurídico, ya que los problemas centrales del derecho están basados en atender con mayor vehemencia la justificación externa en la sociedad.

2.1. JUSTIFICACIÓN EXTERNA DEL DERECHO

Existe una teoría que puede resolver la problemática de aplicación de la dogmática jurídica para la resolución de casos mediante la justificación externa. Esta teoría es la del autor Ilkka Niiniluoto, que pertenece a la corriente del realismo jurídico.

El autor expone que las proposiciones normativas, es decir, las interpretaciones o dogmas que se hagan de las normas. Responden directamente a manera de correspondencia con la aceptación social que se tenga de esa descripción normativa (Niiniluoto, 1997). Además esta aceptación tiene que crear un *consenso razonable* entre el lenguaje jurídico de la norma y los juegos del lenguaje de la realidad social. (Wittgenstein, 2000)

En otras palabras, el lenguaje técnico jurídico que utilizará el juez será similar a los juegos del lenguaje que utilicen los ciudadanos, y que se debe crear un consenso con la sociedad de los dos usos lingüísticos, con el propósito de quebrantar barreras de lenguaje y permitir la participación en el campo jurídico de la sociedad. Con esto, la mayoría de los miembros de la comunidad jurídica, deben entender y aceptar que están de acuerdo o no con descripción de esa norma jurídica. Y desde esta perspectiva, irán acorde a la carga axiológica que acepte la sociedad y se podrán resolver con mayor validez jurídica los conflictos jurídicos de la sociedad. (Niiniluoto, 1997)

Niiniluoto explica que esto se puede ejercer en la sociedad si 1) se genera la aceptación general en la sociedad con la finalidad de crear un *consenso razonable*. 2) tiene que existir un compromiso con la aceptación de la norma acorde con la comunidad lingüística. 3) Y para que esta teoría del *consenso razonable* resulte, tenemos que poseer un lenguaje común dispuesto a crear una discusión imparcial. (Aarnio, 1991)

Con respecto a la teoría de Niiniluoto, se podría hacer una analogía elocuente para explicar de mejor forma su teoría del *consenso razonable*. Esta misma teoría se debate también en el campo de la filosofía política, donde se busca lograr una comunidad política unida, a pesar de las diferentes ideologías existentes. El filósofo político John Rawls propone la teoría del *consenso entrecruzado razonable*, quien en contra de la teoría de Habermas sobre el uso del argumento más fuerte en las discusiones políticas, Rawls expone que se pueden integrar puntos de vista similares, para llegar a consensos políticos en temas de disparidad ideológica. (Rawls, 1998)

Se denota con esto, que Rawls lo que propone en filosofía política para resolver las discusiones políticas, es lo mismo que Niiniluoto propone en la filosofía del derecho sobre la justificación externa para resolver los casos acorde con la sociedad, un consenso del lenguaje y de puntos de vista similares entre la comunidad y el derecho vigente para adquirir la validez jurídica necesaria de las normas.

Obviamente, en el caso de la dogmática jurídica se trataría de consenso entre norma y aceptación social de la norma, con el afán de adquirir una validez verdadera en el sistema jurídico. Aunque Aulis Aarnio está de acuerdo con Niiniluoto con la teoría del consenso razonable. Pero con respecto a la teoría de la correspondencia de las proposiciones normativas no es aceptada por Aarnio. Ya que, no existe una justificación válida de estas proposiciones con lo que acepte la sociedad. Es decir, existiría un problema epistemológico de cómo darle una justificación a esas proposiciones para entender la norma a manera de consenso. Y desde esta perspectiva es importante buscar este modelo epistémico, para justificar coherentemente una norma aceptable en la sociedad, sin que el juez en la valoración del caso utilice la arbitrariedad en su justificación.

Ya que correspondencia de argumentos generaría un caos en la determinación concreta del derecho, no se trata de desarrollar una discusión directa con la comunidad, sino de aceptar los argumentos que puedan brindar para resolver el problema jurídica, al final el juez con su discrecionalidad mediante la argumentación jurídica tiene que resaltar, pero por esto es preciso entender el método de aplicación de esta argumentación jurídica.

Para esto es preciso buscar un método que sea epistemológico, y que se adecue a la dogmática jurídica con la teoría del *consenso razonable*, a la hora de interpretar la norma y su aceptabilidad con la realidad o hechos sociales. Y en esa búsqueda es donde se puede precisar la creación del concepto de razonabilidad de Aulis Aarnio.

3. PROCEDIMIENTO DE JUSTIFICACIÓN EXTERNA DEL CONSENSO RAZONABLE

3.1. EL CONCEPTO DE RACIONALIDAD

Para enfocarnos en la búsqueda de este método epistemológico que se requiere para evaluar los casos por parte de los jueces, es preciso enfatizar primero en el *concepto de racionalidad*, con la cual, los operadores jurídicos sentencian los conflictos existentes.

Según Yezid Carrillo el concepto de racionalidad es un método de discusión con finalidad persuasiva o ideológica (Carrillo, 2009). Pero además de ello se puede considerar, que busca impregnar una verdad o una certeza, desde un punto de vista íntimamente subjetivo de la persona que expone su ideología, de ahí proviene el carácter de persuasión, o sea, es un método de imposición de la verdad. Desde esta perspectiva podemos identificar que la racionalidad contiene una connotación muy egoísta, ya que espera que el punto de vista del argumentador sea aceptado.

Con respecto a la racionalidad jurídica según Aarnio basándose en la explicación del autor Helmut Schelsky, esta tipo racionalidad es la usada como paradigma de la dogmática jurídica (Aarnio, 1991), paradigma desde la perspectiva del uso de la comunidad científica jurídica (Kuhn, 1998). Según Schelsky la racionalidad en el campo del derecho, se denomina jurídica instrumental, ya que cumple con el fin justificatorio del instrumento de poder normativo.

Por otra parte Max Weber distingue entre dos tipos de racionalidades; *la racionalidad con arreglo a fines*, y *la racionalidad con arreglo a valores*; la primera pretende que la acción se realiza como un medio para alcanzar un fin ponderado.

“El comportamiento es racional si el medio elegido tiene sentido desde el punto de vista del fin propuesto. La realidad objetiva y la sociedad son solo condiciones del comportamiento o medios para la persona que actúa.” (Aarnio, 1991)

El objeto de esta finalidad es la eficiencia, por la cual se utilizan unos medios para conseguir el fin propuesto.

La racionalidad con arreglo a valores, está basada en la creencia consiente que la persona que actúa en la sociedad, se está comportando de forma valiosa, a pesar de las consecuencias que genera su comportamiento. Es decir, la persona actúa no con la finalidad de utilizar unos medios para llegar a fines. Sino que actúa según sus propios valores sin analizar los fines a conseguir o consecuencias perjudiciales. (Carrillo, 2009)

Según lo expuesto, Weber argumenta que la sociedad actual, está inmersa es la solución de conflictos mediante la justicia formal, y debido a esto se utiliza *la racionalidad por medio de fines*. Con lo cual, la moral ha sido descartada desde todo ámbito judicial, y la finalidad del estudio del derecho tiene que estar basado en la carga axiológica social, en donde ha sido olvidada.

Desde esta perspectiva podríamos insinuar que Weber lo que pretende decir es que esta

racionalidad de acuerdo a fines es lo que se denomina; el positivismo jurídico mediante el silogismo lógico. Y su objetividad desgarradora, logra eliminar los valores de la sociedad. Con ello, se está olvidando que el estudio del derecho es algo más profundo que el procedimiento lógico matemático del silogismo.

Por otra parte, existe una propuesta parecida a la de Niiniluoto, pero con el afán de buscar un método racional que esté acorde con el *consenso razonable*. Jürgen Habermas, explica que debe existir una acción comunicativa funcional, en donde se comprenda mutuamente la sociedad con el fin de crear un verdadero consenso, pero siempre dejando prevalecer la libre discusión sin permitir que individuos con poder, manipulen e induzcan al error a los que discuten libremente, y buscando siempre que este consenso se efectúe con el poder del mejor argumento.

3.2. EL CONCEPTO DE LO RAZONABLE

Con respecto a lo argumentado por Aarnio, se debe evaluar otro concepto, para conseguir el consenso que se necesita en la discusión racional de la sociedad. Este concepto es el concepto de *lo razonable*.

Aarnio afirma que si lo racional está basado en argumento o puntos de vistas egoístas, y la sociedad lo acepta ya sea por persuasión o ideología afín. Puede que otros argumentos en la discusión no sean aceptados por el poder del mayor argumento. (Habermas, 2005)

Debido a ello el concepto de razonable o como también le denomina; la aceptabilidad racional, está basada, no en argumentos egoístas, sino en la posibilidad de participación de otros en la argumentación racional. Y este concepto si permitirá que la discusión racional de Habermas pueda efectuar de manera procedimental un consenso verdadero.

No obstante, Aarnio lo expone como una salida aceptable para la creación de la metodología jurídica, para el estudio de la dogmática jurídica en la evaluación y resolución de los casos difíciles. Ya que agregaría en la discusión razonable del caso, la carga axiológica que se necesita de la sociedad, para justificar la aceptabilidad de los enunciados normativos que resuelvan el caso en concreto.

Aarnio define el concepto de razonabilidad o aceptabilidad racional de esta manera:

“La aceptabilidad racional es una propiedad del resultado final del procedimiento de justificación jurídica. Por consiguiente, se habla de la aceptabilidad racional de los puntos de vista interpretativos. A su vez, por lo que respecta a su naturaleza, la interpretación jurídica es un diálogo, es decir, en este sentido, una forma de la comunicación humana.” (Aarnio, 1991)

En esta comunicación humana que afirma el autor es donde se apoyan Jürgen Habermas y Robert Alexy, para desarrollar la teoría procedimental del discurso racional.

3.3. TEORÍA DEL AUDITORIO

También podemos ingresar al campo de la discusión otros conceptos importantes, que nos ayuden a comprender existencialmente como se puede debatir en el procedimiento epistemológico propio de la dogmática jurídica. Por ello la teoría del auditorio de Perelman nos sirve de mucha ayuda para entender el uso de la razón práctica.

Perelman al realizar un estudio del libro crítica de la razón pura de Immanuel Kant, tomó los conceptos de *persuasión* y *convencimiento*, que Kant utiliza como juicios de verdad.

En el juicio de Kant sobre *la persuasión*, explica que es una verdad que está ligado íntimamente con la persona que emite el juicio, es decir, que la persuasión solamente tiene un alcance individual. Por otro lado *la convicción* para el autor está sometida a la verdad de su objeto. Por consiguiente, puede ser explicada de manera racional a todos los seres humanos. Es hasta aplicable, por si sola, a la realidad. (Perelman, 1989)

Desde esta perspectiva Perelman traslada estas concepciones Kantianas para la creación del discurso racional. Y en la teoría del auditorio se atreve a explicar, que la persuasión se puede aplicar a un auditorio particular y la convicción es viable aplicarla a un auditorio universal.

Aunque el mismo Perelman expone, que posiblemente esta teoría del auditorio se suprima por sí solo, ya que al momento de interpelar un individuo en un auditorio ya sea universal o particular, puede que necesite conseguir otro propósito que no siga precisamente lo expuesto por su teoría. (Perelman, 1989). A partir de esto, Aarnio expone que la audiencia particular y general de Perelman al unirse generan; *la audiencia ideal*.

En este peculiar tipo de audiencia, se busca el convencimiento del auditorio de un tema en específico. En la cual todas las personas sociales, son consideradas racionalmente aceptables a la hora de interpelar o aseverar en una discusión jurídica. Claro que el juez, según el caso, debe poner límites al número de personas que participan, porque pueden recaer en discusiones superfluas o tautologías temáticas (Aarnio, 1991), pero aun así todos tienen la facultad de participar en la discusión y crear el consenso razonable que expuso Niiniluoto. Al cual Aarnio está de acuerdo y Habermas lo ratifica con el uso práctico de la racionalidad en la acción comunicativa de los individuos sociales.

4. APLICACIÓN PRÁCTICA DE LA JUSTIFICACION RAZONABLE

4.1. EL CONCEPTO DE PARTICIPACIÓN PERTINENTE

Acorde con lo expuesto con anterioridad la forma como se desarrollaría el consenso razonable y la participación de la comunidad jurídica en donde se encuentra el caso, sería con la *participación pertinente* en la discusión jurídica de las asociaciones y personas individuales interesadas en la temática del caso en particular.

Esta *participación pertinente* no disminuye la importancia de las partes en su *Litis* principal, sino que pretende que el juez reciba argumentos importantes de la temática y los recepte como *oviter dictas* para su conclusión resolutoria del problema en cuestión.

De esta forma el método epistemológico de la dogmática jurídica se complementaría con la inclusión del *consenso razonable* de la moral social con la *participación pertinente* o argumentos de la comunidad lingüística en el caso en concreto, como si se tratara de una discusión del auditorio ideal y lograr consolidar la aceptabilidad racional de la sociedad.

Entonces este método de argumentación constructiva y de un contenido basado en la teoría de derechos con construcción *razonable* del derecho vigente, genera la idea central de utilizar reglas y principios en una interpretación constructiva (Alexy, 2002) y argumentos de *participación pertinente*. Esto le garantizaría a cada miembro de la comunidad igual consideración y respeto por parte de la rama judicial. (Caballero, 2011)

Este procedimiento dogmático jurídico se realiza con una mezcla evolutiva entre el realismo, la hermenéutica (iusnaturalismo) y el positivismo (Dworkin, 1989) con la aceptabilidad racional y moral de la sociedad (Aarnio, 1991). Con la finalidad de garantizar también la seguridad y la corrección jurídicas a la hora de sentenciar racionalmente los casos; Aceptando el estado real de la comunidad jurídica existente, Reafirmando el positivismo como base para que se tomen decisiones correctas con principios constitucionales, y por último, en la interpretación de dichos principios que le sirven de ayuda para resolver el caso, mientras su justificación sea racional. (Dworkin, 1989)

5. CONCLUSIONES

Es importante precisar, que las indicaciones teóricas expuestas en esta investigación, desarrollan un método epistemológico de resolución de casos jurídicos más incluyente y democrático en la dogmática jurídica. Propicio para los cambios actuales de gran necesidad para una sociedad incluyente. En el cual, lo que se pretende construir, es la consolidación de un verdadero cambio democrático para el desarrollo equitativo de los Estados Sociales de Derecho.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AARNIO, A. (1991) "Lo racional como razonable". Madrid: Centro de estudios constitucionales.

AARNIO, A. (1995) "Derecho, racionalidad y comunicacion social". México: Fontamara.

AARNIO, A. (1998) "Derecho y acción". Isonomia, 102-124.

ALEXY, R. (2002) "Teoría de los derechos fundamentales". Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales.

ATIENZA, M. (1985) "Introducción al derecho". Barcelona: Barcanova.

- BOBBIO, N. (1991) "Teoría general del derecho". Bogota: Temis.
- CABALLERO, J. (2011) "Avances de la filosofía del derecho y las decisiones judiciales para la verdadera justicia en occidente". Congreso nacional de filosofía del derecho y filosofía social, asofides, 67 - 76.
- CARRILLO, Y. (2009) "La inclusión de la moral en el derecho y la encrucijada actual del positivismo jurídico". Diálogos de saberes, 213-229.
- CARRILLO, Y. (2009) "Teorías de la argumentación y del razonamiento jurídico". Bogotá: Doctrina y ley.
- DWORKIN, R. (1989) "Los derechos en serio". Barcelona: Ariel.
- HABERMAS, J. (2005) "Facticidad y validez". Madrid: Trotta.
- HEGEL, G. W. (1968) "Filosofía del derecho". Buenos Aires: Claridad S.A.
- KENNEDY, D. (2002) "La crítica de los derechos en los critical legal studies". En Left legalism/ left critique (págs. 47-89). Duke University Press.
- MARTÍNEZ, L. (1994) "Curso de teoría del derecho y metodología jurídica. Barcelona: Ariel.
- NIINILUOTO, I. (1997) "Sobre la verdad de las proposiciones normativas". En E. Garzón, La normatividad del derecho (Comps) (págs. 219 - 228). Barcelona: Gedisa.
- NINO, C. S. (2003) "Introducción al análisis del derecho". Buenos Aires: Astrea.
- PERELMAN, C. (1989) "Tratado de la argumentación, la nueva retórica". Madrid: Gredos.
- RAWLS, J. (1997) "Teoría de la justicia". México: Fondo de cultura económica.
- RAWLS, J. (1998) "Debates sobre el liberalismo político". Barcelona: Paidós.
- WITTGENSTEIN, L. (2000) "Tractatus logicus philosophicus". Escuela de filosofía Universidad Arcis (edición electrónica).
- ZAGREBELSKY, G. (2007) "El derecho ductil". Madrid: Trotta.