

## Elementos para una reconstrucción del estatuto epistemológico de la filosofía del derecho

*Some Elements to Rebuild the Law Philosophy's Epistemological Statute*

*Óscar Mejía Quintana\**

### **Resumen:**

El presente ensayo busca contextualizar el proceso de desdibujamiento epistemológico de la filosofía del derecho, rastreando las raíces de la problemática en la discusión de la modernidad temprana y el proceso posterior, donde, con el surgimiento del positivismo contemporáneo, la teoría jurídica le arrebató su fundamento epistemológico a la reflexión iusfilosófica, pretensión radicalizada por el paradigma autopoiético de Luhmann hasta suponer su desaparición. Posteriormente, a partir de los presupuestos sugeridos por el paradigma consensual-discursivo de Rawls y Habermas, el escrito bosqueja los elementos desde los cuales podría intentar reconstruirse el estatuto epistemológico de la filosofía del derecho contemporánea.

### **Palabras clave:**

Filosofía del derecho; Teoría jurídica.

---

\* Profesor asociado y director del Departamento de Ciencia Política de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia. Profesor Asociado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes (Área de Teoría Jurídica). Filósofo (U. Nacional), M.A. y Ph.D. en Filosofía Moral y Filosofía Política (Pacific University, Los Ángeles). Posteriormente, adelantó un Posdoctorado en Filosofía del Derecho en el Departamento de Filosofía de la Universidad Nacional de Colombia.

**Abstract:**

The intent to give a context to the epistemological fading of the law philosophy, by tracing the problem's roots to the discussion in the early modernity and the later process, where with the rising of the contemporary positivism, the juridical theory takes away its epistemological basis to the law philosophical reflection, radical pretension made by the Luhmann's self poietic paradigm until its disappearance. Later, starting from the proposal suggested by the consensual-speech of Rawls and Habermas, the text draws the elements by which the contemporary law philosophy's epistemological statute could be tried to be rebuild.

**Key Words:**

Law Philosophy; Juridical Theory.

## Introducción

La consideración **monodisciplinaria** sobre cada una de las problemáticas específicas de la filosofía práctica (legitimidad, validez y eficacia) ha disgregado su estrecha relación ontológico-social y epistemológica. El problema de la legitimidad, visto desde la filosofía política<sup>1</sup>; el de la validez, visto desde la teoría jurídica<sup>2</sup>, y el de la eficacia, visto desde la sociológica jurídica<sup>3</sup>, han conducido a la trifurcación de la filosofía práctica contemporánea y, simultáneamente, al desdibujamiento del perfil epistemológico de la filosofía del derecho.

Empero, los desarrollos, no solo actuales, sino incluso clásicos, de esta relación, pese a las problemáticas, muestran lo errado de tales **consideraciones aisladas**. Ya en Kelsen la validez del sistema jurídico dependía de un mínimo de eficacia, sin la cual aquella quedaba totalmente en entredicho. Pero la eficacia suponía, a su vez, un mínimo grado de aceptación que el sistema tenía que lograr entre la ciudadanía, es decir, un mínimo nivel de justificación, en otras palabras, de legitimidad. Aunque el énfasis era en la validez, vista desde una óptica epistemológica, esta estaba supeditada, en últimas, a la legitimidad general del sistema.

Pero lo mismo podría decirse del problema de la legitimidad abordado de

manera monoperspectivística. Tal problemática solo tiene sentido frente a la de la legalidad, es decir, en cuanto al ordenamiento jurídico-político. La problemática de la legitimidad separada de tal contexto lo reduce a un **problema metafísico**, en términos de Kant, sin referentes empíricos de ningún tipo. Sólo frente a la legalidad del sistema jurídico-político en su conjunto cobra sentido y proyección el problema de la legitimidad en sí mismo.

Igual consideración puede aplicársele a la **dimensión moral**. La justificación moral, preconvencional o posconvencional, que la legitimidad o la obediencia al derecho suponen, muestra, de entrada, la orientación política y jurídica que la reflexión connota. Así como es imposible aislar el problema de la validez del de la legitimidad y la eficacia y, a su vez, el de la legitimidad de la justificación moral que supone, así como el de la eficacia de los presupuestos de legitimación política y justificación moral que la sustentan, de manera análoga no puede desconocerse la proyección de la problemática moral en el marco social y jurídico-político donde cobra sentido.

La **teoría del derecho**, como lo ha replanteado Alexy, ha sabido incorporar estas reflexiones reestructurando su concepto de validez triádicamente: la validez tiene que ser concebida como

<sup>1</sup> Jean Marc Coicaud: *Legitimité et Politique*. Paris: PUF, 1997.

<sup>2</sup> Hans Kelsen: *Introduction to the Problems of Legal Theory*. Oxford: Clarendon Press, 1996.

<sup>3</sup> Renato Treves: *La Sociología del Derecho*. Madrid, 1988.

validez jurídica, validez moral y validez social. Las tres dimensiones constituyen un concepto integral de derecho, sintetizando de tal forma una dimensión de justificación moral, de legitimidad y de eficacia que, aunque presentes en las reflexiones tempranas de la teoría jurídica, lentamente fueron desplazadas por el énfasis que se le diera al problema de la validez concebido en términos meramente epistemológicos y no ontológico-sociales.

En contraste, sin embargo, con este giro del pensamiento jurídico hacia la consideración interdisciplinaria de su **problemática-guía** sobre la validez, las demás disciplinas se han mostrado refractarias a esa reflexión interdisciplinaria, tanto a nivel universal como, en especial, en el contexto local, ahogado, además, en la arrogancia de su parroquialismo.

De tal suerte, puede observarse en nuestras latitudes la **ciencia política** reducida al análisis de los procesos funcional-instrumentales de la política, cuando no de la mera violencia, dando origen a esa exótica disciplina de la “violentología”, perdida en las marañas sin salida de la sangre y el conteo de muertos y de una negociación sin norte conceptual alguno, mientras la filosofía política, salvo muy contadas excepciones, se ha aislado, ya en lecturas exegéticas de textos, ya en superficiales nostalgiasseudorrevo-

lucionarias más quiméricas que posibles.

O, en una línea similar, donde la ética y la **filosofía moral** se han extraviado, como tendencia general, ya en la repetición mecánica de manuales o en la hermenéutica contemplativa de los clásicos, sin ninguna referencia a la realidad societal, como dijera Luhmann. O donde la **sociología**, presa de las verdades vaporosas de las estadísticas y las conclusiones polisémicas de las encuestas, terminó “evaluando” con cifras la eficacia del sistema, por supuesto siempre en rojo, ignorando –por no ser cuantificables o medibles– esas dimensiones de justificación moral y legitimación política posconvencionales que abrirían nuevos sentidos a la consideración de su problemática particular.

En todos los casos, por supuesto, se han desconocido **abordajes transdisciplinarios**, como los de la teoría de la justicia de Rawls, donde queda en evidencia la relación estructural (piénsese en la “secuencia de las cuatro etapas” planteada ya en su primer libro) entre los principios de justicia y el ordenamiento jurídico-político, que la misma discusión liberal-comunitarista<sup>4</sup> asume explícitamente relacionando moral, política y derecho, tanto, por supuesto, desde una perspectiva premoderna (MacIntyre<sup>5</sup>) como posilustrada

<sup>4</sup> Stephen Mulhall & Adam Swift: *Liberals & Communitarians*. Oxford & Cambridge: Blackwell, 1992.

<sup>5</sup> Alasdair MacIntyre: *After Virtue*. London: Duckworth, 1981.

(Taylor<sup>6</sup>, Walzer<sup>7</sup> y Sandel<sup>8</sup>, así como Agnes Heller<sup>9</sup>) o funcional<sup>10</sup>.

O, posteriormente, los de la teoría discursiva del derecho y de la democracia de Habermas, que establece la **cooriginalidad** de derecho y política y su relación autónoma pero vinculante con la moral, complementando de manera autocrítica la óptica comunicacional de su periodo anterior.

Incluso el abordaje de Luhmann, pese a su caracterización autopoietica de los sistemas sociales, implica un tipo de **observación de la observación** que requiere esa lectura transdisciplinaria, en términos epistemológicos o, mejor, cognitivos, como él la caracteriza, pues no de otra manera puede el sistema adaptarse a la complejidad del entorno, vista aquella de forma autorreferente como la suya propia. Aunque el código binario sea particular a cada sistema y determine lo que es o no es propio de él, todo sistema societal, aunque cerrado al entorno, está abierto cognitivamente a él y, por tanto, necesariamente tiene que interpretarlo integralmente.

La asunción de las dimensiones moral, jurídica y política de la realidad social

como esferas autónomas, que ni siquiera en términos autopoieticos puede ser asumida, puesto que, en efecto, un paradigma de esta índole ya supone una observación de segundo orden necesariamente conectiva, se ve reflejada en la **enajenación mutua** que se expresa a nivel de la filosofía práctica contemporánea y las ciencias sociales, desde finales del siglo XIX hasta mediados del XX. Asunción que solo en los últimos 25 años ha intentado corregirse; una de las tantas muestras de ello son los autores mencionados, que manifiestan claramente esa nueva tendencia a integrar epistemológicamente tales dominios y problemas de la sociedad actual.

La **unidad kantiana** de la razón práctica queda en entredicho ante esta hiperespecialización que un prurito positivizante impuso al conjunto de la filosofía y las ciencias sociales y cuyas consecuencias ontológicas (asumiendo la ontología social, en la línea de Georgy Lukács<sup>11</sup>) y epistemológicas fueron tanto la desarticulación de las tres esferas cognitivas como la enajenación sistémica que cada dimensión alcanzó en el último siglo, con las consecuencias nefastas que todos conocemos para la humanidad<sup>12</sup>.

<sup>6</sup> Charles Taylor: *Sources of the Self*. Cambridge (MA): Harvard University Press, 1989.

<sup>7</sup> Michael Walzer: *Spheres of Justice*. New York: Basic Books, 1983.

<sup>8</sup> Michael Sandel: *Liberalism and the Limits of Justice*. Cambridge: Cambridge University Press, 1982.

<sup>9</sup> Agnes Heller: *Más allá de la justicia*. Barcelona: Crítica, 1990.

<sup>10</sup> Ver Robert Nozick: *Anarquía, Estado y Utopía*. México: F.C.E., 1988 (1974) y James Buchanan: *The Limits of Liberty*. Chicago: University of Chicago Press, 1975.

<sup>11</sup> Ver Georgy Lukács: "L'ontologie de l'être social" en *Textes*, París: Editions Sociales, 1985.

<sup>12</sup> Ver Theodor Adorno: «La educación después de Auschwitz» en *Consignas*, Buenos Aires: Amorrortu, 1973, pp. 80-95.

Desarticulación que, pese a la reacción por reintegrarlas al menos al nivel de la reflexión, como tiene que ser para una consideración totalizante (“Lo verdadero es el todo”, decía Hegel<sup>13</sup>), sigue tercamente persistiendo en ciertos contextos académicos atrincherados en lecturas crípticas y posturas eruditizantes solo para resguardar **feudos intelectuales** que flaco favor le hacen a una realidad que reclama con urgencia reflexiones transdisciplinarias y nortes conceptuales que orienten el trabajo monodisciplinar y le confieran alguna proyección definida a la investigación social de sus respectivos campos.

Ante esto, se impone como una necesidad histórica, máxime en nuestro contexto desgarrado por una guerra civil no declarada, **relacionar sistemáticamente** las diferentes esferas de la filosofía práctica (moral, política, jurídica y social), a través de la consideración integral, interdisciplinaria, pero, sobre todo, transdisciplinaria, de las problemáticas de la legitimidad, la validez y la eficacia, tres problemas que ya no pueden ser abordados, ni epistemológica ni ontológicamente, de manera aislada.

Legitimidad, validez y eficacia, de una parte, filosofía política, teoría del derecho y sociología jurídica, constituyen tres problemáticas y tres ámbitos disciplinarios que tienen que ser articulados horizontal y verticalmente,

estructural y sistémicamente desde una sola reflexión epistemológica. Y aunque la **autonomía epistemológica** de cada cual es un reflejo de su autorreferencia societal, cada cual integra, como el derecho lo ha podido hacer desde el problema de la validez, las otras problemáticas, ámbitos y reflexiones, con el objeto de lograr una observación de sí mismos y de sus respectivos entornos más amplia y, a través de ello, una adaptación más adecuada a la cada vez más creciente complejidad de la sociedad contemporánea.

La universalidad del conocimiento, que se opone a esa **hiperespecialización positivizante**, no es un delirio romántico ni una nostalgia renacentista, ya sepultadas por la historia. Responde a esa necesidad sistémica y sistemática de totalidad, de adaptación inteligente, amplia e integral a la realidad social. Ese es el significado, si quisiera encontrársele alguno, que identifica la teoría social de autores como Rawls, Luhmann y Habermas, pese a las diferencias que los distinguen y separan en el contexto de finales y comienzos de siglo. Volver a recuperar esa vocación de totalidad, ontológico-social y epistemológica, para el saber disciplinario, señalándole un horizonte de transdisciplinarietàad que le confiera un nuevo sentido heurístico a cada disciplina y al conjunto y, a través de ello, quizá social e incluso histórico, que es lo que parecieran estar necesitando y reclamando.

<sup>13</sup> G.W.F. Hegel: “Prólogo” en *Fenomenología del Espíritu*. México: F.C.E., 1966, p. 16.

Ese propósito justifica el proyecto de relacionar la reflexión **integral y vinculatoria** que cada uno ofrece de las tres problemáticas de la legitimidad, la validez y la eficacia, desde una vocación reintegradora (no exenta, por supuesto, de problematización) de la filosofía práctica y las ciencias sociales contemporáneas.

En la dilucidación de ese propósito se inscribe el **reto histórico** de la filosofía del derecho contemporánea por reconquistar su lugar en el concierto de la filosofía práctica. Un lugar que se fue perdiendo por el surgimiento de otras disciplinas que, además de disputarle, le arrebataron finalmente la jurisdicción epistemológica que había reivindicado durante la modernidad, como fue el caso de la filosofía política, la teoría jurídica y la sociología del derecho.

El famoso manual de Gustav Radbruch, que data de 1948, pone ya de presente el **drama de la filosofía jurídica**. Los problemas propios de la disciplina eran ya, para el autor, la humanidad como concepto jurídico, el derecho social, la democracia, el derecho internacional y el derecho supralegal. Un catálogo de problemas que, desde mucho antes, se había convertido en el objeto de la filosofía política, la teoría jurídica y la sociología del derecho<sup>14</sup>.

El presente ensayo busca contextualizar el **proceso de desdibujamiento**

epistemológico de la filosofía del derecho<sup>15</sup>, rastreando las raíces de la problemática en la discusión de la modernidad temprana entre el contractualismo, que culmina con Kant y su polémica con Hegel, y el proceso posterior, a partir de la tensión del siglo xix entre el marxismo, y su estrategia de sospecha sobre lo jurídico, y las diferentes escuelas que ya perfilan la teoría jurídica autónoma, del surgimiento del positivismo contemporáneo, donde la teoría jurídica, con Kelsen y Hart, le arrebató definitivamente su fundamento epistemológico a la reflexión iusfilosófica, y que el planteamiento de Luhmann y, paradójicamente, Dworkin radicalizan hasta casi suponer su desaparición. Finalmente, a partir de los presupuestos sugeridos por la filosofía de la justicia de Rawls y la teoría discursiva del derecho de Habermas, el escrito busca bosquejar los elementos desde los cuales reconstruir el estatuto epistemológico de la filosofía del derecho contemporánea.

## 1. La disputa con el contractualismo

En efecto, la filosofía del derecho de la modernidad temprana, como queda claramente consignado en Hobbes, se orienta hacia una reflexión sobre la relación entre **legitimidad y legalidad**, mostrando cómo el orden legal depende

<sup>14</sup> Gustav Radbruch, "Algunos problemas actuales de la filosofía del derecho" en *Introducción a la Filosofía del Derecho*, México: F.C.E., 1993, pp. 153-180.

<sup>15</sup> Ver Gregorio Robles, "La teoría del derecho como sustitución de la filosofía del derecho" en *Introducción a la Teoría del Derecho*, Madrid: Debate, 1993, pp. 15-17.

de unos factores de legitimidad, la paz y la vida, que al mismo tiempo son indicadores de la eficacia del Estado. Pero ya aquí su estatuto comienza a problematizarse, en la medida en que el problema de la legitimidad y el de la eficacia hacen referencia, el uno a una esfera política y el otro a una esfera social que, podría sospecharse, no son directamente de su objeto de investigación, como más claramente parecerían serlo de la filosofía política y la sociología del derecho, esta última todavía embrionaria, por supuesto, en tiempos de Hobbes.

La confusión se agudiza cuando, con Locke, los factores de legitimidad quedan subsumidos totalmente a la **legalidad de los procedimientos**. El contractualismo lockeano, prefigurando la autorreferencialidad luhmanniana, reduce a la legalidad procedimentalizada, tanto la legitimidad como la eficacia del sistema. El procedimiento concebido para salir del estado de guerra y constituir el contrato social que da nacimiento a la sociedad política define desde ese momento el criterio de legitimidad exclusivo, además del de la propiedad, que por ser básico es simplemente un *factum* innegociable y, si se quiere, un indicador de eficacia del sistema, sin que los principios ni leyes de naturaleza, como las hobbesianas, determinen o no su justificación política o moral. Filosofía política, filosofía del derecho y sociología jurídica quedan

amalgamadas en el procedimiento, que es el que, en últimas, en términos políticos, jurídicos y sociales determina la legitimidad, la validez y la eficacia del sistema.

Rousseau no aporta mucho a la problemática, salvo porque su categoría de voluntad general como expresión de un cuerpo colectivo moral y su inclinación al modelo de política antiguo, enraizado en el entramado de las virtudes, subsume otra dimensión, complejizando la problemática: la moral, que hasta ese momento había podido escaparse de la relación, súbitamente queda amarrada a esa voluntad general que, en cuanto sociedad política, termina igualmente anclada a los **procedimientos jurídico-políticos** del sistema, que a la postre serían los de la democracia liberal<sup>16</sup>.

Con Kant se produce, sin duda, una **delimitación** de tres de las esferas anotadas: la moral, el derecho y la política quedan autonomizados en sus esferas y estatutos epistemológicos respectivos, evidenciándose, sin embargo, su condicionalidad recíproca. Pero el énfasis sigue dándose a la moral, en la medida en que la deducción trascendental de la idea del derecho y la política se deriva de los presupuestos de universalidad, autonomía y libertad determinados por la primera<sup>17</sup>.

<sup>16</sup> Ver Óscar Mejía Quintana: "La tradición contractualista" en *Justicia y Democracia Consensual*. Bogotá: Siglo del Hombre/Ediciones Uniandes, 1997, pp. 13-35.

<sup>17</sup> Ver Adela Cortina: "Aportaciones de *La Metafísica de las Costumbres*" en Emmanuel Kant, *La Metafísica de las Costumbres*, Bogotá: REI, 1989, pp. xxxi-lxx; así como Felipe González Vicén, "El principio de autonomía y el concepto del derecho" en *De Kant a Marx*, Valencia: Fernando Torres Edr., 1984, pp. 41-59.



Hegel, por su parte, no avanza sustancialmente en lo que a la filosofía del derecho se refería. La estructura de esta pretende superar la formalidad del derecho moderno y la vaciedad de la moral kantiana en la figura de la **eticidad** que el Estado lleva a su máxima expresión. El Estado subsume la dimensión jurídica e, igualmente, la dimensión política, en la perspectiva de interpretar y preservar el *ethos* que necesariamente lo origina y le confiere su razón última<sup>18</sup>.

Aquí se presentan dos lecturas opuestas, ambas en el marco de la modernidad, de la relación trilemática entre legitimidad, validez y eficacia. En Kant, la justificación moral, en términos de **universalidad, autonomía y libertad**, fija los límites de la validez del derecho y de la legitimidad del contrato social: el derecho tiene que preservar la frontera infranqueable de las libertades subjetivas, y la política tiene que asumir el consenso universal como idea normativa de su realización. La eficacia del ordenamiento parece quedar sujeta a tales condiciones.

En Hegel, por el contrario, la relación queda anclada a la **preservación del ethos**: el derecho será válido y la política legítima en la medida en que la eticidad, a través del Estado, respete las protoformas del *ethos* y la identidad de

las comunidades. La eficacia del ordenamiento queda, igualmente, sujeta a esa traducción jurídico-política que el Estado hace de la identidad ética de un pueblo.

La pregunta que se impone en torno al estatuto epistemológico de la filosofía del derecho que nos convoca es la de la lectura que cada una de estas interpretaciones supone. En Kant es claro que esta queda restringida al fenómeno jurídico en términos positivos, mientras que en Hegel adquiere un carácter más totalizante, congruente con esa inclinación aristotélica de su óptica<sup>19</sup>, como se deduce fácilmente de la estructura misma de su *Filosofía del Derecho*<sup>20</sup>. En la primera, se anticipa ya el perfil autorreferente de la teoría jurídica contemporánea, y en la segunda se mantiene el perfil totalizante, pero problemático, del modelo de la antigüedad. La kantiana prefigura, así, la validez como problemática epistemológica central de la teoría jurídica, y la hegeliana el de una relación total, pero compleja, en términos epistemológicos, entre las tres dimensiones.

## 2. Entre la validez y la sospecha

El siglo XIX constituirá una **paradójica bifurcación** de toda esta reflexión. De una parte, Marx, desde la economía

<sup>18</sup> Jean Michel Palmier: *Hegel*, México: F.C.E., 1977, pp. 81-100; J.N. Findlay, "La filosofía del espíritu objetivo" en *Reexamen de Hegel*, Barcelona: Grijalbo, 1969, pp. 319-344; Herbert Marcuse: "La filosofía política" en *Razón y Revolución*, Madrid: Alianza, 1976, pp. 168-219.

<sup>19</sup> Aristóteles: *Ética a Nicómaco*. Madrid: Espasa-Calpe, 1987.

<sup>20</sup> G.W.F. Hegel: *Filosofía del Derecho*. Buenos Aires: Claridad, 1968.

política, va a plantear una, si no la más, radical sospecha sobre el derecho y la política de toda la modernidad. Y, de otra, la teoría del derecho, en el marco de la tensión entre los modelos kantiano y hegeliano, comienza claramente a perfilarse y a romper el cordón umbilical con la filosofía del derecho.

En una primera bifurcación, las dos posturas, en especial la hegeliana, serán confrontadas por Marx, denunciando la abstracción que ambas hacen de las condiciones materiales que la validez, la legitimidad y la eficacia suponen, es decir, de la existencia de **esquemas de dominación** que se imponen, ya por la fuerza, ya por la ideologización. La radical sospecha marxista sobre lo jurídico y lo político y, por tanto, sobre la validez del sistema jurídico, la legitimidad del ordenamiento político y la eficacia del sistema social, en general, deriva en su vertical posición frente a los derechos humanos y la democracia en el marco del capitalismo como productos e instrumentos de la burguesía dominante para preservar su dominio<sup>21</sup>.

La *Introducción a la Crítica de la Filosofía del Derecho de Hegel*<sup>22</sup> anticipa la intuición que Pashukanis, retomando

a Lenin, llevará a sus consecuencias naturales: la filosofía del derecho no tiene ningún estatuto epistemológico. Solo puede concebirse como crítica de la economía política o, a lo sumo, como **crítica ideológica del derecho** y, por extensión, de la política. El marxismo estructuralista de Poulantzas y Althusser será el que vendrá a resolver esa tensión de la tradición marxista, poniendo de presente que la figura más distorsionadora de la ideología burguesa es, precisamente, la ideología jurídico-política que alcanza su máxima y más irónica expresión en la teoría jurídica que trata de dar razón de ello<sup>23</sup>.

La segunda bifurcación nos pone en dirección de la teoría jurídica contemporánea a partir de la tensión entre las dos lecturas sugeridas por Kant y Hegel, respectivamente. En la **línea kantiana**, aunque no siempre directamente derivada de su postura, se inscribirán escuelas como la de la Exégesis, y la Jurisprudencia de Conceptos, mientras que la **matriz hegeliana** será indudablemente recogida por la Escuela Histórica del Derecho, así como ciertas mixturas, que de la misma manera pondrán su énfasis ya en aspectos universales, ya

<sup>21</sup> Karl Marx: "Prólogo de la Contribución a la crítica de la economía política" en *Obras Escogidas*. Moscú: Editorial Progreso, 1973, pp. 516-520; Eugeni Pashukanis: "Finalidad de la teoría general del derecho" (Introducción) en *Teoría General del Derecho y Marxismo*, Barcelona: Labor, 1976, pp. 37-51; Remigio Conde: *Pashukanis y la Teoría Marxista del Derecho*. Madrid: C.E.C., 1989; Ralph Dreier y otros: *Teoría Pura del Derecho y Teoría Marxista del Derecho*, Bogotá: Temis, 1984; Per Mazurek: "Teoría marxista y socialista del derecho" en Arthur Kaufmann (Ed.): *El Pensamiento Jurídico Contemporáneo*. Madrid: Editorial Debate, 1992, pp. 333-348.

<sup>22</sup> Karl Marx: «Contribución a la crítica de la *Filosofía del Derecho* de Hegel» en *Textos*. Bogotá: Editorial Eris, 1978, pp. 99-122.

<sup>23</sup> Ver Nicos Poulantzas: *Poder Político y Clases Sociales en el Estado Capitalista*. México: Siglo XXI, 1976; Louis Althusser: *Ideología y Aparatos Ideológicos de Estado*. Bogotá: Tupac Amaru, 1974.

en contextuales, como la Jurisprudencia del Interés y la Escuela del Derecho Libre<sup>24</sup>.

En todas ellas la tensión entre universalidad y eticidad se resimboliza de diferente manera, definiendo la validez del derecho ya por su identidad con una o con otra. Pero lo determinante será que la reflexión iusfilosófica, centrada en consideraciones extra-sistémicas, más generales, va dando paso a un pensamiento sistemático sobre el derecho desde una perspectiva que en lo esencial se estructura de **manera intrasistémica**. Por supuesto, ello genera un abandono progresivo de los problemas clásicos de la filosofía del derecho, como eran el de la relación entre legitimidad y legalidad o el de la obediencia o desobediencia del derecho, que hasta en Kant y Hegel podían rastreadse.

El eje se desplaza del entorno del derecho, ya sea moral o político, al **derecho como sistema**, lo cual ya era un camino preparado, en todo caso, tanto por Kant como por Hegel. Esta tendencia encuentra en la Escuela del Realismo Jurídico, ya fuera en su versión escandinava, ya en la norteamericana, su consagración definitiva en cuanto, pese a la apariencia contraria, es el juez y, en particular, la decisión judicial la clave de la validez del derecho. La teoría jurídica logra romper definitivamente con

la filosofía del derecho, no sin costos, por supuesto, como dramáticamente se vería después, y, simultáneamente, la filosofía del derecho pierde su perfil al no ser claro el problema epistemológico que orienta su reflexión<sup>25</sup>.

### 3. Positivismo y teoría jurídica

En efecto, si de la validez deviene el **problema de la teoría jurídica** naciente, y de la legitimidad la filosofía política, así como de la eficacia la sociología del derecho, ¿cuál es el problema específico de la filosofía del derecho, desde el cual estructurar su estatuto epistemológico?

Los manuales de filosofía del derecho de la primera mitad del siglo xx, cuya incidencia en muchas latitudes se mantiene hasta hoy, centran el eje de reflexión de la filosofía del derecho en torno a **tres disciplinas filosóficas**: la epistemología, la ontología y la axiología del derecho. La primera, determinando el objeto de la ciencia jurídica (teoría del conocimiento jurídico que, en algunos casos, se complementa con una teoría de la argumentación jurídica); la segunda, la estructura del ser del fenómeno jurídico (concepto del derecho), y la tercera, proyectando el deber ser del derecho como sistema normativo (teoría de la justicia).

Las variaciones y originalidades se

<sup>24</sup> Ver, en general, Rafael Hernández: *Historia de la Filosofía del Derecho Contemporánea*. Madrid: Técnos, 1989.

<sup>25</sup> Liborio Hierro: "Realismo jurídico" en E. Garzón y F. Laporta (eds.): *El Derecho y la Justicia*. Madrid: Trotta, 1996, pp. 77-86.

daban en torno a cuál **subdisciplina** subordinaba las otras. Arthur Kaufmann subdivide, precisamente, la filosofía del derecho en ontología (estudio del mundo como objetividad), epistemología (estudio del mundo como subjetividad) y filosofía de la existencia (estudio del mundo como autorrealización). Del Vecchio, por su parte, divide la filosofía del derecho en lógica (que define el derecho en su universalidad), fenomenología (que investiga los caracteres generales de su desarrollo) y deontología (que valora según el ideal de justicia trazado por la razón pura)<sup>26</sup>.

En las tres perspectivas se superponían aspectos de legitimidad, validez y eficacia sin que quedaran delimitados con precisión los **cruces epistemológicos** que a su vez se producían con la filosofía política, la teoría del derecho y la sociología jurídica, sin hablar de la filosofía moral que, en la dimensión axiológica, también entraba a jugar. En Bobbio, por ejemplo, la filosofía del derecho se subdivide en una teoría de la ciencia jurídica, una teoría del derecho y una teoría de la justicia, siendo esta última la principal y teniendo como objetos de estudio la relación entre legitimidad y legalidad, el consenso social y la fundamentación del Estado

de derecho<sup>27</sup>. Es decir, el espectro de problemas iusfilosóficos de la modernidad temprana.

En el marco de conceptualizaciones análogas sobre el objeto de la filosofía del derecho, herencia indirecta de discusión moderno-temprana, va surgiendo la **teoría pura del derecho** de Kelsen y la definición del positivismo jurídico como la primera y, quizá, más importante escuela teórico-jurídica. Kelsen define la validez como un problema exclusivo de la teoría jurídica, precisamente para deslindarla de dos problemas que a su modo de ver no tenían, al menos directamente, que ver con su campo de conocimiento: el de la legitimidad y el de la eficacia.

La pregunta por la validez del ordenamiento como pregunta esencial de la teoría jurídica es la pregunta por las **condiciones de posibilidad** del conocimiento jurídico. En la línea kantiana, Kelsen parte de dos a priori del conocimiento del fenómeno jurídico: el ordenamiento como tal que preexiste a la norma particular, y en el cual esta se inscribe, y la norma fundamental que, en últimas, es la condición incondicional de la validez de todo el ordenamiento<sup>28</sup>.

<sup>26</sup> Arthur Kaufmann: "Naturaleza, tareas y posición sistemática de la filosofía del derecho" en *Filosofía del Derecho*. Bogotá: Universidad Externado, 1999, pp. 37-43. Pero también Giorgio del Vecchio: "Concepto y temas de la filosofía del derecho" en *Filosofía del Derecho*. Barcelona: Bosch, 1991 (1930), pp. 275-289; así como, en el contexto colombiano, Abel Naranjo Villegas: *Filosofía del Derecho*, Bogotá: Témis, 1992.

<sup>27</sup> Citado por Eusebio Fernández: *Teoría de la Justicia y Derechos Humanos*. Madrid: Debate, 1991, pp. 27 y ss.

<sup>28</sup> Ver, de nuevo, Hans Kelsen: *Introduction to the Problems of Legal Theory*. Oxford: Clarendon Press, 1996.

Si bien las relaciones con las esferas de la legitimidad y la eficacia siguen siendo complejas, en cuanto la norma fundamental presupone un **contenido axiológico** que solo hasta el final de su vida Kelsen acepta y que la mínima eficacia del sistema es un requisito de su validez general, el autor logra deslindar definitivamente la teoría jurídica de la filosofía del derecho, definiendo su problemática específica, aunque, obviamente, originando otros problemas no menos decisivos para el desarrollo de la tradición positivista<sup>29</sup>.

Pero con la teoría pura kelseniana el derecho rompe definitivamente su **paternidad** con la filosofía del derecho, por un lado, y con la sociología del derecho, por otro, toma distancia frente a dos escuelas que posteriormente tendrían que acomodarse a esta nueva geografía epistemológica: el iusnaturalismo y el realismo jurídico, que eran las puntas de lanza de los resabios de la filosofía del derecho de la modernidad temprana, cuando no de la premodernidad, y de la nueva sociología del derecho.

Una interesante disgregación del positivismo, en una variante más hegeliana que kantiana, la constituye el contemporáneo y contradictor de Kelsen, Carl Schmitt. Su implacable **crítica de la democracia liberal** muestra, de una parte, cómo la decisión

del soberano desborda, en un momento dado, la necesidad de legitimación democrática de la sociedad y, de otra, cómo el derecho positivo, sin dejar de serlo, es la expresión de un orden concreto, en una gradación de innegable influencia hegeliana que va desde el momento óntico, la vida real de un pueblo, pasando por el lógico, la idea de derecho derivada de lo anterior, hasta el nivel ontológico concreto del derecho positivo y, finalmente, el práctico concreto de la decisión judicial. Schmitt sintetiza con su fórmula dos siglos de discusión iusfilosófica asimilándola, como Kelsen, a la teoría del derecho<sup>30</sup>.

Aunque no sea de buen recibo por los juristas adeptos de la filosofía, lo cierto es que en este momento la teoría del derecho se separa de la filosofía del derecho y conquista su madurez epistemológica. Conquista que para la segunda consagra, al mismo tiempo, su **limbo epistemológico**, en la medida en que pierde definitivamente los contornos específicos, si no de un objeto sí de un problema disciplinario particular. Desde ese momento, en realidad, la teoría del derecho es el ámbito de reflexión propio del derecho como disciplina, y la filosofía del derecho deviene en un fantasma epistemológico sin problemática propia, salvo cuando los juristas la identifican con la teoría jurídica, y los filósofos con la historia de la filosofía.

<sup>29</sup> Hans Kelsen: "El fundamento de validez de un orden normativo: la norma fundante básica" en *Teoría Pura del Derecho*. México: Porrúa, 1997 (1960), pp. 201-232.

<sup>30</sup> Carl Schmitt: *Sobre los Tres Modos de Pensar la Ciencia Jurídica*. Madrid: Tecnos, 1996.

Hart va a tratar de flexibilizar la teoría jurídica, cuyos postulados kelsenianos de pureza metódica y neutralidad axiológica habían desarmado al derecho de la **posibilidad de corrección** frente a sus propios excesos. En ese memorable capítulo inicial de su obra cumbre, Hart plantea las perplejidades de la teoría jurídica, dos de las cuales son precisamente no reducir el derecho a órdenes respaldadas por amenazas y la necesidad de replantear la relación entre derecho y moral<sup>31</sup>.

Si bien Hart introduce en los capítulos finales una reflexión definitiva sobre la necesidad de congruencia entre el sistema jurídico y el sistema moral, fundamentándose los dos en un **derecho mínimo natural** común, mantiene –pese a su oposición a Kelsen con la regla de reconocimiento que pretende contrastar la ambigüedad de la norma fundamental– el estatuto epistemológico propio de la teoría jurídica contemporánea<sup>32</sup>.

Pero aquí se impone una aclaración que será clave en el desarrollo de la teoría jurídica hacia el futuro. La estructura epistemológica que se deriva del planteamiento hartiano **trifurca la teoría jurídica** en tres proyecciones: qué es el derecho, cómo funciona el derecho y qué debe ser el derecho, con lo cual se anticipa el paso cualitativo que

la teoría jurídica daría en relación al conjunto de la filosofía práctica contemporánea que queda anclada en la perspectiva monoproblemática de sus disciplinas particulares.

La teoría jurídica subsume así, desde su propia óptica, las problemáticas de la legitimidad y la eficacia y se inicia un proceso de ampliación y definición de su estatuto epistemológico que, más adelante, Robert Alexy pondrá en evidencia: la validez del derecho no solo es jurídica, deviene también en social y moral.

## 4. Desdibujamiento de la filosofía del derecho

### 4.1 *El paradigma autopoiético*

El paradigma autopoiético o autorreferencial concibe el derecho, la política y la moral como sistemas sociales autonomizados entre sí, sin otro tipo de comunicación que el sistémico o funcional y constituye una radicalización del iuspositivismo kelseniano, resimbolizando la validez jurídica en términos de una **concepción autorreferente** del sistema jurídico<sup>33</sup>.

Podría parecer que Luhmann reduce de nuevo la validez del derecho a una sola dimensión, pero es todo lo contrario. La

<sup>31</sup> H.L.A. Hart: "Regla de reconocimiento y validez jurídica" en *El Concepto de Derecho*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995, pp. 125-137.

<sup>32</sup> H.L.A. Hart: «Postscriptum» en H.L.A. Hart y R. Dworkin: *La Decisión Judicial*. Bogotá: Siglo del Hombre/Ed. Uniandes, 1997.

<sup>33</sup> Ver; Jesús Martínez: "Teoría de sistemas: la autorreferencia" en *La Imaginación Jurídica*. Madrid: Debate, 1992, pp. 82-94; Ignacio Izuzquiza: "El sistema del derecho" en *La Sociedad sin Hombres*, Barcelona: Anthropos, 1990, pp. 292-298.

prioridad de los sistemas sociales, incluido el jurídico, no es ya la adaptación a la complejidad del entorno, sino a su **propia complejidad**, lo que constituye un giro radical en el imperativo del derecho en cuanto el eje de sus decisiones no proviene del entorno social, sino que se estructura a partir de sus propias capacidades y posibilidades internas.

La idea de Luhmann es que la complejidad social se reduce construyendo la **complejidad interna** del sistema jurídico. La apertura cognitiva ante el entorno supone una clausura normativa del sistema jurídico, en el sentido de que el código binario propio al derecho es el que garantiza que la complejidad social se traduzca al lenguaje jurídico y se resuelva en términos jurídicos y no sociales. El derecho reduce complejidad social en términos de validez jurídica, no de eficacia social o legitimidad política.

Pero eso no significa que las dimensiones de eficacia del sistema jurídico o legitimidad de este no sean contempladas por el derecho en términos sistémicos. La validez jurídica implica, necesariamente –so pena de caer en un formalismo que solo podría conducir al derrumbamiento del sistema–, una **reducción eficaz** de la complejidad social y, obviamente, connota una dimensión de legitimidad

que el derecho resuelve en términos funcionales.

¿Qué consecuencias tiene ello para la filosofía del derecho? Para Luhmann, la teoría jurídica es la llamada a observar los procesos sistémicos del derecho en orden a desparadojizarlos y destautologizarlos. En efecto, la adaptación del sistema a sí mismo y, por ende, al entorno, y la legitimidad que se puede derivar de su capacidad de adaptación supone la **autoobservación del sistema**. Tal autoobservación es la que puede evitar la paradoja sistémica, es decir, la imposibilidad de que el sistema no logre captar su complejidad y reducirla. La función de la teoría jurídica es evitar ello, observando adecuadamente al sistema y propiciando su adaptación a sí mismo.

La teoría jurídica garantiza el **cierre autopoietico** del sistema y la adaptación a su propia complejidad. Sin embargo, esta observación de primer orden tiene que complementarse con una observación de segundo orden: tal función sistémica es llevada a cabo, según Luhmann, por la sociología del derecho<sup>34</sup>. Esta observación complementa la de la teoría jurídica, pero igualmente desde una óptica intrasistémica y no extrasistémica, como la sociología jurídica la ha planteado tradicionalmente, propiciando con ello una complejización excesiva del sistema jurídico<sup>35</sup>.

<sup>34</sup> Niklas Luhmann: "Questions por legal theory" y "Legal system and legal theory" en *A Sociological Theory of Law*. London: Routledge & Kegan, 1985, pp. 274-288.

<sup>35</sup> Ver Pilar Giménez Alcover: "La observación sociológica del derecho" en *El Derecho en la Teoría de la Sociedad de Niklas Luhmann*. Barcelona: Bosch Editor, 1993, pp. 294-335.

La sociología del derecho es una **observación de la observación**: observa la relación de la teoría jurídica con la complejidad del sistema jurídico. En últimas es la garantía del cierre autopoietico del sistema, señalando el peligro potencial de importación de normas externas al derecho, calibrando la función límite entre apertura cognitiva y cierre normativo del sistema jurídico. Tal observación asegura la validez y unidad del sistema como función autopoietica y no como consecuencia del entorno, y, por tanto, el carácter circular, simétrico y recursivo de su autopoiesis<sup>36</sup>.

En ese marco la filosofía del derecho no cumple ninguna función, más que, si se quiere, retórica. Constituye un **elemento externo** al sistema jurídico, podríamos calificarlo casi de moral, y, por tanto, potencialmente peligroso en la medida en que puede generar un exceso de complejidad en el sistema jurídico, es decir, de contingencia no estructurada que no se ciñe al código binario del lenguaje legal. La filosofía del derecho no solo deja de tener lugar en el planteamiento autopoietico, sino que, incluso, es una dimensión extraña a la dinámica sistémica del ordenamiento jurídico, que tiene que ser aislada y expulsada del sistema. El estatuto epistemológico iusfilosófico

desaparece con Luhmann y, pese a ciertas diferencias sustanciales con el planteamiento de Teubner, similar interpretación puede hacerse de la filosofía del derecho en el paradigma de derecho reflexivo que este último defiende<sup>37</sup>.

#### 4.2 El paradigma interpretativo

Aunque el planteamiento de Dworkin es posterior al de Rawls y, de hecho, explícitamente se inscribe en el giro rawlsiano, su reconocimiento se evidencia en toda su magnitud en su polémica con Hart<sup>38</sup>. El debate giró en torno a la relación entre derecho y moral que, pese a las ambivalencias de su planteamiento, Hart negaría hasta el final, mientras que Dworkin defendía una **relación estructural** entre una y otra, en la medida en que los principios máximos del sistema jurídico resumían, necesariamente también, los principios morales de esa sociedad. Por lo tanto, hablar de dos dimensiones normativas enfrentadas no tenía asidero, por cuanto el derecho incorporaba los valores morales de la sociedad a través de sus principios regulativos.

No es el caso entrar en los pormenores de esta discusión, sin duda, uno de los debates más significativos y representativos de la teoría jurídica

<sup>36</sup> Niklas Luhmann: "La contingencia como valor propio de la sociedad moderna" en *Observaciones de la Modernidad*. Barcelona: Paidós, 1997, pp. 87-119.

<sup>37</sup> Gunther Teubner: *Le Droit, un Systeme Autopoietique*, Paris: PUF, 1993; y "Elementos materiales y reflexivos en el derecho moderno" en Pierre Bourdieu & Gunter Teubner: *La Fuerza del Derecho*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2000, pp. 81-152.

<sup>38</sup> H.L.A. Hart y R. Dworkin: *La Decisión Judicial*. Bogotá: Siglo del Hombre/Ed. Uniandes, 1997.



contemporánea. El punto es que en el marco de esta, confusamente, Dworkin empieza a clasificar esta polémica dentro de la filosofía del derecho y no de la teoría del derecho, seguramente por la introducción de elementos morales y filosóficos en ella<sup>39</sup>. Pero con este giro, el **desdibujamiento** de la filosofía del derecho se vuelve definitivo, en la medida en que, como queda claro en toda la obra de Dworkin, la filosofía del derecho, vaciada de sus propios contenidos, es colonizada por los problemas y las temáticas de la teoría del derecho, tal como se venían dando desde Kelsen hasta Hart<sup>40</sup>.

Esta, sin lugar a dudas, constituye la más paradójica consecuencia del planteamiento dworkiniano, cuya pretensión se orientaba, precisamente, a mostrar la imposibilidad de desterrar de la teoría jurídica el problema de los principios y los valores morales como lo había buscado siempre el positivismo. Pero la identificación de esta relectura con la filosofía del derecho, precisamente por ese carácter alterno, lo que logra es **desperfilar epistemológicamente** a la filosofía del derecho e identificarla artificialmente con la teoría jurídica, en lo que constituyó un paso atrás para ambas disciplinas:

El análisis dworkiniano del derecho como concepto interpretativo, de acuerdo con el modelo de interpretación del propio Dworkin, hace imposible la filosofía jurídica clásica. En otras palabras, Dworkin desafía la posibilidad y el valor de la “filosofía del derecho general”, del intento de analizar las sociedades en sus aspectos más generales (de manera similar al intento por analizar la naturaleza humana) e identificar las características que son comunes a todas las organizaciones sociales que podrían crear la necesidad de establecer instituciones y prácticas similares (en diferentes partes del mundo)<sup>41</sup>.

La iniciativa de Dworkin tiene los **efectos contrarios** al proyectarse al contexto universal. Su identificación de las problemáticas epistemológicas de la teoría del derecho con las de la filosofía del derecho lo único que logró fue reemplazar definitivamente los contenidos de la segunda por los de la primera, en una línea similar a la propiciada por el paradigma auto-poiético. Y con ello le dio pie a los juristas para confundir ambas disciplinas y justificar el que los problemas legales fueran abordados, no desde la teoría jurídica en términos intrasistémicos, sino desde una singular versión de la filosofía del derecho no reconstruida críticamente

<sup>39</sup> Ver Ronald Dworkin: “Introduction” en *Philosophy of Law*. Oxford: Oxford University Press, 1977.

<sup>40</sup> Ronald Dworkin: *Los Derechos en Serio*. Barcelona: Gedisa, 1992; así como *El Imperio de la Justicia*. Barcelona: Gedisa, 1992. Igualmente, Rodolfo Arango: *¿Hay respuestas correctas en el derecho?* Bogotá: Siglo del Hombre/Ed. Uniandes, 1999.

<sup>41</sup> Ruth Gavison: «Comment», en R. Gavison (ed.): *Issues in Contemporary Legal Philosophy*. Oxford: Clarendon Press, 1987.

en términos epistemológicos posconvencionales, sino análoga a la primera, con lo que desdibujó totalmente su naturaleza epistemológica, tanto presente como potencial, incentivando todo tipo de malinterpretaciones sobre el estatuto de las dos.

## 5. Filosofía de la justicia

El resurgimiento de la filosofía moral, política y jurídica en la segunda mitad del siglo xx se origina, cronológicamente, con la publicación de la *Teoría de la Justicia* (1971), de John Rawls, cuyos planteamientos constituyen un audaz intento por fundamentar una **nueva concepción** de la moral, la política y el derecho, y de sus relaciones entre sí, con sustanciales connotaciones para el desarrollo institucional de la filosofía moral, jurídica y política contemporáneas<sup>42</sup>.

La *Teoría de la Justicia* termina de redondear la crítica al utilitarismo que Rawls había emprendido veinte años atrás, concibiendo un **procedimiento de consensualización**, la posición original, de la que se derivan, en condiciones simétricas de libertad e igualdad argumentativas, unos principios de justicia que orientan la construcción institucional de la estructura básica de la sociedad, a nivel político, económico y social.

La propuesta rawlsiana subsume, así, tres perspectivas de la razón práctica en tres momentos de un mismo proceso de construcción. Un primer momento, el **dialógico-moral**, que, con la figura de la posición original, supone la obtención de un consenso racional y argumentado donde todas las concepciones de justicia y sus proyecciones económicas son discutidas, contrastadas y asumidas<sup>43</sup>. Un segundo momento, el **político-contractual**, donde la concepción política de justicia es fundamentada desde el consenso entrecruzado de las diferentes concepciones omnicomprehensivas razonables de la sociedad y, a partir de ello, se construye cooperativamente el espacio de lo público. Y, por último, un tercer momento, el **ético-contextual**, a través del cual la persona o el sujeto colectivo, en el marco de una comunidad y tradición concretas y específicas, subsume o no los principios dentro de su irreductible e irrenunciable esfera particular.

El planteamiento de Rawls, pese al énfasis que parece ponerle a la justicia, bosqueja el nuevo perfil de la filosofía del derecho contemporánea. En efecto, la reflexión rawlsiana involucra y relaciona **tres dimensiones** en su planteamiento. Una primera, que se deriva de la posición original, es la justificación moral de los principios de

<sup>42</sup> John Rawls: *Teoría de la Justicia*. México: F.C.E., 1996; *Liberalismo Político*. Barcelona: Crítica, 1996.

<sup>43</sup> Óscar Mejía Quintana: "El paradigma consensual del derecho en la teoría de la justicia de John Rawls" (estudio preliminar) en John Rawls: *El Derecho de los Pueblos*. Bogotá: Facultad de Derecho (Universidad de Los Andes), 1996.

justicia. Principios que tienen la pretensión de derivarse de un consenso moral que pueda satisfacer a todos por igual sus expectativas mínimas particulares, en condiciones de simetría deliberativa.

Pero esos mismos principios son, a su vez, los **criterios de legitimidad** del ordenamiento jurídico-político. En efecto, los principios de justicia operan como condiciones de legitimación del sistema en su conjunto en la medida en que las instituciones tienen que adaptarse a los contenidos y prioridades fijados por ellos y, de no hacerlo, la ciudadanía puede acudir a formas de resistencia diversas.

Pero el planteamiento rawlsiano subsume, inmediatamente, una segunda dimensión. Los principios de justicia son externos al ordenamiento, pero quedan integrados, tal como lo presenta en la secuencia de cuatro etapas, en un congreso constituyente a través de un principio ya no de legitimidad, sino de validez. Principio que después permea las diferentes legislaturas y la administración pública y de justicia y, en general, el conjunto de las instituciones. El imperativo consensual de la posición original se recoge en un **principio jurídico-constitucional** de igual participación que define los términos de validez de las normas jurídicas. Este principio no es ya un criterio de legitimidad política, sino un

factor de validez jurídica del ordenamiento<sup>44</sup>.

La violación de tal principio justifica asumir dos mecanismos que Rawls contempla para que la ciudadanía se oponga a los eventuales excesos de las mayorías legislativas, políticas o sociales: la objeción de conciencia y la desobediencia civil. Estas figuras reivindicán el contenido de los principios de justicia, es decir, los criterios de justificación moral y legitimidad política del ordenamiento cuando ha sido violado el factor de validez que el principio de igual participación supone. La legitimidad opera como un **regulador** sobre la validez<sup>45</sup>.

Pero Rawls introduce una tercera dimensión al abordar el **problema de la estabilidad** en la tercera parte de su teoría de la justicia. Los principios de justicia y el ordenamiento constitucional que de ellos se ha derivado tienen que ser refrendados desde la cotidianidad de las comunidades. Solo el contraste de la universalidad formal de los principios con la cotidianidad fáctica de las diferentes formas de vida de la ciudadanía que pretende regular garantiza la estabilidad de la sociedad, es decir, la eficacia social del sistema<sup>46</sup>.

Con esto Rawls muestra el **nuevo perfil epistemológico** de la filosofía del derecho. Sin circunscribirse a la

<sup>44</sup> J. Rawls: "La secuencia de cuatro etapas" en *op. cit.*, pp. 187-192.

<sup>45</sup> "La definición de la desobediencia civil", en *Ibidem*, pp. 331 y ss.

<sup>46</sup> "El sentido de la justicia", en *Ibidem*, pp. 410 y ss.

reflexión sobre la justicia, como algunos se lo señalaban, casi como un premio de consolación, su planteamiento articula los problemas de la justificación moral, la legitimidad política, la validez jurídica y la eficacia social de un sistema jurídico-político dado. La filosofía del derecho se proyecta entonces como una reflexión integral sobre el derecho, que incluye los diversos momentos que configuran el fenómeno jurídico.

## 6. Filosofía del derecho y discurso

### 6.1 Validez triádica del derecho

Antes de entrar al planteamiento de Habermas, es necesario hacer una digresión en dos sentidos, a partir de la obra de Robert Alexy. La primera hace referencia a la crítica que Alexy le plantea a aquel en cuanto considera que la teoría de la acción comunicativa no puede desconocer el **ámbito jurídico** y, por tanto, tiene que continuarse como una teoría del derecho. Esta crítica es, sin duda, el origen del giro jurídico en el pensamiento de Habermas, que lo enfila, desde mediados de los ochenta, hacia lo que terminaría siendo su teoría del Estado democrático de derecho en *Facticidad y Validez*, como se expondrá más adelante.

Pero además de ello, Alexy desarrolla una interesante propuesta desde la teoría

del derecho que constituye un paso adelante en la **definición epistemológica** de la disciplina. A partir de una crítica de la noción de norma básica, normativa en Kant, analítica en Kelsen y empírica en Hart, en cuanto todas presuponen contenidos morales que se niegan a reconocer y que hacen caer sus planteamientos en contradicciones internas, Alexy propone una triádica estructuración de la validez del derecho que integre las diferentes dimensiones que el fenómeno jurídico connota.

La validez del derecho implica, en primer lugar, una **validez jurídica** que supone que la norma es dictada por órgano competente y según un procedimiento previsto; en segundo lugar, una **validez moral**, que supone que la norma está moralmente justificada y el sistema posee una pretensión de corrección en caso de normas injustas, y, en tercer lugar, una **validez social**, que supone que la norma vale socialmente porque es obedecida, y en caso de desobediencia se aplica una sanción<sup>47</sup>.

Por supuesto, la filosofía del derecho no tiene cabida en este razonamiento. Por el contrario, constituye una interesante extensión del ámbito de reflexión de la teoría jurídica y la subsunción por parte de ella de los problemas de legitimidad y eficacia en términos de validez moral

<sup>47</sup> Robert Alexy: "La validez del derecho", en *Concepto y Validez del Derecho*. Barcelona: Gedisa, 1994, pp. 87-122; así como la interesante versión local de Andrés Rodríguez V.: "Unidad y validez de los sistemas jurídicos", en *Revista Examen* (núm. 1), Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 1998.

y validez social del derecho. Con esto, Alexy consagra el estatuto epistemológico de la teoría del derecho que, sin duda, logra con ello dar un paso adelante con relación al resto de disciplinas en cuanto amplía las fronteras de su objeto de estudio sin necesidad de cruzarse con las otras problemáticas.

## 6.2 Los estudios críticos del derecho

Es imprescindible rescatar en este punto los antecedentes de las teorías críticas del derecho desde dos **tradiciones de sospecha** sobre lo jurídico. Primero, desde la mirada implacable de Marx cuestionando el estatus y la dimensión del derecho que Kant, como expresión última del contractualismo, y Hegel, en su polémica con el anterior, habían en todo caso encumbrado en las figuras del contrato social y el Estado. Como se mostró, la tradición marxista, de Marx a Lenin, pasando por Pashukanis y su trascendental debate con Kelsen<sup>48</sup>, ha constituido una radical teoría sobre el derecho, mostrando su estrecha relación con la estructura económica capitalista y denunciándolo como un instrumento de dominación al servicio de la élite

burguesa<sup>49</sup>. Y, segundo, desde la **tradicción estructuralista**, con Foucault básicamente, quien, recuperando la demoledora, aunque problemática crítica nietzscheano-heideggeriana al pensamiento occidental, incluyendo el jurídico, concibe el derecho como un instrumento de disciplinización y panoptización social. Dos tradiciones que, pese a sus divergencias, coinciden en una **estrategia de sospecha** frente al ámbito jurídico, como lo sugirieran sus maestros<sup>50</sup>.

A partir de estas tradiciones de sospecha se constituyen dos vertientes críticas del derecho. La primera vertiente, a mediados de los setenta, se consolida en tres ramificaciones cuestionadoras del derecho contemporáneas<sup>51</sup>. Estas teorías críticas, que además recogen el legado final de la primera Escuela de Frankfurt, se proyectan en tres vertientes: una vertiente italiana, la del *Uso Alternativo del Diritto*, que posteriormente desemboca en el *Garantismo* y el constitucionalismo radical<sup>52</sup>; una francesa, que se manifiesta en el movimiento *Critique du Droit*, que, si bien desaparece, parece resimboliza en una teoría crítica del

<sup>48</sup> Ralf Dreier et al.: *Teoría Pura del Derecho y Teoría Marxista del Derecho*. Bogotá: Temis, 1984.

<sup>49</sup> Ver C. Marx y F. Engels: *Obras Escogidas*. Moscú: Progreso, 1973; V. I. Lenin: *El Estado y la Revolución*. Pekín: E.L.E., 1971; Eugeni Pashukanis: *Teoría General del Derecho y Marxismo*. Barcelona: Labor, 1976.

<sup>50</sup> Michel Foucault: *Vigilar y Castigar*. México: Siglo XXI, 1976; Jean-Francois Lyotard: *La Condición Postmoderna*. México: REI, 1993; Jacques Derrida: *Fuerza de Ley*. Madrid: Tecnos, 1997.

<sup>51</sup> Juan Pérez Lledó: "Teorías críticas del derecho", en E. Garzón y F. Laporta (eds.): *El Derecho y la Justicia*. Madrid: Trotta, 1996, pp. 87-102.

<sup>52</sup> Pietro Barcellona et al.: *L'Uso Alternativo del Diritto*. Roma: Laterza, 1973; Luigi Ferrajoli: *Derechos y Garantías*. Madrid: Trotta, 1999; Antoni Negri: *El Poder Constituyente*. Madrid: Prodhufi, 1994.

Estado constitucional contemporáneo<sup>53</sup>, y, finalmente, la norteamericana, en el movimiento de los *Critical Legal Studies (CLS)*, la única que sobrevive “oficialmente” y que ha mantenido sus críticas y proyecciones a todos los niveles del derecho<sup>54</sup>.

Una segunda vertiente la constituye la **heterodoxia socialista**, tanto de Europa del Este como del Oeste. Recuperando el espíritu crítico y contestatario del marxismo, la teoría neomarxista, que ya se insinuaba en la primera Escuela de Frankfurt de Horkheimer, Adorno y Marcuse, se materializa en la corriente del Humanismo Socialista de la Europa comunista, y asume lentamente el reto de pensar el derecho interdisciplinariamente en el marco de una sociedad poscapitalista globalizada<sup>55</sup>.

El humanismo socialista influye, posteriormente, en todo el movimiento postsocialista contemporáneo. La lucha por el reconocimiento (Honneth), además de un nuevo esquema de justicia distributiva (Heller) y las sutiles pero

determinantes relaciones del derecho, ya no con la estructura económica, sino con la ideología poscapitalista (Jameson, Berman), señalan la **estrategia proactiva** del postsocialismo (Fraser) y su lucha por ampliar los límites del Estado democrático de derecho desde una perspectiva de reconocimiento y no solo de redistribución<sup>56</sup>.

Pero el mérito de estas teorías fue poner de presente la relación estructural que existía entre el derecho y la política y su articulación a través de la decisión judicial, herencia que, en el caso de los CLS, toman del realismo, en sus dos vertientes. Pero al hacerlo, precisamente aunque no de manera expresa, estaban prefigurando el nuevo estatuto epistemológico de la filosofía del derecho: la **relación epistemológica** de las tres dimensiones de la legitimidad, la validez y la eficacia, que más tarde, con Habermas, alcanzarían su máximo desarrollo sistemático.

Vale la pena destacar en esa línea el movimiento **Crítica del Derecho** francés, en su momento encabezado por

<sup>53</sup> Michel Miaille: *Une Introduction Critique au Droit*. Paris: Maspero, 1975; André-Jean Arnaud: *Critique de la Raison Juridique*. Paris: L.G.D.J., 1981; Jacques Beaud: *La Puissance de l'Etat*. Paris: PUF, 1997.

<sup>54</sup> Roberto Unger: *The Critical Legal Studies Movement*. Cambridge: Harvard University Press, 1983. Duncan Kennedy: *Libertad y Restricción en la Decisión Judicial*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 1999; *A Critique of Adjudication*. Cambridge: Harvard University Press, 1997.

<sup>55</sup> Max Horkheimer y Theodor Adorno: *Dialéctica de la Ilustración*. Madrid: Trotta, 1998; Herbert Marcuse: *El Hombre Unidimensional*. Barcelona: Ariel, 1981; Adam SCAF: *La Alienación como fenómeno social*. Barcelona: Crítica, 1979.

<sup>56</sup> Marshall Berman: *Todo lo sólido se desvanece en el aire*. México: Siglo XXI, 1988; Fredric Jameson: *El Posmodernismo*. Barcelona: Paidós, 1991; Axel Honneth: *La lucha por el reconocimiento*. Barcelona: Crítica, 1997; Agnes Sélzer: *Más allá de la justicia*. Barcelona: Crítica, 1990; Nancy Fraser: *Iustitia Interrupta*. Bogotá: Siglo del Hombre/Ed. Uniandes, 1997; Iris Young: *Justice and the Politics of Difference*. Princeton: Princeton University Press, 1990.

Miaille y Arnaud. La intención explícita del movimiento fue reconstituir el estatuto epistemológico de la teoría jurídica, desbordando los marcos convencionales que el positivismo le había fijado. Allí se hizo evidente un programa de investigación que buscaba superar el formalismo del derecho moderno, poniendo de presente los supuestos económicos y políticos sobre los que descansaba la validez formal del sistema jurídico, así como los términos capitalistas que su eficacia perseguía.

Aunque su pretensión se inscribía estrictamente en la recomposición epistemológica de la teoría jurídica, los alcances de su planteamiento de hecho **problematizaban sus propios límites**, prefigurando el nuevo estatuto de la filosofía del derecho. En ese sentido, el movimiento adquiere más proyección que los mismos CLS actuales, no así de los fundadores del movimiento, que tenían más clara la relación epistemológica global que debían asumir<sup>57</sup>, pero sí de sus continuadores, que parecen circunscribirse a los procesos de decisión y adjudicación judicial, estrictamente, perdiendo el horizonte transdisciplinar de la relación.

El movimiento postsocialista incentiva esta tendencia, si bien su reflexión no pretende inscribirse ni en la teoría

jurídica ni en la filosofía del derecho. Pero su abordaje de **problemas sociales periféricos** y su reconocimiento de que sean articulados en términos del sistema jurídico fortalecen la relectura epistemológica que aquí ha querido hacerse de una nueva filosofía del derecho y que, de alguna manera, Habermas llevara a su expresión sistemática más acabada.

### 6.3 *Filosofía discursiva del derecho*

El pensamiento de Habermas puede interpretarse como una propuesta integral de filosofía práctica en tres direcciones que, a su vez, constituyen tres etapas en su desarrollo. En una **primera etapa**, Habermas propugna redefinir los nuevos términos de la problemática filosófico-política en el capitalismo tardío, derivando de ello un proyecto de reconstrucción del materialismo histórico, así como asignándole a la filosofía un nuevo papel en el contexto de ello<sup>58</sup>.

En una **segunda etapa**, su reflexión se centra en la fundamentación de una teoría de la acción comunicativa como estrategia central de relegitimación de la sociedad capitalista, a partir de un agudo e implacable diagnóstico de la colonización que sobre el mundo de la vida ha ejercido el derecho, generando un proceso de

<sup>57</sup> Roberto Unger: *The Critical Legal Studies Movement*. Cambridge: Harvard University Press, 1983.

<sup>58</sup> Jürgen Habermas: "La reconstrucción del materialismo histórico", en *La Reconstrucción del Materialismo Histórico*. Madrid: Taurus, 1992, pp. 131-167; y "Tendencias a la crisis en el capitalismo tardío", en *Problemas de Legitimación en el Capitalismo Tardío*. Buenos Aires: Amorrortu, 1994, pp. 49-69.

desintegración acelerada a su interior. Estrategia que Habermas complementa con la concepción de su ética discursiva, inmediatamente después<sup>59</sup>.

Ante las críticas de Robert Alexy, en cuanto que la propuesta habermasiana no podía seguir ignorando en su estrategia de solución el derecho como instrumento, Habermas inicia lo que puede denominarse el **giro jurídico** hacia la reconsideración proactiva del Estado de derecho, que, en un primer momento, lo lanza hacia el iuspositivismo y cuya tensión entre legalidad y legitimidad resuelve con la procedimentalización de la soberanía popular<sup>60</sup>.

En el marco de este giro, Habermas desarrolla, en la **tercera etapa** de su monumental reflexión, una teoría del derecho y la democracia que profundiza sus reflexiones tempranas sobre la legitimación en el capitalismo tardío y que le permite replantear y complementar su propia teoría de la acción comunicativa y, en diálogo con las principales corrientes iusfilosóficas, socio-jurídicas, teórico-jurídicas y filosófico-políticas contemporáneas, proponer un nuevo paradigma jurídico-

político, el discursivo-procedimental, cuyo objetivo es superar la crisis de las sociedades contemporáneas a través de la reconstrucción normativa de la legitimidad fracturada, conciliando la dicotomía entre el mundo de la vida y los subsistemas económico y político-administrativo a través de un modelo de democracia deliberativa como expresión del poder comunicativo de la sociedad civil y la opinión pública<sup>61</sup>.

Obviamente, Habermas ha replanteado desde muy temprano el papel que a la filosofía le cabe en cuanto **pensamiento posmetafísico**. En un escrito temprano ya señalaba en qué sentido la filosofía clásica no podía definirse sino como teoría crítica social, y en sus escritos tardíos ha insistido en los cambios radicales que la reflexión filosófica debe asumir hacia el futuro, en especial en lo que tiene que ver con el abandono del logocentrismo del pensamiento moderno, reorientado por el giro lingüístico hacia un nuevo tipo de racionalidad procedimental, el carácter situado que la razón posmetafísica adquiere y la inversión del primado de la teoría sobre la praxis, características todas que redefinen el papel contemporáneo de la filosofía<sup>62</sup>.

<sup>59</sup> Ídem: *Teoría de la Acción Comunicativa*. Buenos Aires: Taurus, 1989; y *Conciencia Moral y Acción Comunicativa*. Barcelona: Península, 1991.

<sup>60</sup> Jürgen Habermas: "Cómo es posible la legitimidad vía de legalidad", en *Escritos sobre Moralidad y Eticidad*. Barcelona: Paidós, 1991, pp. 131-172; y "Soberanía popular como procedimiento", en *Revista Foro* (núm. 12), Bogotá: Foro por Colombia, 1990.

<sup>61</sup> Jürgen Habermas: *Facticidad y Validez*. Madrid: Trotta, 1998.

<sup>62</sup> Ver Jürgen Habermas: "Para que aún filosofía?", en *Sobre Nietzsche y Otros Ensayos*. Madrid: Tecnos, 1982 (1971), pp. 62-88; "La filosofía como vigilante e intérprete", en *Conciencia Moral y Acción Comunicativa*. Barcelona: Península, 1991, pp. 9-29; y "Retorno a la metafísica", en *Pensamiento Postmetafísico*. Madrid: Taurus, 1990 (1988), pp. 11-63.



En ese contexto podría pensarse que la filosofía del derecho no tendría un estatuto especial más que como intérprete de una tradición jurídica y vigilante de unos procesos de racionalidad al interior del derecho. Y si bien en *Facticidad y Validez* Habermas denuncia, precisamente hablando de Rawls, la impotencia kantiana en que puede caer la filosofía de la justicia, y de que su planteamiento iusfilosófico pretende es resolverse en el plano de la teoría jurídica, en especial en el de la teoría constitucional, sin duda alguna las derivaciones de su **teoría del Estado democrático de derecho** constituyen, en una dirección similar a la de Rawls, la perfilación de un nuevo estatuto epistemológico para la filosofía del derecho<sup>63</sup>.

En efecto, Habermas relaciona y articula de manera **complementaria e integral** tres dimensiones que la filosofía práctica y el pensamiento social habían disgregado: el de la legitimidad política (incluido en ella el de la justificación moral), la validez jurídica y la eficacia social. El Estado democrático de derecho, como categoría iusfilosófica, supone tres momentos que deben ser considerados en su autonomía, por supuesto, pero también en su interdependencia recíproca.

Por su **posición omnimedidora** en la sociedad moderna, el derecho es el único instrumento y el ámbito social exclusivo

desde el cual replantear la integración social y reconstruir los presupuestos de legitimidad que fundamenten de nuevo el lazo social desintegrado. El derecho debe ser, pues, concebido como la categoría de mediación social entre hechos y normas o, en otras palabras, entre el mundo de la vida y los subsistemas funcionales económico y político-administrativo.

La tensión entre facticidad y validez, entre legalidad y legitimidad, entre los ámbitos mundo-vitales y sistémicos solo puede resolverse, en un mundo desencantado posindustrial, a través del derecho, exclusivamente. Así, el fundamento ontológico es la consideración del derecho como *medium* de la **integración social** y el fundamento epistemológico es la consideración del derecho como categoría de la integración social<sup>64</sup>.

En una línea de razonamiento similar a la de Rawls, Habermas va a definir el Estado democrático de derecho desde tres dimensiones que, simultáneamente, permitirán redefinir el papel de la filosofía del derecho. Una primera dimensión especifica los términos de **legitimidad política** del Estado democrático de derecho a partir de la consideración de una soberanía popular plural, no hipostasiada jurídicamente. El ordenamiento es legítimo cuando las diversas formas de vida y sujetos colectivos que conforman la ciudadanía

<sup>63</sup> En idéntica línea, aunque con un título que sugeriría lo contrario, ver Juan Carlos Velasco: *La Teoría Discursiva del Derecho*, Madrid: C.E.C., 2000.

<sup>64</sup> J. Habermas: "Parsons v. Weber: la función sociointegradora del derecho" en *Op. cit.*, pp. 130-145.

en una sociedad democrática crean poder comunicativo a través del diálogo entre ellos.

Lo anterior supone una **justificación moral** que no es, en últimas, más que la aplicación del principio de argumentación moral a los procesos de formación de opinión y voluntad públicas. La legitimidad, entendida como soberanía popular plural a través de procesos deliberativos, tiene, pues, un sustento en la racionalidad dialógica de una sociedad democrática.

La **racionalidad dialógica**, que, en último término, se satisface en la realización del ideal normativo de una situación ideal del habla, constituye la condición de una argumentación plenamente racional y, según Habermas, permite encontrar el principio de legitimidad en el diálogo. Este principio es el mismo principio de la democracia, el cual se define por un principio dialógico de legitimación. El diálogo es, pues, lo que posibilita la reconstrucción normativa de la legitimidad, y en tal medida esta se encuentra en la comunicación y argumentación libre de coacción externa, en el marco de unas condiciones que permitan el entendimiento, objetivo central del lenguaje.

En otras palabras, en la democracia los procedimientos adquieren **fuerza legitimadora** en la medida en que vienen mediados por un procedimiento de consensualización que ha definido previamente su dimensión normativa. Es

gracias a esta comunicación no coaccionada que, a través del diálogo, llega a un entendimiento que produce la formación discursiva de la voluntad colectiva. De aquí que la democracia se fundamente normativamente en un principio consensual de legitimación.

Aquí enlaza Habermas la segunda dimensión: la de la **validez jurídica** del Estado democrático de derecho. El derecho moderno tiene un doble rostro de Jano: por un lado acomete funciones estratégico-sistémicas y por otro integra socialmente a la ciudadanía en su conjunto. Ello se realiza a través de procedimientos democráticos institucionalizados que constituyen la única fuente posconvencional de legitimidad en las sociedades complejas.

Esta complejidad, precisamente, impone la necesidad de superar los esquemas contractualistas –basados en meros acuerdos de intereses– por esquemas dialógicos que garanticen consensos normativos amplios. El **principio discursivo**, aplicado al derecho, desarrolla un paradigma procedimental que privilegia las condiciones comunicativas y los procesos de formación de la opinión y la voluntad públicas y que, en su aplicación, es el único que asegura la autonomía moral de los diversos sujetos colectivos ciudadanos<sup>65</sup>.

Esto se impone en la medida en que sólo el **derecho positivo** asegura la

<sup>65</sup> “Dimensiones de la validez jurídica”, en *Ibidem*, pp. 90-103.

autonomía, como no puede hacerlo la moral en las sociedades complejas. En efecto, la ley debe ser la expresión simultánea de la elección racional de actores libres y la elección existencial de personas. La autonomía legal afianza a un tiempo las libertades individuales y las comunicativas y ello demuestra la complejización que la estructura del derecho ha sufrido frente a la de la moral en la medida en que, primero, regula y libera los límites de acción de la libertad individual y, segundo, incorpora objetivos colectivos que sobrepasan las consideraciones morales individuales.

La tercera dimensión del Estado democrático de derecho es la de la **eficacia social** del ordenamiento. ¿En qué medida es eficaz un orden social? Para Kelsen, la validez jurídica requería un mínimo de eficacia y ello tenía como condición que la conducta que el sistema jurídico buscaba prescribir fuera mínimamente congruente con la comunidad que aspiraba a regular, de tal suerte que su pretensión prescriptiva fuera compatible con el *modus vivendi* de esa comunidad.

En Hart, si bien la validez está determinada por una regla de reconocimiento en lo esencial definida por el punto de vista interno de un sistema jurídico, esta perspectiva supone la legitimidad y la eficacia que solo el punto de vista externo puede reconocer. Luhmann, como se vio, resuelve este problema reduciendo la

eficacia social, así como la legitimidad política, a una dimensión autorreferencial de validez jurídica que en la medida en que permite que el sistema jurídico se adapte a su propia complejidad, se legitima sistémicamente y posibilita la reducción de complejidad social, siendo así eficaz.

En una línea similar, el Estado democrático de derecho es eficaz en la medida en que es legítimo políticamente, lo que supone una dimensión de justificación moral, y válido jurídicamente, lo que a su vez supone que satisfaga unas expectativas de **validez social**, es decir, que posibilite la integración de los diferentes sujetos colectivos de la sociedad en su conjunto, y unas expectativas de **validez instrumental**, es decir, que posibilite la integración sistémica de los diferentes sistemas sociales de la sociedad en general.

La **eficacia** del Estado democrático de derecho se define, así, en una soberanía popular procedimentalizada discursivamente a través de un catálogo de derechos fundamentales que garantiza su legitimidad política y propicia su validez jurídica, en los términos señalados. El paradigma discursivo-procedimental que fundamenta el ordenamiento se proyecta en términos de un modelo alternativo de democracia deliberativa, donde el poder comunicativo de la sociedad civil deviene en poder administrativo del Estado<sup>66</sup>.

<sup>66</sup> "Fundamentación de los derechos fundamentales en términos de la teoría del discurso", en *Ibidem*, pp. 184-197.

La dicotomía entre derechos-libertades y derechos-sociales se supera en términos de derechos-participación: la **democratización de la democracia** permite que los procedimientos se legitimen y sirvan no a una lógica procedimental-sistémica, sino a la más amplia deliberación de la sociedad toda, en la perspectiva de asegurar que la influencia política de la opinión pública, expresión del poder comunicativo de la sociedad civil, devenga efectivamente en poder administrativo instrumental<sup>67</sup>.

Recuperado el carácter interdisciplinario de la primera teoría crítica y la línea de una teoría social como horizonte de la reflexión filosófica, así como rescatando –sin lugar a dudas– los desarrollos tanto del movimiento humanista del socialismo de Europa del Este como los presupuestos y proyecciones de las teorías críticas del derecho de los sesenta, Habermas permite redefinir el estatuto epistemológico de la filosofía del derecho desde la **consideración integral**, intra y suprasistémica, de las dimensiones de legitimidad, validez y eficacia que el abordaje del Estado democrático de derecho contemporáneo supone.

## 7. Reconstrucción del estatuto epistemológico

¿Qué se deriva de todo lo anterior para el estatuto epistemológico de la filosofía del derecho? Sin duda, el punto más decisivo tiene que ver con la

problemática propia de la disciplina, disputada y desmembrada por la filosofía política, la teoría del derecho y la sociología jurídica, entre otras, que reclaman para sí el abordaje de la legitimidad, la validez y la eficacia, en sus diferentes proyecciones. Los planteamientos de Rawls y Habermas e, indirectamente, de Luhmann, dan la **clave de bóveda** de esta reconsideración de la problemática propia de la filosofía del derecho.

Habría que decir, antes que todo, que la filosofía del derecho responde a una **tradición filosófica** y no teórico-jurídica y, por lo tanto, se enmarca en los límites y problemáticas de la filosofía práctica y no de la teoría jurídica. La teoría jurídica ha logrado enormes avances en cuanto a su definición epistemológica e, indudablemente, jalona con ello al conjunto de subdisciplinas filosóficas y disciplinas sociales. La estructuración triádica de su problemática particular tiene que ser reivindicada como un logro epistemológico significativo que la reflexión jurídica tiene que asumir y profundizar.

Pero la filosofía del derecho es **parcela de la filosofía**, no del derecho, aunque los juristas amigos de la filosofía no quieran reconocerlo y pretendan mantener una identidad entre filosofía del derecho y teoría jurídica, peligrosa para una y otra en la medida en que con ello se propicia el desdibujamiento de

<sup>67</sup> "Un modelo de circulación del poder político", en *Ibidem*, pp. 421-439.

la primera y se exagera la ideologización de la segunda. Por supuesto, ello va aparejado, en especial en el contexto latinoamericano, de la exagerada influencia de la filosofía analítica en los terrenos de la filosofía, y su pretensión, voluntaria o involuntaria, es lo de menos, pues el resultado es el mismo, de reducir la reflexión iusfilosófica a lógica jurídica, otro de los híbridos sobredimensionalizados por ese conflictivo matrimonio entre la teoría jurídica y aquella.

Quisiera recuperar la **categoría hegeliano-lukacsiana** de totalidad<sup>68</sup> y, a partir de ella, plantear el objetivo propio de la filosofía del derecho como un dar razón de la totalidad del fenómeno jurídico desde tres dimensiones: una dimensión analítica, una dimensión explicativa y una dimensión normativa, que, como lo anotan algunos autores, tienen la función de identificar problemas y conflictos típicos, indicar regulaciones alternativas y formular suposiciones fundamentales<sup>69</sup>.

### 7.1 La dimensión analítica

La dimensión analítica, cuya función es **identificar problemas** y conflictos típicos, se concreta en la consideración integral de la legitimidad, la validez y la eficacia del ordenamiento jurídico-político y el sistema social. Ello supone

un abordaje de tres tipos de relaciones: en primer lugar, de sus relaciones intrasistémicas, y la consideración de su validez jurídica y sus proyecciones tanto morales como sociales. En segundo lugar, de sus relaciones intersistémicas, lo que supone, primero, la consideración de la legitimidad del ordenamiento político, lo que a su vez connota el abordaje de su justificación moral, y, segundo, la consideración de la eficacia del sistema social en su conjunto sobre los anteriores supuestos. Esas dos relaciones se encuentran explícitamente desarrolladas en los planteamientos de Rawls y Habermas y pueden fundamentarse a partir de sus teorizaciones. El abordaje de la tercera relación pretende fundamentarse desde Luhmann y su categoría de la observación de la observación. No basta solo el análisis de las relaciones internas del sistema jurídico y de las relaciones externas del sistema jurídico con su entorno en términos de legitimidad política y eficacia social. Se requiere, igualmente, pensar la relación epistemológica de **complejidad e interdependencia** de esas relaciones sistémicas entre sí y de los procesos sistémicos y flujos comunicacionales que operan en y entre las diversas dimensiones a un nivel que podríamos denominar suprasistémico.

Al respecto hay que recordar que Luhmann no desconoce cognitivamente

<sup>68</sup> Ver Roy Pascal: "Georg Lukács: el concepto de totalidad", en G.H.R. Parkinson: *Georg Lukács: el hombre, su obra, sus ideas*, Barcelona: México, 1973, pp. 171-198.

<sup>69</sup> Ver Viktor Vanberg y R. Wippler: "El renacimiento de la idea del contrato social y la sociología", en L. Kern & H.P. Muller: *La justicia: discurso o Mercado*. Barcelona: Gedisa, 1992, p. 15.

el entorno, sino que pone el énfasis imperativo del sistema en la adaptación a su propia complejidad en términos autorreferentes y no en términos de su entorno. Pero el supuesto epistemológico de la **adaptación autopoietica** del sistema es, sin lugar a dudas, la posibilidad de reconocer la complejidad de sus relaciones intra e intersistémicas y de ambas relaciones entre sí.

Este papel, que Luhmann pone bajo la responsabilidad de la sociología del derecho para evitar, seguramente, la intromisión de valores iusnaturalistas, es retomado en nuestra perspectiva por la filosofía del derecho en la convicción de que es, precisamente, el abordaje iusfilosófico el que puede garantizar esa consideración intra, inter y supra-sistémica, y lograr, efectivamente, una reflexión que articule las dimensiones epistemológicas mono y multidisciplinares en el horizonte de un **análisis transdisciplinario** del sistema en su conjunto, con énfasis en la óptica jurídica.

La filosofía del derecho tiene como **objeto de estudio** la relación integral legitimidad-validez-eficacia, en términos intrasistémicos, intersistémicos y suprasistémicos, entendiendo por esto último el lazo de correspondencia e interdependencia que se da entre el

sistema jurídico y su entorno, en especial en lo que tiene que ver con el sistema político, de allí la consideración que debe hacer del problema de la legitimidad, y el sistema social en su conjunto, de allí el abordaje que debe hacer del problema de la eficacia, que no es otro que la reducción de complejidad social que el sistema jurídico debe propiciar, indirectamente.

En efecto, una **reflexión iusfilosófica poscontemporánea** debe abordar las condiciones de justificación moral y legitimidad política que supone un ordenamiento jurídico determinado, las condiciones de validez jurídica, moral y social de ese ordenamiento y las condiciones de eficacia que ese ordenamiento jurídico propicia en términos tanto de eficacia del ordenamiento como, ante todo, de reducción de complejidad del sistema social en su conjunto, máxime en el concierto de una aldea global que genera tensiones entre los niveles local y mundial de las sociedades<sup>70</sup>.

Trubeck y Dezalay<sup>71</sup>, y el mismo Boaventura de Sousa Santos<sup>72</sup>, permiten fundamentar esta perspectiva. El derecho ha sufrido una **reestructuración global** de profundas magnitudes para los campos jurídicos locales. Los cambios en los patrones de

<sup>70</sup> Ver, en general, Ulrich Beck: "Perspectivas: el Estado transnacional", en *¿Qué es la globalización?* Barcelona: Paidós, 1998, pp. 152-159.

<sup>71</sup> Yves Dezalay y David Trubek: "La reestructuración global del derecho", en *Pensamiento Jurídico* (núm. 1), Bogotá: Facultad de Derecho (Universidad Nacional de Colombia), 1994.

<sup>72</sup> Boaventura De Sousa Santos: "La pluralidad de los campos socio-jurídicos", en *La globalización del derecho*. Bogotá: Universidad Nacional-ILSA, 1998, pp. 19-34.

producción, la unión de mercados financieros, la multinacionalización de las empresas, el intercambio y fortalecimiento de los bloques regionales, los ajustes estructurales y la privatización, los actores supranacionales y transnacionales han generado transformaciones económicas sin precedentes que afectan estructuralmente los ámbitos del derecho a nivel nacional.

El **campo jurídico** –que se articula a partir de instituciones y prácticas jurídicas a través de las cuales se produce, interpreta e incorpora el derecho en el proceso de toma de decisiones por medio de sus actores, la academia jurídica, los jueces y los profesionales jurídicos, entre los que se destacan sustancialmente las firmas de abogados– viene caracterizado por un determinado modo de producción del derecho. Este modo de producción se configura en diferentes niveles: la organización de la profesión, la articulación de la doctrina, la ubicación de sus actores, el *habitus* de producción de derecho, es decir, los paradigmas jurídicos dominantes en tensión o conflicto a su interior –que son los que dinamizan y, en últimas, constituyen el campo–, la relación entre lo global y lo local, entre lo legal, lo semilegal y lo ilegal, etc.

Todo esto pone de presente la complejidad de la sociedad actual y la imperiosa necesidad de abordar

multifacéticamente las diferentes relaciones intra, inter y suprasistémicas desde una perspectiva no solo descriptiva y funcional sino –y esa sería la gran diferencia con Luhmann y la asunción del esquema metodológico de la tradición marxista heterodoxa del estructuralismo-genético- valorativo y crítico– en línea con una teoría de la sociedad y un proyecto emancipatorio determinado<sup>73</sup>.

## 7.2 La dimensión explicativa

La dimensión explicativa, cuya función es realizar comparaciones sistemáticas e indicar **regulaciones alternativas** para los problemas detectados, se concreta en el abordaje de los diferentes paradigmas jurídico-políticos, precisamente partiendo de la categoría habermasiana de la cooriginalidad del derecho y la política. Los paradigmas posibilitan diagnósticos heurísticos y de acción y proyectan simultáneamente una realización específica del sistema de derechos de un ordenamiento, así como una visión del sistema político que los enmarca. Tienen, en tal sentido, una función de apertura ante el mundo<sup>74</sup>.

Una lista esquemática de los diferentes **paradigmas jurídicos** podría sintetizarse así: el *paradigma iusnaturalista*, tanto premoderno, desde su matriz aristotélico-tomista, como moderno, en su matriz contractualista, de Hobbes a

<sup>73</sup> Lucien Goldmann: "Génesis y Estructura", en *Marxismo y Ciencias Humanas*. Buenos Aires: Amorrortu, 1975, 17-27.

<sup>74</sup> Ver J. Habermas: "Paradigmas del derecho", en *op. cit.* Madrid: Trotta, 1998, pp. 469-532.

Kant; el *paradigma positivista-liberal*, tanto en su lectura sociojurídica, de Weber a Luhmann, pasando por Parsons<sup>75</sup>, como teórico-jurídica, de Kelsen y Hart; el *paradigma interpretativo*, que tiene en Hart, igualmente, un primer fundamento, pero que gravita básicamente en torno al trabajo de Dworkin; el *paradigma consensual-discursivo*, de Rawls y Habermas, y, finalmente, un *paradigma crítico*, en sus dos matrices: la marxista y la foucaultiana<sup>76</sup>.

Cada uno de los paradigmas históricamente dominantes han puesto el énfasis en una u otra interpretación sobre la validez del derecho, acudiendo algunos de ellos a factores extrajurídicos: el iusnaturalismo a la moral, el realismo a la eficacia, así como el positivismo clásico al formalismo legal. A partir de este último se pone de manifiesto un conflicto de paradigmas pospositivistas (autopoietico, interpretativo, consensual-discursivo, crítico) que intenta una reinterpretación de tales énfasis y su **reconsideración interdisciplinaria**, poniendo respectivamente el acento en la validez moral, jurídica y social que el derecho debe comportar.

La necesaria **cooriginalidad** del derecho y la política impone la relación estructural de tales paradigmas jurídicos con sus

análogos políticos, en un complemento prácticamente lineal. Aquí el problema de la validez se ve necesariamente complementado con el de la legitimidad, desde las perspectivas análogas iusnaturalista, contractualista-liberal, comunitarista-republicano, marxista-foucaultiano, consensual-discursivo y autopoietico, básicamente<sup>77</sup>.

Por el carácter de la dimensión analítica anteriormente especificada, la filosofía del derecho se ve precisada a considerar tales paradigmas, tanto jurídicos, como es su prioridad, como políticos, por el rasgo de cooriginalidad anotado, con el fin de lograr la reflexión transdisciplinaria requerida. En otras palabras, la consideración integral de la relación legitimidad-validez-eficacia, en términos intrasistémicos, intersistémicos y suprasistémicos, tiene que ser asumida a través del **análisis crítico** de las ópticas con que los diferentes paradigmas jurídico-políticos abordan la relación en la perspectiva de evidenciar la integridad de la problemática.

### 7.3 La dimensión normativa

La dimensión normativa, cuya función es evaluar las **proyecciones explicativas** a partir de la formulación de suposiciones fundamentales, se concreta en dos marcos normativos

<sup>75</sup> Renato Treves: "T. Parsons y el estructural-funcionalismo", en *La sociología del derecho*. Madrid: 1988, pp. 205-209; Roger Cotterrell: "Sistema social y estructura social: Parsons", en *Introducción a la sociología del derecho*. Barcelona: Ariel, 1991, pp. 78-91.

<sup>76</sup> Ver Óscar Mejía Quintana: "Derecho, legitimidad y democracia: desarrollo y conflicto de los paradigmas jurídicos en Colombia" (Ponencia al Congreso Internacional de Filosofía del Derecho en Argentina) en *Pensamiento Jurídico* (núm. 8), Bogotá: Facultad de Derecho (Universidad Nacional de Colombia), 1998.

<sup>77</sup> J. Habermas: "La conexión constitutiva entre derecho y política", en *op. cit.*, pp. 200-218.



iniciales: desde la teoría jurídica encontramos unos modelos normativos de decisión judicial que, según la tipología de Alexy<sup>78</sup>, serían el positivista-discrecional, el silogístico-deductivo, el realista-decisorio y el hermenéutico-interpretativo. Desde la filosofía política en modelos de democracia, donde se encuentran un modelo de democracia liberal-burguesa, un modelo de democracia directa de corte comunitarista y un modelo de democracia deliberativa, alternativo a los dos anteriores<sup>79</sup>.

Estos modelos constituyen **marcos contrafácticos** de decisión judicial y democracia desde los cuales articular las dimensiones analítica y explicativas anteriores en orden a plantear marcos normativos de solución a problemas abordados desde los diferentes paradigmas.

Pero en el marco del proceso de **constitucionalización del derecho** que se ha dado en el último cuarto de siglo, la filosofía del derecho tiene necesariamente que articular estos dos modelos normativos en un tercer marco que, indudablemente, los integra en un

nivel último del sistema jurídico, el ordenamiento político y el sistema social: el de los modelos de adjudicación constitucional<sup>80</sup>.

Habermas confronta dos **modelos normativos de adjudicación constitucional**: el liberal-burgués –y su lectura de los derechos fundamentales en términos de derechos individuales– y el republicano –y su lectura de los derechos fundamentales en términos de derechos de participación–. Habermas se identifica con el segundo, pero rechaza la etitización que supone de la vida pública, optando por un tercer modelo, que engarza tanto una teoría de la sociedad (la teoría de la acción comunicativa), un modelo de decisión judicial deontológico (decisiones justas para todos) frente al axiológico (decisiones buenas para algunos), un paradigma reflexivo del derecho y, finalmente, un modelo de democracia radical que propicia la deliberación y participación de la opinión pública, y engarza ese poder comunicativo con el poder administrativo del Estado<sup>81</sup>. La dimensión normativa de la filosofía del derecho se resuelve en los modelos de adjudicación constitucional<sup>82</sup>.

<sup>78</sup> Robert Alexy: "Interpretación jurídica y discurso racional", en *Teoría del discurso y derechos humanos*. Bogotá: Universidad Externado, pp. 35-61.

<sup>79</sup> Jürgen Habermas: "Tres modelos normativos de democracia", en *La inclusión del otro*. Barcelona: Paidós, 1999 (1996), pp. 231-246.

<sup>80</sup> Gustavo Zagrebelsky: "Los caracteres generales del derecho constitucional actual", en *El Derecho dúctil*. Madrid: Trotta, 1995, pp. 9-20.

<sup>81</sup> Jürgen Habermas: "Justicia y legislación", en *Facticidad y validez*. Madrid: Trotta, 1998, pp. 311-361.

<sup>82</sup> Óscar Mejía Quintana y Natalia Andrea Guzmán: "La Corte Constitucional: entre la emancipación social y la eficacia sistémica", *Pensamiento Jurídico* (núm.15), Bogotá, D.C.: Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales (Universidad Nacional), 2002.

## Conclusión

La reconstrucción epistemológica de la filosofía del derecho que aquí se ha intentado plantear ha buscado poner de presente dos factores en lo que a ello concierne. El primero de ellos, el **desdibujamiento** del estatuto epistemológico iusfilosófico que se da con el surgimiento y consolidación de la teoría jurídica a partir del positivismo y que el paradigma autopoiético lleva a su máxima expresión, así como, paradójicamente, lo hace el mismo Dworkin al confundir las temáticas de las dos disciplinas. Y el segundo de ellos, la **recuperación** de las nuevas reflexiones que sobre el derecho se han venido haciendo en el último cuarto del siglo xx, partiendo de Rawls y terminado con Habermas, y mostrando en el intermedio los impulsos que en tal sentido ya se prefiguraban en las teorías críticas del derecho y el pensamiento postsocialista por repensar y recomponer transdisciplinariamente su estatuto propio, pese a las conclusiones aparentes de sus mismos planteamientos.

Pero la proyección epistemológica de la filosofía del derecho tiene que satisfacer las exigencias, no solo genéticas, sino estructurales mínimas de una teoría jurídica. Dos **rasgos estructurales** de toda teoría son la universalidad y la sistematicidad<sup>83</sup>. La primera hace

referencia a la posibilidad de ser utilizada en el análisis de toda situación, de acuerdo con los principios y presupuestos fijados por ella, teniendo en cuenta diferencias y particularidades específicas. La segunda, a criterios de orden, coherencia y unidad que permitan su aplicación y desarrollo sistemáticos, de los que se puedan derivar proyecciones prácticas concretas<sup>84</sup>.

Sin pretender entrar en disquisiciones puntuales, la teoría –en este caso, la que se deriva de la reconstrucción del estatuto epistemológico de la filosofía del derecho– debe cumplir dos tipos de funciones: una función explicativa y una función heurística, ambas interdependientes y complementarias. La **función explicativa** posibilita la clasificación conceptual de las diferentes problemáticas, mientras que la **función heurística** proporciona marcos para la solución de los problemas prácticos concretos.

Ambas funciones tienen que ser congruentes con el sistema de derecho positivo (validez) y el contenido material de justicia del ordenamiento (legitimidad), de lo que últimas depende la estabilidad (eficacia) del sistema social<sup>85</sup>. El núcleo del planteamiento teórico se centra así en una **tríada de elementos** fundamentales: los principios

<sup>83</sup> Ver, sobre todo, Claus-Wilhelm Canaris: *Función, Estructura y Falsación de las Teorías Jurídicas*. Madrid: Civitas, 1995.

<sup>84</sup> Consultar, igualmente, Valentin Petev: *Metodología y Ciencia Jurídica en el Umbral del Siglo XXI*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995, pp. 11-35; pero también J.M. Mardones: *Filosofía de las Ciencias Humanas y Sociales*. Barcelona: Anthropos, 1991, pp. 19-57.

<sup>85</sup> Ver C. H. Canaris: *op. cit.*, pp. 26-36.

o valoraciones, las reglas y las soluciones paradigmáticas<sup>86</sup>.

Estas funciones y elementos que debe satisfacer y contener una teoría son fácilmente asimilables a la reconstrucción del estatuto epistemológico de la filosofía del derecho propuesta en este escrito. Su sola **disposición estructural** cumple con las características de universalidad y sistematicidad en cuanto de lo que se trata es, primero, de sugerir una ordenación universal desde donde interpretar las diferentes dimensiones relacionadas con un campo jurídico determinado, sea cual sea la latitud y el contexto en que se presente; y, segundo, de proponer una metodología sistemática que posibilite el abordaje transdisciplinar de las diferentes problemáticas que harían parte de su objeto de estudio.

De manera análoga, las funciones explicativa y heurística pueden asimilarse a las diferentes dimensiones analítica, explicativa y normativa, cuyo propósito es, respectivamente, identificar problemas típicos, indicar regulaciones alternativas y formular suposiciones fundamentales, en la

misma dirección que aquellas. Los problemas, los paradigmas y los modelos, a su vez, constituirían los **núcleos de la teoría** en el interior de cada dimensión, en la perspectiva de satisfacer los propósitos correspondientes a cada una de ellas.

Este es, pues, el bosquejo de un nuevo estatuto epistemológico de la filosofía del derecho. Estatuto que se diferencia, por su abordaje transdisciplinario y suprasistémico, de las **aproximaciones monodisciplinarias** de la filosofía política y moral, la teoría del derecho y la sociología jurídica. Los estudios de punta del pensamiento social del último cuarto de siglo apuntan a una reconstrucción en tales términos, en lo que puede considerarse una reconfiguración integral –como llegó a plantearlo Lukács para la ontología, sin pretensiones tan amplias, por supuesto– de la reflexión contemporánea y a la que este escrito ha querido apostarle:

Ello significa que la ontología se sobrepone, por así decir, a las ciencias particulares a modo de ciencia básica, pudiendo de este modo penetrar también en los resquicios abiertos entre las diversas disciplinas y asumir una función mediadora entre ella<sup>87</sup>.

<sup>86</sup> *Ibidem*, pp. 55 y ss.

<sup>87</sup> H. Holz, L. Kofler, W. Abendrtoth: *Conversaciones con Lukács*. Madrid: Alianza, 1971, p. 31.

