

# Humanitas

Anuario del Centro de Estudios Humanísticos  
de la Universidad Autónoma de Nuevo León

2006

No. 33



---

UANL

Universidad  
Capilla  
Nuevo León

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.

## ELEMENTOS PARA UNA RECONSTRUCCIÓN DEL ESTATUTO EPISTEMOLÓGICO DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

Dr. Oscar Mejía Quintana\*  
Universidad de los Andes  
Colombia

**E**l 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.

La modernidad temprana culmina con los dos modelos clásicos de filosofía del derecho de Kant y Hegel, el primero sintetizando toda la teoría del contrato social y el segundo desarrollando la más aguda crítica al mismo. A partir de allí, el siglo XIX evidencia un **proceso de**

\* Profesor Asociado y Director del Departamento 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 Angeles). Posteriormente, adelantó un (Post) Doctorado en Filosofía del Derecho en el Departamento de Filosofía de la Universidad Nacional de Colombia. Correo electrónico: omejia@uniandes.edu.co

**ruptura** con la filosofía del derecho del que va surgiendo lentamente la teoría jurídica como disciplina autónoma y que culmina con la *Teoría Pura del Derecho* de Kelsen en el primer cuarto del Siglo XX dando nacimiento a una disciplina independiente de la filosofía del derecho, con un estatuto epistemológico y unas problemáticas propias. El famoso manual de Gustav Radbruch, que data de 1948, pone ya de presente el **drama de la filosofía del derecho**. 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 objeto de la filosofía política (la legitimidad), la teoría jurídica (la validez) y la sociología del derecho (la eficacia)<sup>1</sup>. Ese desdibujamiento de su problemática particular, iniciado por la autonomía que desde el siglo XIX va adquiriendo la teoría jurídica frente a la filosofía del derecho y que el positivismo finalmente consagra, justifica el proyecto de reconstruir, de manera **integral y vinculatoria**, el estatuto epistemológico que la filosofía del derecho podría tener en nuestros días.

La **hipótesis de trabajo** que este escrito busca ilustrar tiene, en ese orden, dos caras: de una parte, defender la idea de que la filosofía del derecho responde a una tradición filosófica y la teoría jurídica a una tradición jurídica, siendo cada cual una disciplina autónoma que no puede confundirse con la otra pues cada una posee dominios epistémicos diferentes; y, de otra, que el estatuto epistemológico de la primera puede ser reconstruido —a partir de los planteamientos de Rawls, Habermas e, indirectamente, Luhmann— relacionando transdisciplinariamente las tres problemáticas de la legitimidad (filosofía política), la validez (teoría jurídica) y la eficacia (sociología jurídica) en orden a ofrecer una **visión totalizante y crítica** del fenómeno jurídico en su complejidad integral.

El presente ensayo busca contextualizar históricamente el **proceso de ruptura y desdibujamiento** epistemológico de la filosofía del derecho<sup>2</sup>, rastreando las raíces de la problemática con el surgimiento del positivismo contemporáneo, donde la teoría jurídica, con Kelsen y Hart, le arrebató definitivamente su fundamento epistemológico a la reflexión iusfilosófica (1), y que el planteamiento de Luhmann y para-

<sup>1</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>2</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.

dójicamente Dworkin radicalizan hasta casi suponer su desaparición (2). Finalmente, a partir de los presupuestos sugeridos por la filosofía de la justicia de Rawls (3) y la teoría discursiva del derecho de Habermas (4), el escrito busca bosquejar los elementos desde los cuales reconstruir el estatuto epistemológico de la filosofía del derecho contemporánea (5).

### 1. Positivismo y Teoría Jurídica

En efecto, si la validez deviene el **problema de la teoría jurídica** naciente y la legitimidad lo es de la filosofía política, así como la eficacia el de la sociología del derecho, ¿cuál es el problema específico de la filosofía del derecho, desde dónde 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 daban en torno a cual **subdisciplina** se subordinaban las otras. En las tres perspectivas se superponían aspectos de legitimidad, validez y eficacia sin que quedaran delimitadas 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 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, quizás, mas importante escuela teórico-jurídica. Kelsen define la validez como un problema exclusivo de la teoría jurídica precisamente para deslindarlo 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 con-

dición incondicional de la validez de todo el ordenamiento<sup>3</sup>. 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 de 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>4</sup>. 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 un fantasma epistemológico sin problemática propia, salvo cuando los juristas las identifican con la teoría jurídica y los filósofos con la historia de la filosofía. Hart va a tratar de flexibilizar la teoría jurídica en ese memorable capítulo inicial de su obra cumbre, planteando las perplejidades de la teoría jurídica, dos de las cuales son precisamente no reducir el derecho a ordenes respaldadas por amenazas y la necesidad de replantear la relación entre derecho y moral.<sup>5</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 monoprobemática 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 sino que deviene también social y moral.

## 2. Desdibujamiento de la Filosofía del Derecho

### 2.1. El paradigma autopoietico

El paradigma autopoietico 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

<sup>3</sup> Ver, de nuevo, Hans Kelsen, *Introduction to the Problems of Legal Theory*, Oxford: Clarendon Press, 1996.

<sup>4</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>5</sup> H.L.A. Hart, "Regla de reconocimiento y validez jurídica" en *El Concepto de Derecho*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995, pp. 125-137.

una radicalización del iuspositivismo kelseniano, resimbolizando la validez jurídica en términos de una **concepción autorreferente** del sistema jurídico<sup>6</sup>. Podría parecer que Luhmann reduce de nuevo la validez del derecho a una sola dimensión pero es todo lo contrario. La 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. 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 del mismo 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. Para Luhmann, la teoría jurídica es la llamada a observar los procesos sistémicos del derecho en orden a desparadojizar y destautologizar los mismos. 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>7</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>8</sup>. La sociología del

<sup>6</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.

<sup>7</sup> Niklas Luhmann, "Questions for legal theory" y "Legal system and legal theory" en *A Sociological Theory of Law*, London: Routledge & Kegan, 1985, pp. 274-288.

<sup>8</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.

derecho es una **observación de la observación**: observa la relación de la teoría jurídica con la complejidad 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>9</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 al interior del sistema jurídico 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>10</sup>.

### 2.2. El paradigma interpretativo

El debate Dworkin-Hart 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. 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 **desperforar epistemológicamente** a la filosofía del derecho e identificarla artificialmente con la teoría jurídica, en lo que constituyó un paso atrás para ambas disciplinas. 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

<sup>9</sup> Niklas Luhmann, "La contingencia como valor propio de la sociedad moderna" en *Observaciones de la Modernidad*, Barcelona: Paidós, 1997, pp. 87-119.

<sup>10</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.

te los contenidos de la segunda por los de la primera, en una línea similar a la propiciada por el paradigma autopoietico. 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 intrasistemicos, sino desde una singular versión de la filosofía del derecho no reconstruida críticamente en términos epistemológicos postconvencionales, 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.

### 3. Filosofía de la Justicia

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 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. Mas 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>11</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

<sup>11</sup> J. Rawls, "La secuencia de cuatro etapas" en *Op.Cit.*, pp. 187-192.

conciencia y la desobediencia civil. Estas figuras reivindican 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>12</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, en otras palabras, la eficacia social del sistema<sup>13</sup>. La filosofía del derecho se proyecta entonces como una reflexión integral sobre el derecho que incluye los diversos momentos que configuran el fenómeno jurídico.

#### 4. Filosofía del Derecho y Discurso

El pensamiento de Habermas puede interpretarse como una propuesta integral de filosofía política en tres direcciones que, a su vez, constituyen tres etapas en el desarrollo del mismo. En una **primera etapa**, Habermas propugna por 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>14</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 desintegración acelerada a su interior. Estrategia que Habermas complementa con la concepción de su ética discursiva, inmediatamente después.<sup>15</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

<sup>12</sup> "La definición de la desobediencia civil" en *Ibid.*, pp. 331 y ss.

<sup>13</sup> "El sentido de la justicia" en *Ibid.*, pp. 410 y ss.

<sup>14</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.

<sup>15</sup> Jürgen Habermas, *Teoría de la Acción Comunicativa*, Buenos Aires: Taurus, 1989; y *Conciencia Moral y Acción Comunicativa*, Barcelona: Península, 1991.

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>16</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, de una parte, profundiza sus reflexiones tempranas sobre la legitimación en el capitalismo tardío que le permite replantear y complementar su propia teoría de la acción comunicativa y, de otra, 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>17</sup>. 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>18</sup>. 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. 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>19</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

<sup>16</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* (No. 12), Bogotá: Foro por Colombia, 1990.

<sup>17</sup> Jürgen Habermas, *Facticidad y Validez*, Madrid: Trotta, 1998.

<sup>18</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>19</sup> J. Habermas, "Parsons v. Weber: la función socio-integradora del derecho" en *Op. Cit.*, pp. 130-145.

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. Así, 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 hipostasíada jurídicamente. El ordenamiento es legítimo cuando las diversas formas de vida y sujetos colectivos que conforman la ciudadanía 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 dialogal 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 postconvencional de legitimidad en las sociedades complejas. 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>20</sup>. Esto se impone en la medida en que sólo el **derecho positivo** asegura la autonomía como no puede hacerlo la moral en las sociedades complejas. La tercera dimensión del estado democrático de derecho es la de la **eficacia social** del ordenamiento. En que medida es eficaz un orden social? 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

<sup>20</sup> "Dimensiones de la validez jurídica" en *Ibid.*, pp. 90-103.

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 poder administrativo del estado<sup>21</sup>. 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 poder administrativo instrumental<sup>22</sup>.

##### 5. 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 a 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 Alexy, dan la **clave de bóveda** de esta reconsideración de la problemática propia de la filosofía del derecho. La filosofía del derecho es **parcela de la filosofía**, no del derecho aunque los juristas se empeñen en desconocerlo. 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

<sup>21</sup> "Fundamentación de los derechos fundamentales en términos de la teoría del discurso" en *Ibid.*, pp. 184-197.

<sup>22</sup> "Un modelo de circulación del poder político" en *Ibid.*, pp. 421-439.

entre la teoría jurídica y aquella. Quisiera recuperar la **categoría hegeliano-lukacsiana** de totalidad<sup>23</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<sup>24</sup>.

### 5.1. 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. Este papel, que Luhmann coloca 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 que es, precisamente, el abordaje iusfilosófico el que puede garantizar esa consideración intra, inter y suprasistémico, y lograr, efectivamente, una reflexión que articule las dimensiones epistemológicas mono y multidisciplinares en el horizonte de

<sup>23</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>24</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.

un **análisis transdisciplinario** del sistema en su conjunto, con énfasis en la óptica jurídica. El **campo jurídico**, el cual 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. 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 sólo 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>25</sup>.

### 5.2. La dimensión explicativa

Cada uno de los paradigmas jurídicos 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 al 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 postpositivistas (autopoietico, interpretativo, consensual-discursivo, crítico) que intenta una reinterpretación de tales énfasis y la **reconsideración interdisciplinaria** de los mismos, 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<sup>26</sup>.

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.

<sup>25</sup> Lucien Goldmann, "Génesis y Estructura", en *Marxismo y Ciencias Humanas*, Buenos Aires: Amorrortu, 1975, 17-27.

<sup>26</sup> J. Habermas, "La conexión constitutiva entre derecho y política" en *Op. Cit.*, pp. 200-218.



### 5.3. 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 iniciales: desde la teoría jurídica encontramos unos modelos normativos de decisión judicial que, según la tipología de Alexy<sup>27</sup>, serían el positivista-discrecional, el silogístico-deductivo, el realista-decisorio y el hermenéutico-interpretativo. Y 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>28</sup>. Sin embargo, 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>29</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 de la vida pública que supone, 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>30</sup>.

La dimensión normativa de la filosofía del derecho se resuelve en los modelos de adjudicación constitucional.

<sup>27</sup> Robert Alexy, "Interpretación jurídica y discurso racional" en *Teoría del Discurso y Derechos Humanos*, Bogotá: Universidad Externado, pp. 35-61.

<sup>28</sup> Jürgen Habermas, "Tres modelos normativos de democracia" en *La Inclusión del Otro*, Barcelona: Paidós, 1999 (1996), pp. 231-246.

<sup>29</sup> Gustavo Zagrebelsky, "Los caracteres generales del derecho constitucional actual" en *El Derecho Dúctil*, Madrid: Trotta, 1995, pp. 9-20.

<sup>30</sup> Jürgen Habermas, "Justicia y legislación" en *Facticidad y Validez*, Madrid: Trotta, 1998, pp. 311-361.

### Conclusión

La reconstrucción epistemológica de la filosofía del derecho que aquí se ha intentando bosquejar ha puesto de presente dos factores en ese propósito. El primero, el proceso de **ruptura y desdibujamiento** de la filosofía del derecho que se da con el surgimiento y consolidación de la teoría jurídica a partir del positivismo en el siglo XX. Y, el segundo, 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 terminando 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.

Queda claro en esta somera reconstrucción histórico-estructural que la filosofía del derecho responde a una **tradicción 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 sin necesidad de acudir a la filosofía, ni de confundir teoría jurídica y filosofía del derecho<sup>31</sup>. Mientras que la teoría jurídica pone el acento en la validez del sistema jurídico, la filosofía del derecho necesariamente tiene que abordar toda la complejidad intra y suprasistémica del ordenamiento jurídico. De allí que tenga que abarcar igualmente problemáticas propias de la filosofía política y la sociología jurídica, articulando así en una visión totalizante y crítica la relación **legitimidad-validez-eficacia** de un ordenamiento jurídico-político como eje vertebral de su reflexión epistemológica. De tal suerte, frente a la mirada disciplinaria de la teoría jurídica, la filosofía del derecho se presenta como la visión transdisciplinaria del fenómeno jurídico<sup>32</sup>.

<sup>31</sup> Robert Alexy, "La validez del derecho" en *Concepto y Validez del Derecho*, Barcelona: Gedisa, 1994, pp. 87-122. No tomo en cuenta su conferencia reciente *La Naturaleza de la Filosofía del Derecho* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003) que, desde la perspectiva defendida en este escrito, versaría más sobre la naturaleza de la teoría jurídica.

<sup>32</sup> Ver Franca Dágostini, "La nueva epistemología" en *Analíticos y Continentales*, Madrid: Catedra, 2000, pp. 481-542.