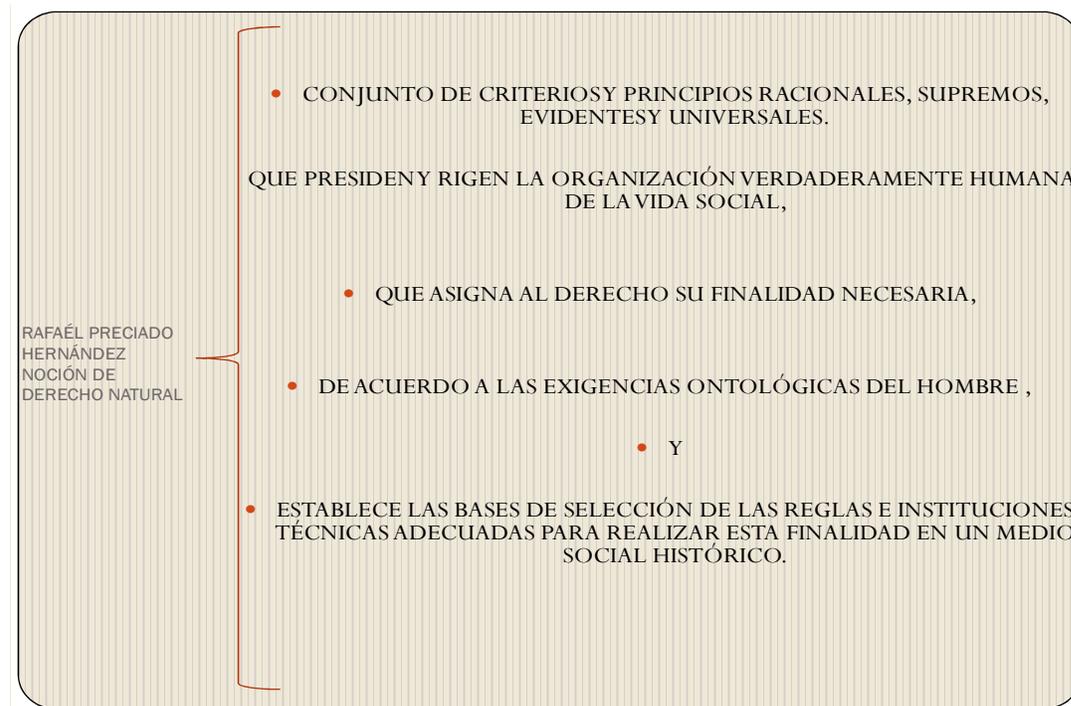


### 3. CORRIENTES DE LA FILOSOFÍA JURÍDICA CONTEMPORÁNEA.

#### 3.1. *Iusnaturalismo.*

Para el iusnaturalismo el derecho deriva de la esencia del hombre. El derecho es la suma de potestades y prerrogativas inherentes o consustanciales al ser humano. El derecho como objeto de estudio se reduce al derecho natural o justo que fundamenta el contenido del derecho; es decir, al derecho intrínsecamente justo, cuya validez es objetiva o material.



Bajo la vieja etiqueta de “escuela del derecho natural” se esconden autores y corrientes muy diferentes: grandes filósofos como Hobbes, Leibniz, Locke, Kant, que se ocuparon también, pero no principalmente, de problemas jurídicos y políticos, pertenecientes a líneas diferentes y a veces opuestas de pensamiento como Locke y Leibniz, o como Hobbes y Kant; juristas-filósofos como Pufendorf,

Thomasius y Wolff, también ellos divididos en puntos esenciales de la doctrina (sólo por dar un ejemplo, Wolff es considerado como el anti-Pufendorf); profesores universitarios, autores de tratados escolásticos que, aparte de sus discípulos, quizás ninguno haya sido leído, y uno de los más grandes escritores políticos de todos los tiempos, el autor del *Contrato social*.

Además, mientras para los juristas-filósofos la materia del derecho natural comprende tanto el derecho privado como el derecho público (y mucho más el primero que el segundo), para los otros, especialmente Rousseau, de cuya obra destaca hoy la importancia histórica del iusnaturalismo, y por los cuales quizás vale la pena hablar todavía de un “derecho natural moderno” contrapuesto al medieval y al antiguo, el argumento de sus obras es casi exclusivamente el derecho público, el problema del fundamento y de la naturaleza del Estado.

Aunque la división entre una y otra historiografía particulares sea una convención de la que se puede prescindir, y cuidándonos de considerarla como obstáculo insuperable, no hay duda de que unos pertenecen más bien a la historia de las doctrinas jurídicas y otros a las de las doctrinas políticas.

Sin embargo, a pesar de la disparidad de los autores comprendidos bajo el signo de la misma escuela, o lo que es igual, del mismo “ismo”, y no obstante lo que tiene de artificial y a la vez de “escolástico” el proceder por escuelas o por “ismos”, no se puede decir que se haya hablado por capricho de una escuela de derecho natural.

Es incuestionable que las referencias a ellas se han hecho desde dos perspectivas diferentes: la de los mismos fundadores y sus seguidores, con el objetivo de construir un árbol genealógico frondoso y además con un ilustre fundador del que pudiesen enorgullecerse y así obtener argumentos para considerarse innovadores que dejaron atrás un pasado de errores y de barbarie; la de los adversarios, para los que, una vez agotado el impulso creador de la escuela, se hacía fácil blanco al poner a todos sus componentes indiscriminadamente en una misma fila con el objeto de deshacerse para siempre de un funesto error.

Mientras el primer enfoque nos permite captar aquello a lo que los creadores y los fieles de la escuela se han opuesto, el segundo nos permite entender aquello que

a ellos le ha sido contrapuesto por sus críticos: como se sabe, no hay mejor manera para comprender las líneas esenciales de un movimiento de pensamiento que el considerarlo desde el punto de vista de las tesis que él ha negado y desde el de las propias tesis que han sido rehabilitadas por los demás.

Así pues, tanto uno como otro enfoque coinciden en poner en claro un principio de unificación de aquello que una y otra parte han acordado llamar una “escuela”. Tal principio no es este o aquel contenido, sino una cierta manera de abordar el estudio del derecho y en general de la ética y de la filosofía práctica, en una palabra, el “método”. La diferencia entre uno y otro está en el juicio de valor: aquello que para los partidarios constituye un signo de mérito, para los detractores representa un motivo de acusación.

El método que une a autores tan diferentes es el método racional, o sea el método que debe permitir reducir el derecho y lo moral (además de la política), por primera vez en la historia de la reflexión sobre la conducta humana, a ciencia demostrativa. Dicho de otra manera, tanto los seguidores como los adversarios se consideran autorizados para hablar de escuela en cuanto ésta no constituye una unidad ontológica, ni metafísica, ni ideológica, sino metodológica. Por lo demás la mejor prueba de esto es el hecho de que está difundida la práctica (por lo menos desde la crítica de la escuela histórica en adelante) de llamar al derecho natural moderno “derecho racional”:<sup>(1)</sup> para indicar que aquello que caracteriza al movimiento en su conjunto no es tanto el objeto (la naturaleza), sino la manera de tratarlo (la razón), no un principio ontológico (que supondría una metafísica común que de hecho jamás existió), sino un principio metodológico.

Si hay un lazo que mantiene unidos a los iusnaturalistas y permite captar una cierta unidad de inspiración en autores que son por muchos aspectos diferentes, es precisamente la idea de que sea posible una “verdadera” ciencia de la moral, entendiéndose por ciencias verdaderas aquellas que comenzaron a aplicar con éxito el método matemático.

No se entiende la novedad del derecho natural si no se le compara con la situación del estudio del derecho antes del cambio, si no se pone un mínimo de atención, como decíamos anteriormente, en todo aquello de lo que es la negación.

Proponiendo la reducción de la ciencia del derecho a ciencia demostrativa los iusnaturalistas sostienen, por primera vez con tanto ímpetu en la secular historia de la jurisprudencia, que la tarea del jurista no es la de interpretar reglas ya dadas, que como tales no pueden dejar de resentir las condiciones históricas en las que fueron emitidas, sino aquella mucho más notable de descubrir las reglas universales de la conducta por medio del estudio de la naturaleza del hombre, de igual manera que el científico de la naturaleza que finalmente ha dejado de leer a Aristóteles y se ha puesto a escudriñar el cielo.<sup>1</sup>

Contrario a lo expresado Jorge Witker y Rogelio Larios afirman que se hacen difícil hablar de un paradigma iusnaturalista:<sup>2</sup>

1. Porque no existe una sola corriente del iusnaturalismo, incluso se excluyen entre sí.
2. Porque si se toma el concepto de paradigma científico de Tomas Kuhn, resulta inaplicable a cualquier actividad metafísica, que es una característica del iusnaturalismo. Este problema desaparece si se visualiza al iusnaturalismo como una forma de ver al mundo. Así el iusnaturalismo es útil para la sociología de la ciencia y la filosofía

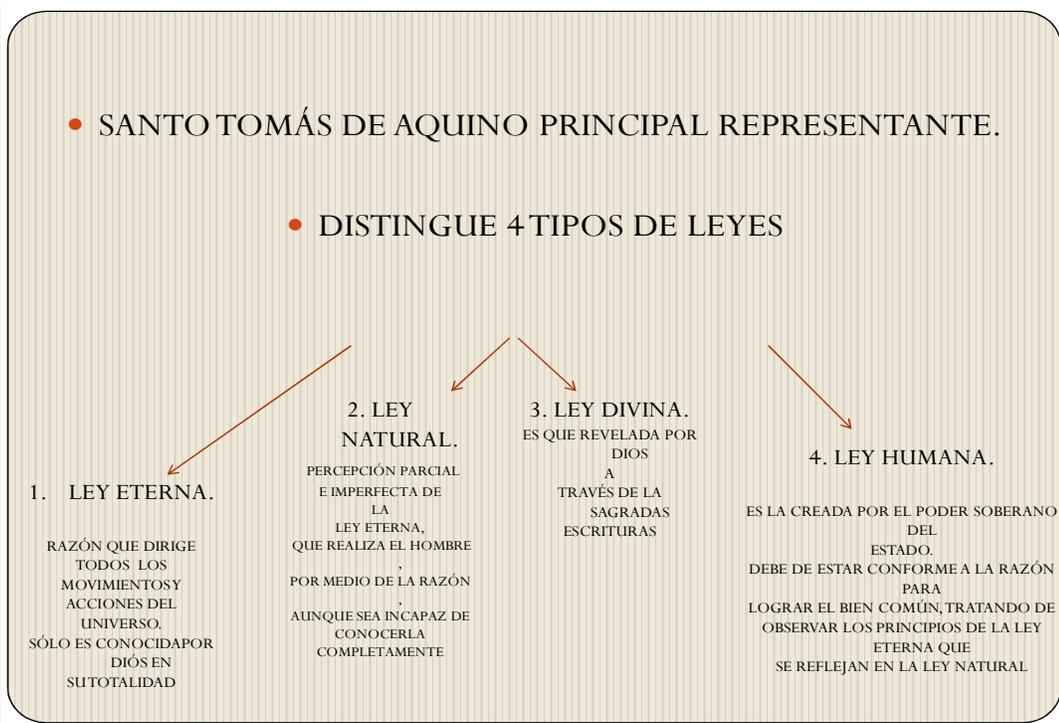
Amén de lo expuesto respecto de las características del iusnaturalismo pueden agregarse dos tesis centrales:

1. Existen principios morales y de justicia que son universalmente válidos y asequibles a la razón humana.
2. Estos principios son los que conforman el derecho natural.

---

<sup>1</sup> BOBBIO, Norberto y M. Bovero; El carácter del Iusnaturalismo; [en línea]; Disponible en la World Wide Web en: <http://www.biblioteca.org.ar/autort.asp?texto=b&tipo=5&offset=50> Fecha del consulta: 20 de marzo de 2009.

<sup>2</sup> WITKER, Jorge y Rogelio Larios; Metodología Jurídica; Mc Graw Hill; México; 1997; p.134.



A) Iusnaturalismo teológico.

El derecho natural es parte del orden eterno del universo, originado en Dios y asequible a la razón humana. Ningún orden jurídico positivo es obligatorio, si es contrario y no concuerda con el derecho natural.

En el iusnaturalismo teológico la doctrina cristiana tuvo gran importancia por las aportaciones de San Agustín y de Santo Tomás de Aquino, así como por los filósofos escolásticos. Para San Agustín, el derecho se presenta como la ley

eterna de la razón divina. Es decir, la *lex aeterna* es la razón divina o voluntad de Dios que manda conservar el orden natural y prohíbe perturbarlo o que dirige todo lo creado hacia sus propios fines. Al lado de la ley eterna se encuentra la ley natural que es la ley eterna inscrita en el corazón y la conciencia de los hombres. El obispo de Hipona sostiene que frente a la *lex naturalis* se encuentra la ley humana que deriva de la voluntad del legislador humano; pero para ser considerada como derecho debe ser justa y recta, es decir debe participar de la ley eterna y natural.

b) Iusnaturalismo racionalista.

Para el iusnaturalismo laico o racional el derecho deriva de la naturaleza humana no por ser hijo de Dios sino por su calidad racional y social. Sin embargo, ambas posturas reducen el derecho a un contenido intrínsecamente justo o natural, ya que para los iusnaturalistas -tanto teológicos como laicos o racionales- el derecho es un valor justo o natural.

Este tipo de iusnaturalismo:

1. Se originó en el iluminismo. La ilustración afirmaba el poder ilimitado de la Razón para gobernar el mundo de los hombres y dirigir sus vidas, abjurando del pensamiento histórico. Fue origen de la Enciclopedia (de aquí su otro nombre de "enciclopedismo"), y fue antecedente inmediato de la Revolución francesa.

Las Ideas de la ilustración francesa se centraban en siete puntos:

a) Rebelión contra las autoridades.

b) Racionalismo.

c) La idea de "ilustrar".

e) Optimismo cultural.

f) Vuelta a la naturaleza

g) Cristianismo humanizado

h) Derechos humanos.

2. El derecho natural no es producto de Dios, sino de la naturaleza o de la razón humana. Entre sus representantes están: Baruch Spinoza; Samuel Pufendorf; Eric Wolff; Emanuel Kant; Rudolf Stambler.

Escuela neokantiana ideas centrales de R. Stambler

1. La sociedad cambia, el derecho hace lo mismo. Imposible determinar el contenido del derecho a través de una concepción universalmente válida (contrario al neotomismo).

2. Una teoría del derecho que busque validez universalmente válida, sólo es posible formalmente e independientemente del material empírico del derecho positivo Stambler.

Para que el legislador realice justicia se requiere de:

1. El contenido de la volición de una persona no debe de depender del deseo arbitrario de otra.

2. Toda exigencia jurídica debe tener tal forma, que la persona obligada pueda conservar la independencia de su personalidad

3. Una persona sujeta a una obligación jurídica no debe de ser excluida arbitrariamente de su comunidad.

4. Todo poder de disposición concedido por el derecho, sólo puede ser excluyente, en el sentido de que la persona excluida pueda conservar independiente su personalidad otras corrientes iusnaturalistas encubiertas

a) La concepción historicista de Federico von Savigny y Georges Friedrich Puchta. Pretenden inferir normas universalmente válidas a partir del desarrollo de la histórica humana. La historia se mueve por necesidad hacia algún destino

b) La corriente iusnaturalista de Hans Helzel y Maihofer. Sostiene que ciertos aspectos de la realidad poseen fuerza normativa, a los cuales debe adecuarse el derecho positivo críticas las tendencias iusnaturalista tratan de explicar al derecho en elementos que van más allá de la experiencia humana.

Estos elementos son considerados como realidades en sí mismas captadas dogmáticamente por el hombre. Es evidente y necesaria su verificación. El error es que se confunde el significado de explicación y conocimiento del derecho, porque en realidad lo que se hace es valorarlo y simultáneamente predicar sobre la moral. Su argumentación posee una fuerte carga emocional.

La falacia de Hume consiste en que a partir de hechos se puedan conformar normas. Este es el error del iusnaturalismo racionalista, que utiliza simultáneamente el principio de causalidad con el de imputación <sup>3</sup>

### **3.2. Positivism jurídico.**

La apertura que experimentó el iusnaturalismo al desarrollarse una corriente laica o racional permitió que de la explicación del derecho como algo de acuerdo con la naturaleza del hombre (como ser racional) se pasara a una concepción del derecho como producto no de la razón del hombre sino de su voluntad. A esta doctrina se le identifica comúnmente con el nombre de “positivismo”, o llamado por algunos autores “iusformalismo”. Como tendencia de interpretación del derecho, se funda en dos grandes corrientes del pensamiento que son:

- El positivismo filosófico.
- Empiriocriticismo.

La tarea del Positivista es descubrir únicamente su objeto de estudio, de conocimiento o investigación, haciendo a un lado otras tareas como la valoración axiológica de esos hechos. Hans Kelsen, es el principal representante del “iusnormativismo”.

Esta teoría concibe al Derecho como un fenómeno eminentemente normativo, pero considerando como un resultado exclusivo de la voluntad humana. Esta situación da origen a un problema respecto del significado del positivismo, que es una expresión totalmente ambigua.

Por ello es mejor utilizar denominaciones específicas, algunos estudiosos agotan al positivismo jurídico dentro del normativismo. Pero si se entiende al positivismo en sentido negativo, como: La concepción de lo jurídico que excluye toda creencia en un realidad irrefutable empíricamente; entonces el positivismo abarca todas las corrientes que no sean iusnaturalistas.

Esta corriente tiene varias características, entre ellas las siguientes:

---

<sup>3</sup> WITKER, Jorge y Rogelio Larios; ob. cit.; pp. 134 a 40.

Kelsen, sostiene que la característica de la pureza es un principio de método, que consiste en: buscar sólo un conocimiento orientado hacia el Derecho. Es decir, liberar a la ciencia jurídica de todos los elementos extraños. Añade Kelsen, que la ciencia jurídica tradicional no satisface la exigencia metódica (*pureza*).

¿Por qué afirma esto? Porque se ha confundido con la psicología, sociología, la ética y la teoría política. Ya que los objetos de esas ciencias se relacionan estrechamente con el Derecho. La Teoría Pura, tiene por objeto delimitar el conocimiento del Derecho frente a la psicología, sociología, ética.

Esto no lo hace por ignorancia, sino por evitar el sincretismo metódico (mezcla de métodos), que oscurece la singularidad de la ciencia jurídica y los límites de su objetivo.

¿En qué consiste el error de Kelsen? En indicar que para que la ciencia del Derecho no se quede en las formas, tiene que ocuparse de lo que ya se ocupan otras disciplinas. Para lograrlo, Kelsen de manera explícita utiliza el *principio de imputación*.

El Principio de imputación, es un principio ordenador o de conocimiento. A diferencia del “Principio de Causalidad” que se emplea en la descripción del ser. El principio de imputación se emplea para la descripción de un orden normativo de interacción humana.

Es decir, se utiliza en la descripción del deber ser y para distinguir al deber ser, del mundo no normativo o de los hechos. En relación al deber ser\_en el ámbito de lo jurídico, Kelsen nos dice:

Que si el Derecho declara, que bajo determinadas condiciones deben producirse determinadas consecuencias, el término deber no se entiende en sentido usual – de que algo está ordenado pero no autorizado o permitido- sino que abarca tres significados o funciones normativo-jurídico que son:

- a) El ordenar
- b) El facultar
- c) Permitir positivamente la consecuencia

El deber ser es la relación entre el supuesto y la consecuencia normativa.

Otro concepto básico de la Teoría de la Pureza de Kelsen, es que el significado

jurídico de una conducta humana no se puede captar por los sentidos. Como se capta el color, la dureza o el peso de un objeto. Por lo tanto el significado jurídico objetivo de una conducta, únicamente lo proporciona la norma jurídica que regula la conducta y no el significado subjetivo que suministra el que realiza dicha conducta.

Lo fáctico o ser natural de un acto, no es lo que lo hace a tal acto lícito o ilícito, sino su significado jurídico objetivo. Este significado jurídico objetivo, se logra a través de una norma que lo prevé. De tal suerte que el acto puede ser explicado según la norma. La norma funciona como un esquema de explicitación del acto. La explicación de que el acto tiene un acontecer natural, también se fundamenta en un esquema particular y diferente de lo normativo.

El Principio de causalidad. La norma según la cual el acto significa que es conforme o contrario a derecho, es ella misma producida mediante un acto de derecho que, por su lado, nuevamente recibe su significado jurídico de otra norma. Por validez se entiende: La existencia específica de una norma. Y se expresa diciendo: que algo debe o no ser. Esto es diferente de la realidad de los hechos naturales y de la existencia del acto de voluntad, cuyo significado objetivo proporciona.

Que una norma sea válida significa que obliga y que el hombre debe de comportarse como lo indica ella. El fundamento de validez de una norma, sólo puede encontrarse en la validez de otra, la que se caracteriza metafóricamente, como una norma superior en relación con una inferior. La validez como existencia y fundamentación adecuada en otra norma, son elementos integrantes de un concepto único de validez. La norma es válida o existe si se fundamenta en otra.

Pero si entendemos validez como existencia de norma, entonces su concepción se identifica con el concepto de norma y se produce una redundancia conceptual. Si articulamos los dos sentidos de validez, resulta que dentro del concepto de norma, necesariamente se incluye su fundamentación en otra norma. Esto es difícil de aceptar:

1. Porque no todas las normas poseen una validez diferida, sino que hay normas fundantes, que no se fundan en otras.

2. Si una norma se fundamenta en otra, pareciera que el término fundamentación, es diferente, pero si esta fundamentación es parte indispensable del concepto de norma, la expresión es pleonástica.

Así la idea de validez como existencia de la norma puede desecharse por redundante. Pero validez, como fundamentación en otra norma, tiene significación teórica propia. Es distinta de los conceptos de norma o de deber ser y se relaciona con ellos, calificándolos en función de si se encuentran adecuadamente fundamentos en otra norma o no.

### **3.3. Sociologismo jurídico.**

Para los **iusrealistas** el derecho no consiste exclusivamente en normas. El derecho no se identifica con un deber ser, sino con un ser. Este ser, puede identificarse con la norma pero también con el hecho. De este modo, podemos distinguir entre el derecho como norma estatal y el derecho como hecho social.

El derecho no se puede reducir al Estado, sino que debe incluir a la sociedad. Los hechos son parte esencial de esta corriente. Los hechos han servido a los autores pertenecientes a la corriente del iusrealismo para fundar (sobre las enseñanzas de la "libre investigación científica" de *François Gény*, la "ofensiva sociologista" de *Eugen Ehrlich*, y de las escuelas del "derecho libre" y de la "jurisprudencia de intereses" que incluye a autores como *Philipp Heck*, *Hermann Kantorowics*, y otros más), una concepción del derecho diferente, positiva pero realista.

La suma de condiciones que delimitan el actuar del hombre, conforman una realidad determinada, y el derecho, no la norma formal ni su contenido justo, es precisamente la experiencia jurídica. Dicho de otra forma, el derecho es: una experiencia de realidades relativa a la conducta humana y al cumplimiento efectivo de las normas jurídicas en los fenómenos sociales. El derecho se alimenta de la realidad, reconociendo la existencia de diferencias y de soluciones disímiles a casos fácticamente similares.

La ciencia del derecho se debe ocupar fundamentalmente del ser de la conducta humana, que es un conjunto de fenómenos o hechos eficaces o reales, y no de las

normas formales o vigentes, ni tampoco de los valores justos o naturales. Para el iusrealismo el derecho tiene como objeto de estudio los hechos y no son las normas ni los valores.

Es cierto que las normas jurídicas son trascendentales para conocer el derecho, pero su importancia no radica en sí mismas por ser normas formales ni en su contenido justo, sino en las actitudes y conductas humanas que derivan de dichas normas y valores. Esta corriente subordina a la ciencia del derecho a una rama de las ciencias sociales, lo cual ha constituido una de las principales críticas, por reducir el derecho a los hechos sociales que derivan de las conductas.

Hay dos tipos de corrientes realistas: el realismo norteamericano y el escandinavo.

A) El Realismo Jurídico Norteamericano tiene como fundamento la metodología empírica de *John Locke* y de *David Hume*, así como la filosofía pragmática de *William James* y *John Dewey*. El iusrealismo no sólo se suma a la protesta en contra de la concepción teológica y metafísica del iusnaturalismo, sino también a la reacción dirigida contra la concepción positiva o analítica-normativa del iusformalismo.

De hecho, cabe resaltar las palabras de *Oliver Wendell Holmes* para el realismo norteamericano: "*La vida del derecho no ha sido la lógica: ésta ha sido la experiencia*". Esta frase del ministro de la Suprema Corte de los Estados Unidos, que identifica al derecho con la experiencia práctica, se ha convertido en el credo del realismo norteamericano.

Pero fueron Benjamín Cardozo (otro ministro de la Suprema Corte) y Roscoe Pound (decano de la Escuela de Leyes de la Universidad de Harvard) quienes consolidaron la concepción del derecho como algo estrechamente vinculado a la realidad de la vida humana.

Cardozo resaltó la necesidad de que los jueces estén alertas a las realidades sociales, al fundamentar que es indispensable un análisis comprensivo del proceso judicial, que requiere un conocimiento íntimo de los factores que forman e influyen al derecho, porque el proceso judicial incluye tanto la creación como el descubrimiento de las reglas mismas. Cardozo (al igual que Holmes) enfatizó los límites de la utilización de la lógica deductiva en la solución de los problemas

legales; pero, a diferencia de éste, estaba imbuido de un idealismo ético que le permitía relajar la regla cuando ésta, al ser demasiado fiel al precedente, podía ser inconsistente con la justicia.

De estas concepciones puede deducirse que los principios morales son trascendentes para formular el derecho, reconoció que los valores reflejan las preferencias cambiantes de los grupos poderosos dentro de la sociedad.

Roscoe Pound trató de emancipar al derecho del dogmatismo, tanto de la exégesis lógico-deductiva como del historicismo. Consideraba que aunque es cierto que el derecho tiene una estructura lógica, es un instrumento para la vida social encaminado a realizar fines humanos, dentro de las rutas variadas y cambiantes de la historia. Por esta razón, el juez debe ser libre para buscar la solución más justa, en lugar de estar atado a la voluntad del legislador y a las glorias del pasado, que obstaculizan el cambio social y la regulación de nuevas realidades sociales, en lugar de favorecer la función del derecho como ingeniería social.

Asimismo, Pound reconoció que la actividad judicial comprende siempre una valoración de los diversos intereses que demandan protección jurídica, ya sean éstos, individuales, colectivos o sociales. El juez para clasificarlos requiere de un pleno conocimiento sociológico de ellos y también de pautas valorativas, para poder determinar en qué medida y de qué manera han de ser protegidos. De este modo, la tarea del derecho consiste en reconocer, delimitar y proteger eficazmente los diferentes intereses que se presentan realmente en la sociedad.

La faceta más característica del realismo norteamericano consiste en que sus representantes tratan de minimizar el elemento normativo y prescriptivo del derecho y maximizan el elemento empírico y descriptivo del mismo. Así, el derecho se convierte en un conjunto de hechos, en lugar de normas.

Lo que les preocupa a los realistas se reduce a saber lo que los jueces hacen en realidad al resolver las disputas que se presentan ante ellos. No obstante, las decisiones de los tribunales son inciertas e impredecibles; asimismo, las reglas y precedentes sobre los que se fundan son la expresión de los valores morales y de las políticas públicas existentes en una sociedad determinada.

B) El realismo escandinavo a diferencia del realismo norteamericano, tiene un acercamiento metodológico mucho más especulativo hacia los problemas jurídicos, y le presta menos atención a las peculiaridades de las decisiones judiciales. No obstante, comparten lo esencial, al adoptar una actitud empirista hacia la vida humana y, por ende, hacia el derecho.

Entre sus máximos representantes están los integrantes de la “Escuela de Uppsala”, los suecos Axel Haggerstrom (1882 - 1939); Anders Vilhelm Lundstedt (1882 - 1955) y Karl Olivecrona (1897 – 1980) y el danés Alf Ross (1899 – 1979). Lo común de todo el grupo es la actitud anti metafísica radical, de acuerdo con la cual la única realidad a la cual corresponden los fenómenos jurídicos es la psicológica.

La actitud es radical:

“La posibilidad del pensamiento mismo depende del mundo empírico dado en el tiempo y en el espacio, concebido como el coherente al lado del cual ninguno otro es concebible”<sup>4</sup>

No puede haber una ciencia que tenga por objeto otra cosa que las realidades espacio temporales y entre ellas, ciertamente no se encuentra lo que se llama valores. Estos no constituyen cualidades de los objetos, sino que son reacciones psicológicas. Por tanto no existe la justicia, tampoco existe ningún deber ser objetivo y en consecuencia, tampoco se da el Derecho objetivo, es decir, preceptos jurídicos. De este modo, toda ideología –incluyendo las facultades y los deberes, la licitud y la ilicitud se disuelve en humo. Ciertamente que detrás de la ideología jurídica existen algunas realidades. Pero esto incluso es una superestructura formada por encima de las realidades edificadas sin un control empírico, es decir, en la imaginación. La única que corresponde verdaderamente a esas palabras es psicológica. A la axiología la Escuela de Uppsala se le ha llamado con razón “nihilismo de los valores”.

---

<sup>4</sup> VILLORO TORANZO, Miguel; Realismo Escandinavo; Anuario Jurídicas; p. 73; [en línea]; Disponible en la World Wide Web en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/19/pr/pr4.pdf> Fecha de consulta: 20 de marzo de 2009.

Lo realistas escandinavos no tiene en mente el derecho positivo, sino más bien el vigente, es decir, a lo que la teoría alemana del siglo XIX llama "geltendes Recht", que se puede traducir como Derecho vigente o vigente, el Derecho es aceptado para su aplicación tanto por los jueces como los particulares. A los escandinavos no les interesa la obligación moral de acatar determinadas normas como jurídicas, sino que lo que investigan es la explicación del hecho de que en la conciencia psicológica de jueces y particulares se tienen por jurídicas determinadas normas sociales. Es así como rechazan dos explicaciones tradicionales: la iusnaturalista y la voluntarista.

### **3.4. Iusmarxismo.**

El marco conceptual del Iusmarxismo es el siguiente:

- a) Materialismo.- Designa a toda aquella doctrina que trata de explicar el mundo y la totalidad de lo real fundamentándose en la idea de materia.
- b) Dialéctico.- es un método de razonamiento, de cuestionamiento y de interpretación que investiga la verdad, que procede a través del despliegue de una tesis y su antítesis, resolviendo la contradicción a través de la formulación de una síntesis final.
- c) Materialismo Dialéctico.- según la cual sólo existe una realidad material que posee un carácter dialéctico, esto es: la causa de sus cambios y movimientos tiene lugar por la lucha de contrarios inherente a la propia materia y su continua contradicción.

El nacimiento del Iusmaterialismo nace en Rusia después de la Revolución de 1917. Se convierte en el credo oficial de la Rusia soviética. La postura central de esta corriente del pensamiento humano es que: el derecho es un mero reflejo de condiciones e instrumentos de conveniencia económica.

Hernández Gil sintetiza los rasgos de la concepción marxista del derecho en lo siguiente:

“El materialismo histórico ve en el derecho uno de los factores integrantes de la capa ideológica, la superestructura; en ésta, el derecho y los demás elementos supraestructurales, sólo se entiende como proyección y reflejo de la estructura, el sistema económico concreto o la producción material de los bienes; en esta producción, la clase económica gobernante tiene el papel preponderante y el derecho es un instrumento; el materialismo histórico admite que, en algunos aspectos, la superestructura provoca efectos sobre la estructura, e incluye en esto al derecho, pero subrayando siempre la prioridad ineludible del factor económico, con lo que la incidencia de lo jurídico en lo económico nunca es extraeconómica; así el derecho carece de autonomía, tanto ideal como empírico – histórica, y siempre una categoría burguesa, y esto conduce dialécticamente, a la negación del derecho que, junto con la negación del Estado, son rasgos que el marxismo reserva para la última etapa del comunismo.”<sup>5</sup>

Entre los principales defensores y teóricos de esta posición teórica, están:

a) Pasukanis.- Señala que no es suficiente conocer el contenido normativo sino es necesario conocer si tal contenido normativo se realiza o no en las relaciones sociales. Afirma que en una sociedad colectivista con unidad de propósitos y armonía de intereses el derecho es innecesario y se convertirá en normas técnico-sociales para la utilidad económica.

b) Stuka.- Sostiene que el derecho es un sistema de relaciones sociales en correspondencia con los intereses de la clase dominante y tutelada por su fuerza organizada.

c) Vysinskij.- considera al derecho como el conjunto de las reglas de conducta que expresan la voluntad y conveniencia de la clase dominante legislativamente establecida; sus costumbres sus reglas de convivencia, garantizadas por la fuerza coercitiva del poder estatal.

Esta corriente al igual que las otras no es perfecta y adolece de fallas y deficiencia, por ello ha sido objeto de diferentes críticas entre ellas la fundamental es que:

---

<sup>5</sup> WITKER, Jorge y Rogelio Larios; ob. cit.; pp. 154.

- a) El derecho no puede ser identificado con las relaciones económicas mercantiles capitalistas, porque todos los ordenamientos jurídicos existentes de hecho también regulan relaciones no mercantiles.
- b) La tesis de que el derecho es el conjunto de relaciones sociales, contradice la tesis de que el derecho es la voluntad de la clase dominante.
- c) Resulta falso que el derecho tutele únicamente los intereses de la clase dominante, también tutela los intereses de la clase oprimida
- d) También es falso que tutele únicamente los intereses de la clase dominante, también tutela los intereses de una parte de la clase dominante contra otras partes de la misma. <sup>6</sup>

### **3.5. Corrientes contemporáneas de la filosofía del derecho.**

Entre las teorías contemporáneas de la filosofía del derecho se encuentran las siguientes:

#### *A) Teoría jurídica analítica.*

H. L. A. Hart (1907-1992), es uno de los más ilustres representantes de la jurisprudencia analítica. El antecedente de su concepción teórica está en la llamada filosofía analítica, que tiene por objetivo principal el análisis del lenguaje. La tarea propia de la filosofía es la clarificación lógica de las proposiciones filosóficas, debe aclarar con precisión sus ideas y no es sino el estudio de la sintaxis lógica de las proposiciones científicas.

La teoría jurídica analítica, también llamada Teoría de la jurisprudencia analítica, pretende hallar en la exactitud del pensar y del hablar, el carácter científico del Derecho. Se parte del Derecho *como es y no como debería ser*, porque se ocupa de la clarificación de la estructura general del pensamiento jurídico y del significado de sus términos. La lógica jurídica prescinde de todo valor ético así como de toda realidad histórica o social.

---

<sup>6</sup> *Ibidem*; pp. 154 a 159

Por ello el jurista se ocupa meramente del Derecho tal como es, sólo el legislador o el filósofo interesado en problemas éticos debe preocuparse por el Derecho que debe ser. En opinión del jurista analítico, el Derecho Positivo, es distinto del Derecho Justo o ideal.

Para John Austin, fundador de la escuela analítica, el Derecho positivo es un mandato del soberano. Todo Derecho, en sentido estricto, es establecido por una persona o cuerpo soberano, para un miembro o miembros de la sociedad política independiente de donde aquella persona o cuerpo es soberano o supremo.

El mandato coactivo es el elemento central del Derecho cuando es obligatorio para la generalidad y proviene de un superior poder político que obliga a los súbditos. El Derecho es el resultado de la voluntad soberana, independientemente del contenido que pudiera tener.

La lógica es el instrumento central en el análisis del Derecho y el método deductivo es el adecuado para ir de la regla general establecida por el legislador a los casos particulares y concretos a los que se aplica. Al jurista analítico también se interesa por clarificar el significado de los conceptos jurídicos y compararlos con los de otros órdenes y constituir sistemas de conceptos generales y formales, y referirse a ordenamientos positivos.

El ordenamiento jurídico o conjunto de normas jurídicas es un sistema que se integra mediante un proceso lógico que se realiza totalmente en su interior, sin recurrir a cuestiones meta-jurídicas. Lo que significa, que se visualiza al Derecho como una entidad definida conceptualmente, explicándose en sí misma el fundamento de las normas, de las relaciones y de las instituciones jurídicas en formulaciones conceptuales constitutivas de un organismo lógico, autónomo y autosuficiente.

La característica más relevante de la jurisprudencia analítica es su carácter eminentemente lógico y formal que deliberadamente prescinde de todo contenido, ya sea que se considere este como valor ético o como realidad histórico social empírica.

Se parte de un orden jurídico dado y se analiza en función de la claridad y consistencia lógica y sistemática. Se formulan conceptos, definiciones de términos

generales, se fijan significados, se hacen clasificaciones, etcétera. En pocas palabras, se emplea a la lógica como el mejor instrumento de análisis del Derecho. Dentro de la teoría jurídica se trata de encontrar, en la exactitud y el rigor del pensar y hablar, el medio para dar a la jurisprudencia su carácter científico. Con ayuda de la lógica se formulan definiciones, se delimitan conceptos, se hacen clasificaciones, se comparan distintos sistemas jurídicos, etc., todo con la finalidad de esclarecer el Derecho.

Lo fundamental en la teoría de Hart, es que intentó reconciliar el análisis valorativo del derecho con la posibilidad de admitir valores éticos objetivos fuera del campo de la teoría del derecho, aunque él mismo no es muy claro en cuanto a la medida en que pueden conocerse principios morales objetivos.

Hart, se desligó de las dos primeras tesis, procuró defender como parte central del positivismo jurídico la separación del derecho y la moral entendida como mera neutralidad científica, que estudia de la misma manera las normas justas y las injustas. Dicho enfoque, apoyado en una filosofía lingüística vigente, ofrecía la posibilidad de continuar siendo positivista, científico, y no por ello inmoral o amoral.

Ante la gran variedad de diferentes normas jurídicas en un sistema moderno, es patente que no todas las normas ordenan hacer o no hacer algo, que no todas son legisladas, que no son necesariamente órdenes dadas a otros, o que no representan realmente las intenciones de algún legislador, puede ocurrir que la noción de órdenes generales respaldadas por amenazas resulte transformada que ya no pueda ser reconocida.

#### *B) El paradigma autopoietico.*

El paradigma autopoietico<sup>7</sup> concibe el derecho, la política y la moral como sistemas sociales autonomizados entre sí, sin otro tipo de comunicación que el de

---

<sup>7</sup> “El segundo término que vamos a introducir es el de *autopoiesis*, también procedente de la biología y desarrollado por Varela, Maturana y Uribe (1974) y que puede definirse como la capacidad que tiene un sistema para, a pesar de no estar en equilibrio, mantener una estabilidad estructural absorbiendo energía del entorno o autorregulándose continuamente. Al igual que los seres vivos, los sistemas autopoieticos son capaces de mantener su autonomía y una continuidad de sus pautas (Hodgson, 1995 [1993], pp. 365-366; Zolo, 1992, p. 14). La traslación del concepto de autopoiesis, propio de la biología, a las ciencias sociales, no puede hacerse de manera automática; distintos autores han presentado una serie de objeciones para que un sistema social pueda considerarse como autopoietico (Beyme, 1994 [1991], pp. 216-217):

naturaleza sistémico o funcional. Esta posición teórica es una radicalización del iuspositivismo kelseniano, resimbolizando la validez jurídica en términos de una concepción autorreferente del sistema jurídico.

Podría parecer que Nicklas 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 la complejidad y problemática de la sociedad a través de la validez jurídica y no de eficacia social o legitimidad política de la norma jurídica. Ello no quiere decir que las dimensiones de eficacia del sistema jurídico o legitimidad del mismo no sean contempladas por el derecho en de componentes del sistema.

La validez jurídica implica, necesariamente -so pena de caer en un formalismo que solo podría conducir a la desaparición 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 tiene como tarea observar los procesos sistémicos del derecho para que dejen de ser una paradoja y se elimine su el carácter tautológico que pudieran tener. 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. Esa 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.

---

a) Sólo pueden denominarse autopoieticos a los sistemas vivos; en este sentido cualquier sistema socioeconómico está compuesto por individuos y, por tanto, por elementos vivos.

b) Los sistemas autopoieticos-biológicos producen sus propios componentes, se autorreproducen; esto sólo es válido para algunos sistemas sociales, entre ellos el sistema socioeconómico nacional, capaz de producir sus propios agentes” EUMED, Autopiezas; [en línea]; Disponible en la World Wide Web en: <http://www.eumed.net/tesis/alhc/17.htm> Fecha de la consulta: 20 de marzo de 2009.

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. 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.

La sociología del 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.

En ese marco la filosofía del derecho no cumple ninguna función, más que, si se quiere, retórica. Constituye un elemento externo al sistema jurídico, 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.

### *C) El paradigma interpretativo.*

El debate Dworkin - Hart giró en alrededor de 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 sustento porque 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 a mostrar la imposibilidad

para 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 hace 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.

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. 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 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.

#### *D) Filosofía de la Justicia.*

El planteamiento de John Rawls, a pesar de su interés extremo sobre el valor justicia, bosqueja el nuevo perfil de la filosofía del derecho contemporánea. Rawls relaciona tres dimensiones en su planteamiento:

a) Una 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, porque los principios de justicia trabajan 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.

b) La posición teórica de Rawls 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.

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 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.

b) 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.

La filosofía del derecho se proyecta entonces como una reflexión integral sobre el derecho que incluye los diversos momentos que configuran el fenómeno jurídico.

*E). Filosofía del Derecho y Discurso.*

*E1) Validez triádica del derecho.*

Robert Alexy desarrolla una interesante propuesta desde la teoría del derecho que constituye un paso adelante en la definición epistemológica del derecho. La validez del derecho implica: a) en primer lugar, una validez jurídica que supone

que la norma es dictada por órgano competente y según un procedimiento previsto; b) 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, c) 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>8</sup>

### *E.2) Los estudios críticos del derecho.*

Los antecedentes de las teorías críticas del derecho son: a) La posición de Carl Marx cuestionando a E. Kant y Georg W. Hegel; b) La tradición estructuralista, con Michael Foucault básicamente, quien, concibe el derecho como un instrumento de disciplinización y panoptización social. A partir de estas tradiciones de aproximación al derecho se constituyen dos vertientes críticas del derecho:

a) La primera vertiente, a mediados de los setenta, se consolida en tres ramificaciones cuestionadoras del derecho contemporáneas: una vertiente italiana, la del *Uso Alternativo del Diritto* que posteriormente desemboca en el *Garantismo* y el constitucionalismo radical; una francesa, que se manifiesta en el movimiento *Critique du Droit* que, si bien desaparece, parece resimboliza en una teoría crítica del estado constitucional contemporáneo; y, finalmente, la norteamericana, en el movimiento de los *Critical Legal Studies*, la única que sobrevive “oficialmente” y que ha mantenido sus críticas y proyecciones a todos los niveles del derecho.

b) Una segunda vertiente la constituye la heterodoxia socialista, tanto de Europa del Este como del Oeste. La teoría neomarxista se materializa en la corriente del Humanismo Socialista de la Europa comunista, y asume lentamente el reto de pensar al derecho interdisciplinariamente en el marco de una sociedad postcapitalista globalizada.

El mérito de estas teorías fue poner en evidencia la relación estructural que hay entre el derecho y la política y su articulación a través de la decisión judicial, herencia que, en el caso de los *Critical Legal Studies*, toman del realismo, en sus

---

<sup>8</sup> 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.

dos vertientes, 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 Mialle 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.

#### *F) Filosofía Discursiva del Derecho.*

El pensamiento de Jürgen 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.

A) 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.

b) 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.

c) 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.

En el marco de este giro, J. 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.

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. Por su posición omnimediatra 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, sea, 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.

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.

I. 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.

II. 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.

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.

III. La tercera dimensión del estado democrático de derecho es la de la eficacia social del ordenamiento. ¿En qué 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 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.

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.