

**LOS PARADIGMAS EN LA TEORÍA JURÍDICA.
TRANSFORMACIONES ACERCA DE
LA INTERPRETACIÓN SOBRE QUÉ ES EL DERECHO**

JULIÁN DARÍO BONILLA MONTENEGRO



MISION JURIDICA
REVISTA DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

**LOS PARADIGMAS EN LA TEORÍA JURÍDICA.
TRANSFORMACIONES ACERCA DE
LA INTERPRETACIÓN SOBRE QUÉ ES EL DERECHO***

**LEGAL THEORY PARADIGMS.
CHANGES ON THE INTERPRETATION
OF WHAT THE LAW IS**

**OS PARADIGMAS NA TEORIA JURÍDICA.
TRANSFORMAÇÕES ACERCA DA INTERPRETAÇÃO
SOBRE O QUÊ É O DIREITO**

JULIÁN DARÍO BONILLA MONTENEGRO**

julianbonilla.abogado@gmail.com

Universidad Externado de Colombia

Recibido por académico: 28-07-2011. Aceptado: 18-08-2011

RESUMEN

Desde la construcción del concepto de paradigma de Thomas Kuhn, en donde se establecen las fases de transformación de los procesos científicos, se puede observar cómo debido a diversas circunstancias, los paradigmas predominantes sufren crisis, lo que lleva a la consecuente búsqueda de nuevas formas de conocimiento. En el caso de los paradigmas de la Teoría Jurídica aquí propuestos, se requiere establecer las condiciones esenciales de cada uno de ellos y establecer la relación entre las crisis que generaron su interpretación para lograr la construcción de los nuevos.

PALABRAS CLAVE

Paradigma, positivista, interpretativo, consensual, crítico.

ABSTRACT:

Since the construction of the concept of paradigm from Thomas Kuhn, when it established the phases of transformation of the scientific process, it is possible understand how, in case of the diverse circumstances, the predominant paradigms get involved in crisis, with the consistent search of new ways of knowledge. In the cases of the paradigms of the juridical theory propose it, it necessary to demand the essential conditions of every one of them and stablish the relation between the crisis that generated its interpretation to achieve the construction of new ones.

* Este artículo es producto de: Investigación propia. Construcción de un Proyecto de Investigación para Estudios a nivel de Posgrado.

** Abogado, Universidad Nacional de Colombia. Magíster en Estudios Políticos. Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales (IEPRI), Universidad Nacional de Colombia. Magíster en Análisis de Problemas Políticos, Económicos e Internacionales Contemporáneos. Academia Diplomática de San Carlos, Instituto de Altos Estudios para el Desarrollo (IAED). Universidad Externado de Colombia.





KEY WORDS

Paradigms. Positivist. Interpretative. Consensual. Critic.

SUMÁRIO

Desde a construção do conceito do paradigma de Thomas Kuhn, que estabelece as fases de transformação dos processos cientistas, pode-se observar como devido a várias circunstâncias, os paradigmas predominantes sofrem crise, levando à busca subsequente de novas formas de conhecimentos. No caso dos paradigmas da teoria jurídica aqui proposta, é necessário estabelecer as condições essenciais de cada um e estabelecer a relação entre as crises que produziram à sua interpretação para lograr a construção dos novos.

PALAVRAS-CHAVE

Paradigma, Positivista, Interpretativo, Consensual, Critico.

INTRODUCCIÓN

Thomas Kuhn, un “filósofo de la ciencia”, se refiere al paradigma como “realizaciones científicas universalmente reconocidas que, durante cierto tiempo, proporcionan modelos de problemas y soluciones a una comunidad científica”¹.

En su planteamiento considera que la ciencia es un proceso que evoluciona en el que se debe buscar soluciones a los problemas que se plantean durante el avance del mismo. Por eso establece la relación entre el paradigma para entender el proceso de cambio de las ciencias.

Kuhn expone la estructura de las revoluciones científicas de la siguiente manera: primero existe una ciencia normal, que rige las investigaciones durante determinado período de tiempo. Esta ata el desarrollo de las investigaciones y crea escenarios de investigación de los cuales no se puede salir. En todo proceso de investigación se da prioridad al paradigma que prevalece en ese momento histórico.

Luego, como todo proceso histórico, se puede llegar a una situación de crisis del paradigma, que son los avances de la investigación en torno a ciertos aspectos que el paradigma anterior no podía resolver, o resolvía de manera insuficiente. Esto, junto con el uso de nuevas herramientas metodológicas o de interpretación genera la necesidad de reubicar el paradigma para satisfacer las necesidades que surgen.

Aquí, se crea la revolución científica, que es una solución a la crisis que vive el anterior paradigma. A su alrededor se desarrolla una nueva comunidad científica, que comienza a identificarse con este nuevo paradigma, reiniciando el ciclo de ciencia normal y una posible crisis del paradigma.

1 KUHN, Thomas. La Estructura de las Revoluciones Científicas. Bogotá. Fondo de Cultura Económica. 1996. Pág. 13. Lastimosamente, la gran mayoría de investigadores sociales usan el concepto desde la visión ofrecida por la Real Academia Española, que la considera como un sustantivo (Ejemplo o ejemplar), alejando el concepto en relación con el desarrollo científico.



En el caso de la teoría jurídica se ha presenciado la evolución de nuevos criterios para la interpretación sobre qué es el derecho². Existen ocasiones en los que estos paradigmas son considerados "como parte de un argumento de que las asunciones básicas o la cosmovisión dentro de alguna área habían cambiado radicalmente durante algún periodo"³. La descripción de estos cambios es lo que se presentará a continuación.

I. PARADIGMA POSITIVISTA

Siguiendo el planteamiento de Eugenio Bulygin, se determina que:

"Los ingredientes más importantes del programa positivista [...] son las tesis de la positividad del Derecho (Todo el Derecho es positivo, es decir, creado y aniquilado por medio de actos humanos), la concepción no cognoscitiva de normas y valores (escepticismo ético) y la tajante separación entre descripción y valoración, entre creación y el conocimiento del Derecho, entre la ciencia del Derecho y la Política Jurídica⁴".

Sobre la base de estos criterios la norma jurídica no puede ser una norma externa a cualquier concepción sobre los actos humanos lo que se encuentra en contraposición con el iusnaturalismo, desde donde se considera la existencia de juicios de valor externos a la conducta humana.

Dentro del positivismo el orden jurídico y el orden moral son distintos, con características estructurales diversas. Pueden ser considerados como dos órdenes entre los cuales hay, formalmente hablando, solución de continuidad. "El jurista no emite juicios de carácter moral como jurista, como el moralista no lo hace (con los de carácter jurídico) en tanto permanezcan dentro de los límites de su disciplina... este es uno de los postulados centrales del positivismo jurídico"⁵.

Esto nos permite decir que el positivismo se dirigió hacia la búsqueda de una justificación racional del sistema jurídico, lo que generó la construcción de criterios de identificación del sistema jurídico, apartados de las demás ciencias sociales. Asimismo presenta, en mayor o menor medida, una ausencia de fundamentos de contenido moral. Además, este paradigma buscaba describir el funcionamiento del sistema jurídico a través de un punto de vista descriptivo, tratando de desconocer cualquier forma de valoración ajena al propio sistema. Lo anterior permite entender por qué los positivistas pretendieron encontrar la estructura misma del sistema jurídico a través de un proceso de racionalización. Esto llevó a tener el problema de

2 Siguiendo a Brian Bix, (2009, p. 102) los conceptos de Filosofía del Derecho y Teoría del Derecho, "son utilizados de manera intercambiable, y hay poca consistencia entre aquellos autores que intentan distinguir entre los términos en cuanto qué termino se refiere a qué cosa". En algunas ocasiones, autores considerados clásicos de la Teoría del Derecho (Ej. Kelsen o Rawls), son estudiados como promotores de esquemas de Filosofía del Derecho. La propuesta consiste en mantener la visión sobre qué es teoría jurídica, de acuerdo a la reinterpretación de las mismas en el momento en que se construye una crisis del paradigma, generando el proceso que ya ha sido explicado. Diccionario de Teoría Jurídica. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2009. Pág. 102.

3 BIX, Op. Cit. Pág. 190.

4 BULYGIN, Eugenio. ¿Hay vinculación necesaria entre Derecho y Moral? EN: Varios autores. Derecho y Moral. Ensayos Sobre un Debate Contemporáneo. Barcelona. Gedisa. 1998. Pág. 221 y ss.

5 SCHMILL, Ulises. Derecho y Moral. Una Relación Externa. EN. Op. Cit. Pág. 285 y 286.



la validez ajeno a referencias de contenidos materiales unilaterales determinados, generando la dicotomía entre las categorías del deber ser y el ser.

Con base en los autores tratados dentro del paradigma positivista vemos cómo Hans Kelsen, en su obra de 1934 *Teoría pura del derecho*, propone la elaboración de una teoría del derecho ajena a cualquier relación de tipo iusnaturalista, desconociendo aspectos de tipo sociológico, político o moral⁶.

La principal crítica a este paradigma, y posible causal de su crisis, consiste en que este referente teórico no se puede adaptar a cualquier justificación que permita amparar los intereses políticos del momento. Esto lleva a considerar un único y específico contenido valorativo idealista. El hecho que el ordenamiento jurídico exista con independencia de la forma de control del poder político vigente. No es posible desconocer la presencia de un ordenamiento jurídico con fundamento en estos razonamientos⁷. Así, una teoría general del derecho no busca revelar la existencia, estructura y organización de un sistema jurídico en particular, sino lo extensivo a todo ordenamiento coactivo normativo conocido como Derecho. En Kelsen la pureza de su sistema se basa en eliminar todo elemento que impida construir una ciencia del derecho, generando así una explicación monista: “el derecho es una norma”⁸. Él construye una lógica jurídica en donde la norma de origen consuetudinario tiene cabida junto con la norma legislativa. Por esa vía introduce en su sistema elementos de la realidad presentándolos en un ámbito donde la lógica tiene cabida. Allí, las normas se ubican de manera subordinada presentando lo que se ha dado en llamar la pirámide kelseniana o jurídica⁹.

Así, el ordenamiento jurídico se caracteriza por la existencia de juicios del deber ser: una preposición normativa constituida por un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica, vinculados a través de un fenómeno de atribución o imputación, aun cuando esto no implica una conexión necesaria. La anterior presentación exige la existencia de órganos que hagan efectiva la norma en el plano de la realidad. Dicho órgano es el Estado y el derecho buscará distribuir la coacción institucionalizada.

En esta obra encontramos que los ordenamientos jurídicos tienen su soporte de validez por medio de una función dinámica y circular en donde una norma del ordenamiento será válida si ha sido emitida por el órgano competente¹⁰ mediante el procedimiento preestablecido en una norma de superior jerarquía. Es algo esencialmente circular, presentándose la discusión acerca de reconocer el

6 BONORINO, Pablo y PEÑA, Jairo. *Filosofía del Derecho*. Bogotá. Consejo Superior de la Judicatura. Escuela judicial “Rodrigo Lara Bonilla”. Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. 2002. Pág. 44

7 MASSINI, Carlos. *Constructivismo y Justicia Procedimental en John Rawls*. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México. 2004. Pág. 65.

8 KELSEN, Hans. *Teoría General del Derecho y del Estado*. Universidad Nacional Autónoma de México. México. Segunda Edición. Quinta Reimpresión. 1995. Pág. 54.

9 El modelo kelseniano del derecho como coexistencia de sistemas jurídico-normativos estatales independientes y completos se derrumbó como consecuencia de la globalización de las relaciones jurídicas.

10 “La validez jurídica de un sistema jurídico desarrollado se basa en una Constitución, escrita o no, que dice bajo cuáles condiciones una norma pertenece al sistema jurídico y por qué vale jurídicamente”. Así se explica que “...una norma dictada conforme al ordenamiento de un sistema jurídico en general socialmente eficaz no pierde su validez jurídica porque no sea a menudo obedecida y su desobediencia sea sancionada sólo raras veces” (Alexy, 2004, pp. 30 y 55).

criterio último de validez jurídica. Desde allí se extrae la norma fundamental, como presupuesto de conocimiento del ordenamiento jurídico sobre cualquier práctica o consideración, generando bases a este sistema. No es más que un presupuesto del conocimiento del ordenamiento más extraño al mismo, dado que el problema de la norma fundamental es controvertido en cuanto a su carácter de metarrelato sin posibilidad de verificación empírica. Así podemos hablar que existe un orden jurídico cuando su validez se apoya, en última instancia, en una norma única, siendo esta la fuente común de validez, unificando dicho orden.

Para el caso de la obra de Herbert Hart se construye la “Regla de reconocimiento”, que contiene los criterios para la identificación de reglas como derecho válido basándose en cuestiones empíricas¹¹. Se desplazan la consideración de dicha norma a un terreno práctico alrededor del reconocimiento de las normas jurídicas, inmerso en un contexto social determinado. La coherencia del derecho se elucida en la recíproca aceptación del mismo por parte de los receptores de la normatividad y de sus órganos aplicadores. Es aquí donde la referencia de los comportamientos y decisiones de los usuarios del sistema llega hasta la regla de reconocimiento, práctica generalizada que se presenta como el último criterio de validez, facilitando la unidad del sistema jurídico. Los desconocimientos de dichas referencias conllevan a las patologías del sistema. Con Hart se formula un concepto de derecho, un sistema complejo compuesto de normas primarias y secundarias, cuyas características son:

1. Las normas son establecidas con una vocación de permanencia, aun cuando los órganos encargados de su elaboración sean reemplazados¹².
2. Son normas de carácter facultativo. Se le otorgan potestades para su aplicación.
3. Se presenta una autolimitación del poder en el Estado moderno democrático.

En el caso de Hart, se da comienzo a la aceptación de otros criterios para entender qué es el derecho, puesto que se reconoce un “contenido mínimo de derecho natural”¹³, también la necesidad de reconocimiento de, al menos, un derecho subjetivo natural, el “derecho igual de todos los hombres a ser libres”.

Finalmente en la teoría sistémica de Luhmann (2004)¹⁴ se desconoce la concepción jerárquica de Kelsen y su problema de validez mediante la constitución del sistema binario y el uso de programas condicionales que permiten operativizar dicho sistema, actualizándolo, eliminando la aplicación de terceras alternativas¹⁵.

Luhmann considera que el estado de derecho es el sistema perfecto para permitir los fenómenos de regeneración de los sistemas de poder (autopoiesis). La validez

11 ALEX. Op. Cit. Pág. 121 y ss.

12 En contraposición a las teorías de John Austin, quien afirma que el derecho emana de un soberano

13 HART, Herbert. El Concepto de Derecho. Buenos Aires. Abeledo-Perrot 1977. Pág. 236.

14 Luhmann considera al Derecho como un sistema que recibe información del medio ambiente y ofrece una respuesta a la problemática a través del órgano judicial.

15 Esta es la aplicación del sistema binario al subsistema derecho.



de este sistema se encuentra en el hecho que se presenta la autorreferencia continua del derecho, que se encarga de canalizar los conflictos sociales. Los fenómenos de autorreferencia se construyen a través de la codificación del derecho.

En este acercamiento previo vemos que dentro del paradigma positivista se defiende la exclusión completa de la cuestión de la justicia del marco de las categorías jurídicopolíticas¹⁶. Esta negación positivista de toda posibilidad de crítica éticodiscursiva de las relaciones autoritativojurídicas entre los hombres desde las categorías de la justicia, se volvió preponderante en la filosofía jurídica y política de la segunda mitad del siglo XIX y de la primera mitad del XX. Y fue tal su preponderancia que tuvo la posibilidad de multiplicarse en una larga serie de positivismos. Esto permite decir que si bien el positivismo ha intentado a veces recursos ingeniosos para explicar sus deficiencias en el marco de un paradigma pensado para otros contextos, no ha alcanzado su objetivo y ha debido limitarse al tratamiento de alambicadas cuestiones lógico-semánticas sin relevancia social ni repercusión social.

II. PARADIGMA INTERPRETATIVO

Hemos tenido en consideración los elementos fundamentales de la teoría jurídica con base en las propuestas del paradigma positivista, en donde el elemento de validez se mantiene con respecto al mismo sistema jurídico, ya fuera gracias a la existencia de una regla de reconocimiento o un sistema autorreferente. En el paradigma interpretativo se tiene una mayor consideración a la interpretación jurídica que al fenómeno de la validez. Dentro de este nuevo paradigma se manejó el problema de los principios, lo que llevó al enfrentamiento entre dos grandes filósofos del derecho, el inglés H.L.A. Hart y el estadounidense Ronald Dworkin¹⁷.

El debate se basa en el siguiente problema de investigación: ¿Deben existir criterios morales dentro del proceso de interpretación del derecho que acompañe a una norma fundamental o regla de reconocimiento? En este caso se entiende que los criterios morales, principios¹⁸, y que se encuentran enmarcados dentro de criterios de la actividad institucional contenida dentro de los ordenamientos jurídicos de los países, acompañan a las normas al momento de realizar su interpretación cuando se necesiten aplicar dentro de la sociedad.

Al iniciar la discusión Dworkin, quien en su mayoría de trabajos criticó el desarrollo teórico de la Regla de Reconocimiento de Hart¹⁹, buscaba encontrar los errores

16 MASSINI, Carlos. Op. Cit.

17 "Para comprender la riqueza de la teoría jurídica de finales de siglo debe tenerse en cuenta la existencia del enfrentamiento de entre dos corrientes de reflexión que han pugnado...por convertirse en el paradigma dominante: la teorías del inglés H. L. A Hart y las de su opositor, el norteamericano Ronald Dworkin" RODRÍGUEZ César. Teoría del Derecho y decisión judicial en torno al debate entre H. L. A. Hart y R. Dworkin. En La decisión Judicial. El debate Hart – Dworkin. Bogotá. Siglo del Hombre editores. Facultad de Derecho. Universidad de los Andes. 1997. Pág. 16

18 Manejaremos el concepto de principio propuesto por Dworkin, quien considera que los principios son "un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considere deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad" (Dworkin, 1992, p. 72).

19 ALEXY Op. Cit. Pág. 121 y 122.

que dicha teoría contenía, planteando las posibles soluciones que se tendrían si se aplicaran los modelos interpretativos con base en los principios.

Dworkin construye la teoría del “agujón semántico”²⁰, con el cual buscaba demostrar que el positivismo manejaba un problema de interpretación en torno al significado de las proposiciones jurídicas, consistente en que únicamente se realizaban debates en torno a la verdad de estas, enmarcadas en un esquema de construcción histórico que desconoce lo que tendría que ser el punto central de la discusión: el contenido teórico. Lo anterior hace pensar a Dworkin que los juristas reconocen idénticas razones para poder determinar cuándo un postulado sobre la ley es verdadero, o cuándo, realmente, el derecho presenta contradicción o desacuerdos, limitándose únicamente a buscar el significado de las palabras, desconociendo los problemas de desacuerdos entre los conceptos teóricos del derecho y la moralidad social. Para poder realizar esta aproximación plantea la inclusión de ciertos principios dentro de los cuales se encuentra la Igualdad y la libertad, que “entendidas correctamente como la protección del individualismo ético no son ideales que entren en conflicto”²¹. Aun cuando él reconoce que estos principios se encuentran en conflicto, teniendo como punto de partida los Estados Unidos²².

Volviendo nuevamente al planteamiento teórico de los principios vemos que cuando dos principios entran en mutua contradicción, al momento de resolver el conflicto se debe tener en cuenta la importancia de cada uno. Dworkin considera que “a no ser que se reconozca que por lo menos algunos principios son obligatorios para los jueces y que exigen de ellos, como grupo, que tomen determinadas decisiones, tampoco se puede decir que alguna norma [...] sea obligatoria para ellos”²³. A diferencia de las normas, que se dice que una es válida y la otra no, los principios permiten que el más importante para el caso concreto tenga una primacía, sin desconocer en ningún momento la validez de ninguno de ellos. Esta primacía de principios se lleva a cabo a través de un juicio de ponderación. Debido a esta inserción de principios ya no es necesario hacer lo que Dworkin denomina “corte de pedigrí” para poder encontrar la cadena de validez que considera necesaria el paradigma positivista.

Además, él encuentra que no debe existir un desconocimiento de la relación derecho y moral, al demostrar que los principios jurídicos provienen de una práctica temporal ejercida por la comunidad. Lo que Dworkin presenta al tratar de resolver este problema es la figura del individualismo ético²⁴, pretendiendo evitar que los principios entren en conflicto. De esta manera, dado el caso que se presente un problema de principios siempre se llegaría a una respuesta correcta²⁵.

20 Dworkin Op. Cit. Pág. 72

21 DWORKIN Ronald. ¿Entran en Conflicto la Libertad y la Igualdad? En. BARKER, Paul (Comp.) Vivir como iguales. Barcelona. Ediciones Paidós. 2000. Pág. 78.

22 “Desde el 11 de septiembre el gobierno ha promulgado legislación, adoptado políticas y amenazado procedimientos que no son consecuentes con nuestro establecimiento, leyes y valores y que anteriormente hubieran sido impensables” (Dworkin, 2002).

23 DWORKIN. Los Derechos en Serio Op. Cit. Pág. 90

24 Entendida como la figura que maneja para como dentro de las sociedades contemporáneas conformando una postura o actitud moral. La interpretación da como resultado la existencia de los principios de igual valor y el de responsabilidad especial. (Dworkin, 2000, pp. 61 y 62).

25 Hart, Herbert. Postscriptum. En: La decisión Judicial. El Debate Hart-Dworkin. Bogotá. Siglo del Hombre Editores. Universidad de los Andes. 1997. Pág. 80.





En vista de lo presentado en el párrafo anterior, vemos que Dworkin pretende manejar, dentro del concepto de la discrecionalidad judicial, que solamente exista una respuesta correcta para cada caso determinado. Respuesta que debe estar acorde con una moralidad política necesaria. Para él, decir que existe discrecionalidad tiene sentido dentro de un contexto donde tengan que manejarse decisiones en materias reguladas por pautas establecidas por determinada autoridad²⁶, relacionándolos con los fenómenos de discrecionalidad en sentido débil y fuerte²⁷, lo que lo lleva a considerar que ningún positivista puede llegar a entender el concepto de discrecionalidad si no aplica el concepto de Principio dentro de su teoría²⁸.

Hart responde a las críticas de Dworkin al considerar que en primer lugar esta es una teoría del derecho parcialmente valorativa y justificativa y “dirigida a una cultura jurídica en particular”²⁹. Además, considera que el concepto de principio hace parte una cultura particular, debiéndose en este caso reconocer que existen, diversas culturas en las cuales se puede presentar diversos tipos de principios. Asimismo, Hart enfatiza que su teoría no es un positivismo fuerte, sino un positivismo moderado, algo que desconoce las críticas de Dworkin, cuando expresa que “aun cuando los principales ejemplos que ofrezco de los criterios suministrados por la regla de reconocimiento pertenecen a los que Dworkin ha denominado ‘Linaje’, y se ocupan únicamente de la manera como las instituciones jurídicas adoptan o crean el Derecho y no por su contenido, explícitamente afirmo [...] que, en algunos sistemas jurídicos, el de Estados Unidos, por ejemplo, el criterio último de validez jurídica puede incorporar explícitamente, además de linaje, principios de justicia o valores morales sustantivos”³⁰.

Dentro de otro grupo de críticas a la teoría de Dworkin encontramos que Chantal Mouffe (2003) considera dichas teorías como “Universalistas-Racionalistas”, entendiendo que el contenido de toda teoría política es “establecer verdades universales, válidas para todos e independientes del contexto histórico-cultural”³¹ y se hace referencia que Dworkin pretende una “teoría de la Justicia que ha de invocar principios generales y que su objetivo ha de ser ‘tratar de encontrar alguna fórmula incluyente que se pueda usar para medir la justicia social en cualquier sociedad’”³².

Aun cuando el paradigma interpretativo presenta avances respecto del paradigma positivista, como lo es la inserción de principios dentro del fenómeno de la interpretación del derecho, siendo estos representantes de la moralidad política que emana de la comunidad, debido a que todos los conflictos sociales tienen solución por medio de la interpretación, aún cuando no exista una norma positiva, Dworkin desconoce que existen principios diversos respecto de cada comunidad en particular

26 BONORINO y PEÑA. Op. Cit. Pág. 101.

27 DWORKIN Ronald. Los Derechos en serio. Op. Cit. Pág. 87, 88.

28 BONORINO y PEÑA Op. Cit. Pág. 102, 103.

29 HART Herbert. Op. Cit. Pág. 93

30 *Ibíd.* Pág. 102

31 Mouffe Chantal. Wittgenstein, la Teoría Política y la Democracia. EN: Phronesis. Revista de Filosofía y Cultura Democrática. Año 3. No. 9. Verano de 2003. (en este momento, la página Web <http://www.phronesis.com.ar/> se encuentra en construcción).

32 *Ibíd.* Pág. 119.

por lo que el intento de crear propuestas universales desconoce el mismo fenómeno de reconocimiento del otro.

III. PARADIGMA CONSENSUAL

El tercer paradigma es el consensual-discursivo de John Rawls y Jürgen Habermas, quienes plantean una nueva definición de la forma en la cual debemos aceptar el fenómeno de la validez del derecho. De este paradigma puede surgir la pregunta, ¿cómo puede interpretarse los fines esenciales del Estado, consagrados constitucionalmente?

En la teoría, los fines del Estado están enmarcados en un claro interés de participación activa de los ciudadanos dentro de las actividades estatales, lo que tendría una clara relación con los criterios de validez y funcionales de este paradigma.

En primer lugar, las teorías de Rawls, en su primera etapa, hacen referencia al concepto de libertades básicas, cuando publica su Teoría de la justicia, considerando allí que “el concepto de justicia ha de ser definido por el papel de sus principios al asignar derechos y deberes, y al definir la división correcta de las ventajas sociales”. En este primer aporte, la justicia es la mayor virtud de las instituciones políticas, debiéndose tomar medidas justas cuando se garanticen la protección de los bienes primarios. Para poder proteger dichos bienes, es necesario que se formulen principios de justicia, los cuales “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”.

Respecto de la validez es el imperativo consensual de la posición original aquel que recoge en un principio jurídico-constitucional de igual participación 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.

Lo anterior permite considerar que es la misma sociedad la que debe expresar cuáles son los fundamentos de validez del ordenamiento jurídico, al ser ellos los últimos en recibir los efectos del mismo, lo que lleva a decir dentro de un ambiente teórico, que la validez del derecho se aleja de ella misma para poder tener otro factor que la regule y controle.

La anterior teoría presentó sendas críticas por parte de ciertos grupos, lo que llevó en 1993 a que Rawls presentara su texto El liberalismo político, en donde acepta el reconocimiento constitucional del mínimo social necesario para la satisfacción de las necesidades básicas de las personas, y en donde los nuevos criterios de validez son esencias constitucionales que superan los principios de justicia, teniendo en cuenta factores de razón pública que formen un foco de discusión respecto de las bases de la sociedad. Para esto se recurre al concepto de consensos superpuestos, que permiten generar estabilidad a las sociedades multiculturales buscando acuerdos





esenciales para poder tener una sociedad justa. Al ser el anterior un criterio demasiado idealista, se recurre a su antecedente, que es el consenso constitucional, el cual se puede presentar por medio de la convivencia de las comunidades o la asamblea constitucional siendo donde no se puede presentar un acuerdo absoluto de los grupos sociales, quedando algunos por fuera. Para poder determinar cuál es el desarrollo de las decisiones que se presentan al alcanzar el consenso constitucional se requiere la ayuda de los jueces. Aquí entra a jugar un papel fundamental el tribunal constitucional, encargado de hacer respetar los logros alcanzados a través del consenso.

Otra perspectiva del paradigma consensual es la teoría de Habermas, quien considera que en la actualidad se presenta una crisis del capitalismo, lo que ha llevado a que se distinga entre el mundo de la vida y el mundo de lo social, negando las teorías sistémicas, que entran en crisis en la década de los cuarenta y cincuenta. Para él en la actualidad se presenta una marcada juridificación, volviéndose cada vez más complejizado el derecho, generándose un proceso de control por parte del Estado hacia la sociedad. Control que se produce desde la transición del Estado de Derecho, hasta el Estado Social de Derecho, pasando por el Estado Democrático de Derecho.

Habermas recurre a la acción comunicativa como un mecanismo para superar la crisis del capitalismo tardío. Esta es una herramienta que demuestra la posibilidad de una interacción social democrática, apoyada en la intercomunicación libre que conlleve a un convenio libre de influencias y de vicios de consentimiento. Allí se considera que el derecho ya no puede ser autorreferenciable sino que debe estar sometido a unas reglas del discurso, principios básicos que deben ser criterio de validez del derecho y que permiten su acción en los procesos de vida. Estos principios deben ser aplicados por el juez constitucional, el cual es el único aparato institucional que Habermas considera vital para el desarrollo de la sociedad. Esta interpretación recurre a un fenómeno de comprensión procedimentalista de la constitución, siendo el tribunal constitucional el que permita la protección del sistema de derechos que posibilita la autonomía privada y pública de los ciudadanos. El tribunal también entra en juego debido a que es muy engorroso que se lleve a un acuerdo por medio de la voluntad general, menos en el poder político y el legislativo. Lo que viene a hacer el tribunal constitucional es permitir la inclusión de aquellos sectores que se encuentran por fuera de los parámetros y decisiones de los poderes anteriormente citados.

Se requiere entonces que el tribunal constitucional llegue a intervenir dentro de los procesos democráticos, por medio de los criterios de interpretación del lenguaje. Esto generaría un factor discrecional, que terminaría por generar un activismo por parte del dicho tribunal, lo que vendría a favorecer a aquellos sectores que por diversos motivos no han sido incluidos dentro de las actividades legislativas y políticas.

En este paradigma identificar las teorías de Rawls y Habermas no puede ser sostenible desde una perspectiva más realista que considera los derechos no solo como espacios de libertad protegidos de la intromisión estatal sino como posiciones normativas imprescindibles para asegurar la calidad y dignidad de la vida humana; dichas teorías fueron postuladas para sociedades ordenadas o sociedades industrializadas con alto



grado de racionalización, sin pretender hacerla extensibles a países con economías capitalistas incipientes, caracterizadas por altos niveles de desigualdad

IV. PARADIGMA CRÍTICO

Finalmente nos encontramos ante el último paradigma de la teoría jurídica. Sin embargo, ¿cómo puedo hablar del paradigma crítico en la teoría jurídica, si lo que aparecen como autores dentro de este tienen otros intereses, tales como estudios sociales o argumentativos, que no tienen relación con el dilema de la validez, el cual viene a ser el fundamento de la teoría del derecho?

El paradigma crítico se caracteriza porque él no busca estudiar la validez del sistema jurídico: es a través de diversos autores que trata de encontrar respuesta a la pregunta sobre por qué el derecho. Para tratar de resolver esta inquietud vemos que se presentan diversos puntos de vista como la negación del derecho, la existencia de un infraderecho; que dentro de una misma sociedad se presenten diferentes formas jurídicas, o que el derecho necesite siempre una forma de argumentación para poder solucionar los casos de acuerdo a la ley.

En primer lugar nos encontramos con Paschukanis quien es considerado el más importante teórico marxista del derecho³³. Él pretendía realizar una crítica al derecho burgués neokantiano³⁴, analizando los presupuestos formales del derecho junto con una crítica a la ideología burguesa³⁵. Él considera que el derecho es un problema de regulación de las relaciones sociales. Además, considera que el derecho es efectivo ya que efectivamente impacta en las relaciones humanas favoreciendo al *statu quo*, lo que impide que sea una herramienta para el cambio social. Para Paschukanis el derecho es un fenómeno contingente, objetivo, que favorece el *statu quo*, lo que le hizo pensar que era necesario abandonar el derecho en general³⁶, al existir una negación de la validez³⁷ que define el derecho. Su objetivo final es la superación del derecho como fetiche, del mismo modo en que se puede superar el fetiche de las mercancías.

En este caso Paschukanis desconoce otros enfoques del derecho como justicia comunitaria³⁸, que es el tipo de “derecho” que tienen diversas comunidades como las indígenas o las raizales. Allí existe el derecho, debido a que contribuye a mantener las relaciones sociales y evitar que se presenten conflictos dentro de la sociedad.

33 Otro ejemplo son las teorías del filósofo francés Louis Althusser, quien dentro de una concepción basada en el marxismo presenta la existencia de los Aparatos Ideológicos del Estado (AIE) entre los cuales se encuentra el AIE Jurídico. En: *Ideología y Aparatos Ideológicos del Estado*. Ediciones los Comunistas. 1970. Pág. 24.

34 “Para la filosofía del Derecho Burgués... el problema planteado aquí está determinado por la oposición de dos categorías: Ser y Deber Ser” Paschukanis, Eugeni. *Finalidad de la Teoría General del Derecho*. En: *Teoría General del Derecho y Marxismo*. Bogotá. La Pulga. 1960. Pág. 57.

35 REICH, Norbert. Hans Kelsen y Eugeni Paschukanis. En: Instituto Hans Kelsen. *Teoría Pura del Derecho y Teoría Marxista del Derecho*. Bogotá. Editorial Temis Librería. 1984. Pág. 23. Respecto a la crítica de la ideología del derecho burgués véase. PASUKANIS (sic) Eugeny. *Teoría General del Derecho y Marxismo*. Traducción de Labor. Barcelona. 1976. Copia mimeografiada.

36 Esto hizo que a Paschukanis se le considerara el principal autor del nihilismo jurídico.

37 A Paschukanis no le interesa el problema de la validez del derecho, de esta manera se puede considerar que el derecho se convierte en un objeto de estudio interesante.

38 ARDILA, Edgar. *Justicia Comunitaria y el Nuevo Mapa de las Justicias*. En: *Criterio Jurídico*. Volumen 2. Cali. Pontificia Universidad Javeriana. 2002.





Otro autor dentro del paradigma crítico es Michel Foucault, quien propone el concepto de infraderecho³⁹, el cual se presenta a través de dispositivos disciplinarios, siendo el producto de una ideología⁴⁰. El infraderecho no tiene pretensiones igualitaristas; crea diferencias y produce una serie de sujetos adaptados a ciertas funciones. Esto es el ideal de la existencia de los dispositivos disciplinarios⁴¹. Foucault se pregunta cuál es el oficio del derecho, y desde su perspectiva vemos que se busca mantener el papel de las instituciones por parte del poder político, que es el poder ejercido por el Estado, siendo uno de sus propósitos el control de la colectividad. Los ciudadanos son formados en abstracto gracias al ejercicio de un poder disciplinario que tiene lugar en zonas determinadas⁴². Esto da como resultado que la noción de soberanía debe ser entendida como el control político que se ejerce sobre la sociedad.

Cuando Foucault estudia el derecho estatal expresa que este es la continuación de la guerra⁴³, la cual proviene de las hipótesis de Nietzsche. Para él la normalización social se realiza a través de dispositivos ajenos al Derecho (el infraderecho) dejando atrás el papel del derecho como normalizador social.

Otro teórico en este paradigma es Duncan Kennedy. Él fundamenta la base de su estudio del derecho en la investigación psicológica (gestalt)⁴⁴ con el fin de evidenciar la complejidad de la realidad. Para él las restricciones presentan, además de su carácter normativo, un carácter institucional; no se puede plantear la diferencia entre casos fáciles y difíciles como se planteaba dentro de los autores de paradigma interpretativo: todos los casos son difíciles y debe tratar de llegarse a la sentencia correcta, teniendo en cuenta los aspectos objetivos y subjetivos relevantes para decidir. Aún así, debemos tener en cuenta que a mayor rigidez de la ley el juez tendrá una menor posibilidad de argumentar, y esto es lo que realmente se tiene en cuenta dentro de los planteamientos de este autor: no hay una verdadera construcción de una teoría jurídica al dedicarse a trabajar los procesos de argumentación e interpretación jurídica del derecho. Inclusive llega a la relación con los tribunales constitucionales, quienes al tener la última palabra sobre la decisión del derecho, se encuentran más libres de los controles institucionales, controles que siempre se presentan generando fenómenos de politicidad al momento de expedir los fallos judiciales⁴⁵.

39 FOUCAULT. Michel. Vigilar y Castigar. Nacimiento de la Prisión. México. Siglo XXI editores. 1990. Pág. 225.

40 En oposición a Paschukanis quien consideraba que el derecho no es sólo dominación ni tampoco mera ideología.

41 "El discurso de la disciplina es ajeno al de la ley; es ajeno al de la regla como efecto de la voluntad soberana". Foucault, Michel. Defender la Sociedad. Curso en el Collège de France (1975-1976) México. Fondo de Cultura Económica. 2000. Pág. 45.

42 En este caso podemos tener como ejemplo el esquema del panoptismo, que es el que le da el nombre al capítulo del texto de Foucault analizado para esta reseña.

43 FOUCAULT. Op. Cit. Pág. 28.

44 KENNEDY Duncan. Libertad y restricción en la decisión judicial: Una fenomenología crítica. Bogotá. Siglo del Hombre Editores. Ediciones Uniandes. Instituto Pensar. 1999. Pág. 134.

45 En Colombia se ha presentado en los últimos meses un gran debate acerca de las funciones judiciales que puede tener la Corte Constitucional respecto de la revisión de las sentencias expedidas por las altas cortes. Se han presentado una gran cantidad de argumentos sobre la necesidad de controlar las actividades de las decisiones de la Corte Constitucional, ya que se dice además que presentan intereses políticos por parte de los magistrados de este Tribunal. La Corte Constitucional tiene la obligación de vigilar todas las decisiones expedidas por la Corte Suprema o el Consejo de Estado, ya que su punto de referencia es la Constitución, no la ley como las otras Cortes, y es un deber proteger cualquiera actuación que vaya en contra de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución. Este sí es el verdadero Tribunal de última instancia.

Finalmente Boaventura de Souza propone un fenómeno explicativo de otros fenómenos que pueden llamarse derecho, aun cuando no haga parte la interpretación judicial institucional⁴⁶. Para él los derechos están caracterizados en primer lugar porque presentan una carga retórica, además de presentarse una institucionalización encargada de aplicar este derecho. Asimismo, la constitución de este derecho se presenta a través de la violencia; es la forma como se interrelacionan estos elementos lo que genera la pluralidad de derechos. También plantea la existencia de una transnacionalización económica del derecho, especialmente del derecho privado a través de la *lex mercatoria* o derecho mercantil⁴⁷. Esto reduce los espacios democráticos pues se pierde la toma de decisiones por consenso⁴⁸.

Para el estudio de estos fenómenos jurídicos Souza propone el estudio de la Cartografía Simbólica de los Derechos, el cual se convierte en un método por excelencia para la comprensión del derecho. Considera que “las varias formas de derecho tienen en común el hecho de ser mapas sociales y, tal como los mapas cartográficos, recurrir a los mecanismos de la escala, de la proyección o de la simbolización para representar y distorsionar la realidad”⁴⁹. Sin embargo este autor no considera la negación absoluta del derecho, ya que es de los pocos que les ha dado garantías a los sectores marginados.

Entonces, el paradigma crítico se caracteriza por la búsqueda de fórmulas que busquen el cambio del funcionamiento actual del derecho, negando que deban existir conceptos de validez, ya sea a través de conceptos jurídicos básicos, como los sujetos jurídicos que interactúan, problemas políticos, problemas de interpretación o descripción general del derecho, tanto del sistema jurídico como de los derechos alternativos. Esto sin olvidar que todavía se mantiene la pregunta ¿por qué el derecho?

46 ARDILA. Op Cit. Pág. 62.

47 SOUZA, Boaventura de Souza. *La Globalización del Derecho. Los Nuevos Caminos de la Regulación y la Emancipación*. ILSA. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales Universidad Nacional de Colombia. 1998. Pág. 104.

48 Yves DEZALAY y David M. TRUBEK consideran que los campos jurídicos cada vez se están volviendo más internacionales, creando espacios transnacionales para la práctica jurídica. Véase: *La Reestructuración Global y el Derecho. La Internacionalización de los Campos Jurídicos y la Creación de Espacios Transnacionales*. 1994. Pág. 7. Asimismo podemos ver la transnacionalización a través de los fenómenos de los contextos de producción y contextos de recepción propuestos por William Twining. *Derecho y Globalización*. Siglo del Hombre Editores. Universidad de los Andes. Instituto Pensar. 2003. Pág. 29.

49 Souza, Boaventura De. *Estado, Derecho y Luchas Sociales*. Bogotá. ILSA. 1991. Pág. 221. Nuevamente Dezalay y Trubek consideran que existen campos jurídicos en los cuales está “la articulación de instituciones y prácticas a través de las cuales se produce, interpreta e incorpora el Derecho en el proceso de tomas de decisiones de la sociedad”.





BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, Robert (2004). *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa.
- Bix, Brian (2009). *Diccionario de teoría jurídica*. México: Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Althusser, Louis (1970). *Ideología y aparatos ideológicos del Estado*. Bogotá: Ediciones los Comunerros.
- Ardila, Édgar (2002). "Justicia comunitaria y el nuevo mapa de las justicias", *Criterio Jurídico*, Vol. 2, Cali, Pontificia Universidad Javeriana.
- Bonorino, Pablo y Peña, Jairo (2002). *Filosofía del Derecho*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura-Universidad Nacional de Colombia.
- Bulygin, Eugenio (1998). "¿Hay vinculación necesaria entre Derecho y Moral?". En *Derecho y moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*. Barcelona: Gedisa.
- Dezalay, Yves y Trubek, David M. (1994). "La reestructuración global y el derecho. La internacionalización de los campos jurídicos y la creación de espacios transnacionales", *Pensamiento Jurídico*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, pp. 5-41.
- Kennedy, Duncan (1999). *Libertad y restricción en la decisión judicial: Una fenomenología crítica*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores-Ediciones Uniandes-Instituto Pensar.
- Dworkin, Ronald (2000). ¿Entran en conflicto la libertad y la igualdad? En P. Barker (comp.), *Vivir como iguales*. Barcelona: Ediciones Paidós.
- _____ (1992). *Los derechos en serio*. Barcelona: Gedisa.
- _____ (2002) "The Threat of Patriotism", *New York Review of Books*.
- Foucault, Michel (1990). *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*. México: Siglo XXI Editores.
- _____ (2000) *Defender la sociedad: curso en el College de France (1975-1976)*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Hart, Herbert (1977). *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- _____ (1997). "Postscriptum". En: *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores-Universidad de los Andes.
- Kelsen, Hans (1995). *Teoría general del Derecho y del Estado* (segunda edición). México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Kuhn, Thomas (1996). *La estructura de las revoluciones científicas*. Bogotá: Fondo de Cultura Económica.
- Luhmann, Niklas (2004). *Law as a Social System*. Oxford (England): Clarendon.



Massini, Carlos (2004). Constructivismo y justicia procedimental en John Rawls. México: Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Mouffe, Chantal (2003). "Wittgenstein, la Teoría Política y la Democracia", Phrónesis. Revista de Filosofía y Cultura Democrática, Año 3, No. 9.

Paschukanis, Eugeni (1960). "Finalidad de la teoría general del Derecho". En: Teoría General del Derecho y Marxismo. Bogotá: La Pulga.

Pasukanis, Eugeny (1976). Teoría general del Derecho y marxismo (copia mimeografiada). Barcelona: Labor.

Rodríguez, César (1997). "Teoría del Derecho y decisión judicial en torno al debate entre H. L. A. Hart y R. Dworkin". En La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin. Bogotá: Siglo del Hombre Editores-Universidad de los Andes.

Sousa, Boaventura de (1991). Estado, derecho y luchas sociales. Bogotá: ILSA.

_____ (1998). La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación. Bogotá: ILSA-Universidad Nacional de Colombia.

Schmill, Ulises (1998). "Derecho y moral. Una relación externa". En: Derecho y moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo. Barcelona: Gedisa.

Twining, William (2003). Derecho y globalización. Bogotá: Siglo del Hombre Editores-Universidad de los Andes-Instituto Pensar.

