

La ley o la vida: derecho formal versus derecho material

Law or Life: Formal Law Versus Material Law

José Carlos García Ramírez¹
Tecnológico de Estudios Superiores de Chimalhuacán
México

Resumen

El presente artículo tiene como objetivo realizar un balance crítico sobre la figura moderna del derecho en torno a la pregunta: ¿las leyes nacen para la coacción o para proteger y reproducir la vida material, humana? El estudio se desarrolló mediante un recorrido introductorio sobre el debate clásico entre derecho natural (*iusnaturalismo*) y positivo (*iuspositivismo*). En un segundo momento, se elabora un bosquejo del tema de “racionalidad formal del derecho” y se discuten las principales propuestas de Kelsen y Luhmann, de donde se retoman algunos planteamientos enriquecedores sobre el análisis de la reconstrucción racional del derecho. Se ofrece una propuesta fundada desde otro horizonte categorial. Por tanto, la discusión y reflexión sobre los marcos de fundamentación jurídica sirven para comprender las condiciones de posibilidad de validez y legitimidad del derecho, comprendiendo que la ciencia jurídica no deviene ciencia por el solo hecho de creer que la verdad de sus enunciados y su carácter de obligatoriedad constituyen los únicos criterios de validez irrecusables y que es en el derecho, en las necesidades materiales de los pueblos o comunidades, donde está depositada la complejidad de la vida histórico-concreta. Es allí donde el campo jurídico adquiere su riqueza y significancia histórica. Para tal cometido, es muy importante entender las pugnas históricas entre el *iusnaturalismo* y el *iuspositivismo*, entre derecho formal y el material. Conocer las antinomias de ambas perspectivas sirve para saber hacia dónde se encamina la ciencia jurídica en cuanto a su utilidad social y responsabilidad histórica.

1 Doctor en Humanidades (Filosofía Política) por la Universidad Autónoma Metropolitana-Iztapalapa, México. Perteneció al Sistema Nacional de Investigadores (CONACYT). Correo electrónico: direccionacademica@teschi.edu.mx



Palabras clave: Iusnaturalismo; iuspositivismo (derecho formal); vida; derecho material.

Abstract

This article aims to assess critically the modern perception of law around the following question: are laws born to coerce or to protect and reproduce material, human life? The study was conducted through an introductory overview of the classic debate between natural law (iusnaturalism) and positive law (iuspositivism). Then, a draft on the theme of “formal rationality of law” was prepared to discuss, later, Kelsen and Luhmann’s main proposals. Some enriching approaches these scholars offered on the analysis of the rational reconstruction of law were taken into account to present a proposal founded on another categorical horizon. Therefore, the discussion and reflection on the frameworks of juridical foundations help to understand the conditions of the possibility of law’s validity and legitimacy. This consequence means that juridical science does not become a science by the mere fact of believing that the truth of its statements and its character of obligatoriness constitute the only criteria of irrefutable validity, and that it is in law, in the material needs of peoples or communities, where the complexity of historical and concrete life lies. It is there that the legal domain acquires its richness and historical significance. For this purpose, it is crucial to understand the past struggles between iusnaturalism and iuspositivism, and between formal and material law. Knowing the antinomies of both perspectives helps to know where legal science is heading in terms of its social utility and historical responsibility.

Keywords: Iusnaturalism; iuspositivism (formal law); life; material law.

Introducción

El presente artículo pretende realizar un balance crítico sobre la figura moderna del derecho. ¿Las leyes nacen para la coacción o para proteger y reproducir la vida material, humana? La coacción es un momento formal, necesario, pero no suficiente en las relaciones intersubjetivas: soslayar las condiciones materiales que permean el campo jurídico formal representa una acción jurídica ilegítima, propensa a la desviación ideológica o a la corrupción. En todo momento histórico, los grupos humanos han visto la necesidad de desarrollar sistemas complejos de organización de la vida pública y privada, y le ha correspondido al campo jurídico emprender esa tarea. El concepto de derecho ha tenido como punto de partida la regulación intersubjetiva y la aplicación de mecanismos coercitivos. La historia de la ciencia jurídica, *grosso modo*, distingue dos procesos inherentes al campo jurídico: lo formal y lo material. Realizo, primeramente, un recorrido



introdutorio sobre el debate clásico entre derecho natural (iusnaturalismo) y positivo (iuspositivismo) a partir de la confrontación entre las categorías “naturaleza humana” (Aristóteles) y “contrato” (Hobbes, 1999).

En un segundo momento, bosquejo el tema de “racionalidad formal del derecho”. En esa parte discuto las principales propuestas de Kelsen y Luhmann. Enfatizó la importancia de ambos y luego me permito poner en cuestión algunos de sus postulados, por ejemplo, el de norma instrumental o el término de “sistema funcional”. Como tercer aspecto, retomo algunos planteamientos enriquecedores sobre el análisis de la reconstrucción racional del derecho formulada a partir de tres estrategias argumentativas centrales: 1) la praxis comunicativa habermasiana; 2) la teoría de la justicia de Rawls y 3) la propuesta integrativa de Dworkin sobre la teoría de los principios.

Finalmente, ofrezco una propuesta fundada desde otro horizonte categorial (que si bien puede estar presupuesto en los aspectos formales del derecho, no muchas veces se hace explícito e, incluso, cuando se le menciona, se le considera como algo aleatorio al *corpus iure*) o complementario denominado “rematerialización” o derecho material. Planteo que el problema de la estructura interna de la racionalidad jurídico-formal se refleja en su divorcio con las exigencias procedentes del entorno o de las condiciones materiales de vida de una comunidad. Sostengo que la legitimidad del sistema jurídico ya no depende solo del encuadre entre norma y acción humana, ni tampoco del procedimiento, del consenso legalista de los expertos del derecho que muchas veces justifican estructuras político-jurídicas agresoras de los derechos humanos o comunitarios.

Derivado de las líneas concluyentes, me permito justificar el empoderamiento de nuevos mecanismos de producción jurídica a partir de las necesidades materiales de los grupos sociales afectados por decisiones estructurales o sistémicas. La legitimidad y validez jurídica contenidas, por ejemplo, en la Constitución, no dependen, de manera exclusiva, de la lógica formal de los enunciados normativos, sino fundamentalmente de los intereses y necesidades histórico-materiales de las comunidades o de los pueblos a los que muchas veces se les niegan los derechos. De esa última aseveración es desde donde deben emanar nuevas alternativas jurídicas y devolverle al derecho su matriz original (rematerialización) que constantemente ha venido perdiendo interés por quienes interpretan y monopolizan las reglas jurídicas para justificar antiguos regímenes despóticos.





1. La antinomia entre iusnaturalismo e iuspositivismo

En todos los procesos civilizatorios de la humanidad (desde el neolítico que comienza con las grandes ciudades-Estado en Egipto, China, Babilonia, Grecia, Amerindia, hasta la modernidad europea), se desarrollaron sistemas complejos de organización y reproducción de la vida pública y privada. Uno de los múltiples sistemas que ha determinado el ordenamiento de la comunidad política², es lo que se denomina “derecho”. El concepto de derecho ha tenido como punto de partida el establecimiento de órdenes coactivas, sin las cuales no sería fácil comprender los mecanismos de sociabilidad y de regulación intersubjetiva. El derecho, siguiendo la tradición romana, adquiere validez cuando las *leges*³ son codificadas a través de prescripciones que forman el *corpus iure* y que son empoderadas por medio del Estado y sus órganos de reproducción institucional. No todos los grupos humanos tuvieron normas o reglas positivadas, pues algunas civilizaciones (Egipto, China, Amerindia) se organizaron a través de costumbres (derecho consuetudinario), tradiciones orales y cosmovisiones o mitos politizados⁴ (Schmitt, 2010).

Siguiendo a Luhmann⁵ (1993), el derecho moderno es un sistema funcional cuya estructura es independiente (diferenciada) de las contingencias y accidentes que conforman lo social. La función del derecho consiste en delimitar, regular y estabilizar los procesos de comunicación para generar normas, códigos y reglas.

- 2 Por “comunidad política” hay que entender el conjunto indiferenciado de particulares asentados en una territorialidad específica con usos y costumbres diversos, y que se han dado leyes, formas de gobierno e instituciones para su identidad y reproducción de la vida colectiva (independientemente de los diferentes segmentos de *descendencia* <clase, etnia, clan, familia> y *residencia* <zona rural, semiurbana, urbana>).
- 3 Las leyes o *leges* (singular *lex*), en el contexto romano clásico, eran una disposición escrita a petición de un magistrado (rey, cónsul, pretor) que después de obtener los votos favorables de los comicios populares quedaba autorizado para publicarla dándole su nombre siempre y cuando fuese ratificada por el Senado. En el fondo era un acto ritual (posiblemente los conceptos de lo político y lo jurídico en la antigua Roma, no eran tan seculares como se ha creído: hay que recordar el culto que se hacía en torno a la “piedra negra” en los momentos de investir al Emperador y de empoderar al Senado. La “piedra negra” era un culto pagano cuya advocación significaba el poder de los dioses manifestado en la tierra). Los textos más importantes se publicaban por medio de carteles en el *Forum* y todos los textos se conservaban en el *Aerarium* a cargo de los custodios.
- 4 Carl Schmitt reconoce que la génesis de lo político y, por tanto, del derecho, tuvieron como punto de partida los mitos. Éstos no son lo que vulgarmente se entiende como simples recursos literarios cuyos enunciados (si bien es cierto que pueden carecer de rigor conceptual) expresan proyecciones simbólicas de colectivos, estructuran redes de significados y definen modos de vida pública institucionalizados. Incluso también llega a manifestar que la “unidad política del pueblo” se logra a través de la Constitución, pero gracias también al proceso de articulación simbólica que desempeñan los mitos (Schmitt, 2010).
- 5 Niklas Luhmann, en una de sus páginas formula la siguiente pregunta: “*Gibt es in unserer Gesellschaft noch unverzichtbare Normen?* (¿Acaso todavía hay normas indispensables en nuestra sociedad?)”. Obviamente que la posición luhmanniana se orienta hacia una “desfundamentación” del derecho a partir de las expectativas formales o positivas (Luhmann, 1993).





A través del derecho moderno y de manera contraria a los esquemas jurídicos tradicionales, no se garantiza la integración de los individuos ni tampoco el control social de sus comportamientos. El derecho, según Luhmann (año), es una especie de “caja de resonancia” que solo se comprende a sí mismo (autocomprensión), pero que, en su “interior”, requiere generar normas, esto es, enunciados particulares que permanecen más o menos estables independientemente de su transgresión. El derecho se funda en normas y estas son mediaciones conceptuales (convencionales) que generan, a su vez, códigos, programas operativos, procedimientos y reglas encargadas de regular, finalmente, el “exterior” o entorno (social, político, económico, nacional e internacional).

Las normas regulan expectativas de lo que se puede o lo que es aceptable. La norma define lo que es legal/ilegal en las acciones humanas. Ese cuadro binario de legalidad e ilegalidad se estructura a través de códigos. A la relación entre derecho, norma y código se le llama “comunicación jurídica”⁶, según Luhmann (1972). Los programas jurídicos son instrumentos de operatividad que condicionan las acciones humanas a través de procedimientos que determinan lo siguiente: si el actuar de “x” es de tal forma, entonces procede “y”.

Los programas y procedimientos se ven reforzados por las reglas operacionales, las cuales no solamente sirven para coaccionar, delimitar y condicionar el acto humano, sino también para programar el sistema jurídico en los contextos de formalidad y ejecución de procedimientos, y en la orientación y supervisión de estrategias argumentativas jurídicamente relevantes (en caso de controversias y conflicto de intereses).

La filosofía del derecho ha venido planteándose cómo poder responder a tres desafíos: primero, explicar las condiciones epistemológicas que hacen posible la validez de las proposiciones jurídicas; segundo, indicar las delimitaciones interpretativas de la norma; tercero, evitar los sesgos y la manipulación política (el derecho puesto al servicio de plutocracias y grupúsculos de poder económico e ideológico). Los ejes de mayor exploración en la teoría del derecho han tenido que ver con lo siguiente:

- “Crítica al dogma jurídico” (Velarde, 2007).

6 Para Luhmann, la “comunicación jurídica” es un acto ilocucionario especializado (sujetos argumentantes expertos en el manejo de los códigos y reglamentos jurídicos) donde acontece las controversias y las reivindicaciones jurídicas. En el nivel práctico, los alegatos tienen que ver con decidir quién posee la “razón de la legalidad” y quién no (Luhmann, 1972).





- Correspondencia entre “hecho y derecho” o la “facticidad jurídica” (Habermas⁷, 1998).
- Métodos de argumentación jurídica (Alexy 1989; Schreiber, 1990).
- Discusión entre legitimidad y legalidad (La Torre, 1994; Serrano, 1998).
- Validez y procedimentalismo pragmático (Klug, 1989).
- El contractualismo (Batra, 2008).

La reproducción histórica del derecho tiene que ver, como bien dice Hegel (1989), con “la necesidad y la determinación”⁸. La necesidad no se funda en interpretaciones metafísicas, sino en paradojas que exigen ser resueltas de manera racional a partir de casos y controversias. El derecho pretende ser un *a priori* necesario que los sistemas de organización institucional requieran para su funcionalidad. La determinación del derecho es racional porque cumple un triple proceso de objetivación: la producción de normas, formulación de códigos e implementación de procedimientos, y la subjetivación de las expectativas normativas. Ese proceso es denominado “realidad objetiva del derecho que consiste en ser para una conciencia en general... y una fuerza universalmente válida” (Hegel, 1989, p. 184).

Sin embargo, al plantear el tema de la racionalidad jurídica nos obliga a formular la siguiente interrogante: ¿cuáles son las condiciones de posibilidad que hacen que el “campo del derecho” (aproximándome a la terminología de Bourdieu⁹) devenga racional o pueda ser fundamentado epistemológicamente? Dicha

7 Es Habermas quien mejor ha sistematizado los problemas del derecho a través de la transformación del idealismo jurídico en una teoría de la acción comunicativa de la jurisprudencia. El proyecto habermasiano coincide, en ciertos aspectos, con la teoría de los sistemas de Luhmann, al referirse ambos al hecho de que el sistema jurídico (Luhmann) o su validez (Habermas), se legitima en los actos de comunicación jurídica y en los procesos institucionales al margen de las contingencias sociales. Aunque Habermas admite la fuerza de la acción comunicativa, como instrumento estabilizador de las expectativas normativas, mantiene una posición más abierta hacia las “prácticas sociales” o del “mundo de vida” (Habermas, 1998, pp. 64-77).

8 Por necesidad no hay que entender el “sistema de las necesidades subjetivas” en donde imperan los medios y fines del ser humano para satisfacerse (a través del trabajo) en su inmediatez. Hegel presupone que la necesidad objetiva tiene que ver con el sistema de la administración de justicia, en cuanto a la distribución en términos de equidad frente a la ley. La necesidad objetiva de un pueblo consiste en tener su propia constitución o marcos jurídicos encarnados en el Estado y sus instituciones. Esa encarnación es su determinación racional y objetiva (Hegel, 1989).

9 “Elementos para una sociología del campo jurídico” es un breve ensayo escrito por Pierre Bourdieu en el que lanza una interesante crítica a las profesiones relacionadas con la “ciencia” jurídica desde la sociología. Según Bourdieu, el campo jurídico es el espacio concreto en el que se desarrollan las relaciones prácticas del poder y dominio. La lógica de ese campo, está doblemente determinada: a) por las relaciones de fuerza específicas que le confieren su estructura y que orientan las luchas o los conflictos de competencias que se dan en él; y b) por la lógica interna de las acciones jurídicas que limitan en cada momento el espacio de lo posible y con ello el universo de soluciones propiamente jurídicas (Bourdieu y Teubner, 2013).





pregunta nos instala en las controversias entre el derecho natural (iusnaturalismo) y el derecho positivo (iuspositivismo).

El iusnaturalismo es el conjunto de premisas generales de carácter moral o axiológico a través del cual se derivan reglas de convivencia. La ley natural se basa en inspiraciones o motivos cuasitrascendentales y afirma su superioridad ante el derecho escrito. El iusnaturalismo ontologiza la ley, es decir, el ser humano por el solo hecho de existir es referencia absoluta de toda posible norma. Las leyes tienen como criterio central no a la norma como tal, sino a la naturaleza humana. La naturaleza humana es definida por el derecho natural como horizonte absoluto donde se ponen en movimiento categorías tales como racionalidad¹⁰, dignidad¹¹ e igualdad¹². El derecho desde la perspectiva iusnaturalista, tiene por lo menos tres facetas interpretativas: racionalista, escolástica y política.

El derecho natural es una construcción semántica cuyo contexto sociopolítico arranca con la época clásica romana. Los presupuestos filosóficos del iusnaturalismo hunden sus raíces en la concepción aristotélica sobre el *télos* humano, la *koinonía* y el *lógos*. Aristóteles (1983) señala que la finalidad del ser humano (pensando en el contexto histórico griego) es la felicidad, la cual se materializa en la participación política entre iguales (el hombre griego, nunca la mujer, ni el niño, ni el anciano, ni el esclavo) y en el uso prudente de la razón y el lenguaje. De esa manera, la naturaleza ha dotado a los hombres de participar en la distribución del *lógos*.

La naturaleza es dadora de aptitudes con las cuales los hombres diseñan su destino comunitario, estructuran lo que por naturaleza es justo (gozar de derechos) y se ejercitan las virtudes políticas. La naturaleza humana y el orden de la *polis* son una prolongación del orden perfecto de la naturaleza cósmica. Por eso, la razón es lo que permite vivir de acuerdo con las leyes naturales del cosmos. El iusnaturalismo retoma esa perspectiva de la naturaleza como sustancialidad forjadora de las capacidades, aptitudes y talentos del hombre griego.

La perspectiva del derecho natural escolástico se centra, principalmente, en la tradición tomista, la cual considera que “todos los hombres tienen ciertos derecho innatos”.

10 El precepto jurídico dice: “*Ratio naturalis quaedam lex tacita* (La razón natural es tácita ley)”. Séneca (1919) señala que “*natura semina nobis scientiae dedit, scientiam non dedit*” (La naturaleza nos ha dado las semillas del conocimiento, no el conocimiento mismo”).

11 “*Persona est dignissimum in tota natura* (La persona es lo más digno en toda la naturaleza), decía un adagio medieval.

12 “*Natura omnes homines aequales genuit* (Todos los hombres nacen iguales)”, es la máxima jurídica sobre el discurso de la igualdad que en la época de la ilustración francesa, Rousseau retoma en sus estrategias argumentativas.





Continuando la argumentación aristotélica, la escolástica sostiene que el momento cumbre de la naturaleza humana es la capacidad intelectual a través de la cual la “persona” descubre que es una “sustancia individual” pensante y virtuosa (dignidad). Sustancia racional significa la persona que tiene dignidad (bondad) y que, por tanto, es poseedora de derechos intrínsecos¹³, según Tomás de Aquino (1951).

Contrariamente al derecho natural escolástico fundado en el paradigma del optimismo antropológico (dignidad y bondad), surge el modelo del pesimismo ontológico. Es con Hobbes (1999) donde el concepto de naturaleza humana es integrado simultáneamente a los conceptos de lo político. Dado que el comportamiento humano tiende por naturaleza a ser violento y belicoso, es de vital importancia su propia conservación, de lo contrario, el ser humano volvería a su hábitat natural: entre lobos y leones¹⁴.

Para Hobbes, el espacio social está marcado por los desequilibrios y las tensiones. Y por ser la naturaleza humana el origen de la guerra y la discordia; por tanto, le compete al mismo ser humano crear los medios para superar ese estado de naturaleza. Es a través del estado civil donde el ser humano puede encontrar confort y evitar el exterminio mutuo a través de las leyes y la coacción del Estado despótico. Para Hobbes, el derecho natural le pertenece al legislador que representa al Estado. El Estado de derecho (despótico) se monopoliza y el poder se ejerce legítimamente sobre los súbditos a través del imperio de las leyes. No existen en el universo hobbsiano, esquemas sociales basados en la armonía y la simetría. Por el contrario, en la vida social y política rige la desigualdad. Por eso, “hay que obedecer las órdenes del superior”. Gracias a la teoría política hobbsiana, es posible pensar la transición del derecho natural al derecho positivo.

Con Hobbes, el iusnaturalismo hace posible la aplicación política del derecho positivo en el sentido de que funda su legitimidad. La coacción y los procedimientos jurídicos constituyen la efectividad y la razón de ser del derecho positivo. Para el derecho positivo lo importante son las normas, los códigos y los procedimientos escritos, ya sea a través de actos ilocucionarios convencionales o por decretos institucionales. Siguiendo a Rousseau y su crítica al iusnaturalismo, señala que “ningún hombre tiene una autoridad natural sobre sus semejantes ... la naturaleza no

13 En una de las páginas de la Suma Teológica, dice Tomás de Aquino: “*Et quia magnae dignitatis est in rationali natura subsistere, ideo omne individuum rationalis naturae dicitur persona* (Ya que es de gran dignidad subsistir en la naturaleza racional, por eso todo individuo de naturaleza racional se dice persona)”.

14 El desarrollo del derecho europeo transita por el proceso en donde el sistema jurídico se instrumentalizó con los sistemas políticos durante los siglos XVII y XVIII. El pensamiento de Hobbes es un claro ejemplo donde lo jurídico tiene razón de ser por los mecanismos políticos. Además, con Hobbes se observa la transición del estado de naturaleza (*ius naturale*) a las leyes naturales (*lex naturalis*).





produce ningún derecho. Por lo tanto, solo quedan las convenciones como único fundamento de la autoridad legítima entre los hombres” (Rousseau, 1985, p. 8).

El positivismo jurídico invita a no caer en interpretaciones metafísicas de la norma. Para el iuspositivismo no existen “esencias”, ni fundamentos naturales. El iusnaturalismo es una falacia naturalista. Aproximándonos a Kelsen (1993), la naturaleza, como sistema de hechos relacionados entre sí, según leyes causales, carece de voluntad y, por tanto, no puede prescribir una conducta determinada al ser humano¹⁵. Según el derecho positivo, del iusnaturalismo no puede inferirse nada. La doctrina del derecho natural, de acuerdo con Kelsen, parte de una falacia lógica en la medida en que intenta deducir de la naturaleza normas de conducta humana.

Previo a Kelsen, Kant (1999) nos advertía que una acción es conforme a derecho cuando es promulgada una ley exterior (positivada) acompañada de una coacción. De esa manera, las proposiciones jurídicas son *a priori* y tienen como objetivo consagrar leyes racionales y justas¹⁶. Mientras Kant pretende constituir la legitimidad de una comunidad jurídica basada en imperativos morales, Kelsen se inclina por conformar una estructura jurídica basada en prescripciones “puras” y orientadas para su funcionalidad. El derecho positivo buscará la justicia, entendida esta como la adecuación entre la norma y el hecho, es decir, lo que es conforme a la ley.

Según Bobbio (1991), el positivismo jurídico se constituye como ciencia del derecho en donde se ponen en juego la estabilidad y la reproducción del sistema jurídico, la legalidad del orden (Luhmann diría la funcionalidad sistémica) y la certeza jurídica¹⁷. Bobbio considera que una de las paradojas a resolver, por parte del iuspositivismo, es el hecho de saber los límites del juicio jurídico con respecto al juicio moral. Existe una polémica intensa entre juristas y filósofos del derecho que más adelante analizaremos. Por el momento basta con indicar que el positivismo jurídico deriva en un formalismo y éste corre el riesgo de instrumentalizarse bajo los ropajes político-ideológicos. En el nombre de la legalidad se pueden justificar los monopolios del poder político y promover la injusticia de las decisiones institucionales.

15 Los esfuerzos más fecundos de Kelsen estriban en consolidar el *corpus iure* desde la lógica interna del derecho, es decir, desde la construcción de sus enunciados, argumentos y procedimientos.

16 Dice Kant: “una acción es conforme a derecho cuando permite o cuya máxima permite a la libertad de arbitrio de cada uno coexistir con la libertad de todos según una ley universal” (Kant, 1999, p. 230).

17 Para Bobbio es inevitable prescindir del análisis iusnaturalista como del positivismo jurídico cuando se quiere abordar la problemática de la teoría del derecho. Bobbio supera las dicotomías y plantea que ambos análisis no se pueden reducir a uno solo. Para que el derecho tenga un dinamismo más fecundo, es sustancial establecer los vínculos entre ambos extremos y así obtener propuestas con mayor creatividad y consistencia teórica.





2. Formalismo jurídico y legalismo monopólico

Se entiende por formalismo jurídico cierta teoría de la “justicia” según la cual acto justo es aquel conforme a la ley e injusto aquel que está en desacuerdo con ella. El formalismo jurídico, en ciertos aspectos, comienza por apoyarse en la doctrina de la moral kantiana: las leyes jurídicas se desprenden de la ley moral, pues los deberes jurídicos tienen un sustento ético-formal como la libertad, la voluntad el arbitrio y la virtud. De esa manera, la legislación jurídica no hace sino reflejar la legislación moral. El formalismo jurídico señala, a la manera de Kant; “piensa lo que quieras, pero obedece”. Lo formal es, entonces, lo obligatorio¹⁸.

El formalismo jurídico cumple una función epistemológica: se habla de “verdades jurídico-formales” respecto de una proposición de constatación y correspondencia con las reglas del discurso del que forma parte. De esa manera, el formalismo jurídico diseña modelos a los cuales el comportamiento humano debe adecuarse. Si las acciones humanas corresponden a las proposiciones lógico-jurídicas establecidas a través de códigos y procedimientos, entonces, se puede decir que se está en la correcta legalidad. Hay que entender por legalidad un estado de concordancia entre la acción humana y el procedimiento. La doctrina de los procedimientos jurídicos constituye uno de los problemas más preocupantes en la actual teoría del derecho.

Al parecer, la validez jurídica se refiere al cumplimiento formal de las reglas de operación y a la eficiencia de los reglamentos. Es nuevamente Kant quien indica que la “relación jurídica” tiene tres niveles que se articulan: 1) lo externo; 2) lo recíproco y 3) lo formal. Encerrado en un círculo al parecer insuperable, Kant se inclina a favor del “procedimentalismo”. Pues ahora lo importante son las formas operativas del derecho y su aplicación.

Por lo tanto, la tarea del derecho no consiste en establecer qué es lo que los individuos deben hacer en sus relaciones recíprocas, sino cómo deben hacerlo, a fin de no entrar en conflicto recíproco. El derecho no dice, por ejemplo, qué cosa debo comprar (esto es si debo comprar un caballo o un automóvil), pero dice cómo debo comprarlo, es decir, qué forma o procedimiento debo seguir para actuar en consecuencia y hacer que la “cosa” adquirida se vuelva mía. Los procedimientos adquieren el carácter de ley constante a seguir y cumplir, aunque los contenidos del discurso o de la petición sean transitorios, relevantes o inconsistentes. El derecho corre el riesgo de extraviar su plataforma de análisis

18 Dice Kant: “La regla: obra lo más perfectamente que puedas, es el fundamento formal primario de toda obligación de actuar” (Kant, 1999, 93).





teórico y crítico. En cambio está siendo reducido a un empirismo funcional o a un vulgar pragmatismo procedimental.

La perspectiva radical del procedimentalismo pragmático conlleva a la exclusión, sin más, de las consideraciones morales, de los principios de justicia y certeza jurídica y, sobre todo, al menosprecio de las demandas sociales. Pero aún hay más: el formalismo jurídico, independiente de lo considerado por Kelsen¹⁹ y Luhmann²⁰, de que el sistema legal debe y puede ser una estructura autorreferencial y que solo funcione como estabilizadora de las expectativas puramente normativas, en la lógica puede ser posible aunque fácticamente imposible. Uno de los impactos reales de esa pretensión formalista del derecho es que de manera indirecta incuba en otros sistemas (el político y económico, específicamente) comunidades especializadas en las estrategias de producción de normas y en las técnicas de interpretación.

Luhmann abstrae a tal grado el sistema jurídico que llega a prescindir de los factores humanos, especialmente de aquellos que están al margen de la producción formal del derecho. A esos los llama simplemente “observadores”. En cambio no cuestiona el hecho de que los productores de leyes no son autómatas, sino sujetos portadores de valores e intereses ideológicos, económicos y políticos. De esa manera, el sistema jurídico puede estar institucionalizado por un sistema político y éste monopolizado por élites expertas o que simplemente ejercen el control del poder político.

El hecho de que Aristóteles haya desarrollado una teoría de la justicia basada en los derechos del ciudadano griego no significó que en realidad se hubiera interesado por reflexionar sobre la injusticia y la esclavitud. Su interés consistió en justificar el orden y la legalidad de la aristocracia ateniense: cuando las leyes se instrumentalizan o se codifican en instituciones, como el Estado, por ejemplo, tienden a justificar o legitimar sistemas y formas de gobierno específicas.

Durante el siglo XIX, Marx (1978) será el pensador más profundo, al indicar que la crítica al formalismo jurídico es de manera invariable la crítica al Estado

19 Kelsen tiene cierta similitud con Kant en el sentido de que ambos parten del ordenamiento coercitivo y de la importancia de la reglamentación de cualquier acción humana, pero sobre todo la reglamentación mediante el ejercicio del poder coactivo (Kelsen, 1998).

20 Por su parte, Luhmann insiste en señalar que el sistema jurídico es autónomo e “incontaminable (*nicht kontaminierbar*)”, es decir, libre y al margen de todo condicionamiento externo o histórico-social. Cuando surgen “desviaciones” en el derecho formal o positivo y se enlaza con el sistema político, son accidentes irrelevantes que para nada deben de poner en cuestión la legitimidad y funcionalidad de la legalidad. Que la política esté en manos del “monopolio de los juristas” es una cuestión de habilidades y talentos y no un problema para la racionalidad del derecho (Luhmann, 1993).





(liberal o burgués) y a las relaciones sociales de producción²¹. Según el filósofo de Tréveris, la modernidad capitalista necesitaba ser fundamentada desde una legalidad indubitable que respondiese a los intereses de clase (García, 2013). La razón de ser del Estado se funda en una legalidad abstracta colocada por encima de los intereses y contradicciones sociales. Marx exhibe al Estado moderno como una instancia de arbitraje dotada de poder absoluto, pues necesita nutrirse de instrumentos jurídico-políticos y de reglas impuestas por la clase dueña de los medios de producción.

3. Reconstrucción formal del derecho: pragmática comunicativa, teoría de la justicia y teoría de los principios

Tras la tarea por elucidar y sintetizar las intensidades y complejidades de los postulados teóricos y las posturas sobre la filosofía del derecho, arribamos ahora a otro estadio de reflexión. Por reconstrucción formal hay que entender el acto reflexivo que parte de un paradigma “x” y es subsumido en un paradigma “y”, pero con otros significados. El propósito consiste en subsumir los modelos del derecho natural y del formalismo jurídico en otra estrategia discursiva. Para tal efecto, seguiré, por el momento, con el tema de la reconstrucción racional de la autocomprensión del sistema jurídico moderno, planteada por Habermas²². Posteriormente, me aproximaré a algunos planteamientos sobre la teoría de la justicia y de los principios para tener una visión completa sobre lo que significa dicha reconstrucción formal del derecho.

Desde la propuesta habermasiana, existen, al menos, dos momentos en los que se puede poner en cuestión el paradigma formal de las leyes:

- Desde la participación de los afectados (en este caso los ciudadanos) de todo efecto generado por decisiones no intencionales o intencionales de aquellos que monopolizan, interpretan y aplican el *corpus iure*. Las leyes formales

21 Marx logra evidenciar el simulacro del Estado moderno cuando indica que la relación jurídica es una construcción mercantil orientada a favorecer los intereses económicos de la burguesía. Por eso “las relaciones jurídicas cambian y civilizan su expresión con el desarrollo de la sociedad civil, es decir, al desarrollarse los intereses personales como intereses de clase” (Marx y Engels, 1978, p. 67).

22 Después de la Segunda Guerra Mundial y la crisis del derecho internacional, se reorienta la reflexión sobre los predicamentos del derecho en cuanto a las problemáticas sociopolíticas que muy bien supo captar Habermas durante las décadas de 1960-1990. De allí que se haya lanzado a poner en cuestión las democracias occidentales y los sistemas jurídicos internacionales desde la pragmática comunicativa y la racionalidad basada en los consensos de las democracias participativas de la Europa de finales del siglo XX y principios del XXI (Habermas, 1998).





pueden ser cuestionadas por colectivos que se ven afectados en sus necesidades materiales, concretas.

- Desde la pretensión de validez que buscarían los actores sociales para modificar, cuestionar o reformar algún precepto o artículo jurídico y que pueda estar al servicio de las demandas públicas relevantes de las personas. La ley ya no se inventaría a sí misma ni por sí misma: esta sería producto de diálogos simétricos entre interlocutores sociales, políticos, culturales y representantes institucionales o profesionales del derecho.

Según Habermas, es empíricamente imposible estructurar sistemas funcionales perfectos que trabajen por sí mismos y que prescindan de la participación de los seres humanos, pues, si bien es cierto que los sistemas de organización social operan con mecanismos binarios (participante/observador; inclusión/exclusión), fácticamente es insostenible la realización total de uno de los polos.

Los derechos (civiles, políticos y económicos) representan tareas públicas y obligaciones de cooperación en lugar de la “coerción”²³. La cooperación constituye un modelo para la resolución de conflictos en los espacios del derecho público y privado. Sin embargo, en el terreno de la soberanía de una Nación, el empleo de la fuerza o de la coerción le es reservada al Estado y a la capacidad deliberativa de los ciudadanos por asumir acuerdos que también tipifiquen comportamientos transgresores de las libertades públicas (comunicativas) y los principios democráticos.

Con la crítica a la racionalidad formal del derecho que emprende Habermas, se recuperan ciertos contenidos materiales que habían sido abstraídos por la dogmática jurídica. La validez de las normas ya no radica exclusivamente en la pureza de los enunciados jurídicos, ni en la correspondencia entre el juicio legal y los hechos empíricos, ni mucho menos en la soberbia del juez intérprete de las leyes, pues “válidas son aquellas normas a las que todos los que puedan verse afectados por ellas pudiesen prestar asentimiento como participantes en discursos racionales” (Habermas, 1998, p. 172).

Sin embargo, la tarea reconstructiva sobre el formalismo jurídico habermasiano retorna nuevamente a una perspectiva formal, es decir, ideal. Pensar y organizar en la vida práctica esquemas jurídicos libres de coerción representa los inicios de

23 La coercibilidad no es condición suficiente para asegurar el cumplimiento de la norma. Según Habermas es la pragmática comunicativa la fuente de la legitimidad normativa. Dice Habermas: “la capacidad ilocucionaria de establecer vínculos que tiene el empleo del lenguaje orientado al entendimiento, (tiene) que emplearse para aunar razón y voluntad y para llegar a convicciones en la que todos los individuos puedan estar de acuerdo sin coerción” (Habermas, 1998, p. 169).



la comunidad ideal de comunicación. A pesar de los valiosos esfuerzos realizados por Habermas, su esquema de reconstrucción de la racionalidad jurídica también caerá en un formalismo procedimental. Para llegar al entendimiento intersubjetivo, la participación simétrica de los afectados de un proceso “x”, la cooperación a través de intereses comunes, el ejercicio democrático de las libertades comunicativas y el consenso simétrico responden todas estas condiciones necesarias al cumplimiento de reglas o procedimientos formales que aseguren la realización de los ideales jurídicos, y regulen la vida social sin violencia y conflictos: ¿utopía jurídica habermasiana?

Otra perspectiva que pondría en cuestión el derecho formal sería la sugerida por Rawls (2000) a partir de la teoría de la justicia. Para el filósofo estadounidense es importante analizar la dinámica sociopolítica y cultural de las sociedades democráticas (especialmente la anglonorteamericana), luego, evitar los motivos religiosos y las teorías metafísicas del derecho. Una de las notas importantes que nos señala Rawls es que el derecho *sui generis*, cumple varias funciones: producir normas, generar códigos, reglas y procedimientos, pero también, reconocer la fuerza de las costumbres y la pluralidad de las concepciones morales.

A Rawls le interesa indagar y construir mecanismos jurídicos que tengan conexión directa con los participantes de una comunidad idealmente democrática. Para tal efecto, propone la figura del contrato como condición de posibilidad de articular intereses contrapuestos, equilibrar concepciones culturales diferentes (doctrinas comprensivas) y compensar las desigualdades económicas con esquemas de participación ciudadana y principios de distribución de igualdad de oportunidades. Dice al respecto: “solo una concepción jurídica de la justicia en la que todos los ciudadanos puedan razonablemente suscribir puede servir de fundamento de la razón pública y de su justificación” (Rawls, 2000, p. 140).

Para el autor de la obra *Teoría de la justicia*, el derecho tiene que considerar un elemento material para su validez y legitimidad: el criterio de imparcialidad. La justicia, según el canon iuspositivista consiste en la adecuación de la acción humana a la norma para derivar la legalidad del acto. Paralelamente a esa postura, Rawls sostiene que el principio de justicia tiene que ver con el principio de imparcialidad, y ambos con los principios de estabilidad y legitimidad de instituciones justas. Una sociedad o un sistema ordenado “correctamente” se funda en principios jurídicos, normas y decisiones imparciales.

Ante un sesgo posible de la norma o de la interpretación del juez, dice Rawls, tienen que generarse mecanismos compensatorios y de reparación de daños. Y la



mejor manera para desahogar conflictos posibles, implementar esquemas compensatorios que minimicen las desventajas sociales es a través del contractualismo. Rawls utiliza el contrato social como un procedimiento para describir y desarrollar el contenido de nuestro sentido de la justicia en las democracias liberales, es decir, “como un procedimiento por el cual se expresan ciertas creencias o valores morales compartidos” (Rawls, 2000, p. 96). El objetivo consiste en integrar, en una sola concepción, intuiciones concretas que compartimos como ciudadanos de una sociedad democrática. Para eso las instituciones básicas tienen que constituirse desde un esquema de justicia entendida como imparcialidad. La creación de leyes viene a reforzar esos esquemas de protección y de equidad. El derecho ya no solo es el formalismo puro y abstracto independiente de los contextos externos; por el contrario, ahora su validez depende de su capacidad de respuesta y demandas generadas en el entorno.

Siguiendo a Dworkin (1977), el sistema jurídico está compuesto por principios, los cuales se convierten en “principios jurídicos”. Éstos son horizontes de mayor expectativa en relación con los de menor como son, por ejemplo, las reglas. Los principios son las premisas mayores y las reglas las premisas menores²⁴.

Por tanto, interpretación y decisión jurídica deben ser correctas si y solo si se orientan por principios. Obviamente que los principios son ideas regulativas (Kant) con pretensión de universalidad (por ejemplo, la idea de libertad, de justicia, de estabilidad o de democracia) y con la posibilidad de orientar las acciones humanas.

En las decisiones jurídicas, los principios solamente ofrecen razones que hablan a favor de una u otra decisión. Pero resulta que los principios no solamente se circunscriben en la razón deliberativa, sino que también se incuban en la racionalidad aplicativa y estratégica, es decir, en las funciones de los poderes legislativo (deliberativa), judicial (aplicativa) y ejecutivo (estratégica). Aunque la teoría de los principios se mueve en un plano formal, sin embargo, siempre busca directrices de eficiencia y efectividad práctica.

Los principios contienen una dimensión de mayor peso porque se fundan en la exigibilidad y respeto de elementos universales (por ejemplo, respeto a la vida, el no matarás o el no cometerás injusticias contra el pobre o no reprimirás a un colectivo que se opone a una tiranía) pertenecientes a las condiciones materiales

24 En una de sus páginas dice Dworkin: “El problema de la relación entre derecho y moral ha de plantearse de nuevo bajo el aspecto de la vinculación entre la argumentación jurídica y la moral. Sobre la base del concepto de principio obtenido cabe preguntar ante todo si es posible una teoría de los principios que determine para cada caso una respuesta basada en ideales universales y optimización (eficiencia) particular” (Dworkin, 1977, p. 72).





que hacen posible la reproducción de vida de las personas y de las instituciones de una comunidad política. Aunque de los principios se puedan inferir reglas, estas, muchas veces, pueden oponerse y pueden colisionar con los principios. Las reglas siempre buscan ser válidas sin importar su apego a los principios.

Las reglas exigen la coercitividad, prohíben su violación y sancionan la trasgresión: la regla busca el cumplimiento cabal del precepto jurídico y exige el respeto a las formas normativas sin necesariamente importarle si son justas o no. Lo justo no necesariamente es lo legal. La legalidad tiene que ver con las formas (reglas o códigos) del derecho y la justicia con los contenidos materiales o las necesidades reales de los grupos sociales.

Existe una concepción legalista de la justicia la cual indica que la regla es justa por el simple hecho de ser ley. Esa afirmación es positiva si solamente se observa la validez de la norma. Pero, pienso, que es equivocada dicha afirmación porque no responde a ninguna exigencia social justa. Una ley y, por tanto, una teoría del derecho, está hecha para satisfacer necesidades reales de una Nación. Sin esos contenidos materiales la ley es ciega. (Dworkin, 1977, p. 89)

La validez formal del derecho, según Dworkin, no es innecesaria, sino importante para la operatividad de la norma, pero insuficiente si se le reduce a un formalismo puro que pretenda abstraer los aspectos materiales o las necesidades reales de una comunidad. Como podemos leer en los párrafos anteriores y con los teóricos mencionados (Habermas, Rawls, Dworkin -aunque también caen en posturas formales-) el derecho formal “puro” y sin entrelazamiento de las condiciones materiales o de los contextos históricos determinados es imposible de sostener teóricamente.

4. El derecho material

El paradigma de la racionalidad formal del derecho está en crisis. Una de varias causas de ese desencanto es que el derecho cada día omite o se separa de los conflictos de orden social. Los juristas, defensores de la dogmática jurídica o amantes del vulgar pragmatismo procedimental, están abandonando (por ignorancia o conveniencia) la capacidad de respuesta a las demandas sociales.

La estructura interna de la racionalidad jurídico-formal refleja su desmembramiento con las exigencias procedentes del entorno. La legitimidad del sistema jurídico ya no depende solo del encuadre entre norma y acción humana, ni tampoco del procedimiento o del consenso legalista de los expertos del derecho que



muchas veces justifican estructuras de gobierno inhumanas o antipopulares, ni mucho menos de la pureza conceptual de los sistemas jurídicos.

Desde una perspectiva histórica, la validez jurídica depende de las respuestas concretas a demandas públicas relevantes, es decir, generar y aplicar las condiciones formales de la norma para solventar las necesidades materiales de un pueblo o ciudadanos. Lamentablemente, en las facultades de derecho se ha perdido de vista uno de los modelos interpretativos de la ciencia jurídica fundamental que es el “derecho material crítico (*Kritisch materiellen Rechte*)”.

El derecho material²⁵ sostiene que el contenido de la norma solo es legítima cuando está constituida en un *corpus iure* (formal) puesto al servicio de la satisfacción de las necesidades materiales de los ciudadanos: la fuente de la “potestas” no son los magistrados sino los ciudadanos, pues en ellos recae la soberanía de nuestro país.

Retomando a Dworkin, entiendo por “principio material” el contenido esencial que está en juego en la facticidad de los diferentes sistemas sociales (el político, el cultural, el tecnológico, el jurídico, el económico). Lo material hunde sus raíces en la vida concreta de los participantes de una comunidad política. El derecho tiene que estar “vivo”. La vida del ser humano es principio y fin de todo postulado o principio normativo. Las leyes son para la garantizar la vida humana, tanto del momento histórico presente así como la del futuro o de las próximas generaciones.

El derecho material dice lo que es correcto de acuerdo con los principios éticos universales (por ejemplo, no matarás, no robarás a otro para empobrecerlo y hacerse rico, no mentirás sobre cosas que son de interés público). El derecho material posee una perspectiva ampliada y su objeto de estudio es involucrarse en las problemáticas del orden, la seguridad, la estabilidad institucional y garantizar el bienestar de los ciudadanos. El derecho material no se contrapone al formal, sino que se complementa en una unidad orgánica, dinámica, vital.

Afirmar el sentido positivo de la materialidad del derecho implica señalar al menos los siguientes beneficios:

25 Dentro de la literatura jurídica alemana, muchas veces se interpreta al concepto *materiellen Rechts* como derecho sustantivo. El derecho sustantivo es la suma de las normas legales que regulan la creación, el cambio y la extinción de los derechos. La contraparte del derecho sustantivo es el derecho formal (*materiellen Formelle*), cuyos reglamentos se refieren en particular a la determinación judicial (derecho procesal) y la aplicación del derecho sustantivo. Ambos tipos de derecho casi siempre son referidos al derecho procesal (Zöllner, 1990). Sin embargo, para los fines de esta investigación, por derecho material se entiende el honrar concreto, histórico de la vida humana. La base material de todo proceso teórico es la vida misma del ser humano, como bien lo entendió Marx (García, 2013).



- Romper con las relaciones jurídicas de poder en donde la soberanía y validez descansan en la norma y en la voluntad del juzgador.
- Resignificar las relaciones jurídicas a partir de otro referente alterno: los actores sociales organizados, como criterio de referencia para la resolución de demandas públicas relevantes.
- Favorecer la praxis ciudadana en cuanto que estrategia social para la defensa y promoción de los derechos ciudadanos, así como la reinención del espacio público político.
- Construir la democracia participativa y reorganización de la vida republicana con nuevos contenidos constitucionales.
- Producir, conservar y reproducir la vida son los contenidos materiales por excelencia: el ser humano es el fin último y es también criterio histórico-concreto de todo postulado normativo posible.

Esas cinco determinaciones sirven para poder direccionar otra manera de pensar y hacer filosofía del derecho a partir de la “rematerialización” o fundamentación de los principios normativos materiales o histórico-sociales concretos. A ese intento también se le conoce como “juridificación”, siguiendo a Teubner (1983)²⁶, del campo jurídico. Esa postura conlleva a la desformalización del derecho positivo o legalismo jurídico.

Coincidiendo con Habermas y Rawls, la rematerialización del derecho se ejecuta a partir de cuatro horizontes alternativos:

1. *Derecho reflexivo*. La consideración de formas de regulación reflexiva en la que los afectados por la regulación son los encargados de crear normas reguladoras que controlen su actuación dentro del marco fijado por un legislador y de acuerdo con principios universales como la justicia y la imparcialidad.
2. *Contramarginalidad*. Tradicionalmente, las normas en su aplicación son marginales, pues se basan en criterios de discrecionalidad, los cuales maximizan las ventajas de pocos y multiplican los perjuicios de muchos. Los afectados pueden tener la capacidad moral para buscar los instrumentos jurídicos que pongan en cuestión las arbitrariedades del juez.
3. *Movilidad social*. Los agentes afectados pero organizados deben buscar las estrategias necesarias para interpelar las decisiones del poder y proponer

26 Los conceptos de rematerialización o juridificación se emplean actualmente para que la norma tenga mayor eficiencia social en el momento de su aplicación, pero que a la vez responda a mínimos éticos de responsabilidad política. Para tal efecto se requiere de un proyecto de Estado donde se instrumentalicen los nuevos significados de la rematerialización del derecho desde la defensa por la vida humana y a partir de la construcción de principios normativos que justifiquen analíticamente las expectativas sociales (Teubner, 1983).



- mecanismos de participación e incidencia institucional para evitar ser desmovilizados o cooptados por la racionalidad jurídico-institucional.
4. *Exploración constitucional alternativa.* A favor de Schmitt (1987), pero también en contra de él. A favor, porque considero que el último fundamento de validez de las leyes está en la Constitución. En ella la *potestas* (Dussel, 2006) radica en la soberanía popular, pues ella es la que instituye los poderes institucionales, por tal motivo, los afectados de una comunidad política, cuando es roto el verticalismo del poder soberano del Estado y cuando las exigencias sociales se incrementan de tal forma que el consenso se disipa, entonces, los gobernados pueden promover a través de asambleas populares, principios jurídicos que abarquen las demandas insatisfechas de los afectados. Explorar esos caminos significa estar en contra de Schmitt, el cual acepta el poder constituyente determinado en la Constitución, pero le reserva a la autoridad, al soberano, hacer valer su voluntad despótica cuando las instituciones han perdido legitimidad.

Sin titubeos decía Seneca: “Las leyes se han hecho para el bien de los ciudadanos” (Seneca, 1919, p. 12). Esa frase es icónica, porque es la esencia del derecho. No es únicamente el análisis de la verdad pura de los preceptos jurídicos, tampoco lo es la estructura formal de los argumentos ni mucho menos la interpretación del juzgador lo que determinan la validez de la norma.

El derecho material sostiene que el contenido de la norma solo es legítima cuando está constituida en un *corpus iure* (formal) puesto al servicio de la satisfacción de las necesidades materiales de los ciudadanos: la fuente de la “potestas” no son los magistrados sino los ciudadanos, pues en ellos recae la soberanía de nuestro país. La parte crítica, propositiva, responsable y creativa de la ciencia jurídica es voltear a ver los signos históricos de su tiempo y generar los mecanismos para atender y dar cumplimiento a la satisfacción de necesidades materiales negadas de la gente.

El derecho material dice lo que es correcto de acuerdo con los principios éticos universales (por ejemplo, no matarás, no robarás a otro para empobrecerlo y hacerte rico, no mentirás sobre cosas que son de interés público). El derecho material posee una perspectiva ampliada y su objeto de estudio es involucrarse en las problemáticas del orden, la seguridad, la estabilidad institucional y garantizar el bienestar material de los ciudadanos.





Conclusiones

Haber realizado un recorrido sobre las principales estrategias de fundamentación sobre el derecho, significa revisar sus fundamentos epistemológicos y cuestionar sus implicaciones técnico-políticas (en términos de producción de normas, códigos y procedimientos). Para tal efecto, la metodología empleada sirvió para detectar las polémicas aún existentes entre iusnaturalismo y positivismo jurídico. Ambos polos pretenden explicar el fenómeno jurídico recurriendo, ya sea a fundamentos metafísicos o sustancialistas o, en su defecto, utilizando las construcciones discursivas de las ciencias empíricas para poder justificar el rigor conceptual y la certeza jurídica como condiciones de validez.

La crítica a la racionalidad formal del derecho ha consistido en poner en cuestión sus propios paradigmas interpretativos. La estructura interna de la racionalidad jurídico-formal refleja su desmembramiento con las exigencias procedentes del entorno. La legitimidad del sistema jurídico ya no depende solo del encuadre entre norma y acción humana, ni tampoco del procedimiento, del consenso legalista de los expertos del derecho que muchas veces justifican estructuras de gobierno inhumanas o antipopulares, ni mucho menos de la pureza conceptual de los sistemas jurídicos.

Consideramos que los principios son las premisas mayores y las reglas, las premisas menores. Por tanto, la interpretación y decisión jurídica debe ser correcta si y solo si se orienta por principios. Obviamente que los principios son ideas regulativas (Kant) con pretensión de universalidad (por ejemplo, la idea de libertad, de justicia, de estabilidad o de democracia) y con la posibilidad de orientar las acciones humanas. En las decisiones jurídicas, los principios solamente ofrecen razones que hablan a favor de una u otra decisión. Aunque los principios jurídicos derivan reglas; sin embargo, en su sentido estricto, los principios basados en perspectivas sociales, ecológicas, económicas y políticas (aspectos materiales) son razones de mayor peso.

Me inclino por una deconstrucción material del derecho. Dicha deconstrucción tiene como condiciones de factibilidad los principios materiales de la política. Lo material hunde sus raíces en la vida concreta de los participantes de una comunidad política y en donde se ponen en juego los criterios formales y los principios materiales sobre la producción y prolongación de la vida de los integrantes de una comunidad. Pensar el estatuto constitucional, la deconstrucción material del derecho, significa la concordancia entre juicios formales y juicios materiales, donde se ponga en movimiento la *potestas* y la concatenación entre derecho y ética.





Referencias

- Alexy, R. (1989). *A theory of Legal Argumentation*. University Press.
- Aquino, T. (1951). *Summa Theologiae, en Opera*. Marietti.
- Aristóteles. (1983). *Ética Nicomaquea*, Instituto de Investigaciones Filológicas-UNAM.
- Bartra, B. (2008). *Teorías filosóficas del contrato*. Península.
- Bobbio, N. (1991). *El problema del positivismo jurídico*. Fontamara.
- Bourdieu, P. y Teubner G. (2013). *La fuerza del derecho*. Universidad de Los Andes-Siglo del Hombre Editores.
- Dussel, E. (2006). *20 tesis de política*. Plaza y Valdés.
- Dworkin, R. (1977). *Taking Rights Seriously*. Harvard University Press.
- García, Ramírez, J. C. (2006). *Los derechos y los años. Otro modo de pensar y hacer política: los adultos mayores*. Plaza y Valdés.
- García, Ramírez, J. C. (2013). *Derechos humanos y participación ciudadana en Karl Marx*. Juan Pablos Editor.
- Habermas, J. (1998). *Facticidad y validez*. Trotta.
- Hegel, G. F. (1989). *Filosofía del derecho*. Paulinas.
- Hobbes, T. (1999). *Leviatán*. Técnos.
- Kant, I. (1999). *Metafísica de las costumbres*. Técnos.
- Kelsen, H. (1993). *¿Qué es la justicia?* Planeta-Agostini.
- Kelsen, H. (1998). *Contribuciones a la teoría pura del derecho*. Fontamara.
- Klug, U. (1989). *Problemas de la filosofía y de la pragmática del derecho*. Fontamara.
- La Torre, M. (1994). *Derecho, poder y dominio*. Fontamara.
- Luhmann, N. (1972). *Rechtssoziologie*. Opladen-Westdeutscher Verlag.
- Luhmann, N. (1993). *Das Recht der Gesellschaft*. Opladen-Westdeutscher Verlag.





- Marx, K. y Engels, F. (1978). *Die deutsche Ideologie*. Dietz Verlag.
- Rawls, J. (2000). *Teoría de la justicia*. Fondo de Cultura Económica.
- Rousseau, J. (1985). *El contrato social*. Pensadores Clásicos.
- Séneca. (1919). *Epistulae ad Lucilium*. De Boccard Ed.
- Schmitt, C. (2010). *Verfassungen*. Dietz Verlag.
- Schmitt, C. (1987). *El concepto de lo político*. Alianza.
- Schreiber, R. (1990). *Lógica del derecho*. Fontamara.
- Serrano, E. (1988). Legitimación y dominación. La definición de legitimación en la sociología de Max Weber. *Revista Signos*, 1.
- Teubner, G. (1983). Substantive and Reflexive Elements in Modern Law. *Law & Society Review*. Blackwell Press.
- Velarde, A. (2007). *Crítica a la dogmática del derecho*. Linotipo.
- Zöllener, W. (2018). Materielles Recht und Prozeßrecht. En *Archiv für die civilistische Praxis*. Tübingen, Jastor.