



UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA

CRISIS DE LOS PARADIGMAS JURIDICOS CONVENCIONALES Y SURGIMIENTO DE NUEVOS PARADIGMAS EN EL ESTADO DE DERECHO

JULIO ARMANDO RODRIGUEZ ORTEGA

Universidad Nacional de Colombia

Facultad de Derecho – Postgrado en Derecho – Doctorado en Derecho

Bogotá D.C., Colombia

2.015

CRISIS DE LOS PARADIGMAS JURIDICOS CONVENCIONALES Y SURGIMIENTO DE NUEVOS PARADIGMAS EN EL ESTADO DE DERECHO

JULIO ARMANDO RODRIGUEZ ORTEGA

Tesis o trabajo de investigación presentado como requisito parcial para optar al título de:

Doctor en Derecho

Director:

Doctor: Oscar Mejía Quintana

Línea de Investigación:

Derecho investigativo

Universidad Nacional de Colombia

Facultad de Derecho – Postgrado en Derecho – Doctorado en Derecho

Bogotá D.C., Colombia

2.015

DEDICATORIA

A mis padres.

AGRADECIMIENTOS

A todas aquellas personas que de una u otra manera colaboraron en la realización de este trabajo.

RESUMEN

La aplicación de la teoría de los paradigmas científicos de Tomas Kuhn al estudio de la crisis del derecho en la época de la globalización. Se precisan los conceptos de crisis, paradigma y paradigmas jurídicos después de explicar dicha teoría y analizar su complicada aplicación a las ciencias sociales y a la misma teoría jurídica contemporánea.

El punto de partida, es la conceptualización, de la crisis, como tal, el enfoque o metodología del paradigma aplicado a las ciencias sociales y al derecho, la construcción de un marco interpretativo para definir los paradigmas jurídicos en general y los paradigmas jurídicos que en la evolución de la Ciencia del derecho han sido dominantes. Finalmente se esboza el surgimiento de nuevos paradigmas jurídicos en la sociedad de la globalización. Transversalmente se trata de caracterizar la crisis del Derecho en sus principales componentes: 1.Como instrumento de resolución de todos los problemas que afectan a nuestras sociedades. 2.La evidencia de que tales problemas persisten indefinidamente en el tiempo sin que los ordenamientos jurídicos los hayan resuelto o al menos aporten elementos validos que contribuyan significativamente a su solución.

La crisis del Derecho y sus paradigmas se visualizan en el estudio de las relaciones entre la sociedad y el Derecho; En la crisis de la razonabilidad y racionalidad del ordenamiento jurídico; tanto en la modernidad como en la globalización. Los siguientes capítulos muestran el surgimiento de nuevos paradigmas en el Estado de Derecho, para finalizar en las consecuencias de tales paradigmas que se materializan en la conformación de nuevos regímenes jurídicos públicos y privados. Las conclusiones de la investigación dan cuenta de los resultados obtenidos en cada uno de los anteriores capítulos.

La investigación se orienta en forma directa a la ineficacia del derecho, de la cual se deriva sus crisis, y el impacto, que esta tiene en la realidad social y en el mismo ordenamiento jurídico, en el cual se ha identificado también una crisis de legitimidad; crisis de producción y aplicación de la justicia, lo mismo que las tensiones y las contradicciones presentes en los actuales paradigmas que caracterizan los ideales normativos.

Palabras claves: paradigmas, justicia, globalización, igualdad, paradigmas constitucionales, ordenamiento jurídico, crisis, impacto.

ABSTRACT

The application of the theory of scientific paradigms of Thomas Kuhn to the study of the crisis of law in the age of globalization. the concepts of crisis, paradigm and legal paradigms after explaining the theory and analyze its complicated application to the social sciences and at the same contemporary legal theory required.

The starting point is the conceptualization of the crisis, as such, the approach or methodology paradigm applied to the social sciences and law, the construction of an interpretive framework for defining the legal paradigms in general and the legal paradigms that the evolution of legal studies have been dominant. Finally, the emergence of new legal paradigms in the globalized society outlined. Crosswise it comes to characterize the crisis of law in its main components: 1. As an instrument of solving all the problems that affect our societies. 2. La evidence that such problems persist indefinitely in time without the legal systems have resolved or at least provide valid elements that contribute significantly to its solution.

The crisis of law and its paradigms are displayed in the study of the relationship between society and the law; In the crisis of the reasonableness and rationality of the law; both modernity and globalization. The following chapters show the emergence of new paradigms in the rule of law, ending the consequences of such paradigms that materialize in the creation of new public and private legal regimes. The research findings realize the results obtained in each of the previous chapters.

The research is oriented directly to the ineffectiveness of the law, which derives its crises and the impact it has on the social reality and in the same legal system, which has also identified a crisis of legitimacy ; crisis production and application of justice, as well as the tensions and contradictions in the current paradigms that characterize the normative ideals.

Keywords: paradigms, justice, globalization, equality, constitutional paradigms, legal .ordenamiento, crisis impact.

TABLA DE CONTENIDO.

Resumen.....	05
Introducción	06
1. El problema.....	08
2. Objetivo general.....	08
3. Hipótesis.....	08
4. Estado del arte.....	09
5. Metodología.....	09
6. Marco Teórico.....	10
7. La validación del marco teórico.....	11
8. Aportes de la investigación.....	12

CAPÍTULO I

ASPECTOS TEORICOS Y CONCEPTUALES SOBRE LA CRISIS, LOS PARADIGMAS Y EL DERECHO.

1. El concepto de crisis.....	15
2. El concepto y la teoría del paradigma.....	17
3. El concepto de paradigma aplicado a las ciencias sociales y al Derecho.....	21
4. La denominación de paradigmas jurídicos.....	25
5. Paradigmas jurídicos convencionales o tradicionales.....	26
6. La crisis en los paradigmas jurídicos convencionales.....	27
7. Surgimiento de nuevos paradigmas en el estado de derecho.....	30

CAPITULO II

CRISIS EN LA SOCIEDAD, EL ESTADO Y EN LA DEMOCRACIA.

Introducción.....	33
2.1. CRISIS EN LA SOCIEDAD	
2.1.1 La crisis en la sociedad tradicional.....	38
2.1.2 La crisis en la sociedad moderna.....	42
2.2. CRISIS EN EL ESTADO.	
2.2.1. Crisis en el Estado liberal.....	48
2.2.2 Crisis en el Estado social.....	54
2.2.3. Crisis en el Estado de Bienestar.....	57
2.3. CRISIS EN LA DEMOCRACIA LIBERAL.....	63
Conclusiones.....	71

CAPITULO III

CRISIS EN EL DERECHO: SU RACIONALIDAD Y RAZONABILIDAD.

Introducción.....	72
3.1. CRISIS EN LOS PARADIGMAS IUSFILOSOFICOS: IUSNATURALISMO Y POSITIVISMO.....	73
3.1.1. Paradigma Iusnaturalista.....	74
3.1.2. Paradigma positivista.....	76
3.2. Crisis en la Racionalidad y razonabilidad del Derecho.....	81
3.2.1. Crisis de razonabilidad.....	82
3.2.2. Crisis de razonabilidad.....	87
3.3. Crisis en los Paradigmas constitucionales.....	89
3.4. Crisis en el Derecho formal.....	100

CAPITULO. IV

CRISIS DEL DERECHO EN LA MODERNIDAD Y EN LA GLOBALIZACION

Introducción.....	111
4.1. Crisis del derecho en la modernidad.....	113
4.2. Crisis del derecho en la globalización.....	123

CAPITULO V

SURGIMIENTO DE NUEVOS PARADIGMAS EN EL ESTADO DE DERECHO

Introducción.....	133
5.1. PARADIGMAS IUSFILOSOFICOS.....	135
5.1.1. Paradigma Iusfilosoficos consensual.....	135
5.1.2. Paradigma deontológico comunitarista.....	144
5.1.3. Paradigma de la justicia global.....	146
5.2. PARADIGMAS INTERPRETATIVOS: DWORKIN Y ALEXEI.....	156
5.2.1. Teoría de la respuesta correcta.....	160
5.2.2. Teoría de la ponderación.....	162
5.3. PARADIGMAS JURIDICO CONSTITUCIONALES.....	165
5.3.1. Paradigma deontológico de adjudicación constitucional.....	166
5.3.2. Paradigma de la redistribución y el reconocimiento.....	168
5.3.3. Nuevo paradigma discursivo procedimental.....	175
5.3.4. Paradigma Jurídico del Derecho Reflexivo.....	177

5.3.5. Paradigma constitucional de la democracia Deliberativa y Consensual.....	187
5.3.6. Paradigma del consenso y la autodeterminación.....	194

CAPITULO VI

CONSECUENCIAS DE LA CRISIS DE LOS PARADIGMAS JURIDICOS:REGÍMENES GLOBALES PÚBLICOS Y PRIVADOS

Introducción	205
6.1 Un nuevo procedimentalismo.....	207
6.2 Una concepción no positivista de la normatividad.....	208
6.3 Conformación de regímenes globales privados.....	209
6.4 Subordinación de la política al Mercado.....	210
6.5 Transnacionalización de las relaciones jurídicas.	211
6.6. Instituciones, competencias y Prácticas jurídicas alternativas.....	212
6.7 Producción espontanea de derecho en el plano supranacional.....	214
a. Lex sportiva.....	215
b. Lex mercatoria.....	215
c. Lex digitalis o “lex informática”.....	216
6.8 Producción espontanea de derecho en el plano nacional.....	217
Conclusiones.....	219
CONCLUSIONES GENERALES.	221
BIBLIOGRAFIA.....	238

INTRODUCCION.

Es de común aceptación la crisis que atraviesa el Derecho en la actualidad, crisis que se extiende al Estado y a la democracia y que se hace visible en la pérdida de soberanía de los Estados y en los retrocesos de la democracia en la sociedad global, en la cual pareciera que hay un vacío del Derecho Público y que cada día los Derechos Sociales se desvanecen, los derechos políticos se vuelven ineficaces y aparecen instituciones nuevas colocadas fuera del alcance del Derecho y del Estado. En el campo económico la crisis se expresa en forma notoria en los diversos tratados bilaterales y multilaterales de comercio e inversión; en los que los agentes privados desarrollan sus estrategias de acción en términos regionales o globales más que nacionales y en los movimientos sociales y otros actores que demandan sus derechos con perspectiva transnacional antes que local.

Boaventura de Sousa Santos, se ocupa de señalar en la globalización, el papel del Estado frente a la regulación normativa y particularmente frente a los Derechos humanos es decir el carácter histórico y esencial del Derecho en la sociedad capitalista. Son objeto de su análisis las transformaciones que se están produciendo frente a las diferentes significaciones y alcances de los valores, de la justicia, de la ley y de la administración y la forma como se ha perturbado la capacidad reguladora del Estado.¹ Abordar esta problemática de transformaciones jurídicas, políticas, culturales y epistemológicas es lo que ha motivado la adopción de los enfoques relativos a los paradigmas propuestos por Kuhn.

Una descripción de la teoría general o universal del Derecho, señalando los tópicos y fines, que son comunes a todos los sistemas jurídicos y aquellas similitudes entre los diferentes sistemas, que se encuentran en la base de la naturaleza común del hombre, refuerza la adopción de este enfoque, para señalar con la ayuda de las investigaciones históricas, científico-sociales e interpretativas, y el papel de los estudios jurídicos comparados para entender mediante esta metodología la presencia de paradigmas que han hecho protagonismo, han entrado en crisis y el surgimiento de nuevos paradigmas en la era de la globalización.

Las obras de Santos y Twining sobre la globalización del Derecho comparten perspectivas y preocupaciones que son objeto de consideración en el estudio del Derecho y la justicia en la globalización.² Las transformaciones en el Derecho son tan ostensibles que el enfoque de los paradigmas en el tratamiento de esta realidad se hace muy apropiado, pues como lo afirma Twining uno de los componentes de esta crisis es la ineficacia del derecho que se materializa en la gran oposición entre la teoría y la práctica jurídica, donde sobresale la práctica sobre la teoría, y en la que la complejidad de la relación entre ambas es una exigencia para comprender el Derecho en sus paradigmas actuales. No prestar atención a las relaciones entre la teoría y la práctica jurídica significa desfigurar el fenómeno jurídico.³

¹ **BOAVENTURA de Sousa, Santos.** La globalización del derecho: los nuevos caminos de la regulación y la emancipación. Bogotá: ILSA, Ediciones U. Nacional de Colombia. Páginas 47-53

² **TWINING, William.** Derecho y Globalización, Ediciones Uniandes, Instituto pensar, Siglo del hombre Editores, Bogotá, Colombia, 2002, p.291.

³ **TWINING, William,** Op. Cit. Páginas 265-270

Esta misma ineficacia del derecho se ha convertido en una verdadera cultura de la ilegalidad en la que cohabitan, la justicia y la impunidad y en la que los fanáticos del legalismo, llevan bien presente en su alma el leguleyo de mano maestra para burlar las leyes sin violarlas, o para violarlas sin castigo. La práctica jurídica se ha desgastado luchando contra los síntomas de esta ineficacia mientras las causas se eternizan coadyuvadas por el uso de la Constitución y la ley como coartadas del propio beneficio personal y en la suplantación del poder ciudadano por una tupida red de clientelismo, corporativismo y complicidades entre los mal llamados poderes públicos.⁴

La crisis del Derecho y en consecuencia del estado del Estado a nivel global sigue la misma crisis del capitalismo, en su retorno a los métodos del capitalismo primitivo: liberalización financiera y comercial, libre circulación de los capitales y de las mercancías, aunque no de las personas, privatizaciones de todo lo público, desregulaciones para todo lo privado haciendo que haya menos Estado y más sector privado y más protagonismo de los movimientos sociales que imponen sus normas. Las agencias financieras multinacionales, como el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial, o el Banco Interamericano de Desarrollo, con sus llamados 'planes de ajuste' manejan de manera muy particular y controlada los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales.

A continuación se exponen las formalidades de la investigación, contenidas en esta tesis doctoral, es decir lo referente a problemas, hipótesis, estado del arte, Metodología, marco teórico, validación del marco teórico y los aportes que hace la investigación a las ciencias jurídicas:

1.El problema.

Después de analizar los componentes de la crisis materializados en la ineficacia del ordenamiento jurídico; en su misma indeterminación, en sus incoherencias internas, en la función que cumple en el mantenimiento del Status Quo, en la

⁴ARIZA G. Julio. El discurso narrativo de Gabriel García Márquez. De la realidad política y social a la realidad mítica Colombia: Tercer Mundo Editores, 1992.Pag. 82-83

supuesta neutralidad de su contenido, en la ideología de quienes aplican justicia, en su carácter instrumental, y en la irracionalidad de la justicia misma, el problema de esta investigación está centrado en determinar e identificar cuáles son los componentes e indicadores de la crisis del derecho, y como encontrar su explicaciones utilizando el enfoque de los paradigmas.

2. El objetivo general.

El objetivo general de la investigación es utilizar el concepto de Paradigma para caracterizar la crisis del derecho precisando los componentes de su ineficacia, de sus contradicciones y de su carácter instrumental para el mantenimiento del Statu Quo. Utilizando este enfoque para identificar las grandes transformaciones del Derecho y de la sociedad, se buscará la caracterización de nuevos paradigmas y de una verdadera ruptura epistemológica que se está inaugurando, con nuevas problemáticas y un punto de no retorno, en el mundo jurídico de la sociedad global.

3. La Hipótesis.

Se pretende demostrar la existencia de la crisis del derecho en sus paradigmas convencionales. Los indicadores de dicha crisis están conformados por su ineficacia, su ilegitimidad y sus notorias falencias en la tutela de los Derechos Sustantivos. Estos componentes, que han dado lugar a la crisis, tienen que ver con la indeterminación del Derecho, sus contradicciones internas, la función que cumple en el mantenimiento del Status Quo, la supuesta neutralidad de su contenido, sus inconsistencias internas, la ideología de quienes aplican justicia, su carácter instrumental, la irracionalidad de la justicia misma y en general las incoherencias propias del ordenamiento jurídico.

Frente a esta crisis se vislumbra un nuevo horizonte paradigmático en el campo filosófico, en el campo de la justicia, en los procedimientos interpretativos, y discursivo-procedimentales en la adjudicación y en general nuevos paradigmas, de carácter jurídico constitucional en la sociedad global, en el Estado, en la democracia, en la legitimidad, con la emergencia de nuevos regímenes jurídicos globales públicos y privados.

4.El Estado del arte.

El punto de partida es la caracterización del Derecho en la sociedad tradicional y en la sociedad moderna observando sus mutuas transformaciones y la identificación en cada una de ellas de categorías asimilables como paradigmas,

destacando la forma como ellos han evolucionado y han dado lugar a nuevos paradigmas.

La revisión del estado del arte está centrada en dos grandes temáticas. 1. La crisis en la sociedad: Crisis en el modelo de Estado y crisis en el modelo democrático. 2. Crisis de los paradigmas jurídicos tradicionales o convencionales: El positivismo, (Dura Lex Sed lex) el iusnaturalismo, el Estado de Derecho, la Democracia y los modelos o paradigmas iusfilosóficos y constitucionales. Estos dos capítulos revisan los fundamentos de la crisis en el ámbito social, jurídico y político, haciendo notar como el poder político ya no está sometido como antes al Derecho y al Estado, sino que ahora el poder político está sometido al poder económico y su ámbito trasciende las fronteras de los Estados.

El Estado del arte asume los cambios fundamentales en la manera de entender la sociedad, el Estado y el Derecho, si se tiene en cuenta, la existencia de normas formalmente validas pero sustancialmente invalidas, pues el Derecho, no puede entenderse solo como una realidad ya dada, como el producto de una autoridad, sino fundamentalmente como una práctica social, que incorpora una pretensión de justificación o de corrección.

Se describe cómo, el rasgo sobresaliente de la globalización jurídica consiste en la privatización del Derecho, y en la tendencia a la privatización de lo público, de tal forma que el centro de gravedad de la ley, no se encuentra ya en la voluntad estatal, sino en las relaciones contractuales entre los particulares, acompañado todo esto de una pérdida de soberanía por parte de los Estados como consecuencia del avance del Derecho supranacional y transnacional.

Termina el Estado del arte señalando que Las constituciones contemporáneas intentan responder a estos efectos negativos del orden jurídico, mediante la previsión de un Derecho más dogmático, dotado de fuerza obligatoria incluso para el legislador buscando ante todo condicionar y contener los desarrollos contradictorios de la producción del Derecho generados por la heterogeneidad y ocasionalidad de las presiones sociales que se ejercen sobre el mismo.

5. METODOLOGIA.

La investigación sigue como metodología el enfoque de paradigmas, el cual se viabiliza a partir de la construcción de un marco interpretativo, para lograr el análisis crítico, el contenido y características de la evolución de las ciencias sociales y del derecho en particular con el objeto de lograr una visión crítica de las instituciones tanto jurídicas como políticas, y a partir de este enfoque señalar sus características fundamentales.

Esta metodología responde a la Necesidad de adoptar nuevos modelos teóricos, y metodológicos que permitan en el presente trabajo adoptar y elaborar teorías más ajustadas de la realidad con el objeto de diseñar y poner en práctica, modelos

explicativos del Derecho y de la sociedad razón que justifica esta propuesta de aplicar la teoría de los paradigmas para encontrar dichos modelos.

La falta de una respuesta coherente en la teoría y en la práctica jurídica permite visualizar por los procedimientos observacionales señalados en la metodología que los viejos paradigmas jurídicos están en crisis y la tarea deconstructiva de los críticos, está conduciendo a la creación de una dogmática jurídica alternativa.⁵

Esta metodología construye en primer lugar un marco interpretativo⁶, desde la sociología jurídica, buscando identificar, clasificar e interpretar el mundo del derecho con el objeto de resolver las innumerables preguntas que han de caracterizar la realidad social y jurídica en esta época de la globalización. Con esta visión paradigmática de las disciplinas sociales y del derecho en particular se asume una visión crítica de las instituciones tanto jurídicas como políticas.

6. MARCO TEORICO: EVOLUCION Y TRANSFORMACIONES DEL DERECHO

Teniendo como evidencia la transformación de los paradigmas filosóficos y las instituciones jurídicas, que están dando lugar a nuevas formas de juridicidad y a la modificación de las clásicas funciones del Derecho se construye el marco teórico en el cual se parte de la subordinación de la política al mercado, y de la ley al contrato, ante la presencia cada vez más frecuente de los ideales de la desregulación, en las que se sustituyen las reglas de carácter público por las reglas de carácter privado, es decir una juridicidad supraestatal, en la que el Derecho tiende a verse menos como el producto de una voluntad política y más como un medio para obtener ciertos fines o como un mecanismo de construcción social.⁷

El nuevo horizonte paradigmático propone el restablecimiento de una noción de Derecho más profunda que aquella a la que el paradigma positivista, y el paradigma lusnaturalista, se había acostumbrado. Esta noción se materializa en la conformación del Estado, de la Democracia y del modelo social en los que se ha reducido y evidenciando la emergencia de nuevos paradigmas que tratan de cifrar la unidad del ordenamiento jurídico, en un conjunto de principios y valores superiores, sobre los que exista un consenso, social suficientemente amplio.

Este Marco teórico se conforma a partir de los dos siguientes capítulos o ejes temáticos: La Globalización y la modernidad reflexiva en primer lugar y el surgimiento de un nuevo horizonte paradigmático en segundo lugar involucrando la discusión sobre los nuevos paradigmas jurídicos no solo en la dogmática jurídica, sino en el ámbito procedimental y organizacional, del Derecho como forma de regulación retomando, su objeto en materias complejas y ámbitos funcionales con su propia dinámica interna.

⁵ZAGREBLESKY, Gustavo. El Derecho dúctil. Madrid, Editorial Trotta. 1995.Pagina 26

⁶CHIJU, Amparom A. Construcción de marcos interpretativos. México, Porrúa, 2006 p.9

⁷ LOMNITZ Claudio. Vicios Públicos, Virtudes Privadas. México Ciesas, Porrúa año 2000.

Se explica en tal sentido la forma como otros paradigmas fueron apareciendo para hacer frente al Derecho pre formulado por los juristas, y cuando la dogmática jurídica a través de sus métodos de interpretación de la norma, entendió que el Derecho debe responder a los desafíos sociales. Lo anterior teniendo en cuenta que el contexto en el que está inserto es un sistema de acción muy bien conectado con el entorno social, lo que dio lugar al surgimiento de los derechos fundamentales y los derechos sociales, incorporados en las constituciones como fruto de rupturas o revoluciones políticas y económicas.

7. LA VALIDACIÓN DEL MARCO TEÓRICO

Los cambios sociales han producido cambios en la normatividad y estos a su vez cambios en la sociedad. Estos cambios que se producen en la sociedad y en el modelo económico y político se evidencian en la globalización y tienen que ver con la privatización de lo público y en particular en el Derecho se habría pasado de la ley como producto de la voluntad Estatal a los contratos entre particulares, y las grandes empresas multinacionales. La pérdida de soberanía en los estados y un significativo protagonismo del Derecho Supranacional y Del Derecho Transnacional en que los grandes protagonistas del Derecho no son ya los legisladores, sino los jueces y los expertos en Derecho.

Se observa la subordinación de la política al mercado y de la ley al contrato, lo cual se traduce, en un ideal de desregulación: una economía más globalizada, más libre de ataduras y menos reglamentadas por normas jurídicas estatales o de derecho internacional, y en las que el Derecho se sustenta sobre la pérdida de soberanía de los Estados. La integración de los Estados en sistemas supranacionales e internacionales, limitan y reducen los tradicionales roles del constitucionalismo y van generando otros vinculos juridicos, que condicionan la legitimidad interna del sistema y crean crecientes interdependencias entre los Estados.⁸

Los sistemas jurídicos se han transformado significativamente a partir de los cambios en la sociedad, generados por las tendencias económicas de la globalización y del constitucionalismo.⁹ Son muchos los enfoques teóricos que evidencian la necesidad de una dimensión reflexiva del Derecho que responda a las exigencias de los cambios que se están dando en la sociedad y en el Derecho.

Se advierte con mucha frecuencia sobre la necesidad de una nueva racionalidad para el Derecho ante el marcado aumento de la complejidad de la sociedad, de su diferenciación funcional y de los notorios impactos de la globalización que ponen a la defensiva la orientación política de la sociedad nacionalmente estructurada, y dejan ver como el mercado se perfila como modelo alternativo de la orientación de los complejos sistemas de relaciones de intercambio.

⁸BOURDIEU Pierre y TEUBNER GUNTHER. Fuerza del Derecho. Bogotá. Siglo de los hombres. Ed.Uniandes.2002.Traducción y estudio preliminar de Carlos Morales. P. 21-58

⁹SANTOS BOAVENTURA DE SOUSA. La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación. Bogotá Universidad. Nacional 1998 Pagina 36.

La conclusión del trabajo permitirá entender que el Derecho de nuestro tiempo está afectado, por una crisis de su racionalidad interna y que a medida que el derecho crece y se hace más complejo, su unidad coherencia y plenitud resultan cada vez más inalcanzables. Las regulaciones derivan hacia normas casuísticas y excepcionales y el Derecho se muestra como un orden complejo cuya sistematicidad y su racionalidad aparece seriamente amenazada.¹⁰

8. APORTES DE LA INVESTIGACION

El aporte de esta investigación a la ciencia del derecho consiste en la aplicación de la teoría de los paradigmas, en la caracterización de la crisis del Derecho y en la propuesta de recuperación de la legitimidad normativa en el intento de formular una teoría jurídica que pueda resultar cargada de contextualidad y autoconocimiento, en la explicación de los grandes problemas jurídicos.

Los paradigmas que se proponen en la teoría evolutiva del derecho y el surgimiento de nuevos paradigmas tiene como finalidad el rompimiento de los modelos teóricos tradicionales a partir de los cuales se caracterizan los fenómenos normativos y la caracterización de nuevos conceptos protagónicos de lo público, con la influencia de los movimientos sociales y la organización social espontanea, a nivel local y global con la única intención de legitimar la organización social de la libertad de abajo hacia arriba, aun contra la ley y con una pretensión de emancipación en cuanto a sus procedimientos, si se recupera la legitimidad y la autodeterminación.¹¹

Se intenta caracterizar la presencia de nuevos paradigmas, de nuevos modelos, nuevos procedimientos y nuevas visiones del Derecho orientadas a re-articular lo jurídico con lo ético, lo político, lo económico, y sobre todo lo social, con el protagonismo de los movimientos sociales, la crítica jurídica, el pluralismo jurídico y el derecho alternativo, buscando explorar sus dimensiones antropológicas, sociológicas y políticas, transitando desde el discurso legitimatorio hacia el discurso emancipatorio, en el contexto de la complejidad propia de la sociedad actual.¹²

La propuesta de nuevos paradigmas o como resultado de la evolución y transformaciones del derecho constituyen una respuesta a los fenómenos que han irrumpido en el mundo, los fenómenos sociales, políticos y jurídicos, que aunque sus resultados no se han consolidado, están causando una ruptura epistemológica a nivel local, regional, y global, como el caso de la llamada primavera árabe en el norte de África, cuyos resultados fueron aparentemente fallidos; el movimiento de los indignados en España, indignados de Wall Street y en tiempo reciente el foro social en Brasil que asumen la crisis actual en torno a la concepción occidental del Derecho, a partir de las teorías neo evolutivas sobre el Derecho y a la dinámica interna del cambio legal.

¹⁰ **AARNIO, A.**, Reason and Authority. A Treatise on the Dynamic Paradigm of Legal Dogmatics, En: Racionalidad Jurídica y Globalización. Pag. 232.

¹¹ **RAVENTOS Daniel.** Las condiciones materiales de la libertad. Barcelona, El Viejo Topo 2007 Pagina 79.

¹² **HABERMAS, Jurgen.** Facticidad y Validez. Madrid Trotta 1998 Página, 470.

En la misma forma se pretende aportar elementos válidos para visibilizar los principios organizativos, la complejidad social y la racionalidad formal del Derecho que parece cuestionarse en forma reiterada. Se esfuerza el trabajo en la búsqueda de una nueva racionalidad material, que reemplace su racionalidad formal y conciba el Derecho como un sistema de normas Universales, cuya racionalidad resida en quienes administran justicia, para que esta racionalidad material considere el aspecto teleológico del derecho en el propósito de lograr su especificidad, tendencia comúnmente conocida como re-materialización del Derecho.

Con estos aportes, se pretende en la investigación, penetrar en el intrincado mundo de la crisis de los paradigmas jurídicos tradicionales; lusnaturalismo, luspositivismo, Estado liberal y Democracia occidental, que han perdido vigencia para intentar su caracterización y explorar el surgimiento de nuevos paradigmas jurídicos, que ya se imponen en la actualidad, debido a los incontenibles cambios y transformaciones que se están dando en la sociedad global, que la han caracterizado como una sociedad funcionalmente diferenciada, una sociedad compleja que debe asumir, simultáneamente la Unidad y la diferenciación, con el protagonismo del respeto por la diferencia, el reconocimiento y la redistribución proyectados a nuevas formas de representación.

CAPITULO I.

ASPECTOS TEORICOS Y CONCEPTUALES SOBRE LA CRISIS, LOS PARADIGMAS Y EL DERECHO.

1. EL CONCEPTO DE CRISIS.

El objeto de la tesis es evidenciar la crisis del derecho. El vocablo crisis que significa ruptura, evolución, transformación cambio se aplica a hechos circunstancias o conjunto de situaciones que producen un quiebre, un rompimiento, un antes y un después. La crisis se ha instalado en el debate actual como una categoría de análisis para significar una coyuntura de cambios en

cualquier aspecto de una realidad organizada pero inestable, sujeta a evolución; especialmente, la crisis de una estructura, o de un modelo.

La situación de crisis es una situación excepcional, aunque previsible, pero tiene siempre algún grado de incertidumbre en cuanto a su reversibilidad o grado de profundidad. El término crisis es utilizado habitualmente en el medio político para referirse a muy diversas realidades como crisis financiera, crisis política, crisis humanitaria, y en el ámbito de las organizaciones internacionales y de los gobiernos de los Estados, se hace referencia a la “gestión de crisis” como un elemento esencial de su política exterior.

En ocasiones se utiliza el término crisis para referirse a una emergencia o un desastre, es decir, para referirse a una situación fuera de control que se presenta por el impacto de un desastre ya sea natural o provocado por el hombre. Es muy común en la actualidad hablar de crisis global, cuando afecta a la Humanidad en su conjunto; Crisis internacional, cuando afecta a varios Estados; Crisis nacional, en el ámbito de un Estado; Crisis regional, con efectos en un ámbito geográfico o Crisis local. En razón de la materia puede referirse a una Crisis Política de naturaleza compleja, con efectos desestabilizadores y perjudiciales para las sociedades en las que se produce; Crisis Social: Se genera en el marco de un sistema social entre grupos distintos del tejido social conflictos étnicos, religiosos o culturales, transformación de la sociedad por cambios demográficos, o surgimiento de movimientos sociales o Crisis Económica: evidente en la globalización.¹³

La crisis es un elemento inherente a la naturaleza humana y a los distintos grupos sociales, pero depende en gran parte de la capacidad de previsión y planeamiento. De lo cual dependerá su aparición, los tipos y las características de la misma así como sus indicadores y el seguimiento constante de los acontecimientos de ella derivados.

Gramsci identifica varios tipos de crisis: Crisis orgánica, crisis cíclica, crisis aguda, crisis históricas fundamentales, crisis económicas, crisis radical del régimen capitalista, crisis estructural, crisis de coyuntura. La crisis según él consiste justamente en que lo viejo muere y lo nuevo no puede nacer, proceso crucial en el cual se manifiestan las contradicciones entre la racionalidad histórico-política dominante y el surgimiento de nuevos sujetos históricos portadores de inéditos comportamientos colectivos. La crisis como tal no tiene una fecha de comienzo sino sólo de algunas manifestaciones más clamorosas que suelen identificarse con la crisis, errónea y tendenciosamente.

La crisis casi siempre es estructural e involucra una fase histórica compleja, de larga duración y de carácter mundial, y no uno o más acontecimientos que sean las manifestaciones particulares de ella. El concepto de crisis define, en efecto, aquello que habitualmente se denomina “período de transición”, es decir un proceso crucial

¹³SEPÚLVEDA Muñoz, I. “Análisis de los conceptos de crisis y de gestión de crisis”, en Gestión Internacional de Crisis, Instituto Universitario de Investigación sobre seguridad interior. Madrid mayo 2009. pp 17-18

en el cual se manifiestan las contradicciones entre la racionalidad histórico-política dominante y el surgimiento de nuevos sujetos históricos portadores de inéditos comportamientos colectivos.¹⁴

Para estudiar la crisis como fenómeno social necesitamos recurrir al marco general de la sociología del conflicto, fenómeno social genérico, del cual la crisis es un caso particular. De esta forma ya podemos afirmar que existe la crisis porque existe el conflicto, y que cada conflicto en su evolución pasa por su correspondiente fase de crisis. La crisis social es una categoría de análisis para significar una coyuntura de cambios, ruptura, inconformidad en cualquier aspecto de una realidad organizada pero inestable, sujeta a evolución; especialmente, afectando estructura social.

La crisis social se define como un momento de ruptura, en el funcionamiento de un sistema social, un cambio cualitativo en la sociedad, que se produce por la variación en sus componentes. La crisis en el modelo social involucra elementos como las relaciones sociales de producción, la distribución de la propiedad, la estructura de la familia y el rompimiento con principios tradicionales en el campo cultural y religioso, como consecuencia de nuevas demandas, nuevas necesidades y la capacidad del modelo social para resolverlas.¹⁵

Las situaciones de crisis son muy comunes en los espacios públicos, políticos, y sociales más cercanos a las estructuras del poder, y especialmente en contextos donde las relaciones de fuerza se desplazan ante la presencia de problemas socialmente relevantes. Cuando se generaliza o se crea una conciencia de crisis, se induce a sus actores y a los movimientos sociales, a propagar un sentimiento de inconformidad y se toman iniciativas casi siempre consensuales que pueden, convertirse en movilizaciones, contra la eficacia de leyes o la ausencia y posibilidad de ejercer legítimamente sus derechos sociales y encontrar soluciones a necesidades insatisfechas.

Las situaciones de crisis se hacen más visibles ante la necesidad de cambios urgentes, cuando se hace evidente la incompetencia de la racionalidad formal, o claras tendencias de modificaciones estructurales ante la presencia de conflictos sociales que en forma pacífica o violenta buscan una salida que no ha obtenido respuestas satisfactorias, para los reclamos exigencias, deseos y expectativas que los seres humanos reclaman colectivamente, y que no cuentan con reglas para su tratamiento, como lo señala Roscoe Pound.¹⁶

2. EL CONCEPTO Y LA TEORIA DEL PARADIGMA.

¹⁴ **GRAMSCI Antonio.** Pasado y presente. Cuadernos pagina 56, 1755 -1757.

¹⁵ **SEPÚLVEDA Muñoz, I.** "Análisis de los conceptos de crisis y de gestión de crisis", en Gestión Internacional de Crisis, Instituto Universitario de Investigación sobre seguridad interior. Madrid mayo 2009.

¹⁶ **POUND, Roscoe,** Las grandes tendencias del pensamiento jurídico. Trad. y Estudio Preliminar José Puig B. Edit. Comares, Granada, 2004, paginas 178 - 179).

El concepto de paradigma ha sido utilizado en forma indiscriminada y aplicado en el campo de la investigación bajo el supuesto que admite pluralidad de significados y diferentes usos; por ello se le define como un conjunto de creencias y actitudes, como una visión del mundo "compartida" por un grupo de científicos que implica una metodología determinada. El paradigma es un esquema teórico, o una vía de percepción y comprensión del mundo, que un grupo de científicos adopta.¹⁷

La categoría de paradigma propuesta por Kuhn se define como una "realización científica universalmente reconocida que, durante cierto tiempo, proporciona modelos de problemas y soluciones a una comunidad científica.". De allí que la conservación de un mismo paradigma científico, por un determinado tiempo y validada-consensuada por una comunidad científica, es lo que Kuhn asume como ciencia normal, pero cuando ese paradigma comienza a presentar limitaciones se produce una crisis de fundamentos del mismo que obliga necesariamente a una revolución que permite la transición o el desplazamiento hacia otro paradigma. Dicha revolución implica la superación de una estructura teórica por otra, incompatible con la anterior, pero sin desmerecer la vigencia de la misma.¹⁸

Un nuevo paradigma origina nuevas ideas, teorías científicas y normas metodológicas, que el paradigma anterior nunca llegó a alcanzar, y ni siquiera a plantearse, debido, entre otros factores al estado de desarrollo de la ciencia y del método científico. Como consecuencia de ello avanza y se desarrolla una ciencia más madura. En este sentido, el paradigma se mantiene hasta que surja otro modelo más completo que lo reemplace. Los paradigmas designan una o más realizaciones científicas pasadas, realizaciones que alguna comunidad científica particular reconoce durante cierto tiempo con fundamento para su práctica posterior, por cuanto la ciencia, no es una actividad de los científicos aislados sino de los investigadores que comparten una constelación de creencias, valores, métodos y técnicas que las hace parte de una comunidad científica.

Desde el punto de vista científico un paradigma se considera como un modelo epistemológico, que contextualiza el desarrollo de las diferentes teorías y explicaciones, en una disciplina dada, a través de unos lineamientos organizados en forma lógica y coherente. En las ciencias sociales, un paradigma es una forma de diagnóstico, basada en una reconstrucción racional de formas de consciencia, plasmadas y sintetizadas en una teoría, que busca orientar la acción.¹⁹

El paradigma es de alguna forma una conquista del conocimiento científico que se va imponiendo con el tiempo y que comienza por desplazar a la tendencia vigente, hasta imponerse como tendencia dominante y termina siendo desplazadas por nuevos paradigmas siempre dentro de un mismo esquema estructural que él

¹⁷ **ABBAGNANO, N.** : Diccionario de Filosofía. México: FCE Alvira, F. Perspectiva Cualitativa-Perspectiva Cuantitativa en la Metodología Sociológica, en Reiss, 1986 22, pp.53-75

¹⁸ **KUHN, Thomas.** "La estructura de las revoluciones científicas". FCE, México, 1971. Pag.13.

¹⁹ **ARATO Andrew.** Reflexive Law, Civil Society, and Negative Rights, En Cardozo Law Review, New York, N° 17, 1996, p. 784.

proponía como explicación a las revoluciones científicas.²⁰ El paradigma designa un enfoque, una opción o un modo sistemático de investigar, y que responde a un fondo filosófico o manera de ver el mundo, el conocimiento humano y sus procesos de producción de conocimiento, que permitirían identificar esta palabra con enfoques o modelos de investigación de carácter teórico, epistemológico o metodológico.

Es muy común que al hablar de paradigma se hable de investigación o de filosofía de la investigación, cuando estamos en el terreno de las ciencias naturales, pero que tendría otras connotaciones en el caso de las ciencias sociales, particularmente cuando se trata de la asimilación de un nuevo tipo de fenómeno o de una nueva teoría científica que demanda el rechazo de un paradigma anterior. La diferencia consiste en que su aplicación no corresponde al modelo de las ciencias naturales en las que el desarrollo científico sería claramente acumulativo, y no sustituye o anula al anterior, como si podría serlo en las ciencias sociales en las que son comunes los paradigmas de investigación cualitativa y cuantitativa, perspectiva desde la cual el método científico, se ocupa de validar y generalizar nuevas hipótesis en las cuales el paradigma de la ciencia debe modificarse, y acomodarse a las necesidades especiales del dominio de las ciencias sociales.

El paradigma en la investigación es el punto de partida del conocimiento científico, es la realidad que mediante la investigación permite llegar a las ciencias sociales, para observar, descubrir, explicar y predecir nuevos enfoques o modelos para explicar un conocimiento sistemático de la realidad, que es protagonista de fenómenos, hechos y sujetos que rigurosamente examinados demuestran su involución o su permanencia en el tiempo sin asumir los cambios que le exigen las nuevas realidades.

El papel de este enfoque del paradigma es mostrar que el nuevo modelo es simplemente una visión diferente que aborda la realidad con nuevos elementos. Un paradigma, es la presentación de nuevas ideas, creencias, argumentos que construyen una nueva forma para explicar la realidad de manera coherente con nuevos modelos explicativos, que no son otra cosa sino teorías o enfoques emergentes que demuestran consonancia con nuevas explicaciones de la realidad. Un paradigma está formado por los supuestos teóricos generales, las leyes, y las técnicas para su aplicación, que adoptan los miembros de una determinada comunidad científica.

El término modelo, o paradigma en consecuencia, tiene una amplia gama de usos en las ciencias sociales, refiriéndose básicamente a una representación parcial de la realidad; ante la imposibilidad de explicar una totalidad, ni incluir todas las variables que esta pueda tener. La explicación de un modelo parte de supuestos hipotéticos o de teorías previas ya confirmadas. El modelo explica a la realidad y la fundamentación teórica explica al modelo, él puede ser definido como el conjunto

²⁰KUHN, Thomas. "La estructura de las revoluciones científicas". FCE, México, 1971. Pag.32.

de las características generales de la estructura de la realidad social que puede explicar sus elementos, mecanismos y procesos, cómo se interrelacionan y los aspectos teóricos que le dan sustento, para facilitar su comprensión.²¹

Kuhn, sostiene que el término paradigma se ajusta a un sistema y a una estructura coherente que orientan la actividad científica. En este sentido, los paradigmas funcionan a manera de modelos que permiten crear estructuras de razonamiento o de la racionalidad con funciones complejas, dinámicas y organizadoras del pensamiento científico. Un nuevo paradigma exige el derrocamiento del viejo, y no precisamente una adición a las teorías precedentes.

Desde esta visión, la emergencia de un paradigma implica necesariamente una ruptura, un quiebre de los conocimientos ya establecidos. Cualquier acomodación o acercamiento con el pasado deberá darse dentro de espacios de redefiniciones, de reinterpretaciones, de revisiones que adquirirán formas, procesos y tratamientos distintos dentro del nuevo paradigma. Sin lugar a dudas para crearse estos espacios de tolerancia gnoseológica y epistemológica se requiere la convergencia y el consenso de una comunidad académica y científica, quien determina los parámetros, las categorías y las condiciones del conocimiento que pudiesen asumirse dentro del paradigma generado.

El paradigma: sintetiza un conjunto de creencias, compromisos comunitarios y maneras de ver compartidos como ya se dijo por una comunidad científica, llevando en sí mismo un proceso de sustituciones que emergen en períodos de 'crisis' obligando a revisarlo y rehacerlo todo.²² Necesariamente, el paradigma engendra la idea de cambio y de transformación que recorre el interior de las disciplinas, los campos de investigación y los fundamentos propios del conocimiento científico. Requiere un diálogo abierto y fecundo entre la ciencia y sociedad, sin el cual sería imposible construir el saber y tejer maneras distintas de pensar y de hacer la realidad.

El paradigma positivista, también denominado paradigma cuantitativo, empírico analítico racionalista, es el paradigma dominante; es una escuela filosófica que defiende determinados supuestos sobre la concepción del mundo y del modo de conocerlo, por lo que se extienden las características del positivismo a las dimensiones del paradigma. El paradigma positivista o naturalista, se caracteriza por el alto interés por la verificación del conocimiento a través de predicciones.

El positivismo acepta como único conocimiento válido al conocimiento verificable, objetivo mensurable, y visible. No acepta la pertinencia de otras perspectivas, de otros procedimientos metodológicos y otros tipos de conocimientos de interpretación de la realidad; lo que importa para el positivista es la cuantificación y medición de una serie de repeticiones que llegan a constituirse en tendencias, a

²¹**WEBER, Max.** Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva. FCE Fondo de Cultura Económica, México 1977. Páginas 37-42

²²**KUHN, Thomas** "La estructura de las revoluciones científicas". FCE, México, 1971. Pág. 136-7

plantear nuevas hipótesis y a construir teorías, todo fundamentado en el conocimiento.

Los paradigmas son útiles para ubicar las tendencias metodológicas en la generación del conocimiento, y no necesariamente tienen una correspondencia exacta con las distintas disciplinas sociales, en particular con las ciencias jurídicas. El paradigma positivista y el realista están en una dimensión, y el hermenéutico y el asociacionista están en otra. La problemática en las ciencias jurídicas es que las tendencias positivistas y funcionalistas, y los planteamientos reduccionistas han predominado en esta disciplina. La discusión entre los positivistas y los hermenéuticos se ha centrado en que los positivistas critican a los no positivistas, cuestionando que su conocimiento no es cuantificable, por lo tanto no es un conocimiento con validez.²³

El concepto de paradigma se evidencian cuando la orientación política se ve drásticamente limitada y dificultada por dos revoluciones que actualmente se enredan: 1.Las dinámicas de la sociedad del conocimiento y 2.Las dinámicas de la sociedad mundial, cuya fuerza motora es la complejidad organizada que se basa en conocimiento especializado y es reforzada por la base de conocimiento multi-abarcante de todos los procesos sociales.²⁴ El paradigma es un logro científico que generan modelos, durante un período largo, y de modo explícito, orientando el desarrollo posterior de las investigaciones en la búsqueda de soluciones para los problemas planteados por estas. El paradigma es un principio, una teoría o un conocimiento originado de la investigación en un campo científico es decir una referencia inicial que servirá como modelo para futuras investigaciones. El paradigma se relaciona con resistencia al cambio pero al ser relacionado con el término emergente consiste en un cambio que puede ser utilizado como modelo. El paradigma aplicado a la complejidad o al pensamiento complejo, tiene como objetivo relacionar varias disciplinas y formas de ellas.

3. EL CONCEPTO DE PARADIGMA APLICADO A LAS CIENCIAS SOCIALES Y AL DERECHO.

Los significados del concepto de paradigma aplicado a las ciencias sociales en la caracterización de los modelos sociales son muy diversos. Puede considerarse en términos generales, como un canon general o un arquetipo que caracteriza y representa la realidad social es decir una explicación de conjunto un paradigma, patrón o guía de acción; idealización de la realidad social a partir del cual se identifican sus elementos esenciales o los supuestos teóricos de un sistema social.²⁵ Los modelos sociales son construcciones mentales que permiten una

²³ **POPPER, Karl R.**, La lógica de la investigación científica, Traducción Víctor Sánchez de Zavala, Ed. Tecnos, Madrid, 1962.

²⁴ **Helmut Willke.** Capacidad de rendimiento del Estado. En: Revista, Persona y Sociedad / Universidad Alberto Hurtado, Chile. Vol. XXI / Nº 2 / 2007 / 9-16. Traducción Aldo Mascareña. Este autor en 1994 obtuvo el Premio Leibniz de la Comunidad de Investigación Alemana.

²⁵ **GONZALEZ G. Juan.** Teoría del desarrollo económico Neo institucional. Una alternativa a la pobreza en el siglo XXI. México Porrúa, 2009, Pág. 11 a 13.

aproximación a la realidad de un fenómeno social, distinguiendo sus características para facilitar su comprensión.

Los filósofos del Derecho a través de la historia, han debatido con rigor académico y científico acerca del mejor método para abordar la realidad, interpretarla y transformarla. En este debate han surgido diversidad de enfoques que los juristas han ido adoptando en relación con los temas centrales de la dogmática jurídica y con el uso de Diversas epistemologías, enfoques y metodologías diferentes, tanto en la Filosofía como en la sociología, la epistemología y en la teoría del derecho que han dado lugar a rápidas confrontaciones metodológicas, y formas de asumir el derecho como una realidad social, en su evolución y en estructura.

El paradigma es una especie de constitución racional que sistematiza, describe, interpreta, clarifica y dirige una realidad sobre la base de presupuestos teóricos. Dicha particularidad permite a la comunidad científica engendrar ideas, percibir imágenes, identificar y especificar juicios sobre una disciplina o área de estudio. Pues propicia un ambiente de certidumbre para llevar a cabo la investigación y establece reglas para juzgar la validez de las respuestas o soluciones otorgadas a los problemas estudiados. Desde esta perspectiva se podría decir que, la idea de paradigma encierra todo un marco de supuestos conceptuales y de métodos, los cuales son compartidos y utilizados por los integrantes de un área disciplinaria.

Uno de los últimos enfoque y quizá el mar reciente es el de aplicar el concepto de Paradigma a las realidades jurídicas y políticas. Los filósofos de la ciencia que se derivaron del empirismo y del falsacionismo presentaban serios problemas al comparárselas con la evidencia histórica. Surgió una crítica a esas teorías, y la respuesta fue estudiar las teorías como estructuras, en lugar de considerarlas formadas por una serie de enunciados.

En el campo del Derecho la idea de Paradigma como un modelo, se puede inferir de cuando diferentes teóricos, juristas o usuarios del sistema jurídico, hacen referencia a una cierta visión social o modelo social observable, en su funcionamiento y en sus cambios, de tal forma que las transformaciones jurídicas, sean vistas como resultado de las transformaciones de la sociedad es decir que una nueva lectura del Derecho, conlleva una nueva imagen de la sociedad, un nuevo paradigma. Pese a los avances que produjo este nuevo modelo, comenzaron a aparecer críticos de izquierdas y de derechas, que hacían ver los problemas que aparejaba esta materialización del Derecho.

El primero en oponerse a la aplicación del concepto de paradigma a las ciencias jurídicas fue Pierre Bourdieu quien Critica a Kuhn, y afirma que sus teorías valen para las revoluciones inaugurales de la ciencia inicial como la revolución copernicana y que las revoluciones ya no son contra los poderes, sino que están definidos por lo que él denomina el campo el campo jurídico. Acusa a Kuhn de funcionalista, en donde la “función” es el interés de los dominantes, dice que el tema de análisis en Kuhn es la comunidad científica, como una forma de ocultar

sus intereses. La comunidad científica no es un grupo identificado y que no es cierto que un signo de madurez científica en una disciplina sea la existencia de un paradigma.²⁶

Lakatos también se opone a la aplicación en el Derecho del concepto de paradigma señalando que la ciencia normal mencionada por Kuhn no es sino un programa de investigación que ha obtenido el monopolio. Eso ocurre rara vez y por un período de tiempo relativamente corto. Para Kuhn las revoluciones son excepcionales y extra científicas. Lakatos niega la revolución de Kuhn y señala que este se equivoca al pensar que las revoluciones científicas son un cambio repentino e irracional del punto de vista de los científicos. Para Kuhn no hay lógica del descubrimiento, sino una psicología del descubrimiento. Es un pánico colectivo, irracional, sociológico, contagioso. Cae dentro de la psicología de las masas. Cada paradigma contiene sus propios criterios y no es posible compararlos.²⁷

También S.Toulmin propone que la ciencia es un proceso continuo y rechaza la noción de revoluciones científicas. La distinción de Kuhn entre ciencia normal y ciencia revolucionaria le parece falaz, de manera similar no hay solución entre macrorevolución y microrevolución. Para Toulmin, el darwinismo es una forma general de explicación histórica, la evolución por variación y selección que es aplicable a otros procesos.²⁸ Las teorías científicas no se superan unas a otras mediante procesos de verificación ni de falsación. Simplemente cambian en virtud de las crisis y pérdidas de fe en un determinado paradigma científico.

Al respecto Karl Popper menciona que las nuevas hipótesis científicas son intentos de resolver los problemas, planteados, ya sea por la naturaleza o por la ciencia. La selección natural y la selección de teorías son procedimientos de eliminación de errores que activan tanto descontando las formas sin éxito. Lo que consiste en la selección negativa como un proceso para modificarlas gradualmente, lo que se denomina elección positiva.²⁹ La principal crítica de Popper hacia el método científico se dirige a que la instrumentación de éste no conduce necesariamente a la certeza; muy por lo contrario, el conocimiento es falible, por ello surge la necesidad de una demarcación y desde luego una epistemología alternativa.

A pesar de estas críticas, en los últimos años se ha empezado a generalizar particularmente en América Latina el concepto de paradigma aplicado al Derecho, teniendo en cuenta que la noción de paradigma en el ámbito de la ciencia ha generado un verdadero impacto en las concepciones del mundo de las ciencias sociales, y en especial del Derecho. Con esta visión paradigmática de las disciplinas sociales se asume una visión crítica de las instituciones tanto jurídicas como políticas, y se busca señalar sus características fundamentales. Esta

²⁶**GIMÉNEZ, Gilberto.** "La Sociología de Pierre Boudeau". Instituto de Investigación Sociales de la Universidad Nacional Autónoma de México. Agosto 2010. BOURDIEU P. Elementos para una sociología del campo jurídico. (1997)

²⁷**LAKATOS, Imre.** "La metodología de los Programas de investigación científica". Alianza Editorial. Madrid. 1983.

²⁸ **TOULMIN, S. (1972).** Human understanding. The collective use and evolution of concepts. Princeton, NJ: Princeton University Press. Traducción de N.A. Míguez (1977): La comprensión humana. El uso colectivo y la evolución de los conceptos. Madrid: Alianza Universidad.

²⁹**POPPER, Karl R.** La lógica de la investigación científica, Traducción Víctor Sánchez de Zavala, Ed. Tecnos, Madrid, 1962.

metodología sigue la construcción de un marco interpretativo,³⁰ desde la sociología jurídica, buscando identificar, clasificar e interpretar el mundo del Derecho con el objeto de resolver las innumerables preguntas que han de caracterizar la realidad social y jurídica en esta época de la globalización.

Con el enfoque de los paradigmas se reconstruye una teoría de la evolución legal, distinta de los enfoques tradicionales que miran el Derecho como un presupuesto para el logro de los valores más esenciales de la vida social, haciendo notar por el contrario que los individuos no producen el Derecho como un artefacto cultural sino como un proceso comunicativo en que mediante sus operaciones jurídicas en una sociedad compleja, los actores humanos usan sus componentes semánticos.³¹ La idea de paradigma entendido como un modelo, tiene su mayor aplicación cuando diferentes teóricos, juristas o usuarios del sistema jurídico hacen referencia a un modelo social observable que determina la imagen del derecho para caracterizar el modelo de sociedad.

Esta metodología pretende dar una respuesta al aumento de la complejidad social, teniendo en cuenta que la vida se centra en dimensiones no estructuradas, que el mundo social se politiza, la dogmática jurídica se enfrenta a nuevos interrogantes o nuevos paradigmas y que será necesaria una real comprensión de la realidad social, en el propio escenario de sus interacciones, bajo las banderas de una sociedad auto reflexiva más justa y más humana.³² Esto significa, por ejemplo en el campo político que también que los Estados deben compartir escenario y poder globales, con organizaciones internacionales, empresas transnacionales y movimientos sociales y políticos también transnacionales y no gubernamentales, cuya magnitud nunca antes había existido.³³

El paradigma engendra la idea de cambio y de transformación que recorre el interior de las disciplinas, los campos de investigación y los fundamentos propios del conocimiento científico. Requiere un diálogo abierto y fecundo entre la ciencia y sociedad, sin el cual sería imposible construir el conocimiento. El concepto de paradigma no se reduce a los ámbitos de la ciencia, sino que, en cuanto tal, supone visiones compartidas de una comunidad humana históricamente dada y aún de la civilización. En este contexto, los paradigmas habrían de expresarse en los modos de vida y las formas de producción, y de más características de las ciencias sociales, pues como estructuras de larga duración son susceptibles de transformación por elementos y variables inherentes a la dinámica social, si se tiene en cuenta que los paradigmas son un conjunto de conocimientos y creencias que forman una visión del mundo en torno a una teoría hegemónica en determinado período histórico.

4. LA DENOMINACION DE PARADIGMAS JURIDICOS.

³⁰ **CHIJU, Amparam A.** Construcción de marcos interpretativos. México, Porrúa, 2006 p.9

³¹ **HABERMAS, Jurgen.** Teoría de la Acción Comunicativa, B. Aires, Taurus, 1991, t. II, p. 504.

³² **CARCOVA Carlos María.** Las teorías jurídicas pos positivistas. B. Aires. AbeledoPerrot. Paginas 63 y 64.

³³ **BECK Ulrich.** Que es la Globalización. Barcelona Paidós, 2001 Paginas 57-60

Desde la construcción del concepto de paradigma de T. 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.

La idea de paradigma como un modelo, se puede inferir de cuando diferentes teóricos, juristas o usuarios del sistema jurídico hacen referencia a una cierta visión social o modelo social observable en este. Con esto se entiende que el derecho tendría una imagen de cómo es la sociedad y con esta visión inscrita en el sistema jurídico, y con estas imágenes implícitas sobre las características actuales de la sociedad se podría inferir en la práctica actual los paradigmas aplicables para producir y conceptualizar el derecho

El término paradigmas jurídicos, pertenece a la doctrina eurocéntrica, particularmente, Gunther Teubner utiliza este enfoque en el paradigma del Derecho reflexivo y en el derecho como sujeto epistémico. Habermas en su obra *Facticidad y validez* dedica su capítulo Noveno al estudio de los paradigmas jurídicos, y Luhman en se refiere a la teoría de los sistemas en la caracterización de su doctrina sociológica, como uno de los nuevos paradigmas en la sociología jurídica. Se afirma como la nueva teoría social y la investigación cualitativa ha generado un fuerte impacto en los paradigmas tradicionales, que caracterizan la sociedad compleja.

Este Término paradigmas jurídicos puede ser definido como un canon general o específico, un arquetipo que cuenta con el respaldo de los juristas de una época, y que cambia de acuerdo a los contextos históricos, caracterizando viejos y nuevos paradigmas. La naturaleza paradigmática, del Derecho se refiere a concepciones compartidas por toda una comunidad de juristas, y escuelas de derecho de manera especial cuando se trata de modelos aplicables a campos concretos de la actividad jurídica. El trabajo se refiere en forma permanente al cambio de estos paradigmas, como consecuencia de la crisis del modelo social y de la racionalidad del Derecho.

El empleo del término “paradigma” se ha generalizado y es frecuente su uso, en las ciencias jurídicas, en las que la literatura especializada suele hacer referencias al paradigma lusnaturalista o positivista, realista o crítico o analítico, o sistémico. Alude, en la mayor parte de los casos, a un conjunto de principios, a ciertos criterios metódicos o epistémicos, a la existencia o inexistencia de valores para caracterizar, una cierta concepción doctrinaria.³⁴

La magnitud de dichos problemas parecen justificar el concepto de paradigmas jurídicos, pues se puede evidenciar que la dimensión y efectos de los

³⁴KUHN, THOMAS: "La estructura de las revoluciones científicas". FCE, México, 1971. Pag.32

acontecimientos en el campo normativo son de tal magnitud que son las empresas, los profesionales, el Estado, las instituciones educativas, los padres de familia, los docentes, las universidades, los sindicatos, los gobiernos, las iglesias, entre otras organizaciones; las que deben asumir un rol más protagónico para revertir los flagelos de la humanidad pues se corre el riesgo de ser testigos de la propia destrucción como sociedad.³⁵

5. PARADIGMAS JURIDICOS CONVENCIONALES O TRADICIONALES.

En el derecho la idea de paradigma opera como un modelo, que se puede inferir de sus planteamientos teóricos, de su doctrina y de su legislación, factores en los cuales es observable una cierta visión social o modelo social pues el derecho tiene una imagen de cómo es la sociedad imágenes implícitas que guían la práctica de esa sociedad para producir y aplicar el derecho.³⁶ La comprensión paradigmática del derecho es la que permite caracterizar, nuevos y viejos paradigmas, con pretensiones teóricas, de tal forma que la disputa entre expertos permite plantear de si el paradigma mismo puede adoptar la forma de una nueva teoría fundada en términos de ciencia jurídica y es a través del cambio en la comprensión paradigmática, como se identifican los cambios en el Derecho.

A partir de este enfoque se habla del agotamiento de ciertos paradigmas vinculados al estado de derecho, que traen como consecuencia problemas jurídicos, que inciden sobre los modelos sociales en los cuales conviven las mismas teorías del Derecho, sus tendencias evolutivas que culminan hoy en el paradigma de la sociedad compleja. Se han identificado en esta investigación como paradigmas tradicionales o convencionales del Derecho los viejos paradigmas jurídicos, y políticos, que han sido el centro de la reflexión y la práctica jurídica: El positivismo, el iusnaturalismo, el Estado liberal, la Democracia, los paradigmas Iusfilosoficos y constitucionales.

Estos paradigmas han ignorado en forma reiterada las grandes contradicciones internas del Derecho y el carácter indeterminado de los postulados normativos con las cuales las elites dominantes, imponen una ideología centrada en una supuesta coherencia, racionalidad y neutralidad de las instituciones jurídicas y políticas. El positivismo, el iusnaturalismo, el Estado liberal, y la Democracia occidental, están siendo cuestionados y controlados por la indiscutible presencia de movimientos sociales y cívicos fuertes que han intervenido en el control democrático de la sociedad moderna, y en el establecimiento de formas de democracia participativa, como propuesta de nuevos paradigmas. Su trayectoria reciente está marcada por la cercanía con los movimientos organizadores y participativos del Foro Social Mundial y por su manifiesto coordinando la elaboración de una obra colectiva de investigación denominada "Reinventar la Emancipación Social."

³⁵ NACIONES UNIDAS.PACTO GLOBAL. Objetivos del Milenio. Parte Introdutoria. Pag. 2-8

³⁶ HABERMAS, Jürgen. Paradigms of Law, en Cardozo Law Review, New York, N° 17, 1996, p. 770.

6. LA CRISIS EN LOS PARADIGMAS JURIDICOS CONVENCIONALES.

Señala Ferrajoli que se asiste, incluso en los países de democracia más avanzada, a una crisis profunda y creciente del derecho, que se manifiesta en diversas formas y en múltiples planos. Esta crisis se expresa en la ausencia o en la ineficacia de los controles, en la variada y llamativa fenomenología de la ilegalidad del poder, y las numerosas investigaciones que se han sacado a la luz muestran un gigantesco sistema de corrupción que envuelve a la política, la administración pública, las finanzas y la economía, y que se ha desarrollado como una especie de Estado paralelo, desplazado a sedes extra-legales y extra-institucionales, gestionado por las burocracias de los partidos y por los lobbies de los negocios, que tiene sus propios códigos de comportamiento.³⁷

Los procesos de transformación del derecho en relación con la sociedad, y los procesos de cambio que se han producido en las sociedades occidentales han originado que muchas transformaciones jurídicas, más que como cambios, hayan sido vistas como una crisis del derecho, más aun una crisis de lo que es el Derecho. En estas perspectivas evolutivas del derecho se pretenden comprender las transformaciones del sistema jurídico en relación con los cambios que se han producido en las respectivas sociedades en las que el derecho pierde su carácter estático y se hace reflexivo, evidenciándose el carácter político detrás de Él.

En otras palabras la evolución del derecho y de sus paradigmas demuestran cómo la lógica, de la reflexión y las formas jurídicas no tienen un carácter perpetuo, sino que se han ido desarrollando a la par de los cambios desarrollados en las sociedades occidentales, desde el advenimiento de la modernidad. Por esta razón la primera parte de esta investigación pretende una aproximación al Derecho, en el contexto de los diferentes modelos de sociedad que han imperado en un sistema jurídico y han determinado su desarrollo y sus limitaciones, razón por la cual las mencionadas contradicciones a que nos enfrentamos hoy en nuestros sistemas jurídicos, hacen necesaria una nueva lectura en los tradicionales paradigmas.

Estas contradicciones, que han dado lugar a la crisis, tienen que ver con la indeterminación del derecho, sus contradicciones internas, la función que cumple en el mantenimiento del Status Quo, la supuesta neutralidad de su contenido, sus inconsistencias internas, la ideología de quienes aplican justicia, su carácter instrumental, la irracionalidad de la justicia misma y en general las incoherencias propias del ordenamiento jurídico, que se caracteriza hoy por su formalismo y su divorcio de la realidad social.

Estos paradigmas tradicionales se caracterizan por la desfiguración que sufren y por la crisis en que han entrado tanto el Estado de Derecho como el paradigma democrático que actúa bajo la fachada de Democracia. Por ejemplo en América

³⁷FERRAJOLI Luigi. Crisis del Derecho y Crisis de la Razón Jurídica. El Modelo Garantista Publicado: diciembre 3, 2013 en [INFORMACION DOCTRINAL](#)

latina las elites políticas actúan al amparo hegemónico de las transacciones entre los tres poderes, y los congresistas representan intereses clientelistas, en una especie de corporativismo parlamentario y de hegemonía social, que sobreviene cuando una élite parlamentaria no legisla en general para todos, sino que esconde intereses particulares, y casi siempre legisla para el beneficio de sus miembros.

Gracias a los paradigmas tradicionales que se mencionan, y a la mediación del Derecho, la riqueza se concentra y la pobreza se ha multiplicado, pues como afirmaba Jeremías Bentham,³⁸ “la propiedad y la ley nacen juntas y mueren juntas, si se tiene en cuenta que antes de las leyes no había propiedad; si se eliminan las leyes toda propiedad cesa” y no existe la menor duda que la propiedad ha alcanzado su situación actual, gracias a la organización política de la sociedad, pues la existencia de la propiedad privada depende de las instituciones jurídicas públicas y de la acción del Estado.³⁹

Los componentes del Estado liberal y de la democracia occidental, que se materializan en la propiedad privada, históricamente han sido cuestionados, no solo por la teoría marxista sino también en sus propios orígenes durante la revolución Francesa por Robespierre, quien insistía en la idea de que no toda propiedad es legítima, si atenta contra la libertad y que las grandes desigualdades sociales que crean las enormes y desproporcionadas fortunas atentan contra la libertad. Para Robespierre la gran desigualdad económica es la raíz de la destrucción de la libertad y es la fuente de todos los males. En sus arengas a los legisladores les decía que “realmente no hacía falta una revolución, para explicar al universo que la extrema desproporción de las fortunas es el origen de muchos males y de muchos crímenes.⁴⁰

La tradición republicana, desde Aristóteles, pasando por Cicerón,⁴¹ hasta Robespierre, también señalaba otros paradigmas cuestionados hoy, al considerar que la ciudadanía plena no es posible sin independencia material o sin un control sobre el propio conjunto de las oportunidades, pues consideran que la libertad política y el ejercicio de la ciudadanía son incompatibles con las relaciones de dominación, mediante las cuales los propietarios ejercen dominio sobre aquellos que por no ser completamente libres, están sujetos a todo tipo de interferencias, ya sea en el ámbito de la vida doméstica o en el de las relaciones jurídicas, propias de la vida civil, como los contratos de trabajo y la compraventa de bienes materiales.⁴²

El paradigma del Estado de Bienestar realizado por el Derecho, ha resultado inviable y ha comenzado su desmonte en los mismos países de La unión Europea, como España, Portugal y Grecia. El Estado de Bienestar surgido después de la

³⁸ Obras selectas de **JEREMÍAS BENTHAM**. Tomo IV, Principios de legislación; Panóptico. Buenos Aires: RODAMILLANS, 2005. Paginas 325 340

³⁹ **STEPHEN Holmes y CASS R. Sunstein**. El costo de los Derechos. Porque la Libertad depende de los impuestos. Siglo XXI Editores. Buenos Aires 2011, Paginas 80 a 87

⁴⁰ **RAVENTOS Daniel**. *Las condiciones materiales de la libertad*. Barcelona, *El Viejo Topo* 2007 Pagina 73.

⁴¹ **CICERÓN**, “De la República”, 1. III en Lactancio, Inst. Div. 6,8,7.-

⁴² **IBID RAVENTOS**, Daniel .Pagina. 77

segunda Guerra, expresaba la voluntad de los legisladores, de hacer una intervención pública en la economía y en los asuntos sociales y particularmente en la seguridad social, que fue verdaderamente un compromiso histórico para frenar, muchos estallidos revolucionarios, que a pesar de sus interesantes logros, particularmente, en la desactivación de los conflictos sociales, comenzaron a desvanecerse en la era de la globalización, con el resurgimiento y consolidación del capitalismo salvaje.⁴³

7. SURGIMIENTO DE NUEVOS PARADIGMAS EN EL ESTADO DE DERECHO.

En la misma doctrina Eurocentrica, es donde nace la idea del surgimiento de nuevos paradigmas en el estado de Derecho y se hacen propuestas de un nuevo paradigma del derecho que supere las deficiencias de los modelos formalistas. A partir del concepto de paradigma del derecho y de una exposición del desenvolvimiento de estos paradigmas y de sus consecuencias, se puede entender el desarrollo evolutivo de los sistemas jurídicos occidentales, y las contradicciones que hoy enfrentan. Se menciona por ejemplo El paradigma procedimental del derecho y, en relación con este, la propuesta del profesor Gunther Teubner de un derecho reflexivo, como una búsqueda de respuestas a estas contradicciones. Los nuevos paradigmas muestran como el Derecho no se basa ya en decisiones estatales, ni se produce en las clásicas y tradicionales instituciones del Estado liberal y de la democracia occidental sino en procesos sociales más o menos organizados que caracterizan su propia deconstrucción pero sobre todo la insuficiencia de su modelo de racionalidad que exige mecanismos nuevos, de resolución de conflictos y surgimiento de nuevos paradigmas o procedimientos para dilucidar, explorar, profundizar e interpretar la ineficacia del Derecho y la crisis de sus paradigmas en el contexto de la globalización, evidenciando en consecuencia el surgimiento de nuevos paradigmas acordes con la complejidad social, y portadores de una nueva racionalidad que permita la construcción de un nuevo tipo de Derecho, con nuevos paradigmas en su función en su legitimación y en su estructura.

El surgimiento de nuevos paradigmas corresponde a un rompimiento o ruptura epistemológica, conceptos desarrollados por Bachelard y utilizado por Kuhn según el cual la ciencia está constituida por visiones paradigmáticas o por paradigmas que se convierten en matrices explicativas, propias de un determinado momento histórico. Estos paradigmas se refieren en el campo jurídico a conceptos como la autorreferencialidad, la autopoiesis, la reflexividad y otras herramientas epistemológicas que sostienen que la ley no está determinada por factores exteriores a ella, ni por la autoridad de los textos, ni por el poder de las palabras, ni por la ley natural o la revelación divina sino que está determinada de manera autorreferente y que descansa sobre su propia realidad y cuya validez no viene de fuera sino producida desde dentro del Derecho.

⁴³ RAVENTOS, IBID Paginas 78-79

La autorreferencialidad, la autopoiesis, la diferenciación, la complejidad y la flexibilidad, se constituyen en conceptos que abren la posibilidad de nuevos enfoques acerca de lo social y lo jurídico, nuevas conceptualizaciones y por lo tanto nuevas transformaciones paradigmáticas, que son objeto de nuestra propuesta y que constituyen un salto epistemológico, considerando que el Derecho puede controlar por sí mismo sus propias reglas de funcionamiento y con su dinamismo puede determinar sus formas, procedimientos y relaciones y producir los cambios requeridos por su entorno.

Se está transformando la misma racionalidad de las instituciones jurídicas y políticas, forjando organizaciones y liderazgos, reconstruyendo la legitimidad del Estado y la legitimidad de la democracia, perdida en el acontecer de la historia, y se evidencia la tarea de recuperar los derechos sociales construyendo una nueva teoría de la sociedad, que parta de la auto comprensión de los actores mismos, desarrollando un orden emergente de comunicación, orientado a que se transformen, los estándares normativos que benefician solo a unos pocos.⁴⁴

La razonabilidad ha pasado de ser requisito subjetivo del jurista, a requisito objetivo del Derecho, el cual es razonable, cuando permite la composición y la apertura.⁴⁵ Zagreblesky, Profesor de la U. de Turín, considera que el Derecho es concebido como algo plural, carente de rigidez, para superar la concepción legalista y de sistema en que se halla encerrado. La obra el derecho dúctil constituye una aproximación al fenómeno jurídico desde el denominado positivismo corregido, capaz de abordar e interpretar las direcciones de la cultura jurídica. El pacto global y los objetivos del milenio, representan nuevos paradigmas que crean equidad, igualdad de oportunidades, redistribución y reconocimiento, aunque todavía estos componentes, no sean claros en las políticas institucionales y no sean incluidos por la retórica política, ni en sus recursos como metas prioritarias de interés público para la configuración del orden social, para el consenso y para la gestión del conflicto.⁴⁶

En el mismo contexto una nueva idea de justicia en la globalización, se pretende dar una solución a la crisis actual de la justicia caracterizada, por dos nociones, no solo distintas sino opuestas: Una idea de justicia implícita en el orden del mercado, cuyos criterios son la productividad, la responsabilidad individual, la competencia o la utilidad y la otra idea de justicia propia del populismo clásico, asocia justicia y necesidad, no mira la utilidad o el mérito individual sino ante todo las carencias colectivas, esto es la justicia social.

La nueva idea de justicia en la globalización evidencia la forma como el fenómeno de la desigualdad económica mundial, ha sido asumido por las Naciones Unidas⁴⁷

⁴⁴**BOAVENTURA de Sousa, Santos.** La globalización del derecho: los nuevos caminos de la regulación y la emancipación. Bogotá: ILSA, Ediciones Universidad Nacional de Colombia. P 40-45

⁴⁵ **ZAGREBLESKY, Gustavo.** El Derecho dúctil. Madrid. Editorial Trotta. 1995. Pagina 26.

⁴⁶ **ESCALANTE G. Fernando.** Especulaciones a partir del concepto de Anomía. Ponencia leída en el Colegio de México, 1989. Paginas 18 y 19.

⁴⁷**ONU. PACTO GLOBAL DE LAS NACIONES UNIDAS.** Comisión mundial sobre la dimensión mundial de la globalización, 2004 Por una globalización justa: Crear oportunidades para todos. Ginebra OIT, 2007. p.12

en el PACTO GLOBAL y las diez 10 metas del Milenio, bajo la bandera de la responsabilidad social. Se asocia la justicia en la explicación del fenómeno de la pobreza y el hambre global, contrario a quienes piensan exclusivamente en términos de factores causales domésticos propios de las sociedades en las cuales ocurre dicha situación de pobreza. Se demuestra como el concepto de justicia global, no se sustenta en las consideraciones constitucionales, ni en el concepto de soberanía estatal, sino en la persona humana como sujeto del derecho internacional y en la armonización de las legislaciones nacionales con los organismos de la justicia internacional, que particularmente en materia de derechos humanos constituye en el presente siglo el mayor reto que enfrentan los sistemas jurídicos del mundo.⁴⁸

CAPITULO II.

CRISIS EN LA SOCIEDAD, EN EL ESTADO Y EN LA DEMOCRACIA.

Introducción

2.1. CRISIS EN LA SOCIEDAD

- 2.1.1 La crisis en la sociedad tradicional.
- 2.1.2 La crisis en la sociedad moderna

2. 2. CRISIS EN EL ESTADO.

- 2.2.1. El Estado liberal
- 2.2.2 El Estado social.
- 2.2.3 El estado de Bienestar

2.3. CRISIS EN LA DEMOCRACIA.

INTRODUCCION.

Asistimos a una reconfiguración global del orden social, económico, político y cultural. Se ha pasado de un modelo de desarrollo sustentado en la democracia liberal como fuente de legitimidad, a un modelo fundado en la liberalización de los sistemas financieros, en la contracción de las funciones estatales y en la democracia neoconservadora de mercado. Se observa un nuevo proyecto de sociedad en el cual el individuo y el mercado se erigen como los protagonistas de los procesos de integración moral, política y económica. El mercado se constituye en el mecanismo superior de regulación social y la precondition de cualquier democracia, y el individuo deja de ser entendido como resultado de un compromiso social, para entenderse en el marco de las relaciones de intercambio.⁴⁹

⁴⁸ **RODRIGUEZ Ortega, Julio Armando.** La idea de justicia en la globalización. Demandas de justicia global al Constitucionalismo. Revista, **Pensamiento Julliridico, Bogota, Universidad Nacional, No.33 pp 143 a 163**

⁴⁹ **MEJIA Oscar Y JIMENEZ Carolina,** Nuevas teorías de la democracia. De la democracia formal a la democracia deliberativa. Universidad de los Andes. Revista del departamento de Ciencia Política. Julio-diciembre del 2005 Paginas 12-31

Los diferentes modelos de sociedad que históricamente han imperado presentan en la actualidad una nueva lectura que parece ser inevitable. Se pretende en este capítulo caracterizar las perspectivas evolutivas del derecho como consecuencia de los cambios que se han dado en la sociedad, es decir se pretende comprender la transformación del sistema jurídico en relación con los cambios que se han producido en las respectivas sociedades.

Como consecuencia de las transformaciones en la sociedad, el derecho pierde su carácter estático y se hace reflexivo. La evolución del derecho y de los paradigmas que se han desarrollado, tienen el objetivo de demostrar cómo la lógica, de las formas jurídicas no tienen un carácter perpetuo, sino que se han ido desarrollando a la par de los cambios desarrollados en las sociedades occidentales donde han desaparecido paradigmas como el positivismo y el naturalismo para dar lugar a nuevos paradigmas. En la nueva sociedad que se está instaurando en la era de la globalización el individuo y el mercado se erigen como los protagonistas de los procesos de integración moral, política y económica.

El mercado se constituye en el mecanismo superior de regulación social y la precondition de cualquier democracia. El individuo no se entiende ya en el contexto de un compromiso social, sino en el marco de las relaciones de intercambio. Se configura así una sociedad de corte neoconservador que despolitiza el concepto de ciudadanía, deslegitima la intervención del Estado, abona el terreno de la política, libera a la economía de las intervenciones políticas, deteriora lo público y en últimas destruye el sentido normativo y emancipatorio de la democracia.⁵⁰

Frente a esta problemática que caracteriza a las sociedades contemporáneas, en las últimas décadas han surgido múltiples aproximaciones teóricas, que a través de la formulación de modelos normativos de democracia, buscan avanzar en la construcción de nuevos proyectos de sociedad sustentados en la potencialidad del poder constituyente contemporáneo y en los sujetos colectivos ya sean políticos o sociales como potenciales protagonistas de catalizar su propia proyección emancipatoria.

La crisis del Derecho se fundamenta en la crisis de la sociedad, por cuanto los cambios sociales producen modificaciones en las estructuras jurídicas y en la cultura jurídica, es decir, variaciones reciprocas en el campo social y jurídico, situación a la que se llega al considerar al derecho como parte de la sociedad. Las perspectivas evolutivas del derecho pretenden comprender la transformación del sistema jurídico en relación con los cambios que se han producido en las respectivas sociedades. En esta compleja transformación de la sociedad son pertinentes las apreciaciones de Pasukanis, según las cuales una teoría del derecho que no trata de explicar el entramado social, que vuelva la espalda de antemano a los hechos de la realidad, es decir, a la vida social, y que tiene por objeto las normas sin interesarse por su origen ni por su relación con ningún tipo

⁵⁰ MEJIA Oscar Y JIMENEZ Carolina, Nuevas teorías de la democracia. Op. Cit. Pagina 12 -25

de interés material, no puede pretender el status de una teoría científica, por cuanto no se ocupa de analizar lo que de hecho existe.⁵¹

Cuando se habla del modelo social, se hace referencia a ciertos estándares comunes que caracterizan una sociedad y que le da cierta homogeneidad en sus características. La existencia o el ejercicio de derechos y libertades de los ciudadanos en esa sociedad la caracteriza o tipifica como un modelo social liberal. Igualmente la existencia de normas que se cumplen y pautas de comportamiento que todos sus miembros aceptan permiten que se llame sociedades ordenadas y sociedades no ordenadas, denominación que la identifica dentro de un modelo social.

El concepto de sociedad a que se refiere este capítulo es la llamada desde el siglo 18 Sociedad civil conformada por el conjunto de ciudadanos que conviven en el territorio de un Estado y que como tal constituyen una unidad, claramente diferenciable de la sociedad política, a cuya organización se le denomina Estado. Durante el siglo XIX este concepto de Sociedad civil, se impuso progresivamente pero no fue uniforme, sino que poco a poco se fue entendiendo como tal, la Sociedad humana, es decir, aquella concepción universalista de la sociedad que comprende toda la humanidad o una gran parte de ella en una época histórica.

Esta concepción universalista de la sociedad ha sido propugnada, por corrientes doctrinales de diversos enfoques que confluyen o se diversifican según el contenido concreto que le asignan y en ocasiones con diversas denominaciones. En principio se habla de la sociedad o de las sociedades primitivas, seguidamente de la sociedad feudal, y finalmente de la sociedad moderna. De otra parte teniendo en cuenta las condiciones económicas, se habla de sociedad preindustrial y de sociedad industrial, de sociedad capitalista y sociedad socialista, y en su delimitación espacial, alude a la sociedad europea, a la sociedad americana a la sociedad rusa, sociedad inglesa, etc.

En la actualidad se mencionan otros instrumentos conceptuales que buscan explicar la Sociedad entre estas la teoría o enfoque de la Sociedad como sistema social, propuesta ya por Herbert Spencer, cuyos presupuestos doctrinales se encuentran en Max Weber y Wilfredo Pareto que conformaron la escuela estructural y funcionalista, uno de cuyos principales representantes, Talcott Parsons, define la Sociedad como un sistema social, que satisface, mediante sus propios recursos, todas las condiciones funcionales esenciales para su existencia.

Una vez consignados los diversos conceptos sobre el tipo de sociedad, es preciso abordar la principal pregunta: Cómo el modelo de sociedad ha determinado las características del sistema jurídico, pero de manera especial como ha sido factor determinante en la crisis actual del ordenamiento jurídico. Se ha modificado el Derecho como consecuencia de los cambios en el modelo social o los cambios que se han producido en la sociedad son resultado del modelo o paradigma normativo.

⁵¹ PASUKANIS, E. Teoría General del Derecho, Barcelona 1976, Edit. Labor, p. 40.

Surge o debe surgir el Derecho de la sociedad y en qué medida ésta actúa como portadora de aquél. La respuesta es afirmativa si la sociedad es entendida como Sociedad humana en general en su sentido universalista pleno, es decir, el que se refiere a la Sociedad humana como magnitud comprensiva de toda la humanidad sin límites temporales ni espaciales, como en el sentido menos universalista, pero general, que atañe a la Sociedad humana de una época histórica determinada .

En la civilización contemporánea existe un número casi inabarcable de grupos sociales, cuya naturaleza y condición, así como sus dimensiones y objetivos, son muy dispares, pero que en último término, dan una gran fundamentación social del Derecho aunque sólo interesan aquellos grupos o asociaciones que poseen una estructura estable y que presentan una unidad de acción tanto hacia al interior, es decir, en las relaciones de los miembros con la colectividad o asociación, como hacia el exterior, es decir, frente a otros grupos sociales.

El concepto de sociedad como sistema social es atendible en cuanto representa un instrumento técnico valioso, y muy actual, para explicar la estructura y la función de toda sociedad moderna. Hecha esta breve caracterización del tipo de sociedad que aquí interesa, a saber, la Sociedad como entidad subyacente al Estado, conviene analizar cómo surge o debe surgir el Derecho de ella.

Los cambios que se producen en las sociedad casi siempre producen cambios también en el sistema jurídico pues en aquellos períodos, en los que se producen transformaciones en una o en algunas dimensiones de su realidad, se evidencian igualmente cambios en los paradigmas jurídicos que se derivan de esas transformaciones y que necesariamente han generado mutaciones profundas también en la propia estructura del Estado, en el modelo de producción jurídica y en los criterios de legitimidad.

La crisis en los modelos sociales hace referencia a los cambios que se producen en las sociedades en algunos períodos, especialmente cuando una sociedad está pasando por un período en el que se producen transformaciones en una o en algunas dimensiones de su realidad social. Durante el período de crisis persisten aspectos de la sociedad anterior con elementos nuevos pero que la conjunción de ambos dará origen a una sociedad diferente, dado que los cambios no se producen en forma abrupta sino que generalmente, por un determinado período de tiempo, conviven aspectos del pasado y del presente. La crisis social afecta o se manifiesta en uno o en varios aspectos, así como en la organización política del Estado, en las instituciones jurídicas y políticas, en los sectores sociales, en la economía, la esfera militar, la religión y, también, en la sociedad y la cultura.

La crisis del modelo social se manifiesta en el deficiente funcionamiento de las instituciones o en los intereses hegemónicos de quienes las encarnan, que forman parte de una tradicional cultura de la dominación donde lo corriente es la relación desigual, la estratificación y diferenciación social con la clara y evidente negación

del principio de la solidaridad universal, la cual siempre se encuentra arrinconada ante la ley del más fuerte y donde la integración del individuo con la comunidad queda asfixiada bajo el peso del poder o del dinero en unas relaciones casi siempre asimétricas ante el clamor de nuevas y más justas formas de sociedad que hagan más viable, no solo la convivencia humana sino la misma calidad de vida en todas sus dimensiones.⁵²

La articulación de este concepto de crisis se construye no tanto sobre los procesos de carácter económico y social sino sobre los procesos ideológicos, significativos y colectivos teniéndose que la motivación social y la racionalidad se han convertido en los fenómenos más vulnerados por el sistema, dado que dichas crisis son procesos que violan la "gramática" de los procesos sociales, y sus resultados son impredecibles e indeterminados. Los procesos que hacen aparecer la crisis serán aquellos que dificultan una clara separación del sistema económico con respecto a los otros dos sistemas dentro de la misma sociedad.⁵³

Las sociedades pluralistas actuales, con diversidad de grupos sociales, con intereses, ideologías y proyectos diferentes, son complejas y asignan a la constitución, la tarea o garantía de legitimar las acciones de cada uno de los dichos grupos sociales. La coexistencia de valores y principios, orientados a la unidad e integración según su base material pluralista, se produce de tal forma que ninguno de sus valores y principios se asuma con carácter absoluto y que sean compatibles con aquellos otros con los que debe convivir.

El modelo económico coloniza todo el sistema social, cuando somete la existencia a las leyes estratégicas del mercado. Esto se da porque el sistema social está formado, fundamentalmente, por dos niveles: el político y el económico. Ambos tienen lógicas independientes, pero generalmente el primero termina supeditándose al segundo, con lo cual el modelo económico impone la lógica del dinero y debilita al Estado y al sistema democrático.

CRISIS EN LA SOCIEDAD

2.1.1 CRISIS EN LA SOCIEDAD TRADICIONAL.

La sociedad tradicional se refiere a aquella forma de organización social que descansa en la creencia cotidiana de las tradiciones que rigieron desde lejanos tiempos y en la legitimidad de los señalados por esa tradición para ejercer la autoridad, ya sea de carácter carismático o designada por procedimientos u ordenaciones por ella creadas o reveladas con autoridad carismática.⁵⁴

En todas las sociedades tradicionales ha tenido lugar, en diferente grado, un continuo desarrollo, crecimiento y acumulación de diferentes tipos de crisis dentro

⁵² **GUIDDENS, A. y Otros.** Habermas y la Modernidad. Madrid. Cátedra. 1994. Página 87

⁵³ **HABERMAS, Jürgen.** Ciencias sociales reconstructivas vs comprensivas. En: Conciencia Moral y acción comunicativa, Barcelona, 1991, Páginas 42-55

⁵⁴ **WEBER, Max.** Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva. FCE. Fondo de Cultura Económica, México 1977. Páginas 148-160

de los mencionados ámbitos relacionados con los aspectos religiosos y filosóficos de estas sociedades.

En estas sociedades tradicionales existía una clara concepción del mundo, de la acumulación y de la extensión de los conocimientos en cuyos ámbitos las innovaciones y cambios jugaron un papel crucial en el funcionamiento, y posteriores crisis de estas sociedades.⁵⁵ En la sociedad tradicional, los seres humanos están conectados unos con otros por una compleja red de relaciones que por sus características especiales se denomina sistema jurídico. Se trata de una estructura en la que uno de sus principales rasgos es la complejidad.

El fenómeno jurídico en la sociedad tradicional tiene una estructura compleja y dinámica, que se modifica en el tiempo y en el espacio y cuyos movimientos siguen la dinámica de la vida social expresada por diferentes intereses, grupos, sectores, jerarquías, etc. Se renueva constantemente, aunque de manera recurrente, lo que permite, por otra parte, una continuidad renovada. Sus cambios ocurren a veces rápidamente, como en las revoluciones o en los pactos sociales celebrados para estos fines, y llevan a otros modos de relaciones sociales o a veces a otra estructura social. Sin embargo, para conocerlo, se debe buscar especialmente su estructura y su funcionamiento, aunque la estructura sea compleja y cambiante. De hecho, en las ciencias jurídicas, como en las demás, hace falta conocer estos elementos de su objeto, es decir, conocer la estructura y el funcionamiento de las interacciones sociales en el orden establecido.

Los procesos de transformación del derecho en la sociedad tradicional en gran medida han venido siendo estudiados de forma independiente a los procesos de cambio que se han producido en las sociedades occidentales. Esto ha originado que muchas transformaciones jurídicas, más que como cambios, hayan sido vistas como una crisis del derecho sin ninguna conexión con la crisis de la sociedad. Las perspectivas evolutivas del derecho pretenden comprender la transformación del sistema jurídico en relación con los cambios que se han producido en las sociedades tradicionales transformaciones en las que el derecho pierde su carácter estático y se hace claro el carácter político que hay detrás de ello. Las formas jurídicas en este tipo de sociedad tradicional no tienen un carácter perpetuo, sino que se han ido desarrollándose a la par de los cambios desarrollados en tales sociedades, desde el advenimiento de la modernidad.

Los cambios y transformaciones que se han producido en las sociedades tradicionales producen también cambios en las estructuras jurídicas y en la cultura jurídica, porque como ya se dijo el derecho forma parte de la sociedad y el sistema jurídico en cada época, es un reflejo o una imagen de la sociedad de la cual forma parte, aspecto este que fundamenta el carácter paradigmático del derecho y los procesos de evolución que este ha tenido. El modelo social tradicional tiene una clara separación entre Estado y Sociedad, separación que permitió dejar

⁵⁵EISENSTADT, Samuel. Multiple Modernities En: Daedalus, Invierno 2000, Nueva Jersey: Transaction Publishers.2005,p 1 y 129

atrás la sociedad feudal caracterizada por su estratificación y determino las bases para el desarrollo de la autonomía individual.

Esta transformación dio lugar a la aparición de variados ámbitos funcionales de la sociedad fundamentalmente los económicos, y los culturales liberados del control político y desarrollado mediante decisiones individuales de voluntad que seguían sus propios criterios de racionalidad.⁵⁶

En este modelo social tradicional, la sociedad quedaba encargada del bienestar y la justicia, quedando el Estado en una posición secundaria. A este le correspondían las funciones de defensa frente a las afectaciones de la libertad, que se dieran durante el libre despliegue de las fuerzas sociales. La sociedad civil era entendida como una esfera de ausencia de poder, que venía protegida y estructurada a través de derechos fundamentales de carácter negativo.

En lo relativo al derecho se configura una sociedad estructurada en términos de derecho de privado caracterizada por la autonomía de los sujetos, en la que el derecho viene a delimitar y proteger esferas de libertad, para la protección de sus intereses privados. El derecho establece condiciones en que puede ejercitarse la coerción, bajo las cuales el arbitrio de uno pueda conectarse o conciliarse con el arbitrio del otro conforme a una ley general de libertad. En este modelo social el derecho aseguraba libertad para todos los sujetos, los cuales a través de su ejercicio regularían sus relaciones en una sociedad centrada en la economía. La legitimidad del derecho en este modelo social estaba asegurada por el aspecto semántico de la ley, la cual era de carácter general y abstracta.⁵⁷

Las relaciones sociales materializadas en términos de derecho privado, fueron generando críticas, porque no conducían a la justicia social, dando lugar a una ola de reformas que buscaban, atenuar las desigualdades que impedían el ejercicio de un derecho a una igual libertad, dando lugar una nueva lectura del derecho, que reflejaba una nueva imagen de la sociedad, un nuevo paradigma en el que las funciones del Estado se extienden y el derecho se transforma, llegando a ámbitos de la sociedad a que antes no llegaba e introduciendo principios de justicia. Esta intervención del Estado produjo grandes cambios en las sociedades occidentales, equilibrando las relaciones sociales allí en donde existían situaciones de poder asimétricas, dando lugar a condiciones de bienestar e integración social, en países donde eran posibles condiciones para tal finalidad.

La Sociedad civil a la que es esencial la idea de comunidad, tanto por su origen como por sus caracteres esenciales y por su función no tiene como causa un contrato o pacto de voluntades libres, sino que «el sistema de necesidades y el trabajo», a los que siguen, como categorías determinantes, el intercambio y la división del trabajo, el valor de las cosas y su propiedad, han sido determinantes en la creación de los viejos paradigmas del Derecho.

⁵⁶ GRIMM Dieter. Constitucionalismo y derechos fundamentales, 1a edición, Madrid, España, Trotta, 2006, p. 178.

⁵⁷ KANT, Immanuel. Metafísica de las Costumbres, 2a edición, Madrid, España, Editorial Tecnos, 1994, p. 39.

Max Weber desarrolla una perspectiva original de su teoría de la dominación, al establecer un vínculo necesario entre las formas típicas de dominación política y los intereses sociales, de modo que toda acción política debe legitimarse como interés generalizado y explica las crisis de legitimación como respuesta a cambios de identidad en la base social de la dominación política, de tal forma que se introduce un concepto dinámico de legitimidad. Los valores que habitan en las formas legítimas de dominación política son usados como orientaciones simbólicas por parte de acciones políticas particulares, de manera que toda forma de legitimación de la autoridad encierra, en sus propias premisas, los argumentos que justifican luchas hacia la modificación de los esquemas de dominación.⁵⁸

La acción individual como los procesos sociales complejos son explicados por el sentido subjetivo y no por referencia a una conciencia colectiva. Weber, en este sentido, se resiste a explicar la sociedad recurriendo a modelos tomados de la filosofía de la historia o de las teorías de la evolución y su análisis radica en interpretar las constelaciones de sentido que están a la base de las estructuras sociales históricas. La perspectiva sociológica de Weber da cuenta de un individualismo muy enraizado, el cual no sólo se justifica por razones científicas, sino que también obedece a motivos éticos, que apelan a la autonomía y responsabilidad del sujeto, especialmente contra la autoridad heredada de la tradición.⁵⁹

Un orden social que distribuye asimétricamente los recursos de coacción y las oportunidades materiales de vida sólo adquiere validez en la medida en que sus relaciones de dominación tienen significación social, es decir, están ancladas en las creencias compartidas de la sociedad. Independientemente del contenido de tales valores. Las instituciones sociales constituyen mecanismos de integración entre intereses particulares y valores generales. No hay posibilidad de ejercer un dominio sistemático sobre la sociedad sin revestir a la autoridad y sus mandatos con el prestigio de la legitimidad, a la vez que no hay asidero de tales pretensiones de legitimidad sin apelar a los valores y creencias compartidas que aseguran la integración social.⁶⁰

La legitimidad de la dominación representa, por lo tanto, un plano común para las acciones por la conservación y oposición al orden social. Los mismos argumentos sobre igualdad y democracia, que instalaron los cimientos de la dominación legal-racional, fueron utilizados para exigir su extensión sobre la sociedad. La legitimidad de la dominación contiene las premisas que justifican su transformación, por lo que constituyen un referente de sentido para la acción colectiva. Así, Weber observaba como los principios de la democracia formal podrían conducir a la movilización de

⁵⁸ **SERRANO Gómez, Enrique.** 1994. Legitimación y racionalización. Weber y Habermas: la dimensión normativa de un orden secularizado. Barcelona: Editorial Anthropos.P. 67.

⁵⁹**WEBER MAX.Op. Cit. Paginas 167-169**

⁶⁰**SERRANO Gómez, Enrique.** 1994. Legitimación y racionalización. Weber y Habermas: la dimensión normativa de un orden secularizado. Barcelona: Editorial Anthropos.Pagina 84

las masas a favor de una democracia social, con las consecuencias de burocratización y concentración del poder que se le asocian.⁶¹

Epistemológicamente son muchas las alternativas teóricas para explicar los cambios, los conflictos sociales y la profunda crisis que experimenta el modelo social tradicional. Mientras en las sociedades tradicionales los individuos se ocultan y confunden con las comunidades en las que viven, en las sociedades modernas se produce un proceso de individualización progresivo, con la aparición del sujeto, del individuo, en el cual se define la crisis, la inestabilidad y la ineficacia del modelo social y económico con toda la gama de sus contradicciones.⁶²

El desarrollo de la crisis en la sociedad tradicional está relacionada con la misma historia de la humanidad y con las premisas básicas de diferentes civilizaciones, que con su impacto sobre los cambios y las crisis que se han producido dentro de las distintas civilizaciones tradicionales y aun dentro de las modernas, han sido objeto de grandes transformaciones que aunque difieren entre sí, tienen muchas veces algunos rasgos comunes, especialmente en lo relacionado con el derecho.

2.1.2. LA CRISIS EN LA SOCIEDAD MODERNA

Históricamente la gran crisis económica y social con la que, desde principios del siglo XX, concluyó en Occidente un periodo relativamente largo de paz y confianza en el librecambio se convirtió posteriormente en una amplia serie de conflictos y turbulencias que incluye dos guerras mundiales y el surgimiento de nuevos proyectos políticos totalitarios. Un ejemplo de estos proyectos es también la gran transformación que caracteriza el liberalismo económico como un proyecto utópico cuya puesta en práctica habría destruido los cimientos materiales y políticos de la sociedad moderna. Un aspecto importante del pensamiento de Polanyi es la idea de que el capitalismo ha dado lugar a una sociedad históricamente exótica donde la economía se habría “independizado” del resto de instituciones sociales para después dominarlas progresivamente.⁶³

El modelo social capitalista, que ha imperado en la sociedad moderna, ha entrado en crisis por su complejidad y fragmentación y por la miseria, el desempleo, las hambrunas, que ha dejado a su paso, con millones de migrantes que buscan refugio para sobrevivir en algún lugar del planeta. La crisis de la representación política, la corrupción, los horrores y las amenazas de guerras no convencionales, los conflictos nacionales, étnicos y religiosos se expanden al mismo tiempo que aumentan las posibilidades de nuevas experiencias, de la diversificación del consumo y de la incontenible incorporación de tecnología que facilita la vinculación con el mundo y el acceso a la información.

⁶¹ **WEBER, Max.** Economía y Sociedad. Bogotá: Colombia: Fondo de Cultura Económica, 1997.

⁶² **BECK Ulrich y GRANDE Edgar.** La Europa Cosmopolita. Sociedad y política en la Segunda Modernidad. Traducido por Vicente Gómez. Barcelona Paidós, 2004, Pag. 286-8

⁶³ **POLANYI, Karl.** The Great Transformation. Traducción española: La gran transformación. Madrid, La Piqueta, 1989. Karl Polanyi, fragmento del capítulo I. En: Vicente Blanco, D.J. La libertad del dinero. Alemania, 2003, pág. 27 a 38.

La sociedad moderna se define como un sistema social, funcionalmente diferenciado y caracterizado por la desigualdad entre sus sistemas parciales, pero que precisamente por esta diferenciación funcional, se acentúa la diferencia entre los diversos problemas, que sirven de referencia a tales sistemas parciales de la sociedad. La sociedad se ha convertido, en una sociedad sin centro y sin cúspide, en una constelación poli contextual, en la que su unidad como sistema, no puede seguirse pensando con algún tipo de consenso moral o sobre cuya base se puedan construir procesos de socialización e internalización en los seres humanos, de un esquema de valores.⁶⁴

Las formaciones sociales tradicionales hasta llegar a la aparición del capitalismo liberal y sus crisis sistémicas en la tarea de articular un modelo de capitalismo, describen y explican el contenido de la crisis, agravada por el crecimiento demográfico acelerado de la población humana que ha sido y continúa siendo excesivo lo mismo que por el creciente deterioro del medio ambiente, el empeoramiento de la calidad de vida, y finalmente por el incremento de las desigualdades sociales, el incremento de los conflictos sociales entre países y dentro de cada país, que han recurrido a sistemas de gobierno autoritarios para enfrentarse a los conflictos y a la crisis.

Esta problemática creada por la relación entre población y recursos ha conducido a la pérdida de calidad de vida, al incremento de las desigualdades sociales y económicas ha conformado, una economía global inexorablemente encaminada hacia la crisis.⁶⁵ La diferenciación funcional, la complejidad y la contingencia, constituyen el plano semántico en que se fundamenta la teoría social de la actualidad. La capacidad de conducción política de la sociedad debe hacer frente a dos fenómenos emergentes: el desarrollo de una sociedad mundial y la creciente importancia del conocimiento en ella. Frente a este nuevo estado de cosas, ni el poder aplicado jerárquicamente ni la distribución monetaria, los mecanismos clásicos de control estatal, son suficientemente apropiados en la sociedad moderna. En el lugar de estos factores, emerge el conocimiento como el instrumento necesario para proyectar algún éxito en los modos de gobernar de la descentralizada y diferenciada sociedad moderna.⁶⁶

A medida que la interpretación global se intensifica, las relaciones sociales en general parecen volverse crecientemente desterritorializadas, abriendo el camino hacia nuevos derechos, a nuevas opciones y cruzando fronteras que hasta hace poco estaban custodiadas por las aduanas, el nacionalismo, el lenguaje y la ideología, los movimientos populares o nuevos movimientos sociales con novedosos programas políticos o ideológicos que han venido haciendo énfasis en el poder democrático (derechos humanos, derechos colectivos o de grupo, democracia participativa) la autonomía institucional y a la igualdad, la identidad

⁶⁴**HELMUT Willke.** Capacidad de rendimiento del Estado. En: Revista, Persona y Sociedad / Universidad Alberto Hurtado, Chile. Vol. XXI / Nº 2 / 2007 / 9-16. Traducción Aldo Mascareña.

⁶⁵**GLOBAL ENVIRONMENT** Outlook 2000 United Nations Environment Program, 1999

⁶⁶**POSADA, Eduardo** et. al. Apropiación Social de la Ciencia y la Tecnología. En: Misión Ciencia Educación y Desarrollo, Colección documentos de la Misión. Bogotá, Colombia: Presidencia de la República – Colciencias.1994 pagina 28

cultural, la expansión de la libertad contra el autoritarismo estatal o la dominación de la cultura masiva.⁶⁷

Al examinar las dinámicas de la sociedad actual, se observa que prima la individualización y homogenización de las personas, en un proceso que podría llamarse destrucción del tejido social y exclusión para la mayoría de la población de los beneficios del progreso. Con el desconocimiento de la diversidad e identidad cultural, se propicia desde el Estado la fragmentación social y la polarización de las oportunidades del ingreso entre la clase media y alta respecto de las clases populares.⁶⁸

Frente a esto las sociedades pluralistas, con diversidad de grupos sociales, con intereses, ideologías y proyectos diferentes, deben legitimar las acciones de cada uno de los grupos sociales para lograr la coexistencia de valores y principios, orientados a la unidad e integración.⁶⁹ Su base material pluralista, lo mismo que sus valores y principios no se asumen con carácter absoluto sino que trata de ser compatible con aquellos otros con los que debe convivir, esto es su orientación contextual o intervención contextual según la cual son las propias instancias afectadas, quienes definen la constelación problemática que se trate de regular.⁷⁰

Este enfoque en sus normativas, procedimientos y reglamentaciones se propone contribuir a la autorregulación de los distintos sistemas sociales, para que cada uno hable su propio lenguaje, sin necesidad de una integración normativa general sino que tenga en cuenta la diferenciación funcional, en la economía, en la educación, en la ciencia y en la política, que requieren desarrollos diferenciados y mecanismos autoregulatorios por tratarse de sistemas autónomos, sin buscar una armonía global de la diferenciación funcional.

Un importante enfoque de modernidad lo constituye la orientación contextual o intervención contextual según la cual se considera que es necesario comprender la autonomía y clausura operativa de los diferenciados y complejos sistemas sociales en orden a dividir las vías de intervención. En orden a intervenir exitosamente un sistema social se necesita primeramente una base teórica y en segundo lugar un entendimiento elaborado del sistema en cuestión; lo cual significa, que de la calidad de la intervención dependerá de la calidad del entendimiento.⁷¹

En las complejas sociedades modernas, la política tiene la función de establecer y producir decisiones colectivas vinculantes no obstante las grandes decisiones políticas y la capacidad de implementarlas se basan en el medio poder, entendido

⁶⁷ **GIDDENS Antony** El capitalismo y la teoría social moderna. Un análisis de los escritos de Marx. Durkheim y Max Weber. Cambridge: Cambridge University Pres (1971)

⁶⁸ **DUQUE Escobar Gonzalo.** Crisis social por disfunciones económicas en Colombia. Universidad Nacional, Manizales Docente Investigador de la U.N. Manizales Junio 20 del 201

⁶⁹ **WEBER Max.** Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva, trad. J. Medina Echavarría, ed. J. Winkelmann, FCE, México, 1964 P. 174-180.

⁷⁰ **WILLKE, Helmut** Societal Guidance Through Law? En: TEUBNER, Gunther. State, Law and Economy as Autopoietic Systems: Regulation and Autonomy in a new perspective. Milan Giuffre, 1992. Páginas 353 a 387.

⁷¹ **WILLKE, Helmut** La intervención contextual. En: Law and Economy as Autopoietic Systems: Regulation and Autonomy in a new perspective. Milan Giuffre, 1992. Páginas 353 a 387

como orden de competencias fundado en el monopolio de la violencia. La política, como sistema funcional de las sociedades democráticamente organizadas, obedece a la lógica de mayorías/minorías en las que sólo la mayoría gobierna, la minoría se encuentra en la oposición. Esto significa que la acción política con vistas a la sociedad está dirigida a ser capaz de construir y alcanzar mayorías.⁷²

Los procesos de desarrollo global, tecnológico y económico han deparado unas sociedades más avanzadas, con mayores niveles de bienestar, pero también han generado nuevos fenómenos que acaban configurándose como procesos de exclusión social. Este concepto se manifiesta complejo por las diferentes implicaciones de tipo económico, social, político o cultural que tiene, lo cual induce a que se pueda tomar alguna de estas perspectivas como núcleo fundamental de su significado y análisis.

La exclusión social está muy relacionada con los procesos que más se vinculan con la ciudadanía social, es decir, con aquellos derechos y libertades básicas de las personas que tienen que ver con su bienestar es decir, trabajo, salud, educación, formación, vivienda, calidad de vida entendiendo, el concepto de exclusión social como opuesto al concepto de integración social y como referente alternativo, que implica una cierta imagen dual de la sociedad, en la que existe un sector integrado y otro excluido.

La humanidad carece de rumbo no solo por la ruptura de los equilibrios eco sistémicos, la profunda degradación ambiental, sino también en cuanto a enormes desequilibrios socio-políticos globales, agudizados en los últimos años.⁷³ Los países pobres del tercer mundo padecen del hambre y la miseria, mientras los países ricos disfrutan de la bonanza económica, amparados en la inexistencia de mecanismos redistributivos a nivel mundial, supraestatal. Son apreciables enormes diferencias en el marco de las mismas naciones, situación que amenaza con agudizarse por la tendencia del Estado a no intervenir en los mecanismos de mercado.⁷⁴ Polanyi distingue entre los mercados, un fenómeno casi universal pero de importancia social marginal, y el moderno “sistema mercantil”, una novedad histórica que implica la integración de todos los mercados en una única economía nacional o internacional.

Idealmente, en un sistema mercantil los mecanismos económicos funcionan sin la intervención consciente de la autoridad humana, no es preciso invocar más motivaciones económicas que el miedo al hambre y el deseo de ganancia y no se precisa otro requisito legal que la protección de la propiedad y el cumplimiento contractual.⁷⁵ Sin embargo, para Polanyi se trata de un modelo impracticable que, en realidad, también requiere de una permanente asistencia institucional externa

⁷²**WEBER Max.** Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva, trad. J. Medina Echavarría, ed. J. Winckelmann, FCE, México, 1964 P. 174-180.

⁷³**BAUMAN Zigmunt.** La Globalización .Consecuencias humanas. México. F.C.E. 2006 pagina 76. Profesor de la Universidad de Leeds en Inglaterra.

⁷⁴**HELD David.** Cosmopolitan Democracy. Cambridge, Polity Pres 1995.Pagina 39.

⁷⁵**POLANYI, Karl.** The Great Transformation. Traducción española: La gran transformación. Madrid, La Piqueta, 1989. Karl Polanyi, fragmento del capítulo I. En: Vicente Blanco, D.J. La libertad del dinero. Alemania, 2003, pág. 27 a 38.

para su desarrollo y reproducción. La expansión del mercado sólo fue posible mediante el fortalecimiento de las instituciones políticas centrales, y requirió una intensa regulación política, ya que los estados son mucho más efectivos que los empresarios a la hora de impulsar el comercio. Aún más, según Polanyi, las instituciones centralizadas se encargaron de preservar la vida en la sociedad mercantil, recurrentemente abocada a la crisis material, psicológica y política.

Polanyi divide las pautas principales tradicionales de intercambio económico en tres modalidades: la “reciprocidad”, que supone movimientos entre puntos correlativos de agrupaciones simétricas; la “redistribución”, que consiste en movimientos de apropiación en dirección a un centro primero y, posteriormente, desde este centro hacia fuera otra vez; y el “intercambio”, que implica movimientos recíprocos como los que se realizan en un sistema de mercado. El sistema económico y jurídico global neo-liberal, ha demostrado su faceta oscura, en la que millones de personas han resultado sumidas en la pobreza, en las crecientes desigualdades y en la aguda degradación medio ambiental. Su continuidad y vigencia en el tiempo, no estaría asegurada dadas las enormes presiones que significa mantener un Estado y un sistema normativo tan nefasto y desigual, en desmedro de muchos y beneficio de pocos.

En la sociedad reflexiva, la sociedad se convierte en un problema para sí misma. Estos conflictos pueden llegar a desintegrar la base de racionalidad de la sociedad, ciencia, Derecho, democracia y la sociedad tendría que discutir sus fundamentos sin fundamentos, cayendo en una desestabilización en que todas las decisiones fundamentales, los derechos sociales, el derecho a la libertad y a la igualdad, podría ser motivo de conflictos políticos y sociales.

El sistema capitalista, basado en el sujeto egoísta y maximizado de su utilidad, resulta incompatible con la preservación medioambiental y con un equilibrio socio-económico global, que sin regulación, aspira a conseguir la mayor riqueza en menos tiempo, sin consideraciones ético-sociales.⁷⁶ Las fuentes colectivas que dan significado a la sociedad se agotan y el individuo, busca una identidad en la nueva sociedad. En situaciones de riesgo la conciencia determina el ser. Por el retorno de la incertidumbre y el riesgo como reconocimiento de lo impredecible y de las amenazas de la sociedad industrial.

El poder de los movimientos de la sociedad civil es el resultado de las contradicciones en que se enredan las instituciones que producen y administran los peligros y contradicciones que tales movimientos han puesto al descubierto y que tienen que ver con las situaciones extremas de pobreza, los ataques al medio ambiente, lo mismo que la falsa y peligrosa seguridad de una sociedad autodenominada democrática que no tiene nada de eso mientras por el contrario es una amenaza la convivencia.⁷⁷

⁷⁶ **POLANYI, Karl.** The Great Transformation. Traducción española: La gran transformación. Madrid, La Piqueta, 1989. Karl Polanyi, fragmento del capítulo I. En: Vicente Blanco, D.J. La libertad del dinero. Alemania, 2003, pág. 27 a 38.

⁷⁷ **GIDDENS, Anthony** El capitalismo y la teoría social moderna. Un análisis de los escritos de Marx, Durkheim y Max Weber. Cambridge University Press (1971).

La sociedad moderna asume una carga de riesgo en su propia identidad que encierra una grave contradicción: el peligro de supervivencia de la especie. Los medios de comunicación, tienen un papel muy importante en la representación de los riesgos y la búsqueda de soluciones, aumentando el poder y el control social. El pensamiento de Beck está marcado por las constantes de una sociedad sometida a fuertes riesgos y a procesos de individualización. Para él la actualidad se forma con las noticias de las catástrofes ecológicas, las crisis financieras, el terrorismo y las guerras preventivas.⁷⁸

Los riesgos a que está expuesta la sociedad en la globalización y que generan su crisis no tienen antecedentes ni presupuestos ético-filosóficos sino quizá una frase similar a la pronunciada por Sócrates, que constituye una evidencia fatal: No sabemos que no sabemos, pues no se encuentran tales peligros muy alejados de las predicciones apocalípticas, como se puede observar entre otras imágenes las de los tsunamis, las de las torres gemelas, y el comportamiento de las crisis económicas en Grecia y España, que hacen pensar hasta qué punto, los riesgos globales son en la historia universal presente y futura una fuerza que nadie puede controlar o una puerta para nuevas posibilidades de acción.⁷⁹

Todos los fenómenos de crisis social en los países occidentales, tales como la crisis del Estado de Bienestar, la crisis en la democracia, la crisis en la aplicabilidad de los derechos sociales, las dudas sobre la ciencia y la racionalidad de los expertos, la globalización de la economía, la crisis ecológica y con ella el cambio climático conducirán necesariamente a la discontinuidad de las instituciones básicas en el curso de un proceso en el que sin embargo los principios básicos de la humanidad siguen vigentes. No obstante la supervivencia solo será posible con la ayuda de entrelazamientos, interdependencias, responsabilidad, solidaridad y en general comunidades de destino más allá de las fronteras nacionales.⁸⁰

Los principios kantianos, los procedimientos marxistas y el pensamiento de Nietzsche, que dividían a la humanidad en grupos cerrados de carácter étnico, económico religioso o territorial y que daba fundamento a los constructores de la auto perpetuación de la sociedad capitalista se han convertido en un idealismo retrogrado, que en la sociedad del riesgo mundial carecen de sentido.⁸¹ Todo sistema social convenientemente institucionalizado necesita legitimarse para subsistir; y la legitimación se incluye en el listado de productos básicos y fundamentales para constituir una sociedad humana. Una crisis de legitimación social se convierte en una crisis de identidad en la que los conceptos de legitimidad y racionalidad están marcados por el sistema económico y serán determinantes en las transformaciones en el sistema jurídico.

⁷⁸**BECK Ulrich.** ¿Qué es la Globalización? Falacias del Globalismo. Traducción Bernardo Moreno, del original en alemán. Barcelona Paidós, 2001 Página 19.

⁷⁹**BAUMAN Zigmunt.** La Globalización .Consecuencias humanas. México. F.C.E. 2006 pagina 76. Profesor de la Universidad de Leeds en Inglaterra.

⁸⁰**AÑON María José.** Necesidades y Derechos. Un ensayo de fundamentación. Madrid, 1994.página 12.

⁸¹ **ANTON A.** Trabajo, Derechos sociales y Globalización. Retos para el siglo XXI. Madrid, 2000 Pág. 148.

CRISIS EN EL ESTADO

2.2. CRISIS EN EL ESTADO LIBERAL.

El Estado liberal es aquel régimen político que se edifica sobre los principios proclamados de la soberanía popular, la división tripartita del poder público, el cumplimiento del principio de legalidad e igualdad de los ciudadanos ante la ley y la protección de los derechos fundamentales básicos, permitiendo y facilitando el desarrollo de un hombre libre, igualitario y racional, cuya convivencia y armonía este fijada por acciones que inspiren y permitan el progreso de la sociedad. El Estado Liberal nació como reacción al poder absoluto que se consolida durante la Edad Moderna en Europa Occidental y en el que voluntad del monarca no es ilimitada como régimen político y del despotismo césaro-papista.

El Estado Liberal o Estado de Derecho hace referencia a un conjunto de elementos que configuran un orden jurídico-político en el cual, con el fin de garantizar los derechos de los ciudadanos, se somete la actuación de los poderes públicos y de los ciudadanos a la Constitución y a la ley; se dividen las funciones del Estado y se las encomienda a poderes separados, y por último, se reconocen expresamente unos derechos y libertades de los ciudadanos con plenas garantías jurídicas.

El Estado en su modelo actual ha perdido legitimidad y se cuestiona con palabras y hechos el monopolio de la fuerza que debe corresponder al Estado.⁸²El carácter arbitrario de decisiones políticas que caracteriza el Estado liberal es una de las características de los sistemas democráticos modernos, dotados de una forma de legitimación racional- legal que establece ciertas pautas para la acción cuando no es posible apelar a las tradiciones carismáticas, populistas religiosas o iusnaturalistas lo que hace que finalmente la legitimación procedimental sea un espejismo que hace creer que el procedimiento es democrático y garantiza la racionalidad de los resultados.⁸³ Las funciones del Estado liberal de Derecho se han tornado cada vez más complejas, las sociedades más diferenciadas y heterogéneas, las instituciones han dejado de ser eficientes y eficaces, incapaces de dar respuesta a las demandas y necesidades, evidenciándose en esta forma la crisis de legitimidad.

Se aprecia una profunda coincidencia cuando se observan los problemas paulatinamente más complejos que el sistema político tiene para prevenir y compensar las crisis económicas y la forma como la racionalidad administrativa se va perdiendo, sobre todo en una Sociedad de Masas. La Necesidad de un nuevo orden económico mundial, el cuestionamiento reiterado de la legitimidad de muchos de los regímenes actuales, el capitalismo global y las especulaciones financieras, que han sembrado el mundo de desempleo y de miseria y demandan redistribución, reconocimiento y democratización económica. El viejo aforismo que dice que el Estado capitalista es el comité ejecutivo de la burguesía, pareciera

⁸²GONZALEZ Fernán. Modernidad, democracia y partidos políticos. Fescol, 1993, pp. 57 a 68

⁸³LUHMANN, Niclas. El Derecho de la Sociedad, México: U.Iberoamericana, 2002.Pag.130

cobrar hoy más que nunca vigencia, ante la insensibilidad, de los intereses privados, frente a las grandes desigualdades y a la pobreza que no es otra cosa sino la negación de un sistema jurídico justo y de una democracia fundada en él.⁸⁴

La incapacidad del sistema político-administrativo para conseguir una estabilización de sus disfunciones internas, significa la pérdida de la aceptación social de las estructuras, procesos y resultados políticos efectivos de los que dependen las normas culturales y símbolos con los que se legitima el poder, sobreviniendo la desvinculación del concepto de legitimidad del concepto de racionalidad.⁸⁵ El déficit de legitimación significa que con medios administrativos no podrán producirse estructuras normativas y que el sistema político tendrá entonces que desplazar sus límites hacia el interior del sistema sociocultural y no sólo del económico con lo que la crisis afectará a todas las esferas incluidas las del mundo de la vida y sus procesos ideológicos y simbólicos.

Las consecuencias de unas relaciones asimétricas, expresadas en el Índice de Gini, conducen a que los pobres sean cada vez más pobres y los ricos más ricos, de tal forma que la pobreza a diario lleva a la miseria a legiones de ciudadanos que no logran generar el ingreso para sobrevivir. En esta forma la desigualdad social se profundiza y la brecha entre los ciudadanos rurales y urbanos, por la asimetría en las oportunidades de estudiar y tener empleo; acentúa la inequidad, dada la tendencia a implementar políticas que favorecen la concentración de la propiedad.⁸⁶

El mito o paradigma de las mayorías en el Estado liberal democrático ha perdido legitimidad y entrado en crisis por cuanto destruye el fundamento de la comunidad política, y no puede hablar en nombre de la sociedad en su conjunto.⁸⁷ El mayoritarismo popular que fundamenta el Estado moderno está cuestionado porque produce un impacto injusto sobre determinados individuos o grupos cuando toman decisiones sobre derechos de millones de personas sobre la base de las voces y los votos de unos pocos. La crisis en el modelo de Estado y la teoría de los procedimientos de decisiones legítimas que son el presupuesto de la existencia del Estado y de su finalidad social ha perdido su virtualidad y funciona bajo el presupuesto de una preocupación por la justicia y los Derechos, pero discrepa en la práctica acerca de lo que estos principios representan.⁸⁸

El paradigma jurídico del Estado liberal y del Estado social, ya no tienen suficiente capacidad de convicción, como se dijo por sus crisis y sus contradicciones, por eso el paradigma y los nuevos paradigmas se acomodan más a las sociedades complejas propias de la globalización por su idea de auto constitución de una

⁸⁴EVANS Peter. Instituciones y desarrollo en la era de la globalización neoliberal. ILSA 2011 Pagina 60

⁸⁵DUQUE Escobar Gonzalo. Crisis social por disfunciones económicas en Colombia. Universidad Nacional, Manizales Docente Investigador de la U.N. Manizales Junio 20 del 2010, pág. 68.

⁸⁶DUQUE E. Gonzalo, Op. Cit. Paginas. 70 76

⁸⁷WALDRON Jeremy. Derecho y desacuerdos. Estudio prel. Madrid Marcial Ponds.Pág. 356-357

⁸⁸IBID. Página 364 365.

comunidad jurídica compuesta de miembros iguales y libres, capaces de autorregularse en una sociedad funcionalmente diferenciada y compleja.

La crisis de legitimidad en el Estado liberal, se evidencia cuando se observa, que no bastan las actuaciones ajustadas a la legalidad, sino que es necesaria la realización efectiva de los fines sociales del estado y el objetivo fundamental de su actividad en la solución de las necesidades insatisfechas, que son otra cosa sino el eficaz ejercicio de los aquí llamados derechos Sociales, es decir la educación, la salud, la vivienda, y las condiciones de vida acordes con la dignidad de la persona humana, que como prestaciones positivas propias del Estado de derecho determinan su ilegitimidad.⁸⁹

El Estado Liberal es un Estado Constitucional en el sentido garantista del término, protector de los ciudadanos frente a los abusos del poder. Las ideas de Derecho y Estado están estrechamente ligadas y sintetizan el proceso de estatalización del Derecho y juridificación del Estado que acompaña la formación del Estado liberal de Derecho. En toda sociedad hay unos criterios de legitimidad que se imponen pero sus tradicionales paradigmas, han entrado en crisis de tal forma que muchos consideran la idea del Estado liberal, bajo la idea de un Estado anómico para significar que no contribuye a la regulación efectiva transparente y general de la sociedad.⁹⁰

Las libertades que caracterizaban al Estado liberal no fueron suficientes para contener durante más tiempo sus evidentes contradicciones internas. El capitalismo, sin ningún tipo de regulación, era el engranaje económico que coadyuvaba armoniosamente con los principios liberales del individualismo más exacerbado. Los teóricos liberales armaron su sistema; primero mediante un caparazón falsamente democrático, con el cual buscaron legitimar su gobierno; y segundo a través de unas cadenas que se encargaban de frenar cualquier posible ascenso de las inquietudes obreras ya que, precisamente, la propiedad e iniciativa privada eran los pilares básicos del liberalismo económico.⁹¹

El Estado liberal supuso un avance respecto al Estado absolutista, pero siendo una minoría la que gobernaba, la clase dominante sus contradicciones internas no tardaron mucho en cuestionar el sistema obligando finalmente a que el Estado liberal evolucionara, buscando su auto preservación, en el Estado de bienestar en la actualidad cuestionado y desmantelado progresivamente.⁹²

La Ineficacia del Estado de Derecho y su reiterada corrupción, la caricatura de democracia, la violencia y las desigualdades económicas, las exigencias actuales de reconocimiento y redistribución, la hegemonía y la dominación de las Elites políticas, con una amplia y consolidada posición privilegiada, que monopolizan las altas posiciones, el distanciamiento de las instituciones sociales en relación con las

⁸⁹RODRIGUEZ O. JULIO. La legitimidad en el Estado social de Derecho. Bogota LEYER 2001

⁹⁰WALDMANN, Peter. Ponencia presentada en el Colegio de México. México 1989.

⁹¹RAWLS, John. Debate sobre el liberalismo político. Paidós Ibérica, 1998.p 75-76.

⁹²IBID. PAG.84

demandas de la sociedad y la Legitimidad de la propiedad constituyen el mayor cuestionamiento de la legitimidad contra el Estado liberal, la democracia y el Derecho, conformando su situación de crisis en las sociedades actuales.

Una de las características más notorias y más grandes del Estado liberal moderno es la corrupción, la cual ha destruido la confianza pública del Estado en todo el mundo. Será necesario erradicar, las clases políticas, las elites que se incrustan en el poder, lo mismo que el patrimonialismo esto es la costumbre de los gobernantes de manejar el Estado como si fuera su propio patrimonio. Igualmente su intervención en la actividad económica y financiera, cuando estas abandonan su función social, el interés colectivo y el interés general.⁹³ En la medida en que las funciones del Estado se van tornando más complejas y las sociedades más numerosas y heterogéneas, las instituciones, particularmente las instituciones jurídicas dejan de ser eficientes y eficaces, incapaces de dar respuesta a las demandas sociales agudizándose en esta forma la crisis de legitimidad.

La capacidad de conducción política de la sociedad no hace frente a los fenómenos emergentes del desarrollo de una sociedad mundial y la creciente importancia del conocimiento en ella.⁹⁴ El Estado, con su horizonte de complejidad, no utiliza los recursos materiales y humanos que aseguren la convivencia ordenada, democrática y justa de la sociedad, razón por la cual no se logra que las instituciones políticas instauren un mundo de pluralidad, de participación y de convivencia, en el marco de la solidaridad y la igualdad de oportunidades, tanto económicas como culturales sociales y políticas. El Estado liberal de la actualidad no involucra cambios socioeconómicos y políticos propios de una democracia radical, que atenué sus contradictorios procesos en los que se privilegie la acción comunicativa sobre la acción estratégica.⁹⁵

La solución para la crisis del Estado no se encuentra en su desmantelamiento, sino en su reconstrucción, en la disminución de su tamaño y en el fortalecimiento de la sociedad civil que se exprese en la búsqueda del equilibrio institucional, con adecuadas formas de representación y de participación, para resolver los problemas sociales, a través de instituciones estables y eficientes en la formulación, diseño, implementación y evaluación de políticas públicas con la concurrencia de los afectados o beneficiarios y con la conducción de grupos asociaciones y partidos con intereses diferenciales.⁹⁶

La Tesis de la “ingobernabilidad” ha sido una manera de legitimar los recortes, en los derechos humanos y en no pocos casos, la eliminación de libertades fundamentales. Por otra parte, la tendencia contrapuesta, pero igualmente dañina, fue la de menospreciar las conquistas de la democracia pacífica, calificadas de

⁹³ **LOMNITZ Claudio**. Vicios Públicos, Virtudes Privadas. México Ciesas, Porrúa año 200, Pag 37

⁹⁴ **HELMUT WILLKE**. Capacidad de rendimiento del Estado. En: Revista, Persona y Sociedad / U. Alberto Hurtado, Chile. Vol. XXI / N° 2 / 2007 / 9-16. Trad. Aldo Mascareña.

⁹⁵ **HABERMAS, Jurgen**, Teoría de la Acción Comunicativa, B. Aires, Taurus, 1991, t. II, p. 504.

⁹⁶ **RODRIGUEZ P. María Luisa**. Minorías, Acción pública de Inconstitucionalidad y democracia deliberativa. Bogotá Universidad externado de Colombia. Parte introductoria Página 24

formales, en aras de la seguridad de derechos de contenido material. Se evidencia que a la primera pertenecen las dictaduras estilo latinoamericano y a las segundas los regímenes estalinistas, cuyo fracaso en gran parte se atribuye a falta de libertades.

Habermas crítica al neoliberalismo por su radical conservadurismo, que se transforma en una regresión de muchos logros alcanzados, tanto en el aspecto social como en el cultural, a partir de una visión económica que impregna y coloniza todos los aspectos de la vida. Así, el dominio estratégico tecnológico tiene como fin alcanzar el crecimiento económico en función de la máxima utilidad material, donde todo se puede comprar y vender generando un atomismo social. En este sentido, el modelo neoliberal produce una distorsión que afecta a la organización de la sociedad respecto al mundo real en el cual los seres humanos realizan sus actividades.⁹⁷

En el Estado liberal coexisten situaciones verdaderamente alarmantes de violencia y pobreza,⁹⁸ realidad que golpea todos los días con nuevos dramas y noticias de hechos que empobrecen las perspectivas de la democracia y el Estado de Derecho y en general conducen a la inviabilidad de una democracia y un sistema de plenas libertades. En el Estado liberal democrático conviven la modernidad y el atraso en una pugna de corrientes, entre lo viejo que no se resigna a morir, y lo nuevo que apenas se perfila. Para decirlo en otras palabras, entre la modernidad y la tradición, pues aunque haya cambios profundos en la proporción en que se mezclan las dos tendencias, hay fuerzas y mentalidades que permanecen estancadas en la nostalgia del pasado.⁹⁹

La relación entre Estado, Derecho y Sociedad se ha vuelto problemática y la creciente intervención estatal en la ordenación social ha generado mutaciones profundas en la propia estructura del Estado, en el modelo de producción jurídica y en los criterios de legitimidad. El fortalecimiento de la capacidad normativa de la burocracia administrativa ha redundado en un debilitamiento correlativo del poder legislativo, cuya potestad normativa se ha desplazado hacia la administración. El derecho de nuestras sociedades está aquejado de una crisis de legitimidad que alcanza de lleno al Estado democrático pues la representación parlamentaria y la publicidad exterior del Parlamento ha llegado a ser una fachada vacía. Los partidos no son, en realidad, grupos que persigan las reglas de racionalidad, sino coaliciones de poder en busca de intereses socioeconómicos.

El Derecho como el receptor de los grandes cambios, no en las causas, sino en los efectos de la globalización, está provocando un alto grado de obsolescencia de las instituciones jurídicas y políticas, particularmente de la Democracia. El Derecho supone la sujeción a la ley de todo poder; en garantía de los derechos de todos y un sistema de vínculos y controles jurídicos idóneos, para impedir la formación de

⁹⁷HABERMAS, Jürgen, Teoría de la Acción Comunicativa, B. Aires, Taurus, 1991, t. II, p. 504

⁹⁸WATCH Americans. La Violencia continua, Bogotá, Tercer Mundo Editores, 2003

⁹⁹POLANYI, Karl. The Great Transformation. Traducción española: La gran transformación. Madrid, La Piqueta, 1989. Karl Polanyi, fragmento del capítulo I. En: Vicente Blanco, D.J. La libertad del dinero. Alemania, 2003, pág. 27 a 38.

poderes absolutos, sean públicos o privados. Supone Igualmente un conjunto de límites para impedir que la democracia coexista con poderes y privilegios ilimitados y personalizados, que no corresponden a la esencia del constitucionalismo.¹⁰⁰ La voluntad general no puede ser impuesta con el argumento de ser moralmente legítima, por ser mayoritaria:¹⁰¹ tiene que ser subsumida libremente por las minorías, mediante el equilibrio reflexivo que permite articular la dimensión política con la individual dándole a la ciudadanía la posibilidad de replantear la democracia, los principios de justicia, la igualdad y la equidad social.¹⁰²

Se argumenta en forma permanente en favor de la formulación de un sistema de Derechos humanos y un ordenamiento jurídico presumiblemente dotado de eficacia, en donde los fundamentos históricos de la legitimidad del Estado liberal, no aparezcan como un invento del Derecho positivo sino con una amplia fundamentación ética y jurídica encarnada en unos valores costosamente labrados desde la filosofía del humanismo es decir respaldadas en el deber moral de su reconocimiento jurídico.

Al comenzar a producirse en las sociedades desarrolladas como consecuencia de la globalización y el sometimiento de las políticas económicas, monetarias, laborales y sociales de cada país a las exigencias de los grandes bloques políticos-económicos, se produce el fin de la autonomía del Estado para diseñar su propia política económica y sus sistemas de protección social. La política prioritaria de generación de empleo, que ha constituido el eje central de las políticas de bienestar hasta mediados de los años setenta, se ve supeditada a las exigencias monetarias y al funcionamiento del libre mercado, que como resultado del desarrollo de la tecnología de la información, ha adquirido una dimensión sin límites, y los intercambios se producen a escala mundial, dando origen a un movimiento vertiginoso de intercambios de capital, mercancías y personas.¹⁰³

2.2.2. CRISIS EN EL ESTADO SOCIAL.

El Estado Social es un Estado constitucional que incorpora nuevos derechos de carácter social y garantías para que la libertad y la igualdad de los individuos sean reales y efectivas y los ciudadanos puedan tener la participación en la vida política, económica, social y cultural. El Estado Social es un Estado democrático y es un Estado pluralista, que a diferencia del Estado Liberal, incorpora la Sociedad como requisito indispensable de la acción estatal, y lo hace a través de la ampliación de la participación política y el control vertical de los órganos de poder.

La transformación del Estado Liberal en Estado Social que tuvo lugar en las sociedades industrializadas del siglo XX, comporta un desplazamiento del énfasis en la libertad jurídico-política orientada hacia la igualdad social con un progresivo avance del principio socialista de la igualdad para superar las diferencias económicas, sociales o políticas percibidas casi como ilegítimas. De manera

¹⁰⁰HABERMAS, Jürgen, Teoría de la Acción Comunicativa, B. Aires, Taurus, 1991, t. II, p. 504.

¹⁰¹WOLKMER, Antonio. Introducción al Pensamiento Jurídico Crítico. Ed. San Pablo: Saraiva, 2000

¹⁰²Ibid, pag. 125.

¹⁰³CASTELLS, M. La era de la información. Economía, sociedad y cultura, Vol. 1, La sociedad red, 1999 p. 162.

paulatina y escalonada se ha dado esta transformación del Estado Liberal en Estado Social y conceptualmente, al paso del Estado Liberal de Derecho al Estado Social de Derecho.

Esta transformación ha resultado como consecuencia de la crisis que atraviesa el Estado liberal. La crisis del Estado liberal está ligada a la insuficiencia de su modelo de racionalidad y está dando paso a la Institucionalización de nuevos paradigmas políticos en la sociedad de la globalización, orientados a lograr que se garantice la coordinación de sistemas altamente complejos y autónomos que viabilicen la integración social, es decir un modelo, que involucre no solo la complejidad de la sociedad global en su conjunto, sino la construcción de un nuevo tipo de Estado, en su función en su legitimación y en su estructura.

El Estado social es la evidencia de un cambio social del Derecho o giro social del derecho, adquiriendo una concepción instrumental sobre la idea de justicia, con perspectivas de convertirse en una alternativa frente al modelo liberal del derecho, que dejaba ver claros síntomas de su crisis debido a la insensibilidad, que mostraban las crecientes burocracias estatales y la ceguera social del Derecho formal burgués. El estado social dio lugar a la utilización de términos como, ideal social, Modelo social o teoría social apoyadas en una sociología del conocimiento, referente a una construcción social de la realidad.¹⁰⁴

El Estado Social trata de encontrar un capitalismo más humano y más productivo, que combine el pleno empleo con la política de protección social. Se trata de un capitalismo de pleno empleo que desarrolle nuevas instituciones sociales y políticas en las que se refleje la participación de los trabajadores incluyendo acuerdos sociales y ciudadanía social en el marco de una democratización social, pero esto ha quedado solo en políticas pues las condiciones presupuestales no lo han permitido.

La intervención del Estado no ha sido suficiente durante los períodos de recesión económica, para dinamizar el mercado y para hacer frente a las consecuencias sociales que los desajustes económicos van produciendo, con medidas de política y protección social. Estas actuaciones públicas han originado un fuerte crecimiento del gasto público, como consecuencia de la ampliación de los sistemas de protección social, y casi siempre ha sido inevitable la crisis económica y derivada de ella, una crisis social. El período de ajuste y adecuación de las economías nacionales al nuevo contexto internacional está siendo largo, por eso los Estados han ido adquiriendo unos índices de endeudamiento elevados, lo que les ha obligado, en los últimos años, a promover políticas restrictivas que se han concretado en la disminución y descenso de los niveles de protección social.

Esta situación ha provocado el debate en torno a la viabilidad del Estado social, a corto y largo plazo, al encontrarse los gobiernos con dificultad para disponer de los

¹⁰⁴SCHEUERMAN, W.E., "Globalization and the Fate of Law" En Dyzenhaus, D. (ed.), *Recrafting the Rule of Law: The Limits of Legal Order*, Hart, Oxford, 1999, pp. 243-24

recursos financieros necesarios para su desarrollo. El crecimiento económico que experimentaron las sociedades industriales, permitió un fuerte crecimiento del empleo y contribuyó a mejorar las condiciones de protección social, sin embargo en los años setenta comienza a manifestarse la dificultad del Estado para controlar la inflación y reducir el desempleo, y compensar, a través de una política económica, los efectos que la crisis energética y el desarrollo de las nuevas tecnologías, estaban teniendo en las economías nacionales.¹⁰⁵

Ante la incapacidad del Estado para poder mantener e impulsar la producción de un mercado nacional, cada vez más condicionado por la globalización, y que requiere un mayor volumen de recursos para poder incidir en el mismo; y ante la nueva situación demográfica que se produce por la caída de la natalidad y el incremento de la esperanza de vida, lo que ha supuesto un envejecimiento de la población con la siguiente repercusión en el incremento de los gastos de protección social y de carácter asistencial.

Debido a la crisis financiera del Estado, que no dispone de los recursos suficientes para hacer frente a las exigencias del mundo empresarial, que demanda una política económica que garantice beneficios, y a las demandas ciudadanas que reclaman una ampliación de los derechos sociales, especialmente en los momentos regresivos del ciclo económico, se han sensibilizado sus efectos en los niveles de protección social y calidad de vida.¹⁰⁶

Al producirse una deslegitimación del orden político establecido, en la manera en que el Estado deja de responder a las expectativas y demandas de los distintos grupos vulnerables, y de la población en general consecuencia del período recesivo por el que han pasado las economías occidentales, no ha sido posible que el gasto público social, que ha ido aumentando progresivamente, pudiera ser compensado con los ingresos fiscales, lo que ha ocasionado un elevado déficit en la inversión social en la mayor parte de los estados.

El libre mercado se convierte en el eje del funcionamiento de la economía neoliberal de final de siglo, y ello conlleva la crisis de lo social, cuya actividad se ha ido reduciendo a aquellos sectores de productividad menos rentables, deficitarios y que están relacionados con la protección social y asistencial, o con la prestación de determinados servicios ciudadanos que no interesan por la escasa o nula rentabilidad a la iniciativa privada.¹⁰⁷

La consolidación del mercado globalizado ha supuesto, por tanto, en la mayor parte de los países desarrollados la crisis de las políticas sociales de desmercantilización y el desarrollo de un proceso de privatizaciones que ha afectado principalmente a aquellas ramas de productividad que, como consecuencia de la implantación de tecnología avanzada, son más rentables y tienen una dimensión más competitiva

¹⁰⁵ **FRIEDMAN, N. y R.** Libertad de elegir. Hacia un liberalismo económico, Barcelona, Grijalbo, 1987 pp. 48-56.

¹⁰⁶ **ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS K.** Los derechos sociales como derechos exigibles, Trotta, Madrid, 2002, pag. 14

¹⁰⁷ **FRIEDMAN, N. y R.** Libertad de elegir. Hacia un liberalismo económico, Barcelona, Grijalbo, 1987 pp. 48-56.

en un mercado globalizado. Nos encontramos en una etapa de re mercantilización social, que ha originado lo que se ha denominado el 'declive de lo público', y que ha supuesto la desmantelación del Estado de social, o al menos, del modelo existente en los años sesenta.¹⁰⁸

Los Derechos Sociales, componente fundamental del Estado social tienen un amplio cuestionamiento en el Derecho contemporáneo por cuanto son muchos los autores que consideran los Derechos sociales como simples declaraciones de buenas intenciones o de compromiso político negándoles todo valor jurídico, a pesar de tener el carácter de normas constitucionales o formar parte de tratados internacionales, dado que no resultan exigibles judicialmente, ni en sus componentes facticos corresponden a una realidad jurídica determinable.¹⁰⁹

2.2.3. CRISIS DEL ESTADO DE BIENESTAR.

El Estado social evoluciona al Estado de Bienestar después de la Segunda Guerra Mundial en Europa con el objeto de desarrollar una política económica que cree las condiciones para el crecimiento y el empleo y una política de solidaridad para el reparto justo de los esfuerzos y de los resultados del crecimiento. El Estado pasa a desempeñar un rol central en la economía, de mantenimiento del equilibrio económico general, búsqueda de compromiso entre los actores del proceso de crecimiento económico y persecución de fines de justicia social.

El crecimiento económico de un período singular de la historia de las naciones industrializadas dio margen a la transformación del Estado Social en Estado de Bienestar, cuyos rasgos distintivos son: la prestación creciente de servicios públicos de interés social como educación, vivienda, atención médica y asistencia social; un sistema impositivo progresivo; la tutela de los derechos urbano, obrero, agrario; la redistribución de la riqueza para garantizar a todos los ciudadanos el pleno empleo, el trabajo y una pensión como seguridad aun después de la cesación de la relación de trabajo.

El debate sobre el papel de Estado en la sociedad y en la economía está en curso en Europa. Una conclusión parece imponerse: la necesidad de reformular el Estado de Bienestar en nuevos términos para evitar su desmantelamiento en las naciones europeas. En América Latina, en cambio, la cuestión que se plantea en gran parte de los países es la referida a cómo sentar las bases de un Estado que encarne valores que el mercado no puede asegurar, como la justicia social, el empleo o la seguridad social.

La raíz de los desajustes y conflictos de la sociedad del bienestar se encuentran, en la política de intervención estatal y en el excesivo uso de los recursos fiscales para solucionar los desequilibrios económicos y sus repercusiones sociales que han creado actitudes sociales y psicológicas negativas para la expansión y

¹⁰⁸ **MOUFFE, Chantal.** Deconstrucción, Pragmatismo y la Política de la democracia. Barcelona Paidós, 1998. Páginas 13-33.

¹⁰⁹ **ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS K.** Los derechos sociales como derechos exigibles, Trotta, Madrid, 2002. páginas 14-16

generalización del bienestar en los ciudadanos que han reducido la ley a políticas burocráticas y la justicia a justicia distributiva.¹¹⁰ Por esta razón Wendy Brown critica los derechos burgueses en el sentido de que son egoístas y basados en la sociedad capitalista, confundiendo los derechos con fines del Poder. Son una política ilusoria de igualdad, libertad, comunidad, en el dominio del Estado, una política que es contradicha por la inequidad, falta de libertad, de individualismo en el dominio de la sociedad civil.¹¹¹

Los derechos legitiman al naturalizarlos a los diversos poderes estratificantes de la sociedad civil y disfrazan la colusión del Estado con este poder social, legitimando también de esta manera al Estado como un representante neutral y universal. Boaventura de Souza Santos, afirma que los derechos presentan una carga grande de retórica, sustentada en la institucionalización del Derecho, pero plantea su tendencia actual en los fenómenos de transnacionalización y de globalización económica del Derecho, especialmente del derecho privado a través de la *lex mercatoria* o derecho mercantil¹¹²

Para el estudio de estos fenómenos jurídicos Santos de 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. 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. El Estado de bienestar está determinado por la problemática coyuntural que está afectando a los países desarrollados y al contexto mundial, y en particular por la globalización como condicionante estructural.

Según Rodríguez Cabrero¹¹³ el Estado de bienestar ha sido históricamente un mecanismo institucional de regulación del capitalismo en su fase de expansión, pero, a finales de los setenta, comienza a ser considerado, por una parte, como un obstáculo para la globalización, pero por otra, sigue siendo un mecanismo compensador de los costos sociales. La globalización de la economía, ha afectado el estado de bienestar, en primer lugar, por el agotamiento del modelo keynesiano¹¹⁴ ante los profundos cambios producidos en el mercado mundial, y la aparición de movimientos especulativos y políticas competitivas a gran escala, que impiden el crecimiento económico constante, que había posibilitado el desarrollo y funcionamiento del Estado de bienestar.

¹¹⁰RODRIGUEZ P. María Luisa .Minorías, Acción pública de Inconstitucionalidad, y Democracia deliberativa, Bogotá, Universidad Externado de Colombia año 2005 páginas 17 a 34.

¹¹¹WENDY Brown. Lo que se pierde con los derechos. En: La crítica de los Derechos Bogotá Siglo del Hombre. Editores Pag. 9-71

¹¹² SANTOS Boaventura de Souza. Estado, Derecho y luchas sociales. Bogotá: 1998. La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación. Bogotá: ILSA-Universidad Nacional de Colombia.

¹¹³RODRIGUEZ CABRERO, G. Por un nuevo contrato social, Madrid, Instituto de Estudios Sociales Avanzados, 1996 pp. 10-12.

¹¹⁴KEYNES, J.M. Teoría general de la ocupación, el interés y el dinero, México, 1985 F.C.E.p.130-5

El pensamiento conservador, representado por Hayek, Friedman, Nozick, Nisbet, entre otros, considera que el origen de la crisis del estado de bienestar hay que buscarlo en la forma de intervención del Estado en la economía, y concretamente en el excesivo gasto público, para compensar los desequilibrios sociales. El crecimiento de la burocracia estatal, debido a la expansión de los servicios sociales públicos, y del aumento de las subvenciones y subsidios a grupos marginales, realizados por el Estado para evitar las situaciones de exclusión total.

La tendencia igualitarista de las sociedades de bienestar ha provocado la ruptura de los fundamentos sobre los que se mantiene la sociedad capitalista: la estructura social y las instituciones básicas, como la familia y el sistema educativo, que desarrollan funciones de socialización y de integración social. La crisis económica, social, cultural y de valores está afectando también a las instituciones políticas. El estado, en lugar de ser una institución neutral, como defendían los economistas teóricos de la Hacienda Pública, está sometido a las presiones y al poder de los principales grupos sociales y económicos: sindicatos, organizaciones empresariales y partidos políticos. La alternativa neoconservadora se centra en lo que considera que es el origen de la crisis, es decir, el modo de intervención del estado en la sociedad, y propone una política de intervención mínima del sector público en materia social, cultural y educativa.¹¹⁵

La excesiva intervención del estado en cuestiones sociales aminora los recursos necesarios para la reactivación económica, lo que provoca una disminución del nivel de competitividad y productividad, y contribuye a la pérdida de la disciplina laboral y a la disminución de la moral de ahorro y esfuerzo. Todo este contexto ha afectado el Estado de Bienestar y ha producido situaciones de ingobernabilidad y conflicto, por lo que ha sido necesario establecer unos límites a la tendencia igualitaria y redistributiva del Estado.

La propuesta de la corriente conservadora plantea como punto de partida: en primer lugar, la oposición a cualquier planificación social, de carácter público; en segundo lugar, la defensa del sistema capitalista, identificado con el sistema democrático; y, en tercer lugar, reducir la intervención del estado, a corregir los "imprevistos" y contribuir así al funcionamiento del mercado, estableciendo una normativa de carácter universal que proteja la libertad económica. Consideran que La función del estado debe limitarse, por tanto, a apoyar las relaciones mercantiles, para lo que resulta necesario apoyar la producción privada, disponer de recursos fiscales suficientes para la reactivación del mercado, garantizar los beneficios al capital y contar con la legitimación democrática suficiente.¹¹⁶

Esta propuesta supone, de una manera implícita, el rechazo de la sociedad del bienestar, entendida como sociedad de masas, y la supresión de las políticas sociales y distributivas y el establecimiento, por el contrario, de una estructura

¹¹⁵ FRIEDMAN, N. y R. Libertad de elegir. Hacia un liberalismo económico, Barcelona, Grijalbo, 1987 pp. 48-56.

¹¹⁶ IBID Paginas 80- 95

social que se fundamenta en el principio de rivalidad y competitividad, frente a la tendencia igualitaria, promovida por el Estado de bienestar. El discurso conservador conduce a las viejas formas de mercado, lo que contrasta con el modelo de sociedad de bienestar, con el que se han conseguido, a lo largo de su desarrollo histórico, unos logros que ya no pueden ser considerados como privilegios sino como derechos sociales, políticos y culturales propios de las sociedades democráticas.

En los países en los que, durante los últimos años, se ha desarrollado una política conservadora se ha conseguido efectivamente una reactivación económica más rápida, pero a costa de la disminución de los sistemas de protección social, y el consiguiente aumento de las diferencias sociales, lo que está produciendo un incremento de la conflictividad por la dualidad social que está provocando. Todo lo anterior como consecuencia de la complejidad social y del desafío de encontrar respuestas a los problemas de la realidad humana en el contexto del universo y de los fenómenos económicos como una aproximación científica a la naturaleza humana, como ser social.

Se debe empezar a entender que, como lo señala Norbert Bolz, el sentido de los sistemas complejos no es el resultado de proyectos ordenatorios como los que son característicos de los derechos nacionales sino que cuanto más complejo es un sistema, menos se lo puede gobernar con órdenes.¹¹⁷

En momentos de crisis y ajuste económico y social como los que se han ido produciendo a lo largo de las dos últimas décadas, la postura neo corporativista ha ido teniendo una mayor incidencia, a nivel macroeconómico y social, a través de política de rentas, acuerdos sobre reconversión industrial, pacto por el empleo, política sanitaria, educativa en los que el mismo estado es el que promueve políticas neo corporativistas para lograr una mayor eficacia y racionalidad en la solución de los diferentes problemas, haciendo participar en su resolución a los distintos agentes sociales y grupos económicos.¹¹⁸ El Estado, a través de la política redistributiva, no ha conseguido contrarrestar los efectos sociales derivados de los procesos de acumulación y especulación capitalistas, por lo que la crisis económica ha generado a su vez una crisis social, lo que ha producido un resurgimiento de las luchas políticas y de clases.

Claus Offe¹¹⁹ considera que la crisis del se debe a un deterioro del proyecto político, que se ha ido produciendo por la incapacidad de los gobiernos para aplicar programas preventivos en política económica, en lugar de políticas compensatorias posteriores. La ineficaz política redistributiva ha provocado nuevos colectivos de marginados, lo que ha producido un desconcierto social e incrementado la desmotivación colectiva. Resulta necesario, por tanto, la aceptación, por parte de todos los grupos sociales, de las reglas legitimadoras de los estados

¹¹⁷**BOLZ Norbert.** Discurso sobre la desigualdad. Trad. Carlos Lopez, Múnich 2009. paginas 37-42.

¹¹⁸ **IBID.** Paginas 60-65

¹¹⁹**OFFE, Claus** Contradicciones en el Estado de Bienestar, Madrid, 1990 Alianza Univ. p.68-70

constitucionales y democráticos, y de las políticas y medidas gubernamentales que canalicen las demandas ciudadanas respecto a la redistribución de la riqueza y la ampliación de las coberturas de protección social.

Partiendo de un análisis de las sociedades desarrolladas dentro del contexto del sistema mundial, Giddens¹²⁰ considera que el Estado de bienestar, en su configuración actual, no está siendo capaz de dar respuesta a los grandes cambios, y a la nueva situación social que se ha producido en los países desarrollados, y que ha afectado principalmente, en primer lugar. Al trabajo. El Estado de bienestar se propuso, como objetivo prioritario, la consecución del pleno empleo, pero principalmente el de los hombres, dado que a la mujer se le adjudicaba una función doméstica dentro del ámbito de la familia.

La idea del pleno empleo se basaba en la importancia económica de la producción en serie, y en la organización centralizada entre el capital y el trabajo asalariado. La situación actual ha experimentado unos cambios considerables, que han afectado al incremento de la demanda de empleo femenino, al mismo concepto de trabajo y a las circunstancias en las que éste se produce, junto a las posibilidades de empleo en función del sexo y al trabajo femenino y su repercusión en la familia.

Se ha afectado también la idea de solidaridad, ya que el nuevo contexto de globalización económica ha contribuido a la ruptura de la idea de solidaridad nacional, sobre la que se fundamentaba el Estado de bienestar. De la idea de reparto, y de solidaridad intergeneracional, en la que se basaban los sistemas de protección social, se está pasando a la idea de capitalización y de privatización de determinados servicios de bienestar. La situación de clase estaba unida a una experiencia y acción comunitaria concreta, dentro de un área local, y en ella se desarrollaba la solidaridad. Las nuevas formas de distribución del trabajo, y las circunstancias y contexto en el que éste se desarrolla, han contribuido a la disminución de este sentido de solidaridad.¹²¹

El nuevo contexto político y socioeconómico producido ante los nuevos riesgos ha modificado la política de protección social del Estado de bienestar dirigida principalmente a la gestión de riesgos externos, que pueden ser previstos y calculables, y se refieren a riesgos ya ocurridos -vejez, enfermedad- o que van a producirse en un futuro próximo. Con la nueva situación mundial aparecen riesgos fabricados, cuyas repercusiones son imprevisibles -por ejemplo, el deterioro ecológico, la contaminación, las presiones migratorias de los países subdesarrollados hacia el mundo desarrollado, los enfrentamientos bélicos.¹²²

Esta situación, está desbordando los planteamientos y alternativas estrictamente nacionales, y exige respuestas a nivel internacional con políticas a largo plazo,

¹²⁰GIDDENS, A. (1996): Más allá de la izquierda y de la derecha. El futuro de las políticas radicales, Madrid, Ed. Cátedra, pp. 139-155 y 181-196.

¹²¹IBID . Paginas 170-185

¹²²GIDDENS, A. Más allá de la izquierda y de la derecha. El futuro de las políticas radicales, Madrid, Editorial. Cátedra, 1996. pp. 139-155 y 181-184

basadas en la solidaridad entre los pueblos. El Estado de Bienestar no se presenta así como una configuración acabada, sino fiable y necesitada de revisión para realizar siempre de nuevo y en circunstancias cambiantes el sistema de los Derechos, lo que significa una reconstrucción paradigmática del Derecho y del Estado social de Derecho por la que se dejan guiar los ciudadanos en una auto-organización de la comunidad jurídica en su sociedad.

La crisis del modelo de constitución del Estado del bienestar, cuya insuficiencia programática terminó por convertir partes enteras y singularmente relevantes del texto constitucional en meras proclamas o, a lo más, en principios orientadores de la actividad política estatal, de acuerdo con las reglas económicas impuestas por los propios condicionamientos del sistema. Todo este panorama crítico revela, en realidad, la crisis de un modelo jurídico asociado al Estado-nación, un modelo de producción jurídica coronado teóricamente por el principio del imperio de la ley.¹²³

Gran parte de la tradición constitucional iberoamericana en materia de derechos sociales se caracteriza por la repetición de tópicos que, a la luz de la experiencia internacional y de la ya considerable acumulación de precedentes nacionales, han demostrado ser formulaciones de tipo ideológico, antes que argumentos sólidos de dogmática jurídica. Tales derechos, en la medida que son insatisfechas, deslegitiman los poderes del estado, e invalidan sus acciones o sus omisiones. El análisis de las formas de esta deslegitimación, constituye el principal problema teórico de la ciencia Jurídica garantista¹²⁴

2.3 CRISIS DE LA DEMOCRACIA LIBERAL

La crisis del derecho se proyecta y se traduce en una crisis de la democracia. Porque todos los aspectos señalados, se materializan en una crisis del principio de legalidad, es decir, de la sujeción de los poderes públicos a la ley, en la que se fundan tanto la soberanía popular como el paradigma del Estado de derecho y se resuelve en la reproducción de formas neoabsolutistas del poder público, carentes de límites y de controles y gobernadas por intereses fuertes y ocultos, dentro de nuestros ordenamientos.

Si recordamos lo que etimológica e históricamente significa La Democracia como una forma de gobierno, una manera de organización política, donde cada miembro que la integra tiene igual poder de decisión y opinión se podría evidenciar una clara incongruencia. Este término proviene de dos vocablos griegos: demos, cuya definición es “pueblo”, y kratos, que significa “gobierno”; Democracia etimológicamente, el gobierno del pueblo. En el siglo XVIII, el espíritu democrático ateniense se expandió por la Europa Occidental, cansada de los gobiernos autocráticos; La revolución francesa dio nacimiento a una nueva forma de

¹²³ GIDDENS, A. BERIAIN, J. Las consecuencias perversas de la modernidad: modernidad, contingencia y riesgo, traducción de C. Sánchez, Barcelona, Anthropos, 1996.

¹²⁴ FERRAYOLI, Luigi. Derecho y razón. Madrid trota, 1989 Páginas 862 a 869

Democracia indirecta o representativa, donde el pueblo gobierna no directamente, sino a través de sus representantes por él elegidos.

En esta Democracia, nacida de la revolución francesa, las decisiones son tomadas por la mayoría, respetando los derechos de la minoría; cada persona puede pensar distinto y expresarlo sin ser mal vista o recibir castigos por ello. Se realizan elecciones competitivas cada un determinado período de tiempo, en las cuales decide el voto del pueblo; la “lucha” entre quienes quieren acceder al gobierno es pacífica, a través del diálogo y los acuerdos. El poder está distribuido, en tres ramas para que puedan controlarse mutuamente. Sin embargo estos atributos registran en la actualidad un lamentable deterioro como se analiza a continuación.

El efecto de la democracia sobre el bienestar de la humanidad no ha sido hasta ahora demasiado impactante afirmaba el profesor Arnold Bo Rothstein, de la Universidad de Gotemburgo, experto en corrupción, transparencia e integridad del sector público¹²⁵ señalando que en el siglo XIX se produjo un retroceso casi total, y a principios del siglo XX fracasaron los nuevos intentos de instaurar democracias. Tras la segunda guerra mundial, y tras la derrota del fascismo, la democracia se postulaba como el régimen al que todo ciudadano del mundo aspiraba. Las dos últimas décadas del siglo XX trajeron la exitosa expansión del modelo por todo del mundo, de forma que en el año 2000 casi el 63% de la población vivía en países democráticos.¹²⁶

Parecía fácil predecir que el siglo XXI vería la democracia instaurada en todo el mundo. Pero el siglo XXI se ha iniciado plagado de fracasos: Ucrania, Rusia, Venezuela, Egipto, Siria, Irak, Afganistán, No solo en regímenes que habían instaurado un régimen democrático se ha producido un retroceso a regímenes autocráticos, sino que muchos regímenes democráticos se han deslizado hacia democracias de muy baja calidad, donde solo las elecciones periódicas justifican el nombre de democracia. El cúmulo de fracasos ha hecho resurgir las dudas. El siglo XXI ha traído dos elementos adicionales que han contribuido a sembrar estas dudas, tal y como señala el artículo de “The Economist”: una crisis económica y financiera que ha mostrado con crudeza las debilidades del modelo democrático, en particular a la hora de controlar el gasto público y el déficit.

Muchos países emergentes, ante los sucesivos fracasos de las nuevas democracias en el siglo XXI, se muestran cada vez más reticentes a copiar los modelos de democracia occidental, y prefieren mirar en el espejo de China, como una alternativa de gobierno más atractiva pues la democracia es un modelo de gobierno que requiere un equilibrio nada sencillo, y una cultura y educación política más que unas elecciones libres, y unas votaciones periódicas. Muchos de los fracasos democráticos se escriben bajo modelos en que los gobiernos entienden que las urnas otorgan poder para tomar cualquier decisión sin embargo lo sucedido

¹²⁵ **RONSTHEIN Arnold.** Conferencia que impartió en la Fundación Rafael del Pino,(Madrid) el pasado 16 de Enero,2014

¹²⁶ **REDONDO Juan Luis.** Crisis de la democracia o crisis del buen gobierno?9 abril, 2014 En: Crisis política e institucional. Artículo original en THE ECONOMIST 9 DE ABRIL DEL 2014 “What’s gone wrong with democracy?”

en Venezuela, en Egipto, en Ucrania, o en Rusia, permite cuestionar un modelo en que los necesarios contrapesos al poder ejecutivo no existen, y las votaciones se convierten en meras legitimaciones formales para gobiernos autocráticos.

La democracia nunca ha sido participativa como se proclama en los textos constitucionales. Por el contrario, las elites políticas han impedido el empoderamiento comunitario y la conquista de espacios de participación política, que permitan el surgimiento de una nueva relación entre el Estado y la sociedad, relación que permite la reflexión y la acción es decir las posibilidades reales de la democracia participativa. La democracia se ha caracterizado por un formato político en el que los privilegios y las fuerzas autoritarias de quienes insisten en su permanencia en el poder, bloquean la mentalidad participativa, altruista y solidaria.

En este contexto es importante el protagonismo que han logrado las organizaciones y movimientos sociales, y los partidos políticos en la búsqueda del pluralismo, el reconocimiento y la redistribución, procesos en los cuales se han evidenciado avances, en los acuerdos, las reglas y principios a que se someten las organizaciones, asociaciones y partidos.¹²⁷ A pesar de estar constitucionalmente consagrados el esquema de separación de poderes, en la independencia del poder judicial, independencia de banco central, independencia de organismos reguladores, transparencia, limitación de mandatos, apertura de los partidos políticos, Sin embargo esta separación se vuelve casi inexistente y solo se puede contar con una democracia de baja calidad.

Las democracias de mayor éxito, como la inglesa, se corresponden con situaciones en que antes de instaurar los modelos de elección universal, ya contaban con una amplia experiencia de instituciones que servían de contrapeso a los gobiernos.¹²⁸ La crisis de la democracia, se evidencia en la satisfacción de los ciudadanos con su modelo de gobierno, y se puede observar que la correlación entre democracia y satisfacción vital o riqueza, no es tan alta como se podría pensar. La verdadera correlación se produce entre estos parámetros y el buen gobierno o el control de la corrupción.¹²⁹

Cuando un gobierno quita independencia al poder judicial, ocupa instituciones y organismos que no corresponden al poder ejecutivo o legislativo, o hurta transparencia en sus decisiones y comportamientos, conduce necesariamente a la pérdida de la calidad de la democracia y del bienestar de los ciudadanos, pero los ciudadanos no lo entienden así. La democracia estaría perdiendo su impronta, y por tanto su legitimidad pues ciertas figuras dogmáticas como el principio de las mayorías, la representación, la participación, la consulta, las asambleas, la soberanía, la declaración de la voluntad popular, son ilusorias y no captan su real dimensión ni el problema que plantean desde el punto de vista social.¹³⁰

¹²⁷ ARON RAYMOND. Democracia y Totalitarismo. Barcelona. Seix Barral, 1968. Páginas 84-93

¹²⁸ LEFORT, C. La invención democrática, trad. esp. B. Aires, Nueva Visión, 1990. páginas 12-15

¹²⁹ RONSSTEIN Arnold. Conferencia en la Fundación Rafael del Pino, (Madrid) 16 de Enero, 2014

¹³⁰ LEFORT C. La invención democrática, trad. esp., Buenos Aires, Nueva Visión, 1990. Página 25

Son evidentes las dificultades, las debilidades y los fracasos de la democracia formal frente a la democracia real, incluyendo el clásico tema de la teoría de las elites, la gobernabilidad, la transparencia, los intereses y la legitimidad del principio mayoritario; Son numerosas las contradicciones en las que se mueve una sociedad democrática, que en últimas está reducida a procesos de dominación y de retórica por sus vicios congénitos, sus cuestionamientos, sus limitaciones, a su futuro pero sobre todo las dificultades para dirimir el choque de intereses y las lagunas de las teorías convencionales.¹³¹

La participación de los ciudadanos en la mal llamada democracia, queda reducida a la simple actividad electorera y los elegidos detentan el poder como si fuera su propio patrimonio.¹³² La crisis de la democracia es una realidad. La economía global está generando presiones y el creciente desempleo aumenta, las desigualdades sociales y la desigualdad de oportunidades se hacen cada vez más notorias, y el planeta tiene un gran reto para disminuir los altos índices de pobreza y de miseria, que requiere una urgente redistribución de la riqueza.

No ha sido posible que la democracia se oriente a la constitución de un orden económico con cierta homogeneidad, entendida como un estándar de derechos sociales, que garantice un mínimo de igualdad sustancial, para que sean viables los derechos de participación, y se deslegitimen las políticas y las prácticas de exclusión social.¹³³ Se ha dejado en evidencia la quiebra de los Estados y la Necesidad de un orden económico mundial teniendo en cuenta que se ha cuestionado la legitimidad de muchos de los regímenes actuales, el capitalismo global y las especulaciones financieras, que han sembrado el mundo de desempleo y de miseria y demandan redistribución, reconocimiento y democratización económica.¹³⁴

En la democracia las discusiones y decisiones son tomadas por un conjunto de personas que son designadas por una población, que representa los intereses generales. En términos generales la expresión democracia representativa quiere decir que las deliberaciones colectivas, es decir, las deliberaciones que involucran a toda la colectividad, no son tomadas directamente por quienes forman parte de ella, sino por personas elegidas para este fin.

Entre los diputados y los ciudadanos existe un nexo causal, que le da vida a la representatividad; en los antecedentes históricos franceses podemos encontrar que los diputados acudían ante la comunidad que los designaba, para recibir instrucciones y ejecutarlas en la asamblea; sin embargo, a medida que fue creciendo la población se hizo cada vez más difícil llevar a cabo tal costumbre, por

¹³¹ **BOBBIO Norberto.** El Futuro de la democracia. Mexico Fondo de Cultura económica, 2008

¹³² **WILLKE Helmut.** La transformación de la democracia como modelo de orientación de las sociedades complejas. U.de Bielefeld. Trad. Aldo Mascareño, 2006, revista estudios Políticos Chile.

¹³³ **HELLER Herman.** Teoría del Estado. La formación de los conceptos. Estudio Preliminar de José Luis Menereo Editorial Comares. Granada España Pág.251.

¹³⁴ **MOUFFE, Chantal.** Deconstrucción, Pragmatismo y la Política de la democracia. Barcelona Paidós, 1998. Páginas 13-33.

lo que se prefirió que el diputado gozara de autonomía, es decir, libertad para decidir lo que más le convenía al pueblo.

Ya son reiterados los cuestionamientos y preocupaciones sobre la legitimidad de los gobiernos democráticos actuales y la información política es cada más desalentadora.¹³⁵ Se observa el notable deterioro de sus procedimientos y del sustento filosófico que le atañe, y que se ha convertido la legitimidad en una especie de ideología sin ideas, a pesar de que el modelo social y económico imperante suponen una democracia avanzada, la vigencia de un pluralismo político y una activa participación ciudadana como base de la democracia es inexistente.

Inicialmente la democracia se reduce a que un pequeño grupo de ciudadanos, concentra su poder democrático en la elección de los políticos que son los que deciden, pues una vez elegidos se constituyen en titulares del poder el cual ejercen con absoluta autonomía hasta el punto que en muchos casos la mayoría de los representados no se identifica con sus representantes o no se sienten representados por aquellos que eligió y que Boaventura de Sousa Santos denomina patología de la representación.¹³⁶

Contrario al sentido común que difunden los medios de comunicación, las disfunciones que presenta la democracia representativa, no ocurren solo en los países menos desarrollados, o denominados genéricamente del tercer mundo sino también en las democracias que se autoproclaman como ejemplo del mundo, en las cuales también se evidencia la apropiación de la democracia representativa, por parte de intereses económicos minoritarios, pero muy poderosos, de las multinacionales financieras.

Cuando la distancia entre los representados y los representantes es amplia y disfuncional operan las mediaciones institucionales, de los partidos políticos y las organizaciones de intereses sectoriales, pero en realidad las elecciones es muy poco lo que pueden cambiar esta situación, pues esto ocurre reiteradamente y la patología de la representación se convierte poco a poco en patología de la participación en la que se observa a los ciudadanos cada vez más desmotivados e impotentes frente a la teoría y a la práctica de la política liberal, basada en la democracia representativa, diseñada para la conformación de elites políticas basadas en el procedimentalismo, que se orienta solo al mantenimiento del status quo.¹³⁷

Esta carencia de legitimidad de la democracia materializada en el deficiente funcionamiento de las instituciones democráticas o en los intereses personales de quienes las encarnan, forman parte de un conjunto de valores y costumbres que dominan nuestra sociedades, donde lo corriente es la relación desigual, la negación del principio de la igualdad sustancial, e incluso de la solidaridad universal

¹³⁵ **PRIETO SANCHIZ Luis.** Estudios sobre derechos fundamentales, Madrid Debate 1990. Pág 12.

¹³⁶ **DE SOUSA SANTOS,** Boaventura. Democracia al borde del caos. Ensayo contra la autoflagelación. Siglo del hombre editores, Bogotá 2014, páginas 251 a 253

¹³⁷ **BOBBIO Norberto.** El Futuro de la democracia. Mexico Fondo de Cultura económica, 2008

arrinconada ante la ley del más fuerte y donde la integración del individuo con la comunidad pierde terreno ante las fórmulas de integración funcional, puesto que la libertad el individuo queda asfixiada bajo el peso del poder o del dinero en unas relaciones casi siempre asimétricas.¹³⁸

Los parlamentos y las instancias de decisión política echan mano frecuentemente de recursos no racionales de legitimación, como son las apelaciones retóricas, la manipulación de la opinión pública o la imposición pura y simple de las mayorías parlamentarias. En esto el sistema político se diferencia del sistema jurídico, pues un juez siempre está obligado a argumentar sus sentencias, y las apelaciones retóricas o las arbitrariedades injustificadas suelen verse en este ámbito como perversiones del sistema jurídico.

El déficit de racionalidad de las resoluciones formalmente legítimas del sistema político tiene que ver con las crisis de legitimación que señalan la existencia de límites empíricos de la legitimidad. Cuando no es posible apelar a las tradiciones carismáticas, populistas religiosas o iusnaturalistas la legitimación procedimental es un espejismo que hace creer que el procedimiento son democráticos y garantizan la racionalidad de los resultados.¹³⁹

La paxis democrática está en crisis y tiene connotaciones conceptuales muy diversas de las cuales la más conocida es la que se denomina democracia liberal, casi siempre identificada con cuestiones electorales.¹⁴⁰; El desdén de la mayoría, en los sistemas que fungen como democráticos destruye el fundamento de la comunidad política, y aunque pretenden hablar en nombre de la sociedad en su conjunto están negando en el fondo la democracia.¹⁴¹

Aun teniendo conocimiento de las contribuciones del modelo de la democracia directa a una correcta democratización de un Estado parlamentario mediante la complementación de la libertad con la igualdad, podemos encontrar, como modelo alternativo global, serias carencias. Carencias no de forma práctica, sino de principio y estructura. Esto se debe a que se postula una quimérica identidad entre gobernantes y gobernados, enredando la titularidad y el ejercicio del poder político. Esto se presta para la aparición de elites ocultas, grupos poderosos de interés, líderes de la opinión, y mediaciones, generando un descontrol entre unos y otros.¹⁴²

Para la solución de estas falencias se ha propuesto la factibilidad de un modelo electrónico, especialmente para solucionar el problema de las naciones de alta demografía. En efecto, la actual posibilidad tecnológica de conocer instantáneamente las preferencias de todos los ciudadanos con anterioridad a la toma de decisiones, volvería en principio factible la instauración de formas de

¹³⁸ **MACPHERSON, C.B.**, The life and times of liberal democracy. Oxford University Press, 1977 p.93

¹³⁹ **WEBER Max.** Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva, trad. J. Medina Echavarría, ed. J. Winckelmann, FCE, México, 1964 P. 174-180.

¹⁴⁰ **MACPHERSON, C.B.**, The life and times of liberal democracy. Oxford University Press, Oxford, 1977, p. 93.

¹⁴¹ **WALDRON Jeremy.** Derecho y desacuerdos. Estudio preliminar. Madrid Marcial Ponds. Páginas 356-357

¹⁴² **MACPHERSON, C.B.**, The life and times of liberal democracy. Oxford University Press, Oxford, 1977, p. 93

democracia directa. Utilizar un modelo electrónico como modelo alternativo trae una serie de debilidades, ya que dejaría inconclusos dos problemas decisivos. Primero, que las preferencias de los ciudadanos radiquen muy frecuentemente en lo que los psicólogos sociales denominan pseudopreferencias.

Un modelo directo de democracia como alternativa global resulta ser problemático debido a las confusas exigencias que le plantean sus dos asunciones originarias: la existencia de preferencias exógenas, externas al proceso político que deben ser descubiertas y respetadas, y la inmediatez entre demandas y decisiones que se prolonga en la identidad entre gobernantes y gobernados. Estas asunciones originarias podrían ser superadas, en cierta medida, si se logra una superación a nivel moral y educacional, permitiendo que la idea principal de una democracia directa funcione adecuadamente.¹⁴³

La democracia directa real, abarca efectivamente más características democráticas que una de tipo representativo. Pero no estamos preparados aún, forjando así a la representación en democracia como necesaria. Sin embargo, todavía queda una deuda pendiente en la clase política para que instaure un nivel de educación cívica que es necesario para poder votar con conocimiento de causa. Hace falta relacionar con convicción el efecto de una buena educación con un mejor ejercicio de la democracia. Sólo así podemos lograr evolucionar democráticamente.¹⁴⁴

Las contradicciones en las que se mueve una sociedad democrática, consiste en que en últimas está reducida a procesos electorales retóricos por sus vicios congénitos, y sus limitaciones, sobre todo las dificultades para dirimir el choque de intereses y las lagunas de las teorías convencionales. La participación de los ciudadanos en la mal llamada democracia, que se ampara en el Derecho queda reducida a la simple actividad electorera y los elegidos detentan el poder como si fuera su propio patrimonio. Lo que está en discusión es la legitimidad del mayoritarismo popular que siempre produce un impacto injusto sobre determinados individuos o grupos cuando toman decisiones sobre derechos de millones de personas sobre la base de las voces y los votos de unos pocos.¹⁴⁵

En la democracia no predomina la transparencia de los asuntos públicos y la justicia social, tampoco la participación de la población en los asuntos públicos, y en la ejecución de las decisiones del gobierno, elementos que no favorecen la ruta democrática y representativa del Estado. La democracia requiere de un orden para su efectiva observancia, a las personas se les facilita el actuar correctamente, cuando se les otorgan normas que deben seguir en beneficio propio, de su familia o de su ciudad, evitando de tal forma prácticas sociales que generan la degradación de la sociedad humana.¹⁴⁶

¹⁴³WEBER Max. Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva, trad. J. Medina Echavarría, ed. J. Winkelmann, FCE, México, 1964 P. 174-180.

¹⁴⁴FERRAJOLI Luigi. Garantismo. Una discusión sobre Derecho y Democracia. Madrid 2.006.

¹⁴⁵MACPHERSON, C.B., The life and times of liberal democracy. Oxford University Press, Oxford, 1977, p. 93

¹⁴⁶FERRAJOLI Luigi. Garantismo. Una discusión sobre Derecho y Democracia. Madrid 2.006

Se ha perdido la confianza recíproca entre el pueblo y gobernantes, factor que intrínseco de la democracia, para administrar la cosa pública, para ser garantes de sus derechos, confianza que debe ser fortalecida por los gobernantes al dar resultados positivos a las demandas ciudadanas, en el buen desempeño de sus funciones públicas.¹⁴⁷ La representatividad nunca es completa en un Estado, debido a que los representantes no representan a la totalidad de la población, sino que representan a los partidos políticos e incluso personales, más no al interés general de la población, lo cual denota una deficiencia en el sistema político del Estado.

CONCLUSIONES.

Se ha evidenciado la crisis en la sociedad tradicional contextualizada en la misma historia de la humanidad y con las premisas básicas de diferentes civilizaciones, que en la naturaleza de su impacto sobre los cambios y las crisis que se han producido dentro de las distintas civilizaciones tradicionales las que aunque difieren entre sí, se pueden discernir, algunos rasgos comunes en ellas que las distinguen de las modernas. En todas las sociedades tradicionales ha tenido lugar, en diferente grado, un continuo desarrollo, crecimiento y acumulación de diferentes tipos de crisis dentro de los mencionados ámbitos relacionados con los aspectos jurídicos y filosóficos de estas sociedades.

Las funciones del Estado liberal se han tornado cada vez más complejas, las sociedades más diferenciadas y heterogéneas, las instituciones han dejado de ser eficientes y eficaces, incapaces de dar respuesta a las demandas y necesidades, agudizándose en esta forma la crisis de legitimidad. Los criterios de legitimidad que se imponen con sus tradicionales paradigmas, han entrado en crisis de tal forma que muchos consideran la idea del Estado liberal, bajo la idea de un Estado anómico para significar que no contribuye a la regulación efectiva transparente y general de la sociedad.¹⁴⁸

¹⁴⁷**WILLKE Helmut.** La transformación de la democracia como modelo de orientación de las sociedades complejas. Universidad de Bielefeld. Trad. Aldo Mascareño, 2006, revista estudios Políticos Chile.

¹⁴⁸**WILLKE Helmut.** La transformación de la democracia como modelo de orientación de las sociedades complejas. U. de Bielefeld. Trad. Aldo Mascareño, 2006, revista estudios Políticos Chile.

CAPITULO III
CRISIS EN EL DERECHO:
PARADIGMAS, RACIONALIDAD Y RAZONABILIDAD

Introducción

3.1. PARADIGMAS IUSFILOSOFICOS: POSITIVISMO- IUSNATURALISMO.

3.2. CRISIS DE RACIONALIDAD Y RAZONABILIDAD.

3.3. CRISIS EN LOS PARADIGMAS CONSTITUCIONALES.

3.4. CRISIS EN EL DERECHO FORMAL.

INTRODUCCION.

Frente a la crisis contemporánea del derecho positivo, emergen nuevos intentos orientados a la legitimación del derecho, buscando esquemas o modelos propios de las ciencias naturales, y queriendo replantear los paradigmas científicos tecnológicos, no sin antes considerar la crisis de racionalidad que afecta el campo

jurídico como consecuencia de la racionalidad instrumental impuesta por las sociedades contemporáneas.¹⁴⁹

La crisis del Derecho en esta investigación está centrada en su validez y en su eficacia. Paschukanis el más importante teórico marxista del derecho considera que el derecho es eficaz ya que 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 era necesario abandonar al existir una negación de la validez que lo define. Propone la superación del derecho como fetiche, del mismo modo en que se puede superar el fetiche de las mercancías.¹⁵⁰

La crisis de los paradigmas jurídicos, el positivismo, el iusnaturalismo, el estado liberal, la democracia; ha sido planteada también por el movimiento de los “Critical Legal Studies”, de origen anglosajón y posee manifestaciones importantes especialmente con Duncan Kennedy, Robert Unger, Alan Hunt, entre otros en los que ha predominado una concepción “deconstructivista” no solo por la influencia del pensamiento de Derridá, sino también por el declarado propósito de exhibir los límites ideológicos del Derecho aplicado, en su más generalizado modo de operar como mecanismo de reproducción del poder y de la dominación social.

Especialmente se caracterizan cuatro grandes ejes epistemológicos que marchan en torno a la crítica jurídica: Los estudios jurídicos críticos CLS en EU; La Asociación de Crítica Jurídica que surge y se desarrolla en Francia, el Uso Alternativo del Derecho y los Enfoques epistemológicos de pluralismo jurídico y otros movimientos de crítica jurídica con su propio espacio que mediante la investigación histórica, filosófica y sociológica, pretenden desmitificar la teoría jurídica liberal norteamericana, revelando hasta qué punto se evidencia su grado de compromiso con las relaciones de poder y con las ideologías dominantes, y apuntando incluso a la falacia de la neutralidad y de la complicidad de clase de los jueces en la práctica judicial.

En la Globalización aparece una concepción no positivista del Derecho que no lo ve como un sistema, como un conjunto de normas preexistentes sino más bien como una práctica, como un procedimiento o un método para conciliar intereses y resolver conflictos. Esta situación da lugar a una crisis del Derecho como consecuencia de una crisis de su racionalidad bajo condiciones objetivas en las que se caracteriza la insuficiencia de la vieja forma de racionalidad frente a las necesidades de la sociedad moderna o la falta de creencia en su capacidad para resolver los conflictos, pues pareciera que el Derecho oculta la forma como el status quo se beneficia de un orden legal, que no reconoce su posición privilegiada, y que a través de diversos mecanismos se convence a la gente en forma inconsciente de

¹⁴⁹ **RODRIGUEZ M. Eduardo.** Antinomias Kelsenianas y crisis del positivismo jurídico. En: DERECHO ESTADO Y SOCIEDAD. Universidad Libre, Bogota, 2014 pagina 31.

¹⁵⁰ **PASUKANIS Eugeny.** Teoría General del Derecho y Marxismo. Traducción de Labor. Barcelona. 1976.

que las diversas relaciones jerárquicas, en las cuales viven y trabajan son naturales y necesarias.

3.1 CRISIS EN LOS PARADIGMAS IUSFILOSÓFICOS: POSITIVISMO Y IUSNATURALISMO

Los paradigmas jurídicos más reconocidos desde Grecia hasta nuestros días son el paradigma Iusnaturalista y el Paradigma positivista. El primero se refiere al Derecho natural es decir el sistema de principios y normas superiores al derecho positivo. La posición Iusnaturalista es una corriente muy variada de aptitudes, de pensamientos y conceptos, por lo tanto realizar una concepción íntegra y general de ésta corriente es muy complejo, gracias a su diversidad. El derecho natural destaca unos valores, la mayoría de estos de carácter ético e interior, y que están integrados por la moral razón por la cual el hombre no puede perder la esencia que adquiere de la naturaleza. Cabe destacar que el Iusnaturalismo es reflejo del Derecho Natural, debido a que se funda en la naturaleza del hombre, se desarrolla y evoluciona a medida que él va evolucionando.

El segundo paradigma es el Positivismo que fija su atención en la ciencia, ya que le brinda seguridad, y confianza pues para él la moral le restaba validez, objetividad a la norma jurídica, quitándole la formalidad y dejando de ser Derecho. Ya no es el hombre, a merced de la naturaleza, más bien es un ser, que encuentra respuestas lógicas al estudiar en forma analítica, los mecanismos de los objetos que se encuentran en su alrededor, afirmando las ideas del garantismo, necesariamente ligado al valor de la legalidad, dando lugar a la caracterización de una justicia humana falible, pero también perfectible; histórica y contingente, exenta de sujetos privilegiados y producto dialógico de la tolerancia y el reconocimiento recíproco de los sexos, las razas y las ideologías.¹⁵¹

Estos dos paradigmas Iusfilosoficos se consideran agotados en la actualidad, el Iusnaturalismo en sus distintas versiones y el Iuspositivismo, ante la imposibilidad de ambos modelos de superar los respectivos reduccionismos el de carácter ontologista, en el caso del Iusnaturalismo y el de carácter normativista, en el del positivismo. Estos dos paradigmas que impedían dar cuenta de la complejidad social y de la complejidad del derecho, resultaban fatalmente insuficientes para entender dicha complejidad y sobre todo la diferenciación social. El derecho de la modernidad es una tecnología elaborada por siglos, un discurso justificatorio portador de criterios axiológicos, un modo de transformar poder político en práctica social, un mecanismo a través del cual se limita el ejercicio arbitrario de la autoridad y se consagran garantías recíprocas incluidas en el pacto de convivencia.¹⁵²

3.1.1 EL PARADIGMA IUSNATURALISTA

¹⁵¹ CARCOVA Carlos María. Las teorías jurídicas pos positivistas. Buenos Aires. Abeledo Perrot. Pag. 57 y.11.

¹⁵² Ibíd. Página 4

El iusnaturalismo es producto de una larga evolución histórica que sufre distintos procesos y que pasa de la idea de un derecho derivado de la divinidad, a la de un derecho deducido de la naturaleza humana cuyos postulados o principios pueden obtenerse por métodos racionales. Es el conjunto de principios de justicia con validez universal que pueden ser deducidos racionalmente, pero que, además, confirman que el derecho positivo que no cumpla con tales principios no puede calificarse derecho. El iusnaturalismo, con esta palabra se designa un conjunto de doctrinas muy variadas, que tiene como denominador común la creencia de que el Derecho "positivo" debe ser objeto de una valoración con arreglo a un sistema superior de normas o principios que se denominan precisamente: Derecho natural.

Se predica una postura que afirma la supremacía y preexistencia del Derecho Natural ante el Positivo, y que el derecho positivo debe ser fiel reflejo del derecho natural. El derecho natural considera que existen principios válidos, universales, eternos e inmutables. Antes del derecho positivo, escrito, preexistían leyes naturales que regían la vida de las personas y contribuían a guiar la conducta de los hombres; esas leyes o principios han permanecido incólumes a los cambios profundos de los tiempos, incluyendo la aparición de las doce tablas y sus desarrollos posteriores.

El iusnaturalismo señala como condición para la validez del derecho positivo, la concordancia entre este con los principios universales, principios que considera superiores al derecho de los hombres, en virtud a su naturaleza, no son hechos por el hombre, son naturales, no humanos, amén de su inmutabilidad-eternidad. Si el derecho de los hombres se opone al derecho natural, entonces aquel no es derecho. Los iusnaturalistas sostienen que el matrimonio entre iguales, es contrario a las leyes naturales, la ley que lo apruebe desconoce principios válidos universalmente, en consecuencia, esa ley no es derecho.

En relación con la razón, los iusnaturalistas, sostienen que los principios universales, fenomenológicamente no provienen de actos empíricos, la vida digna es un principio y un valor jurídico que manifiesta connotaciones de una existencia apriorística, es de construcción supra empírico.¹⁵³ Los derechos naturales de los hombres frente al Estado, se ha convertido en una verdadera utopía a pesar de que han jugado un papel importante en el desarrollo de las democracias modernas, debate inspirado en los principios del iusnaturalismo. Se ha sostenido que el hombre tiene unos derechos que son inalienables, intransferibles a ningún gobernante, J. Locke centra esos derechos en la vida, la libertad y la propiedad. Cómo lograr el respeto por esos derechos y la vida en sociedad, para algunos, la respuesta es la celebración de un contrato social, que garantice los derechos individuales y colectivos, propósito que en la globalización no tiene viabilidad

El paradigma iusnaturalista que arranca con los presocráticos, atraviesa la antigüedad y la larga Edad Media y constituye el núcleo político-filosófico de la

¹⁵³HART, H. L. A. "El positivismo jurídico y la separación entre el derecho y la moral", en Derecho y moral. Contribuciones a su análisis, Bs. As. Desalma, 1962.

Modernidad; y la vastísima obra de Luhmann, que concibe y explicita una Teoría General del Sistema Social y luego formula desarrollos específicos para cada uno de los principales subsistemas: la economía, la educación, el derecho, y la sociedad ha entrado en crisis.¹⁵⁴ El aporte que esta concepción hace a la construcción de una Teoría jurídica, ya no se caracteriza por su carácter innovativo, sino por su incapacidad para dar respuesta a las nuevas problemáticas y para elaborar soluciones alternativas cuya naturaleza es más bien epistemológica.

En la actualidad el Derecho natural no es solo un conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede conciliarse con el arbitrio del otro según una ley universal de la libertad, sino el conjunto de condiciones en las que necesariamente deben moverse las actividades públicas y privadas para salvaguardar los intereses materiales no disponibles, es decir un orden objetivo previsto para limitar la inestabilidad de las voluntades, pues las exigencias de justicia general están por encima de las voluntades individuales.

Se cuestiona hoy la aplicación de un Derecho intrínsecamente válido, un derecho racional, derecho filosófico descubierto por la razón humana y no puesto por una voluntad, un derecho supra legal no escrito, derecho universal conforme a la naturaleza específica de todos los hombres que es la misma, derecho inmutable, inderogable e indispensable que parafraseando a Cicerón,¹⁵⁵ afirma que “la recta razón es la verdadera ley conforme a naturaleza, difundida en todo, constante, eterna, que llama al hombre al deber con sus mandatos y lo aleja de la injusticia con sus prohibiciones. No puede ser anulada por otras leyes, ni es lícito derogar ninguna parte de ella.”

Uno de los enfoques más significativos contra el iusnaturalismo es la Concepción Sociológica del Derecho, que con su postura Antiusnaturalista y Antiformalista se manifiesta en el llamado derecho judicial, el derecho elaborado por los jueces en su tarea permanente de adaptar la ley a las necesidades concretas de la sociedad en nombre de la libre investigación del derecho.

El iusnaturalismo no es una tesis exclusiva, permite abrirse al campo de la norma en todo el sentido de la palabra, jurídica, moral, teológica, etc. La importancia de esta teoría recalca en que nosotros los seres humanos provenimos de una naturaleza y aunque tratemos de escapar de ella, esta nos inculca no-solo en el Derecho Positivo, (entendido como norma Jurídica), sino también en la parte humana (entendido como la espiritualidad), también en una costumbre que provoca una actitud repetitiva, que nosotros mismos decidimos tomarla como ley, es así como nace el Derecho; no es posible que el mismo hombre permita caer en una rutina y patrones perdiendo sentido sobre creencias y tradiciones de la naturaleza misma.

¹⁵⁴ CARCOVA, Carlos M. Notas acerca de la Teoría Crítica del Derecho. B. Aires, 2010.Pag.1-2

¹⁵⁵ CICERÓN, “De la República”, 1. III en Lactancio, Inst. Div. 6,8,7.-

3.1.2 EL PARADIGMA POSITIVISTA.

Los planteamientos más importantes del positivismo son la defensa de una justificación racional del sistema jurídico, con criterios apartados de las demás ciencias sociales. 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 y encontrar la estructura misma del sistema jurídico a través de un proceso de racionalización.

El paradigma positivista se inicia con Hans Kelsen, que en 1934 con su Teoría pura del derecho, propone la elaboración de una teoría del derecho ajena a cualquier relación de tipo iusnaturalista, sin connotaciones sociológicas, políticas o morales. Esta 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.¹⁵⁶

La validez de un sistema jurídico se basa en una Constitución, escrita y una norma dictada conforme al ordenamiento de un sistema jurídico socialmente eficaz que no pierde su validez jurídica porque sea o no obedecida. Existe un orden jurídico cuando su validez se apoya, en última instancia, en una norma única, norma fundamental, como presupuesto de conocimiento del ordenamiento jurídico sobre cualquier práctica o consideración, siendo esta la fuente común de validez. Herbert Hart construye la “Regla de reconocimiento”, que contiene los criterios para la identificación de reglas como derecho válido basándose en cuestiones empíricas. Se desplazan la consideración de dicha norma a un terreno práctico alrededor del reconocimiento de las normas jurídicas, inmerso en un contexto social determinado.

Hart formula un concepto de derecho, un sistema complejo compuesto de normas primarias y secundarias, establecidas con una vocación de permanencia, normas de carácter facultativo con potestades para su aplicación y con una autolimitación del poder en el Estado moderno democrático y se reconoce un contenido mínimo de derecho natural con el reconocimiento de al menos un derecho subjetivo natural, el Derecho de todos a la libertad.¹⁵⁷

Por su parte la teoría sistémica de Luhmann 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, Luhmann considera que el estado de Derecho es el sistema perfecto para permitir los fenómenos de regeneración de los sistemas de poder es decir la autopoiesis puesto que considera al Derecho como un sistema que recibe información del

¹⁵⁶ **KELSEN, Hans.** Teoría General del Derecho y del Estado. Universidad Nacional Autónoma de México. México. Segunda Edición. Quinta Reimpresión. 1995. Pág. 54.

¹⁵⁷ **HART, Herbert.** El Concepto de Derecho. Buenos Aires. Abeledo-Perrot 1977. Pág. 236

medio ambiente y ofrece una respuesta a la problemática a través del órgano judicial.¹⁵⁸ Este sistema de la autorreferencia, continua del derecho, se encarga de canalizar los conflictos sociales a través de la codificación del derecho.

La principal crítica al paradigma positivista que también se encuentra cuestionado se encuentra en la exclusión completa que hace de la justicia del marco de las categorías jurídico-políticas, negación positivista de toda posibilidad de crítica ético-discursiva de las relaciones autoritativo-jurídicas entre los hombres desde las categorías de la justicia, tema de gran relevancia en la filosofía jurídica y política de la segunda mitad del siglo XIX y de la primera mitad del XX. El positivismo ha intentado explicar sus deficiencias en el marco de un paradigma pensado para otros contextos, pero no ha alcanzado su objetivo y limitado sus argumentaciones a ¹⁵⁹cuestiones lógico-semánticas sin relevancia social ni repercusión social

El **ius Positivismo** es una corriente filosófica que dedica su estudio al derecho Positivo, emanado por la autoridad, tomada como corriente monista, ya que no admite ni acepta la clasificación del derecho en dos, Natural y Positivo, únicamente el Derecho Positivo, no existe el natural. Su análisis debe limitarse al Derecho tal y como está puesto o dado, y debe abstenerse de entrar en valoraciones éticas o de tener en cuenta las implicaciones de las normas en la realidad social. De acuerdo con los defensores del Positivismo Jurídico solo existe el Derecho que efectivamente se cumple en una determinada sociedad y una cierta época."

El positivismo afirma que el Derecho tal y como es, y nada más, constituye el objeto de sus afanes, entiende que el Derecho puede ser realmente estudiado como algo separado de la consideración de los fenómenos sociales. Se entiende en la actualidad como el derecho que emana de la autoridad; ésta legítimamente lo promulga, lo sanciona y lo interpreta. Se caracteriza, frente al derecho natural universal e inmutable, por la diversidad y la mutabilidad.

El positivismo jurídico no existe otro derecho fuera del derecho positivo, que se ha manifestado en diversos momentos históricos y que se vuelca enteramente a lo externo opuesto, ya que no reconoce a otro derecho que el impuesto por el legislador humano." También es conocida como formalismo jurídico, debido a que su estudio, en la perspectiva del derecho, es únicamente los textos perceptivos dictados por el legislador.

El modelo clásico occidental de legalidad positiva, engendrado por fuentes estatales y fundamentadas en valores del individualismo liberal, vive un profundo agotamiento en sus propios fundamentos, su objetivo y sus fuentes de producción. Los modelos culturales y normativos que justificaron el mundo de la vida, la organización social y los criterios científicos, se volvieron insatisfactorios y limitados, abriendo un espacio para repensar nuevas normas de referencia y

¹⁵⁸ **LUHMANN Niclas.** SOCIEDAD DE LA SOCIEDAD. Trad. JAVIER TORRES N. México Editorial Herder, 2006, páginas 589 y siguientes.

¹⁵⁹ **MASSINI, Carlos.** Constructivismo y justicia procedimental en John Rawls. México:2004 U.Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas.

legitimización. Los positivistas suelen incurrir en este respecto en equívocos teóricos, auto presentándose como los únicos que exhiben un pensamiento completo y sistemático, susceptible de ser considerado una “auténtica” teoría del derecho, pues sólo considera la dimensión normativa del fenómeno jurídico, dejando “afuera” sus dimensiones éticas, políticas y teleológicas.¹⁶⁰

El moderno Derecho positivo formal es poco eficaz y no consigue atender la competencia de las actuales sociedades que pasan por distintas especies de reproducción del capital, por acentuadas contradicciones sociales y por flujos que reflejan crisis de legitimidad y de funcionamiento de la justicia que no es otra cosa sino la crisis de los paradigmas dominantes y la ruptura de los modelos de fundamentación.

Partiendo de las principales afirmaciones del paradigma de la complejidad y de los fundamentos de la normatividad jurídica queda manifiesto que de todos los paradigmas jurídicos, prácticamente el más cuestionado es el positivismo. Es necesaria una crítica y una reconstrucción de una realidad “recortada”, provocada por el enfoque positivista, que hace evidente la necesidad de lineamientos metodológicos nuevos, que permitan la formación de una nueva normatividad, donde el derecho no quede reducido a la ley, sino que sea un derecho emancipador.¹⁶¹

La norma fundamental (Kelsen) o la regla de reconocimiento (Hart) definen las expresiones que integran válidamente el derecho pero no por su estructura sintáctica o su referencia semántica, sino por vía de la designación de quienes pueden emitirlos. En el discurso jurídico se muestra lo que se muestra y se dice lo que se dice para ocultar lo que se quiere ocultar y callar lo que se quiere callar. Las ficciones y los mitos no están allí sino para hacer funcionales determinadas formas de organización del poder social.¹⁶²

Nuevas problemáticas se han sumado a las anteriores, en trabajos actuales no solo producidos por los primeros representantes de las corrientes críticas que ya ocupan posiciones académicas destacadas y cuentan con una importante producción teórica que han abarcado cuestiones, epistemológicas, el multiculturalismo, las de género y ciudadanía, la relación derecho-literatura o el tema de la complejidad del sistema social y su multivocidad comunicacional, y la opacidad del discurso del derecho.¹⁶³

Ante el rompimiento del paradigma positivista, que inevitablemente había caído en los mismos excesos del iusnaturalismo, se replantea un nuevo panorama en el campo jurídico, político y filosófico sustentado en la conciencia colectiva y en la

¹⁶⁰ **GUIBOURG, Ricardo** "Derecho, sistema y realidad" Ed. Astrea, B. Aires, 1986. Páginas 45-48

¹⁶¹ **SANCHEZ FERNÁNDEZ Luis Manuel.** Ironías, falacias, perversiones, y enigmas: sobre el positivismo y la tesis de la separación. Doha. Núm. 25. 2002. Alicante. Pág. 333

¹⁶² **ENTELMAN, Ricardo.** v. "Materiales para una Teoría Crítica del Derecho" AA.VV. Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1991. Página 15

¹⁶³ **CARCOVA Carlos M.** "La Opacidad del Derecho" En Derecho, política y magistratura, Biblos, Buenos Aires, 1996.

idea de no permitir que el derecho fuese un instrumento legitimador del statu quo y el desorden social. Se necesitaba un nuevo modelo que permitiera aplicar la ley, es decir, preservar esa “fe en la legalidad” pero al mismo tiempo garantizar un mínimo de condiciones de dignidad que no permitiera ceder ante dicha legalidad.

Las corrientes realistas, critican frontalmente tanto a los iusnaturalista como a los positivistas, por los excesos que su ideología ha permitido. La lucha al interior del derecho por plantear un concepto propio “definitivo” y una funcionalidad universal ha generado una tensión entre la validez la eficacia y la legitimidad, cada una determinante en la otra y lo que convertiría al derecho en un sistema autopoietico, es decir un sistema con “capacidad universal” de todo para producir “estados propios” bien diferenciados enlazando a estos las operaciones propias del sistema gracias a la auto-organización.¹⁶⁴

El concepto de validez propio del iuspositivismo se confunde con el de legitimidad, propio del iusnaturalismo, pues ambos ejercen un papel de dominación. A pesar que el positivismo y el iusnaturalismo conceptualmente son distintos, confluyen en una situación particular: la legitimación de normas indistintamente de su origen para lograr fines deseados por una clase dominante. En la práctica, naturalistas y positivistas tienen una “fe en la legalidad” aunque las leyes que sigan tengan una naturaleza distinta.

Estos paradigmas han perdido su protagonismo y en la actualidad la crisis del derecho pasa inadvertida ante los distintos mecanismos que tienen quienes ejercen el poder, para utilizar el derecho en su favor. Los Estados soberanos tienen capacidad de auto determinarse; los sistemas democráticos son definidos por la división de poderes. El drama social no debe aparecer y los enfrentamientos de intereses opuestos y contradictorios no deben ser mostrados. Cada vez que su potencia fracture el gran discurso censor, éste deberá repararse sin hacerse cargo de su herida traumática, para lo cual habrá de decir algo acerca de lo que es, pero poniéndolo en un lugar diferente.¹⁶⁵

Hablar acerca del Positivismo es referirse a la idea de perfeccionalidad de las relaciones jurídicas, obtener la pureza del Derecho para los positivistas es observarlo como único, término total donde no existan diferentes matices y la forma de lograr una ciencia pura es apartando la espiritualidad, las creencias religiosas, el carácter moral, metafísico y social. Debido a estas características el positivismo es una corriente monista no admite el verdadero espíritu de los seres humanos, luego se puede catalogar como insensible, objetiva y egoísta, el ser humano no es solo norma jurídica, también es esencia, es creencia, es cultura, es sentimientos, costumbre, es moral, es ser, es sentir la verdadera realidad que nos acompaña desde los principios de la existencia, así comenzamos y por ello se debe respeto a la calidad de la naturaleza que es única y preexistente, superior.

¹⁶⁴MEJIA Q. Oscar. El Dilema Histórico de la Decisión Judicial: La teoría del Derecho de Jürgen Habermas. REVISTA PANAMEÑA DE POLÍTICA - N° 14, Julio - Diciembre 2012, pág. 67 a 102.

¹⁶⁵RUIZ, Alicia. La ilusión de lo jurídico. Materiales para una teoría crítica del Derecho. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1991, Paginas 37-45

Con esto no se quiere decir que el positivismo sea una corriente errónea, pero debe enfocarse desde otro punto de vista, tomar como instrumento de formación, al Derecho Natural, es decir a la corriente lusnaturalista, aquella que funda los principios de la humanidad y la lealtad con el ser. Si nos referimos un poco a la norma, es importante recordar que primero hay que interiorizarla antes de exteriorizarla y para eso es necesaria una conciencia que se crea a base de principios que no solo son técnicos, muchos de estos, para no decir la mayoría nacen con el ser humano y se van desarrollando acorde a la evolución de la sociedad.

3.2. CRISIS EN LA RACIONALIDAD Y RAZONABILIDAD DEL DERECHO

La teoría crítica del derecho considera que sobre el derecho se construye toda una ilusión, un mundo donde la realidad está desplazada y en su lugar se presenta otra imagen como real como si la realidad fuera lo que el discurso del Derecho dice que es. Y lo más sorprendente de esta ilusión es otra ilusión que la acompaña; en la mayor parte de los casos no es a través de la exhibición, la amenaza o la efectivización de la violencia que el derecho produce tales efectos.

La filosofía del Derecho con sus aportes a través de los debates lusfilosoficos ha generado grandes transformaciones; asimilables como paradigmáticas en el derecho.¹⁶⁶ Se ha planteado una nueva racionalidad en el sentido de que la función del derecho no sería ya solo prescribir u ordenar la conducta sino más bien facilitar formas de acción, lo que significa que su naturaleza no sería tanto política cuanto instrumental. Ante los efectos de la globalización tiene un papel en los intercambios e interdependencias que a nivel mundial caracterizan la desregulación y la modificación de las clásicas funciones del Derecho, en el contexto de la consolidación de nuevos paradigmas.

El Derecho latinoamericano tiene que romper los viejos esquemas que lo han caracterizado como una mera proyección del europeo y cuyo papel continúa siendo un esfuerzo social fallido, si se tiene en cuenta que casi nunca cumple adecuadamente con las funciones básicas de un ordenamiento jurídico que sí es posible lograr en sociedades "bien ordenadas." Esquirol identifica acertadamente las grandes ficciones del derecho en A. Latina. La primera de estas ficciones proviene de la construcción del derecho comparado clásico en la primera mitad del Siglo XX; la segunda, es propia del Derecho y de las políticas públicas comparadas de los últimos 50 años, si se tiene en cuenta que ambas mantienen indudable vigencia en su racionalidad también es cierto que aún no logramos comprender su funcionamiento y neutralizar su poder.¹⁶⁷

3.2.1. CRISIS DE RACIONALIDAD.

¹⁶⁶ HART, H. L. A. "El positivismo jurídico y la separación entre el derecho y la moral", en Derecho y moral. Contribuciones a su análisis, Bs. As. Desalma, 1962.

¹⁶⁷ ESQUIROL Jorge. Las Ficciones del derecho en America latina. Bogota: U. Andes Siglo XXI Ed 2014 Pag. 47.

El mundo jurídico asiste a la inauguración de una nueva problemática que es un punto de no retorno, en la sociedad global: La crisis del Derecho como consecuencia de una crisis de su racionalidad bajo condiciones objetivas en las que se caracteriza la insuficiencia de la vieja forma de racionalidad frente a las necesidades de la sociedad moderna o la falta de creencia en su capacidad para resolver los conflictos, todo lo cual ayudara a conformar la llamada sociedad del riesgo mundial y la aparición de nuevas categorías jurídicas y políticas.

Esta crisis en la racionalidad jurídica identifica el pensamiento de algunos juristas entre otros, Francisco Laporta que propone la construcción de unidades políticas y jurídicas supranacionales.¹⁶⁸ Luigi Ferrajoli, quien define, en la globalización un vacío de Derecho Público y defiende la necesidad de un constitucionalismo mundial.¹⁶⁹ O Juan Ramón Capela¹⁷⁰ quien considera que realmente el mundo globalizado está gobernado por una tecnocracia empresarial en la que los procedimientos democráticos se convierten en formas desnudas de contenidos, cuya principal consecuencia es que los derechos sociales se desvanecen y los derechos políticos se vuelven ineficaces.

La crisis de la racionalidad formal del Derecho, aparece como la característica dominante del derecho moderno y su principal manifestación es el fenómeno de la re-materialización del Derecho. El Derecho como sistema complejo es cambiante y se adapta constantemente a la sociedad que regula, razón por la cual el análisis sistémico que se hace del Derecho se basa en la teoría de los sistemas autopoéticos.¹⁷¹ Las fuentes dominantes del Derecho se hallan en las periferias del Derecho, en los límites con otros sectores de la sociedad mundial, y ya no sólo en los centros que hasta ahora han existido para la creación del Derecho – parlamentos nacionales y acuerdos interestatales.

Gunter Teubner, de la London School of Economic and Politics, ha estimulado el estudio para repensar el enfoque filosófico-jurídico de los paradigmas tradicionales del Derecho con fundamento en las ideas de Habermas¹⁷² modificando el systemicismo de Niklas Luhmann. Su trabajo aportó nuevos elementos a este tema, que si bien es reciente en la literatura jurídica, en estos últimos años ha sido objeto de una abundante producción científica.¹⁷³

Teubner, afirma que la racionalidad formal del derecho se encuentra enfrentada a la racionalidad material; La primera concibe el Derecho como un sistema de normas Universales, cuya racionalidad reside en quienes administran justicia, mientras la

¹⁶⁸ LAPORTA, Francisco. El Imperio de la Ley. Una visión actual. Madrid. Trotta. 2007 pág. 114

¹⁶⁹ FERRAJOLI Luigi. Garantismo y Estado de Derecho en: El garantismo y la filosofía del Derecho, traducción Universidad Externando de Colombia 2007 Pg. 65-145.

¹⁷⁰ CAPELA, Juan Ramón. La Globalización: ante una encrucijada político jurídico. Página 147.

¹⁷¹ UPRIMNY Rodrigo y Otros. Constitución Modelo Económico y Políticas Publicas .En: Los Derechos sociales en Serio. Hacia un Dialogo entre Derechos y políticas Publicas. Bogotá De justicia. Página 58.

¹⁷² HABERMAS, Jürgen, Teoría de la Acción Comunicativa, Buenos Aires. Taurus, 1991, t. II, p. 504. Y ALEXY, Robert, Teoría de la Argumentación Jurídica, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 277.

¹⁷³ TEUBNER Günther. "Elementos materiales y reflexivos en el Derecho Moderno". En La fuerza del Derecho. Siglo del Hombre Ed. Trad. Carlos Morales. Bogotá 2002 Paginas 86-89.

segunda considera su aspecto teleológico y su especificidad, que es la racionalidad material, tendencia comúnmente conocida como Re materialización del Derecho, la que permite llegar a las esferas a las que antes no se llegaba, gracias a su especificidad finalista aplicada por ejemplo a la familia o la vecindad. Asume la crisis actual en torno a la concepción occidental del Derecho, a partir de las teorías neo evolutivas sobre el Derecho, el Derecho responsivo, la dinámica interna del cambio legal, los principios organizativos y la complejidad social adecuada: con variación de las estructuras legales sociales y por último el derecho reflexivo.¹⁷⁴

Señala que se requiere una nueva perspectiva para superar los modelos evolucionistas de Habermas y Luhmann. Esta perspectiva involucra el cambio en el Derecho y en la sociedad, como consecuencia de la crisis evolutiva en ambas esferas buscando una correspondencia entre normativa jurídica y reglas situacionales de los acontecimientos en distintos sistemas sociales. Básicamente se proponen normativas, procedimientos, reglamentaciones que contribuyen a la autorregulación de estos dos sistemas.

Para comprender la crisis de los paradigmas Jurídicos se requiere al menos de una semi apertura mental a ideas innovadoras que permitan despojarse de rigorismos y ritualismos jurídicos adquiridos mediante conceptos universitarios que cedan frente al pragmatismo, y al escenario actual del Derecho y sus tendencias respecto al principialismo, teniendo en cuenta que la ciencia del Derecho no se reduce sólo a lo jurídico sino que se necesita el aporte de la sociología, economía, psicología y otras ciencias para que el valor de la seguridad jurídica ceda ante el valor de la Justicia, y la complejidad de la actividad judicial sepa realizar el traspaso del saber jurídico netamente teórico al saber jurídico práctico.¹⁷⁵

Se trata de construir una especie de plataforma que le permita al Derecho generar condiciones para la regulación entre sistemas sociales autopoieticos, pues nada asegura el éxito de los procesos regulatorios, si las propias instancias afectadas no desean el cambio a objeto de que la estrategia de orientación contextual se active en un proceso de auto transformación, cambiando su forma de operación de manera sostenida sin renunciar a su identidad o perder su autonomía.¹⁷⁶

A partir del concepto de contingencia se busca una fórmula de reducción de la complejidad, que representa el valor característico de la sociedad moderna, en la que aparece una más nítida diferenciación entre lo normativo y lo cognitivo, y que instala incluso en el mundo normativo con la positivización de un Derecho ahora funcionalmente diferenciado. Ante todo la reflexividad y la autoreferencialidad en el

¹⁷⁴ IBID. PAGINAS 74-78.

¹⁷⁵ **VIGO, Rodolfo.** De la Ley al Derecho. Universidad Nacional del Litoral. Santa fe Argentina. Página 49.

¹⁷⁶ **LUHMANN N.** SOCIEDAD DE LA SOCIEDAD. Traducida por JAVIER TORRES N. México Editorial Herder, 2006, páginas 589 y siguientes, Página 19

derecho incrementan sus capacidades cognitivas para recoger las informaciones relevantes que definen los eventos sociales que busca regular.¹⁷⁷

En otras palabras no hay criterio externo que impulse la intervención auto regulatoria, distinta a la orientación pragmática, situacional y contextual sobre la cual se construya el contenido del Derecho.¹⁷⁸La complejidad social y los procesos reflexivos son básicamente procesos de auto regulación legal orientados a la construcción de modelos de la realidad social. Son estos conceptos los que permiten desarrollar no solo el conocimiento necesario para el control de los procesos autoregulatorios en diferentes contextos, sino que aportan los elementos para que la producción de esos modelos sean de gran utilidad y viabilidad en el desarrollo evolutivo del derecho y en la búsqueda de su eficacia especialmente en sociedades funcionalmente diferenciadas, que pretenden no dejarse representar, sino sujetarse a unas reglas que ellas mismas se auto imponen, por vía de Derecho.

Lograr la eficacia del derecho y la superación de su crisis, involucra esfuerzos que van desde la desformalización del Derecho, proceso que requiere una marcada descentralización, hasta la construcción de una nueva racionalidad para que se transforme progresivamente la estructura del Estado y del Derecho logrando como ya se dijo, su inmersión de la sociedad civil.¹⁷⁹En la actualidad predominan conceptos en el campo jurídico como la auto referencialidad, la autopoiesis, la reflexividad y otras herramientas epistemológicas que sostienen que la ley no está determinada por factores exteriores a ella, ni por la autoridad de los textos, ni por el poder de las palabras, ni por la ley natural o la revelación divina sino que está determinada de manera autorreferente y que descansa sobre su propia realidad y cuya validez no viene de fuera sino producida desde dentro del Derecho.

De acuerdo con esta caracterización de la sociedad, como funcionalmente diferenciada; el Derecho no tendría como función solo prescribir u ordenar la conducta, sino más bien facilitar formas de acción, lo que significa que su naturaleza no sería tanto política cuanto instrumental y en este caso no solo estará sufriendo los efectos de la globalización sino que de todas formas tiene un papel en los intercambios e interdependencias que a nivel mundial caracterizan la desregulación y la modificación de las clásicas funciones del derecho.

En la actualidad el derecho no es solo un conjunto de condiciones bajo los cuales el arbitrio de uno puede conciliarse con el arbitrio del otro según una ley universal de la libertad, sino el conjunto de condiciones en las que necesariamente deben moverse las actividades públicas y privadas para salvaguardar los intereses materiales no disponibles, es decir un orden objetivo previsto para limitar la

¹⁷⁷HELMUT WILLKE. Capacidad de rendimiento del Estado. En: Revista, Persona y Sociedad / Universidad Alberto Hurtado, Chile. Vol. XXI / Nº 2 / 2007 / 9-16. Traducción Aldo Mascareña. Páginas 380 y ss.

¹⁷⁸TEUBNER, Gunther. Globalización y constitucionalismo social. Alternativas a la teoría constitucional centrada en el Estado. En Cansio M. Manuel. Globalización y derecho. Madrid: U. Autónoma. 2006.

¹⁷⁹DE MUNCK, Jean. La mediación en perspectiva. Serie, Documentos de trabajo. Pontificia Universidad católica de Chile. Escuela de Trabajo social, Santiago 2011 Pagina 34.

inestabilidad de las voluntades, pues las exigencias de justicia general están por encima de las voluntades individuales.

Se vislumbra una nueva racionalidad del derecho acompañada de nuevos paradigmas, ante el marcado aumento de la complejidad de la sociedad, de su diferenciación funcional y de los marcados impactos de la globalización que ponen a la defensiva la orientación política de la sociedad nacionalmente estructurada, y teniendo en cuenta que el mercado se perfila como modelo alternativo de la orientación de los complejos sistemas de relaciones de intercambio.

La complejidad social que caracteriza las sociedades actuales asume reflexivamente su propio mundo, y su propio concepto de contingencia, con criterios legitimación, en el que se abre un horizonte de posibilidades para todos, a partir de un sistema normativo espontaneo, basado en la autorregulación, y la auto referencia, que surge de la periferia y del contacto entre el derecho y los espacios sociales, al margen de las clásicas condiciones de producción normativa, y que logra el aseguramiento del Estado de Derecho, por instituciones procedimientos y principios que garanticen los espacios individuales de libertad, que se han logrado a través de la lucha política y la acción de movimientos sociales.

La legitimidad del Derecho está hoy cuestionada y aunque por muchos años la estructura interna del derecho ha permanecido inamovible frente a las demandas externas, esta situación solo se ha quebrado mediante revoluciones o cambios políticos drásticos y está tomando en la actualidad nuevos rumbos y adquiere un particular protagonismo. Gunther Teubner, afirma que La legitimación de las normas, depende solo de la capacidad de adaptarse a las demandas sociales y que por tanto los problemas de legitimación externa de la racionalidad jurídica tienen que ver con la insuficiencia del Derecho para atender las necesidades o las demandas de justicia al interior de la sociedad.¹⁸⁰

La racionalidad formal del Derecho aparece como un simple instrumento a través del cual los valores de igualdad, libertad se imponen en la sociedad favoreciendo intereses privados y contractuales como medios de organización. Se ha producido un acelerado proceso de interdependencia política y globalización económica, lo que ha derivado en una comunidad mundial donde se traman aspectos culturales, sociales, políticos y económico-financieros y procesos de integración en marcha, que junto con los cambios globales, están dando lugar al surgimiento de una suerte de sociedad civil transnacional, con demandas específicas y diferencias y con distintas estrategias de manifestación y participación pública.

El momento actual como se viene afirmando se caracteriza por la marcada crisis de los paradigmas 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

¹⁸⁰BOURDIEU Pierre y TEUBNER GUNTHER La fuerza del Derecho. Bogotá. Siglo de los hombres editores. Traducción y estudio preliminar de Carlos Morales. Pág. 21-58

del derecho, tanto del sistema jurídico como de los derechos alternativos centrados en la pregunta por la racionalidad del Derecho y en la pregunta, para que el derecho y por qué el derecho?

3.2.2 CRISIS EN LA RAZONABILIDAD.

La razonabilidad ha pasado de ser requisito subjetivo del jurista, a requisito objetivo del Derecho, el cual es razonable, cuando permite la composición y la apertura.¹⁸¹ Todos los componentes de la crisis del derecho hasta aquí mencionados conducen a la búsqueda de esa razonabilidad, que realiza la labor de unificación del Derecho que tiene asignada como tarea la jurisprudencia, la cual no debe ser ajena a las exigencias de justicia sustantiva, en las cosas que han de ser resueltas jurídicamente, y en las que ha de aplicarse el necesario carácter razonable y no el arbitrario de la ley.

La razonabilidad está orientada inevitablemente a la equidad en el derecho, después que el positivismo pretendió eliminarla en nombre del valor absoluto de la ley, distinguiendo entre jurisdicción de equidad y jurisdicción de Derecho, identificando el Derecho solo con la ley. La razonabilidad involucra una reconstrucción de la legitimidad fracturada, reconstrucción del Estado, de la democracia y re conceptualización de los derechos sociales en la medida en que la complejidad de la sociedad organizada y la globalización ponen a la defensiva la orientación política de la sociedad nacionalmente estructurada, y en la que el mercado se perfila como modelo alternativo de la orientación de los complejos sistemas de relaciones de intercambio.

La lógica de mercado liberal desde la desregulación hasta la privatización pasa por la desestatalización, procesos en los que el Derecho de está afectado, por la ya mencionada crisis de su racionalidad interna, dado que a medida que el derecho crece y se hace más complejo, su unidad coherencia y plenitud resultan cada vez más inalcanzables, las regulaciones derivan hacia normas casuísticas y excepcionales y el Derecho se muestra como un orden complejo cuya sistematicidad aparece seriamente amenazada.¹⁸²

La acción política con vistas a la sociedad está dirigida a ser capaz de construir y alcanzar mayorías. Los nuevos paradigmas del Estado de Derecho deben asumir, reflexivamente su propio mundo, y su propio concepto de contingencia, con criterios legitimación, en el que se abra un horizonte de posibilidades para todos, a partir de un sistema normativo espontaneo, basado en la autorregulación, y la auto referencia, que surja de la periferia y del contacto entre el derecho y los espacios sociales, al margen de las clásicas condiciones de producción normativa.

¹⁸¹ ZAGREBLESKY, Gustavo. El Derecho dúctil. Madrid. Editorial Trotta. 1995. Pagina 26.

¹⁸² AARNIO, A., Reason and Authority. A Treatise on the Dynamic Paradigm of Legal Dogmatics, En: Racionalidad Jurídica y Globalización. Pag. 232.

El derecho no es objeto propiedad de uno sino que debe ser objeto del cuidado de todos y debe recuperar su razonabilidad. Por su parte la constitución así no se concibe como un sistema cerrado de principios, sino como un contexto abierto de elementos que no contradigan el pluralismo, la libertad, la dinámica política y la competición entre propuestas alternativas. Los nuevos paradigmas del Derecho no conducen a la anarquía normativa si hay convergencia general sobre aspectos estructurales de la convivencia política y social, que queden fuera de toda discusión si consagra en un texto indisponible, para los ocasionales señores de la ley, pero sobre todo si es el fruto del consenso, la autorregulación y la autocomposición.

Otra posición clara y contundente sobre la racionalidad del derecho es la del escepticismo jurídico representado básicamente por el marxismo, al considerar que el derecho como medida igual, es decir, como norma jurídica abstracta, impersonal y general constituye una concepción del derecho divorciado de la realidad, como algo puro, lo cual es un obstáculo para conocer la verdad, si tenemos en cuenta que la validez de la norma está determinada por los procedimientos que le dieron origen y no por su relación con el mundo material, pero si con el mundo formal en el cual es válida y conducente a la verdad.¹⁸³

Desde este punto de vista la norma jurídica trata igual a quienes en la realidad son desiguales, ese derecho desconoce la realidad, las desigualdades sociales, ese derecho no podrá conocer la verdad real, por su divorcio con ella. La libertad de la ley, no tiene en cuenta la realidad del mundo material, la libertad está condicionada por diversos factores como la capacidad económica, somos libres para viajar a cualquier parte del mundo, desde el punto de vista formal esto resulta cierto, verdadero, pero desde el punto de vista material no.¹⁸⁴

El derecho es visto por el escepticismo como un instrumento que deforma la realidad, es considerado una ideología, si tenemos en cuenta que para el marxismo la ideología es un conjunto de ideas que presentan la realidad de una manera deformada. Lo que se concluye de todo lo dicho alrededor del escepticismo jurídico es la imposibilidad que según esta teoría enfrenta el derecho para conocer la verdad, por su naturaleza ideológica, no científica. Los modelos culturales y normativos que justificaron el mundo de la vida, la organización social y los criterios científicos, se volvieron insatisfactorios y limitados, abriendo un espacio para repensar sociológicamente nuevas normas de referencia y legitimidad.¹⁸⁵

El paradigma de la modernidad en un discurso caracterizado por la tensión dinámica entre las exigencias sociales de regulación y las de emancipación, La ciencia y el derecho estatal, responsables de la destrucción de las formas jurídicas alternativas y de encadenar el derecho a las conveniencias del Estado y de sus

¹⁸³ **LOWITH, KARL.** La interpretación marxista del mundo capitalista Burgues según el hilo conductor de la enajenación. En Max WEBER Y CARLOS MARX, GEDISA, Pagina 77-79

¹⁸⁴ **ESTEVEZ Araujo,** Jose Antonio. El Reves del Derecho. Transformaciones jurídicas en la globalización Neoliberal. Bogota U. externado de Colombia, 2006 pagina 23-26

¹⁸⁵ **SANCHEZ FERNÁNDEZ Luis Manuel.** Ironías, falacias, perversiones, y enigmas: sobre el positivismo y la tesis de la separación. Doxa. Núm. 25. 2002. Alicante. Pág. 333

grupos privilegiados, quisieron minimizar ese problema.¹⁸⁶ Una nueva racionalidad del Derecho tiene que involucrar la complejidad social en la era de la globalización y formular principios organizativos de un ordenamiento legal orientado hacia procesos auto reflexivos en sociedades funcionalmente diferenciadas. Se mostrará la necesidad de una dimensión reflexiva del Derecho que responda a las exigencias de los cambios que se están dando en la sociedad y por consiguiente en el Derecho.

3.3. CRISIS EN LOS PARADIGMAS CONSTITUCIONALES.

La globalización y la sociedad multicultural alteran sustancialmente las bases del Estado Constitucional, la democracia y los derechos fundamentales.¹⁸⁷ El Constitucionalismo ha perdido importancia en las sociedades contemporáneas y se evidencia numerosas regulaciones novedosas que no corresponden al viejo y tradicional diseño del Estado y que más bien codifican importantes principios y mecanismos propios de la teoría Garantista.

El Constitucionalismo evidencia una crisis generalizada como consecuencia de las tendencias globalizadoras, y se observa una ruptura epistemológica, es decir un punto de no retorno, que marca el surgimiento y necesidad de un nuevo paradigma y nuevos modelos teóricos del Derecho aplicables en la sociedad global. Se observa un cambio en la localización del poder, el cual se ha transferido de los sujetos estatales que conforman el ámbito político-constitucional, a sujetos económicos y políticos supranacionales.

La mayoría de esos movimientos ha tenido una base local, pero ha desarrollado lazos transnacionales de índole diversa con movimientos en otras partes del mundo. De hecho, constituyen la columna vertebral de la acción transnacional relacionada con las preocupaciones por el cosmopolitismo y por la herencia común de la humanidad. Cuando se habla de la transnacionalización de la regulación jurídica del Estado- Nación, a cualquier situación en la que se pueda establecer que los cambios en el Derecho Estatal de un país dado han sido influidos decisivamente por precisiones internacionales, formales o informales, de otros estados, agencias internacionales u otros actores transnacionales.

Tales presiones tienden a ser ejercidas en formas similares o con propósitos similares en diferentes partes del sistema interestatal el impacto del contexto Internacional en la regulación jurídica del Estado –Nación, en un lugar de ser un fenómeno nuevo, es inherente al sistema interestatal y sus orígenes pueden ser rastreados hasta el Tratado de Westfalia(1648). Un conjunto de estados se combina para crear instituciones y competencias jurídicas supracionales que asumirán directamente las funciones regulativas que no existían previamente o

¹⁸⁶ **PACHECO Juan Carlos.** La ciencia en el mundo moderno. Auge y decadencia de Occidente, Bogotá U. Nacional de Colombia, 1972, páginas 72-80

¹⁸⁷ **DENNINGER, Erhard y Dieter Grimm.** Derecho constitucional para la sociedad Multicultural. Trotta, 2007. Página 220 230

que, si existían, eran llevadas a cabo por los Estados de manera individual, como prerrogativas de sus poderes soberanos.

Sin duda alguna el constitucionalismo presenta falencias significativas frente al fenómeno de la globalización, las cuales son entre otras la pérdida de validez efectiva, los problemas de legitimidad, los bajos niveles de eficacia social y la inequidad y ausencia de justicia. Se observa que la inmensa cantidad de normas constitucionales que consagran derechos humanos contrasta con los niveles de eficacia social de las mismas. Sin duda alguna las Normas Constitucionales sobre Derechos Humanos evidencian en la actualidad una crisis en su legitimidad, en su validez, en su justicia y en su eficacia que contrasta con la tendencia a la universalización del Derecho y a la concepción universalista de la justicia, propias de la era de la globalización.¹⁸⁸

Los viejos paradigmas constitucionales ya no son operativos ni funcionales en las sociedades actuales, por su incapacidad para articular la legitimidad política con la validez jurídica, la eficacia social, la justicia social y que el derecho al igual que el constitucionalismo evidencia una crisis generalizada como consecuencia de las tendencias globalizadoras. Se observa una aplicabilidad parcial y relativa, un permanente reformismo, de las normas constitucionales, la pérdida de protagonismo y el debilitamiento progresivo del constitucionalismo en el ordenamiento jurídico global.¹⁸⁹

¿Son las nuestras verdaderas constituciones? Si no lo son, ¿qué naturaleza tienen?, ¿Son textos jurídicos o simplemente son enunciados políticos? Las constituciones aspiracionales se caracterizan por mantener una profunda distancia respecto de las realidades sociales y políticas que quieren transformar. La Constitución no expresa el país que existe sino el que queremos.¹⁹⁰ Igualmente es evidenciable la magnitud y debilidad congénita del poder constituyente y el hecho de que la Constitución está sometida a los vaivenes y deseos de los poderes constituidos, pero lo más importante se excluyen y desconocen los derechos del pueblo en nombre del cual se hizo la Constitución.¹⁹¹

Sobre este particular, Dieter Grimm¹⁹², Constitucionalista Alemán, señala, en su obra El futuro de la constitución, la decreciente fuerza vinculante del Derecho Constitucional y discute si la propia idea de Constitución tiene todavía algún futuro. Señala que la Constitución ya no logra incluir en su trama regulativa a todos los portadores de poder público y que tampoco puede abarcar todos los ámbitos de la actividad estatal, dejando en esta forma abierta la posibilidad de una comprensión

¹⁸⁸ **SAGUES, Néstor Pedro.** Teoría de la Constitución. Rosario - Argentina. ASTREA. 2.001. Pag. 6

¹⁸⁹ **MARTINEZ Mauricio.** La constitucionalización de la justicia y la autonomía judicial. Universidad Nacional de Colombia. Grupo editorial Ibáñez. Dic 2008. página 22

¹⁹⁰ **GARCIA M. y UPRIMNY Rodrigo** "Corte Constitucional y emancipación social" en B. de S. Santos y M. García Villegas Emancipación social y violencia en Colombia, Bogotá: Norma 2004

¹⁹¹ **GARCÍA-VILLEGAS,** Mauricio y **RODRÍGUEZ,** César A. Derecho y sociedad en América Latina. Bogotá, ILSA, 2003. Pág.38.

¹⁹² **DENNINGER, Erhard y GRIMM Dieter.** Derecho Constitucional para la sociedad Multicultural. Madrid. Trotta 2007, página 6.

distinta de la Constitución para subsanar la pérdida de validez efectiva y la forma como se está atrofiando y se está convirtiendo simplemente en un suborden u orden parcial.¹⁹³

Néstor Pedro Sagues, Constitucionalista Argentino, afirma que ya terminó lo que podría denominarse la historia rosa de la Constitución donde autores y catedráticos hablaban de ella como una súper norma soberana, sagrada y rampante en el escenario jurídico, ante el cual se sometían todos los seres humanos comenzando por los titulares del poder.¹⁹⁴ Señala que esa mitología constitucional ha caído y propone un enfoque crítico y discutido que comience tanto por sus orígenes como por el “rol servicial que cumple respecto de intereses y de ideologías de los que es tributaria.” Igualmente identifica sus defectos intrínsecos, sus vacíos, sus redundancias, sus contradicciones y finaliza con la forma como se manipula la Constitución.

Señala el mismo autor que un buen docente no puede predicar como cierto lo falso, por más que esto se encuentre líricamente proclamado en un texto constitucional, y que estudiar las grandezas y miserias de la constitución, su efectiva fuerza normativa, su vulnerabilidad, la corrupción que de ella se haga importa un deber inexcusable por quienes tienen la tarea de enseñarla.¹⁹⁵

Resalta Sagues la oposición entre “constitución estatua y constitución viviente”, lo mismo que entre la constitución promesa y la constitución contrato, haciendo notar el vigor apabullante y demoleedor del derecho consuetudinario constitucional, la magnitud y la debilidad congénitas del poder constituyente; la suerte posterior de la constitución sometida a los deseos y vaivenes de los poderes constituidos. Es evidente el desafío que significa en el presente siglo el empalme entre el derecho constitucional, blindado en la teoría de la soberanía, frente al derecho constitucional internacionalizado en la erección de autoridades supranacionales como consecuencia del fenómeno de la globalización en el que poco importa el derecho interno sea Constitucional o legal, como factor eximente o condicionante del cumplimiento de los tratados.¹⁹⁶

La problemática constitucional latinoamericana evidencia su carácter disímil y la forma como padece epidemias comunes de inestabilidad, utopismo y relativismo observado en su aplicación parcial con enormes brechas entre el texto declamatorio y la realidad, desnaturalizaciones y perversiones constitucionales que ponen en duda su eficacia, su legitimidad, su justicia y su validez.¹⁹⁷

En igual sentido otros doctrinantes afirman que se ha deformado la estructura constitucional de las democracias nacionales, pues los procesos de integración han generado otras fuentes jurídicas y han desplazado fuera de las fronteras

¹⁹³ GRIMM Dieter. op. cit. pág. 472

¹⁹⁴ SAGUES, Néstor Pedro. Teoría de la Constitución. Rosario - Argentina. ASTREA. 2.001, pag.6

¹⁹⁵ IBID, Sagues Pedro. 10-12

¹⁹⁶ SAGUES, Néstor Pedro. Teoría de la Constitución. Rosario - Argentina. ASTREA. 2.001

¹⁹⁷ IBID, Sagues Pedro.

Nacionales los centros de poder decisorio haciendo que la supremacía de los Tribunales Constitucionales y el carácter normativo de las Constituciones se pierda paulatinamente desfigurando el modelo de Estado Constitucional.¹⁹⁸

Resulta por el contrario pertinente la implantación a escala mundial de la democracia de los derechos humanos, es decir la Constitucionalización del Derecho Internacional, fenómeno en el cual el Derecho y la Constitución transforma las relaciones entre los Estados como consecuencia del universalismo de los Derechos, la Constitución de una comunidad política universal de ciudadanos libres e iguales, titulares de derechos fundamentales independientemente de una Constitución.¹⁹⁹

Las Constituciones no pueden ser simplemente "Catálogos de Ilusiones", sino que deben ser verdaderas normas jurídicas vinculantes; es decir no sólo deben ser postulados respetables sino también respetados. Ciertamente es que el cumplimiento de obligaciones de carácter positivo implica genéricamente el disponer de recursos económicos por parte del Estado, pero también se puede dar la satisfacción de dichas obligaciones a través de otros mecanismos en los que concurren también otros sujetos obligados, si se cuenta con esquemas solidarios en los que participen el sector privado y social estableciendo regulaciones, de carácter estructural y funcional para la operación de los derechos.

La validez del sistema jurídico y por tanto de su Constitución depende de un mínimo de eficacia sin la cual aquella queda totalmente en entredicho. A su vez la eficacia supone un mínimo de grado de aceptación que el sistema tiene que lograr entre la ciudadanía, es decir, un mínimo de justificación, en otras palabras de legitimidad.²⁰⁰ Sin duda alguna el Constitucionalismo, en la era de la globalización está en crisis, los conceptos en los que se sustentaba se diluyen, y se perfilan nuevas Instituciones a nivel global. El Estado desplaza competencias a organismos Internacionales y Supranacionales, se crean Tribunales De Derechos Humanos, Corte Penal Internacional, Justicia Internacional, se regula el trabajo, la libertad de comercio, la propiedad intelectual entre otras.²⁰¹

A nivel interno poderosos intereses económicos e intereses globales imponen criterios de organismos multilaterales de crédito, de naciones extranjeras perdiendo el Estado su dominio y relativizando su soberanía. La supremacía de la Constitución se confunde con la supremacía de los Tratados Internacionales, Los Derechos Humanos se suspenden ante amenazas de terrorismo, las elites políticas aplican casi de manera permanente el estado de Excepción y los textos Constitucionales no tienen límites precisos, no se aplican o solo aquellos que son

¹⁹⁸ **DE CABO Martin, Carlos.** Teoría Constitucional de la solidaridad Madrid 2006 pág. 9.

¹⁹⁹ **MARTINEZ Mauricio.** La constitucionalización de la justicia y la autonomía judicial. Universidad Nacional de Colombia. Grupo editorial Ibáñez. Dic 2008. página 22

²⁰⁰ **MEJIA Oscar,** Elementos para una reconstrucción del estatuto epistemológico de la filosofía del Derecho. Bogotá Editorial Ibáñez 2009 pág. 75-156.

²⁰¹ **MARTINEZ Mauricio.** La constitucionalización de la justicia y la autonomía judicial. Universidad Nacional de Colombia. Grupo editorial Ibáñez. Dic 2008. página 22

accesibles a sectores privilegiados, en otras palabras el contenido de la Constitución no es fácilmente determinable como tampoco lo es su esencia.

Son en la actualidad muy frecuentes las expresiones Constitución Promesa y Constitución Contrato; Constitución Estatua Y Constitución; Viviente y se hace énfasis en la decreciente fuerza vinculante derivada de sus crisis para referirse a las falencias del Constitucionalismo, pues las elites políticas y económicas se desplazan hacia los centros de globalización, las masas se diferencian en etnias y minorías en busca de garantías específicas, y las personas tienen un marcado sentimiento de inseguridad en forma permanente. La Constitución ya no es sólida, sus bases ya no son firmes, sus mandatos se diluyen y se aplican eventualmente²⁰² a pesar de que en determinados contextos el derecho en general y la Justicia Constitucional en particular pueden llegar a constituir instrumentos de emancipación social.²⁰³

Pero no por ello el derecho pierde su faceta de dominación social: las potencialidades emancipatorias de la Justicia Constitucional son limitadas y el predominio de las estrategias judiciales tiene riesgos sobre el dinamismo y la creatividad de los movimientos sociales.²⁰⁴ Si el derecho no es emancipatorio sino que es una especie de alma buena el derecho expresa la impotencia del deber ser y es precisamente cuando hace su aparición en este contexto el garantismo universal y objetivo como una teoría jurídica autónoma que se predica como una alternativa seria.

El análisis del Constitucionalismo como una categoría jurídica, que ha perdido protagonismo, legitimidad y eficacia, permite señalar una multiplicidad de variables involucradas en las ciencias jurídicas, que adquieren en la actualidad evidente protagonismo y que son objeto de los estudios del derecho, de la doctrina y de la jurisprudencia. En las Constituciones actuales abundan los formalismos y la presunta sujeción de todos los poderes a la ley, pero la falta de neutralidad del derecho respecto de los conflictos sociales, hace que la constitución sea un monumento a la injusticia.²⁰⁵

El principio de las mayorías se impone como régimen autoritario, en nombre de la voz populi, para legitimar la injusticia, y la ineficacia, todo esto en nombre de la soberanía popular o de la mal llamada Voluntad Popular. Las llamadas mayorías pasan por encima de los derechos fundamentales y los sustraen del mercado de la política, permitiendo la manipulación normativa especialmente reflejada en los fenómenos ya conocidos de la corrupción, que son precisamente la negación de la democracia y el sustento del autoritarismo.

²⁰²CHARRY URUEÑA, Juan Constitución líquida. En ámbito jurídico Bogotá mayo de 2010,p.12

²⁰³GARCIA M. y UPRIMNY Rodrigo "Corte Constitucional y emancipación social" en B. de S. Santos y M. García Villegas Emancipación social y violencia en Colombia, Bogotá: Norma 2004.

²⁰⁴ IBID Pág. 509

²⁰⁵GARCÍA-VILLEGAS, Mauricio y RODRÍGUEZ, César A. Derecho y sociedad en América Latina. Bogotá, ILSA, 2003. Pág.38.

El Estado suspende el derecho en virtud de un Derecho de auto conservación, y en esta medida la coacción pasa a ser un elemento constitutivo para lograr la dominación, que en palabras de Weber si bien la coacción no es en modo alguno el medio normal o único del Estado si es su medio específico, pues la violencia como instrumento propende por la subsistencia del estado que solo será posible en la medida que los dominados se sometan efectivamente a la autoridad, a partir de la creencia en la validez del orden es decir en su legitimidad.²⁰⁶ De allí que autores como Luigi Ferrajoli destaquen la forma como la alteración de las fuentes de legitimidad ha consistido en la asunción de la excepción o de la emergencia como justificación política del cambio de las reglas de juego que disciplinan aspectos tan delicados como la función penal.²⁰⁷

Rodrigo Uprimny en materia de Derechos Sociales, privilegia un enfoque Garantista, pues considera, que un Estado democrático debe favorecer la seguridad jurídica de las personas en función de los principios de confianza legítima y de interdicción de la arbitrariedad, pues para que haya desarrollo económico y estabilidad en las reglas sobre la propiedad y los contratos, se debe asegurar la paz social y la legitimidad de las instituciones, con la protección de los Derechos Sociales.²⁰⁸ El Derecho constitucional se reduce a un formalismo estéril: La Constitución corre el riesgo de reducirse a un mecanismo formal de legitimación de decisiones soberanas, sin capacidad efectiva para imponer límites materiales al ejercicio del poder mientras no se establezcan parámetros claros que conduzcan a una verdadera aplicación de la carta magna.

Esta adaptación formal del constitucionalismo a la globalización, podría encontrar su correlato material integrando en la propia dogmática constitucional, la menguante eficacia del postulado social, su menor fuerza normativa. El denominado constitucionalismo, débil o dúctil propuesto por Gustavo Zagrebelsky,²⁰⁹ es consciente de la contradicción que supone mantener inalteradas las Constituciones del Estado social cuando han quebrado sus supuestos materiales.

Las normas jurídicas no pueden ser ya expresión de intereses particulares, ni tampoco mera enumeración de principios universales e inmutables que alguien puede imponer y que los demás han de acatar. La Constitución y sus principios son la manifestación más alta del derecho positivo, no del derecho natural, y, sin embargo, la interpretación de la Constitución nos conduce a una auténtica filosofía del derecho por la vía de la argumentación. Es decir, el esquema argumentativo del derecho constitucional y del derecho natural es muy similar: partiendo de lo real se llega a lo obligatorio el deber ser por medio de la justicia.

²⁰⁶ WEBER Max "Economía y sociedad", Fondo de cultura económica. F.C.E 1997 p. 345.

²⁰⁷ FERRAJOLI, Luigi, Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, Trotta, Madrid, 1995, p. 807.

²⁰⁸ UPRIMNY Rodrigo y Otro. Es posible una Dogmática adecuada sobre la prohibición de regresividad? Bogotá, Universidad Nacional,

²⁰⁹ ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil. Madrid. Editorial Trotta. 1995. Pág. 74.

Para superarla, subraya los aspectos más flexibles de la teoría constitucional, en particular en la teoría de la interpretación, y deja en manos del legislador del momento y del juez constitucional la concreción libérrima de los postulados constitucionales, convertidos en meros tópicos argumentales sin eficacia vinculante. Ello permite permanecer fiel al postulado jurídico. El denominado constitucionalismo mundial mencionado por Beck opone cierta imagen del hombre a los intereses del capital y pretende limitar el poder económico transnacional mediante los derechos humanos, formulando al efecto la noción de sujeto al margen del liberalismo dominante.²¹⁰

Ahora bien, toda la historia del constitucionalismo se desarrolla en la tensión entre los derechos y el legislador, entre el sujeto y el orden objetivo que determina el interés general; al menos desde que Hegel, desveló las insuficiencias del liberalismo individualista, el segundo polo no parece prescindible. Justamente por ello, un sujeto social, aun en el supuesto de que llegara a tener conciencia y estar articulado, no resultaría suficiente; el constitucionalismo requiere un orden político en cual pueda ser realizado.

Éste orden político sólo será legítimo si se apoya en la ciudadanía, y será efectivo si logra dotarse de cierta consistencia social e institucional; podrá realizar los postulados constitucionales si muestra capacidad para enfrentarse tanto a los intereses del capital como a los Estados cuya acción viene determinada por ellos. No obstante la función principal de la Constitución no seguirá siendo la de asegurar los derechos individuales y universales sino la de ofrecer sanción jurídica a un compromiso político estipulado por facciones que luchan para mantener o para conquistar el poder.²¹¹

Quienes pretenden gobernar la globalización confían en su desarrollo en el ámbito mundial y quizá el estímulo de tal proyecto utópico de constitucionalismo cosmopolita, que pretende extender al conjunto de la humanidad principios básicos de funcionamiento del Estado constitucional, Sin embargo, las relaciones internacionales continúan fundadas en tratados de naturaleza jurídico-privada entre sujetos desiguales.²¹² El modelo de sistema jurídico que emerge en la globalización, está caracterizado por una constitución invasora, que incluye un amplio catálogo de derechos fundamentales, principios y reglas, que no reflejan la situación real del sistema jurídico, pero que al producir una conexión necesaria entre derecho y moral, se muestra como una obligación moral de obedecer la constitución y a las leyes derivadas de ella, en una especie de variante del positivismo, del siglo 19.²¹³

Frente a esta situación se identifican las demandas de justicia global, la reconstrucción del Estado y la Democracia, haciéndose necesarios mecanismos

²¹⁰ **BECK Ulrich.** Que es la Globalización. Barcelona Paidós.2006. Página 18.

²¹¹ **COMANDUCCI Paolo.** Formas de Neoconstitucionalismo: Un análisis metateórico. Traducción del Italiano por Miguel Carbonell En: ISONOMIA. No. 16 ABRIL 2002.

²¹² **HELD David.** Cosmopolitan Democracy. Cambridge, Polity Pres 1995. Pagina 37

²¹³ **COMANDUCCI Paolo.** Op. Cit. Página 100

reflexivos, y mecanismos de diferenciación que se adapten a las diferentes necesidades, lo que se vehiculiza o se materializa por el surgimiento del Derecho reflexivo, que reformula los paradigmas tanto del derecho formal, como del derecho material, en procura de lograr una validez jurídica, que garantice la coordinación de sistemas altamente complejos y autónomos hacia la correspondiente integración social, es decir un modelo, que involucre no solo la complejidad de la sociedad global en su conjunto, sino la construcción de un nuevo tipo de Derecho, en su función en su legitimación y en su estructura.

Se intenta trasladar los esquemas, problemas y estructuraciones del concepto de Constitución que se han aplicado al Estado Nacional, al ámbito de la sociedad mundial y a un hipotético Estado Mundial, mediante por ejemplo, la conversión de la carta de las Naciones Unidas en un derecho constitucional mundial que sería puesto en vigencia por la comunidad internacional y que legitimaría el empleo de la coacción política mundial. Teubner, piensa que la Constitución en la sociedad mundial evoluciona, no hacia una Constitución Supraconstitucional sino hacia la constitucionalización de una multiplicidad de sistemas sociales mundiales, parciales y autónomos.²¹⁴

Se considera que las redes privadas transnacionales no podrán ser la solución en un mundo pretendidamente anómico, y que son muchas las propuestas que propone la construcción de unidades políticas y jurídicas supranacionales, teniendo en cuenta que la globalización determina un vacío de Derecho Público que requiere nuevos paradigmas y la necesidad de un constitucionalismo mundial que llene los vacíos de la crisis del constitucionalismo actual. Se considera que realmente el mundo globalizado está gobernado por una tecnocracia empresarial en la que los procedimientos democráticos se convierten en formas desnudas de contenidos; los derechos sociales se desvanecen y los derechos políticos se vuelven ineficaces.²¹⁵

Las sociedades pluralistas actuales, con diversidad de grupos sociales, con intereses, ideologías y proyectos diferentes, asignan a la constitución, la tarea o garantía de legitimar las acciones de cada uno de los grupos sociales en otras palabras la coexistencia de valores y principios, orientados a la unidad e integración según su base material pluralista, de tal forma que ninguno de sus valores y principios se asuma con carácter absoluto y que sean compatibles con aquellos otros con los que debe convivir.²¹⁶

La constitución así no se concibe como un sistema cerrado de principios, sino como un contexto abierto de elementos que no contradigan el pluralismo, la libertad, la dinámica política y la competición entre propuestas alternativas. Los nuevos paradigmas del Derecho no conducen a la anarquía normativa si hay convergencia

²¹⁴**MARTINEZ Mauricio.** La constitucionalización de la justicia y la autonomía judicial. Universidad Nacional de Colombia. Grupo editorial Ibáñez. Dic 2008. página 22

²¹⁵**GARCÍA-VILLEGAS, Mauricio y RODRÍGUEZ, César A.** Derecho y sociedad en América Latina. Bogotá, ILSA, 2003. Pág.38.

²¹⁶**GARCÍA M. y UPRIMNY Rodrigo** "Corte Constitucional y emancipación social" en B. de S. Santos y M. García Villegas Emancipación social y violencia en Colombia, Bogotá: Norma 2004

general sobre aspectos estructurales de la convivencia política y social, que queden fuera de toda discusión si consagra en un texto indisponible, para los ocasionales señores de la ley, pero sobre todo si es el fruto del consenso, la autorregulación y la autocomposición.

Zagrebelsky apunta que la principal función de un texto constitucional es “fijar los presupuestos de la convivencia, es decir, los principios sustanciales de la vida común y las reglas del ejercicio del poder público aceptados por todos, situados por ello fuera, incluso por encima, de la batalla política. La Constitución fija en primer lugar el pactum societatis, con el cual se acuerdan las condiciones de la convivencia.²¹⁷ Se considera que realmente el mundo globalizado está gobernado por una tecnocracia empresarial en la que los procedimientos democráticos se convierten en formas desnudas de contenidos; los derechos sociales se desvanecen y los derechos políticos se vuelven ineficaces.

Un movimiento de ciudadanos que se autodenomina indignados colombianos, se ha propuesto recuperar el sentido público, ético y representativo de la política, haciendo frente a la corrupción, a la captura criminal de lo público y al uso de las instituciones del Estado al servicio de la clase política que lo dirige. Consideran la promoción de acciones permanentes para combatir la desigualdad, la pobreza, la inequidad y la exclusión que agobian regiones y ciudadanía.

Que el modelo económico del país incluya, de manera efectiva, la política social, para difundir los beneficios de la economía a toda la ciudadanía. La política debe estar al servicio del ciudadano, la equidad, la justicia y la inclusión.²¹⁸ Por el contrario los principales efectos de la globalización sobre el Derecho están dados por la subordinación de la política al mercado, de la ley al contrato, todo plasmado en el ideal de la desregulación es decir, una economía más globalizada significa más libre de ataduras y menos reglamentada por normas jurídicas estatales o internacionales. Se considera que las redes privadas transnacionales no podrán ser la solución en un mundo pretendidamente anómico, a pesar de las propuestas que proponen la construcción de unidades políticas y jurídicas supranacionales.

Se ha considerado la Constitución como un componente fundamental de la legitimidad, pues la constitución jurídica transforma el poder desnudo en poder jurídico legítimo, teniendo en cuenta el sistema de fuentes formales del derecho, que solo pueden usarse conforme a lo dispuesto por la constitución, que será la fuente de las fuentes y la permanente pretensión de legitimidad en toda la vida del Estado.²¹⁹ El carácter de los Derechos fundamentales como Derechos universales participa en la actualidad en la determinación de los componentes de la legitimidad.

Sin embargo la legitimidad y la eficacia en la protección de los derechos fundamentales lo mismo que los principios rectores y la legalidad fundamentan la

²¹⁷ZAGREBLESKY, Gustavo. El Derecho dúctil. Madrid. Editorial Trotta. 1995. Página 26

²¹⁸Encuentro Ciudadano por la Democracia Medellín 12 agosto del 2012.

²¹⁹GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. La Constitución como norma jurídica y el tribunal constitucional. Madrid. Editorial Civitas 4 Edición. 2006 Pag.47.

información desalentadora que proporciona la realidad política y la realidad jurídica para evidenciar un claro deterioro de la legitimidad y su función social. La constitución es elevada a norma jurídica fundamental y ella misma determina los límites y alcances legítimos del poder en situaciones de normalidad.²²⁰ Según Héller el Estado está dotado de medios coercitivos que le permiten ostentar el monopolio de la fuerza legítima y dentro de la racionalidad jurídica y política del Estado Constitucional se establecen mecanismos para ejercer la autoridad política.²²¹

Señala el mismo Heller, como, la autoridad política legitimada constitucionalmente busca el consenso racional en el marco de la democracia, la cual supone el ejercicio del pluralismo de los valores y la legitimidad de la lucha o disenso de aquellos que defienden un modelo distinto de organización social. Sobre la legitimidad, de la justicia constitucional, M. L. Rodríguez,²²² señala las razones notoriamente comunes sobre su dudosa Legitimidad en razón de su elitización en la toma de decisiones públicas.

El principio de la supremacía constitucional, su carácter prevalente frente al resto de normas, la dificultad contra mayoritaria, la protección de los derechos de las minorías y la crisis de representación, son aspectos que, caracterizan la crisis de la legitimidad de la justicia constitucional. Roberto Gargarella se refiere a la falta legitimidad democrática de la justicia constitucional cuando menciona el carácter contra mayoritario del poder judicial, la democracia deliberativa, y el control de las leyes,²²³ en el análisis de la pretensión de legitimidad del derecho, que se transmite al poder político a través de su forma jurídica, ante la necesidad de legitimación.

La dudosa legitimidad de la justicia Constitucional, se basa en que no basta el principio de la supremacía Constitucional para justificar su función, pues la misma resulta insuficiente, para justificar todas sus actuaciones. La legitimidad de la justicia constitucional se ha mantenido siempre bajo sospecha, por considerarse que en teoría el Parlamento es el ente político estructural y funcionalmente legitimado en el Estado, por ser el centro de la democracia representativa. Sin embargo en las últimas décadas el Parlamento ha tenido que afrontar una creciente crisis de representación, que no es otra cosa sino una crisis de legitimidad en lo político, en lo económico y particularmente en lo social.

El cuestionamiento a la legitimidad de la justicia constitucional no es menor que el cuestionamiento y la crisis que sufren, los parlamentos modernos, que por distintos factores, no pueden pregonar su fundada legitimidad, o por lo menos no cuentan con los evidentes supuestos de su legitimidad.²²⁴ La reducción de la tarea

²²⁰ **PRIETO Sanchis Luis**. Estudios sobre derechos Fundamentales, Madrid Debate 1990. Pág. 12

²²¹ **HELLER** Herman. Teoría del Estado. La formación de los conceptos. Estudio Preliminar de José Luis Menereo Editorial Comares. Granada España Pág.251 y Página XIV

²²² **RODRIGUEZ P. María Luisa** .Minorías, Acción pública de Inconstitucionalidad, y Democracia deliberativa, Bogotá, Universidad Externado de Colombia año 2005 páginas 17 a 34.

²²³ **GARGARELLA Roberto**. La justicia frente al Gobierno. Barcelona. Ariel 1996.Pag.54.

²²⁴ **MARTINEZ Mauricio**. La constitucionalización de la justicia y la autonomía judicial. Universidad Nacional de Colombia. Grupo editorial Ibáñez. Dic 2008.página 22

constitucional a lo meramente procedimental, no hace más que acomodar la justicia constitucional en la estructura del Estado pero le propina un duro golpe a su legitimidad ante la sociedad. La legitimidad de la justicia constitucional dependerá de las pasadas, presente y futuras decisiones protectoras de los derechos de las Minorías. Sus decisiones acertadas en este sentido, desafortunadas o corregidas serán el balance para evaluar con certeza la Legitimidad de la justicia Constitucional.²²⁵

Rodrigo Uprimny, frente a esta problemática también expone sus dudas, en su escrito titulado Los Derechos sociales en serio, Constitución, modelo económico y políticas públicas en Colombia, deja claro que la Constitución Colombiana, logra un equilibrio institucional y axiológico adecuado, entre los principios básicos que sustentan la legitimidad y su paradigma discursivo procedimental en los ordenamientos políticos contemporáneos sin embargo en lo relativo a su eficacia, deja serios interrogantes.²²⁶

3.4. CRISIS EN EL DERECHO FORMAL

La corriente del formalismo jurídico reduce la ley a la formalidad legal y la justicia a igual distribución de Derechos. El segundo es el paradigma del Estado benefactor de Derecho o paradigma de bienestar social reduce la ley a políticas burocráticas y la justicia a justicia distributiva. El paradigma de los estatutos legales son garantizados por la legitimidad de la ley, con una cualificación deliberativa que proporciona, la solución y el contenido mínimo, para consolidar la integración social y fundamentar una visión de la legitimidad legal.²²⁷

El Derecho en la sociedad democrática ha perdido su legitimidad pues ciertas figuras dogmáticas como el principio de las mayorías, la representación, la participación, la consulta, las asambleas, la soberanía, la declaración de la voluntad popular, son ilusorias y no captan su real dimensión ni el problema que plantean desde el punto de vista social. Son evidentes las dificultades, las debilidades y los fracasos de la democracia formal frente a la democracia real, incluyendo el clásico tema de la teoría de las elites, la gobernabilidad, la transparencia, los intereses y la legitimidad del principio mayoritario.

En realidad lo que se está imponiendo es una concepción universalista del Derecho y una concepción universalista de la justicia, que le han restado validez jurídica y política al Constitucionalismo local. Se evidencia una crisis en la legitimidad, crisis en la validez y crisis en la eficacia, y la carta constitucional consagra normas abiertamente contradictorias, como por ejemplo el Estado social y el Estado

²²⁵ RODRIGUEZ P. María Luisa .Minorías, Acción pública de Inconstitucionalidad, y Democracia deliberativa, Bogotá, Universidad Externado de Colombia año 2005 páginas 17 a 34

²²⁶UPRIMNY Rodrigo y Otros. Constitución Modelo Económico y Políticas Publicas .En: Los Derechossociales en Serio. Hacia un Dialogo entre Derechos y políticas Publicas. Bogotá De justicia. Página 58.

²²⁷ HABERMAS Jurgen. Facticidad y validez. Hermenéutica, realismo y positivismo.Op.Cit. Paginas269 a 280 Contemporáneo. Bogotá Siglo del Hombre editores, 2002 pp 112 y 114

neoliberal; la primacía del interés general sobre el interés particular, que rara vez tiene aplicación.

El formalismo jurídico ha demostrado su incapacidad para atender las demandas de legitimidad de la sociedad contemporánea y ha demostrado ser un mecanismo inadecuado para regular los sistemas democráticos y las funciones básicas del Estado que se han tornado ineficaces.

Son numerosos los procesos jurídicos y políticos que dan lugar a una crisis del Derecho como consecuencia de una crisis de su racionalidad bajo condiciones objetivas en las que se caracteriza la insuficiencia de la vieja forma de racionalidad frente a las necesidades de la sociedad moderna o la falta de creencia en su capacidad para resolver los conflictos, todo lo cual ayudara a conformar la llamada sociedad del riesgo mundial y la aparición de nuevas categorías jurídico-políticas.

Se parte de una discusión sociológica sobre los cambios estructurales en la sociedad global y el grado de eficacia, del actual modelo normativo, para lograr el control y la reglamentación social en el contexto latinoamericano. Se caracteriza luego un proceso de cambio en las sociedades de capitalismo periférico, tradicionalmente inestables y casi siempre conflictivas, que requieren la reconstrucción democrática de la sociedad civil, la redefinición de las funciones del Estado de Derecho y la implementación de un sistema normativo identificado con las carencias y necesidades de los nuevos actores emergentes.

Con el fetiche de la legalidad se han instaurado regímenes políticos que han logrado prolongarse en el tiempo con mecanismos de diversa índole y con reformas constitucionales al acomodo de sus intereses, con falsas apariencias de legalidad que han modificado sustancialmente las reglas de juego por procedimientos formales e informales, y que solo han demostrado a través del tiempo el inexistente consenso entre la sociedad civil y el Estado sin acuerdos básicos en torno a una sociedad en condiciones de libertad e igualdad, y mucho menos con la presencia de la justicia y la equidad social.

Al comenzar el siglo XXI, El modelo clásico occidental de legalidad positiva, engendrado por fuentes estatales y enmarcadas en valores del individualismo liberal, vive un profundo agotamiento que alcanza sus propios fundamentos, su objetivo y sus fuentes de producción. El colapso de esta legalidad lógica formal, que ha servido para reglamentar y legitimar desde el siglo XVIII los intereses de una tradición jurídica capitalista, es inevitable. En la actualidad se propicia el espacio para la discusión acerca de las condiciones de ruptura, así se abre el espacio y las posibilidades de un proyecto emancipador, sin idealizaciones formalistas y sin rigidez técnica, sino construido en los supuestos de las condiciones históricas actuales y de las prácticas reales.

Los modelos culturales y normativos que justificaron el mundo de la vida, la organización social y los criterios científicos, se volvieron insatisfactorios y

limitados, abriendo un espacio para repensar sociológicamente nuevas normas de referencia y legitimidad. La estructura normativa del moderno Derecho positivo formal es poco eficaz y no consigue atender la competencia de las actuales sociedades periféricas, como las de América Latina, que pasan por distintas especies de reproducción del capital, por acentuadas contradicciones sociales y por flujos que reflejan crisis de legitimidad y de funcionamiento de la justicia.

Aquí nace la necesidad de proponer e introducir en la sociología del Derecho latinoamericana la discusión sobre la crisis de los paradigmas jurídicos dominantes y la ruptura de los modelos de fundamentación, como lo ha planteado Thomas S. Khun, cuando afirma que las crisis son una precondition necesaria para el surgimiento de nuevas teorías y de nuevos marcos de referencia o nuevos paradigmas. Esta segunda parte del estado del Arte revisa los paradigmas formales del Estado de Derecho para observar que ya no son operativos, coherentes ni funcionales por su incapacidad para articular la legitimidad política con la eficacia social y la práctica democrática.

La crisis de legitimidad y de gobernabilidad está ligada a la insuficiencia de su modelo de racionalidad que exige mecanismos nuevos, mecanismos reflexivos de resolución de conflictos. La Ineficacia del Estado en América latina y su reiterada corrupción, la caricatura de democracia, la violencia y las desigualdades económicas, las exigencias actuales de reconocimiento y redistribución, la hegemonía de las Elites políticas, con posición privilegiada, que monopolizan las altas posiciones, el distanciamiento de las instituciones sociales en relación con las demandas de la sociedad y la Legitimidad de la propiedad constituyen el mayor cuestionamiento de la legitimidad, al Estado, y al Derecho, conformando su situación de crisis en las sociedades actuales.²²⁸

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 y en la esfera mundial emergen de manera espontánea multiplicidad de subconstituciones, vínculos de Derecho global con otros subsistemas globales, que hasta ahora han escapado al gobierno constitucional, dominado por la política en los Estados Nacionales.

No ha sido posible la materialización de la democracia y la justiciabilidad de los derechos sociales a pesar de que en el contexto internacional, se busca promover la Justiciabilidad detalles derechos y la viabilidad de la democracia, dando paso a una estrecha relación entre Justicia Constitucional y Justicia Internacional. Se evidencia una crisis en los paradigmas convencionales del Derecho, que no se basa ya en decisiones estatales, sino en procesos sociales más o menos organizados que caracterizan su propia deconstrucción.

²²⁸GIDDENS, A. BERIAIN, J. (comp.), Las consecuencias perversas de la modernidad: modernidad, contingencia y riesgo, traducción de C. Sánchez, Barcelona, Anthropos, 1996. Páginas 122-125

Paschukanis pretendía realizar una crítica al Derecho burgués neokantiano analizando los presupuestos formales del derecho junto con una crítica a la ideología burguesa. Él considera que el derecho es un problema de regulación de las relaciones sociales y 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 pues se trata de un fenómeno contingente, objetivo, que al existir la negación de su validez no queda otro camino que es la superación del derecho como fetiche, del mismo modo en que se puede superar el fetiche de las mercancías.²²⁹

Si el fetiche de la legalidad fue atacado certeramente a finales del siglo 19, hoy los críticos del derecho siguen observando, sus disfuncionalidades, sus efectos contraproducentes, lo mismo que la hipocresía moral y política que a veces allí anida. El Derecho por otra parte no siempre tiene éxito en su esfuerzo de limitar la violencia y la brutalidad y otras veces esconde siempre el poder del más fuerte como consecuencia de instalar la identidad politizada en el discurso universalista de la teoría jurídica liberal.²³⁰

Se pone en duda el carácter emancipatorio del Derecho y con frecuencia se evidencian sus limitaciones y la forma como en él se expresa la impotencia del deber ser y es precisamente cuando hace su aparición en este contexto el garantismo universal y objetivo como una teoría jurídica autónoma que se predica como una alternativa seria. Esta es la razón por la cual los ciudadanos se aferran al derecho en cualquiera de sus manifestaciones para mantener la ilusión que la vida entre humanos puede ser coordinada razonablemente, que los conflictos pueden ser resueltos y que en últimas todos tendrán oportunidades de florecimiento y realización.²³¹

El deficiente funcionamiento de las instituciones o los intereses de quienes las encarnan, forman parte de un conjunto de valores y costumbres que dominan nuestra sociedades, donde lo corriente es la relación desigual, la negación del principio de la igualdad sustancial, e incluso de la solidaridad universal arrinconada ante la ley del más fuerte y donde la integración del individuo con la comunidad pierde terreno ante las fórmulas de integración funcional, puesto que la libertad del individuo queda asfixiada bajo el peso del poder o del dinero en unas relaciones casi siempre asimétricas.²³² Prieto Sanchis señala que democracia no es sólo una cuestión de votos y mayorías sino una cuestión de derechos, o sea, de límites y vínculos al poder, incluido el poder democrático.

Una teoría de los procedimientos de decisiones legítimas que funciona bajo el presupuesto de una preocupación por la justicia y los Derechos, pueden de todas

²²⁹**PASCHUKANIS, Eugeni.** Finalidad de la Teoría General del Derecho. En: Teoría General del Derecho y Marxismo. Bogotá. La Pulga. 1960. Pág. 57.

²³⁰**BROWN Wendy.** Lo que se pierde con los Derechos. del fetiche de la ley al fetiche de los Derechos. derechos. Presentación Diego Eduardo Lopez medina, Páginas 9-10

²³¹ **IBID.** Pagina 14.

²³²**PRIETO SANCHIS Luis.** Estudios sobre derechos Fundamentales, Madrid Debate 1990. Pág. 12.

maneras discrepar acerca de lo que estos implican.²³³Una sociedad en la que la mayoría muestra desdén por las necesidades y expectativas de alguna minoría, es ilegítima e injusta y no solo sus decisiones carecen de legitimidad política en dicha sociedad sino también que no se puede conceder legitimidad a ninguna decisión política tomada en tales circunstancias. El desdén de la mayoría destruye el fundamento de la comunidad política, pues no puede hablar en nombre de la sociedad en su conjunto.²³⁴

La legitimidad del mayoritarismo popular está cuestionada porque produce un impacto injusto sobre determinados individuos o grupos cuando toman decisiones sobre derechos de millones de personas sobre la base de las voces y los votos de unos pocos. El modelo social y económico imperante en la globalización supone una democracia avanzada, sin embargo no evidencia una activa participación ciudadana como base y sustento del sistema jurídico y dejan claros los déficits de legitimidad. La exigibilidad o justiciabilidad de los Derechos sociales involucra en ellos el componente de la legitimidad y el de la eficacia social, si se redefinen las nociones de sociedad civil, opinión pública y poder comunicativo en la intrincada relación entre el Derecho y el sistema legal en las sociedades complejas.²³⁵

Ya en pleno siglo XXI persiste la barbarie, la guerra y la reiterada violación de los derechos humanos. El legalismo y el respeto al estado de Derecho parecen carecer de sentido, la ilusión democrática de los gobernantes y los gobernados, que reconstruyen simbólicamente el valor de la vida y de la dignidad humana, no se espantan con el horror guerra y le apuestan a la constitución y a la ley, permitiendo el uso de las normas como mecanismo de legitimación del poder, para perpetuarse en él y como forma de obtener ventajas reales, lo que no es otra cosa que la denominada por Bourdieu, violencia simbólica, pues se asume que la violencia material está excluida del campo del derecho.²³⁶

Los activistas de los movimientos sociales, quieren redefinir y cambiar la realidad social a través del Derecho, presumiendo su legitimidad; mediante reformas legales, a sabiendas de que el Derecho es solo un instrumento, que aparece más como una amenaza, pues siempre estará del lado del más fuerte, pero también no deja de ser una esperanza, para obtener beneficios reales; re-significar identidades, recrear sus videos y dar sentido al sufrimiento del cual han sido testigos y del cual han sobrevivido.²³⁷

Las apelaciones al consenso tienen lugar siempre sobre la base del poder, como muestra el hecho de que sólo apela al consenso quien tiene el poder de imponer de todas formas sus decisiones sobre la voluntad de quienes no consienten. Cuanto más racional, diferenciado y autónomo es un sistema jurídico, tanto menor

²³³ IBID. Página 37 y 364-365.

²³⁴ **WALDRON Jeremy**. Derecho y desacuerdos. Estudio preliminar. Madrid Marcial Pons. Páginas 356-357

²³⁵ IBID. Página 130.

²³⁶ **FRASER Nancy** Justicia Interrupta. Bta. Siglo del hombre editores 2007 páginas 1 y 5

²³⁷ **LEMAITRE Ripoll, Julieta**, El derecho como conjuro: fetichismo legal, violencia y movimientos sociales, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Colombia, Página 392

será la necesidad de recurrir a la coacción física manifiesta, y tanto más dispondrá de ese recurso de coacción velada que es la legitimidad; El poder ilegítimo es, para Luhmann, el poder violento; y el poder legítimo es violencia velada, sólo sugerida. El ejercicio del poder legítimo es únicamente una forma más elegante de ejercer la violencia. El Derecho supone la legitimidad la cual queda despojada de sus fundamentos racionales, y queda reducida al arte de imponer decisiones vinculantes sin provocar resistencias.²³⁸

La legitimación racional-legal o legitimación procedimental, carece, en realidad, de toda racionalidad, puesto que los procedimientos ajustados a criterios de corrección meramente formales permiten, en principio, legitimar cualquier cosa pues si cualquier cosa puede legitimarse, el procedimiento de legitimación no garantiza en modo alguno la racionalidad o la corrección normativa de aquello que se legitima. Los derechos de las minorías tienen inadecuada o insuficiente representación en el parlamento y esto contribuye a reafirmar su precaria legitimidad, pues no se la ha ganado en la protección de las minorías, por su poca o inexistente actuación frente a los derechos de estas minorías.

En igual sentido Jeremy Waldron,²³⁹ en “Derecho y Desacuerdos” identifica los desacuerdos, los disensos y la civilidad en las decisiones políticas, en el parlamento moderno y la autoridad de su producto, la Legislación; es decir la legitimidad democrática. Discute si la legislación es LEGÍTIMA porque es el resultado de un proceso democrático y por tal razón legítima, pero cuestiona la legitimidad del parlamento en su carácter de organismo representativo en un contexto de desacuerdos, por su incapacidad de poner en común perspectivas y experiencias diversas.

Luhmann considera que la legitimidad no es el efecto de la referencia a valores sino que es el producto de la aplicación de ciertos procedimientos, establecidos para producir decisiones vinculantes.²⁴⁰ En las sociedades complejas que han incluido el proceso de positivización del Derecho, la legitimidad resulta de celebración de elecciones políticas y la separación de poderes, en las que los individuos participan en el procedimiento dentro de los límites de las reglas establecidas, y en tal caso todas las formas la legitimidad están representadas como una prestación del mismo sistema.²⁴¹

Esta tendencial e irreductible ilegitimidad del poder es objeto de la crítica al derecho positivo, no solo interna si no externa puesto que va dirigida a sus aspectos de ineffectividad y de invalidez, análisis que se denomina positivismo crítico, pues significa que una norma contenida en un texto legislativo no anulado, puede ser aplicada mediante decisiones validas respecto a ella, pero puede también no ser aplicada cuando el juez la considere invalida, porque formalmente así se ha declarado, análisis que es posible cuando el principio de legitimidad constitucional

²³⁸LUHMANN, Niclas. El Derecho de la Sociedad, México: Univ. Iberoamericana, 2002. Pag. 157

²³⁹WALDRON Jeremy. Derecho y desacuerdos. Madrid Marcial Pons. Ed. jurídicas y sociales. 2005. Pág. 356.

²⁴⁰LUHMANN, Niclas. El Derecho de la Sociedad, México: Univ. Iberoamericana, 2002. Pag. 57.

²⁴¹BOBBIO, Norberto Op. Cit. Pág. 127.

de las leyes no puede satisfacer la regla semántica, contenida en la presunción de legalidad.²⁴²

Alexei, por el contrario considera que un sistema de normas coactivas solo se transforma en un orden jurídico cuando a su base se encuentra una pretensión de corrección o de legitimidad. Sin embargo un orden jurídico puede ser ostensiblemente injusto y violento, como régimen de dominación, pero lo que lo mantiene como un orden jurídico es la apelación a un fin superior. La pretensión de legitimidad del ejercicio de la dominación, establece lo que se podría llamar umbral de la juridicidad en la que se demuestra que el Derecho está conceptualmente, internamente referido a la Legitimación.²⁴³

El concepto y el problema de la legitimidad es indisociable, del concepto de Derecho, señala Robert Alexy teniendo en cuenta que para desarrollar una caracterización muy somera de las respuestas que el iusnaturalismo y el positivismo dan a dicho problema sostiene que un rasgo definitorio de los sistemas jurídicos es su referencia interna a la legitimidad, o por decirlo en la terminología de Habermas, su pretensión de corrección normativa. De acuerdo con esto, “los sistemas normativos que no formulan ni explícita ni implícitamente una pretensión de corrección no son sistemas jurídicos. Todo sistema jurídico formula una pretensión de corrección.”²⁴⁴

La formulación de las normas por la maquinaria administrativa en base a la constitución ha debilitado el principio de legalidad y se ha propiciado una “tecnificación” de la racionalidad jurídica que se ha convertido en una racionalidad instrumental.²⁴⁵ El derecho de nuestras sociedades está aquejado de una crisis de legitimidad que alcanza de lleno al Estado democrático pues la representación parlamentaria y la publicidad exterior del Parlamento ha llegado a ser una fachada vacía. Los partidos no son, en realidad, grupos que persigan las reglas de racionalidad, sino coaliciones de poder en busca de intereses socioeconómicos.

El Derecho como el receptor de los grandes cambios, no en las causas, sino en los efectos de la globalización, está provocando un alto grado de obsolescencia de las instituciones jurídicas y políticas, particularmente de la Democracia. El Derecho supone la sujeción a la ley de todo poder; en garantía de los derechos de todos y un sistema de vínculos y controles jurídicos idóneos, para impedir la formación de poderes absolutos, sean públicos o privados.

Supone un conjunto de límites para impedir que la democracia coexista con poderes y privilegios ilimitados y personalizados, que no corresponden a la esencia del constitucionalismo.²⁴⁶ La voluntad general no puede ser impuesta con el

²⁴² FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón. Madrid Trotta 2001 Paginas 872-875

²⁴³ ALEXEI, Robert. El concepto y la validez del Derecho, op. cit., p. 38.

²⁴⁴ FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón. Madrid trotta, 1989 Paginas 862 a 869

²⁴⁵ ARNIO, A., Reason and Authority. A Treatise on the Dynamic Paradigm of Legal Dogmatics. Dartmouth, Aldershot, 1997, pp. 39-47.

²⁴⁶ Ibid. Página 94.

argumento de ser moralmente legítima, por ser mayoritaria:²⁴⁷ tiene que ser subsumida libremente por las minorías, mediante el equilibrio reflexivo que permite articular la dimensión política con la individual dándole a la ciudadanía la posibilidad de replantear la democracia, los principios de justicia, la igualdad y la equidad social.²⁴⁸

El tipo de legitimidad con mayor frecuencia aceptado en las sociedades actuales tiene que ver con el poder racional en el que la obediencia se deriva de la creencia en la racionalidad del comportamiento conforme a las leyes, esto es a normas generales y abstractas que instituyen una relación impersonal entre gobernante y gobernado. Blanco Valdés,²⁴⁹ considera que el Estado Burgués capitalista constituye la forma de organización del poder político, como una instancia de poder despersonalizado. El Estado Liberal es el primer poder absoluto de la historia, el primer poder que no admite competidores por cuanto el mismo determina claramente las competencias del poder estatal que no admite otros centros de Poder para determinar su legitimidad.

Oscar Mejía,²⁵⁰ en su obra, Justicia y Democracia consensual aborda la Teoría Neocontractualista en John Rawls, previa referencia a la Teoría del Contrato Social inaugurada por Hobbes, profundizada por Locke, consolidada por Rousseau, cuya fundamentación definitiva le fue dada por Kant, y señala que el Contrato Social no solo se constituye como una doctrina política, sino como el más fuerte factor de legitimidad de la asociación entre los hombres, postura moral que le confiere validez racional y universal al Orden Social.

El carácter consensual del Contrato social permite fundamentar los procedimientos institucionales de las sociedades democráticas, esencia del paradigma político moderno, que marca el tránsito del Estado de naturaleza, a la legitimidad del Orden Social. A pesar de los valores y principios que caracterizan la ideología constitucional, se han producido confrontaciones y distanciamiento entre la realidad constitucional y la realidad política, que han cuestionado el sistema político liberal, generando serias y profundas crisis, que se materializan en las corruptelas políticas del poder legislativo y los abusos del poder ejecutivo.

Un poder basado solamente en la fuerza de hecho, puede ser efectivo pero no puede ser considerado legítimo. El fundamento del poder está en su legitimidad y en ella, su justificación cuando se trata de establecer la relación entre el poder y la fuerza que casi siempre axiológicamente se distingue cuando se habla de poder legítimo y el poder ilegítimo.²⁵¹ Sin derechos del hombre reconocidos y protegidos no hay democracia; sin democracia no se dan las condiciones mínimas para la solución pacífica de los conflictos.

²⁴⁷WOLKMER, Antonio Carlos. Introducción al Pensamiento Jurídico Crítico. Ed. San Pablo: Saraiva,2000

²⁴⁸WOLKMER, Antonio. Introducción al Pensamiento Jurídico Crítico.4.ed.S.Pablo:Saraiva, 2002.

²⁴⁹BLANCO Valdés Roberto. El valor de la constitución. Madrid Alianza Univ. 1994, Pag.250.

²⁵⁰MEJIA Q. Oscar. Justicia y Democracia consensual. Siglo del Hombre editores. Uniandes. Bogotá P. 34

²⁵¹BOBIO, Norberto. Estado Gobierno y Sociedad. FCE México, 1989 Página 117

En otras palabras, la democracia es la sociedad de los ciudadanos, y los súbditos se convierten en ciudadanos cuando les son reconocidos algunos derechos fundamentales; habrá paz estable, una paz que no tenga la guerra como alternativa, solamente cuando seamos ciudadanos no de este o aquel Estado, sino del mundo. No cabe ya seguir considerando a los derechos económicos, sociales y culturales, como promesas políticas, sino que deben ser considerados como normas jurídicas obligatorias.

La subordinación de todos los actos a la ley, coincide con su legitimación formal y la estricta legalidad al subordinar todos los actos, incluidos las leyes a los contenidos de los derechos fundamentales coinciden con su legitimación sustancial. La distinción entre legitimidad formal y legitimidad sustancial o sea entre las condiciones formales y condicionales sustanciales impuestas al válido ejercicio del poder es esencial para aclarar la relación entre democracia política y Estado de Derecho en los ordenamientos modernos; Desde la construcción del concepto de paradigma de Thomas Kuhn, se establecen las fases de transformación de los procesos científicos, aplicados al derecho observándose cómo el Derecho es dinámico, y pasa constantemente del equilibrio al cambio y del cambio al equilibrio²⁵².

Este movimiento permite que el sistema jurídico se adapte a las necesidades, propias de una sociedad compleja. De acuerdo con el modelo teórico de Herbert Lionel Hart es necesario que existan reglas secundarias de cambio dentro del sistema, que permitan introducir cambios en forma deliberada, para que el Derecho se adapte a las circunstancias cambiantes de la sociedad.²⁵³ La teoría política y la teoría del derecho, tienen como finalidad comprender las causas de la crisis del Derecho como sistema de control del poder político y de las libertades individuales en el contexto de la teoría de la complejidad social.²⁵⁴

El asunto de que el Derecho como sistema complejo pierda su capacidad de auto reproducirse (autopoiesis), de diferenciarse del entorno y de los demás sistemas normativos y de ejercer control al poder y restringir las libertades de los asociados, explicaría ciertos fenómenos políticos y jurídicos de América Latina en las últimas décadas: la crisis del derecho como mecanismo de control y por consiguiente, la aparición y consolidación de modelos de gobierno de corte populista y autoritario, en los que el derecho juega un papel simbólico que se identifica más con la voluntad de quien detenta el poder, que con un sistema de control.²⁵⁵

El pensamiento de Luhmann, sobre la Teoría de Complejidad social considera que el Derecho es un sistema funcionalmente diferenciado de la sociedad moderna, cuya función es mantener estables las normas, independientemente de su eventual violación. El código que orienta el derecho está constituido por la diferencia binaria legal/ilegal, esto se refleja en la siguiente regla establecida por Luhmann "Lo que

²⁵² KUHN, THOMAS: "La estructura de las revoluciones científicas". FCE, México, 1971. Pag.32

²⁵³ HART, H. L. A. El concepto del derecho. Traducción de Carrió Genaro 1961 pagina 234.

²⁵⁴ LEWIN, Roger. La complejidad: El caos como generador de orden. Editorial Tusquets, España, 1995, página 68.

²⁵⁵ GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. El valor simbólico del Derecho. Tercer Mundo Editores, Bogotá, 1996.

no se puede ordenar bajo el esquema de control conforme a derecho/no conforme a derecho, no pertenece al sistema jurídico, sino a su entorno social: interno o externo.

La función del Sistema Jurídico es reducir la complejidad del Sistema ante la necesidad de realizar y mantener una complejidad interna, que haga compatible al sistema con respecto al entorno. Se dice que la complejidad se realiza y mantiene en el sistema sólo mediante reducciones en las cuales son las estructuras las que determinan cuánta complejidad interna puede crear y tolerar un sistema. La complejidad al reducirse en su entorno aumenta dentro del mismo sistema, por ello se habla también de una reducción y aumento de la complejidad.²⁵⁶

CAPITULO IV.

CRISIS DEL DERECHO EN LA MODERNIDAD Y EN LA GLOBALIZACION.

Introducción

4.1. CRISIS DEL DERECHO EN LA MODERNIDAD.

4.2. CRISIS DEL DERECHO EN LA GLOBALIZACION.

Introducción

El derecho actual y sus construcciones teóricas están impregnados, de elementos que provienen de los pensamientos y fundamentos de la modernidad: el legalismo, el deductivismo metódico, la dogmática como ciencia del derecho, el formalismo y, en general, todas las notas que caracterizan la labor jurídica de nuestros días, son el legado del pensamiento jurídico moderno. sustituyendo a las antiguas concepciones de organización política y jurídica de la sociedad.

La globalización marca definitivamente la consolidación de la modernidad en su versión capitalista, pues países enteros con sus elites políticas conducen a sus pueblos a las formas más radicales del capitalismo y desregulación, con lo que ha nacido la forma paradigmática de la modernidad; el capitalismo global, lo que por supuesto no significa que sea necesariamente la única opción de la modernidad posible o deseable.²⁵⁷ Aparece así La modernidad, como un concepto filosófico, historiográfico y sociológico, que propone un mundo de metas y objetivos aplicables a cada nación según su propia realidad, y de acuerdo a las actuales y futuras necesidades de su población

²⁵⁶LUHMANN, Niclas. El Derecho de la Sociedad, México: Universidad Iberoamericana, 2002.Pag.57.

²⁵⁷BECK, Ulrich. GIDDENS, Anthony y LASH, Scott.Modernización reflexiva. Política, tradición y estética en el orden social moderno. Madrid. Alianza. 1997.Paginas 123 125.

Alcanzar la modernidad significa aplicar de una manera lógica, racional y sistemática, los progresos de la humanidad, estableciendo prioridades y objetivos para aplicar integralmente a la Vida Humana, los nuevos métodos y herramientas, que son el producto de la Evolución de la Ciencia y la Tecnología. La modernidad pretende satisfacer las nuevas necesidades de la población en todos los sectores políticos, jurídico, social y económica; para lo cual es necesario adoptar nuevos paradigmas, nuevas tecnologías y los avances científicos logrados, a todos los Campos de las Actividades Humanas.²⁵⁸ Algunos consideran que el capitalismo y el liberalismo triunfaron y por ello proclaman la culminación de la modernidad y “el fin de la historia” (Fukuyama); hay quienes consideran que la modernidad es un proyecto inacabado, con capacidad para un futuro no capitalista (Jameson) o matizadamente capitalista o quienes directamente ven a esta época como una situación nueva, posmoderna, caracterizada por la deconstrucción de todas las promesas modernas y los problemas derivados de su incumplimiento y que Boaventura do Santos califica de “posmodernismo celebratorio”.²⁵⁹

Se trata de un momento de transición paradigmático entre dos épocas que sucede después de la crisis y agotamiento de la modernidad frente a la cual, B. de S.Santos hace una propuesta teórico-política que denomina “posmodernismo de oposición” que, a diferencia del posmodernismo celebratorio, estima necesario distinguir entre la modernidad de los problemas y la posmodernidad de sus posibles soluciones y convertir tal disyunción en el impulso para fundamentar teorías y prácticas capaces de reinventar la emancipación social a partir de las promesas fracasadas de la modernidad.²⁶⁰

Santos en su libro “Sociología jurídica crítica”; selecciona dos preguntas fuertes: La primera plantea: si la humanidad es sólo una, ¿Por qué hay tantos principios diferentes en torno a la dignidad humana, incluso contradictorios entre sí? La respuesta dominante está en los derechos humanos, pero esta es una respuesta débil, dado que la universalidad abstracta sobre la que se asientan, es un particularismo occidental. La segunda pregunta ¿No habría una alternativa para un mundo tan desigual? Se asiste en la actualidad a un proceso de transición social, jurídica, política, cultural y epistemológica hacia un nuevo paradigma en que existen problemas modernos para los cuales no hay soluciones modernas. La modernidad, si bien cumplió algunas de sus promesas otras no ha sido capaz de satisfacerlas, quedando obsoleta respecto a ellas.

Las promesas de la modernidad, de igualdad, de una sociedad más justa y más libre, la promesa de libertad y respeto por los derechos humanos; la promesa de paz perpetua formulada por Kant y la del dominio de la naturaleza y de su uso para el beneficio común de la humanidad, en la modernidad, lejos de haberse concretado, se hallan cada vez más lejanas. Tanto los excesos como las

²⁵⁸ GIDDENS, A. Consecuencias de la modernidad, traducción de A. Lizón, Madrid, Alianza, 1993.

²⁵⁹ JAMESON, Frederick “Una modernidad singular. Ensayo sobre la ontología del presente”. Buenos Aires: Gedisa.2004 pp 65 y ss.

²⁶⁰ BOAVENTURA DE SOUSA, Santos. “Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho. Editorial Trotta, Madrid, 2009. Página 185.

insuficiencias en el cumplimiento de las promesas de la modernidad considera Santos, podrían solucionarse a través de la ciencia y el derecho, dejando fuera la política.

4.1 CRISIS DEL DERECHO EN LA MODERNIDAD.

La modernidad se presenta como un pensamiento característico de la ruptura y cambio de paradigma, por tratarse de la construcción de un nuevo espacio, de una nueva cosmovisión en la que se introducen elementos nuevos categoriales que articulan el discurso de la ciencia y se rompen los viejos paradigmas para establecer e inaugurar un nuevo mundo: el mundo moderno, en sentido estricto en una gran discontinuidad de la cultura occidental que, a finales del siglo XVIII, alteró definitivamente el orden clásico de la ciencia por cuanto reordenó las formas del conocimiento y las construcciones empíricas.

La modernidad es un período histórico que aparece, especialmente, en el norte de Europa, al final del siglo XVII y se cristaliza al final del siglo XVIII. Conlleva todas las connotaciones de la era de la ilustración, que está caracterizada por instituciones como el Estado-nación, los sistemas jurídicos y los aparatos administrativos modernos que con la era de la información ha llegado a un nivel supersofisticado. Las sociedades modernas, distinguiéndolas de las tradicionales, son aquellas sociedades que están constituidas y construidas, esencialmente, a partir de conocimiento teórico o conocimiento experto.²⁶¹

La modernidad constituye una visión necesariamente eurocéntrica cuyas características principales la organización social piramidal y jerárquica y el predominio de los sistemas newtonianos y cartesianos que explican la mecánica celeste y el mundo matemático, exige que cualquier conocimiento de rigor científico posea una racionalidad matemática.²⁶² Estos fundamentos, mal asimilados en la modernidad por ser la realidad de la revolución de la modernidad latinoamericana distinta a la real modernidad dada en el viejo mundo contradecían todo el pensar jurídico anterior. Todo un conjunto armónico y coherente de principios y experiencias en el ámbito jurídico, estructurado desde “Las Leyes” de Platón y las “Éticas” de Aristóteles, a través del Derecho Romano y los glosadores medievales, fue sustituido en la Modernidad por una concepción de Grocio en la edificación de un nuevo sistema de ideas jurídicas.

La crisis del derecho en la modernidad se expresa en la ilegalidad pública materializada en la progresiva degradación del valor de las reglas del juego institucional y del conjunto de límites y vínculos que las mismas imponen al ejercicio de los poderes públicos. Los abusos de poder y los atentados contra la Constitución, la pérdida de contenido de la función parlamentaria, en los conflictos entre el poder ejecutivo y el judicial, el entramado que existe entre política y mafia.

²⁶¹ **BECK, Ulrich. GIDDENS, Anthony y LASH, Scott.** “Modernización reflexiva. Política, Tradición y estética en el orden social moderno. Madrid, Alianza. 1997.

²⁶² HURTADO, I. Toro, J. Paradigmas y métodos de investigación en tiempos de cambio. Valencia: 1998, Pag. 28

El segundo aspecto de la crisis, sobre el que más se ha escrito, es la inadecuación estructural de las formas del Estado de derecho al Estado social. Esta crisis ha sido con frecuencia asociada a una suerte de contradicción entre el paradigma clásico del Estado de derecho, que consiste en un conjunto de límites y prohibiciones impuestos a los poderes públicos de forma cierta, general y abstracta, para la tutela de los derechos de libertad de los ciudadanos, y el Estado social, que, por el contrario, demanda a los propios poderes la satisfacción de derechos sociales mediante prestaciones positivas, no siempre predeterminables de manera general y abstracta, casi siempre discrecionales, contingentes, sustraídas a los principios de certeza y estricta legalidad y confiadas a la intermediación burocrática y partidista.

La crisis se manifiesta también en la inflación legislativa provocada por la presión de los intereses sectoriales y corporativos, la pérdida de generalidad y abstracción de las leyes, la creciente producción de leyes y el desarrollo de una legislación fragmentaria, casi siempre bajo el signo de la emergencia y la excepción en el contexto de un sistema de garantías tradicionalmente predisuestas para la propiedad y la libertad, y que finalmente representan, un factor de ineficacia de los derechos, y un terreno fecundo para la corrupción y el arbitrio.

La crisis tiene sus raíces profundas en que Los paradigmas jurídicos actuales tutelan la herencia de la modernidad. El paradigma de la modernidad es un discurso caracterizado por la tensión dinámica entre las exigencias sociales de regulación y las de emancipación, pero este paradigma ha agotado su fuerza orientadora. La causa son los recortes de realidad que ha hecho. La ciencia y el derecho estatal, responsables de la destrucción de las formas jurídicas alternativas y de encadenar el derecho a las conveniencias del Estado y de sus grupos privilegiados, quisieron minimizar ese problema.

El impacto de la modernidad sobre los principales paradigmas tradicionales del Derecho, se contextualiza en la crisis y se hace una caracterización de los variados conceptos de modernidad, interpretados a la luz de la globalización. Se analizan las principales diferencias entre las características de la modernidad y la ampliación de su racionalidad instrumental entendida en su carácter multicultural y como realidad social, teniendo en cuenta la forma como la globalización expande las condiciones de la modernidad tardía, como diferentes de las promesas modernas de seguridad y estabilidad. Se discute y se describe el fenómeno de la globalización con todas sus contradicciones tratando de abordar sus efectos sociales y la construcción de identidades, que chocan con los paradigmas del Derecho, con la ciudadanía moderna y con los paradigmas del multiculturalismo, que genera a su vez nuevas paradojas.²⁶³

²⁶³RETAMAL CRISTIAN "Crisis de la interpretación de la modernidad en el contexto de la dialéctica de la Ilustración. Una mirada desde la fluidez ontológica" FONDECYT- U.Andrés Bello.

La Modernidad se revela como una determinada forma de conciencia temporal, en la que se recogen las experiencias del progreso, la aceleración, la simultaneidad cronológica de lo asimultáneo, la diferencia entre espacio de experiencia y horizonte de expectativa. Se trata de una época que tiene que extraer su normatividad de sí misma, tiene una necesidad de autocercioramiento intrínseco, que no le puede venir dado de fuera de ella.²⁶⁴

Una teoría de la modernidad no puede limitarse a dar cuenta de los procesos que se llevan a cabo en las esferas de la vida cultural, es decir, en la modernidad cultural, sino que tiene que plantearse, al mismo tiempo, la explicación de los complejos procesos de racionalización social que asegura la reproducción material de la sociedad. La modernidad es la característica determinante de un conjunto de comportamientos en el campo jurídico que aparecen desde hace ya varios siglos por todas partes en la vida social y que el entendimiento común reconoce como discontinuos e incluso contrapuestos a la constitución tradicional de esa vida, comportamientos a los que precisamente llama “modernos”.

Beck y Giddens hablan de una modernidad reflexiva, donde el hombre empieza a darse cuenta de los riesgos y peligros de sus actitudes, reconociendo la existencia de una imprevisibilidad se sus acciones, dado que la modernidad reflexiva representa un periodo de auto afrontamiento con los efectos y riesgos del proceso de modernización. La sociedad del riesgo es reflexiva en la medida en que reconoce estos riesgos y su imprevisibilidad, se exige un auto reflexión en relación a las bases de la cohesión social y un examen de las convenciones y de los fundamentos predominantes de su racionalidad.²⁶⁵ Este aspecto reflexivo diferencia la modernidad de los tiempos remotos pues no es solamente la tradición la que es reinventada, la reflexividad reformula las prácticas sociales pudiendo alterar el carácter de una sociedad y con mayor razón su sistema normativo.²⁶⁶

El hombre se enfrenta al desafío que plantea la capacidad de la industria para destruir todo tipo de vida sobre la tierra y borrar las fronteras frente a amenazas globales sin distinción de clases ni jerarquías, riesgo que afecta no solo al entorno donde la vida se desarrolla sino también a los sistemas económicos a los sistemas jurídicos y la misma forma de organización social. Actualmente, el marco de la vida es la velocidad y rapidez con que personas, informaciones y culturas se mueven, la fragilidad y liquidez de las fronteras globalizadas, con una ausencia de valores, mientras una multitud de posibilidades, de valores, y de razones para elegirlos.²⁶⁷

Las empresas relacionadas con las nuevas tecnologías se consideran la raíz de la esencia de la modernidad y la transformación de la modernidad hacia su vertiente explicativa, con la denominación de modernidad reflexiva por sus distintas reflexiones teóricas a partir de su concepto de la sociedad del riesgo, por

²⁶⁴HABERMAS J., El discurso. Filosófico de la modernidad (12 lecciones) Taurus, Madrid 1989.

²⁶⁵BECK, Ulrich. GIDDENS, Anthony y LASH, Scott. “Modernización reflexiva. Política, Tradición y estética en el orden social moderno. Madrid. Alianza. 1997.página 113.

²⁶⁶BECK, Ulrich. La sociedad del riesgo global, España, Siglo XXI Editores.1997. Páginas12 y 19

²⁶⁷BECK, Ulrich. La modernidad reflexiva.Consecuencias perversas de la modernidad.pag.129-30.

su acción en la discusión política privilegiando más el espacio mediático que los espacios tradicionales y sus instituciones y en sí, planteando el cambio que ello ha significado en las instituciones jurídicas y políticas tradicionales. La modernización reflexiva es una era de incertidumbre y ambivalencia, que combina la amenaza constante de desastres de una magnitud enteramente nueva con la posibilidad y necesidad de reinventar nuevas instituciones políticas y de inventar nuevas formas de ejercer la política en lugares sociales que antes se consideraban apolíticos.

La globalización y la modernidad reflexiva siguiendo el diagrama de la globalización cultural propuesto por Brünner,²⁶⁸ expresa cuatro fenómenos: El capitalismo industrial, la postmodernidad, la revolución de las comunicaciones y la democracia señalando que la globalización no es una tendencia como se lo proponen algunos autores latinoamericanos sino un fenómeno multicultural en el mundo occidental con Latinoamérica incluida, bajo un fenómeno, el de la universalización de los mercados y el avance del capitalismo postindustrial.²⁶⁹

En sí, el triunfo de la tecnología microelectrónica y su clara capacidad adaptativa a los cambios que los medios de comunicación e información producen en el mercado mundial, han provocado un profundo cambio en las instituciones de la modernidad, particularmente en el campo del Derecho, cuyos efectos producen cambios valorativos dentro de lo cultural y lo político, nuevos patrones y nuevas conductas de participación en los ámbitos tanto públicos como en los ámbitos privados.²⁷⁰

A partir del análisis histórico de los grandes cambios que ha experimentado el Derecho y la sociedad, en especial a partir de la lucha de clases, entre el proletariado y los dueños de los procesos de producción, a finales del siglo XIX, el desintegramiento de las sociedades colectivas para dar paso a la individualidad en términos de ciudadanía, los cambios vertiginosos que ha provocado la globalización y el imperialismo comercial de los monopolios propios de los gobiernos neoliberales, el, feminismo, y el crecimiento exponencial de la población mundial.²⁷¹

Reinterpretar la modernidad como libre mercado global y, a su vez, proponer la idea de modernidades alternativas es más redituable desde un punto de vista ideológico, pues permite pensar que “puede haber una modernidad para todos que sea diferente del modelo anglosajón convencional o hegemónico. Todo lo que nos disguste de éste, incluida la posición subordinada en que nos deja, puede borrarse gracias a la idea tranquilizante y ‘cultural’ de que podemos configurar nuestra modernidad de otro modo, apropiado sobre todo para los desarrollos sobre modernidades múltiple para tratar de avanzar en la clarificación de las condiciones

²⁶⁸ BRÜNNER, J. Joaquín Miedos de ayer y de hoy, del libro “Globalización cultural y posmodernidad”, Chile: Fondo de Cultura Económica (2002).

²⁶⁹ GIDDENS, BERIAIN, J. (comp.), Las consecuencias perversas de la modernidad: modernidad, contingencia y riesgo, traducción de C. Sánchez, Barcelona, Anthropos, 1996. paginas 68-69

²⁷⁰ BRÜNNER, José Joaquín. “Globalización cultural y postmodernidad, Chile, F.C.E.1999 Pág.15

²⁷¹ BECK, Ulrich. “La sociedad del riesgo global”. España, Siglo XXI. Editores.1997. Página 146

ideológicas en que debemos pensar las alternativas a la modernidad capitalista en el mundo de hoy.²⁷²

Los cambios de paradigmas ocurren en forma de rupturas como parte de una transformación cultural más amplia, pues el cambio no ocurre solamente con relación a las ciencias, sino también en el campo social y en el campo del Derecho²⁷³ Un paradigma social puede ser definido como “una constelación de concepciones, de valores, de percepciones y de prácticas compartidas por una comunidad que da forma a una visión particular de la realidad, que constituye la base de una comunidad. El paradigma que actualmente está retrocediendo y que dominó la sociedad moderna occidental durante muchos años, tenía una visión mecanicista, donde el hombre era una máquina que luchaba constantemente por su existencia, un mundo donde los recursos naturales eran ilimitados y el progreso debía ser alcanzado de cualquier manera a través del crecimiento económico y tecnológico.²⁷⁴

Los fenómenos sociales propios de la modernidad, produjeron significativas transformaciones en el mundo del Derecho complementadas con la visión holística del mundo, como un todo integrado y no en una colección de partes disociadas; la visión ecológica, con el reconocimiento de los valores propios de la naturaleza, el centro del pensamiento y reconociendo el conjunto complejo de relaciones de los ecosistemas de los cuales el hombre forma parte.

Los profundos cambios que hoy experimenta la civilización a raíz de los fenómenos mundiales inscritos dentro de la era de la postmodernidad, tanto de sociedad como de la cultura, han llevado al cambio paradigmático de la normatividad en la sociedad global, es decir una modernidad en sentido reflexivo en la que se ha observado la desaparición, del sentido de pertenencia social del ser humano al volverse independiente y en la cual la sociedad ya no es aquella suma de individualidades si no el conjunto de las mismas.

Un capitalismo sólido, en una modernidad sólida, un desarrollo, traducido en la ciencia y la tecnología, en los cambios del Derecho así como también en lo político, y en lo económico, en el intercambio cultural, apertura de mercados, globalización, ha llevado al ser humano a alejarse de aquello con lo que se mantenía unido, a la sociedad.²⁷⁵ Bauman explica que ante la posibilidad de cambios reales, podemos reaccionar felices de la vida al sentirnos cada vez más independientes y rectores de nuestro destino, pero también, habrá quienes se sientan con miedo ante tales circunstancias.

²⁷²EISENSTADT, Samuel. *Múltiple Modernities* En: *Daedalus*, Invierno 2000, 129, 1, pp. 1-Eisenstadt, Samuel N. (ed.) *Múltiple Modernities*. Nueva Jersey: Transaction Publishers.2005.

²⁷³Op.Cit Pag. 92

²⁷⁴HABERMAS, JURGEN., *El discurso filosófico de la modernidad*, traducción de M. Jiménez, Madrid, Taurus, 1989.página 68.

²⁷⁵BAUMAN Zygmunt, *“Modernidad Líquida”* Fondo de Cultura Económica, México, 2003, pp. 8-58

El concepto de Estado nación, se ofrecía como sustituto de la comunidad sólida, sin embargo la seguridad y la certidumbre, buscan un nuevo modelo en el cual basar sus expectativas. El Estado ha dejado de ser benefactor. Actualmente solo es un mediador entre los poderes fácticos y los individuos, va cediendo sus facultades de decisión. El Estado y la nación, van por caminos distintos en la modernidad líquida en la que solo podemos esperar un cambio, en mucho tiempo. No se puede cambiar en unos cuantos años lo que ha sucedido durante siglos.²⁷⁶

El análisis histórico de los grandes cambios que ha experimentado la sociedad, en especial a partir de la lucha de clases, entre el proletariado y los dueños de los procesos de producción, a finales del siglo XIX, el desintegración de las sociedades colectivas para dar paso a la individualidad en términos de ciudadanía, los cambios vertiginosos que ha provocado la globalización y el imperialismo comercial de los monopolios en los gobiernos neoliberales, el resurgimiento de la alteridad (movimientos indígenas), feminismo, son entre otros los determinantes los cambios que profundos que se han producido en el Derecho..²⁷⁷

Los elementos que Bauman explora de la sociedad contemporánea capitalista, develan qué elementos de este capitalismo han subsistido en el tiempo y cuáles de sus características se han modificado. Bauman aborda la modernidad líquida como denominación explícita del ámbito sociológico, y pretende explicar el cambio y la transitoriedad de la sociedad moderna y los diversos sucesos de movimiento, apoyándose de una imagen argumentativa basada en la metáfora de la liquidez, más adelante en el apartado sobre la emancipación, la misma metáfora sirve para dilucidar la superficialidad de las relaciones humanas en medio de una sociedad de carácter individualista cuya causa radica en el carácter volátil de dichas relaciones.

La conformación de la libertad de los miembros de la sociedad se encamina a dejar a un lado al individuo el cual posee una libertad negativa, es decir que posee una libertad impuesta, en cambio el individuo de facto posee una libertad positiva, es esta libertad a la que el individuo debe dirigirse, para ello es necesario que esta libertad como capacidad de autoafirmación, cuya capacidad de autodeterminación tiene que “colonizar” lo privado, es decir, que se tiene que rediseñar el tipo de relación de los individuos en la sociedad, fenómeno en el cual la normatividad tiene un papel preponderante.²⁷⁸

La modernidad, esa marcha obsesiva hacia adelante, es el escenario donde el Derecho ha logrado sus grandes transformaciones y donde el hombre ha depositado una confianza ciega en la ciencia, creyendo que posible erradicar los «afueras», demarcar y fragmentar la realidad en parcelas. Controlables con la pretensión última de que estas llegaran a ser autárquicas. La obsesión por la diferenciación funcional de los órdenes sociales ha hecho patente que por mucho

²⁷⁶MELO, J. O., “Algunas consideraciones globales sobre ‘modernidad’ y ‘modernización’”, en Viviescas, F. Colombia el despertar de la modernidad, Bogotá, Foro, Universidad Nacional de Colombia, 1991.

²⁷⁷ IBID. Página 110-114

²⁷⁸BAUMAN Zygmunt, Ética posmoderna, Siglo XXI, España, 2009, p. 29

que el mundo se quiera parcelar en aras de su control, el mundo deviene y recuerda lo artificial de nuestro empeño.²⁷⁹

Se puede desarrollar una praxis que transforme la realidad y logre corregir las distorsiones de la modernidad, dada la existencia de una potencialidad de emancipación, expresado en un malestar de la ciudadanía que da cuenta de los diversos movimientos que lleva adelante la sociedad civil y acentuando la dimensión moral de la democracia, a partir de las acciones comunicativas de la sociedad que se procedimentalizan en el ámbito del Derecho.

Aun así la modernidad con sus insuficiencias, es un proyecto viable porque es un “proyecto inacabado”, el cual puede corregirse a partir de una ética universalista de carácter dialógico, donde la racionalidad y el lenguaje son puntos fundamentales de la mediación política, la cual puede llevarse a cabo en lo que él que se denomina una “democracia procedimentalista”, que tiene una ética universalista, en la cual los derechos humanos y la justicia son la exigencia y fundamento del respeto a la dignidad humana, y a los derechos individuales.²⁸⁰

La naturaleza de las instituciones modernas está profundamente ligada a la fiabilidad en los sistemas expertos. En condiciones de modernidad el futuro se presenta siempre abierto, no sólo en términos de las corrientes contingencias de las cosas, sino también en términos de la reflexividad del conocimiento en relación al cual las prácticas sociales están organizadas.²⁸¹ Este carácter contra fáctico, orientado al futuro, de la modernidad, está estructurado principalmente por la fiabilidad conferida a los sistemas abstractos; fiabilidad que por su misma naturaleza está impregnada por la credibilidad en la establecida experiencia. Aunque es cierto que todos somos conscientes de que el verdadero depósito de fiabilidad se otorga al sistema abstracto, y no a los individuos que en contextos concretos lo representan, pues son individuos potencialmente falibles los que operan con él.

La idea de modernidad desde la sociología, y desde el Derecho corresponde a coyunturas y procesos histórico-sociales ocurridos en la vieja Europa de los siglos XVIII y XIX con una observación euro centrista del fenómeno social de la época que pretende expandirse y aplicarse hacia el resto del mundo como un proyecto realizable en el marco de la civilización occidental, que en su naturaleza significaría la representación común de símbolos compartidos intersubjetivamente, derivados de los valores infundidos por la racionalidad iluminista, que una vez desanclada de su origen fundacional, la modernidad comienza a expandirse a través del mundo intentando homogenizar modos de vida o de organización social.²⁸²

²⁷⁹ **BECK, Ulrich** “La modernidad reflexiva. En: Consecuencias perversas de la modernidad” Páginas 199 a 223.

²⁸⁰ **HABERMAS, Jürgen** “Sobre el desarrollo de las ciencias sociales y las ciencias del espíritu en la República Federal de Alemania” En: Textos y Contextos, Ariel, Barcelona, 1995, p. 23.

²⁸¹ **GIDDENS, Antony. Y Otros.** “Consecuencias perversas de la modernidad” Barcelona, editorial Antropos, 1996. Compilación de Josetxo Beriain Traducción de Celso Sánchez. Página 33 a 50

²⁸² **MARIN Álvaro, MORALES JESUS.** Modernidad y modernización en América latina. En: Nómadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas. Universidad Complutense de Madrid. 2002 página 26

En el avance y las transformaciones propias del Derecho se observa en Occidente el desarrollo de distintas modernidades y procesos de modernización en el campo jurídico, político y cultural, pero fundamentalmente en el económico, cada nación perteneciente a la cultura occidental, de acuerdo a sus particularidades socioculturales, conformaría su propia modernidad y pudiendo constituirse como sociedad moderna bajo la luz de los valores ilustrados.²⁸³ Kosarek revisa el dispositivo conceptual de la modernidad y critica los teoremas de la modernización que dominaron las dos décadas siguientes a la Segunda Guerra Mundial, apoyándose en debates teóricos actuales, y desarrollando un argumento a favor de una comprensión geográfica de la modernidad, con la idea de un cosmopolitismo crítico.

Según la doctrina jurídica, las aproximaciones que identificaríamos como los principios rectores que harían de una sociedad determinada una sociedad moderna serían, en E. Durkheim, un aumento de complejidad en la interacción social y en consecuencia de la división del trabajo; en M. Weber el despliegue de la racionalización; y en K. Marx correspondería a la caída del orden capitalista que diera paso a las fases de desarrollo más altas de evolución histórica de la humanidad es decir, “diversas transformaciones que llevarían a una sociedad a tener los atributos propios de una sociedad moderna.

Esta transformación correspondería específicamente a “un proceso de cambio cultural, social, político y económico que ocurre en una sociedad que se mueve hacia patrones más complejos y avanzados de organización, libertad, comunicación y democratización en todos los ámbitos, buscando concretar e implementar los valores y promesas de la modernidad.²⁸⁴ La operacionalización del proyecto de la modernidad, y sus consecuencias en el campo jurídico han dado lugar a ciertas características empíricas en las cuales se permitiría que una sociedad abandone los rasgos tradicionales para constituirse como sociedad moderna.

Entre estas destacarían: un alto grado de urbanización, un mejoramiento de la calidad de vida derivado del desarrollo científico y tecnológico, la expansión de la educación formal, las transformaciones en la estructura ocupacional, el debilitamiento de los roles sexuales tradicionales y la transformación de la familia. La modernidad puede presentarse con hibridaciones o deformaciones, y se ha manifestado en la cultura occidental transformando el espacio, el tiempo, el saber y la convivencia de los individuos.²⁸⁵

Las transformaciones en todos los órdenes y en las instituciones sociales y jurídicas desde principios del siglo XX, acentuada tras la Segunda Guerra Mundial, han producido una creciente penetración de significados de la modernidad en el tejido social, como un proceso histórico lleno de determinantes y matices culturales,

²⁸³ KOZLAREK, Oliver, “Teoría y método para una crítica comparada de la modernidad”, Nueva Sociedad, No. 194, Buenos Aires, 2004 pp. 38-51.

²⁸⁴ ATRIA, Raúl, “La sociología actual y el espíritu de la modernidad”, Revista de Sociología, N°19, Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Chile, Santiago de Chile, 1999 pp. 82.

²⁸⁵ BERIAIN Josetxo. Modernidades en Disputa. Antropos Barcelona, 2005. Capítulo 4

económicos, políticos y sociales de tal forma que se podría hablar de modernidades múltiples que abre la posibilidad de pensar en otras modernidades.

Cuando se evidencia la conflictividad y los problemas que asume el Derecho en la modernidad, se observa un choque de fundamentalismos para los que la civilización moderna es percibida más como una amenaza que como una oportunidad. En este sentido, lo moderno podría considerarse como un conjunto de esperanzas y expectativas que comportan algunas condiciones mínimas de adecuación que pudieran ser exigidas de las instituciones macro sociales pero donde inequívocamente se pone de manifiesto la cara más tenebrosa y despiadada de la "modernidad" es en su incapacidad para erradicar la barbarie, en su promesa monstruosamente incumplida de libertad, que encuentra sus expresiones históricas en dos guerras mundiales.²⁸⁶

Sin lugar a dudas el Derecho se ha forjado las distintas expresiones de la modernidad ante la presencia de la cultura y las transformaciones en las que comparece como plural y diverso, atravesado por la idea de auto confrontación y reflexividad, por lo cual más que de choque de civilizaciones, convendría hablar de choque de modernidades, de distintas versiones de modernidad, vistas desde diferentes ámbitos culturales y normativos promovidos por sujetos colectivos concretos que pretenden patrimonializar una determinada idea de modernidad con un elevado componente de racionalización en sus narraciones y simbolismos sociales y, al mismo tiempo, integran el sofisticado nivel tecnológico alcanzado en Occidente tanto en el campo jurídico como en el político y social.

En las últimas décadas han sido muchos los esfuerzos que la sociología ha realizado para presentar categorías y conceptos con los cuales se puedan ilustrar las cambiantes realidades sociales y jurídicas que, caracterizan el mundo de hoy. Se encuentran abiertos los debates acerca del concepto que mejor concuerda con la naturaleza de esta época de cambio y han surgido términos como modernidad, posmodernidad, tardomodernidad, ultramodernidad o modernidad reflexiva como respuestas a un hecho social que exige una diversidad de enfoques y sensibilidades sociológicas.²⁸⁷

Los científicos sociales y los científicos del derecho cuestionan la auto confrontación que revela la dimensión moderna de nuestra sociedad, caracterizada básicamente por el ejercicio de autocrítica y en la que se desconfía de fuerzas y de poderes impersonales. Textos como La integración en las sociedades modernas, las consecuencias perversas de la modernidad, y la posmodernidad al igual que la ambivalencia de Zygmunt Bauman, y las modernidades en disputa de Beriaín han ido generando un proyecto social y político y orientado por el camino científico, que promueve ciertas visiones posmodernas, en el Derecho y en la sociedad contemporánea.²⁸⁸

²⁸⁶ MARIN Álvaro, MORALEZ JESUS. Op. cit. P.64

²⁸⁷ BERIAIN Jostexo. Modernidades en disputa. Barcelona. Antropos, 2005, Pagina 82.

²⁸⁸ AGUILAR, Omar, Sociología y modernización, U. de Chile, Santiago de Chile, 2005 pp. 2-11.

La crisis del derecho ha sido también un resultado de las Modernidades en disputa que ofrecen una reivindicación de la sociología, cuando alcanza el límite entre la naturaleza y la cultura, retoma la filiación histórica de las clasificaciones, para fomentar el encuentro de los actores con la posibilidad y la contingencia de los hechos sociales marcadamente influenciados por el espectáculo mediático. La noción de modernidades múltiples y la idea de límite social expresa las diferencias existentes entre la modernidad y la posmodernidad.²⁸⁹

La diversidad y la diferenciación, la multiculturalidad y la complejidad en la modernidad han cuestionado los paradigmas jurídicos tradicionales señalando su comprensión dominante hasta hace pocas décadas atrás. La crisis del capitalismo y la crisis del neoliberalismo han generado crisis en el Derecho y llegan a su centro global, al punto de poner a la deriva su mayor conquista civilizatoria: el Estado social y protector de sus ciudadanos. A nivel global aflora un espíritu de época de realidades diversas y de relaciones más igualitarias y se reconoce que el tiempo de hoy es un tiempo de presencias culturales diversas, de estructuras socioeconómicas heterogéneas y plurales, de principios civilizatorios múltiples.

La crisis del derecho en la modernidad ha contribuido a la creación de muchos problemas sociales y a través de ellos configurar las contradicciones de la modernidad capitalista desde sí misma, que acaba deslegitimándose como espejo y concepto que lo abarca todo. También contribuye la creciente interculturalidad al interior de cada sociedad y el clima de conflictos potenciales que emergen en las diferentes zonas y procesos.

Se trata de una irrefutable realidad de modernidades diversas, que han determinado la crisis en el derecho y que hacen de la modernidad un “acontecimiento múltiple que favorece nuevas teorías y una epistemología plural con la posibilidad de modernidades alternativas y de alternativas a la modernidad capitalista, que serán una gran fuente de imaginación de futuro, en un contexto diverso e intercultural, de nuevos balances con la emergencia de numerosos enfoques sobre modernidades múltiples y modernidades alternativas asociadas, en una importante variedad de casos, con el potencial de transformación de las realidades capitalistas modernas y, en otros, con apelaciones al pasado en busca del futuro.”²⁹⁰

4.2. CRISIS DEL DERECHO EN LA GLOBALIZACION.

La globalización no es un fenómeno que haya brotado a finales del siglo XX tras la conclusión de la Guerra Fría y la superación de un mundo hasta entonces bipolar, sino un largo proceso histórico incoado en los albores de la edad moderna y propiciado, en gran medida, por la revolución de las tecnologías de la información y la comunicación. Aparte de la mundialización de los mercados y finanzas se ha

²⁸⁹BERIAIN Josetxo. Modernidades en Disputa. Antropos Barcelona, 2005. Capítulo 4.

²⁹⁰BERIAIN, Josetxo, Modernidades en disputa, Anthropos, Barcelona. 2005 p.79

registrado un significativo aumento de la movilidad humana, se han multiplicado las instituciones y redes supranacionales y en general, se ha producido un portentoso incremento de los intercambios de todo tipo.²⁹¹

Por su parte la Globalización, se caracteriza como un proceso económico, tecnológico, social y cultural a gran escala, que consiste en la creciente comunicación e interdependencia entre los distintos países del mundo, unificando sus Mercados, Sociedades y Culturas, a través de una serie de transformaciones sociales, económicas y políticas que les dan un carácter global, para el libre tránsito de Capitales Materias Primas y Mercancías. Se trata de un Proceso Dinámico que ha abierto sus puertas a la Revolución Informática, a la Liberalización y Democratización en la cultura política, en su ordenamiento jurídico y económico nacional, y en sus relaciones internacionales, con apertura de fronteras e incluso renunciando a su Soberanía Nacional.

La globalización es un fenómeno y proceso muy amplio con respecto a los efectos y consecuencias que produce en la sociedad, en las democracias, y en los ordenamientos jurídicos. No es algo remoto y abstracto y tiene una incidencia en la vida diaria de las personas en el contexto de su trabajo pues el Internet, la revolución de la información y de la comunicación están cambiando profundamente las nuevas posibilidades de educación y de vida, modificando las perspectivas de la gente y la propia sociedad civil está utilizando estos nuevos instrumentos para defender mejor sus intereses.²⁹²

Aparece una especie de reinvención total de la percepción cultural del mundo, de lo político, empresarial y social haciendo un nuevo imaginario del acontecer diario y valorativo de los individuos y sociedades que lo viven. Hablar de globalización, afirma Giddens es hablar de la economía global y de los mercados financieros globales como elementos claves, pero no se puede equiparar la globalización sólo con el mercado pues el impulso más importante de la globalización es primordialmente la revolución de las comunicaciones.²⁹³

El fenómeno histórico de la globalización, como proceso de cambio, lleva implícita una mezcla contradictoria de fuerzas pro-democratizadoras y de-democratizadoras, cuya orientación depende en gran parte de decisiones políticas y de la difusión del modelo democrático como forma ideal de organización del Estado para casi todos los países del mundo occidental al considerar que el avance de la democracia es fundamental y básico para la circulación de los mercados.²⁹⁴

²⁹¹ **BOAVENTURA DE SOUSA, Santos** "Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho. Editorial Trotta, Madrid, 2009. Página 187

²⁹² **SOMAVÍA, Juan**. "Los desafíos de la globalización, del trabajo y del desarrollo social". En, Maggi, Claudio; Messner, Dirk. (editores.). Gobernanza global. Una mirada desde América latina. El rol de la región frente a la globalización y a los nuevos desafíos de la política global, Caracas, 2002. Página 244.

²⁹³ **GIDDENS, Anthony y HUTTO**. "En el límite. La vida en el capitalismo global" Barcelona, Kriterion Editores. Will (eds.), 2001 Página 29

²⁹⁴ **BODEMER, Klaus**. "El proceso de globalización como desafío para la gobernabilidad en las nuevas democracias latinoamericanas". Josef editores. ADLAF, K. Adenauer- V.2.002. Página 53

Por su parte en la globalización del Derecho, se estaría transformando su función por la forma como se están institucionalizando cambios en la localización del poder, cambios en el Constitucionalismo, evidenciando sus falencias y sus debilidades, su contextualización en la sociedad del riesgo mundial. Se observa como los componentes de la lógica de mercado liberal desde la desregulación hasta la privatización pasan por la desestatalización y la forma como la crisis y la ineficacia del derecho y el impacto de la globalización dan lugar al surgimiento de nuevos paradigmas en el Estado liberal de Derecho haciendo notar como sus funciones se han tornado cada vez más complejas, y las sociedades más diferenciadas y estratificadas.

Cabe señalar, que la revolución de los medios de información y comunicación han transformado la sociedad en sus ámbitos cognitivos y culturales, y han facilitado el triunfo del capitalismo y han procurado a la economía una independencia adicional de la política, en la sociedad moderna compleja, en la que el dinero prima sobre el poder. La globalización se percibió primeramente como un fenómeno económico con amplias repercusiones culturales y políticas. Giovanni Arrighi, señala que la globalización no es un proceso nuevo sino relacionado con los procesos de acumulación de capital y con el reordenamiento del capitalismo a escala mundial, siguiendo el modelo de “sistema-mundo” de Immanuel Wallerstein, que expone un modelo evolutivo y gradual, que desestima las perspectivas que indican que la globalización constituye una revolución sin precedentes, por la novedad de las innovaciones informáticas, como una revolución científico-tecnológica moderna, que permitió una virtualización de la economía a nivel intercontinental.²⁹⁵

A partir de este contexto y señalando sus componentes se pretende se pretende visualizar una crisis en el Derecho que reclama una nueva racionalidad acompañada de nuevos paradigmas, ante el marcado aumento de la complejidad de la sociedad, de su diferenciación funcional y de los marcados impactos de la globalización que ponen a la defensiva la orientación política de la sociedad nacionalmente estructurada. A partir de estos fenómenos y teniendo en cuenta que el mercado se perfila como modelo alternativo de la orientación de los complejos sistemas de relaciones de intercambio.

Las orientaciones tanto empíricas como teóricas del concepto de modernización se refieren al desarrollo de la racionalidad instrumental, la calculabilidad y el control de los procesos sociales y naturales, que trae consigo la implementación del progreso técnico y tecnológico por parte de la racionalidad científica; la realidad se técnica y la racionalidad de los sujetos se instrumentaliza. El primer caso significaría que lo real -tanto natural como social-, se transformaría en un medio dispuesto para la utilización y realización de tareas objetivables. Mientras que el segundo caso representaría el empleo de seres humanos dispuestos como medios para obtener el progreso así como también la reducción de la razón al cálculo, excluyendo el porvenir o el destino humano. Tanto el mundo natural como el mundo

²⁹⁵ **ARRIGHI, Giovanni** “La globalización, la soberanía estatal y la interminable acumulación del capital.” Revista: Iniciativa Socialista. Nº 48. Marzo 1998. Valencia. p. 1.

social aparecen como recursos para la producción de objetos y convergen en un aforismo común: la dominación y explotación de la naturaleza y del hombre por el hombre.²⁹⁶

El término globalización no denota tan sólo la interconexión, sino también la interdependencia entre las distintas regiones y habitantes del mundo. Y no sólo el hecho, sino también la conciencia de que todos dependemos unos de otros, de que «nuestra dependencia mutua» resulta irreversible. La globalización se nos revela, por tanto, no sólo como un cambio social y, en consecuencia, como un proceso externo, sino como un profundo cambio de percepción de la realidad humana.²⁹⁷ Bauman, plantea una nueva forma de entender la sociedad moderna: No basada necesariamente en los conformistas y los anticonformistas, sino que es una tercera vía, según la lógica de la sociología reflexiva.

Se caracteriza la globalización como un fenómeno histórico-social que resulta de las interacciones transnacionales gracias a la diseminación de información e imágenes a través de los medios y tecnologías de la comunicación, que ha permitido la intensificación de las relaciones sociales a nivel mundial, la sociedad global se ha ramificado en muchas dimensiones, mientras se relativiza el Estado nacional, por una multiplicidad de redes de comunicación, relaciones de mercado y modos de vida que traspasan en todas direcciones las fronteras del Estado nacional. Este fenómeno que supone al mismo tiempo tanto la compresión como la expansión tiempo/espacio, hace que surjan nuevos canales de participación y acción colectiva capaces de fungir como contrapeso entre quienes han tomado las riendas de la globalización y quienes sabiéndose en desventaja o inconformes, encuentran una manera de inferir en los asuntos de interés público, nacionales e internacionales.²⁹⁸

Beck se acerca a los problemas de la nueva sociedad, que no son los mismos que describía la sociología de las sociedades precedentes, y encuentra una fuente de incertidumbre, inseguridad y riesgos. La sociedad postmoderna asume una carga de riesgo en su propia identidad que encierra una grave contradicción: el peligro de supervivencia de la especie. La globalización es un nuevo juego en el escenario mundial que ha redefinido las reglas del poder entre los Estados- Nación, el capital y los movimientos de la sociedad civil.²⁹⁹

Los capitales son capaces de usar la tecnología de la información para reorganizar la división de la mano de obra a escala global y de usar mano de obra barata en todo el mundo como un recurso para maximizar sus ganancias. Beck estudia aspectos como la modernización y también los problemas de la

²⁹⁶ **BECK Ulrich.** Que es la Globalización. Barcelona Paidós. 2006. Páginas 45 -46

²⁹⁷ **BAUMAN Zigmunt.** "La Globalización. Consecuencias humanas". México. F.C.E. 2006 p. 76. Profesor de la U. de Leeds en Inglaterra y ganador del premio Príncipe de Asturias.

²⁹⁸ **TWINING, William.** "Derecho y Globalización, Ediciones U. Andes, Instituto pensar, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, Colombia, 2.002 Pagina 119-125

²⁹⁹ **BECK, U., GIDDENS, A. Y LASH, S.,** Modernización reflexiva: política, tradición y estética en el orden social moderno, traducción de J. Alborés, Madrid, Alianza Universidad, 1997.

globalización.³⁰⁰En los últimos tiempos se ha embarcado también en la exploración de las condiciones cambiantes del trabajo en un mundo de creciente capitalismo global, de pérdida de poder de los sindicatos y de flexibilización de los procesos del trabajo, una teoría enraizada en el concepto de cosmopolitismo. El Estado-Nación paradigma de la política, pierde su poder estratégico frente al capital móvil y al mercado de capitales.

La globalización desarrolla un nuevo grupo de actores: Los movimientos de la sociedad civil que denuncian, las acciones del capital y del Estado en la falta de respeto a los Derechos humanos y al medio ambiente.³⁰¹La globalización es un proceso que crea vínculos y espacios sociales transnacionales, revaloriza culturas locales y trae a primer plano a terceras culturas. Por globalismo el autor entiende la concepción según la cual el mercado mundial desaloja o sustituye al quehacer político, es decir, la ideología del dominio del mercado mundial o la ideología del liberalismo, que termina reduciendo la globalización a una dimensión unidimensional, la económica.

Beck señala unos errores recurrentes del globalismo, a saber el economicismo, la identificación del comercio mundial libre con riqueza y disminución de las desigualdades, la desatención a que las relaciones transnacionales operan básicamente en el interior y entre determinados centros económicos y financieros de alcance mundial. La globalidad rompe la unidad del Estado nacional y de la sociedad nacional, y se establecen unas relaciones de poder y competitividad, unos conflictos y entrecruzamientos entre unidades y actores del mismo Estado nacional y actores, identidades, espacios, situaciones y procesos sociales transnacionales, que afectan significativamente los ordenamientos jurídicos y desencadenan sus crisis.

Según la globalización los Estados si no quieren actuar contra su propia sociedad, tienen que desarrollar la competitividad internacional, y deben actuar a favor de que los actores económicos internos para que puedan internacionalizar sus actividades y hacer atractivos sus países para suscitar la atención de los grandes inversionistas y empresas multinacionales. Esta interpretación ideológica de la globalización sugiere que liberalización, privatización y transnacionalización son procesos no sólo inevitables, sino deseables.³⁰²

Si la globalización no se reduce a su dimensión económica sino que es un proceso multifacético que abarca y se expresa en las distintas instancias, puede ser visualizada a partir de la sociología y entendida como una sociedad "mundial", lo que no significa homogeneidad, sino pluralidad sin unidad. Beck concluye que la globalización no uniformiza ni produce resultados globales sino que interacciona

³⁰⁰ **BECK, Ulrich.** "La sociedad del riesgo global" España, Siglo Veintiuno Ed.1997. Páginas 12-19

³⁰¹ **BECK Ulrich.** "¿Qué es la Globalización? Falacias del Globalismo. Traducción Bernardo Moreno, del original en alemán. Barcelona Paidós, 2001 Página 78

³⁰² **TWINING, William.** "Derecho y Globalización, Ediciones U. Andes, Instituto pensar, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, Colombia, 2.002 Pagina 119-125

con la localización, lo que vuelve ambivalentes los procesos de globalización pues, de una parte, contribuyen a impulsar y expresar una nueva polarización y estratificación del mundo, con el surgimiento de múltiples actores, que afectan sustancialmente las relaciones jurídicas y políticas.

La sociedad mundial debe entenderse como una sociedad, que se expresa y realiza a nivel global, siendo esta una de las principales paradojas de la sociedad contemporánea. Con los cambios económicos, tecnológicos y comunicacionales de las últimas décadas, que auguran el advenimiento de la segunda modernidad, se ha comenzado a producir una transformación cultural que ha desplazado el tiempo de la política como vector estructurante de la sociedad por el tiempo de la economía y sobre todo del mercado, el cual determina la velocidad del consumo, de la producción y los beneficios. Esto es lo que el autor denomina la sociedad de riesgo, cuando "el pasado pierde fuerza determinante para el presente, y en su lugar hace su entrada el futuro, es decir, algo incierto, inexistente, algo por construir y ficticio."³⁰³

Consecuencia de lo anterior la globalización cambia la importancia y se redefine la relación con lo local permitiendo que los actores políticos construyan, con el capital global, un nuevo espacio para la política a nivel transnacional. Los Estados nacionales ya no pueden mantenerse aislados, pues la competencia de la sociedad mundial los obliga imperiosamente a atraer, capital, mano de obra y recursos humanos, las empresas multinacionales, pueden producir en un país, pagar impuestos en otro y crear infraestructuras en un tercer país, las personas son más móviles, más ingeniosas y no se consideran atadas a ningún Estado nacional, factores estos que afectan ostensiblemente las relaciones jurídicas.

El capital fue el primer actor que abandonó el ámbito del Estado-nación y desarrolló nuevas estrategias de poder en el espacio global. En este sentido los capitales son capaces de usar la tecnología de la información para reorganizar la división de la mano de obra a escala global y de usar mano de obra barata en todo el mundo como un recurso para maximizar su ganancia.³⁰⁴ La sociedad global y en ella la globalización se ha ramificado en muchas dimensiones, no solo las económicas, relativizando el Estado nacional, pues la multiplicidad de componentes sociales, redes de comunicación, relaciones de mercado y modos de vida, que traspasan las fronteras territoriales.

La globalización se ha manifestado, como un acontecimiento extraordinario para la superación de las distancias de relaciones y valores entre los individuos, y ha puesto de manifiesto la inadecuación de las normas para solucionar los problemas sociales complejos y la forma como se ampliaron los espacios de reglamentación y la hiperproducción normativa en la búsqueda de solución para los problemas

³⁰³**TWINING, William.** "Derecho y Globalización, Ediciones U. Andes, Instituto pensar, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, Colombia, 2.002 Pagina 119-125

³⁰⁴**BECK Ulrich.** Que es la Globalización. Barcelona Paidós.2006.Paginas 45 -46

sociales más complejos, multiplicando al mismo tiempo los instrumentos de mediación, entre los distintos actores de la sociedad global.³⁰⁵

La profesora Rufino intenta explicitar las dinámicas del actual orden socio-normativo, vislumbrando los cambios esenciales del mundo de las normas y de la regulación en general. Realiza un análisis de la transformación estructural del derecho y la dimensión espacio-temporal de la regulación en el contexto de la globalización. El fenómeno de la globalización ha transformado las nociones de espacio y tiempo, por el incremento exponencial de los flujos comunicacionales y porque se han cambiado los paradigmas inventados por la modernidad, como la sociedad del conocimiento, en el que se privilegian las rupturas epistemológicas y las revoluciones científicas, la crisis de los modelos universalistas, la progresiva fragmentación social y el aumento de la marginalidad y la aculturación.³⁰⁶

Se inventan nuevas formas de cooperación entre los Estados, y entre la sociedad civil, con actores que incluyen contextos nacionales diferentes para tener una visión de mundo globalizado y localizado al mismo tiempo, en una especie de "soberanía incluyente" la cual ya no puede definirse con autonomía, frente a las condiciones de globalización e interconexión, y donde muchos problemas ya no tienen soluciones nacionales, por ejemplo los problemas de migración, medio ambiente y muchos otros.

Las profundas y vertiginosas transformaciones que se han producido como consecuencia de la globalización, son comparables con el conjunto de las acaecidas, en el transcurso total de la historia del hombre y en pocos años se han reconfigurado a escalas inimaginables, los horizontes en el mundo científico, tecnológico, económico y cultural y el mundo conocido se ha reconfigurado, como resultado de las facilidades del transporte internacional y de las grandes migraciones, las cuales han dado lugar a nuevas problemáticas a la formación de sociedades multiculturales o interculturales, y la aparición de nuevas racionalidades.³⁰⁷

La globalización, abre enormes esperanzas, pero no en solo en su aspecto de apertura de mercados y acrecentamiento de la influencia cultural y política occidental en el resto del mundo, sino en cuanto a que es también un proceso que propicia además de nuevos marcos sociales y culturales globales, una toma de conciencia de la radical interconectividad presente en el sistema planetario, y una consecuente extensión de la solidaridad más allá de barreras artificiales, hacia la humanidad y el sistema planetario como un todo. El desarrollo en los últimos años caracteriza una fuerte, organizada e informada Sociedad Civil Global, orientada a

³⁰⁵ **RUFINO Annamaria.** Derecho Mediador. Seconda Università Degli Studi de Nápoles. (2009) Italia. Traducción de Nicolás López Calera. Anales de la cátedra Francisco Suarez 43 pag.267-284.

³⁰⁶ **GIDDENS, Anthony.** "Europa en la era global." Ediciones Paidós Ibérica, 2007, Pág. 64.

³⁰⁷ **CARCOVA, Carlos María.** "Las teorías jurídicas pos positivistas". Buenos Aires. Abeledo-Perrot, 2010. Página 58

la crítica del actual status-quo y a la búsqueda, y apoyo, de nuevas formas de convivencia y gobierno.³⁰⁸

Los términos sociedad civil y sociedad global han invadido el discurso político y jurídico contemporáneo. Se considera que no es una casualidad el ascenso simultáneo de los dos conceptos, sino que la reinención de la sociedad civil ya no se puede entender limitada a las fronteras del Estado. Los disidentes de regímenes opresivos, los campesinos sin tierra de Centroamérica, los activistas contra las minas antipersona o la deuda global, incluso los fundamentalistas religiosos, pueden comunicarse con otros grupos similares en todo el planeta y coordinar sus acciones no sólo ante sus gobiernos sino ante los organismos internacionales. Se abren así nuevas oportunidades para luchar por la libertad humana, y, sobre todo, la posibilidad de superar la guerra como el modo de resolver los asuntos globales, a pesar que todo eso, no obstante, conlleva nuevos riesgos e inseguridades.³⁰⁹

El tema de la globalización y el Derecho, es muy amplio y muchas de las categorías construidas por la ciencia jurídica moderna son insuficientes para el análisis del fenómeno global. Sin embargo no podrá partirse de un presupuesto normativista o institucionalista, sino habría que entender a la globalización como un proceso, si bien dialéctico y a veces paradójico con una clara vocación al debate y al diálogo, que podría servir si para generar un espacio no territorial pero si de comunicación y con parámetros argumentativos fruto de la razón práctica, con el objeto de afrontar la incertidumbre, el miedo y la alienación.

El fenómeno de la globalización trae consigo toda una revolución en el ámbito jurídico, que conllevará a nuevas demandas y a la creación de nuevas instituciones donde aquéllas puedan solucionarse. El pensamiento lineal, secuencial, cartesiano, que tradicionalmente se ha usado para enfocar los problemas científicos, políticos y jurídicos ya no sirve para describirlos, analizarlos, ni mucho menos para actuar sobre el derecho. Profundizando en el tema de la globalización jurídica, se advierte que hay múltiples y diversas globalizaciones jurídicas, y también, la profunda incidencia que esta situación tiene con respecto a la teoría del derecho y a la dogmática jurídica.³¹⁰

Este complejo panorama de diversos procesos globalizadores y globales en la esfera de lo jurídico, desarrollándose con pautas muy disímiles y aun contradictorias a velocidades muy diferentes y con propósitos propios en los diferentes ámbitos, desde el ángulo de la filosofía y la teoría del derecho se hace difícil, casi utópico, pensar en una teoría general, clara y sistemática como la que se pretendía construir en el siglo XX. Se asiste a una auténtica mutación genética del Derecho: cambian los actores del proceso jurídico, cambian las modalidades de producción y funcionamiento de reglas jurídicas. El movimiento del Derecho en contexto y el movimiento de estudios socio jurídicos de Derecho, dos teorías que

³⁰⁸HELD David. "Cosmopolitan Democracy". Cambridge, Polity Press 1995.Pagina 37

³⁰⁹KALDOR, M. "Global Civil Society: An Answer to War Polity Press". Cambridge University, 2003 Pagina 67.

³¹⁰ERNESTO GRÚN "Las globalizaciones jurídicas. Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Vol. 36 No.105 Páginas 323 a 339. Universidad pontificia Bolivariana. Medellín 2006.

corresponden al derecho en acción y al derecho en contexto son una expresión del pluralismo jurídico que se manifiesta en un reinventar los estudios críticos del Derecho orientados a establecer que tan posible y deseable es la generalización del Derecho más allá de las jurisdicciones nacionales o de las distintas culturas o costumbres, es decir acercarse a un derecho globalizado repensando, el derecho internacional público, el derecho comparado y el derecho internacional de los derechos humanos entre otros.³¹¹

Se evidencia el marcado interés en la construcción de una teoría general del derecho aplicable al fenómeno de la globalización que explicita fenómenos jurídicos y políticos locales en contexto geográfico e histórico globales. Frente a los procesos de globalización del derecho algunas cuestiones que se deben resolver por la teoría jurídica, esto es la reproducción y transformación transcultural de las teorías jurídicas y el problema de la emancipación social en el nuevo orden mundial.³¹²

Twinning considera que la globalización posee una larga historia que se extiende por lo menos dos siglos atrás y que las relaciones entre el nivel local y el nivel global son procesos de gran fluidez y complejidad, debido a que el significado de los límites nacionales está cambiando de manera radical, especialmente en lo relativo a las comunicaciones y a la ecología. Si bien los actores no son ya los Estados como únicos agentes transnacionales significativos, tampoco se puede pensar en su desaparición o subsunción por alguna forma de gobierno mundial en el futuro próximo. El término Globalización, como aquellas tendencias y procesos que están creando en el mundo una situación de interdependencia tiene repercusiones e impactos muy significativos para la disciplina del Derecho y desde luego para la teoría jurídica, en sus aspectos conceptuales.³¹³

CAPITULO V.

SURGIMIENTO DE NUEVOS

³¹¹**BOAVENTURA DE SOUSA, Santos** "Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho. Editorial Trotta, Madrid, 2009. Página 187

³¹²**ROBERTSON, R.**, Tres olas de globalización: historia de una conciencia global, traducción de P. Sánchez, Madrid, Alianza, 2005. Pagina 38

³¹³**TWINING, William.** "Derecho y Globalización, Ediciones U. Andes, Instituto pensar, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, Colombia, 2.002 Pagina 119-125

PARADIGMAS EN EL ESTADO DE DERECHO.

Introducción

5.1. PARADIGMAS IUSFILOSOFICOS.

- 5.1.1. Paradigma Iusfilosofico consensual.
- 5.1.2. Paradigma deontológico comunitarista
- 5.1.3. Paradigma de la justicia global.

5.2. PARADIGMAS INTERPRETATIVOS: DWORKIN Y ALEXEI.

- 5.2.1. Teoría de la respuesta correcta.
- 5.2.2. Teoría de la ponderación.

5.3. PARADIGMAS JURIDICO - CONSTITUCIONALES.

- 5.3.1. Paradigma deontológico de adjudicación constitucional.
- 5.3.2. Paradigma de la redistribución y el reconocimiento
- 5.3.3. Nuevo paradigma discursivo procedimental.
- 5.3.4. Paradigma Jurídico del Derecho Reflexivo.
- 5.3.5. Paradigmas democráticos: Democracia: Radical, Deliberativa y Consensual
- 5.3.6. Paradigma del consenso y la autodeterminación

Introducción.

Se presentan a continuación las matrices explicativas, que son al mismo tiempo categorías de análisis construidas a partir de un marco interpretativo en la evolución y tendencias actuales de lo que podría definirse como el surgimiento de nuevos paradigmas jurídicos en el Estado de Derecho. Estas categorías o paradigmas son al mismo tiempo claras tendencias hacia la re-materialización del Derecho y hacia el cambio en su racionalidad, con sus manifestaciones en todos los campos de la vida humana, como un esfuerzo permanente para lograr el equilibrio entre los fines materiales de la sociedad y el conjunto normativo, que pretende lograr legitimidad, justicia y eficacia del ordenamiento jurídico.

El punto de partida de esta comprensión paradigmática del Derecho, se refiere a que un paradigma jurídico es algo que se infiere de las decisiones judiciales, en virtud de los criterios que se consideran ejemplares y de la imagen implícita que de la sociedad tienen los jueces. El paradigma se apoya en la sociología del conocimiento, desarrollada en el contexto de la fenomenología social y particularmente de la construcción social de la realidad.

El surgimiento de nuevos paradigmas en el Estado de Derecho responde a la necesidad de asumir, reflexivamente en una sociedad, su propio mundo, y su propio concepto de contingencia, con criterios de legitimación, en el que se abra un horizonte de posibilidades para todos, a partir de un sistema normativo espontaneo, basado en el consenso, la autorregulación, y la auto referencia, que surja de la periferia y del contacto entre el derecho y los espacios sociales, al

margen de las clásicas condiciones de producción normativa. Este sistema normativo debe ante todo buscar el aseguramiento del Estado de Derecho, por instituciones procedimientos y principios que garanticen los espacios individuales de libertad, que se han logrado a través de la lucha política y la acción de movimientos sociales.

La forma como se produce el surgimiento de estos nuevos paradigmas del Derecho se orienta a la producción normativa espontánea, y no como el resultado de un proceso deliberativo, orientado a la producción de Derecho, cuestionándose seriamente la participación equitativa. Un Derecho espontáneo, surge en las zonas periféricas de contacto entre el Derecho y los espacios sociales, cuyos intercambios requieren regulación y que tienen más potencialidad para producir normas jurídicas, que el marco mismo de la institucionalidad democrática del Estado.³¹⁴ Lo anterior significa, que los actores tradicionales del poder legislativo quedan excluidos de la formación del Derecho, en el sentido clásico ya conocido, pero se convierten en el impulso fundamental para la producción normativa.

Se trata de un derecho espontáneo, que regula materias globales de actores globales, cuyas condiciones de producción son distintas, y que parecen menos fundadas en la tradicional filosofía o dogmática jurídica, referente al impulso, apoyo y legitimación institucional y por el contrario deriva su validez del carácter genuinamente auto contenido de su propio contexto, en conexión con sus propias operaciones.

La discusión no solo se realiza en el contexto de la producción normativa sino que discurre en una disposición teórica fundamentada en la auto comprensión, en el autoconocimiento ³¹⁵ con la posibilidad de desarrollar un concepto de sociedad, que entiende los estándares normativos de los hombres como rendimientos propios de la sociedad, en vez de verlos como ideas regulativas o como componentes del concepto de comunicación³¹⁶

5.1. PARADIGMAS IUSFILOSOFICOS: CONSENSUAL, COMUNITARISTA Y GLOBAL.

La finalidad de los nuevos paradigmas es permitir la intervención de las esferas autónomas de la realidad a través de un dialogo permanente en los sistemas sociales en principio resistentes a la regulación. Los Iusnaturalistas y los Iuspositivistas, desarrollaron planteamientos que aún siguen vigentes, pero erosionados por nuevos paradigmas como el constructivismo, neorrealismo y los estudios críticos, que pretenden construir respuestas novedosas a la pregunta qué es el Derecho y como lograr su eficacia. Es tarea del Derecho responder a las problemáticas actuales que se vienen generando a partir de la crisis del positivismo,

³¹⁴TEUBNER Gunther. Contracting worlds. The many autonomies of private Law. En Social and legal studies. Volumen 9(3) páginas 399 a 417

³¹⁵HABERMAS Jurgen. Facticidad y Validez, Madrid Trotta, pagina 142.

³¹⁶LUHMANN, Niclas. Complejidad y modernidad. Madrid Trotta, 1997 1998, páginas 197 a 212.

frente al cual se plantea un paradigma epistemológico, y una ruptura epistemológica como consecuencia de la coyuntura filosófico-sociológica.

Se evidencia un renacer en la reflexión iusfilosófica, que comienza por un cambio o giro lingüístico, con intervención de la hermenéutica para encontrar una respuesta a frente a los viejos paradigmas que ocupaban la filosofía del derecho: el iusnaturalismo y el iuspositivismo. La primera con su creencia en un orden suprapositivo de carácter universal, permanente e inviolable que contiene los valores últimos de todo ordenamiento jurídico³¹⁷ y la segunda que no admite esta distinción, por lo tanto, afirma que no existe otro derecho, fuera del positivo ignorando la compleja e innegable interrelación que han tenido históricamente el derecho, la ética y la política en la que la corriente iusnaturalista siempre ha afirmado la unidad que debe tener el derecho, la política y la moral.³¹⁸

Como consecuencia de la crisis una visión iusfilosofica contraria al enfoque positivista impone en la actualidad nuevos escenarios al Derecho, dejando sin vigencia el clásico legalismo, y abriendo espacios a otros saberes jurídicos, que desbordan las tradicionales e inmutables fuentes del Derecho: Una nueva manera de entender la justicia en el contexto de la complejidad y diferenciación de la sociedad en la globalización. Este enfoque se ha logrado desplazando el saber jurídico como saber teórico, por el saber práctico. El derecho sustantivo al procedimental que lo accede y finalmente del derecho como fin al derecho como medio para la realización del hombre.

5.1.1. EL PARADIGMA IUSFILOSOFICO CONSENSUAL.

El paradigma consensual-discursivo de John Rawls y Jürgen Habermas, plantean el fenómeno de la validez del derecho. ¿Cómo pueden 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 con los criterios funcionales de este paradigma.

Este paradigma formula una teoría de la Justicia con fundamento en la moral, la política y el derecho lo mismo que sus relaciones entre sí, proporcionando un nuevo significado para la conceptualización de la democracia y su desarrollo institucional.³¹⁹ Formula una corriente neocontractualista para entender la justicia como equidad en aras del consenso y de las expectativas de igualdad, libertad y justicia en la sociedad. El paradigma en si consiste en un procedimiento de consensualización, del que se derivan, en condiciones simétricas de libertad e igualdad y los principios

³¹⁷ **AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique.** "Posibilidad, sentido y actualidad de la Filosofía del Derecho" en Revista IUS ET PRAXIS, Talca, Universidad de Talca, año 13, n°2, 2007, p.

³¹⁸ **BOBBIO, Norberto.** "El problema del positivismo jurídico, Trad. de Ernesto Garzón Valdés, Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1965, p. 18.

³¹⁹ **MEJIA QUINTANA, Oscar.** "LA FILOSOFIA POLITICA DE JOHN RAWLS REVISITADA. De Teoría de la Justicia a Liberalismo Político. En "La filosofía política de John Rawls" [I] y [II] en J.J. Botero (ed.), Con Rawls y contra Rawls, Bogotá D.C.: Unibiblos, 2005, pp. 29-92.

de justicia que orientan la construcción institucional de la estructura básica de la sociedad, a nivel político, económico y social³²⁰.

Con el procedimiento de consensualización Rawls hizo una importante contribución a la reactivación de la filosofía política y por tanto para la formulación de un verdadero paradigma iusfilosofico dado su carácter multidisciplinar, para economistas, politólogos, sociólogos y filósofos del derecho por cuanto su teoría es la obra de filosofía moral y política más importante del siglo pasado, en la que se retorna a la teorización sobre la justicia en las ciencias sociales.

El paradigma responde a la pregunta: ¿Cómo se construye una sociedad justa y con qué criterios se han elaborado las teorías que intentan explicar, el desempeño y comportamiento de la estructura básica de la sociedad? La respuesta la constituye, la práctica de un consenso dentro la diversidad y pluralidad de concepciones, en las sociedades desarrolladas. Este consenso tiene dos denominaciones o estadios que van desde: 1. La idea la idea de un consenso entrecruzado; derivado de la concepción pública de la justicia materializada en derechos y oportunidades, que solo puede ser realizada razonablemente, con un acuerdo entre las doctrinas o concepciones de las sociedades distintas e incluso opuestas. 2. Hasta un consenso traslapado en el que predomina la convergencia de intereses, con la presencia de ciudadanos libres e iguales, en el que se perfila una sociedad ordenada en la que impera la cooperación y la solidaridad cuya utilidad está centrada en su potencialidad mediadora, cuando hay presencia de doctrinas divergentes y cuando están en juego cuestiones constitucionales esenciales en el marco de la justicia, el reconocimiento de derechos y la redistribución de los recursos.³²¹

La concepción de la justicia como equidad no se limita sólo a las sociedades democráticas occidentales, sino al sistema internacional, pues se trata de un paradigma iusfilosofico, a pesar de que había sostenido que, su concepción de justicia se aplicaría, primero a sociedades cerradas sin tener en cuenta sus relaciones internacionales y segundo, a democracias de tipo constitucional como las conocidas en el hemisferio occidental.³²²

La idea fundamental está relacionada con un procedimiento razonable en el cual agentes seleccionan principios de justicia tanto para sus instituciones domésticas como para un derecho de pueblos compartido, con la idea de que obligaciones y deberes no son impuestos por una sociedad sobre otra sino que sociedades razonables acuerdan el contenido de lo que habrán de ser sus relaciones, reguladas por los correspondientes principios de justicia. Este paradigma "deontológico" puso fin a la supremacía del utilitarismo en la reflexión teórica y también crítica del liberalismo.³²³

³²⁰RAWLS John, Teoría de la Justicia, México: F.C.E., 1979.

³²¹RAWLS, John. Debate sobre el liberalismo político Paidós Ibérica, 1998. p 75-76

³²²RAWLS John, "The Law of Peoples". En Stephen Shute & Susan Hurley (eds.), On Human Rights, Nueva York: Basic Books , 1993, pp. 41-82.

³²³MOUFFE Chantal. "Un nuevo paradigma liberal".ITAM, 1988.

El paradigma consensual se aplica también a nivel internacional pues sus leyes y principios están justificados en una especie de consensualización internacional, con procedimientos simétricos de decisión dialógica y consensualización, donde los actores son considerados libres e iguales, en condiciones equitativas como sociedades que comparten mínimamente tales presupuestos de reconocimiento mutuo y que podrían percibir tal espacio como congruente con su propia idiosincrasia y cultura política.³²⁴

Según este paradigma una sociedad bien ordenada, pacífica y no expansionista; poseedora de un sistema legal que satisfaga requisitos de legitimidad ante los ojos de su propio pueblo y que defienda los derechos humanos básicos podrá a través de mecanismos consensuales y con parámetros de equidad entre sus miembros en una especie de neocontractualismo, establecer formas de gobierno y buscar aquellos principios, que él denomina posición original, inicial de igualdad en la que nadie sabe cuál es su lugar en la sociedad, ni sus ventajas, ni capacidad ni fortaleza. Los principios de la justicia se seleccionan bajo un velo de ignorancia para que nadie tenga ventaja, y la situación original tras el velo de ignorancia es equitativa, pues a partir de los principios originales los hombres harán una constitución y un poder legislativo que promulgue las leyes de acuerdo, siempre con los principios de la justicia convenidos originalmente.³²⁵

El paradigma consensual permite que frente a un acuerdo voluntario, autoimpuesto, en el contexto de la cooperación y de un beneficio resultante como contraprestación, siempre que se encuentre presente el consenso y la autodeterminación, alcanzados bajo condiciones equitativas, para todos y con la certeza de que se trata de la mejor alternativa por su ocurrencia en la estructura básica de la sociedad, y obrando sin tener en cuenta ideologías, creencias religiosas o filosóficas es decir en el marco de un pluralismo razonable por cuanto aquello a lo cual se está obligado, como resultado de un acuerdo voluntario, autoimpuesto, se ve más como un beneficio o contraprestación y no como una obligación.

El consenso entrecruzado, está orientado al objeto moral y a los fundamentos morales, que suponen un acuerdo profundo, para lograr una sociedad que pueda considerarse justa, y capaz de encauzar la cooperación, con la presencia de personas razonables y racionales, libres e iguales. El consenso entrecruzado y el consenso traslapado, permiten alcanzar la justicia social, reducir progresivamente la exclusión social, y articular una estructura social básica caracterizada por la cooperación, la solidaridad y la autodeterminación. Una estructura básica de la sociedad, en la que se han conciliado las concepciones de justicia, siempre deja la posibilidad, de revisar dicha conciliación, cuando se modifican las condiciones, siempre que por la vía del consenso se deje a salvo una voluntad general y la

³²⁴RAWLS John, "How a social contract doctrine is universal in its reach". En: "The Law of Peoples". En: Stephen Shute & Susan Hurley (eds.), On Human Rights, Nueva York: Basic Books, 1993, pp. 43-47

³²⁵HABERMAS Jürgen. John Rawls. Debate sobre el liberalismo político. Paidós, Madrid, 1988. p 149.

capacidad de respetar por parte de las instituciones sociales y económicas, la individualidad.³²⁶

Ni el positivismo ni el lusnaturalismo consideran la posibilidad de que un sistema de reglas derivado del consenso y la autodeterminación, no ignore condiciones fácticas ineludibles imprevistas sobre las cuales habría que continuamente hacer ajustes, para asegurar la inevitable tendencia a desviarse de la imparcialidad sobre la que se ha constituido un Consenso. Aun en los espacios públicos, políticos, más arraigados a las estructuras del poder, las relaciones de fuerza se desplazan ante la presencia de problemas socialmente relevantes, que han creado una conciencia de crisis, por lo que sus actores y sus movimientos sociales, propagan la inconformidad y toman iniciativas casi siempre consensuales que pueden, convertirse en movilizaciones, contra la eficacia de leyes o la ausencia y posibilidad de ejercer legítimamente sus derechos sociales.³²⁷

Se trata de una cultura política enmarcada en el ejercicio de las libertades y de una opinión pública liberal, que aun generando controversias abiertas, por encima de los filtros institucionales, pueda crear una voluntad política capaz de involucrarse en la producción legítima de derecho, a partir de sus intereses, sus necesidades y sus Derechos Vulnerados.³²⁸ Los principios de justicia, y los criterios de justificación moral y legitimidad política, operan como un regulador sobre la validez del ordenamiento jurídico, para poder tener otro factor que la regule y controle en aras también de su legitimidad.³²⁹

Esta concepción o paradigma neo-contractualista permitirá evitar la creación de nuevos contratos sociales, y con su fundamentación consensual adecuada, que integra las minorías, evita la democracia de elites y previene los conflictos y patologías sociales que siempre carecen de modelos alternativos.³³⁰ La justicia es pues una pedagogía ciudadana convertida en democracia consensual, para construir los hilos más importantes de la teoría de la justicia y de la filosofía política y ofrecer una perspectiva integral neocontractualista, mostrando como el ordenamiento institucional, exige un fundamento moral donde la autonomía, la racionalidad, la libertad y la igualdad son imprescindibles para legitimar la estructura de la organización democrática.

El procedimiento consensual entiende al ciudadano como persona moral y a los sujetos colectivos a través de los cuales se manifiesta en su papel para legitimar y deslegitimar consensualmente las leyes, y los actos de gobierno que le conciernen, convirtiéndose como ya se dijo en un verdadero instrumento de pedagogía ciudadana.³³¹ A partir del principio de libertad y como resultado de un consenso argumentado, autónomo y moralmente legítimo, no viciado por intereses egoístas

³²⁶ RAWLS, John. Materiales para una teoría de la Justicia. Derecho Justicia y Sociedad.

³²⁷ RAWLS, John. Debate sobre el liberalismo político Paidós Ibérica, 1998. p 75-76.

³²⁸ HABERMAS Jurgen. "Facticia y Validez" Página 452.

³²⁹ RAWLS, John. "Una teoría de la Justicia. México, 1979 Revista de Estudios Histórico-jurídicos.

³³⁰ RODRÍGUEZ ORTEGA, Julio Armando. "Retos de la Democracia en América Latina" Ponencia en el Congreso Redipal (Virtual V. Enero-Agosto 2012). México, DF. P. 13, 18, 19, 22.

³³¹ RODRIGUEZ Ortega, Julio Armando. Op.Cit. Página 18

el ordenamiento institucional posterior queda legitimado moral y socialmente. Esta legitimación hipotética consensual de la justicia, le confiere mayor consistencia y proyección socio institucional, dado que se trata de una legitimidad consensual y argumentativa de la concepción política de la justicia.³³²

El paradigma consensual se introduce para dotar de mayor realismo a la idea de una sociedad bien ordenada, y para ajustarla a las condiciones históricas y sociales de las sociedades democráticas, condiciones que incluyen necesariamente un pluralismo razonable.³³³ El pluralismo razonable es una condición permanente para el consenso entrecruzado, el cual consiste en un acuerdo para dejar sentadas las cuestiones fundamentales de la justicia política en una sociedad democrática, cuando ha existido un espacio adecuado para el equilibrio reflexivo, el cual no es otra cosa que un conjunto de convicciones, principios y juicios en que pueden concordar las personas.

El proceso de legitimación democrática depende de un control y regulación contextual que ha de caracterizarse a través de sistemas corporativos de discusión y negociación es decir de consensos en los que la política logre ampliar sus propios criterios de legitimidad, añadiéndole criterios de racionalidad que pueden ampliarse a todas las decisiones necesitadas de legitimación.³³⁴ Los sistemas de negociación, cuando carecen de vínculos efectivos con el aparato legislativo provocan problemas de legitimación, que pueden representar una amenaza para la legitimidad. La idea de democracia descansa en última instancia en la formación de la voluntad política que para ser legítima tienen que seguir flujos de comunicación preferiblemente consensuales que partan de la periferia y pasen todos los procedimientos del Estado de Derecho.³³⁵

El paradigma consensual se fundamenta en que los seres humanos tienen la capacidad de abrirse paso entre sus diferencias hasta tocar fondo en la identidad de intereses y el pueblo puede coincidir en los fines y valores superiores, aceptados por la tradición, que presentan unidad a su respectiva comunidad. Por el contrario las sociedades democráticas modernas y complejas que se levantan sobre el supuesto principio de la dictadura de las mayorías, no solo ignoran si no descartan el principio del consenso.

En los espacios locales, comunidades, municipios y aún pueblos autónomos, donde los ciudadanos pueden mantener un contacto personal y donde, bajo las discrepancias, puede haber conciencia de necesidades comunes es posible preservar o recrear procedimientos para llegar a consensos.³³⁶ En los espacios en que la gente puede intercomunicarse para llegar a decisiones consensuadas, se evidencia una renovación de la comunidad que pueda vehiculizar una democracia radical o participativa la cual solo es posible si se logra pasar de un Estado

³³² *Ibíd.* Página 19

³³³ **RAWLS, John.** "La justicia como equidad". Op. Cit. Pag.58

³³⁴ **RAWLS, John.** Materiales para una teoría de la Justicia. Derecho Justicia y Sociedad.

³³⁵ **RAWLS, John.** "La justicia como equidad". Op. Cit. Pag.58

³³⁶ **VILLORO, Luis.** "Sobre Democracia consensual. Entorno a las ideas de Kwasi Wiredu" en Polylog. Foro para filosofía intercultural 2 (2000)

homogéneo a un Estado plural, basado en el reconocimiento de todas las diferencias, propias de sociedades funcionalmente diferenciadas.

La aceptación de un pluralismo razonable es una condición permanente para el consenso, el cual no es otra cosa que la aceptación de las diferencias con miras a un acuerdo sobre cuestiones fundamentales de la justicia social en una sociedad democrática, que finalmente dará lugar al equilibrio reflexivo, que se puede lograr no solo con el consenso entrecruzado sino también con el consenso traslapado, materializados en un conjunto de convicciones, principios y juicios de interés común en que pueden coincidir todos los miembros de una comunidad local.³³⁷

La democracia consensual es la aplicación de la decisión por consenso al proceso legislativo de una democracia. Se caracteriza por una estructura de toma de decisiones a la que se llega mediante la concertación del mayor número posible de opiniones, lo que implica una transacción que no requiere votación. Este sistema intenta impedir que las opiniones minoritarias no sean tenidas en cuenta por sectores que tienen la seguridad de obtener un voto mayoritario.

La democracia consensual implica una mayor participación de los ciudadanos a nivel comunitario en el proceso de determinar la agenda política que satisfaga al grupo social así como en el propio proceso de toma de decisiones en su entorno político. Algunos estudiosos han destacado la influencia del desarrollo alcanzado en las tecnologías de la información y la comunicación para facilitar y promover este sistema de negociación y transacción; La democracia de consenso está ilustrada en la práctica de algunos países de Europa Occidental, como son los casos de Suiza o Bélgica, en los cuales el consenso es una parte integral de la cultura política, sobre todo con el propósito de prevenir la preponderancia de un grupo lingüístico o cultural en el proceso político de la nación.

La tendencia en la globalización es desmontar progresivamente el principio de las mayorías y reemplazarlo por la construcción de consensos, ante todo canalizando los aportes individuales a la comunicación de tal forma que algo pueda ser visto de otro modo y que una negación impulse la comunicación por otro rumbo. Hay consenso cuando se logra una conciencia colectiva la cual prima en el espacio público y cuando el disenso hace necesaria la coordinación, pues la sociedad tiene siempre un telos inmanente de desencuentro que le da sentido como sociedad. El principio de la neutralidad procedimental se impone después del consenso como única condición para que exista el pluralismo. Reconstruir la democracia significa encontrar estrategias de coordinación de la diferenciación en que la teoría se constituya por distinciones no por indicaciones de uno y otro lado para construir propuestas desde allí.³³⁸

A los partidos políticos les corresponde organizar esa caótica voluntad colectiva que se expresa en disensos, y canalizarla de tal modo que la búsqueda del

³³⁷RAWLS, John. Materiales para una teoría de la Justicia. Derecho Justicia y Sociedad.

³³⁸MASCAREÑO Aldo. Ética de la Contingencia por medio del Derecho Reflexivo. Universidad Alberto Hurtado, Santiago de Chile, 2006. Páginas 9-17.

consenso no sea un amotinamiento de parcialidades irreconciliables en regateo interminable. Sin partidos no hay sociedad pluralista, pero un número excesivo de partidos conduce a una sociedad mediocre, paralizada, e ingobernable; Si los ciudadanos bajo las leyes se han comprometido libremente con ellas, al ser reconocidos en su creación públicamente como personas, sin este reconocimiento de la autonomía privada no hay legitimidad para la ley positiva.

Esto significa que ciudadanos deben ser participantes, en la defensa de las reglas de juego de la convivencia, de la legitimidad de la constitución y de las leyes de un pueblo. Se trata de garantizar plenamente el procedimiento y la base consensual del contrato social, que permita imprimirle a la selección de los principios de la legitimidad moral que evite cualquier adorno de arbitrariedad por parte de la mayoría.³³⁹

Los principios de la justicia constituyen el fundamento consensual de todo el ordenamiento jurídico positivo y se constituye en el criterio de interpretación y legitimación de todas las medidas que el Estado tome en su entorno a la sociedad. El secreto de justicia de la ciudadanía se convierte en el garante de legitimidad permanente del orden constitucional; y el ciudadano legitima o deslegitima la acción del estado en la medida en que la satisface una estructura social equitativa y toda transgresión estatal o de cualquier grupo que atente contra esos principios, se convierte en fuente de deslegitimación.³⁴⁰

El paradigma consensual es una especie de neo-contractualismo que permitirá evitar la creación de nuevos contratos sociales, y constituye una fundamentación adecuada, para integrar las minorías, evitar la democracia de elites y manejar acertadamente los conflictos y patologías sociales que siempre carecen de modelos alternativos.³⁴¹ La generación de poder legítimo mediante política deliberativa, y consensual representa un procedimiento para resolver problemas. El procedimiento democrático hace depender la generación de Derecho legítimo, de un tratamiento racional de los problemas, puesto que el criterio de legitimidad solo vale para cuestiones políticamente decidibles, y no pueden aplicarse a problemas de la sociedad global: sin embargo la creación y obtención de legitimación puede bloquearse por problemas de irracionalidad concernientes a la sociedad global.³⁴²

La idea de democracia consensual descansa en última instancia en la formación de la voluntad política que en términos de teoría del discurso, las decisiones vinculantes, para ser legítimas tienen que seguir flujos de comunicación que partan de la periferia y pasen todos los procedimientos del Estado de Derecho. La Democracia al seguir determinados fines colectivos y regulares determinados conflictos, está haciendo frente, a la vez a problemas generales de integración

³³⁹ **MEJIA Oscar.** Justicia y democracia consensual, Bogotá Siglo del hombre.U.de los Andes.p 4

³⁴⁰ **IBID.** Óp. Cit Pagina 5-12

³⁴¹ **RODRIGUEZ P. María Luisa.** Minorías, Acción pública de Inconstitucionalidad y democracia deliberativa. Bogotá Universidad externado de Colombia. Parte introductoria Página 24

³⁴² **MEJIA Oscar.** Justicia y democracia consensual, Bogotá siglo del hombre U. de los Andes p.14

social que pueda perturbar o mermar la efectividad o eficacia de sus procedimientos o la legitimidad de sus decisiones.³⁴³

La democracia consensual permite la participación de actores políticos menores como son las asociaciones, los movimientos sociales y las ONG con los que la sociedad civil parece adquirir importancia ante la falta de credibilidad que aqueja tanto a los partidos y sindicatos como al sistema de elecciones, que erosiona la credibilidad de los actores políticos y del sistema político mismo y que no es otra cosa sino la dictadura de las mayorías que el actual sistema promueve. En efecto, los sistemas electorales mayoritarios favorecen a los candidatos más votados de cada circunscripción perjudicando a las minorías.³⁴⁴

Estos nuevos movimientos sociales son capaces de movilizar gran cantidad de recursos humanos y organizativos cuando la ocasión lo requiera pues, en esos casos, bastará con activar las redes que vinculan a las secciones locales de un mismo movimiento social y las otras redes vinculadas por los individuos con militancias múltiples para dar lugar a una potente y flexible organización y han dado lugar a nuevas formas de acción. Francis Fukuyama³⁴⁵ sugiere que el tejido asociativo y consensual genera una sensación de "confianza" en la vida ciudadana que no es sólo importante en términos políticos sino también económicos pues, en su opinión, constituye un "capital social" de gran rentabilidad económica ya que permite incrementar el apoyo mutuo entre las empresas y mejorar la competitividad de los países.

El problema de los análisis de Fukuyama³⁴⁶ es que no conciben lo asociativo más que como una plataforma para el sistema democrático y la economía liberales cuando, en realidad, parece que la dinamicidad de la sociedad civil en muchos casos se orienta, o al menos lo intenta, ir más allá de tales realidades instituidas. Haciendo caso a esta tendencia, entre ciertos sectores sociales y científicos con fuerte compromiso social, que heredan la voluntad transformadora de la izquierda, e involucran un conglomerado de asociaciones, ONG, movimientos sociales, fundaciones y organizaciones tradicionales de ayuda mutua que tendrían en común el no ser entidades mercantiles ni dependientes del Estado.

La frase "la voluntad general" comienza a cuestionarse ante las múltiples fracciones en las que los seres humanos suelen diferenciarse. La democracia en el ámbito de la globalización tiende a verse menos como el producto de una voluntad política y por el contrario tiene más importancia como un medio para obtener ciertos fines o como un mecanismo de construcción social lo que significa un cambio de su racionalidad que tiene lugar cuando los sujetos se encuentran frente a situaciones que dependen de otros y en las que no pueden contribuir a modificar o cambiar

³⁴³HABERMAS Jurgen. Facticidad y validez, Madrid Trotta 2005 paginas 467.

³⁴⁴HELMUT Willke. Capacidad de rendimiento del Estado. En: Revista, Persona y Sociedad / UniversidadAlberto Hurtado, Chile. Vol. XXI / Nº 2 / 2007 / 9-16. Traducción Aldo Mascareña.

³⁴⁵FUKUYAMA Francis. El fin de la historia y el último hombre. Editorial Planeta. Barcelona. P.23

³⁴⁶FUKUYAMA Francis... La construcción del Estado: hacia un nuevo orden mundial en el siglo XXI. Traducción de María Alonso, Ediciones B, Barcelona, 2004, pp. 2011.

pero que por las vías del consenso pueden alcanzar metas grandes de interés social.

5.1.2 PARADIGMA DEONTOLOGICO- COMUNITARISTA.

El paradigma deontológico comunitarista se define como un enfoque u orientación filosófico-moral, que somete a una crítica metódica y moral la fundamentación individualista de la sociedad y de las normas sociales características de la auto comprensión racionalista de una determinada modernidad. Esta doctrina considera que los derechos individuales han de ceder, ante los derechos de la comunidad; y que con ello la moralidad del conjunto incluida una mejor práctica de la individualidad tiene la potencialidad para evitar la insolidaridad y el debilitamiento de los lazos comunitarios.³⁴⁷

Este enfoque comunitarista reconstruye los presupuestos de la tradición republicana y crítica al liberalismo razón por la cual ha contribuido a la redefinición de la relación entre la persona moral, el ciudadano y la comunidad política. La revisión de los argumentos se concreta en la actualidad en las diversas propuestas de corte republicano que liberales y comunitaristas asumen y en las que ambos contendientes comparten algunas tesis fundamentales sobre la sociedad y la democracia.³⁴⁸

El paradigma comunitarista ataca la perspectiva individualista y liberal que no ha sabido construir un yo responsable y solidario; dando lugar a que la sociedad este fragmentada y el valor de la comunidad ostensiblemente reducido sin que el individuo se sienta responsable respecto a ella. El comunitarismo, es un término que no goza de prestigio en el ámbito académico por eso el grupo de filósofos que suelen ser tildados de comunitaristas habitualmente se presentan a sí mismos simplemente como críticos del liberalismo, liberales republicanos, individualistas comunitarios o liberales comunitaristas.

Uno de los rasgos que identifica al grupo de los comunitaristas es destacar la preeminencia de los derechos individuales y subrayan la necesidad de la participación en la vida pública, y una mayor unidad entre los miembros de la comunidad. La crítica comunitarista contra el liberalismo incluye el rechazo a un concepto de razón puramente formal, definido por Kant, al considerar que impide ofrecer contenidos concretos a nuestras obligaciones morales y censura el concepto de autonomía kantiano por no considerar en su justa medida la inmersión del individuo dentro de su comunidad.

En la obra *El liberalismo y los límites de la justicia*³⁴⁹ Sandel acuña el término «comunitarismo» atacando la concepción de la justicia típicamente liberal que

³⁴⁷ **BENEDICTO R.Z. Rubén** Liberalismo y comunitarismo: un debate inacabado. STVDIVM. Revista de Humanidades, (2010) pp. 201

³⁴⁸ **NAVARRETE P. Jorge.** "Liberales y comunitaristas. Reflexiones generales para un debate permanente. Editorial Universidad Bolivariana". Santiago de Chile. Noviembre del 2006. Pg. 140

³⁴⁹ **MICHAEL SANDEL**, *Liberalism and the Limits of the Justice*, Cambridge University Press, 1982

considera la prioridad de lo correcto o justo sobre lo bueno. Por su parte Michael Walzer en su obra *Las esferas de la justicia* critica la propuesta de justicia distributiva que aparece principalmente en la obra de Rawls.³⁵⁰

Los comunitaristas defienden el sentido de pertenencia a la comunidad y la propia comunidad; teniendo en cuenta que el individuo no puede pensarse de forma aislada, con independencia de la comunidad que da origen a la formación de su identidad, y que permite o coarta el desarrollo de su libertad. La importancia concedida al individuo y a su autonomía son determinantes para atender a las circunstancias sociales que condicionan la formación de su identidad y el desarrollo de su autonomía. Resaltan el aspecto social de las concepciones de bien del sujeto, pues no se trata de hacer de lo comunitario un fin en sí mismo, sino de reconocer un liberalismo comunitarista como proyecto de integración social.

La presión comunitarista ha conducido a un acercamiento entre las posiciones reintroduciendo la discusión sobre el concepto de persona; la importancia que la comunidad posee en la configuración de la identidad del individuo y los lazos que unen a éste con su comunidad; se ha pretendido una mayor coherencia al subrayar la conexión entre lo ético y lo político, entre lo individual y lo colectivo, lo privado y lo público; se ha matizado la abstracción metodológica y se ha acentuado la perspectiva histórica.

Consecuencia de lo anterior en los últimos años ha irrumpido en la escena de la filosofía política, una corriente que recibe el nombre de Republicanismo como una orientación teórica y práctica que pretende construir una democracia participativa fundada en valores universales; con lo cual los principios ilustrados toman cuerpo en una tradición que resalta los lazos de amistad cívica entre los ciudadanos y el cultivo de las virtudes ciudadanas. A través de este abrigo teórico se han reintroducido aspectos que el pensamiento comunitarista siempre ha considerado indispensables para llevar a cabo una auténtica vida política.³⁵¹

El pensamiento comunitarista cuestiona la validez de ciertas autocomprensiones del ser humano que el liberalismo ha desarrollado y corrige algunas de sus incoherencias, entre las que destaca: la mencionada visión parcial de la naturaleza humana y el «malestar» generado por una «ética de la inarticulación que aparentemente niega la asunción de una perspectiva explícitamente ética cuando, en realidad, constituye una ética claramente definida con una amplia y no siempre positiva repercusión en el horizonte de la comunidad.

El paradigma deontológico comunitarista ha contribuido a renovar sustancialmente la discusión filosófica sobre las cuestiones centrales de la moral y su repertorio conceptual se nutre de viejos motivos de la tradición filosófica y sociológica. El comunitarismo, como lo afirma Walzer, aspira a constituirse en la corrección o denuncia de algunas de las deficiencias detectadas en el campo moral, social y

³⁵⁰ MICHAEL WALZER, *Spheres of Justice*, New York, Basic Books, 1983

³⁵¹ PHILIP PETTIT, *Republicanismo. Una teoría sobre la libertad y el gobierno*, Barcelona, Paidós, 1999. Páginas 67-68

político como consecuencia del predominio de la tradición universalista en su versión occidental: el llamado liberalismo procedimental. El Paradigma deontológico- comunitarista dispone de fuertes argumentos teóricos y prácticos para sostener que el desarrollo de los seres humanos solo puede verificarse al interior de una cultura.³⁵²

5.1.3. EL PARADIGMA DE LA JUSTICIA GLOBAL.

La justicia como equidad, buscaba “reconciliar la libertad y la igualdad.” Esta obra promovió un considerable renacimiento de la filosofía política y dejó sentado el debate posterior sobre las cuestiones fundamentales de la justicia social.³⁵³ La conciliación de libertad e igualdad propuesta por Rawls se expresa en sus dos principios de justicia: Libertades básicas iguales y políticas, básicas e iguales, compatibles con un sistema similar de libertades para los demás. Este principio exige una estricta protección de la libertad de pensamiento y de conciencia, la los derechos de participación en la política y los derechos asociados. Este principio incluye una exigente norma de igualdad política, en las oportunidades de las personas para desempeñar cargos públicos y ejercer influencia política independientemente de su posición socioeconómica.³⁵⁴

El concepto de justicia como equidad limita el alcance de las desigualdades sociales y económicas, y exige que los empleos y los puestos de responsabilidad estén al alcance de cualquier persona, de conformidad con las condiciones de una igualdad razonable de oportunidades. La igualdad justa consiste en que las personas de igual capacidad y motivación tengan las mismas oportunidades de alcanzar los puestos que deseen, no obstante su origen social de tal forma que los ingresos y la riqueza se repartan de conformidad con la distribución de los bienes naturales mas no por la suerte histórica y social.

El nuevo concepto de justicia involucra el principio de la diferencia, que exige elevar al máximo las posibilidades económicas de los miembros menos favorecidos de la sociedad. La justicia y la equidad no exigen una simple igualdad: Propone rechazar la idea de que nuestro sistema económico es una carrera o concurso de aptitudes, concebido para premiar a las personas de buena familia, a las personas ágiles y talentosas. La vida económica debe formar parte de un sistema justo de cooperación social, concebida para asegurar que todos lleven una vida razonable y que los hombres aceptan compartir su suerte, y propone que la forma más razonable de organizar una sociedad sea aquella en que estuvieran de acuerdo por unanimidad sus propios integrantes.³⁵⁵

³⁵² **NAVARRETE P. Jorge.** “Liberales y comunitaristas. Reflexiones generales para un debate permanente. Editorial Universidad Bolivariana”. Santiago de Chile. Noviembre del 2006. Pg. 140

³⁵³ **RAWLS John.** El liberalismo político, trad. Antoni Domènech, Barcelona, Crítica, 1996.p. 25-37

³⁵⁴ **RAWLS John.** Justicia como equidad. Materiales para una teoría de la justicia, trad. Miguel Ángel Rodilla, Madrid, Tecno, 1986.

³⁵⁵ **JÜRGEN HABERMAS/RAWLS John,** Debate sobre el liberalismo político, trad. Gerard Vilar Roca, Barcelona, Paidós ICE/UAB, 1998.

El paradigma de la justicia global pretende ser una alternativa al utilitarismo y al intuicionismo, que han sido las teorías morales dominantes en los dos últimos siglos, en una sociedad democrática que al establecer como criterio de una sociedad bien ordenada el principio de maximización neta del bienestar de la sociedad en su conjunto, permite sacrificar la libertad de algunos si ello conduce a un mayor balance neto de satisfacción en la sociedad considerada globalmente.³⁵⁶

El paradigma de la justicia global resulta de que el Derecho y la Justicia en la era de la globalización han cambiado y la justicia experimenta una mutación a nivel internacional, no solo por la dimensión política que adquiere, sino porque el estudio de la justicia y del derecho, han entrado en el dominio de la ciencia política y de las ciencias sociales, y el fenómeno de la judicialización de lo político hace parte de la evolución de las formas de legalidad, al perder el Estado moderno el monopolio para producir el Derecho y teniendo en cuenta sus componentes estructurales, las desigualdades económicas, las capacidades de las personas la creciente supranacionalización de la justicia en el contexto de la efectividad y judicialidad de los derechos sociales fundamentales.³⁵⁷

La justicia global ha resultado de la sociología política del derecho y de la justicia, por la forma como han sido afectados y por las mutaciones que ha sufrido el poder político, ante la emergencia de actores supranacionales y ante las nuevas perspectivas planteadas por la globalización en las que las relaciones entre regulación jurídica y regulación política, son objeto de muchos cambios y transformaciones.

Parte de estas inter-relaciones se evidencia cuando los actores de la justicia se convierten en actores dominantes del juego político y recíprocamente cuando el poder de decidir, se desplaza hacia los tribunales, particularmente en lo relativo a las políticas públicas y en la defensa de los derechos fundamentales.

No son ajenas las voces que exigen, la subordinación de la Organización económica al principio de justicia social, y como ya se dijo la preocupación transnacional, por la protección de los Derechos fundamentales y la promoción de los Derechos humanos, que califican actos y prácticas que antes eran de competencia del Estado Nacional y que ahora reivindican una especie de constitucionalismo transnacional que no es otra cosa, que una justicia supranacional, en nombre de una competencia Universal.

Las interacciones cada más frecuentes entre jurisdicciones nacionales y supranacionales, caracterizan esta transnacionalización de la actividad jurisdiccional, de la mano con una forma de internacionalización del Derecho, que materializa la aspiración de establecer un orden jurídico mundial, que si bien estará

³⁵⁶ RAWLS John. "Teoría de la justicia". Trad. María D. González, Madrid, F.C.E., 1993, pág. 10,

³⁵⁷ COMMAILLE Jacques. "¿Es la justicia una razón política Universal?" Conferencia inaugural del Doctorado en Derecho, U. Nacional. Mayo07, 2010.

limitado por las tensiones, contradicciones y las relaciones de fuerza, permitiría en su justa apreciación hablar de la supranacionalización de la justicia.

La idea de considerar la justicia con un enfoque universalista, capaz de imponerse a la política en su nivel transnacional o al menos lograr un equilibrio entre justicia y poder político, podría establecer los fundamentos de su legitimidad, pues simplemente iría a la par con los fenómenos de internacionalización de la actividad económica, los asuntos del medio ambiente e incluso la internacionalización del respeto por los derechos fundamentales y la conformación de una sociedad civil mundializada, como ha podido observarse en la actividad de las organizaciones no gubernamentales en los movimientos sociales y, en los operadores económicos, dado que se han convertido ellos mismos en actores transnacionales.³⁵⁸

Son necesarios diferentes enfoques para entender las distintas teorías de la justicia, las cuales se deben articular con una teoría de la pobreza y un enfoque crítico de la igualdad y la libertad como fundamentos de las políticas sociales y el desarrollo práctico de la justicia social. El concepto de igualdad como punto de partida orientado a la equidad, caracteriza, la teoría de la justicia de John Rawls (1971). En su libro *Materiales para una teoría de la justicia* se pregunta por los principios que regirían una sociedad para denominarse Justa.

Su propuesta de Justicia como imparcialidad, se define por los dos principios que se supone que serían elegidos por estas personas libres y racionales, en una posición original de igualdad: 1. «Toda persona tiene igual derecho a un esquema plenamente adecuado de libertades básicas iguales, que sea compatible con un esquema similar de libertades para todos; y en este esquema las libertades políticas y sólo ellas, han de tener garantizado su valor equitativo». 2. «Las desigualdades económicas y sociales han de satisfacer dos condiciones: primera, deben estar asociadas a cargos y posiciones abiertos a todos, en condiciones de una equitativa igualdad de oportunidades; y segunda, deben procurar el máximo beneficio de los miembros menos aventajados de la sociedad».³⁵⁹

Los criterios determinantes de la justicia con una fundamentación moral son propuestos por la Ética discursiva de Jürgen Habermas y K. O. Apel para conceptualizar la justicia como criterio de validez de las cuestiones prácticas. En primer lugar, la fundamentación del punto de vista moral, entendido como un criterio de justicia, en la línea neokantiana de establecer un marco normativo procedimental de actuación. En segundo lugar, la aplicación de este criterio de justicia a los diferentes ámbitos de la praxis. En el terreno de la fundamentación, esta propuesta ética ofrece como criterio de justicia el principio discursivo, según el cual «sólo pueden pretender validez aquellas normas que encuentren (o puedan encontrar) el acuerdo de todos los afectados en un discurso práctico» En definitiva,

³⁵⁸ COMMAILLE Jacques. "¿Es la justicia una razón política Universal?" Conferencia inaugural del Doctorado en Derecho, U. Nacional. Mayo07, 2010.

³⁵⁹ RAWLS John "Materiales para una teoría de la Justicia" Derecho Justicia y Sociedad, 1971, p.17.

sólo el consenso de todos los implicados puede calificar como justa una acción, norma o institución³⁶⁰.

M. Walzer, en su libro *Esferas de la justicia* la entiende como una igualdad compleja entre las personas. Esta igualdad puede ser compatible con la libertad, si la centramos en el control de los bienes sociales, de forma que ningún bien sea predominante y tiranice a los demás. La aportación decisiva para una concepción de la justicia, consiste en darse cuenta de que cada uno de estos bienes tiene su significado social y sus criterios propios de distribución. De esta forma surge la obligación de respetar cada una de sus peculiaridades lógicas, propias de los diferentes ámbitos de aplicación³⁶¹.

La Teoría de la justicia, de Rawls marca un hito en la historia de la ética y la teoría política que ha señalado la agenda de la filosofía moral de los últimos treinta años. El mérito de Rawls fue ofrecer una síntesis de las teorías contractualistas clásicas y algunos principios kantianos, dotada de la suficiente claridad analítica como para que resultara aceptable para políticos y científicos sociales. El resultado fue una robusta apología de las democracias liberales con algún grado de protección social que desató prolongados ataques utilitaristas, comunitaristas e izquierdistas.

Frente a estas concepciones tradicionales de la justicia se plantea un interrogante: ¿Es la justicia social un ideal o una posibilidad real? Más allá del discurso intelectual, la idea de la justicia desempeña un importante papel, al que se refiere, Amartya Sen al ofrecer una alternativa a las teorías convencionales de la justicia, que a pesar de sus muchos logros hace tiempo que dejaron atrás las realidades prácticas. Afirma que desde la Ilustración, las teorías dominantes han tendido a ocuparse de identificar las disposiciones sociales perfectamente justas y definir la naturaleza de la sociedad perfecta.

El pensamiento de Amartya Sen, entregado a la reducción de la injusticia, centra su enfoque en los juicios comparativos de lo que es «más» o «menos» justo y en evaluar los méritos de ciertas instituciones e interacciones sociales. En el núcleo de su reflexión subyace el respeto por las diferentes percepciones de la «sociedad justa». Muy distintas convicciones pueden ofrecer soluciones claras, directas y defendibles. La perspectiva de Sen, uno de los pensadores más influyentes de nuestra era, hace uso de esa pluralidad con el fin de construir una teoría de la justicia para el mundo moderno, capaz de absorber distintos puntos de vista y resolver las cuestiones de injusticia global³⁶².

La idea de justicia social determina el 'equilibrio reflexivo' de los principios de justicia de Rawls: libertades básicas y acción afirmativa como discriminación positiva, basada en la justicia entendida como equidad y resuelta en el principio de la igualdad de oportunidades. La lucha contra la distribución desigual de bienes

³⁶⁰HABERMAS y K.O. Apel. *Ética discursiva*, Madrid, Trotta, 2005, p. 165.

³⁶¹WALSER M. *Esferas de la Justicia. Una defensa del pluralismo y la igualdad*. México, Fondo de Cultura Económica, 1983, p. 65

³⁶²SEN AMARTYA, Kumar. *La idea de justicia*, Madrid, Taurus, 2010, pp. 65-67.

que son de todos, la solicitud o preocupación por el bien común, la idea de que justicia equivale a paz y la conciencia de ello en los individuos son todos componentes de un sistema social justo.

El balance de las desigualdades sociales en beneficio de los menos favorecidos, dando a la justicia la categoría de equidad, como preocupación social para el desarrollo humano y de la sociedad, ya define la nueva situación de estas cuestiones en la humanidad. Este tipo de problemas favorece la tentación del uso de la violencia para combatir situaciones consideradas socialmente injustas; los problemas principales señalados como ejemplos son vivienda, desempleo y cuestiones internacionales, que posee un carácter progresista acumulativo y una fundamentación empírica y racional, desarrollando una doctrina social basada en estos puntos: desarrollo, solidaridad, dignidad humana e identidad de cada comunidad³⁶³.

Parece obvio que en muchas de las teorías modernas sobre la justicia se discute sobre todo la cuestión de lo que es justo para el individuo dentro de una sociedad. La gran mayoría de doctrinas y sistemas sociales y políticos llevan aneja una idea de justicia. De hecho, tales doctrinas y sistemas son presentados a menudo como modelos que explican por qué ha habido determinadas concepciones de la justicia en el pasado y por qué estas concepciones no son "justas" y, qué concepción de la justicia puede proporcionarse para sustituirlas. Conservadurismo, liberalismo, socialismo, comunismo, anarquismo y otros movimientos y teorías pueden ser descritos desde el punto de vista de sus correspondientes ideas e ideales, concernientes a la idea de justicia, desde el punto de vista de la filosofía del derecho.

Uno de los aspectos que ha asumido la cuestión de la justicia es el que concierne a lo que se supone se "debe" -o "es debido".- a cada cual, el problema de la justicia se ha relacionado con frecuencia con el de la igualdad humana. Se han presentado varias clasificaciones de tipos de justicia: A cada uno lo mismo, a cada uno según sus méritos, a cada uno según sus obras, a cada uno según sus necesidades, a cada uno según su rango y a cada uno según lo atribuido por la ley. Todas estas concepciones, son incompatibles entre sí, pero hay de ellas algo en común el concepto de justicia como un principio de acción según los seres de una misma categoría esencial deben ser tratados del mismo modo³⁶⁴.

El análisis y comprensión de la idea de justicia según Amartya Sen no pretende formular un "ideal" de justicia que pueda ser aplicada a la realidad sino explicar la justicia a partir de la realidad concreta y comparada con el fin de mejorar las formas prácticas de justicia sin aspirar a una justicia perfecta y única que desarrolla en cuatro puntos: a) las exigencias de la justicia o enfoque de la idea de justicia; b) las formas de razonamiento sobre la justicia o metodologías de análisis; c) los materiales de la justicia libertades y capacidades; d) la razón pública democrática

³⁶³ SEN AMARTYA Kumar. Sobre la desigualdad Económica. Barcelona, Ed. Crítica, p. 69

³⁶⁴ SANDEL, Michael. JUSTICIA, Hacemos lo que debemos?, Universidad de Harvard, 2010, pp. 1-35.

o marco del debate sobre justicia y sus formas de perfeccionamiento. Sen Amartya se aparta de Rawls cuando duda que sea posible hacer una elección social unánime de los principios de la justicia que señala unas instituciones determinadas³⁶⁵

Se habla en la actualidad particularmente en el ámbito económico y empresarial de manera reiterada sobre la responsabilidad social de la empresa refiriéndose a la forma como las organizaciones empresariales en general deben asumir un rol social, frente a los crecientes problemas que están afectando a la humanidad con ocasión de la globalización; Se busca implementar un nexo, entre empresas, organismos de gobierno y sector social, en el marco de la responsabilidad social para poner en marcha proyectos sociales, con plazos definidos orientados a combatir la pobreza y el hambre y fomentar una asociación mundial para el desarrollo, que se concreta en diez principios denominados pactos del milenio, relacionados con los derechos humanos, el empleo, las relaciones laborales, el medio ambiente, la lucha contra la corrupción, principios que no son otra cosa sino el rescate de los conceptos relacionados con la justicia global.³⁶⁶

Las propuestas de M. Nussbaum en un Decálogo de los derechos de los excluidos; considera que las teorías de la justicia social son abstractas, pues prescinden de lo particular e inmediato para ocuparse de lo general e intemporal. Sin embargo, estas teorías, que tratan del mundo y sus problemas, deben responder a los dilemas reales de la problemática de la justicia, tarea que afronta, en un claro ejercicio de filosofía práctica: Las fronteras de la justicia. Al abordar tres problemas candentes de justicia social que las teorías tradicionales no contemplan y que, por ello mismo, son más difíciles de plantear en términos prácticos y en la vida cotidiana, la autora se propone elaborar una teoría de la justicia social que ofrezca una comprensión más rica y receptiva de la cooperación social y que ayude a comprender mejor los objetivos de la cooperación política y la naturaleza de los principios políticos con el objeto de proyectar un futuro más justo para todos, teniendo en cuenta estos componentes que tienen como punto de partida, las grandes diferencias entre los seres humanos, con el objeto de no excluir o marginar de la justicia social grandes grupos poblacionales³⁶⁷

La importancia de este enfoque en la justicia global va mucho más allá de la filosofía, pues aparece contemporáneamente como crucial para instruir a los ciudadanos del común, en particular en los países desarrollados, para que adquieran una comprensión adecuada de su situación moral y de sus responsabilidades. Resulta muy útil también para presionar a los académicos e investigadores, especialmente a los científicos sociales y a los economistas del desarrollo, para que superen sus prejuicios a favor de lo que se ha denominado “nacionalismo explicativo”, es decir, la tendencia a explicar el fenómeno de la

³⁶⁵SEN AMARTYA, Kumar. El valor de la Democracia. Barcelona, Ed. de Intervención Cultural, 2005, p. 92.

³⁶⁶ Organización de las Naciones Unidas – ONU. Pacto Global de las Naciones Unidas. Comisión mundial sobre la dimensión mundial de la globalización, 2004 Por una globalización justa: Crear oportunidades para todos. Ginebra, OIT, 2007.

³⁶⁷Ibíd., pp. 89-92.

pobreza y el hambre global exclusivamente en términos de factores causales domésticos propios de las sociedades en las cuales ocurren. Aunque resulta válido y útil, tales explicaciones nacionalistas tienen que ser complementadas con investigaciones sustanciales sobre los efectos comparados de los factores globales institucionales respecto a la incidencia de la pobreza extrema y el concepto de justicia que sobre ella se maneja en el contexto internacional alrededor del mundo³⁶⁸.

Uno de los más actuales enfoques sobre la idea de justicia global ha sido revaluada recientemente por el profesor Tomas Pogge quien rompe los tradicionales y clásicos enfoques, para centrar su atención en el concepto de justicia global, en el cual involucra, las responsabilidades de los gobiernos y de los ciudadanos, en el marco del cumplimiento de leyes y convenciones internacionales, haciendo notar que los ciudadanos y los gobiernos de los países ricos están involucrados en los horrores de violencia y hambre que tantas personas padecen en el mundo. Este enfoque socioeconómico de la justicia, asume con verdadera objetividad la realidad práctica de los seres humanos particularmente lo relativo a la justicia social en marco internacional y global.

El Paradigma de la justicia global no se sustenta en las consideraciones constitucionales, ni en el concepto de soberanía estatal, sino en la persona humana como sujeto del derecho internacional y en la armonización de las legislaciones nacionales con los organismos de la justicia internacional, que particularmente en materia de derechos humanos constituye en el presente siglo el mayor reto que enfrentan los sistemas jurídicos del mundo. Por lo anterior el mundo asiste hoy a la consolidación y expansión de una justicia Global, que supera paulatinamente las soberanías nacionales, afirmando los derechos humanos por encima de las fronteras nacionales en otras palabras existe una fuerte demanda, de justicia global al constitucionalismo, el cual no puede ya responder en su praxis y menos en su reflexión teórica, sobre el mismo contenido de la justicia en la globalización.

Esta justicia global o supranacional, se inicia con la resolución pacífica de conflictos y se institucionaliza con la creación de organizaciones multilaterales y organismos tales como la Corte Penal Internacional, la organización mundial del comercio. La Corte Interamericana de derechos humanos, el Tribunal Europeo de Derechos humanos En este contexto se trata de construir un marco teórico, que permita incorporar esta nueva circunstancia, como un problema universal, que en la tradición Kantiana correspondería a un Cosmopolitismo de Estados, que permita en su conjunto la conformación de una Justicia supranacional que en términos de J. Rawls, se denomina una Utopía Realista, que concilie los avances actuales del derecho Internacional³⁶⁹.

³⁶⁸ POGGE Thomas "Pobreza y justicia global". Barcelona Centro de Cultura. 2011. Pág. 27

³⁶⁹ RAWLS John. El Derecho de Gentes. Trad. H. Valencia Villa Madrid, Trotta. pp. 47-86

Las demandas globales de justicia al Constitucionalismo, que operan primariamente a través de relaciones intersociales antes que a través de las relaciones de persona-a-persona, que algunos puedan ver como central para un adecuado entendimiento de las demandas de justicia global. La caracterización basada en la nación, identifica, de hecho, el dominio de la justicia internacional, ampliamente definida. Como opuesta a una más directamente "global" – se aplica forzosamente a esta aproximación, que limita el alcance de la Rawlsiana "ley de los pueblos" y se proyecta al universalismo de la justicia.

Amartya Sen se pregunta por la desigualdad y la pobreza globales: Las cuestiones concernientes a la distribución que figuran -de modo explícito o implícito- en la retórica tanto de los manifestantes antiglobalización como de los firmes defensores "pro globalización" necesitan un examen crítico. Algunos manifestantes "antiglobalización" argumentan que el problema central es que los ricos del mundo están volviéndose más ricos, y los pobres más pobres, pero la cuestión esencial es si es ésta la manera correcta de entender los temas centrales de justicia y equidad en la actual economía global³⁷⁰. Existen dos problemas en esta forma de considerar el tema de la injusticia. El primero es la necesidad de reconocer que dados los recursos globales que hoy existen, incluidos los problemas de omisión tanto como los de comisión a muchas personas les resulta difícil ingresar en la economía global.

Tener en cuenta sólo a aquellos que ganan participando en el comercio deja afuera a millones que permanecen excluidos de las actividades de los privilegiados y que, de hecho, no son bienvenidos. La exclusión es un problema tan importante como la exclusión desigual y, su solución exigiría cambios radicales en las políticas económicas internas tales como mayores recursos para la educación básica, la salud y los microcréditos familiares, pero también, cambios en las políticas internacionales de otros países, sobre todo de los más ricos.³⁷¹

Por todo lo anterior es necesario incluir en una teoría de la justicia, un modelo general de los derechos sociales fundamentales, que contenga un componente de ponderación orientado a una argumentación que privilegie la igualdad jurídica y la igualdad fáctica, pero sobre todo que caractericen el estado de bienestar como responsable de las omisiones, frente a la inmensa masa de excluidos de los beneficios sociales y que en consecuencia se encuentran en una situación de evidente injusticia y desventaja frente a quienes reciben la acción directa del Estado.

En esta forma el concepto de justicia global debe incorporarse en el constitucionalismo para que sea posible establecer una relación con el principio de igualdad en todos los sentidos, si se tiene en cuenta, que la base de los derechos sociales fundamentales, no solo se construye sobre el concepto de libertad o el

³⁷⁰ **SEN AMARTYA, Kumar.** Sobre la desigualdad Económica. Madrid Editorial Crítica. pp. 123-124

³⁷¹ **NUSBAUM Marta.** Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la Exclusión, Barcelona, Paidós, 2007; Trad. Ramón Vila Berniz. p. 90

concepto de igualdad, sino fundamentalmente sobre el de necesidades, con el trasfondo obvio de la dignidad humana, el cual se inscribe además el concepto del daño, resultante de la no satisfacción de las necesidades absolutas o fundamentales. Por lo anterior el mundo asiste hoy a la consolidación y expansión de una justicia Global, que supera paulatinamente las soberanías nacionales, afirmando los derechos humanos por encima de las fronteras nacionales.

El marco teórico de la Justicia global o supranacional se está construyendo, a partir de las conquistas alcanzadas en el desarrollo de un orden legal supranacional utilizando el desarrollo de varios siglos de pensamiento ético y jurídico que incluyan en las relaciones globales formas racionales de distribución y regulación del poder y, que tenga virtualidad para extenderse a aquellos Estados plagados de Miseria y de crímenes contra la humanidad. El ejemplo más representativo para este propósito lo constituye la Unión Europea, cuyo modelo podría aplicarse en Suramérica y en otras regiones, pero fundamentalmente tenerse en cuenta para una reorientación de las Naciones Unidas. Un marco teórico, para la justicia supranacional, debe aportar instituciones cada vez más inclusivas que aseguren la protección de los individuos y la intermediación entre los pueblos en conflicto, sin descuidar los abusos y desigualdades de la economía en el plano internacional.³⁷²

Las demandas de Justicia global al Constitucionalismo constituyen el Paradigma de la justicia global, que se sustenta actualmente en las consideraciones constitucionales, ni en el concepto de soberanía estatal, sino en la persona humana como sujeto del derecho internacional y en la armonización de las legislaciones nacionales con los organismos de la justicia internacional, que particularmente en materia de derechos humanos constituye en el presente siglo el mayor reto que enfrentan los sistemas jurídicos del mundo.

Asumir el futuro de la justicia no solo requiere reflexionar acerca de la pregunta de lo que constituye su objeto, sino involucrar, las concepciones contemporáneas de la justicia que le dan un profundo contenido social y una disposición moral, para encontrar criterios validos cargados de humanidad que permitan valorar las acciones de los hombres como justas o injustas, en el contexto del bien común, la igualdad y las oportunidades³⁷³.

La idea de justicia involucra los diez principios formulados en el pacto global de la ONU como una posición ética, moral de responsabilidad social que permita asegure la sostenibilidad como sociedad responsable por su futuro. La empresa forma parte de un sistema social y, al producir bienes y servicios, para asegurar su estabilidad, continuidad y crecimiento; debe cumplir objetivos sociales. Lo cual no significa que deban encargarse de resolver problemas sociales puntuales que aquejan a las sociedades donde actúan, sino que responderán como instrumentos para

³⁷² Organización de las Naciones Unidas – ONU. Pacto Global de las Naciones Unidas. Comisión mundial sobre la dimensión mundial de la globalización, 2004 Por una globalización justa: Crear oportunidades para todos. Ginebra, OIT, 2007.

³⁷³ PALOP, Lidia de Tienda. "La noción plural de sujeto de justicia. Un nuevo reto para la Filosofía", en Revista Internacional de Filosofía No.171-179, Valencia, U. de Valencia, 2010.

satisfacer las necesidades sociales y amoldar su accionar a la moral y a la ética imperantes. El aspecto social incide en la planificación estratégica y en las decisiones de las empresas, en el marco de los procesos sociológicos y culturales, los cuales se dan en dos sentidos: los cambios de la sociedad penetran en la empresa y el accionar de ella afecta los cambios de la sociedad. La empresa actúa como un subsistema del sistema social y, como tal es titular de una responsabilidad social.

5.2. PARADIGMAS INTERPRETATIVOS: DWORKIN Y ALEXEI.

El paradigma interpretativo es la antítesis del paradigma positivista. Contrapone la inserción de principios dentro del fenómeno de la interpretación del derecho, incluyendo la moralidad política que emana de la comunidad, pues todos los conflictos sociales tienen solución por medio de la interpretación, aun cuando no exista una norma positiva. Dworkin desconoce que existen principios diversos respecto de cada comunidad en particular por lo que el intento de crear propuestas universales desconoce el mismo fenómeno de reconocimiento del otro.³⁷⁴

El paradigma interpretativo se fundamenta en la indeterminación del derecho consistente en que un sistema jurídico por diversos motivos, es un sistema abierto, ya sea por causa de la vaguedad del lenguaje, por la posibilidad de conflictos entre normas o por la existencia de casos no regulados.³⁷⁵ Estos motivos hacen que el juez disponga de un cierto margen de discrecionalidad y las situaciones en las que ésta tiene lugar son básicamente formales, sustanciales, legales y extralegales y la actividad de los operadores jurídicos es entendida como una decisión guiada por el razonamiento jurídico y vinculada a un marco normativo.

El centro de gravedad del Derecho se sitúa en las decisiones jurídicas entendidas como opción justificada entre posibles alternativas, todas compatibles con el orden normativo y con la importancia que todos los operadores jurídicos por cuanto la actividad de los juristas no es una tarea mecánica sino encaminada a la formulación de decisiones jurídicas, esto es de soluciones a los problemas concretos, decisiones basadas en el derecho vigente que no siempre se encuentran predeterminadas.

En el paradigma interpretativo se tiene una mayor consideración a la interpretación jurídica no tanto al fenómeno de la validez. ¿Este nuevo paradigma asume el problema de los principios, y enfrenta H.L.A. Hart con Ronald Dworkin en el problema de si deben existir criterios morales dentro del proceso de interpretación del derecho que acompañe a una norma fundamental o regla de reconocimiento? Dworkin, criticó el desarrollo teórico de la Regla de Reconocimiento de Hart que buscaba encontrar los errores que dicha teoría contenía, planteando las posibles

³⁷⁴ **MOUFFE Chantal.** La Teoría Política y la Democracia. EN: Phrónesis. Revista de Filosofía y Cultura Democrática. Año 3. No. 9. Verano de 2003.

³⁷⁵ **CARRIÓ, Genaro.** Notas sobre Derecho y lenguaje, B. Aires Abeledo y Perrot. 1965. pp. 33 y ss

soluciones que se tendrían si se aplicaran los modelos interpretativos con base en los principios.³⁷⁶

Dworkin construye la teoría del aguijón semántico con el cual buscaba demostrar que el positivismo manejaba un problema de interpretación en torno al significado de las proposiciones jurídicas, enmarcadas en un esquema de construcción histórico y haciendo notar 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, frente a los cuales se tiene en cuenta solo el significado de las palabras, y se desconocen los problemas de desacuerdos entre los conceptos teóricos del derecho y la moralidad social.

Se plantea la inclusión de ciertos principios especialmente la Igualdad y la libertad, que “entendidas correctamente no son ideales que entren en conflicto y que cuando entran en mutua contradicción, al momento de resolver el conflicto se debe tener en cuenta la importancia de cada uno. Dworkin considera que 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, que reemplaza la cadena de validez que considera necesaria el paradigma positivista.³⁷⁷

Chantal Mouffe considera la teoría de Dworkin como Universalista-Racionalista, pues el contenido de toda teoría política es “establecer verdades universales, válidas para todos e independientes del contexto histórico-cultural señalando que si 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.

El concepto de interpretación de la concepción formalista es insuficiente y limitado considera que el principio de solución correcta, o más genéricamente el de corrección de la decisión, debe ser mantenido como una idea regulativa con una finalidad práctica. La dependencia del Derecho de las decisiones humanas y del lenguaje que se emplea en una comunidad conduce a un inevitable margen de indeterminación.³⁷⁸ El derecho se expresa a través de conceptos que siempre padecen vaguedad y de términos que adolecen de ambigüedad y las normas jurídicas expresan decisiones en que no han sido previstas todas las circunstancias del futuro.³⁷⁹

A pesar de los esfuerzos de los juristas por crear un lenguaje de contornos precisos, se plantean indeterminaciones semánticas en las que el sistema jurídico deja de

³⁷⁶ **HART, Herbert.** La decisión Judicial. El Debate Hart-Dworkin. Bogotá. Siglo del Hombre Editores. Universidad de los Andes. 1997. Pág. 80

³⁷⁷ **DWORKIN Ronald.** ¿Entran en Conflicto la Libertad y la Igualdad? En. BARKER, Paul (Comp.) Vivir como iguales. Barcelona. Ediciones Paidós. 2000. Pág. 78.

³⁷⁸ **ALEXY Robert.** Teoría de la argumentación jurídica, Oxford, 1989 pp. 302-303

³⁷⁹ **MARMOR, Andrei** Interpretación y teoría del Derecho, Gedisa, Barcelona. 2005 p. 124-5

ser una guía efectiva de conducta cuando el lenguaje en el que se expresan las pautas normativas puede ser interpretado de diversas formas, todas o algunas de ellas, compatibles con el sistema jurídico. La imperfección del derecho no deviene sólo del lenguaje que le hace de soporte y vehículo, sino también porque presenta un déficit de racionalidad tanto de racionalidad “técnica” como de racionalidad moral.

Por lo anterior es posible que no haya respuesta correcta sino una forma de expresar los desacuerdos pues siempre es posible que haya discrepancias al adoptar decisiones judiciales, porque el derecho adolece de indeterminaciones objetivas. De ahí que se afirme la posibilidad de encontrar más de una solución jurídicamente correcta al caso, objeto de estudio y es la forma de expresar los desacuerdos o la defendible la idea de que son racionalmente más convincentes las sentencias cuidadosamente motivadas.

Kelsen y Hart, han afirmado ambos la tesis de la indeterminación del derecho: el primero ha puesto el acento sobre la estructura dinámica del sistema jurídico, que lleva el derecho a desarrollarse en el tiempo, sobre la base de actos de voluntad cuyo contenido no es completamente previsible; el segundo ha puesto el acento sobre la del lenguaje jurídico, que deja un margen de discrecionalidad a los jueces en la solución de los casos difíciles, generando, de nuevo, la parcial imprevisibilidad de las decisiones judiciales; El derecho no solo es determinable, sino tiene que serlo y no se puede tomar decisiones jurídicas como si el derecho fuera completamente determinado.³⁸⁰

Las causas, de la indeterminación del derecho son, fundamentalmente, estructurales y lingüísticas, siendo necesario combinar los principios jurídicos y la noción de indeterminación, y mirar de qué manera la configuración de algunas normas como principios afecta la indeterminación del derecho. Dworkin afirma la tesis de que un derecho, formado, además de reglas, por principios fundamentales que tienen su fuente en una moral objetiva, es, o puede tendencialmente llegar a ser, totalmente determinado esta es la tesis de la respuesta correcta o de la unidad de solución justa, o correcta, criticada, entre otros, por Aarnio quien considera que así Dworkin no distingue ni entre determinación ni entre el problema teórico de la cognoscibilidad de las consecuencias jurídicas de las acciones y el problema práctico de la justificación de las decisiones judiciales.³⁸¹

La indeterminación del derecho podría solucionarse si existiera una moral objetiva, conocida y cumplida por los jueces o si los jueces siempre cumplieran con las prescripciones de Dworkin o de Alexy, y construyeran un sistema integrado de derecho y moral, internamente consistente, de modo que, con la ayuda de los principios, pudieran escoger para cada caso la única solución justa, o correcta, o al menos la mejor, Lo que permitiría que la promulgación de principios, hecha por el

³⁸⁰ COURTIS Cristian. *Ecocercanos. escritos sobre derechos humanos y justicia*. Páginas 30 a 35.

³⁸¹ AARNIO, A. "Reason and Authority. A Treatise on the Dynamic Paradigm of Legal Dogmatics, En: *Racionalidad Jurídica y Globalización*". Ashgate / Dartmouth, Cambridge. Pág. 232.

legislador, o la configuración de principios, hecha por los jueces y la dogmática, para disminuir la indeterminación.

Pero, en la realidad, estas condiciones no se dan por la inexistencia de una moral objetiva, y por razones fácticas pues si existiera, la moral objetiva no es conocida o compartida por todos los jueces; y no existe, en nuestras sociedades, una moral positiva compartida por todos los jueces pues nuestras sociedades, se caracterizan por un pluralismo ético y que además los jueces no siempre argumentan y deciden racionalmente y porque la promulgación y la configuración de principios, en ausencia de una moral común, aumenta la discrecionalidad de los jueces, que pueden decidir los casos haciendo referencia a sus propias, y subjetivas, concepciones de la justicia, y esto también, por supuesto, acrecienta la indeterminación por la peculiar manera de aplicar las normas configuradas como principios, es decir la ponderación de los principios caso por caso, en ausencia de una jerarquía estable y general entre los principios.³⁸²

5.2.1 TEORIA DE LA RESPUESTA CORRECTA. RONALD DWORKIN.

Ronald Dworkin es considerado uno de los principales representantes de la filosofía jurídica contemporánea anglosajona. Es famosa en la comunidad jurídico-académica la controversia que se ha planteado entre Dworkin y su profesor Herbert Hart. Básicamente la filosofía de Dworkin se centra en el concepto de derecho como interpretación, aplicado siempre al caso concreto, lo que daría una perspectiva amplia al juez en su discrecionalidad, cuestión que he generado muchas de las críticas a Dworkin. Dentro de este sistema, Dworkin da una importancia sobresaliente a la moral como elemento determinante en la consolidación de los principios.³⁸³

Su posición holista y objetivista le llevó a defender una concepción del derecho como una parte de la moralidad que era contraria al positivismo jurídico. Consolidado como el paradigma predominante en la filosofía anglosajona gracias a figuras como Jeremy Bentham, John Austin y H. L. Hart, el positivismo sostiene que es posible identificar las reglas válidas pertenecientes a un sistema jurídico sin la necesidad de recurrir a consideraciones morales. Dworkin rechazó esta concepción meramente descriptiva del razonamiento jurídico. Insistió en que los principios morales son cruciales a la hora de identificar e interpretar el derecho y siempre nos conducen a una única respuesta correcta.

La relación entre el derecho y la moral se ve claramente en aquellos casos en los que los textos legales no nos ofrecen una solución y cuando se debe dar sentido a formulaciones abstractas como “la igualdad ante la ley” o “el derecho a un debido proceso” que, en sí mismas, son morales. La interpretación de las normas según él es una actividad meramente cognoscitiva y subsidiaria, no necesaria que

³⁸² **COMANDUCCI Paolo.** Principios jurídicos e indeterminación del Derecho. U. De Génova, DOXAV. Digital. Cuadernos de Filosofía del Derecho. Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Filosofía Jurídica y Social (B. Aires, núm. 21, vol. II (1998), pp. 89-104

³⁸³ **DWORKIN, Ronald.** El Imperio de la Justicia, Barcelona: Gedisa, 1992, p. 76.

consiste en extraer de una disposición el sentido previo y acabado que el legislador ha depositado en ella. Por su parte la aplicación es una tarea cognoscitiva y mecanicista que consiste en recabar y conocer el significado de las normas creadas por el legislador y, a partir de ahí, a subsumir el supuesto de hecho concreto en el supuesto de hecho abstracto de la norma así obtenida.

El primer positivismo se aferró, a la idea de la objetividad interpretativa, según la cual de un modo u otro el Derecho positivo ofrece siempre una y sólo una respuesta correcta ante cualquier problema práctico, bajo la confianza en la racionalidad legislativa, Esta concepción mecanicista o silogística para la que el sistema legal formal un sistema perfecto, unitario y coherente hunde sus raíces en el modelo propuesto por la Ilustración jurídica. Esta posición sostiene la plena determinación del Derecho y el carácter lógico de la interpretación.³⁸⁴

Es una teoría mecanicista de la aplicación del Derecho, el postulado cognoscitivista de la interpretación de las normas, y la idea de que la actividad de los operadores jurídicos se mantiene estrictamente dentro de coordenadas lógicas y neutrales. Por el contrario, lo que se manifiesta hoy de un modo mucho más acuciante, es la necesidad de garantizar que la actuación de tales operadores no es arbitraria, aunque cada vez es más evidente el margen de discrecionalidad de que gozan los intérpretes y aplicadores del Derecho y especialmente los jueces.

La segunda vertiente de la tesis de la única respuesta correcta ha sido desarrollada por R. Dworkin. Según este autor se puede hablar de discreción judicial en tres sentidos: El primer sentido débil, se habla de discrecionalidad en las situaciones en las que se ha de tomar una decisión discerniendo para aplicar criterios de decisión que están predeterminados.³⁸⁵ Esta discrecionalidad da cuenta de aquellas situaciones en las que, aun cuando el Derecho ofrezca una respuesta al caso que debe ser dirimido, ésta solución no es obvia, sino que identificarla requiere un proceso intelectual complejo, en el que son necesarios el juicio y el discernimiento para identificar la respuesta jurídica correcta.

Esta discrecionalidad no está conectada sólo a los problemas de vaguedad y ambigüedad del lenguaje jurídico, sino que hace referencia a la idea de que el Derecho está indeterminado. Un segundo sentido de discreción débil está relacionado con el carácter de ciertas decisiones judiciales de carácter definitivo. Tiene discreción el que ha de adoptar una decisión de última instancia, decisión definitiva e irrevocable en una determinada materia. Dworkin se refiere a la "irrevisabilidad" de una decisión como discrecionalidad débil.

Un tercer sentido el de la discrecionalidad fuerte, tiene discreción la persona que ha de decidir en ausencia de pautas o criterios predeterminados. Discreción aquí presupone la existencia de un ámbito en el que el Derecho deja un margen de

³⁸⁴PRIETO, Luis. "Positivismo y constitución" Fontamara, México y pp. 14 y ss. Prólogo a Santiago Sastre Teoría del Razonamiento y la Argumentación Jurídica

³⁸⁵DWORKIN, R. "Los derechos en serio" Barcelona, Ariel, Trad. De M. Guastavino, Prólogo de A. Calsamiglia, 1984, capítulo 2. Página 84.

libertad al intérprete para determinar los estándares que guiarán su decisión. Aunque la discreción fuerte implique por definición la ausencia de una respuesta jurídica unívoca para la resolución de un caso, la actuación discrecional sigue estando sujeta a estándares de racionalidad y justicia, seguirá estando sujeta a la necesidad de justificación. La justificación general de una decisión discrecional es lo que permite distinguir la discrecionalidad de otro concepto próximo: el de arbitrariedad. La discreción fuerte se plantea en relación a los deberes institucionales que tienen los jueces: aplicar el derecho, resolver cualquier caso y fundamentar el fallo de toda decisión.

Por tanto, la posibilidad de elección que caracteriza a la discreción fuerte comporta una autonomía restringida por parte del órgano encargado de tomar la decisión, derivada del deber de fallar de forma justificada. De modo que el margen de elección no puede ser entendido como una facultad o un permiso que el Derecho atribuye al juez, sino como una concreción del deber de fallar cuando el Derecho no prevé una solución unívoca.

Para Dworkin, los jueces tienen discreción en muchas ocasiones en los sentidos débiles de la expresión. Han de utilizar, aplicando pautas jurídicas, el discernimiento y, a veces, su decisión es de carácter último. Partiendo de un análisis de la evolución de los distintos paradigmas jurídicos, pretendo establecer que hay una mayor cercanía entre el realismo jurídico, en especial el norteamericano, y las tesis “dworkinianas” más relevantes, a saber: el derecho como interpretación, las teorías semánticas del derecho, los casos difíciles y la teoría de la única respuesta correcta. La tesis de “la única respuesta correcta”.

5.2.2. TEORIA DE LA PONDERACION.

La doctrina neo constitucionalista ha considerado que por debajo de los enunciados constitucionales existe una estructura axiológica de valores objetivos teniendo en cuenta que existe un vínculo necesario entre el derecho y la moral en oposición al positivismo metodológico o conceptual que aplica la tesis dualista de la separación entre el derecho y la moral que intenta incorporar en el texto de la ley “valores” y principios objetivos provocando una complejidad en la terminología jurídica por la vaguedad y ambigüedad resultante del intento de positivizarlos. Este método que se ha denominado de la ponderación sostiene que existiendo más de un valor estos podrían entrar en conflicto y que en los casos particulares debería argumentarse cuál valor ponderar dado que las obligaciones morales no eran obligaciones absolutas, pues podían entrar en conflicto con otras obligaciones morales, sino que eran obligaciones en que alguna de las dos tenía primacía sobre la otra.³⁸⁶

La ley de ponderación formulada por Alexy, con fundamento en los planteamientos del Ross afirma que “cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”

³⁸⁶ROSS, David. The Right and the Good. Oxford:2003 Published to Oxford. Scheler.P 67

para lo cual aplica las siguientes reglas: 1) determinar el grado de no satisfacción o restricción de un principio, 2) determinar la importancia de la satisfacción del principio contrario y 3) determinar si la importancia del principio contrario, justifica la no satisfacción o restricción del otro principio.

Estas tres etapas implicarían “juicios racionales”: primero la intensidad, luego la importancia de las razones que justifican la interferencia y tercero la relación entre ambas.³⁸⁷ Se trata simplemente de la posibilidad de efectuar juicios racionales donde el juez pueda determinar el grado de importancia del derecho fundamental que debe optimizarse en casos donde existen conflictos leves y graves, en los cuales la intensidad de interferencia es media. De esta manera surge una escala con los grados “leve”, “medio” y “grave”. Alexy muestra que la intensidad de la interferencia puede ser determinada con la ayuda de esta escala.

La ponderación podría ser considerada como una técnica para resolver conflictos de derechos fundamentales. Los jueces tendrían la facultad para poder determinar en un caso concreto, cuál es el derecho fundamental que debería prevalecer en una hipótesis de conflicto por intermedio de la ponderación de principios. El método de ponderación permitiría avanzar en la construcción de derechos fundamentales como principios; La ponderación es objeto del tercer subprincipio del principio de proporcionalidad -en sentido estricto- que trata de la optimización relativa a las posibilidades jurídicas.

El objeto de los dos primeros subprincipios (idoneidad y necesidad) –del principio de proporcionalidad-, es la optimización relativa de las posibilidades fácticas. Lo que se trata de evitar frente a una situación fáctica de conflicto, son los costos que pueden recaer sobre los derechos fundamentales y los fines del legislador. La ley de ponderación puede sintetizarse en la siguiente regla: “cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”.

Aplicada esta teoría en los casos difíciles, de interpretación constitucional existe la posibilidad de llegar a una sola respuesta correcta, a partir de la aplicación del principio de la ponderación en la que se establece la diferencia entre reglas y principios, para llegar a la respuesta única correcta en tales casos. La Teoría de Alexy va más allá de dejar las decisiones difíciles a la capacidad de abstracción extrema del juez entendida como el desprendimiento de todos los prejuicios y la consideración de una inmensa gama de argumentos, reglas, principios, directrices, normas morales y convencionalismos sociales que llevarán a encontrar “la respuesta” a cada caso.

Alexy menciona que para la obtención de la respuesta correcta se requiere establecer un procedimiento racional de ponderación de reglas, derechos, principios o valores, según sea el caso. Dicho procedimiento, además de racional,

³⁸⁷ **ALEXEI Rober.** Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad Dos teorías iusfundamentales. Crítica de Habermas a la teoría ponderativa. La estructura de la ponderación. 30 y 51

también tendrá cierta carga valorativa pues tendrá en cuenta aspectos como la justicia, lo correcto y lo bueno.³⁸⁸El conflicto o colisión entre principios no es un problema que se resuelve haciendo que un principio invalide a otro, sino ponderando a qué principio se le debe dar un mayor peso específico. En este sentido, el autor habla de que bajo ciertas circunstancias, un principio precede a otro.

Para que la ponderación entre diversos principios siga siendo racional, el autor formula también una ley de ponderación. De esta forma, la medida de satisfacción o de no satisfacción o de afectación de uno de los principios, deberá depender del grado de importancia de la satisfacción del otro. Ya desde la misma definición de principio, que es un mandato de optimización en la medida de lo posible, aquello que es ordenado por el principio fue puesto en relación con aquello que es ordenado por principios opuestos (p. 161). Para el autor, la ponderación no se trata de una cuestión de todo o nada, sino de una tarea de optimización (p. 166).

Por otra parte, la ley de ponderación en cuanto tal no formula ninguna pauta con cuya ayuda pudiera ser resuelta los casos. Sin embargo, el modelo de ponderación como un todo proporciona un criterio al vincular la ley de ponderación con la teoría de la argumentación jurídica racional. La ley de ponderación dice qué es lo que tiene que ser fundamentado racionalmente, y por tanto, para Alexy, no se trata de una fórmula vacía o que no diga nada (p. 167) Los valores o principios iusfundamentales no valen únicamente para la relación entre el Estado y el ciudadano, sino mucho más allá de eso, para todos los ámbitos del derecho Esto lleva a un “efecto de irradiación de los derechos fundamentales sobre todo el sistema jurídico; los derechos fundamentales se vuelven ubicuos. Según la estructura de los valores y los principios: unos como otros tienden a colisionar. Una colisión de principios sólo puede resolverse por ponderación.³⁸⁹

La teoría de la ponderación de Alexy no resuelve el problema de los principios y los valores. Se postula un orden objetivo de valores respecto del cual, el juez podría Determinar qué derecho aplicar, pero no se da una definición de lo que se entiende por valor o la manera en qué se conoce el mismo; ¿cuál es su contenido o qué forma tiene o cómo lo identifico? Se supone la existencia de un orden objetivo de valores. Una concepción epistemológica donde los jueces, se remitan a un plano metafísico, -en el cual se busca el abrigo de principios objetivos e inmutables frente a una realidad cambiante- relega la tutela de los derechos no a la palabra del Derecho, sino a la valoración moral del juez.

No hay una herramienta metodológica que permita captar los supuestos “valores” o “principios” para poder determinar de qué manera los jueces pueden conocer los mismos. Se da por supuesto que los mismos existen como una categoría a priori del sujeto y cuál es el valor de cada uno. Se carece de elementos que permitan

³⁸⁸ALEXY, Robert, Teoría de los derechos fundamentales, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, 607 pp 89, 95 166 y 167

³⁸⁹ALEXEI Robert. Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad Dos teorías iusfundamentales.Crítica de Habermas a la teoría ponderativa. La estructura de la ponderación.p.35

identificar un valor o un principio. Pero tampoco se define qué es un valor o qué es un principio.

Los textos constitucionales tienen un compromiso moral propio del contexto en el cual surge o se aplica o que la moral incida en el contenido del derecho, es algo que ningún positivista negaría; como tampoco podemos negar que los jueces tengan su ideología. El problema se presenta cuando la terminología jurídica es oscura, llena de vaguedades y ambigüedades, y sumado a ello la pretensión de positivizar valores y principios en el texto jurídico, obliga a los jueces a remitirse cada vez más a niveles más abstractos. Dentro de ese “limbo” de valores y principios aparece la teoría argumentativa de Alexy para poder “pesar” los principios.

5.3 PARADIGMAS JURIDICO CONSTITUCIONALES.

Los nuevos modelos teóricos que se formulan frente al dilema histórico del Derecho deben tener la capacidad de unir la investigación empírica con las construcciones teóricas a fin de no permanecer en el análisis puramente formal centrado en las normas de códigos y leyes que no proporcionan una imagen correcta de lo que es el derecho sino explorar la necesidad de elaborar teorías socio jurídicas con un nivel de complejidad mayor que el de las teorías tradicionales.

El desarrollo teórico que se apoya en los conceptos de reflexividad y auto regulación aplicados al derecho moderno evolucionan hacia un modelo más complejo y más integro, que permite explicar el cambio de una sociedad a otra y sobre todo que el incremento de complejidad de la sociedad en su conjunto cuente con una adaptación de la función que el derecho desempeña. La complejidad de las teorías jurídicas modernas impide en ocasiones expresar adecuadamente las realidades sociales contemporáneas por eso el surgimiento de nuevos paradigmas y de nuevas teorías del Derecho que construyan realidades socio jurídicas en un lenguaje más asequible que permita su comprensión, y el debate teórico el manejo de una nueva racionalidad que no se encuentran en las explicaciones dogmáticas.

5.3.1. PARADIGMA DEONTOLOGICO DE ADJUDICACION CONSTITUCIONAL

El paradigma deontológico de la adjudicación es formulado por Duncan Kennedy quien formula su teoría de la adjudicación y la reproducción de las desigualdades sociales en los procesos judiciales, conformando una sociología del derecho contemporáneo, en la que se evidencia el desfase entre la práctica jurídica y social y la teoría y dogmáticas jurídicas. Considera que el pensamiento jurídico, aunque radicalmente moderno, y con la articulación de elementos postmodernos y críticos en la teoría del Derecho es una tarea por hacer para darle coherencia interna del derecho, clarificar la función ideológica del dogma de la neutralidad judicial y neutralizar los argumentos de conveniencia en las decisiones judiciales.³⁹⁰

³⁹⁰KENNEDY Duncan. Libertad y restricción en la decisión y judicial. Bta. Siglo de hombre editores. paginas. 34 a 42

Duncan Kennedy se refiere a la coherencia del Derecho y la neutralidad de los jueces como cuestiones que ocupan la crítica jurídica pues estos dos aspectos están correlacionadas y son mutuamente dependientes. Quienes defienden el paradigma dominante es decir el de la coherencia interna, también tienen enfoques diferentes que van desde el positivismo y el iusnaturalismo, hasta los formalistas y conceptualistas como Hart, Austin y Dworkin, que en sus obras el concepto de Derecho y el imperio del Derecho debaten con los estudios críticos del Derecho, sobre dicha coherencia, aun desde ángulos diferentes.

Las teorías críticas como el realismo jurídico y el movimiento de los Critical Legal studies, señalan los límites de la lógica y la coherencia del Derecho y abren espacio a diversas propuestas. El movimiento del CLS ante todo censura y evidencia las creencias prácticas e instituciones arraigadas que reproducen las relaciones de desigualdad existentes en la sociedad. Se refieren a la fe en la coherencia del Derecho y su aplicación neutral por los jueces. Frente a esto promueven transformaciones jurídicas y culturales que aseguren una mayor igualdad social.

Los estudios críticos del derecho pasaron por una etapa inicial, en la que subrayaron la indeterminación y las contradicciones internas del Derecho así como su función en el mantenimiento del Status Quo. Posteriormente en su rechazo al enfoque estructuralista aplicaron la crítica deconstructiva a las doctrinas jurídicas tradicionales y en la actualidad se representan tendencias claramente diferenciadas que se dispersan en diferentes enfoques intelectuales como el feminismo, el multiculturalismo, la teoría crítica de la raza, y el postcolonialismo.³⁹¹

La crítica de la adjudicación de Kennedy muestra las inconsistencias internas de las teorías liberales sobre la neutralidad judicial y sobre todo su inadecuación en la práctica judicial cotidiana. Esta crítica pretende desestabilizar las teorías constructivistas que afirman la diferencia entre la legislación y la adjudicación, entre la política y el Derecho, subrayando la mezcla inevitable entre legislación y adjudicación, entre Derecho y política evidenciando al carácter ideológico y los efectos políticos de la labor de los jueces.

Se destaca el papel del Derecho y la teoría jurídica en la conservación del status Quo, especialmente el discurso sobre la coherencia del Derecho y la neutralidad judicial, para legitimar la aplicación del poder estatal. Muestra como las reglas establecidas estructuran la vida pública y privada otorgando poder a unos grupos en detrimento de otros, reproduciendo los sistemas jerárquicos que caracterizan la sociedad. Por otra parte el sistema jurídico contiene lagunas, conflictos y ambigüedades que son resueltos por los jueces según su proyecto ideológico.³⁹²

La negación de la indeterminación del Derecho y del carácter ideológico de la adjudicación funciona como una especie de cortina de humo que cubre con un manto de legitimidad y de necesidad, las reglas y las prácticas jurídicas. El discurso

³⁹¹ KENNEDY Duncan. Libertad y restricción en la decisión y judicial. Bta. Siglo de hombre ed . paginas. 34 a 42

³⁹² IBID. Página 57

de la coherencia y la neutralidad hace parecer justo y natural el funcionamiento del sistema jurídico que favorece los intereses de los grupos, que cuentan con mayor información y con mayor poder económico para defender sus intereses.³⁹³

Al hacer el recuento de las discusiones y del debate político en la teoría social y en la discusión jurídica, se pueden evidenciar los contenidos que enseñan los profesores de Derecho a los futuros abogados sobre la naturaleza de las herramientas que utilizarán para resolver los problemas jurídicos, haciendo una fenomenología de la decisión judicial. Se observa que toda la experiencia del Derecho es suficientemente similar, para que el resultado final sea muy parecido.

La manera como se percibe, la legalidad puede variar según las convicciones y la ideología. La ley es indeterminada pero el juez la determina como resultado de una libre opción ética o política. La norma legal puede parecerse objetiva, pero al siguiente instante puede parecerse manipulable, dependiendo todo de la argumentación jurídica.³⁹⁴

Los aportes de Duncan Kennedy forman parte de los estudios críticos del Derecho constituido por los trabajos de un número considerable de autores sobre diversos temas jurídicos, que si bien no son un sistema teórico, si forman parte de un movimiento opuesto a las grandes teorías tradicionales, que conforman la dogmática y la teoría dominante respecto de un tema jurídico específico. Los estudios críticos del Derecho ponen al descubierto el sentido político de la práctica cotidiana de los jueces y de los juristas que crean el Derecho y demuestran la indeterminación de la doctrina jurídica haciendo ver que cualquier conjunto de principios jurídicos puede ser usado para conseguir resultados opuestos.

Puntos de vista diversos se evidencian cuando Foucault estudia el Derecho estatal y expresa que este es la continuación de la guerra, idea que proviene de las de las hipótesis de Nietzsche³⁹⁵ considerando que la normalización social se realiza a través de dispositivos ajenos al Derecho, el infra derecho y dejando atrás el papel del derecho como normalizador social. Por su parte los planteamientos teóricos sobre este paradigma formulados por Duncan Kennedy fundamentados en la investigación psicológica de la teoría de la Gestalt, evidencian la complejidad de la realidad, y el papel del Derecho en ella.³⁹⁶

En la aplicación del Derecho las tradicionales teorías sobre la argumentación jurídica solo consideran lo que se denomina Adjudicación, dejando de lado la resolución de problemas jurídicos en los que se involucran procesos de mediación y negociación, y otros modelos de racionalidad práctica, racionalidad discursiva o racionalidad estratégica, lo que significa un acercamiento de la argumentación en el ámbito de la creación legislativa. La argumentación no tiene que limitarse de

³⁹³ IBID página. 58

³⁹⁴ **KENNEDY Duncan.** Libertad y restricción en la decisión y judicial. Bta. Siglo de hombre editores. paginas. 91-92 y 222

³⁹⁵ **FOUCAULT, Michel.** Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión. México: Siglo XXI. Editores. 2004

contexto de la justificación, sino que debe extenderse a un ámbito heurístico y práctico, es decir, incluir el plano de la descripción y el de la prescripción.³⁹⁷

5.3.2. PARADIGMA DE LA REDISTRIBUCIÓN Y EL RECONOCIMIENTO

Una de las aplicaciones del paradigma consensual es el proceso fundamental del reconocimiento de las diferencias que implica dar a cada quien lo suyo, vieja definición de la justicia. La justicia es equidad en el trato de todas las diferencias. Dada la ausencia de una sola concepción del bien común, previamente consensuada por la tradición, en la democracia moderna sólo puede establecerse un consenso sobre concepciones y programas diferentes en los que pueda lograrse una convergencia de intereses; Solo el diálogo racional acompañado de la voluntad de cooperación actuando sobre la base del principio de igualdad en el reconocimiento de las diferencias puede lograr la obtención de un consenso racional en el que la democracia consensual, genere soluciones institucionales para problemas comunes.

La reflexión contemporánea sobre la justicia, cuando han perdido viabilidad histórica los ideales socialistas, pasa por el pensamiento de Nancy Fraser al caracterizar: 1. La ausencia de un paradigma progresista capaz de convertirse en alternativa confiable para el cambio social. 2. Para el reconocimiento de la diferencia cultural, sobre las exigencias de igualdad social. 3. La forma en que el liberalismo económico exagera globalmente las desigualdades sociales.

Estos tres elementos son cuestionados y contrapuestos a las alternativas provisionales, capaces en la actualidad de formular una política progresista en la que haya una crítica a la defensa del pensamiento normativo programático y comprensivo en contraste con la confianza que por el sistema jurídico presentan las teorías deconstructivas y el postmodernismo.³⁹⁸

El dilema de la justicia entendida ya sea como redistribución o reconocimiento es en el primer caso la lucha por las demandas sociales, agrupadas bajo el rotulo de la igualdad social, y en el segundo caso el reconocimiento como la valorización de la diferencia de las identidades culturales. La crítica se orienta a mostrar la equivocación de situar la justicia en alguno de los dos extremos: como un asunto de igualdad social o como un asunto de reconocimiento cultural. Se observa la tendencia de los movimientos sociales contemporáneos a privilegiar el reconocimiento sobre la redistribución perdiendo de vista las diferencias culturales sobre las bases de la igualdad social.³⁹⁹

Los debates sobre la justicia han de interrumpirse, dadas las posiciones extremas y su incapacidad para resolver los conflictos, el problema sería por una parte tratar con equidad a individuos o grupos diferentes afirmando que no hay reconocimiento

³⁹⁷ **ATIENZA Manuel** Teoría de la argumentación jurídica. OP. Cit. 1996. Página 110 Páginas 217

³⁹⁸ **FRASER Nancy** "Justicia Interrupta". Bta. Siglo del hombre editores 2007 páginas 1 y 5

³⁹⁹ **IBID** Página 17

sin redistribución, cuando es observable la tensión entre los polos y las múltiples perspectivas sobre los mismos, en relación con asuntos como género, raza, clase y orientación sexual. Con la noción unitaria de esfera pública se propone la exploración de espacios contra-hegemónicos de participación política, cuestionando las líneas divisorias entre las esferas públicas y privadas frente a las alternativas para la igualdad social y el reconocimiento.

Una revisión de las teorías contemporáneas sobre la justicia, advierte los peligros de la creación de falsas antítesis que generen compromisos políticos y elementos para diferenciar entre las opciones positivas y negativas del cambio social pues ante todo se trata de construir una teoría política contemporánea con las bases para un paradigma político progresista que permita articular en nuestros términos la justicia social cultural y económica, abriendo las puertas al advenimiento de una democracia radical que incluya no solo el reconocimiento sino la redistribución.

La presencia de estos paradigmas o enfoques de pensamiento propios de la condición pos-socialista muestra ante todo la ausencia de un proyecto emancipatorio amplio y aplicable a pesar de la proliferación de frentes de lucha. Debido a la polarización entre las políticas culturales de reconocimiento y las políticas sociales de redistribución estas metas parecen lejanas, particularmente por el claro alejamiento de las pretensiones de igualdad frente a la agresiva mercantilización y el agudo crecimiento de las desigualdades materiales.⁴⁰⁰

Es necesaria una teoría crítica de reconocimiento que distinga aquellas causas, que no vayan con la igualdad social, teniendo en cuenta que los teóricos de la justicia distributiva, ignoran la política de identidad y los teóricos del reconocimiento ignoran la redistribución, como si la problemática de la diferencia cultural no guardara relación alguna con la problemática de la igualdad social. La propuesta se orienta a integrar lo social y lo cultural, lo económico y lo discursivo, es decir conectar la teoría de la justicia cultural con la justicia distributiva, sobre la base de que la política cultural del reconocimiento sin suplantarse la política social de la redistribución, sino reorientarlas hacia su integración.⁴⁰¹

El esfuerzo por contextualizar el multiculturalismo, el antiesencialismo y la democracia radical, deben integrarse para que la redistribución económica vaya de la mano con el reconocimiento multicultural. Se acepta que las injusticias de distribución, por lo que resalta imposible enfrentar adecuadamente las primeras si las aísla de las segundas. De todas formas la democracia radical no puede dirimir el problema de la identidad y la diferencia, si no abandona el terreno de la política de la identidad. Es necesario ubicar la política cultural en relación con la política social y vincular las exigencias de reconocimiento con las exigencias de redistribución.⁴⁰²

⁴⁰⁰ IBID Página 7

⁴⁰¹ FRASER Nancy "Justicia Interrupta". Bta. Siglo del hombre editores 2007 página 10

⁴⁰² IBID Paginas 230-231

Los nuevos paradigmas del Derecho contrapuestos al Derecho formal no aceptan derechos subjetivos naturales sino que intentan guiar la acción del hombre redefiniendo y redistribuyendo los derechos de propiedad frente a la crisis de legitimación en el capitalismo organizado. El derecho no debe ser instrumental y menos una herramienta de dominación, sino un mecanismo de autorregulación. Aparece aquí la noción de democracia organizativa que involucra mecanismos participatorios en varios subsistemas sociales, con un modelo de dialogo pragmático para una cooperación eficaz entre, Economía, política y sociedad.

Son tres las dimensiones de la teoría de la justicia, que Nancy Fraser identifica en su última obra, escalas de la justicia: la redistribución en la esfera económica, el reconocimiento en el ámbito socio-cultural y la representación en lo político. En estas escalas el componente reflexivo tiene un papel relevante para distinguir el Derecho como medio y el Derecho como institución necesaria para solucionar los problemas de legitimación social, y reconocimiento de la alta diferenciación social, en la que el papel del Derecho está centrado en decisiones, regulaciones y establecimiento de premisas estructurales para decisiones futuras en cuanto a organización procedimiento y competencias.

La lucha por el reconocimiento' se está convirtiendo rápidamente en la forma paradigmática del conflicto político en los últimos años. Las exigencias del 'reconocimiento de la diferencia' alimentan las luchas de grupos que se movilizan bajo las banderas de la nacionalidad, la etnia, la 'raza', el género y la sexualidad. En estos conflictos, la identidad de grupo sustituye a los intereses de clase como mecanismo principal de movilización política. La dominación cultural reemplaza a la explotación como injusticia fundamental. Y el reconocimiento cultural desplaza a la redistribución socioeconómica como remedio a la injusticia.

Los nuevos paradigmas adoptan esquemas deconstructivos conectados a la realidad social que le permiten asumir su propia realidad. Gracias a este enfoque el Derecho, cuenta con la realidad, que lo modifica, la regula y a su vez se ve modificado por ella como una respuesta a las sociedades altamente diferenciadas de nuestro tiempo en las que el Derecho necesita ámbitos de comunicación especializados para controlar por si mismos sus propias reglas de funcionamiento.

En este proceso es necesario el reconocimiento de las diferencias que implica dar a cada quien lo suyo, vieja definición de la justicia. La justicia es equidad en el trato de todas las diferencias. Dada la ausencia de una sola concepción del bien común, previamente consensuada por la tradición, en la democracia moderna sólo puede establecerse un consenso sobre concepciones y programas diferentes en los que pueda lograrse una convergencia de intereses. El dilema histórico que enfrenta el derecho en la actualidad es decidir entre el carácter deontológico o el axiológico de la decisión judicial, en términos de "decisiones justas para todos" o de "decisiones buenas para algunos" paradigma iusfilosofico de Habermas en el campo de la filosofía del Derecho y de la teoría jurídica contemporánea.

Habermas propone un modelo sociológico de política deliberativa de doble vía para que el juez constitucional no siga los modelos democráticos que viene asumiendo, sino que opte por el modelo sociológico, de democracia deliberativa o de opinión pública en la que no bastan los procedimientos democráticos ni la voluntad de las mayorías sino la deliberación ciudadana, en su dinámica comunicativa de la esfera pública, es decir una perspectiva deontológica de decisiones judiciales “justas para todos”.

El nuevo paradigma constitucional se sustenta sociológicamente, en la perspectiva deontológica de decisiones justas para todos, frente a decisiones buenas para algunos que deslegitiman al sistema jurídico y político, en la justicia constitucional y contrasta con la teoría de la respuesta correcta Dworkiniana que se opone a la teoría de la ponderación de Alexy, las cuales representan soluciones solo en la medida en que encarnan la perspectiva deontológica, y no se quedan solo en la visión sociológica del Derecho.⁴⁰³

Considera Habermas, que los órdenes jurídicos concretos representan no solo distintas variantes de la realización de los mismos derechos y principios sino que reflejan paradigmas jurídicos también distintos. En tal sentido un paradigma jurídico explica, con la ayuda de un modelo de la sociedad contemporánea, la manera como han de manejarse los principios del Estado de Derecho y los Derechos fundamentales, cuando se trata de la aplicación de decisiones justas para todos y no solo para algunos. Un modelo social del derecho representa una teoría implícita o un paradigma que de la sociedad tiene el sistema jurídico. El paradigma jurídico implica un entorno del modelo social en el marco del cual pueden entenderse y realizarse los derechos fundamentales y los principios del estado para que las decisiones judiciales sean justas para todos, en el contexto de una comprensión procedimental del Derecho

Los dos paradigmas jurídicos que más consecuencias han tenido en la historia del derecho moderno, son el derecho formal Burgués y el Derecho que se materializa en el Estado social, paradigmas que discriminan en el momento de proferir las decisiones judiciales, el concepto de justicia aplicado en ellas, para el primer caso la justicia conmutativa y para el segundo caso la justicia social, en la cual se debe reproducir el paradigma respectivo; En el paradigma del estado social, la función de aplicación de las leyes no solo la ejercen las instancias de administración de justicia, en el horizonte de la dogmática jurídica, sino que es necesario aligerar la tensión entre la seguridad jurídica y la pretensión de estar dictando decisiones correctas, en el marco de las cuales opera la racionalidad expresada en las decisiones judiciales.⁴⁰⁴

El problema de las decisiones justas para todos, tiene que ver con una teoría filosófica de la justicia, que ya en el lenguaje normativo, justificando los principios

⁴⁰³MEJIA Q. Oscar. El Dilema Histórico de la Decisión Judicial: La teoría del Derecho de Jürgen Habermas REVISTA PANAMEÑA DE POLÍTICA - N° 14, Julio - Diciembre 2012, páginas 67 a 102.

⁴⁰⁴RUIZ, Alicia E. C: “La ilusión de lo jurídico” Parte II de Aspectos ideológicos del discurso jurídico. En Materiales para una teoría crítica del derecho, Abeledo-Perrot, Bs. As. 1991. pp 27-35

de una sociedad ordenada se plantea el problema de cómo poner en contacto la idea y la realidad, de tal forma que la tensión entre Facticidad y validez penetre en la propia racionalidad del derecho, que al satisfacer su pretensión de legitimidad cumpla los requisitos de proferir decisiones consistentes y racionalmente aceptables, que no son otra cosa sino decisiones justas para todos.⁴⁰⁵

El problema de la racionalidad de las decisiones judiciales, consiste básicamente la armonización de la seguridad jurídica y la rectitud o corrección normativa. La comprensión paradigmática del derecho propuesta por Habermas, permite entender que los paradigmas si son aplicables en el aspecto procedimental de tomar decisiones justas para todos, pues ellos contienen descripciones generalizadas de situaciones que involucran la indeterminación del derecho, en las cuales es pertinente aplicar elementos paradigmáticos que constituyen el modelo social conformado por un conjunto de principios aplicables en la línea del respectivo paradigma mencionado como Estado social.

La jurisprudencia no puede ignorar su propio modelo social en la toma de decisiones justas para todos, pues la comprensión paradigmática del derecho, es un esquema orientador para no actuar a espaldas de los implicados en la práctica jurídica y sobre todo cuando los jueces deciden procesos que involucran componentes sociales, que operan sobre los patrones de expectativas y mecanismos de integración que constituyen la comunidad, y decisiones en las cuales no se puede ignorar la estructura socioeconómica y la justicia social.

El dilema histórico que enfrenta el derecho en los tiempos actuales: el carácter deontológico o axiológico que la decisión judicial tiene que perseguir en términos de “decisiones justas para todos” o de “decisiones buenas para algunos”. Para ello zanja una discusión entre Dworkin y Alexy, al mostrar que los dos representan soluciones opuestas y enfrentadas a esta disyuntiva histórica, en la medida que el primero –en la línea de Rawls- encarna la perspectiva deontológica y el segundo, por el contrario, la perspectiva axiológica del derecho, oponiendo y clarificando así las diferencias y distancias entre la justicia y el derecho.⁴⁰⁶

Superar los paradigmas del Estado liberal y del Estado social, permiten un desarrollo evolutivo de los sistemas jurídicos occidentales, como una respuesta a sus grandes contradicciones y a su crisis en la actualidad. La incorporación de la noción de paradigma en el ámbito de la ciencia ha generado impacto en las concepciones del mundo de las ciencias sociales, y en especial del Derecho, buscando ante todo, el pluralismo jurídico, la democratización de la justicia, y la equidad en la vida política social y económica.

Conceptualizar la decisión judicial en el marco de la creciente internacionalización de la justicia y las nuevas dinámicas democráticas resulta de interés en la actualidad por un lado dada la relevancia heurística del concepto de formalismo y

⁴⁰⁵ HABERMAS Jürgen Facticidad y Validez. Madrid Trotta. Pp 263 a 269

⁴⁰⁶ HABERMAS Jürgen. “Paradigmas del Derecho en: Facticidad y Validez” Barcelona. Pág. 469-512.

por otro la dinámica entre Estado y derecho en el análisis de la racionalidad legal y de las decisiones judiciales en temas de derechos humanos para determinar en qué sentido el realismo en su versión contemporánea, los estudios críticos del derecho (Kennedy), nos permiten articular a nivel metodológico y conceptual esta dimensión legal de lo político con otras dimensiones.⁴⁰⁷

La existencia de puntos de vista diferentes sobre los mismos materiales jurídicos y los mismos hechos, la pluralidad de formas argumentativas, de fuentes, de normas y de principios aplicables a los mismos hechos, y asimismo, la continuidad entre las decisiones y las políticas se podría pensar que, de algún modo, se pone en jaque la idea de una coherencia del orden jurídico, la idea de una distinción tajante entre creación y aplicación del derecho es decir el rol de juez en la decisión judicial.⁴⁰⁸

El interrogante se orienta a determinar la forma en que se construye la decisión judicial como objeto de investigación, en el interior del campo jurídico: Se trata de establecer si los jueces realmente son aplicadores e intérpretes imparciales, de normas jurídicas según una lógica puramente legal y si existe una solución unívoca para cualquier caso judicial. En igual sentido se cuestiona si los sistemas jurídicos son autosuficientes, coherentes y sin vacíos que den lugar a interpretación. Estos interrogantes planteados desde la teoría legal contemporánea, son retomados por los estudios críticos del derecho. El trabajo de Duncan Kennedy, uno de sus representantes, nos permite trazar puentes entre la teoría legal y la mirada socio-legal: a partir de su estudio sobre la libertad y restricción en la decisión judicial elabora una suerte de “fenomenología crítica”, como él la llama en el título, del trabajo de los jueces.⁴⁰⁹

La decisión judicial es parte del proceso por el cual una ley se hace efectiva, tiene como premisa el reconocimiento y la formulación pública de la ley. La existencia de códigos explícitos, autoridades judiciales y funcionarios especializados en vigilar el cumplimiento de la ley y castigar su infracción permite identificar el proceso de decisión y aplicación del derecho. Este proceso implica en el pensamiento clásico legal la imagen del juez neutral como símbolo social de la imparcialidad, imagen paradigmática de la coherencia.

5.3.3. PARADIGMA DISCURSIVO PROCEDIMENTAL.

La comprensión paradigmática del Derecho, en las condiciones de una sociedad compleja, no puede caracterizarse, sin la aplicación del paradigma discursivo procedimental, pues tanto el paradigma liberal como el paradigma del estado social, privilegiaron sus respectivas formas de derecho, el derecho formal y el

⁴⁰⁷ ⁴⁰⁷ **KENNEDY, Duncan** Libertad y restricción en la decisión judicial: Una fenomenología crítica. Bogotá: Siglo del Hombre Editores. 1999 pagina 132.

⁴⁰⁸ **GUTHMANN Yanina** “LA DECISIÓN JUDICIAL Y LO POLÍTICO. UNA MIRADA SOCIO-LEGAL. Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones “Ambrosio L. Gioja” - Año VI, Número 9, Invierno 2012 Pagina 62

⁴⁰⁹ **KENNEDY, Duncan** (1999). Libertad y restricción en la decisión judicial: Una fenomenología crítica. Bogotá: Siglo del Hombre Editores pagina 132.

Derecho material. Por eso si los afectados no están informados y no son capaces de invocar la protección jurídica garantizada por el debido proceso, para que la teoría discursiva del derecho, determine su legitimidad con la ayuda de procedimientos y presupuestos comunicativos.⁴¹⁰

El paradigma discursivo procedimental del Derecho es fundamental para la determinación de cómo puede desarrollarse y articularse en las sociedades complejas, el Estado democrático de Derecho, pues dicho paradigma, determina el auto comprensión de las elites, que manejan el derecho como expertos, considerando que a largo plazo el procedimiento democrático de producción legítima de derecho tiene una vital importancia.

La concepción Habermasiana de los paradigmas del Derecho detecta algunos problemas innegables en los que llama paradigma liberal y social del Derecho, e intenta solucionarlos mediante un tercer paradigma, el paradigma procedimental del Derecho. Se trata de un modelo que se postula para solucionar los problemas previamente detectados en los paradigmas existentes mediante la generación de una realidad deseada. Es necesario avanzar hacia la formulación de un paradigma que afronte los problemas más relevantes de la sociedad actual, relacionados con las diferentes concepciones de la justicia, la democracia y la legitimidad, que no es otro sino el paradigma consensual discursivo, basado en la democracia deliberativa, que le imprima nuevos contenidos morales, procedimentalistas y discursivos.⁴¹¹

La teoría de Habermas sobre la procedimentalización del derecho se presenta como una propuesta compleja tal y como es la realidad de las sociedades a las que se refiere. El paradigma procedimental trata de evitar las debilidades tanto del paradigma liberal como del social, y concibe al Derecho a partir de una comprensión procedimental del mismo que pone el acento en la conexión existente entre la autonomía privada y la pública.⁴¹²

Las sociedades complejas viven en una crisis del Estado de Derecho, que se puede describir como una atrofia de la validez de la Constitución. La teoría comunicativa de la sociedad concibe al sistema político del Estado de Derecho como un sistema más entre otros sistemas de acción. La crisis del Estado de Derecho parece ser una instrumentalización del Derecho para fines de regulación política que sobre exige la estructura del medio jurídico y disuelve la vinculación de la política a la realización del Derecho.

Habermas define cuatro estrategias teóricas complementarias. La ley es concebida como único medio para reconstruir el vínculo social desintegrado. Por ello, la reconstrucción discursiva de la ley y de la democracia constitucional -fundada en un nuevo paradigma procedimental, reflejo en ambos casos del poder comunicativo

⁴¹⁰HABERMAS Jurgen "Facticidad y Validez". Madrid Trotta. Pp 263 a 269

⁴¹¹FRASER Nancy. Pensando de nuevo en la esfera pública. Una contribución a la crítica de las democracias existentes. En: Iustitia Interrupta, Siglo del hombre editores. Bogotá 1997 p. 107 108.

⁴¹²HABERMAS Jurgen Facticidad y Validez. Madrid Trotta. Pp 263 a 269

de la opinión pública-, constituye la opción más apropiada para resolver las dicotomías entre sistema y mundo de la vida, hechos y normas, así como los problemas de legitimación característicos de las sociedades contemporáneas, liberales y tradicionales.⁴¹³

El paradigma discursivo-procedimental del derecho se impone como vía alterna a la "crisis contemporánea del derecho" que la disputa entre los dos paradigmas mencionados ha generado en el discurso legal y cuya exploración ha dejado de ser una búsqueda "intuitiva" para convertirse en un objetivo explícito de la teoría jurídica. Objetivo alimentado no sólo por un afán académico sino por la convicción de que sólo un nuevo paradigma del derecho puede lograr la integración social que las sociedades complejas perdieron y evitar, así, las soluciones violentas. El dilema en que se debate el derecho es, pues, de trascendencia histórica⁴¹⁴

El paradigma discursivo-procedimental debe conciliar los resultados del paradigma del estado de bienestar y de la perspectiva deontológica. La interpretación constitucional legítima prioriza lo que es igualmente justo para todos más que lo que es bueno para unos desde un punto de vista determinado. La revisión judicial derivada del sentido del paradigma discursivo-procedimental debe apuntar a la rectificación de injusticias antes que a la solución de disfunciones procedimentales. El paradigma procedimental compele a que el procedimiento sea filtrado por el principio discursivo pues la ausencia de contricciones antimayoritarias pueden perpetuar oficialmente sanciones contra las minorías sociales, representadas o ausentes, en los espacios legislativos.⁴¹⁵

Bajo el paradigma discursivo-procedimental la legitimidad de la norma legal es determinada en términos contra fácticos de reconstrucción del proceso legislativo. Desde la perspectiva del juez, la aplicación de una norma legal exige simultáneamente su predicabilidad legal y su justicia. La decisión judicial, para ser legitimada, debe contribuir a la estabilización de las expectativas de los diferentes grupos sociales pero también a propiciar la justicia social entre todos. El criterio de legitimidad cambia así sustancialmente desde la perspectiva discursiva.⁴¹⁶

En la regulación del ciclo del poder en las sociedades complejas en el Estado de Derecho, la legitimación juega papel importante para una teoría de la democracia, una teoría del derecho y una teoría de la sociedad. La teoría de la democracia articula la teoría del derecho y la teoría de la sociedad en este enfoque que se denomina paradigma procedimental del Derecho que involucra un concepto procedimental de democracia, del que depende la producción legítima del derecho, en los procesos políticos que resultan eficaces para la legitimación. Los ciudadanos comparten los compromisos de resolver los problemas de elección colectiva mediante el razonamiento público y tiene a sus instituciones básicas por

⁴¹³MEJIA Q. Oscar. La Teoría del Derecho y la Democracia en Jürgen Habermas: En: Revista IDEAS Y VALORES.No. 103 Bogotá Abril de 1997.Página 32

⁴¹⁴ Ibíd. Página 48 y Pagina 103.

⁴¹⁵HABERMAS Jurgen Facticidad y Validez. Madrid Trotta. Pp 263 a 269

⁴¹⁶HABERMAS J. OP.Cit. Pag. 409

legítimas en la medida en que estas establecen un marco para la deliberación pública libre.⁴¹⁷

5.3.4. PARADIGMA JURIDICO DEL DERECHO REFLEXIVO.

El Derecho reflexivo es una desformalización del Derecho en la que los afectados por la propia regulación son los encargados de crear las normas reguladoras que controlen su actuación dentro del marco fijado por el legislador. La dimensión reflexiva aplicada al Derecho se refiere a la visión interna del ordenamiento legal analizado en sí mismo con fundamento en estudios empíricos que permitan acercarse a su propio funcionamiento y articulando la investigación empírica con las construcciones teóricas. La reflexividad se aleja del análisis puramente formal centrado en las normas de códigos y leyes que no proporcionan una imagen correcta de lo que es el Derecho y busca ante todo explorar la necesidad de construir nuevas teorías socio jurídicas con un nivel de complejidad mayor que el de las teorías tradicionales.

La reflexividad y la auto-regulación se apoyan en elementos materiales y reflexivos que aplicados al Derecho moderno permiten su reconstrucción y su evolución hacia un modelo más complejo y más integro, que permita explicar el cambio de una sociedad a otra, con fundamento en el incremento de complejidad de la sociedad en su conjunto y de la adaptación de la función que el Derecho desempeña en el conglomerado social.

Los procesos reflexivos son básicamente procesos de auto regulación legal en el contexto de la construcción de modelos de la realidad social. Los nuevos paradigmas utilizan y desarrollan solo el conocimiento necesario para el control de los procesos autoregulatorios en diferentes contextos, de tal forma que la producción de esos modelos es lo más importante en el desarrollo evolutivo del Derecho y es de gran utilidad y eficacia especialmente en sociedades funcionalmente diferenciadas, que pretenden no dejarse representar, sino sujetarse a unas reglas que ellas mismas se autoimponen, por la misma vía del Derecho.⁴¹⁸

Teubner, propone que el derecho en su funcionamiento debe partir de la toma de conciencia de que antes de regular la sociedad, el Derecho ha de partir del conocimiento objetivo, del modo de funcionar esa sociedad, modo que el propio Derecho ha de asumir y no puede por sí mismo modificar. Esto significa que es necesario neutralizar la política y su arsenal jurídico, para asegurar una sociedad armónica, lo cual en palabras de Habermas debe lograrse, con adecuados mecanismos de la acción comunicativa, pues según él la fuente Primaria que

⁴¹⁷VELASCO, Juan Carlos "Acción comunicativa y teoría social", En Para leer a Habermas, Alianza Editorial, Madrid, 2003 págs. 29-50.

⁴¹⁸GUNTHER Teubner. BOURDIEU Pierre. La fuerza del Derecho. Siglo del hombre editor. Bogotá, Universidad de los Andes, 2002 Paginas 96 y ss.

posibilita el orden social, y por tanto la existencia de la sociedad, como lo realiza el lenguaje, en la comunicación lingüística.⁴¹⁹

Gunther Teubner, tomando en cuenta las ideas comunes de las teorías neo-evolutivas del derecho planteadas por Nonet y Selznick, Habermas y Luhmann, toman como punto de partida la crisis actual del Derecho, para señalar que la época actual marca la transición de una sociedad estratificada a una sociedad funcionalmente diferenciada y consideran que se requiere una transición paralela en el orden legal, dotada de una mayor abstracción, pensamientos funcionales y auto reflexión del sistema legal.⁴²⁰

Sobre la base de un sistema de participación se adoptan adecuados procedimientos de consenso y decisión colectiva, de tal forma que se estaría reemplazando así en la justificación y configuración del Derecho, la intervención de sistemas sociales funcionalmente diferenciados.⁴²¹ Este enfoque del derecho solo puede formarse en el contexto de una cultura política enmarcada en el ejercicio de las libertades y de una opinión pública liberal, más o menos discursiva, generada en controversias abiertas y capaz de movilizarse, por encima de los filtros institucionales.⁴²²

Los diferentes elementos que funcionan como patrones de autorregulación a nivel grupal y social participan en la autorregulación de la conducta cuando son asumidos por el individuo, cuando han sido previamente internalizados y forman parte de su subjetividad a través de elementos de su psiquismo, de lo contrario tendrán un carácter formal, y sólo participarán en la regulación de la conducta ante situaciones de control o presión externas.

El Derecho reflexivo trata de recuperar la legitimidad normativa y formular una teoría jurídica que pueda resultar cargada de contextualidad, y sobre todo de autocomposición en un claro proceso de autoconocimiento, autopoiesis y auto-referencialidad. Se trata de una racionalidad reflexiva que enfatiza una subjetividad centrada en dimensiones no estructuradas, en la que se reemplaza la tradición por la decisión involucrando niveles amplios de concentración en un mundo complejo en el que la acción humana es relevante en términos de construcción e incertidumbre.⁴²³

La posibilidad de que las normas puedan tener un significado diferente al que normalmente se asume; depende del contexto en que se produce y usa, especialmente cuando se aplican reglas y actos específicos, que incluyen ciertos procesos de razonamiento más allá de las especificaciones de las reglas mismas. Cuando estos procesos de razonamiento varían, los individuos involucrados

⁴¹⁹HABERMAS, Jürgen. Facticidad y validez Op.cit. Página 469 -470

⁴²⁰NONET Philippe Y SELZNICK Philip. Law and Society in transition. Toward responsive Law press Harper. N.Y 1987.

⁴²¹TEUBNER Gunther. Op. Cit. Página 64

⁴²²SÁNCHEZ Hernández Arturo José."La autorregulación a nivel social desde una perspectiva cibernético axiológica.". Humanidades Médicas, Vol 6, No 16, Enero - Abril de 2006.

⁴²³COTILLO, P.Alberto.Contextualidad y verificabilidad en el discurso científico.U. Coruña. España.Pag. 18

pueden generar con facilidad descripciones alternativas que pueden considerarse coherentes con ciertos repertorios normativos. Las normas, que en apariencia son consensuadas e interpretadas de modo uniforme, ocultan una realidad informal de interpretaciones divergentes.

La reflexividad del Derecho rompe con los modelos teóricos tradicionales a partir de un concepto protagónico de lo público, simbolizando la dialogicidad con los movimientos sociales y la organización social espontánea, con un ejemplo local, con una clara metodología que no sigue formalidades, para legitimar la organización social de la libertad de abajo hacia arriba, aun contra la ley y con una pretensión de emancipación en cuanto a sus procedimientos, pues se recupera la legitimidad.⁴²⁴

El derecho reflexivo asume, su propio mundo, y su propio concepto de contingencia, con criterios de legitimación, con un horizonte de posibilidades para todos, a partir de un sistema normativo espontáneo, basado en la autorregulación, y la auto referencia, que surja de la periferia y del contacto entre el Derecho y los espacios sociales, al margen de las clásicas condiciones de producción normativa. Este sistema normativo debe ante todo buscar el aseguramiento del Estado de Derecho, por instituciones procedimientos y principios que garanticen los espacios individuales de libertad, que se han logrado a través de la lucha política y la acción de movimientos sociales.

El derecho desarrolla en sus instancias reflexivas una funcionalidad integradora pues la reflexividad dentro de los sistemas sociales es posible sólo en la medida en que los procesos de democratización crean estructuras discursivas dentro de los subsistemas sociales y porque la función primaria de la democratización de los subsistemas sociales no reside ni en la participación individual creciente ni en la neutralización de las estructuras de poder sino en la reflexividad interna de la identidad social. En lugar de la regulación general y profunda de la racionalidad material, el Derecho reflexivo limita la operación legal a formas más indirectas, más abstractas de control social.⁴²⁵

En el Derecho Reflexivo tienen un importante papel las teorías neoevolutivas del Derecho por cuanto presentan distintos pero concurrentes enfoques, de los cuales los más representativos son en E.U. (Philippe Nonet y Philip Selznick, y en el caso de Alemania J.Habermas y N.Luhman en relación con el cambio legal y el cambio social. Los primeros señalan tres estados evolutivos: Derecho represivo, Derecho autónomo y Derecho responsivo, para indicar la crisis del formalismo legal. Los segundos con Luhman también presentan un esquema evolucionista en tres etapas: Sociedades segmentadas, sociedades estratificadas y sociedades funcionalmente diferenciadas, y consideran que la crisis actual del derecho es

⁴²⁴HABERMAS, Jürgen. Facticidad y validez Op.cit. Página 471 -478

⁴²⁵TEUBNER, Günther, Bourdieu, Pierre "La fuerza del derecho", Ed.: Universidad de los Andes, Colombia, Bogotá, 2000, 132-133.

producto de la transición de una sociedad estratificada, a una sociedad funcionalmente diferenciada.⁴²⁶

Teubner presenta una tercera opción a la que denomina Derecho reflexivo y desarrolla una nueva perspectiva, para explicar el cambio en la sociedad y el cambio en el Derecho, mirando la situación actual como una crisis de la evolución social y legal, cuyo punto común de los tres enfoques es la crisis de la racionalidad formal del Derecho, como la característica dominante del derecho moderno, y cuya principal manifestación como ya se dijo es el fenómeno de la re- materialización del Derecho.

Este enfoque se opone al derecho como un sistema de normas Universales, cuya racionalidad reside en quienes administran justicia sin tener en cuenta su aspecto teleológico y su especificidad, que es la racionalidad material, tendencia comúnmente conocida como re materialización del Derecho, la que permite llegar a las esferas a las que antes no era posible llegar, gracias a su especificidad finalista aplicada por ejemplo a la familia o la vecindad, por eso se opone a su racionalidad actual centralizadora, reguladora y universalizante, que no responde a los conflictos que presentan las sociedades occidentales.⁴²⁷

Frente a la complejidad social se hace necesario el desarrollo de un modelo teórico más complejo de evolución legal y social, que involucre la complejidad de la globalización y formule principios organizativos de un ordenamiento legal orientado hacia procesos auto reflexivos en sociedades funcionalmente diferenciadas. Esta dimensión reflexiva del Derecho responde a las exigencias de los cambios que se están dando en la sociedad y por consiguiente en el Derecho, pues se reconstruye una teoría de la evolución legal distinta de los enfoques tradicionales y que el Derecho es al menos un presupuesto para el logro de los valores más esenciales de la vida social. Tiene como punto de partida que los individuos no producen el derecho como un artefacto cultural sino como un proceso comunicativo en que mediante sus operaciones jurídicas los actores humanos usan sus componentes semánticos.

El desarrollo y la evolución legal, no se identifica solo con la aparición de normas principios y conceptos básicos de Derecho sino que involucra el juego dinámico de las fuerzas sociales, las contradicciones económicas más esenciales y las relaciones de poder, en las que el derecho actúa como una institución social autónoma, con su propia dinámica interna, capaz de romper con las fronteras del pensamiento formal mediante el desarrollo de nuevos mecanismos de razonamiento y de participación.

La postura teórica desarrollada por Niklas Luhmann, considera que la sociedad moderna puede ser descrita como un gran sistema social, estructurado

⁴²⁶ TEUBNER Gunther. Elementos materiales y reflexivos en el Derecho Moderno. En La fuerza del Derecho. Siglo del Hombre editores. Traducción. Carlos Morales. Bogotá 2002 Paginas 86-89.

⁴²⁷ IBID Teubner Paginas 18 y 37.

primordialmente sobre la base de una diferenciación por funciones. Todo sistema parcial observa la sociedad a partir de la propia función, es decir el primado de la diferenciación funcional que precisamente explica la importancia de la reorganización de la sociedad bajo los estándares de la diferenciación funcional, pues cada función significa para el sistema una prioridad ante las demás funciones.⁴²⁸

Esta tendencia se aparta del formalismo jurídico, y supone la disolución de la racionalidad formal, teniendo en cuenta que ha demostrado la imposibilidad para lograr su eficacia en las condiciones actuales de la sociedad pero que podría traer como consecuencia no solo restar importancia a los tradicionales valores jurídicos sino también un debilitamiento de la protección del individuo contra la arbitrariedad del Estado. De todas formas se trata de una de las tendencias de las teorías neo-evolutivas del Derecho cuya discusión está centrada en la legalización y deslegalización, como uno de los problemas centrales, del cambio en el derecho y el cambio en la sociedad, esto es el cambio legal y el cambio social.

La autoreferencialidad: La aplicación del concepto de auto-referencia propia del Derecho reflexivo tiene como objeto identificar en la complejidad social, en un sistema que produce y reproduce por sí mismo todos los elementos que lo constituyen, dando lugar a una nueva racionalidad normativa, que determina sus condiciones de legitimación, pues reconstruye los límites tradicionales entre dogmática jurídica y ciencia social, sin que el sistema legal se aleje de su entorno, de tal manera que sus cambios más significativos se configuran primero como construcciones legales de la realidad social y como desarrollos sociales que modulan el cambio legal.⁴²⁹

Esta visión autorreferencial, permite plantear la re materialización del derecho formal y dar paso a una nueva racionalidad, más coherente y sistemática orientada hacia lo material con un alto contenido teleológico, que permita transformar estructuras normativas rígidas en estándares abiertos y reglas que miran hacia los resultados. La racionalidad formal se convierte en un racionalidad material esencialmente finalista, capaz de crear, corregir conformar y rediseñar las instituciones sociales que funcionan como sistemas autoregulatorios, quedando así conformada una racionalidad reflexiva de la estructuración y participación de las instituciones y una racionalidad material de los resultados.

Un sistema autorreferencial es aquel que tiene la capacidad de incluir, la diferencia sistema-entorno, y la diferencia entre identidad y diferencia. La autorreferencia solo puede realizarse, cuando es capaz de identificarse a sí misma, mediante un proceso propio, que involucra la reflexividad, o incluso su propia identidad como sistema, a partir de procesos reflexivos, razón por la cual siempre los sistemas

⁴²⁸LUHMANN, Niclas. Complejidad y modernidad. Madrid Trotta, 1997 1998, Páginas 187 a 190.

⁴²⁹GUNTHER Teubner. BOURDIEU Pierre. La fuerza del Derecho. Siglo delhombre editor. Bogotá, Universidad de los Andes, 2002 Paginas 96 y ss.

autorreferenciales mantienen la diferencia entre identidad y diferencia, para poderse reproducir.⁴³⁰

Los sistemas autorreferenciales son aquellos que tienen la capacidad de controlar, la producción y distintividad de sus elementos como lo hacen los sistemas autopoieticos. Son sistemas que tienen la capacidad de constituir los elementos, a modo de unidades funcionales de tal forma que en las relaciones entre ellos, se pueda presentar la auto constitución teniendo en cuenta que la diferencia en definitiva es irreductible y paradójica.

Ni los sistemas autorreferenciales, ni los autopoieticos, ignoran su entorno, al contrario dependen de Él y se acoplan a Él, dentro de un entramado recursivo de sus propias operaciones, desde las cuales determina lo que le es relevante y lo que le es indiferente. Esta paradójica y compleja combinación de independencia y dependencia ambiental, encierra siempre mayores posibilidades vivenciales, y para subsistir debe tener la capacidad de manejar de algún modo esta complejidad, es decir estar en condiciones de determinar los aspectos del ambiente que le son relevantes para sus propias operaciones y a través de estas para la constitución funcional de sus propios elementos.⁴³¹

La autoreflexividad: Las premisas estructurales para los procesos reflexivos en los distintos subsistemas sociales, no tienen como función la regulación material sino la estructuración organizativa y procedimental de los procesos sociales autónomos; pues tales procesos contribuyen a la integración social en la medida en que logran mediar entre eficacia y función dentro del sistema, mediatizados por las condiciones estructurales de la autoreflexividad legal, mediante el diseño de estructuras organizativas sensibles a los efectos exteriores que permitan maximizar su racionalidad interna.

La autorreferencialidad, y la reflexividad consisten en que tanto el mundo como la sociedad, y especialmente el Derecho solo pueden ser observados y descritos desde dentro, es decir sistemas funcionales que se distinguen a sí mismos de su entorno social y extra social, lo que significa que se trata de sistemas capaces de referirse a sí mismos, de diferenciar las referencias de su entorno y de convertir esta diferencia en el orientador básico de todas sus operaciones. La diferenciación funcional característica de la sociedad moderna, permite efectuar reducciones de complejidad, para incrementar las posibilidades de accesibilidad.⁴³²

Como procesos de auto regulación legal en el contexto de la construcción de modelos de la realidad social, los procesos reflexivos son básicamente

⁴³⁰LUHMANN Niclas. Complejidad y modernidad. De la unidad a la diferencia. Rad. J.Beriain y José MaríaGarcía Blanco. Madrid, Trotta 2010 pagina 11.

⁴³¹ Ibíd. Página 13.

⁴³²HABERMAS, Jürgen. Facticidad y validez Op.cit. Página 460 -463

procedimientos que se utilizan y desarrollan, para lograr el conocimiento necesario en el marco del control de los procesos autoregulatorios en diferentes contextos.⁴³³

Estos procedimientos y los modelos de allí derivados son de gran utilidad y eficacia en sociedades funcionalmente diferenciadas, que pretenden no dejarse representar, sino sujetarse a unas reglas que ellas mismas se autoimponen, por vía de Derecho. La praxis de la autodeterminación se aplica a miembros iguales y libres de una comunidad jurídica, no quedando sujetos a otras reglas que las que ellos mismos se autoimponen.⁴³⁴

La complejidad social apunta hacia la desformalización del Derecho, rompe el modelo jurídico tradicional, diseñando dispositivos para la resolución de conflictos en una sociedad compleja y fragmentada a partir de procedimientos negociados, todo lo cual responde a un modelo de Derecho des-formalizado en que los afectados por la propia regulación sean los encargados de crear las normas reguladoras que controlen su actuación dentro del marco fijado por el legislador y que no existan campos dentro de la realidad social donde el Derecho tenga efectos mínimos o marginales con respeto a las fuerzas actuantes en él.

La desformalización del Derecho como parte de los procesos reflexivos tiene que ver con tres momentos o fases: 1. La creación de reglas procedimentales. 2. La mutación del modelo de socialización. 3. La redefinición de la relación entre Estado y sociedad civil.⁴³⁵ A partir de tales procesos el Derecho se somete a la denominada ingeniería social, mediante una racionalidad que sustituya el formalismo, por una racionalidad teleológica, en la que lo importante es el resultado, la finalidad pues a partir del derecho se modifica el modelo de socialización, se estabilizan las expectativas y se gana en la legitimidad.

El término Ingeniería social fue introducido por Karl Popper en el primer volumen de "La Sociedad abierta y sus enemigos" y se entiende como la implementación de los métodos críticos y racionales de la ingeniería y la ciencia a la solución de los problemas sociales. Los objetivos que se buscan deben ser logrados frente a problemas concretos, instituciones o situaciones específicas a diferencia de soluciones últimas o totales y definidas en todos los casos de manera consensual. Esta racionalidad se refiere al tránsito de la regla al procedimiento, que ha sido significativamente visible, con el nacimiento del derecho social y la reconstrucción democrática del Estado.⁴³⁶

Los procesos reflexivos pretende lograr la inmersión del Estado en la Sociedad civil, para disminuir el número de litigios, repensando el modo de encarnar lo universal por el actor estatal y las condiciones de su presencia efectiva en los múltiples procedimientos de una sociedad fragmentada y compleja. Interviniendo

⁴³³ **GUNTHER Teubner. BOURDIEU Pierre.** La fuerza del Derecho. Siglo del hombre editor. Bogotá, Universidad de los Andes, 2002 Paginas 96 y ss.

⁴³⁴ **HABERMAS, Jürgen.** Facticidad y validez Op.cit. Página 468

⁴³⁵ **DE MUNCK, Jean.** La mediación en perspectiva. Serie, Documentos de trabajo. Pontificia Universidad católica de Chile. Santiago 2011 Paginas 18 a 24.

⁴³⁶ **POPPER Karl.** "La Sociedad abierta y sus enemigos" (1945) Volumen I .Pagina 127

de una forma horizontal y no desde arriba es decir vertical.⁴³⁷ Se espera que la sociedad civil tenga protagonismo real y mayores posibilidades y probabilidades de que su voluntad se vea concretada a través de la voz de sus representantes, que conquisten políticas públicas, en donde los afectados o beneficiados tengan injerencia en los asuntos que les atañen, brindando mayor consistencia y calidad a la toma de decisiones políticas, frenando las tendencias autocráticas verticalistas y centralistas.

Esta nueva racionalidad del Derecho debe neutralizar la exclusión social y construir una identidad colectiva, con las herramientas del consenso, sin el control de autoridades exteriores a él, pues se caracteriza como autorreferente al descansar sobre su propia realidad positiva es decir con el protagonismo de su reflexividad, pues su validez y su legitimidad no deben ser importados de modelos teóricos extraños.⁴³⁸

Con los procesos reflexivos se logra la seguridad jurídica como una garantía de igualdad ante la ley, pues se genera un principio de justicia altamente formal, en que lo igual se trate de forma igual y lo desigual de forma desigual, existiendo la posibilidad de un razonamiento jurídico propio, neutro y universal que proporcione consideraciones consistentes entre sí, aun sin las consideraciones propias de la justicia material. El derecho reflexivo debe adaptarse continuamente a las demandas de justicia material procedentes de los diversos agentes sociales en un proceso de desformalización que no desemboca necesariamente en una mayor producción legislativa sino en una especie de rematerialización del derecho formal sin que este implique exclusivamente desformalización.⁴³⁹

El punto de partida es la necesidad de que el Derecho adopte mayores niveles de diferenciación funcional es decir, niveles de autonomía en torno a la solución de conflictos en la sociedad, de tal forma que el derecho no sea solo un instrumento para la solución de conflictos sino un instrumento para la invención política del Estado social de Derecho; Su legitimación para realizar esta función se deriva de que las cualidades del derecho formal sean un instrumento de la materialización del derecho en todos los campos de la vida humana. El mérito del derecho reflexivo es permitir la intervención de las esferas autónomas de la realidad a través de un dialogo permanente particularmente en los sistemas sociales que son en principio resistentes a la regulación.

El derecho reflexivo implica una nueva racionalidad que responda los problemas de la sociedad caracterizados por su alto nivel de complejidad reflejada en alta diferenciación funcional que debe colocar al Derecho como un sistema autopoietico abierto y cerrado al mismo tiempo. La reflexividad en el Derecho es una respuesta al formalismo jurídico que ha sido la base sobre la cual los agentes y las instituciones jurídicas han monopolizado el uso del derecho, sin un método

⁴³⁷ **DE MUNCK, Jean.** La mediación en perspectiva. Serie, Documentos de trabajo. Pontificia Universidad católica de Chile. Escuela de Trabajo social, Santiago 2011. Páginas 25 a 37

⁴³⁸ **CARCOVA, Carlos María** Op. Cit. Páginas 58-59

⁴³⁹ **HABERMAS, Jürgen.** Facticidad y validez Op.cit. Página 435- 443.

propio neutral capaz de dar una solución justa y usando principios universales idóneos para legitimar la decisión jurídica por sí misma.

El derecho reflexivo a diferencia del derecho formal no acepta derechos subjetivos naturales sino que intenta guiar la acción del hombre redefiniendo y redistribuyendo los derechos de propiedad frente a la crisis de legitimación en el capitalismo organizado. El componente reflexivo es lo que distingue el Derecho como medio y el Derecho como institución que según Habermas parece adecuado para solucionar los problemas de legitimación de la sociedad actual, altamente diferenciada, en la que el papel del Derecho es decidir sobre decisiones, regular regulaciones y establecer premisas estructurales para decisiones futuras en cuanto a organización procedimiento y competencias.⁴⁴⁰

La praxis de la autodeterminación se aplica a miembros iguales y libres de una comunidad jurídica, no quedando sujetos a otras reglas que las que ellos mismos se autoimponen. El Estado democrático no se presenta así como una configuración acabada, sino fiable y necesitada de revisión para realizar siempre de nuevo y en circunstancias cambiantes el sistema de los Derechos, lo que significa una reconstrucción paradigmática del Derecho y del Estado democrático de Derecho por la que se dejan guiar los ciudadanos en una auto-organización de la comunidad jurídica en su sociedad.⁴⁴¹

La racionalidad reflexiva surge al producirse la crisis del Estado de bienestar, como una alternativa frente a las tendencias regresivas de re formalización del derecho material y cuya justificación no se encuentra ni en la perfección de la autonomía ni en la regulación colectiva del comportamiento sino en la búsqueda de una autonomía regulada que diseñe sistemas sociales autorregulados a través de normas de organización y procedimiento.

La racionalidad formal del Derecho está enfrentada a la racionalidad material. La primera concibe el derecho como un sistema de normas Universales, cuya racionalidad reside en quienes administran justicia, mientras la segunda considera su aspecto teleológico y su especificidad, que es la racionalidad material, tendencia comúnmente conocida como rematerialización del Derecho, la que permite llegar a las esferas a las que antes no se llegaba, gracias a su especificidad finalista aplicada por ejemplo a la familia o la vecindad.

¿El problema fundamental es la mano invisible para la autorregulación social pero sobre todo, como puede el sistema jurídico intervenir en el funcionamiento interno del sistema económico o político o cómo puede el sistema político intervenir en el sistema económico? Una vez neutralizada la mutua intervención y una vez el sistema jurídico solo se preocupe de que los demás sistemas sigan sus propias

⁴⁴⁰HABERMAS, Jürgen. Facticidad y validez Op.cit. Página 460 -463

⁴⁴¹GUNTHER Teubner.BOURDIEU Pierre. La fuerza del Derecho. Siglo del hombre editor. Bogotá, Universidad de los Andes, 2002 Paginas 96 y ss

dinámicas internas, velando por su libertad de funcionamiento se llegaría a la total desregulación u regulación autónoma.

El Derecho requiere de la adopción de nuevos paradigmas que se deben aplicar bajo condiciones de alta diferenciación funcional favoreciendo un tipo de racionalidad que responda los problemas de la sociedad caracterizados por su alto nivel de complejidad reflejada en esa alta diferenciación funcional que debe colocar al derecho como un sistema autopoietico abierto y cerrado al mismo tiempo pues el formalismo jurídico ha sido la base sobre la cual los agentes y las instituciones jurídicas han monopolizado el uso del derecho, sin un método propio neutral capaz de dar una solución justa y usando principios universales idóneos para legitimar la decisión jurídica por sí misma.⁴⁴²

5.3.5. PARADIGMA CONSTITUCIONAL DE LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA Y RADICAL

Se habla en la actualidad de la construcción de nuevas teorías de la democracia y del derecho como consecuencia de la complejidad y fragmentación que caracterizan a la sociedad de nuestros días, y ninguna explicación lineal alcanza a dar cuenta de ella. La miseria, el desempleo, las hambrunas, los migrantes que buscan refugio para sobrevivir en algún lugar del planeta, la crisis de la representación política, la corrupción, los horrores y las amenazas de guerras no convencionales, los conflictos nacionales, étnicos y religiosos se expanden al mismo tiempo como una negación de la democracia.⁴⁴³

Una revisión de las teorías contemporáneas sobre la democracia, advierte los peligros de la creación de falsas antítesis que generen compromisos políticos y elementos para diferenciar entre las opciones positivas y negativas del cambio social pues ante todo se trata de construir una teoría democrática contemporánea con las bases para un paradigma político progresista que permita articular en nuestros términos la justicia social cultural y económica, abriendo las puertas al advenimiento de una democracia radical.⁴⁴⁴

Por encontrarnos en un contexto sin legitimidad, se puede afirmar que una teoría de los procedimientos de decisiones legítimas que funciona bajo el presupuesto de una preocupación por la justicia y los Derechos, pueden de todas maneras discrepar acerca de lo que estos implican.⁴⁴⁵El gobierno de las mayorías es en realidad una sutil modalidad de despotismo, por cuanto conseguir mayorías no es difícil en la era de la comunicación, cuando el poder cuenta con recursos tan

⁴⁴²PALACIO, Germán. Pluralismo Jurídico. Bogotá: IDEA/Universidad Nacional, 1993. p. 130-131.

⁴⁴³RUIZ, Alicia E. C: "La ilusión de lo jurídico" Parte II de Aspectos ideológicos del discurso jurídico. En Materiales para una teoría crítica del derecho, Abeledo-Perrot, Bs. As. 1991. pp 27-35

⁴⁴⁴LACLAU, Ernesto. Emancipación y diferencia, Buenos Aires, Ariel, 1996, pp. 33-45..

⁴⁴⁵HABERMAS, JÜRGEN, Facticidad y Validez: Sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en Términos de Teoría del Discurso, Trotta, Madrid, 2000. Pagina 255

valiosos y eficientes como la propaganda y el apoyo masivo de los medios de comunicación. El problema es que gobernar basados en el concepto de la mayoría es una frívola y deshonesta interpretación de las reglas de la democracia que conduce al enfrentamiento social y al descrédito del sistema.⁴⁴⁶

El concepto de democracia radical, acuñado por la filósofa Belga Chantal Mouffe, significa la lucha por establecer una nueva hegemonía. Una filosofía política democrática radical tiene el objetivo de profundizar la revolución democrática, radicalizando los valores de libertad y de igualdad y dando un sentido común a las distintas luchas sociales contra la dominación. Su objetivo es utilizar los recursos simbólicos de la tradición democrático liberal para esa lucha por la profundización de la revolución democrática.⁴⁴⁷

La democracia no sólo se refiere a la generación de estructuras para la participación; sino posibilitar el acceso equitativo, transparente y objetivo a la información por parte de toda la ciudadanía. La democracia radical precisa de un modelo de sociedad radicalmente diferente: sólo se puede dar una participación de calidad en sociedades igualitarias; además, el modelo económico debe garantizar el tiempo y los recursos necesarios para la participación comunitaria y pública. Generalizar una cultura de participación, es una de las metas de la democracia amparada en una reflexión sobre la política, y sobre las formas en que el reconocimiento político puede ser la forma de construir una identidad más sensible a la injusticia. Una democracia radical no es algo dado por una sola vez y para siempre, sino el resultado de un proceso comunicativo que permite articular intereses distintos, donde están en juego la identidad, la solidaridad, la inclusión del "otro" y que se puede corregir y recuperar reduciendo la hegemonía de la racionalidad instrumental.⁴⁴⁸

Se advierten los peligros de la creación de falsas antítesis que generen compromisos políticos y elementos para diferenciar entre las opciones positivas y negativas del cambio social pues ante todo se trata de construir una teoría democrática contemporánea con las bases para un paradigma político progresista que permita articular en nuestros términos la justicia social cultural y económica, abriendo las puertas al advenimiento de una democracia radical.⁴⁴⁹ Se trata de un proyecto emancipatorio amplio y creíble de carácter democrático que unifique la proliferación de frentes de lucha y la polarización entre las políticas culturales de reconocimiento y las políticas sociales de redistribución lo mismo que el claro alejamiento de las pretensiones de igualdad, que haga frente a la agresiva mercantilización y el crecimiento de las desigualdades materiales.⁴⁵⁰

⁴⁴⁶**RUFINO Annamaria.** Derecho Mediador. Seconda Università Degli Studi de Napoles Italia. Traducción de Nicolás López Calera. Anales de la cátedra Francisco Suarez 43 (2009)pag.267-284

⁴⁴⁷**CHANTAL Mouffe,** El retorno de lo político. Comunidad, ciudadanía, pluralismo, democracia radical. Paidós, 1999.

⁴⁴⁸**ARAYA, Jorge. Jürgen Habermas,** democracia, inclusión del otro y patriotismo desde la ética del discurso.Revista chilena de derecho y ciencia política - vol. 3, nº 1, año 2, 2011

⁴⁴⁹**CHANTAL MOUFFE,** El retorno de lo político: Comunidad, ciudadanía, pluralismo, democracia radical. Paidós, 1999. En: *Iniciativa Socialista* nº 54, otoño 1999

⁴⁵⁰**STIGLITZ Joseph.** El precio de la desigualdad. E Book. Taurus, 2012 paginas 57-94

Es necesaria una teoría crítica del reconocimiento y de la democracia que discrimine aquellas causas, que no vayan con la igualdad social, y que identifique a los teóricos de la justicia distributiva, que ignoran la política de identidad y los teóricos del reconocimiento que ignoran la redistribución. El esfuerzo por contextualizar el multiculturalismo, el antiesencialismo y la democracia radical, constituye el fundamento de la redistribución económica y el reconocimiento multicultural.⁴⁵¹ La democracia deliberativa "designa un modelo normativo – un ideal regulativo – que busca complementar la noción de democracia representativa mediante la adopción de un procedimiento colectivo de toma de decisiones políticas que incluya la participación activa de todos los potencialmente afectados por tales decisiones, y que estaría basado en el principio de la deliberación, que implica la argumentación y discusión pública de las diversas propuestas y supone la posibilidad efectiva de poner en discusión la decisión sobre el orden jurídico-político de la sociedad.

Se expresa mediante la consulta a la opinión pública y a través de la discusión racional sobre los fines y medios de la organización social. La principal característica de la democracia deliberativa es la posibilidad de elegir a sus gobernantes, en condiciones de relativa libertad e igualdad, razón por la cual, bajo estas denominaciones se supone la representación de grupos, partidos, organizaciones y sobre todo intereses, que bajo un conjunto de reglas procedimentales para la toma de decisiones, permite una amplia participación de los ciudadanos en la determinación de los asuntos que les atañen, con el compromiso de asignar facultades a quienes demuestren ser mayoría, y sean portadores de representación política o representación de intereses.

Evidenciada de varias maneras la resonancia de los problemas sociales en las esferas de la vida privada, socializan y transmiten esas reacciones a la esfera pública. Al redefinir las nociones de sociedad civil, opinión pública y poder comunicativo con el objeto de interpretar integralmente las estructuras internas de la esfera pública y su intrincada relación con el derecho y el sistema legal en las sociedades complejas, se consolida la democracia deliberativa.⁴⁵²

Con lo anterior se puede afirmar que la Democracia deliberativa se funda y se legitima en la participación ciudadana, en la toma de decisiones y su deliberación debe garantizarse en todos los niveles de decisión administrativa, si no se quiere acudir de manera plena a la desobediencia civil. Contrario a la visión liberal que ve a la sociedad como un conglomerado de individuos o la marxista que la ve como expresión de la superestructura económica la sociedad civil debe Interpretarse como compuesta por asociaciones, organizaciones y movimientos que emergen espontáneamente.⁴⁵³

⁴⁵¹FRASER Nancy Justicia Interrupta. Bta. Siglo del hombre Ed. 2007 p. 1 y 12.

⁴⁵²MEJIA, Oscar. Tribunal Constitucional, desobediencia Civil y Democracia Deliberativa. Republicanismo Contemporáneo: Igualdad, Democracia Deliberativa y Ciudadanía. Bogotá: Siglo del hombre editores. 2002. Pág. 144.

⁴⁵³CORTINA O. ADELA, Ética aplicada y democracia radical, Tecnos, Madrid, 1993.página 60

La Democracia deliberativa es la que genera un fuerte argumento a favor de la legitimidad política cuando el ejercicio del poder encuentra una justificación suficiente y se convierte en una verdadera fuente de legitimidad en la medida en que utiliza procedimientos reconocidos como razonables para tomar decisiones reduciendo estrictamente la voluntad arbitraria en el ejercicio del poder político institucionalizado. Solo en el Estado de Derecho con la División de Poderes, existe una conexión entre legalidad y legitimidad.⁴⁵⁴

La democracia deliberativa exige la constitución de un orden económico, con algún grado de homogeneidad social, entendida como un estándar de derechos sociales, que garantice un mínimo de igualdad sustancial, para que sean viables los derechos de participación, y se deslegitimen las políticas de exclusión social. Esta homogeneidad social, involucra exigencias concretas del particular frente al poder público, pues el llamado Estado social de Derecho, solo tiene sentido, si todas las clases sociales tienen las mismas oportunidades y se mantiene la justicia social, como garantía de la libertad y la participación del individuo en una sociedad democrática.

La democracia se reconstruye en primer lugar con su fundamentación teórica, que asuma en sus procedimientos el Derecho reflexivo, que reformula los paradigmas tanto del derecho formal, como del derecho material, en procura de lograr una validez jurídica, que garantice la coordinación de sistemas altamente complejos y autónomos hacia la correspondiente integración social, es decir un modelo, que involucre no solo la complejidad de la sociedad global en su conjunto, sino la construcción de un nuevo tipo de Derecho, en su función en su legitimación y en su estructura.⁴⁵⁵

Una nueva forma de entender el Derecho, y la Democracia es verlos en su racionalidad reflexiva, que puede significar la existencia de normas formalmente válidas pero sustancialmente inválidas. Desde este ángulo el Derecho y la Democracia tienen que verse como una práctica social que incorpora una pretensión de justicia, una pretensión de corrección o una pretensión de universalidad.

El Derecho es el receptor de los grandes cambios, no en las causas, sino en los efectos de la globalización, pues el dinamismo de la globalización está provocando un alto grado de obsolescencia de las instituciones jurídicas y políticas, particularmente la Democracia. La democracia deliberativa supone la sujeción a la ley de todo poder; en garantía de los derechos de todos y un sistema de vínculos y controles jurídicos idóneos, para impedir la formación de poderes absolutos, sean públicos o privados⁴⁵⁶

⁴⁵⁴ **HABERMAS, JÜRGEN**, Facticidad y Validez: Sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en Términos de Teoría del Discurso, Trotta, Madrid, 2000.

⁴⁵⁵ **LAPORTA, Francisco**. El Imperio de la Ley. Una visión actual. Madrid. Trotta. 2007 pág. 114

⁴⁵⁶ **FERRAJOLI, Luigi**. El garantismo y la Filosofía del Derecho. Publicación de la Universidad Externado de Colombia. Serie de teoría jurídica y Filosofía del derecho No 15 Página 143 y 144.

No se puede permitir que la democracia coexista con poderes y privilegios ilimitados y personalizados, casi ajenos a los Derechos fundamentales, que de ninguna manera corresponden a la esencia del constitucionalismo, si este no hubiera llegado a su crisis actual. La voluntad general no puede ser impuesta con el argumento de ser moralmente legítima, por ser mayoritaria: tiene que ser subsumida libremente por las minorías, mediante el equilibrio reflexivo que permite articular la dimensión política con la individual dándole a la ciudadanía la posibilidad de replantear la democracia, los principios de justicia, la igualdad y la equidad social.⁴⁵⁷

El reto es la Institucionalización de una nueva racionalidad que afiance la dualidad de los subsistemas sociales autónomos y las instituciones democráticas clásicas es decir el equilibrio entre el sector espontáneo económico empresas y mercado y el Sector Político Estado e Instituciones Políticas. La concepción garantista de Kelsen propone un mecanismo de control del poder político al interior de un sistema democrático que busca su legitimidad en un permanente equilibrio entre los órganos del Estado evitando concentración de poder en manos de uno o de otro. El garantismo que subyace a esta concepción de la democracia, busca proteger las minorías frente a los eventuales abusos por parte de las mayorías. “Garantía de la constitución” y democracia son conceptos recíprocos que marcan la diferencia entre democracia y autocracia.⁴⁵⁸

En una sociedad democrática, la opinión pública unitaria no puede ser un producto racional de la organización del poder estatal, pues por el contrario debe ser la opinión pública en el estado democrático la que legitime y sustente a la organización de la autoridad. Sin influjo consciente y calculado sobre la opinión no existe gobierno que pueda cumplir cabalmente su función, por tal razón la opinión pública entrañaría importancia considerable como freno o estímulo, advertencia o aliento para la acción de los representantes del Estado. A los conductores sociales o políticos incumbe la tarea de dar a la opinión pública por medio de la dirección y la educación una forma firme y unitaria en las cuestiones vitales para el Estado.⁴⁵⁹

La concepción garantista de Kelsen propone un mecanismo de control del poder político al interior de un sistema democrático que busca su legitimidad en un permanente equilibrio entre los órganos del Estado evitando concentración de poder en manos de uno o de otro. El garantismo que subyace a esta concepción de la democracia, busca proteger las minorías frente a los eventuales abusos por parte de las mayorías. Para Kelsen “Garantía de la constitución” y la democracia son conceptos recíprocos que marcan la diferencia entre democracia y autocracia.⁴⁶⁰.

⁴⁵⁷ **MEJIA Q. Oscar**. Legitimidad, desobediencia civil y estabilidad. En: Pluralismo Legitimidad y Economía Política. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Página 113.

⁴⁵⁸ **KELSEN Hans**, Quien debe ser el guardián de una constitución? Madrid, 1995 P. 80 a 82

⁴⁵⁹ **HABERMAS, JÜRGEN**, Historia y crítica de la opinión pública, G. Gilli, Barcelona, 1990.

⁴⁶⁰ **KELSEN Hans** Op. Cit. Pag. 95.

Se argumenta en forma permanente en favor de la Democracia con la formulación de un sistema de Derechos humanos consistentemente formulado y un ordenamiento jurídico presumiblemente dotado de eficacia, en donde los fundamentos históricos de la legitimidad del Estado constitucional y Democrático, no aparezcan como un invento del Derecho positivo sino con una amplia fundamentación ética y jurídica encarnada en unos valores costosamente labrados desde la filosofía del humanismo es decir respaldadas en el deber moral de su reconocimiento jurídico.

Esto significa que la realidad de los derechos al igual que las obligaciones o deberes no se agota en su cristalización normativa, sino que culmina en el proceso de interpretación y aplicación, donde el peso de la filosofía moral y política y no de las herramientas dogmáticas resulte incuestionable.⁴⁶¹ Observa Prieto Sanchis, que el fundamento de la legitimidad de la democracia y de la obediencia al Derecho, cuando opera la razón se encuentra al igual que en Rousseau en la voluntad concordante y unida de todos “En la medida que deciden lo mismo cada uno sobre todos y todos sobre cada uno, es decir la voluntad popular universalmente unida”. La función del Estado y lo que los individuos pueden esperar de él es asegurar la coexistencia de las libertades y el desarrollo de las propias fuerzas y capacidades para que cada cual pueda alcanzar sus fines propios.⁴⁶²

La tradición democrática-liberal todavía no ha abandonado el formalismo de los fines a priori y si admite la legitimidad de fines empíricos los sitúa en una posición moral sustancialmente distinta de tal forma que es necesario conservar la fuerza moral y política de una fundamentación de la democracia y de los Derechos, basada en los principios de autonomía y universalización pero abierta a las necesidades variables e históricas en el marco de un Estado social y democrático de Derecho, caracterizado por la asignación equitativa de los recursos públicos, la satisfacción de los derechos sociales con la utilización de procedimientos institucionales, haciendo de la obligación política algo parecido a la obligación moral.⁴⁶³

Lo anterior significa que en el marco más óptimo de la legitimidad política la democracia desempeña una función limitadora del poder es decir de las decisiones de la mayoría. Los Derechos humanos aparecen como derechos morales, es decir como exigencias éticas, que en consecuencia son derechos que los seres humanos tienen, por el hecho de ser humanos y por lo tanto, con un derecho igual a su reconocimiento, protección y garantía por parte del poder político y del derecho.⁴⁶⁴

La democracia constituye hoy el horizonte de justicia de toda la humanidad aunque solo una pequeña parte de la misma goce de su efectivo ejercicio en condiciones mínimamente satisfactorias. La teoría neocontractualista de John Rawls la identifica como la asociación entre los hombres postura moral que le confiere

⁴⁶¹ **PRIETO S. Luis.** Estudios sobre derechos fundamentales, Madrid Debate 1990. Pág. 12-17

⁴⁶² **PRIETO S. Luis.** Op. Cit. Pág. 37

⁴⁶³ **IBID.** Página 61.

⁴⁶⁴ **IBID.** Página 65-68

validez universal y racional de orden social, construido sobre los derechos de participación y la comunicación, es decir en la expresión de los derechos liberales que según Habermas con la política deliberativa y el discurso democrático constituye el principio fundamental de legitimidad y de justicia.⁴⁶⁵

Se busca ante todo la Institucionalización nuevos paradigmas del Derecho en la sociedad global que trate de reconformar el Derecho y el constitucionalismo es decir formalizar en términos jurídicos el nuevo cambio de poder entre las instituciones políticas y los sujetos económicos, atenuando la primacía global de la economía a partir de una sociedad civil global, que desde espacios políticos y democráticos, esto es una Democracia deliberativa que abra espacios a una racionalidad reflexiva y en consecuencia a la reformulación material del Derecho.

5.3.6 PARADIGMA DEL CONSENSO Y LA AUTOREGULACION.

La praxis democrática en la era de la globalización se caracteriza por la existencia de desacuerdos generalizados profundos y persistentes sobre cuestiones políticas fenómeno que perturba la tranquilidad de las aguas del modelo Democrático liberal de legitimidad política. Esta propuesta sugiere como alternativa un modelo de legitimidad política basado fundamentalmente en la práctica del consenso y en la autodeterminación y con fundamento en el valor de la dignidad y la autonomía de las personas, así como en la aceptación de los desacuerdos, diferencias y la dignificación de la participación en las diversas deliberaciones políticas por parte de quienes toman decisiones que les atañen directamente.

Se trata de recuperar ante todo una forma de participación de los ciudadanos en los asuntos que les pertenece, por ser de interés común, es decir participar en las soluciones de sus necesidades insatisfechas bajo el principio de la subsidiariedad consagrado inicialmente en el preámbulo del tratado constitutivo de la Unión Europea según el cual las decisiones que afectan a los ciudadanos se deben adoptar de la forma más cercana posible a los mismos y su delegación a niveles o poderes más elevados solo debe hacerse por razones probadas de interés común.

Los nuevos paradigmas de legalidad, pensados para el presente siglo se basan en un cierto tipo particular de pluralismo, capaz de reconocer y legitimar normas extra estatales, engendradas por carencias y necesidades provenientes de nuevos actores sociales y como resultado de captar las representaciones legales de sociedades emergentes marcadas por estructuras de igualdades precarias y pulverizadas por espacios de conflictos permanentes. Se está construyendo un nuevo paradigma de legalidad con una racionalidad de carácter emancipatoria, engendrada a partir de la práctica social, resultante de intereses, carencias y necesidades vitales que imponen para la convivencia y para la eficacia la necesidad de un consenso orientado a la autodeterminación.

⁴⁶⁵HABERMAS, Jürgen La constelación posnacional. Ensayos políticos, Paidós, Barcelona, 2000 pp. 94 ss.

La democracia liberal plantea la superación del conflicto y el establecimiento de un consenso entre las distintas partes de la sociedad basándose en un “acuerdo racional”.⁴⁶⁶ Una nueva teoría democrática, supone una radicalización de la democracia, para que sea crítica y supere no sólo llamada democracia liberal que en la actualidad se caracteriza no solo por su marcada crisis y por su incapacidad de atenuar las grandes desigualdades, sino porque el pensamiento político liberal que operó en la modernidad, ya no puede vehiculizar prácticas políticas emancipatorias.⁴⁶⁷

La principal característica o componente conceptual de la democracia es la posibilidad de elegir a sus gobernantes, en condiciones de relativa libertad e igualdad, razón por la cual, bajo estas denominaciones se supone la representación de grupos, partidos, organizaciones y sobre todo intereses, que bajo un conjunto de reglas procedimentales para la toma de decisiones, permite una amplia participación de los ciudadanos en la determinación de los asuntos que les atañen, lo cual solo es posible a partir del consenso y con el compromiso de asignar facultades a quienes demuestren ser portadores de representación política o representación de intereses orientados hacia la autodeterminación.

La complejidad social y su estructura funcionalmente diferenciada exigen en la actualidad un tratamiento reflexivo de los problemas sociales y de sus repercusiones en las esferas de la vida privada, y en la forma como se socializa y transmiten sus reacciones a la esfera pública. Al redefinir las nociones de sociedad civil, opinión pública y poder comunicativo con el objeto de interpretar integralmente las estructuras internas de la esfera pública y su intrincada relación con el derecho y el sistema legal en las sociedades complejas, se consolida la democracia deliberativa y con ella el paradigma del consenso y la autodeterminación.⁴⁶⁸

Waldron identifica el sentido y necesidad de virtudes, tales como la tolerancia ante el disenso o la civilidad, como circunstancias inevitables de la praxis política que no son otra cosa sino la existencia de desacuerdos frente a la necesidad percibida por todos de un curso de acción común.⁴⁶⁹ El tratamiento de estos desacuerdos o disensos debe ser cuidadosamente estudiado por quienes traten de explorar los fundamentos filosóficos de la democracia, esto es la legitimidad. Waldron acepta la importante conexión entre la idea de Derechos y la democracia y que ciertos derechos individuales deben ser considerados como condiciones de una decisión mayoritaria legítima.

El derecho de participación por ejemplo es constitutivo del proceso democrático, más no la libertad de expresión y asociación, las cuales si no tienen el carácter de

⁴⁶⁶**MOUFFE, Chantal.** (1999). El retorno de lo político. Comunidad, ciudadanía, democracia Radical, Barcelona: Paidós, Pag. 48.

⁴⁶⁷**HELLER Herman.** Teoría del Estado. La formación de los conceptos. Estudio Preliminar de José Luis Menereo Editorial Comares. Granada España Pág.251

⁴⁶⁸**MEJIA, Oscar.** Tribunal Constitucional, desobediencia Civil y Democracia Deliberativa. Republicanismo Contemporáneo: Igualdad, Democracia Deliberativa y Ciudadanía. Bta: Siglo del hombre Ed.. 2002. Pág. 144.

⁴⁶⁹**WALDRON Jeremy.** Derecho y Desacuerdos. Madrid Marcial Pons. Ediciones jurídicas y sociales.2005.Pag. 15

la primera, representan condiciones necesarias para su legitimidad. Estas dos clases de derechos de manera diferente son imprescindibles para cualquier modelo democrático de legitimidad política.

El paradigma que se propone en este artículo tiene que ver con la necesidad de un ordenamiento justo y racional que sea el resultado del consenso y de la autorregulación. Este nuevo enfoque del Derecho, que involucra el consenso y la autodeterminación, parte de una nueva racionalidad de las normas de allí resultantes, que no es otra cosa sino la necesidad de que puedan todos los afectados libremente aceptar las consecuencias y los efectos secundarios que de su cumplimiento se deriven, pues un ordenamiento es justo, racional y eficaz en la medida que sea resultado de acuerdos y sea expresión de un consenso con respecto a su validez, su legitimidad y su justicia.

Es por esto que casi siempre las protestas ciudadanas, se realizan contra decisiones vinculantes, que a pesar de haberse formado legalmente son ilegítimas, y a veces injustas por cuanto no han valorado los argumentos provenientes de la representación ciudadana y no apelan al sentido de la justicia social, que a través de los movimientos sociales y de otros actores colectivos, apelan a la capacidad de razonamiento y al sentido de justicia de la población en ejercicio de los derechos fundamentales.⁴⁷⁰

Cuando aquello a lo cual se está obligado, como resultado de un acuerdo voluntario, autoimpuesto, en el contexto de la cooperación y de un beneficio resultante como contraprestación, estamos ante la presencia de un proceso de consenso y autodeterminación, el cual se alcanza siempre bajo condiciones equitativas, para todos y con la certeza de que se trata de la mejor alternativa por su ocurrencia en la estructura básica de la sociedad, y obrando sin tener en cuenta ideologías, creencias religiosas o filosóficas es decir en el marco de un pluralismo razonable.

Adelante se mencionara el consenso entrecruzado que está orientado al objeto moral y a los fundamentos morales, que suponen un acuerdo profundo, para lograr una sociedad que pueda considerarse justa, y capaz de encauzar la cooperación, con la presencia de personas razonables y racionales, además de lo dicho antes, libres e iguales. En este contexto, del consenso entrecruzado y el consenso traslapado, es más posible alcanzar la justicia social, reducir progresivamente la exclusión social, y articular una estructura social básica caracterizada por la cooperación, la solidaridad y la autodeterminación.

Una estructura básica de la sociedad, en la que se han conciliado las concepciones de justicia, siempre deja la posibilidad, de revisar dicha conciliación, cuando se modifican las condiciones, siempre que por la vía del consenso se deje a salvo una voluntad general y la capacidad de respetar por parte de las instituciones sociales y económicas, la individualidad. Un sistema de reglas derivado del consenso y la

⁴⁷⁰RAWLS, J. Una teoría de la Justicia. México, 1979 Pagina 50

autodeterminación, de ninguna manera debe ignorar o desconocer la emergencia de condiciones fácticas ineludibles imprevistas sobre las cuales habría que continuamente hacer ajustes, para asegurar la inevitable tendencia a desviarse de la imparcialidad sobre la que se ha constituido el Consenso.

En el contexto de una cultura política enmarcada en el ejercicio de las libertades y de una opinión pública liberal, más o menos discursiva, se han generado controversias abiertas, capaces de movilizarse, por encima de los filtros institucionales, con el objeto de crear una voluntad política y transformarse en poder comunicativo que penetre en la producción legítima de derecho, que capte sus intereses, sus necesidades y el ejercicio de Derechos Vulnerados.⁴⁷¹

La adopción de mecanismos procedimentales de autorregulación se realiza sobre la base de un sistema de participación, en el que se adoptan adecuados procedimientos de consenso y decisión colectiva, de tal forma que se estaría reemplazando así en la justificación y configuración del Derecho, la intervención de sistemas sociales funcionalmente diferenciados.⁴⁷² Este enfoque del derecho solo puede formarse en el contexto de una cultura política enmarcada en el ejercicio de las libertades y de una opinión pública liberal, más o menos discursiva, generada en controversias abiertas y capaz de movilizarse, por encima de los filtros institucionales.⁴⁷³

Se parte del principio que los diferentes elementos que funcionan como patrones de autorregulación a nivel grupal y social participan en la autorregulación de la conducta y son más eficaces cuando son asumidos por el individuo, es decir cuando han sido previamente internalizados y forman parte de su subjetividad a través de elementos de su psiquismo, de lo contrario tendrán un carácter formal, y sólo participarán en la regulación de la conducta ante situaciones de control o presión externos.

Cuando se habla de autorregulación, esta se efectúa en el marco de un determinado contexto socio histórico y cultural, conjuntamente con las propias exigencias de desarrollo evolutivo del actor social. Tanto el individuo como el grupo lo mismo que el contexto en el cual se autorregulan, se encuentran en constante transformación, por lo que deben reajustar sus mecanismos adaptativos en función de esas transformaciones, de lo contrario, lograrán la adaptación a un costo demasiado elevado.

La praxis de la autodeterminación se aplica a miembros iguales y libres de una comunidad jurídica, no quedando sujetos a otras reglas que las que ellos mismos se autoimponen. El fenómeno de la autorregulación no puede ser tratado como un fenómeno único. Sus distintas manifestaciones según sea la materia o el ámbito material que constituya su objeto merecen una valoración jurídica diferente. Deben

⁴⁷¹HABERMAS Jürgen. Facticidad y Validez Página 452.

⁴⁷²TEUBNER Gunther. Op. Cit. Página 64

⁴⁷³SÁNCHEZ Hernández Arturo José. "La autorregulación a nivel social desde una perspectiva cibernéticoaxiológica.". Humanidades Médicas, Vol. 6, No 16, Enero - Abril de 2006.

ponderarse estos factores materiales o, si se quiere, los sectores concretos sujetos a la autorregulación a fin de poder emitir una opinión fundada acerca de los límites de su funcionalidad y, por consiguiente, acerca de su adecuación al orden jurídico. Esto, tampoco suele hacerse en relación con los diferentes códigos de conducta, que se presentan como fruto de una actividad de producción autónoma de normas.

El objeto de estos mecanismos procedimentales es la creación de una voluntad política que se transforme en poder comunicativo y que penetre en la producción legítima de Derecho, que capte sus intereses, sus necesidades y el ejercicio de Derechos Vulnerados.⁴⁷⁴ Esta es la razón por la cual en las sociedades complejas, los movimientos sociales, la opinión pública y la participación democrática, no solo cumplen una función de mediación entre el sistema político y la sociedad civil, sino que crean una pluralidad de espacios, que pueden servir de fuente en la producción normativa.

La combinación de movimientos sociales, asociaciones independientes, públicos y derechos, sustentados en la cultura política arriba mencionada, mantiene una opción política legítima, siempre renovable, que representa una herramienta efectiva de la sociedad civil en torno a la democracia radical y a las posibilidades de autorregulación, pues las decisiones vinculantes, para ser legítimas deben responder a flujos de comunicación que partan de la periferia y utilicen los procedimientos democráticos propios del Estado de Derecho, especialmente cuando se trata de una búsqueda intensa de soluciones normativas para problemas colectivos.⁴⁷⁵

La primacía de la representación de los intereses sobre la representación política, ha dado lugar a un nuevo tipo de sistema social, denominado sociedad neo-corporativa, que en concepto de Schmitter, Philippe busca ante todo una solución de los conflictos sociales mediante procedimientos de Consenso o de acuerdo entre las grandes organizaciones, que no tiene nada que ver con la representación política y que en cambio es una típica expresión de la representación de intereses.⁴⁷⁶ En este caso los grupos sociales se han vuelto sujetos políticamente relevantes a través de variadas expresiones y las grandes organizaciones, asociaciones y movimientos sociales, lo mismo que sindicatos y organizaciones de trabajadores son y deben ser protagonistas de la vida política en una sociedad democrática.

En la forma de armonizar el ordenamiento jurídico existente con los procedimientos de consenso y autodeterminación, Roscoe parte de la idea de que “todo estudio en torno al Derecho debe reconciliar la antinomia, estabilidad y transformación, ya que la vida social se plantea como cambiante y exige nuevas adaptaciones ante la presión de otros intereses sociales. Esto requiere que el orden jurídico sea flexible,

⁴⁷⁴ **HABERMAS Jürgen**. Facticidad y Validez Página 452.

⁴⁷⁵ **MUNNE Guillermo**. Racionalidades del Derecho según Max Weber y el problema del formalismo jurídico En ISONOMIA No.25 Octubre del 2006 página 70

⁴⁷⁶ **SCHMITTER, Philippe C.** “Teoría de la Democracia e práctica neo-corporativa”, Stato e Mercato. N° 9, 1983, Pp. 385-422.

al tiempo que estable; además se planteaba como una necesidad adaptar o conciliar la regla estricta con el arbitrio discrecional, así como compaginar la seguridad general con los intereses de la vida individual. Pound se acercó más bien a pensar en la jurisprudencia como una ciencia de ingeniería social, cuya competencia corresponde a aquella parte de todo el campo social en el que puede lograrse la ordenación de relaciones humanas a través de la acción consensual de la sociedad políticamente organizada.⁴⁷⁷

La legitimidad de la autoridad según Héller,⁴⁷⁸ desde el punto de vista constitucional, busca el consenso racional en el marco de la democracia, la cual supone el ejercicio del pluralismo de los valores y la legitimidad de la lucha o disenso de aquellos que defienden un modelo distinto de organización social. El consenso se construye desde abajo, introduciendo en los procesos de normalización de los conflictos, los espacios para la diferencia productora de nuevos y diversificados significados; Se trata de una nueva cultura cuyos presupuestos se basan en la oportunidad de que el conflicto se convierta en un sistema distributivo de razones para que nadie pierda, y ante todo se logre una actitud constructiva y comunicativa, orientada hacia el futuro y no anclada en el pasado.⁴⁷⁹

El principal instrumento de la construcción de consenso es la razonabilidad, por su ductilidad y capacidad de adaptación y se considera como el paradigma interrelacionar funcionalmente más apto para una posible superación de la violencia y del enfrentamiento en todos los niveles. En la construcción del consenso no hay casos iguales, sino verdades diversas, no existe el derecho absoluto e inmutable sino situaciones definibles con fundamento en las contingencias sociales e individuales.

Si los ciudadanos bajo las leyes se han comprometido libremente con ellas, al ser reconocidos en su creación públicamente como personas, es lógico sin este reconocimiento de la autonomía privada no hay legitimidad para la ley positiva. Esto significa que la legitimidad de la constitución y de las leyes de un pueblo depende de los ciudadanos como participantes, y de la defensa de las reglas de juego de la convivencia. Se trata de garantizar plenamente el procedimiento y la base consensual del contrato social, que permita imprimirle a la selección de los principios de la legitimidad moral que evite cualquier adorno de arbitrariedad por parte de la mayoría.⁴⁸⁰

El consenso y la autoregulación son herramientas que demuestran 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.⁴⁸¹ Allí se

⁴⁷⁷ POUND, Roscoe, Op. Cit. Pag. 180-181

⁴⁷⁸ HELLER, Op. Cit. Página 26

⁴⁷⁹ RUFINO Annamaria. Derecho Mediador. Seconda Università Degli Studi de Nápoles Italia. Traducción de Nicolás López Calera. Anales de la cátedra Francisco Suarez 43 (2009) pag. 267-284

⁴⁸⁰ MEJIA Oscar. Justicia y democracia consensual, Bogotá Siglo del hombre Ed. U.ANDES. Pág. 4

⁴⁸¹ RUFINO Annamaria. Derecho Mediador. Seconda Università Degli Studi de Nápoles Italia. Traducción de Nicolás López Calera. Anales de la cátedra Francisco Suarez 43 (2009) pag. 267-284

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. Estas teorías fueron postuladas para sociedades ordenadas o sociedades industrializadas con alto grado de racionalización, sin pretender hacerla extensible a países con economías capitalistas incipientes, caracterizadas por altos niveles de desigualdad.

El paradigma consensual plantea una nueva definición de la forma en la cual se debe aceptar el fenómeno de la validez del Derecho, por cuanto la validez es el imperativo consensual de la posición original, que recoge en un principio jurídico-constitucional de igual participación los términos de validez de las normas jurídicas y criterios de legitimidad política como un verdadero factor de validez jurídica del ordenamiento.⁴⁸² Se evidencia en este tiempo la producción y la aplicación de derechos provenientes de las luchas y de las prácticas sociales comunitarias, independientes del favor de los órganos o agencias del Estado. La prueba de esta realidad, por demás innovadora, que no se centraliza en los Tribunales, ni en las Asambleas Legislativas ni en las Escuelas de Derecho sino en el seno de la propia comunidad, que son los nuevos sujetos sociales que actúan con una nueva lógica y una “nueva” Justicia que nace de las prácticas sociales y que pasa, dialécticamente a orientar la acción libertadora de los agentes sociales excluidos.

Se está rompiendo la configuración mítica de que el Derecho emana sólo de la norma estatal, instaurándose la idea consensual del Derecho como “acuerdo”, producto de necesidades, confrontaciones y reivindicaciones de las fuerzas sociales y no es de extrañar que el derecho oficial deba ser re-conceptualizado como un sistema cultural en el cual diferentes ‘posiciones discursivas’ interactúan en un proceso constructivo.⁴⁸³ Un conjunto de vestigios confirman la implementación creciente de nuevos mecanismos de autorregulación de los conflictos y de la resolución de los intereses emergentes. Sin negar o abolir las manifestaciones normativas estatales, se avanza democráticamente en dirección a una legalidad plural, fundada no exclusivamente en la lógica de una racionalidad formal, sino en la satisfacción de las necesidades y en la legitimación de nuevos sujetos legales⁴⁸⁴.

Helmut Willke, y Gunther Teubner⁴⁸⁵, desarrollan la idea de un Derecho apropiado a la sociedad moderna, con su propia versión de la autopoiesis, el principio de subsidiariedad y la autorregulación. Para el caso de la autopoiesis, se menciona como sustrato teórico y como expresión de un momento creativo y autorreferencial, con una orientación esencialmente contextual. Se trata de un nuevo enfoque en la teoría jurídica, que busca una correspondencia entre la normativa jurídica y las reglas situacionales de los acontecimientos en distintos sistemas sociales. No

⁴⁸² **MEJIA, Oscar.** Tribunal Constitucional, desobediencia Civil y Democracia Deliberativa. Republicanismo Contemporáneo: Igualdad, Democracia Deliberativa y Ciudadanía. Bta: Siglo del hombre Ed.. 2002. Pág. 144.

⁴⁸³ **GARCÍA-VILLEGAS, Mauricio y RODRÍGUEZ, César A.** Derecho y sociedad en América Latina. Bogotá, ILSA, 2003. Pág.38...

⁴⁸⁴ **PALACIO, Germán.** Pluralismo Jurídico. Bogotá: IDEA/Universidad Nacional, 1993. p. 130-131.

⁴⁸⁵ **TEUBNER Gunther.** Contracting worlds. The many autonomies of private Law. En Social and legal studies. Volumen 9(3) páginas 399 a 417

obstante Cesar Rodríguez señala que nuestros ejercicios de teorización deben resistir todavía la tendencia a la colonización de las perspectivas e ideas de los centros de generación de conocimiento, haciéndose necesario un nuevo mapa para el pensamiento jurídico Latinoamericano en el que se propongan nuevos ángulos de visión para el pensamiento jurídico.⁴⁸⁶

Según Luhmann “Las apelaciones al consenso tienen lugar siempre sobre la base del poder, teniendo en cuenta que sólo apela al consenso quien tiene el poder de imponer de todas formas sus decisiones sobre la voluntad de quienes no consienten. Cuanto más racional, diferenciado y autónomo es un sistema democrático, tanto menor será la necesidad de recurrir a la coacción física manifiesta, y tanto más dispondrá de ese recurso de coacción velada que es la legitimidad. El poder ilegítimo es, para Luhmann, el poder violento; y el poder legítimo es violencia velada, sólo sugerida. El ejercicio del poder legítimo es únicamente una forma más elegante de ejercer la violencia. La legitimidad queda despojada de sus fundamentos racionales, y queda reducida al arte de imponer decisiones vinculantes sin provocar resistencias.”⁴⁸⁷.

Héller señala como, la autoridad política legitimada constitucionalmente busca el consenso racional en el marco de la democracia, la cual supone el ejercicio del pluralismo de los valores y la legitimidad de la lucha o disenso de aquellos que defienden un modelo distinto de organización social. La democracia supone la posibilidad efectiva de poner en discusión la decisión sobre el orden jurídico-político de la sociedad, es decir la Democracia Deliberativa, la cual se expresa mediante la consulta a la opinión pública y a través de la discusión racional sobre los fines y medios de la organización social.⁴⁸⁸

Los principios de la justicia constituyen el fundamento consensual de todo el ordenamiento jurídico positivo y se constituye en el criterio de interpretación y legitimación de todas las medidas que el Estado tome en su entorno a la sociedad. El secreto de justicia de la ciudadanía se convierte en el garante de legitimidad permanente del orden constitucional; y el ciudadano legitima o deslegitima la acción del estado en la medida en que la satisface una estructura social equitativa Toda transgresión estatal o de cualquier grupo que atente contra esos principios, se convierte en fuente de deslegitimación.⁴⁸⁹ Esta concepción de justicia asume al ciudadano como persona moral y a los sujetos colectivos a través de los cuales se manifiesta en su papel para legitimar y deslegitimar consensualmente las leyes, las medidas y los actos de gobierno que le conciernen, y la justicia entendida como un instrumento de pedagogía ciudadana.⁴⁹⁰

⁴⁸⁶ **RODRIGUEZ Garavito Cesar**. Un nuevo mapa para el pensamiento Jurídico Latinoamericano. Buenos Aires Siglo XXI editores, 2011, Página de presentación.

⁴⁸⁷ **LUHMANN, Niclas**. Complejidad y modernidad. Madrid Trotta, 1997 1998, páginas 197 a 212.

⁴⁸⁸ **HELLER** Op. Cit. Pag.XLVI. Estudio preliminar de José Luis Monereo. U. De Granada.

⁴⁸⁹ **RODRÍGUEZ ORTEGA, Julio Armando**. “Retos de la Democracia en América Latina” (Ponencia) en el Congreso Redipal (Virtual V. Enero-Agosto de 2012). México, DF. P. 13,18,19, 22.

⁴⁹⁰ **RODRIGUEZ Ortega**, Op.Cit. Página 18

A partir del principio de libertad y como resultado de un consenso argumentado, autónomo y moralmente legítimo, no viciado por intereses egoístas es decir con esa base democrática y consensual el ordenamiento institucional posterior queda legitimado moral y socialmente. Esta legitimación hipotética consensual de la justicia, deriva de ella principios con fuerza de imperativos categóricos pues parte efectivamente de la libertad como hecho de razón y le confiere mayor consistencia y proyección socio institucional, dado que se trata de una legitimidad consensual y argumentativa de la concepción política de la justicia.⁴⁹¹ La idea de democracia descansa en última instancia en la formación de la voluntad política y en términos de teoría del discurso, las decisiones vinculantes, para ser legítimas tienen que seguir flujos de comunicación preferiblemente consensuales que partan de la periferia y pasen todos los procedimientos del Estado de Derecho.⁴⁹²

Los seres humanos tienen la capacidad de abrirse paso entre sus diferencias hasta tocar fondo en la identidad de intereses y el pueblo puede coincidir en los fines y valores superiores, aceptados por la tradición, que presentan unidad a su respectiva comunidad actuando contrariamente a las sociedades democráticas modernas y complejas que se levantan sobre el supuesto principio de la dictadura de las mayorías la cual no solo ignora si no descarta el principio del consenso. En los espacios locales, comunidades, municipios y aún pueblos autónomos, donde los ciudadanos pueden mantener un contacto personal y donde, bajo las discrepancias, puede haber conciencia de necesidades comunes es posible preservar o recrear procedimientos para llegar a consensos. Estos versarían sobre la solución de problemas locales, los que afectan a todos los miembros de esa comunidad particular.⁴⁹³

La propuesta de este paradigma del consenso y de la autodeterminación considera que sólo cabe y es posible un consenso básico orientado hacia la autodeterminación cuando está socializada una identidad de intereses, el respeto a la pluralidad de puntos de vista sobre el bien común, y el reconocimiento de las diferencias, para lograr dicha autodeterminación. En el espacio amplio de un país complejo, la comunicación interpersonal, así como el conocimiento recíproco de los problemas comunes, son escasos pero necesarios para lograr el consenso.

En todos los niveles subsiste de hecho, una pluralidad de grupos con puntos de vista e intereses que no se comunican pero que pueden ser manejados con la aceptación de la diferencia. Sólo cabe, por lo tanto, un consenso básico cuando hay un conocimiento de una identidad de intereses, que no es incompatible con el respeto a la pluralidad y a la diferencia en puntos de vista sobre el bien común, cuando hay un acuerdo sobre el reconocimiento de las mencionadas diferencias. Para lograr la instauración de este paradigma se requiere la idea de un consenso razonable es decir la posibilidad para dotar de mayor realismo, un proyecto de una sociedad más ordenada, pero sobre todo caracterizada por un pluralismo inevitable

⁴⁹¹ *Ibíd.* Página 19

⁴⁹² RAWLS, John. La justicia como equidad. Op. Cit. Pag.58

⁴⁹³ VILLORO, Luis. "Sobre Democracia consensual. Entorno a las ideas de Kwas Mirada" en Polylog. Foro para filosofía intercultural 2 (2000)

pero razonable.⁴⁹⁴La aceptación de este pluralismo razonable es una condición permanente para el consenso, el cual no es otra cosa que la aceptación de las diferencias con miras a un acuerdo sobre cuestiones fundamentales de la justicia social en una sociedad democrática

⁴⁹⁴**RAWLS, John.** La justicia como equidad. Op. Cit. Pag.58

CAPITULO VI

CONSECUENCIAS DE LA CRISIS DE LOS PARADIGMAS JURIDICOS:REGÍMENES GLOBALES PÚBLICOS Y PRIVADOS

Introducción

- 6.1 Un nuevo procedimentalismo.
- 6.2 Una concepción no positivista de la normatividad.
- 6.3 Conformación de regímenes globales privados.
- 6.4 Subordinación de la política al Mercado.
- 6.5 Transnacionalización de las relaciones jurídicas.
- 6.6. Instituciones, competencias y Prácticas jurídicas alternativas.
- 6.7 Producción espontanea de derecho en el plano supranacional.
 - a. Lex sportiva
 - b. Lex mercatoria
 - c. Lex digitalis o “lex informática”
- 6.8 Producción espontanea de derecho en el plano nacional.

Introducción

En este capítulo se pretende una aproximación a los regímenes jurídicos globales públicos y privados de carácter transnacional y de características muy especiales, que se diferencian sustancialmente de los tradicionales sistemas nacionales y del sistema jurídico internacional que emergen sin vinculación al Estado a partir de las operaciones autónomas de distintos espacios funcionales.

El derecho internacional ya no es solamente la expresión de las relaciones entre los estados, sino que involucra organismos supranacionales como el fondo Monetario Internacional, el banco mundial, la organización mundial del comercio y las organizaciones no gubernamentales protectoras de los derechos humanos, fenómeno que se ha denominado globalización del derecho, con una perspectiva desterritorializada, que está generando producción normativa que desborda los límites tradicionales del Estado.⁴⁹⁵

Se identifican fenómenos jurídicos específicos del mundo globalizado, como la denominada "lex mercatoria", la lex retis o ley de Internet, lex sportiva y otros fenómenos jurídicos, que han modificado en la globalización a la filosofía, la teoría y la ciencia del derecho; y que funcionan en las áreas globalizadas de nuestro mundo con el enfoque de la teoría general de los sistemas y la cibernética, o más ampliamente del estudio de la complejidad.

⁴⁹⁵ RODRIGUEZ M. Eduardo. Antinomias Kelsenianas y crisis del positivismo jurídico. En: Derecho Estado y Sociedad, publicación de la Universidad Libre, Bogota 2014 paginas 53-55

Este recorrido empírico aborda el particularismo jurídico y el localismo jurídico en la sociedad moderna, ilustrando cómo el Estado moderno comparte el campo jurídico nacional con otras fuerzas sociales productoras de Derecho, mostradas como soluciones innovadoras y adaptativas a las condiciones específicas del desarrollo o la modernización capitalistas.

El Derecho ya no es únicamente el paraíso de los juristas, ahora es una cuestión de ingeniería social en plena construcción y deconstrucción, donde se entrecruzan diferentes discursos provenientes de las más diversas disciplinas. La aceptación de este giro paradigmático traería consigo el cambio de perspectiva de los estudios jurídicos, y la discusión interdisciplinaria del Derecho.⁴⁹⁶ Los nuevos paradigmas del derecho en la sociedad global tratan de lograr una aproximación al problema del cambio en el Derecho y el cambio en la sociedad que permita ver la situación actual como una crisis en la evolución social y legal y de esta forma proporcionar una respuesta dentro de una teoría social más comprensiva; que permita a la racionalidad reflexiva, es decir la estructuración de instituciones y procesos y competencias supranacionales.

El mundo se encuentra ante una nueva configuración de las relaciones económicas, sociales y políticas que está alterando drásticamente la propia comprensión de la realidad y la propia capacidad del orden jurídico para dar respuesta a demandas apremiantes.⁴⁹⁷ La ingente producción normativa de los múltiples centros de poder en la era de la globalización conculca garantías y principios esenciales del Derecho moderno, como la propia publicidad de las normas y los cauces procesales de producción establecidos en garantía de los propios ciudadanos como puede observarse fácilmente en los reiterados, intentos de seguir aplicando criterios derivados de normas estatales y del derecho internacional a situaciones que escapan a sus límites y jurisdicciones.⁴⁹⁸

Entender las estructuras, funciones y mecanismos de estos sistemas y poder crear modelos útiles de los mismos, será necesario para que puedan constituirse en adecuados instrumentos de regulación de sectores de la sociedad mundial que cada vez cobran mayor importancia y trascendencia en la globalización dando lugar a la articulación de nuevos paradigmas jurídicos, que tratan, de reconstruir el fragmentado panorama de un derecho desbordado por la propia aceleración de las coordenadas espacio-tiempo.

El proceso exponencial de aceleración e integración de mercados, de flujos financieros, económicos y de mercancías a nivel planetario, ha provocado una espiral creciente de reacciones de descentralización y fragmentación del poder. La creciente concentración a nivel global del poder económico desafía continuamente las estructuras político-jurídicas contemporáneas, que se ven desbordadas por la irrupción de las coordenadas tecnológicas en el ámbito de la producción, del consumo y de la distribución de los bienes.

⁴⁹⁶ TEUBNER, Günther, *El Derecho como sistema Autopoietico*, Ed. Giuffrè, Milano, Italia, 1996.30.

⁴⁹⁷ CAMPUZANO, Alfonso de J. *Racionalidad Jurídica y globalización. Paradojas y perplejidades en torno al ordenamiento jurídico*. Revista de Ciencias Jurídicas. y Sociales. Uniparana. v. 11, n. 1, p. 223-245, 2008.

⁴⁹⁸ IBID página 227

6.1 UN NUEVO PROCEDIMENTALISMO

Las nuevas realidades jurídicas han dado lugar a un nuevo paradigma que se podría denominar un nuevo procedimentalismo o paradigma procedimental del Derecho que privilegia una determinada forma de derecho, el Derecho reflexivo. En tal sentido los procesos jurídicos y políticos han logrado relaciones intersistémicas entre las unidades nacionales, mientras la globalización en el ámbito económico soluciona sus problemas por fuera de las naciones, en el contexto de una serie de sistemas mundiales en el campo de la economía, del deporte, de la ciencia y de la política que se auto-reproducen globalmente como sistemas autónomos en una auténtica sociedad global fragmentada en diversas sociedades globales.⁴⁹⁹

En la actualidad la producción jurídica Estatal es objeto de un proceso de desvertebración que se va redimensionando en la era de la interdependencia. Zagrebelsky, afirma que nuestro tiempo está marcado por la pulverización del Derecho legislativo, fenómeno que tiene su causa en la multiplicación de leyes de carácter sectorial y temporal, normas, en definitiva, de reducida generalidad o de bajo grado de abstracción. Las razones de esa desaparición de los rasgos clásicos de la ley se pueden cifrar, sintéticamente, en el carácter extraordinariamente heterogéneo de nuestras sociedades, compuestas por una amplia diversificación de grupos y estratos sociales que provoca una acentuada diferenciación de tratamientos normativos, ya sea como implicación empírica del principio de igualdad del Estado social, ya como consecuencia de la presión que los intereses corporativos ejercen sobre el legislador.⁵⁰⁰

El proceso de globalización encarna una gama de interconexiones económicas, sociales y culturales, que trascienden las fronteras de lo local y lo nacional y acarrea consigo un urgente cambio en los patrones clásicos de organización política. Las relaciones de poder trascienden las fronteras del Estado, cosa que vuelve el intercambio político confuso e incalculable, lo que hace que los antiguos conceptos, teorías y patrones sean rebasados día con día por la inmensa complejidad social. La globalización permitió el surgimiento de mecanismos de solución de conflictos como la mediación y el arbitraje, que suponen la aceptación de las partes y que se rigen por normas y procedimientos distintos a los del clásico Derecho Estatal.⁵⁰¹

La globalización se ha convertido en una especie de nuevo paradigma del mundo contemporáneo en el que existe sin duda una contracción de la dimensión espacial, la cual ha dado origen y auge a distintos procesos como la expansión del intercambio económico supra-fronterizo, el cambio en los ordenamientos institucionales, las transformaciones en la esfera gubernamental y las políticas

⁴⁹⁹ **TEUBNER, Günter.** 'Global Bukowina': Pluralismo Legal en la Sociedad Mundial. Pág. 2.

⁵⁰⁰ **ZAGREBELSKY, Gustavo.** El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia, Trotta, Madrid, 1995, pp.36-38.

⁵⁰¹ **ATIENZA, Manuel.** Constitucionalismo, Globalización y Derecho. En: El Canon Neo constitucional . Bogota Universidad externado de Colombia. Pág. 573

domésticas, la composición social, las identidades y culturas, el papel y la razón del Estado Nación, así como los avances científicos y tecnológicos.⁵⁰²

Si cada sistema es autónomo y tiene su propio lenguaje, no es posible una integración normativa general, de la diferenciación funcional, por lo cual se hacen necesarios procedimientos diferenciados que se orienten a instalar, corregir y redefinir, mecanismos autoregulatorios de sistemas autónomos, sin buscar una armonía global de la diferenciación, sino más bien como una especie de garante de determinadas reglas de juego a las que cada sistema conecta las condiciones de reproducción de su propia autopoiesis.⁵⁰³

6.2 UNA CONCEPCION NO POSITIVISTA DE LA NORMATIVIDAD

En la Globalización aparece una concepción no positivista del Derecho y no se le puede ver como un conjunto de normas preexistentes sino más bien como una práctica, como un procedimiento o un método para conciliar intereses y resolver conflictos. Al ampliarse el espectro de la participación social y surgir nuevos actores de importancia y poder decisivo equiparables al Estado, aparecen nuevas reglas del juego de la actuación colectiva.

Los nuevos actores financieros, mercantiles y los organismos multilaterales son ahora más poderosos que los Estados nacionales y en consecuencia se habla de un declive del poder estatal, en términos de la autoridad política que el Estado posee o solía poseer sobre la sociedad y la economía.

Santos en su obra, Sociología jurídica crítica; menciona “La diversidad jurídica del mundo” y visualiza mediante la investigación empírica, las distintas manifestaciones contemporáneas de derecho “no oficial” que hacen un aporte fundamental al entendimiento de las ideas teóricas, y nos introduce de lleno en una multiplicidad de manifestaciones jurídicas “cotidianas” que chocan con las preconcepciones hegemónicas de lo que el derecho es o “debería ser”. Al mostrar el espacio tiempo supraestatal, global considera que la investigación se centra en primer lugar sobre las formas jurídicas transnacionales que se reproducen globalmente, y en segundo lugar sobre los campos jurídicos nacionales, en la medida en que son transformados por los movimientos sociales transnacionales que en ambos casos cuestionan el monopolio del Estado moderno en la producción del derecho.⁵⁰⁴

La representación territorial ya no es esencial y la representación social es necesario replantearla pues la sociedad se ha ido abriendo camino en el terreno de la participación, la resistencia y el escrutinio en el ámbito internacional. Las relaciones de poder trascienden las fronteras del Estado, cosa que vuelve al

⁵⁰²BAUMAN Zygmunt, La globalización, consecuencias humanas F. C. E. México 1999, pág. 8

⁵⁰³WILLKE, Helmut Societal Guidance Through Law? En: TEUBNER, Gunther. State, Law and Economy as Autopoietic Systems: Regulation and Autonomy in a new perspective. Milan Giuffrè, 1992. P. 353 a 387

⁵⁰⁴BOAVENTURA DE SOUSA Santos. Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho. Editorial Trotta, Madrid, 2009. Página 187

intercambio político confuso e incalculable, lo que hace que los antiguos conceptos, teorías y patrones sean rebasados día con día por la inmensa complejidad social.⁵⁰⁵

6.3 CONFORMACIÓN DE REGÍMENES GLOBALES PRIVADOS.

Con el surgimiento de los regímenes globales privados tiene lugar una efectiva auto deconstrucción del Derecho, que anula fácilmente los principios fundamentales del derecho nacional estatal, cuya validez dependía de la promulgación de Derecho por instancias parlamentarias, y con procedimientos y principios logrados a través de luchas políticas por derechos fundamentales.⁵⁰⁶

La producción de normas jurídicas derivada de la solución de conflictos no sólo tiene lugar en tribunales nacionales e internacionales, sino también en el seno de instancias de solución de conflictos sociales de carácter no político, de organizaciones internacionales, de cortes de arbitraje, instancias de mediación, comisiones de ética y regímenes contractuales que se han transferido de los sujetos estatales, a sujetos económicos y políticos supranacionales, y la forma como Organizaciones globales de carácter privado producen cada vez más normas sustantivas sin recurrir al Estado.

La globalización es pues un fenómeno polifacético con dimensiones económicas sociales, políticas, culturales y jurídicas, que han permitido el surgimiento de una cultura global o mundial. La globalización ha creado una interdependencia e interacción en la que se intensifican las relaciones sociales y se incrementa la desterritorialización, abriendo el camino hacia nuevos derechos y nuevas opciones pero sobre todo cruzando fronteras protegidas antes por el nacionalismo, las aduanas, las identidades nacionales, regionales y locales.⁵⁰⁷

La aparición de un derecho global o de un derecho internacional contemporáneo adaptado a las circunstancias económicas y políticas de la globalización, en el marco de un pluralismo jurídico sin precedentes, en el cual el derecho estatal e interestatal compite con nuevos espacios privados de producción y aplicación de normas jurídicas, ha generado tensiones importantes a nivel de la primacía normativa cuando convergen reglamentaciones provenientes del derecho comercial internacional, el derecho privado de las inversiones, o el derecho internacional de los derechos humanos.

Esto significa también que los Estados deben compartir escenario y poder globales, con organizaciones internacionales, empresas transnacionales y movimientos sociales y políticos también transnacionales y no gubernamentales, cuya magnitud nunca antes había existido, y que constituye lo que en este trabajo se denominan Paradigmas, que no son otra cosa sino el rompimiento o ruptura epistemológica,

⁵⁰⁵BAUMAN Zygmunt, La globalización, consecuencias humanas, Fondo de Cultura Económica, México 1999, pág. 47.

⁵⁰⁶TEUBNER Gunther. Contracting worlds. The many autonomies of private Law. En Social and legal studies. Volumen 9(3) páginas 399 a 417 437 a 453

⁵⁰⁷BECK Ulrich. ¿Que es la Globalización? Falacias del Globalismo, respuestas a la globalización. Traducción: Bernardo Moreno, del original en Alemán. Barcelona Paidós, 2001 Pagina 19.

con prácticas y costumbre milenarias y que son reemplazadas por matrices explicativas, propias de un determinado momento histórico.

6.4 SUBORDINACION DE LA POLITICA AL MERCADO.

La globalización involucra en forma directa o indirecta la subordinación de la política al mercado y de la ley al contrato, lo cual se traduce, en un ideal de desregulación pues una economía más globalizada, significa más libre de ataduras y menos reglamentada por normas jurídicas estatales o de derecho internacional. En fin el Derecho de la globalización es claramente un Derecho que se sustenta sobre la pérdida de soberanía de los Estados y sobre los procesos de integración económica y política en sistemas supranacionales e internacionales, que limitan y reducen los tradicionales roles del constitucionalismo y van generando otros vínculos jurídicos, que condicionan la legitimidad interna del sistema y crean crecientes interdependencias entre los Estados. Se forman así sistemas políticos supraestatales en un mundo supranacionalizado, que da gran prioridad a los derechos fundamentales, y a los sistemas jurídicos supranacionales que se han transformado significativamente a partir de la globalización.⁵⁰⁸

En este contexto se puede evidenciar que las grandes empresas adquirieron un poder enorme sobre los Estados, que les permite transformar leyes y hacer de la cuestión climática un asunto puramente comercial, que se identifica como "capitalismo verde". Esa nueva forma del capitalismo se esconde, según Boaventura de Sousa Santos, en el comercio global que ha comenzado a florecer en torno a las licencias y los servicios ambientales, así como en la venta de tecnologías relacionadas con el cuidado del medio ambiente.

Lo jurídico se transforma radicalmente y hace que cambie también la epistemología del derecho en general, pero en particular cambia de episteme el derecho forjado en la tradición positivista. Se concluye que los principales efectos de la globalización sobre el Derecho están dados por la subordinación de la política al mercado, de la ley al contrato, todo plasmado en el ideal de la desregulación es decir, una economía más globalizada significa más libre de ataduras y menos reglamentada por normas jurídicas estatales o internacionales.

El rasgo sobresaliente de la globalización jurídica consiste en la privatización del Derecho, consecuencia de la tendencia a la privatización de lo público, razón por la cual los grandes protagonistas del Derecho de la globalización, no son ya los legisladores, sino los jueces y los expertos en derecho que no ocupan ya cargos públicos, pero que deciden los grandes pleitos del comercio internacional en su calidad de abogados o de profesores universitarios.

6.5 TRANSNACIONALIZACION DE LAS RELACIONES JURIDICAS.

⁵⁰⁸SANTOS BOAVENTURA DE SOUSA. La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación. Bogotá Universidad. Nacional 1998 Pagina 36.

El proceso de transnacionalización de la relación jurídica está influyendo sobre los ordenamientos nacionales, dando lugar a nuevos actores en el espacio público y privado que no son otra cosa sino un proceso de transnacionalización del Derecho con una clara tendencia a la conformación de un sistema mundial, contextualizado por convenios y regulaciones internacionales o regionales en el campo público o privado en una especie de globalismo localizado.

En esta forma un grupo de Estados interactúan para crear instituciones y competencias jurídicas supranacionales que asumen funciones regulativas antes de competencia nacional, relacionadas por ejemplo con mercados de capitales, libertades de movimiento de bienes personas y servicios que luego formaran parte de un proceso integracionista en el campo económico y político.⁵⁰⁹

Emergen así nuevas configuraciones políticas, con la tendencia a compartir soberanía y a disminuir sensiblemente los conceptos de interés nacional, bajo el liderazgo de las leyes del mercado y la armonización de políticas públicas que han caracterizado la expansión de prácticas transnacionales protegidas jurídicamente, que fortalecen el derecho internacional privado.⁵¹⁰

El debate jurídico en años anteriores giraba alrededor de ordenamientos jurídicos locales infra estatales o nacionales, que en el periodo actual se han ubicado en ordenamientos jurídicos supraestatales, transnacionales que coexisten en un sistema mundial, caracterizado por la pluralidad jurídica, en un contexto de Estado nación, desafiado o ausente como unidad política privilegiada en la iniciativa y en la creación jurídica, pues entran a convivir campos jurídicos complejos estatales y no estatales que van conformando una pluralidad de ordenamientos jurídicos.

6.6. INSTITUCIONES, COMPETENCIAS Y PRÁCTICAS JURÍDICAS ALTERNATIVAS.

Los cambios en el derecho interno de los países han sido influidos decisivamente por presiones internacionales formales e informales, de otros Estados, agencias internacionales y actores supranacionales. El impacto del contexto internacional en la regulación jurídica de los Estados, se ha materializado en la creación de instituciones y competencias jurídicas transnacionales, que han asumido funciones regulativas no existentes previamente.

El caso más representativo se encuentra en la Unión Europea, donde se ha desarrollado un Derecho Comunitario que permite libertades de movimiento de personas, bienes, servicios y capitales, como parte de una integración política y económica, que en la actualidad superadas las crisis financieras y los denominados

⁵⁰⁹ MASCAREÑO Aldo. Regímenes jurídicos en la constitución de la sociedad mundial Departamento de Sociología la Universidad Alberto Hurtado. Revista Política criminal No.4 año 2007 Paginas 1-39

⁵¹⁰ SANTOS BOAVENTURA DE SOUSA. op. cit. Página 16.

rescates, que se ha producido en Grecia, Irlanda, España y Portugal permitirán la consolidación del sistema.

Habermas, menciona “agujeros de legitimidad”, ocasionados, fundamentalmente, por los desplazamientos de competencias del Estado no sólo a nivel supranacional sino que además la proliferación de organizaciones supranacionales de configuración y características diversas provoca una eclosión de normatividades en conflicto que se interrelacionan creando relaciones mutuas de interdependencia y de recíproca exclusión. Junto a las organizaciones gubernamentales supranacionales y las conferencias internacionales permanentes, también actúan las organizaciones no gubernamentales, como Amnistía Internacional y Greenpeace, tienen cada vez un poder mayor en el contexto transnacional y acceden con facilidad a la red informal de instancias productoras de derecho.⁵¹¹

Estas instancias no se olvidan de una problemática de legitimación, inducida por la insuficiente integración de la sociedad global, que no se constituye como una búsqueda de legitimación por procedimientos neutrales de entendimiento, sino más bien como una invitación a la autorregulación. Con tal finalidad los nuevos paradigmas incrementan el conocimiento de la dinámica sistémica, a la que la orientación se dirige, pero sobre todo intenta conocer su función, sus reglas procedimentales, sus equivalentes funcionales y sus condiciones de integración.

Afirma Nowrot, K. que en el contexto de las complejas interacciones de la globalización la sociedad internacional ha de funcionar como un sistema abierto que posee la flexibilidad necesaria para conformar una nueva dinámica de desarrollo del sistema internacional, a través de la incorporación de nuevas y poderosas entidades no estatales capaces de actuar como sujetos del derecho internacional y proporcionar un marco jurídico para sus actividades⁵¹²

La capacidad de la teoría jurídica para convertirse en un discurso transnacional como consecuencia de las nuevas dinámicas que rodean la producción y recepción normativa se manifiesta especialmente en las generalizaciones, globalizaciones o abstracciones del discurso jurídico en el que ya está asumiendo en forma reiterada su transnacionalidad o globalidad.⁵¹³ Se han precisado algunos términos o conceptos como el “derecho en acción” en referencia a la práctica jurídica; el derecho en contexto para referirse al ámbito de su producción o recepción; enmarcado el primero en el realismo jurídico y el segundo en el formalismo jurídico.

Nuevos modelos plurales y democráticos de justicia apuntan para el desarrollo de ciertas prácticas llamadas de "legalidad alternativa". No se trata propiamente de un "uso alternativo del Derecho", sino de un proceso de construcción de otras formas jurídicas. El objetivo más importante de transformación jurídica no consiste, en la

⁵¹¹HABERMAS, Jürgen, La constelación posnacional. Ensayos políticos, Paidós, Barcelona. P.94

⁵¹²NOWROT, K., Legal Consequences of Globalization: The Status of Non-Governmental Organizations Under International Law”, Indiana Journal of Global Legal Studies, v.6, 1999, pp. 579.

⁵¹³TWINING, William, Derecho y Globalización, Ediciones U. Andes, Instituto pensar, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, Colombia, 2.002, 25-53

sustitución de una normatividad injusta por otra normatividad más favorable, sino en identificar el Derecho con los sectores mayoritarios de la sociedad. El fenómeno de las prácticas jurídicas alternativas que se inserta en la globalidad del pluralismo jurídico comprende prácticas no siempre homogéneas e idénticas.

Se trata de encontrar los paradigmas que permitan la autorregulación social pero sobre todo, se aplica para que el sistema jurídico pueda intervenir en el funcionamiento interno del sistema económico o político, una vez neutralizada la mutua intervención y una vez el sistema jurídico solo se preocupe de que los demás sistemas sigan sus propias dinámicas internas, velando por su libertad de funcionamiento, con lo cual se llegaría a la total desregulación o regulación autónoma.⁵¹⁴

6.7 PRODUCCION Y ESPONTANEA DE DERECHO EN EL MARCO SUPRANACIONAL.

El Derecho Espontaneo supranacional regula materias globales de actores globales cuyas condiciones de producción son distintas y no responden al impulso, apoyo y legitimidad de una institucionalidad estatal democrática. Por esta razón se constituyen en norma, que deriva su validez no de su unidad sino del carácter genuinamente auto contenido de cada discurso, y de la conexión con sus propias operaciones. Las regulaciones de empresas multinacionales en el campo nacional, las estandarizaciones de las distintas profesiones, las regulaciones de comercio, la comunicación digital y los reglamentos en los ámbitos deportivos forman parte de la aplicación del derecho supranacional espontaneo.⁵¹⁵

La institucionalización social de los procedimientos en la creación de normas no Estatales en el plano empírico se identifica en formas específicas de organización de las profesiones y de otras instituciones sociales productoras de normas. Habitualmente se encuentran no sólo en institutos públicos y privados de investigación, en redes artísticas e intelectuales y Universidades, sino también en parlamentos, tribunales de justicia y comisiones, asociaciones profesionales, y, a estos efectos, en los departamentos de investigación de compañías públicas y privadas, los cuerpos que crean normas en organizaciones sin ánimo de lucro, e incluso las direcciones de compañías públicas y privadas.⁵¹⁶

La consecuencia normativa es la de legitimar públicamente la autonomía de tales organizaciones; garantizarla políticamente y asegurarla jurídicamente. Más allá de las garantías de autonomía históricamente realizadas para las esferas religiosas, los agentes de la negociación colectiva laboral, las asociaciones libres, estas garantías han de regir también respecto de «cuerpos deliberativos dentro de las modernas sociedades civiles, así como asociaciones profesionales y sedes de

⁵¹⁴**WILLKE, Helmut** Societal Guidance Through Law? En: TEUBNER, Gunther. State, Law and Economy as Autopoietic Systems: Regulation and Autonomy in a new perspective. Milan Giuffrè, 1992. P. 353 a 387

⁵¹⁵**SELZNICK, The Moral Commonwealth: Social Theory and the Promise of Community**, University of California Press, Berkeley, 1992, pp. 229 ss.; Selznick, Law, Society and Industrial Justice, Russell Sage, New York, 1969

⁵¹⁶**NOTTAGE, Luke.** "The Procedural Lex Mercatoria: The Past, Present and Future of International Commercial Arbitration". En: Legal Studies Research Paper N° 6, 51, 2006.

práctica de los profesionales dentro de compañías, Universidades, hospitales, redes artísticas y otros foros. Los más connotados ejemplos son la Lex sportiva; La lex mercatoria y la lex informática o lex retis” cuya evolución ha seguido parámetros distintos, a su vez, de las otras globalizaciones como la del derecho penal, del ambiental o de los derechos humanos.⁵¹⁷

A. LEX SPORTIVA

La corte de arbitraje del deporte (Laussane Suiza) extrae sus principios de las diversas prácticas de las federaciones deportivas y de los códigos por los que ellas se gobiernan a sí mismas. Se trata de un acuerdo voluntario que no supone un proceso deliberativo y sus normas se acatan con estricta su misión sin que ningún atleta participe en una discusión democrática de la producción de las reglas deportivas. El Comité Olímpico Internacional, actúa autónomamente dentro del orden legal de los Juegos Olímpicos, siendo reconocido como una organización no gubernamental internacional que asume un poder jurisdiccional supremo para actuar en el área de la atlética amateur.⁵¹⁸

La práctica de los Estados es aceptar la autonomía del orden legal enmarcado y ejecutado por el COI. Las decisiones concernientes a la selección de las ciudades para los Juegos Olímpicos han sido tratadas como soberanas y los tribunales y las cortes estatales son reacias a otorgar protección legal contra decisiones punitivas del COI, como ser, por ejemplo, la prohibición de participar en los juegos olímpicos, lo cual en una era de deportes completamente profesionalizados, puede implicar una denegación de derechos fundamentales como el de la libre elección y ejercicio de una profesión. Por esta razón se le ha llamado al Comité, las “Naciones Unidas” o “el gobierno mundial” en el campo del deporte.⁵¹⁹

B. LEX MERCATORIA:

En un caso de formación de derecho espontaneo en las relaciones comerciales con fundamento en un acuerdo o contrato cuya validez en caso de devenir problemática se dirime por un tribunal arbitral, el cual puede decidir sobre su competencia es decir puede decidir si decide o no, en el caso negativo, el caso puede pasar a la justicia nacional es decir en fuentes clásicas de continuidad jurídica o que otro arbitro lo asuma. La Lex Mercatoria consagra la autonomía de la cláusula arbitral respecto de la validez del contrato.⁵²⁰

La “lex mercatoria” es, el ejemplo más claro de un derecho mundial sin Estado, que se ha generado más allá de la política nacional o internacional. Se trata de un ordenamiento jurídico global producido en un proceso legal autónomo y que continuamente se sigue desarrollando.

⁵¹⁷TEUBNER G. Global Law Without a State, Andover: Dartmouth, 1999.

⁵¹⁸NAFZIGER, J. 'Globalizing Sports Law' Marquette Sports Law Journal 9 (1999), 225, 237.

⁵¹⁹TEUBNER G. (ed.), Global Law Without a State (Andover: Dartmouth, 1997).

⁵²⁰ UNCITRAL. Arts. 19 y 20 de la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de la UNCITRAL, 2007.

Se le ha caracterizado diciendo que en las relaciones comerciales internacionales existen reglas consuetudinarias internacionales, o derecho no nacional o tercer Derecho.⁵²¹ Empresas multinacionales celebran entre sí contratos que ya no someten a ninguna jurisdicción nacional ni a ningún derecho material nacional. Conviene en someter sus contratos a un arbitraje independiente de los derechos nacionales, pero los cuales, a su vez, deben aplicar normas de un derecho comercial que tiene carácter transnacional. Se ha establecido aquí una práctica jurídica que funciona por fuera de los órdenes jurídicos nacionales y de las convenciones de derecho internacional, con un sistema normativo y jurisdicción propias, que no está ubicado dentro de la jerarquía normativa del derecho nacional e internacional.⁵²²

En el caso de la "lex mercatoria" se trata de un derecho mundial independiente aplicado a las transacciones comerciales, que se encuentra más allá del ordenamiento político internacional. En ambos sistemas aparecen nuevas "fuentes de derecho": en el caso del "ius cogens", surge como relevante un nuevo elemento: las normas técnicas o protocolos de la Red y en el campo de la "lex mercatoria", una gran variedad de "fuentes", diferentes de las tradicionales, a disposición de las partes y de los árbitros. Por su parte, con relación a la normativa de Internet, se la ha caracterizado como un proceso descentralizado, emergente, un mecanismo que se ha denominado "derecho policéntrico".

C. LEX DIGITALIS O “LEX INFORMATICA”

El carácter supra territorial del internet y el desarrollo digital explosivo en el campo comercial ha llevado a la producción de conflictos derivados de la inscripción y administración del sistema de asignación de dominios de internet, disputas que se resuelven autónomamente más allá de las fronteras del Estado Nación.

La lex digitalis tiene ramificaciones y conexiones con la globalización de las comunicaciones, particularmente referidos a los conflictos, delitos y situaciones de todo tipo surgidas de la explosiva expansión de la Internet; Por ello, debemos aprender a manejarlos a través del caos, y esto es lo que está sucediendo con ambos sistemas.⁵²³ Para ello habrá que tener presentes las cuatro reglas básicas del manejo de éste, que son:

- La conversión de organización a orden espontáneo
- La auto organización en vez de la planificación
- La estabilidad a través de la flexibilidad
- La autonomía con dependencia de la retroalimentación del entorno.

⁵²¹ **HUTTER, Michael**. "Efficiency, viability, and the new rules of Internet". En: European Journal of Law and Economics II, 2001, p. 5-22.

⁵²² **NOTTAGE, Luke**. "The Procedural Lex Mercatoria: The Past, Present and Future of International Commercial Arbitration". En: Legal Studies Research Paper N° 6, 51, 2006.

⁵²³ **UNCITRAL**. Arts. 28.1 y 28.3 de la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de la UNCITRAL, 2007- UNIDROIT. "Réalizations d'UNIDROIT", 2007.

Las estandarizaciones académicas propias de cada profesión. A nivel supranacional, se establecen criterios de calidad y regulan el ejercicio profesional, con criterios simplemente disciplinarios, pero cuya pertinencia y autorregulación es acatada sin objeciones, por todas las personas adscritas a una determinada disciplina; La *lex digitalis* está constituida por normas técnicas y jurídicas, incluyendo precedentes generados por órganos de un nuevo cuño cuyos contenidos están siendo producidos por la interrelación de prácticas de personas de distintos sistemas jurídicos, pautas culturales diversas y hasta sistemas de valores competitivos, unidos todos por la necesidad del tráfico en una misma Red, un sistema adaptativo complejo que produce un tipo de orden que no depende de abogados, decisiones judiciales, leyes o votos.⁵²⁴

6.8 PRODUCCION ESPONTANEA DE DERECHO EN EL MARCO NACIONAL.

Se trata de aquel Derecho que se forma pragmáticamente en los acuerdos y diferencias estratégicas de actores globales, asociados a lógicas funcionales supra territoriales, y que no resulta de un proceso deliberativo orientado a la producción de derecho sino de un principio democrático que institucionaliza la voluntad política mediante un sistema de derechos que asegure a cada uno la igual participación en tal proceso de producción de normas jurídicas.

En este caso particular se trata de Normas aplicables en las zonas periféricas de contacto entre el derecho y otros espacios sociales que producen normas jurídicas con independencia de las condiciones clásicas de generación de normas, casos de los regímenes privados globales donde tiene lugar una efectiva deconstrucción del derecho que responde a los espacios individuales de libertad logrados a través de luchas políticas.⁵²⁵ Las regulaciones y las normas no sólo se producen por las negociaciones entre los Estados, sino también por agentes semipúblicos, cuasi privados y privados que responden a las necesidades de un mercado global.

A medio camino entre los Estados y las entidades privadas, las autoridades autorreguladas han proliferado, desdibujando la distinción entre la esfera pública de la soberanía y el dominio privado de los intereses particulares. Normas y reglamentos derivados de la Autonomía Universitaria aplicables en el campo de la Educación superior y los manuales de convivencia diseñados y aplicados autónomamente en las instituciones Educativas secundarias a los cuales se incorporan otras normas de igual o menor categoría. Otro ejemplo a nivel nacional se refiere a las Normas creadas y aplicadas en los sindicatos, empresas y otras asociaciones democráticas como los colegios profesionales. En virtud de facultades constitucionales para elaborar sus propios reglamentos, siempre y cuando se acomoden a las normas constitucionales pertinentes y que se podrían ampliar en otros ámbitos en los que es posible auto regular la convivencia.

⁵²⁴**GRUN Ernesto.** Los nuevos sistemas jurídicos del mundo globalizado. Revista telemática de filosofía del Derecho Nº. 4, 2000-2001

⁵²⁵**MASCAREÑO Aldo.** Regímenes jurídicos en la constitución de la sociedad mundial Departamento de Sociología la Universidad Alberto Hurtado. Revista Política criminal No.4 año 2007 Paginas 1-39

Otra aplicación de esta modalidad de producción legítima y espontánea de Derecho a nivel local como consecuencia de los nuevos paradigmas del derecho se refiere a todas las instancias de gobiernos participativos con poder de decisión, por ejemplo en las juntas de acción comunal, reglamentos de propiedad horizontal, asociaciones de vecinos, asociaciones de padres de familia, consejos locales de cultura y de seguridad, particularmente donde se puedan llenar los espacios no ocupados por el Estado, creando unidades productivas contra la pobreza y el desempleo en aras de corregir fallas en la equidad y desigualdades sociales, que de una u otra forma se conviertan en formas de corrección de la ausencia del Estado en el cumplimiento de sus fines sociales.

Los primeros pasos en dirección de una sociedad latinoamericana pluralista y democrática ya están siendo puntualizados, por el papel pedagógico de la "crítica socio jurídica" que es fundamental como estrategia para crear en un primer momento de redefiniciones paradigmáticas, las condiciones epistemológicas y políticas ideológicas de una justicia material efectiva que se podrá expresar, en un horizonte no muy lejano.

En igual sentido la globalidad de un espacio público, realmente participativo, capaz de buscar una nueva hegemonía, síntesis de la "voluntad comunitaria, coexistiendo con la pluralidad de los intereses particulares, en una igualdad fundada en las diversidades y en las diferencias, lo mismo que por la pertenencia cultural a sus comunidades. Se trataría en este caso de asambleas de ciudadanos, consejos comunales y particularmente movimientos sociales, que actúan al margen de los cauces constitucionales y legales.

Frente a esto se ha dado la diversificación de entidades públicas para atender a estos actores nuevos ministerios, subsecretarías, superintendencias, agencias regulatorias, mecanismos como mesas de negociación, comités de expertos, comisiones de estudio, de ética, así como la proliferación de organizaciones del denominado tercer sector, organizaciones no gubernamentales, organizaciones económicas nacionales y transnacionales y variados agentes privados en diversos campos sociales transnacionales.

Frente a esto se ha dado la diversificación de entidades públicas para atender a estos actores nuevos ministerios, subsecretarías, superintendencias, agencias regulatorias, mecanismos como mesas de negociación, comités de expertos, comisiones de estudio, de ética, así como la proliferación de organizaciones del denominado tercer sector, organizaciones no gubernamentales, organizaciones económicas nacionales y transnacionales y variados agentes privados en diversos campos sociales transnacionales.

Sobre el pluralismo legal y las mudanzas estructurales por la que atraviesa la sociedad global es oportuno señalar la relevancia del grado de eficacia, o no, del actual modelo normativo de control y reglamentación social del continente

latinoamericano. La primera condición para un proceso de cambio en dichas sociedades de capitalismo periférico, tradicionalmente inestables y conflictivas, comprende la reconstrucción democrática de la sociedad civil, la redefinición de las funciones del Estado y la implementación de un sistema de reglamentación identificado con las carencias y necesidades de los nuevos actores emergentes.

Con los nuevos paradigmas, en sus componentes teóricos se prioriza la racionalidad y se pretende superar la dicotomía teórico-práctica, revalorizando valores no científicos, hacia una legítima organización social de la libertad, pues asume el Derecho no como un conjunto de normas sino como una práctica social discursiva, lo que significa que el Derecho debe asomarse a la experiencia de la vida, en la que siempre estarán presentes el conflicto, la represión, el poder y la violencia.

CONCLUSIONES.

La constitución de una sociedad mundial trae consigo el desarrollo de operaciones jurídicas con un creciente carácter supranacional acopladas a las constelaciones jurídicas nacionales algunas, y otras con relativa autonomía. La producción normativa es espontánea, y no es el resultado de un proceso deliberativo, orientado a la producción de Derecho, espontáneo, sino que surge en las zonas periféricas de contacto entre el Derecho y los espacios sociales, cuyos intercambios requieren regulación y que tienen más potencialidad para producir normas jurídicas, que el marco mismo de la institucionalidad democrática de los Estados.

Los tradicionales actores quedan excluidos de la formación del Derecho, en el sentido clásico ya conocido, pero se convierten en el impulso fundamental para la producción normativa. Se trata de un derecho espontáneo, que regula materias globales de actores globales, cuyas condiciones de producción son distintas, y que parecen menos fundadas en la tradicional filosofía o dogmática jurídica, referente al impulso, apoyo y legitimación institucional y por el contrario deriva su validez del carácter genuinamente auto contenido de su propio contexto, en conexión con sus propias operaciones.

La discusión no solo se realiza en el contexto de la producción normativa sino que discurre en una disposición teórica fundamentada en la auto comprensión de los autores mismos, como lo señalara Habermas con la posibilidad de desarrollar un concepto de sociedad, como un orden emergente de comunicación, que entiende los estándares normativos de los hombres como rendimientos propios de la sociedad, en vez de verlos como ideas regulativas o como componentes del concepto de comunicación, y que constituye en si mismo el nuevo concepto del procedimentalismo.⁵²⁶

⁵²⁶ HABERMAS, Jürgen, "Facticidad y Validez", Ed.: Trotta, 1998, 493.

Existe una analogía, con el denominado pluralismo legal según el cual se busca regular, episódica y contextualmente los eventos diversos abocados a situaciones problemáticas, que surgen de las relaciones de actores, cuyos discursos están determinados por su participación en redes funcionales que operan de modo transversal en la segmentación social.

Toda esta diversificación concreta de sistemas, organizaciones y actores implica la emergencia de intereses sustantivamente contradictorios entre sí, que ganan en autonomía al establecer sus propios procedimientos de funcionamiento para la consecución de sus expectativas. Se ha puesto en juego la capacidad del Estado, mediante políticas públicas, de absorber y articular demandas diversas, conflictivas entre sí y con expectativas de cumplimiento que no admiten demasiada flexibilidad temporal.

CONCLUSIONES GENERALES.

Tal como estuvo formulado el problema de esta investigación centrado en determinar e identificar los componentes e indicadores de la crisis del derecho, y como encontrar sus explicaciones utilizando el enfoque y la teoría de los paradigmas, el trabajo logro en forma coherente analizar dichos componentes de la crisis materializados en la ineficacia del ordenamiento jurídico; en su misma indeterminación, en sus incoherencias internas, en la función que cumple en el mantenimiento del Status Quo, en la supuesta neutralidad de su contenido, en la ideología de quienes aplican justicia, en su carácter instrumental, y en la irracionalidad de la justicia misma.

En la misma forma se puede afirmar que se logró el objetivo general de la investigación gracias a la utilización del concepto de Paradigma y se pudo caracterizar la crisis del derecho precisando los componentes de su ineficacia, de sus contradicciones y de su carácter instrumental para el mantenimiento del Statu Quo. Utilizando este enfoque se lograron identificar las grandes transformaciones del Derecho y de la sociedad, y se logró la caracterización de nuevos paradigmas con sus consecuencias en el plano nacional e Internacional y de una verdadera ruptura epistemológica que se está inaugurando, con nuevas problemáticas y un punto de no retorno, en el mundo jurídico de la sociedad global.

La Hipótesis formulada en la investigación se pudo demostrar al caracterizar determinar e identificar la existencia de la crisis del derecho en sus paradigmas convencionales, teniendo en cuenta sus indicadores, conformados por su ineficacia, su ilegitimidad y sus notorias falencias en la tutela de los Derechos Sustantivos. Se evidenció el surgimiento de nuevos paradigmas jurídicos en la sociedad global y las consecuencias derivadas no solo de la crisis sino de estos nuevos paradigmas, como se puede apreciar en las conclusiones que a continuación se exponen.

La investigación tuvo como punto de partida los fundamentos teóricos y conceptuales involucrados en el concepto de crisis, propuesto por Gramsci, según el cual la crisis casi siempre es estructural e involucra una fase histórica compleja, de larga duración y de carácter mundial, y no uno o más acontecimientos que sean las manifestaciones particulares de ella. El concepto de crisis define, en efecto, aquello que habitualmente se denomina “período de transición”, es decir un proceso crucial en el cual se manifiestan las contradicciones entre la racionalidad histórico-política dominante y el surgimiento de nuevos sujetos históricos portadores de inéditos comportamientos colectivos.

Seguidamente se conceptualizó la categoría Paradigma entendiendo como tal lo definido por Kuhn en el sentido de que el paradigma es de alguna forma una conquista del conocimiento científico que se va imponiendo con el tiempo y que comienza por desplazar a la tendencia vigente, hasta imponerse como tendencia dominante en un mismo esquema estructural que él proponía como explicación a las revoluciones científicas. El paradigma designa un enfoque, una opción o un modo sistemático de investigar, que responde a un fondo filosófico o manera de ver el mundo y el conocimiento humano.

Para aplicar luego el concepto de paradigma y el concepto de crisis a las ciencias sociales y en particular al Derecho se precisó como este modelo se puede aplicar y se puede inferir cuando diferentes sociólogos, teóricos, y juristas hacen referencia o adoptan una cierta visión enfoque o modelo social observable, en el funcionamiento de la sociedad y del ordenamiento jurídico de tal forma que las transformaciones jurídicas, sean vistas como resultado de las transformaciones de la sociedad o viceversa es decir que una nueva lectura del Derecho, conlleva una

nueva imagen de la sociedad, casos en los cuales estaríamos ante la presencia de un nuevo paradigma.

Específicamente hablando de los paradigmas jurídicos, se hace referencia a una doctrina eurocéntrica, particularmente, Gunther Teubner que utiliza este enfoque en el paradigma del Derecho reflexivo y en el derecho como sujeto epistémico. Por su parte J. Habermas en su obra *Facticidad y validez* dedica su capítulo Noveno al estudio de los paradigmas jurídicos, y Luhman se refiere a la teoría de los sistemas en la caracterización de su doctrina sociológica, como uno de los nuevos paradigmas en la sociología jurídica. Se afirma como la nueva teoría social y la investigación cualitativa epistemológicamente ha generado un fuerte impacto en los paradigmas tradicionales, que caracterizan la sociedad compleja.

Ya en lo pertinente a la crisis de los paradigmas jurídicos tradicionales en forma reiterada se afirma que existe una crisis profunda y creciente del derecho, que se manifiesta en diversas formas y en múltiples planos particularmente en su ineficacia, y en la variada y llamativa fenomenología de la ilegalidad y el gigantesco sistema de corrupción que envuelve a la política, la administración pública, las finanzas y la economía estos fenómenos se han desarrollado como una especie de Estado paralelo, desplazado a sedes extra-legales y extra-institucionales, gestionado por las burocracias de los partidos. Los procesos de transformación del derecho en relación con la sociedad, y los procesos de cambio que se han producido en las sociedades occidentales han originado que muchas transformaciones jurídicas, más que como cambios, hayan sido vistas como una crisis del derecho, mas aun una crisis de lo que es el Derecho.

A partir de estos planteamientos la investigación hizo señalamientos puntuales sobre la crisis en la sociedad, en el Estado y en la democracia, haciendo notar que como consecuencia de las transformaciones en la sociedad, el Derecho pierde su carácter estático y se hace reflexivo. La evolución del derecho y de los paradigmas que se han desarrollado, tienen el objetivo de demostrar cómo la lógica, de las formas jurídicas no tienen un carácter perpetuo, sino que se han ido desarrollando a la par de los cambios desarrollados en las sociedades occidentales donde han desaparecido paradigmas como el positivismo y el naturalismo para dar lugar a nuevos paradigmas, en la sociedad, en el Estado y en la democracia.

La caracterización de la crisis del derecho, en sus paradigmas, en su racionalidad y en su razonabilidad, permitió precisar; la crisis del positivismo, del iusnaturalismo, es decir los paradigmas iusfilosóficos, y en igual forma la crisis de los paradigmas constitucionales; el Estado liberal, el Estado social, el estado de Bienestar y la democracia; y en igual forma la crisis del formalismo legal. La crisis ha sido identificada puntualmente por los estudios jurídicos críticos, CLS en EU; La Asociación de Crítica Jurídica que surge y se desarrolla en Francia, *el Uso Alternativo del Derecho* y los *Enfoques epistemológicos de pluralismo jurídico* y otros movimientos de crítica jurídica que mediante la investigación histórica, filosófica y sociológica, pretenden desmitificar la teoría jurídica liberal revelando

hasta qué punto se evidencia su grado de compromiso con las relaciones de poder y con las ideologías dominantes, y apuntando incluso a la falacia de la neutralidad.

La crisis del Derecho y de sus paradigmas asumió también las construcciones teóricas impregnadas, de elementos que provienen de los pensamientos y fundamentos de la modernidad y de la Globalización. El legalismo, el deductivismo metódico, la dogmática como ciencia del derecho, el formalismo y, en general, todas las notas que caracterizan la labor jurídica de nuestros días, son el legado del pensamiento jurídico moderno, sustituyendo a las antiguas concepciones de organización política y jurídica de la sociedad. La globalización marca definitivamente la consolidación de la modernidad en su versión capitalista, pues países enteros con sus elites políticas conducen a sus pueblos a las formas más radicales del capitalismo y desregulación, con lo que ha nacido la forma paradigmática de la modernidad; el capitalismo global, que se caracterizó en esta investigación como la crisis del derecho en la modernidad y en la globalización.

El aporte central de este trabajo doctoral se orientó a evidenciar el surgimiento de nuevos paradigmas en el Estado de derecho; paradigmas iusfilosóficos: El paradigma deontológico, consensual; el Paradigma deontológico comunitarista y el Paradigma de la justicia global. En segundo lugar se caracterizaron los paradigmas interpretativos propuestos por Dworkin y Alexei que se han impuesto en la actualidad bajo la denominación de Teoría de la respuesta correcta y la Teoría de la ponderación. Finalmente recibieron especial tratamiento los nuevos paradigmas jurídico-constitucionales: Paradigma Jurídico de la adjudicación; Paradigma de la redistribución y el reconocimiento; Paradigma jurídico procedimental; Paradigma Jurídico del Derecho Reflexivo; Paradigma constitucional de la Democracia Deliberativa y radical y por último el Paradigma del consenso y la autodeterminación.

Para finalizar la investigación, fueron señaladas y evidenciadas las consecuencias derivadas de la crisis del Derecho y de sus paradigmas tradicionales, en lo que aquí se denominó, la emergencia de nuevos regímenes jurídicos, públicos y privados, cuya presencia ha determinado a nivel nacional e internacional: Un nuevo procedimentalismo; Una concepción no positivista de la normatividad; la Subordinación de la política al Mercado; la Transnacionalización de las relaciones jurídicas; Especialmente el surgimiento de Instituciones, competencias y Prácticas jurídicas alternativas Producción legítima y espontánea de Derecho en el plano supranacional y la Producción legítima y espontánea de Derecho en el plano nacional.

De acuerdo en lo propuesto en la metodología y gracias a la revisión del Estado del arte se han evidenciado a lo largo del presente trabajo las variables relevantes de la crisis, buscando ante todo entender, porque el derecho no ha logrado romper los viejos esquemas que lo han caracterizado como una mera proyección del europeo y cuyo papel continúa siendo un esfuerzo social fallido, si se tiene en

cuenta que casi nunca cumple adecuadamente con las funciones básicas de un ordenamiento jurídico que sí es posible lograr en sociedades ordenadas.

Estas características se manifiestan y se demuestran en que La Democracia, el Estado y el sistema jurídico que la sustenta reciben en la actualidad el mayor número de cuestionamientos y preocupaciones sobre su legitimidad,⁵²⁷ haciéndose objeto, todos sus comentarios en libros artículos como consecuencia de la información desalentadora que proporciona la realidad política y jurídica, pero fundamentalmente por la evidencia del notable deterioro de sus procedimientos y del sustento filosófico que le ataño. La legitimidad que caracteriza las instituciones tanto jurídicas como políticas conforma una especie de ideología sin ideas, a pesar de que el modelo social y económico imperante supone una democracia avanzada; la vigencia de un pluralismo político y una activa participación ciudadana como base de la democracia.

Esta carencia de legitimidad de la democracia, del Estado y del Derecho se materializa en el deficiente funcionamiento de las instituciones democráticas o en los intereses personales de quienes las encarnan, que forman parte de un conjunto de valores y costumbres que dominan nuestra sociedades, donde lo corriente es la relación desigual, la negación del principio de la igualdad sustancial, e incluso de la solidaridad universal arrinconada ante la ley del más fuerte y donde la integración del individuo con la comunidad pierde terreno ante las fórmulas de integración funcional, puesto que la libertad del individuo queda asfixiada bajo el peso del poder o del dinero en unas relaciones casi siempre asimétricas.

La crisis del Derecho en la modernidad y en la globalización han conducido a una crisis que se materializa en la Ineficacia del Estado y su reiterada corrupción, en la caricatura de democracia, la violencia y las desigualdades económicas, y en las exigencias insatisfechas de reconocimiento y redistribución. La hegemonía y la dominación de las Elites políticas, que con una amplia y consolidada posición privilegiada, monopolizan las altas posiciones, determinan el distanciamiento de las instituciones sociales y jurídicas en relación con las demandas de la sociedad y la Legitimidad de la propiedad, aspectos que constituyen el mayor cuestionamiento de la legitimidad contra el modelo social, contra el modelo de Estado, y contra el modelo democrático y jurídico.

Se identificaron los paradigmas jurídicos mas tradicionales: el iusnaturalismo, el Positivismo, El Estado liberal, la democracia occidental, la justicia, paradigmas que han sido vistos como instrumento de resolución de todos los problemas que afectan a nuestras sociedades, pero se evidencia que tales problemas persisten indefinidamente en el tiempo sin que los ordenamientos jurídicos los hayan resuelto o al menos aporten elementos validos que contribuyan significativamente a su solución. Se observa no obstante una incalculable cantidad de normas y de reglamentos que existen y se incrementan todos los días, sin que su eficacia pueda

⁵²⁷ PRIETO SANCHIZ Luis. Estudios sobre derechos fundamentales, Madrid Debate 1990. Pág. 12.

tener algún impacto. El paradigma de la dura lex sed Lex, parece ya no tener espacio en el mundo de la globalización.

Se observó como el fenómeno de la globalización ha impactado de manera indiscriminada a los tradicionales paradigmas del Derecho en sus manifestaciones jurídicas y políticas y ha dado lugar a la aparición de nuevos fenómenos, humanos, sociales, jurídicos, económicos, que están dando lugar a las grandes transformaciones del Derecho y de la sociedad, en cada uno de los paradigmas mencionados del Estado de Derecho dando lugar a que como resultado de esta crisis y de la globalización se marcará una ruptura epistemológica es decir la inauguración de una nueva problemática y la aparición de nuevos Paradigmas del Derecho en la sociedad global.

La crisis en los paradigmas del Derecho está ligada a la insuficiencia de su modelo de racionalidad que da lugar a nuevo horizonte paradigmático y que en consecuencia se hacen necesarios mecanismos nuevos, mecanismos reflexivos de resolución de conflictos. La Institucionalización de nuevos paradigmas del Derecho en la sociedad de la globalización, orientados a lograr una validez jurídica, que garantice la coordinación de sistemas altamente complejos y autónomos hacia la correspondiente integración social, y que exigen un modelo, que involucre no solo la complejidad de la sociedad global en su conjunto, sino la construcción de un nuevo tipo de Derecho, en su función en su legitimación y en su estructura.

Los paradigmas filosóficos característicos del modelo clásico occidental de legalidad positiva, y el naturalista generado en fuentes estatales y enmarcado en valores del individualismo liberal, vive hoy un profundo agotamiento que alcanza sus propios fundamentos, su objetivo y sus fuentes de producción. El colapso de esta legalidad que ha servido para reglamentar y legitimar los intereses de una tradición jurídica capitalista, propicia el espacio para la discusión acerca de las condiciones de ruptura, así como de las posibilidades de un proyecto emancipador, sin idealizaciones formalistas y rigidez técnica, sino construido en los supuestos de las condiciones históricas actuales y de las prácticas reales.

La crisis de los viejos paradigmas tiene que ver con cambios no solo en la producción legítima y espontánea de derecho sino también en la producción de doctrina jurídica, la cual, mayoritariamente, se reduce a la formulación de comentarios a las normas, a citas de otros comentaristas o a ejercicios exegéticos, que casi siempre terminan en el paradigma del apego a la estricta legalidad. Este formalismo jurídico ha demostrado su incapacidad para atender las demandas de legitimidad de la sociedad contemporánea y ha demostrado ser un mecanismo inadecuado para regular los sistemas democráticos y las funciones básicas del Estado liberal de Derecho.

El Derecho está en Crisis por su ineficacia, su ilegitimidad, su contenido de injusticia. El Derecho está afectado, por una crisis de su racionalidad interna y que a medida que el derecho crece y se hace más complejo, su unidad, coherencia y

plenitud resultan cada vez más inalcanzables, las regulaciones derivan hacia normas casuísticas y excepcionales y el Derecho se muestra como un orden complejo cuya sistematicidad aparece seriamente amenazada. Razonable es una expresión que se aplica a quien identifica lo necesario que es para la coexistencia, llegar a composiciones, en las que haya espacio para muchas razones.

A partir del concepto de *paradigma del derecho se presenta* el desenvolvimiento de los viejos paradigmas y de sus consecuencias, y se puede entender el desarrollo evolutivo que ha tenido el ordenamiento jurídico como también la contradicción que hoy enfrentan. Las perspectivas evolutivas del Derecho pretenden comprender la transformación del sistema jurídico en relación con los cambios que se han producido en la sociedad moderna y en la sociedad global con el objeto de que el derecho pierda su carácter estático y se haga reflexivo para facilitar su estructuración y su funcionamiento a pesar del carácter político e ideológico que subyace detrás de él.

Gunther Teubner, formula el Derecho reflexivo refiriéndose a la organizada sociedad Alemana y propone una racionalidad reflexiva, o racionalidad de las normas la cual se fundamenta en la pregunta sobre la justificación del Derecho de tal forma que sin la intervención de la autonomía privada, ni en aras de la regulación del comportamiento se logre el desarrollo de una autonomía regulada, a través de normas de organización y procedimientos. Dicha racionalidad reflexiva busca estructurar y reestructurar el ámbito en donde se puedan desarrollar distintos tipos de procedimientos, según la lógica propia de cada uno de ellos, a partir normas que regulen procesos, organizaciones, y que distribuyan derechos y competencias.

Con esta racionalidad no se busca determinar soluciones para casos particulares, sino más bien, capacitar a los sujetos para que puedan aplicar el paradigma del consenso y la autodeterminación para regular autónomamente sus asuntos como se realiza en el derecho laboral, en el campo de la negociación colectiva. Con esto se responde a una de las obsolescencias de la racionalidad actual del derecho, consistente en que su soberanía, no corresponde a la voluntad general o popular, sino como afirmaba Carl Schmitt,⁵²⁸...” el Derecho es la voluntad de los hombres que imponen las normas jurídicas y se sirven de ellas y que el llamado ordenamiento jurídico que responde a una racionalidad superior, no es más que la dominación de una elite o grupo de personas que utilizan las palabras orden, paz, humanidad etc., al servicio de su propia causa, la propiedad y el poder..”.

El Derecho y el Constitucionalismo evidencian una crisis generalizada como consecuencia de las tendencias globalizadoras, pues no se pueden ignorar las falencias de su racionalidad actual, que están produciendo una ruptura epistemológica, que marca el surgimiento de un nuevo paradigma jurídico, y una nueva teoría del Derecho, que reformula su racionalidad y que se acomoda a las complejas realidades sociales de la globalización en las cuales se ha dado un cambio en la localización del poder, que se ha transferido de los sujetos estatales

⁵²⁸ SCHMITT CARL. El concepto de lo político. Madrid, Alianza editorial Pagina 95.

que conforman el ámbito político-constitucional, a sujetos económicos y políticos supranacionales, haciéndose necesario restablecer el equilibrio entre el sector espontáneo económico empresas y mercado y el sector político Estado e Instituciones políticas.

Se trata de reconformar el Derecho y el constitucionalismo es decir formalizar en términos jurídicos el nuevo cambio de poder entre las instituciones políticas y los sujetos económicos, atenuando la primacía global de la economía a partir de una sociedad civil global, que desde espacios políticos y democráticos, esto es mediante una Democracia deliberativa abra espacios a una racionalidad reflexiva y en consecuencia a la reformulación o re materialización del Derecho. Se requiere una respuesta a los nuevos fenómenos, humanos, sociales, jurídicos, económicos, y a la sociedad del riesgo mundial que están dando lugar a las grandes transformaciones del Derecho y de la sociedad, en cada uno de los paradigmas mencionados que son respuesta a la complejidad social, a la diferenciación funcional, al consenso y la autorregulación y a la producción legítima y espontánea de Derecho.

Esta respuesta permitirá en todo caso entender que con la Globalización se han institucionalizando cambios en la localización del poder, que se ha transferido de los sujetos estatales, a sujetos económicos y políticos supranacionales y que Organizaciones globales de carácter privado producen cada vez más normas sustantivas sin recurrir al Estado y teniendo en cuenta que en la Globalización aparece una concepción no positivista del Derecho y no se le puede ver como un conjunto de normas preexistentes sino más bien como una práctica, como un procedimiento o un método para conciliar intereses y resolver conflictos.

Con todo lo anterior se pretende ante todo evidenciar que la crisis de la racionalidad del Derecho bajo condiciones objetivas se caracteriza por la insuficiencia de la vieja forma de racionalidad frente a las necesidades de la sociedad moderna o la falta de creencia en su capacidad para resolver los conflictos, todo lo cual ayudara a conformar la llamada sociedad del riesgo mundial y la aparición de nuevas categorías jurídico-políticas.

De igual importancia es el hecho de que en la globalización aparece y se consolida paulatinamente un nuevo concepto de justicia cuyo contexto filosófico, asume una dimensión supranacional estrechamente relacionada con las grandes desigualdades sociales y el reconocimiento de los derechos evidenciando la necesidad de incorporar a la teoría de la justicia una idea objetiva de las capacidades de las que dispone por naturaleza cualquier ser humano y cuya realización toda sociedad justa debería posibilitar.

Frente al clásico y relevante fenómeno de la desigualdad económica mundial, se formula el Paradigma de la justicia global haciendo notar que no se sustenta en las consideraciones constitucionales, ni en el concepto de soberanía estatal, sino en la persona humana como sujeto del derecho internacional y en la armonización de

las legislaciones nacionales con los organismos de la justicia internacional, que particularmente en materia de derechos humanos y justicia social constituye en el presente siglo el mayor reto que enfrentan los sistemas jurídicos del mundo.

Se asocia la justicia en la explicación del fenómeno de la pobreza y el hambre global, contrario a quienes piensan exclusivamente en términos de factores causales domésticos propios de las sociedades en las cuales ocurren. Frente a las demandas de justicia social imposibles de satisfacer mediante el derecho formal es necesario rectificar las consecuencias de la rígida aplicación de normas, apartarse de su tenor literal y de los principios y valores subyacentes detrás de ellas para encontrar una adecuada correspondencia de las normas con su función social y con los imperativos de justicia.

La auto-referencialidad, la autopoiesis, la diferenciación, la complejidad y la reflexibilidad, se constituyen en conceptos que abren la posibilidad de nuevos enfoques acerca de lo social, lo político y lo jurídico, nuevas conceptualizaciones y por lo tanto nuevas transformaciones paradigmáticas, que son objeto de nuestra propuesta y que constituyen un salto epistemológico, considerando que el derecho puede controlar por sí mismo sus propias reglas de funcionamiento y con su dinamismo puede determinar sus formas, procedimientos y relaciones y producir los cambios requeridos por su entorno.

Los nuevos paradigmas constituyen un esfuerzo para recuperar la legitimidad normativa y formular una teoría jurídica que pueda resultar cargada de contextualidad, autoconocimiento, y autorregulación. El Consenso y la autorregulación son un esfuerzo para recuperar la legitimidad normativa y formular una teoría jurídica que pueda resultar cargada de contextualidad, y autoconocimiento, autopoiesis, autoreferencialidad y autocomposición es decir reflexividad que enfatiza una subjetividad centrada en dimensiones no estructuradas, en la que se reemplaza la tradición por la decisión que requieren niveles amplios de concentración en un mundo complejo en el que la acción humana es relevante en términos de construcción e incertidumbre.

El trabajo finalmente rompe con los viejos modelos teóricos tradicionales a partir de un nuevo concepto protagónico de lo público, simbolizando la dialogicidad con los movimientos sociales y la organización social espontánea, que no sigue formalidades, para legitimar la organización social de la libertad de abajo hacia arriba, aun contra la ley y con una pretensión de emancipación en cuanto a sus procedimientos, pues se recupera la legitimidad y la necesidad de reconstruir en la dogmática jurídica y particularmente en el terreno de la práctica, una nueva racionalidad para los criterios de Legitimidad, para el Estado, para la Democracia y para los derechos sociales, teniendo en cuenta que son los paradigmas, jurídicos tradicionales los que evidencian una situación de crisis, y tratando de encontrar una respuesta al cambio de roles en los actores políticos.

Las grandes transformaciones que exige el mundo de la globalización y los nuevos paradigmas jurídicos y políticos que ya se vislumbran en la humanidad, constituyen el reto político más grande cual es la reconstrucción normativa de la legitimidad fracturada, la reconstrucción del Estado, la reconstrucción de la Democracia y la re-conceptualización y judicialización de los derechos sociales. Es necesario dirimir el choque de intereses y asumir las grandes transformaciones que permitan fundamentar la legitimación democrática superando las lagunas de las teorías convencionales lo cual hace referencia a la necesidad de replantear el Estado liberal de Derecho y la Democracia liberal, que en últimas está reducida a procesos de dominación y de retórica.

Quedó clara la necesidad de una nueva teoría del Derecho, que responda a las Complejas realidades sociales de la globalización, y la urgencia de un ordenamiento justo y racional que sea el resultado del consenso y de la autorregulación poniendo de presente las tendencias actuales hacia una nueva racionalidad del Derecho en la sociedad global consistente básicamente en la búsqueda de mecanismos reflexivos, mecanismos de diferenciación que permitan al Derecho demostrar su eficacia social y que aseguren la validez jurídica y la integración social construyendo un nuevo tipo de normatividad, en su función en su legitimación y en su estructura es decir el surgimiento de nuevos paradigmas del Derecho en la sociedad global

La solución a la crisis de racionalidad formal del Derecho en las sociedades occidentales contemporáneas está centrada en impulsar un nuevo tipo de racionalidad que es precisamente la racionalidad reflexiva. Se intentan desarrollar modelos más complejos que de manera global puedan explicar y dar viabilidad a instituciones jurídicas concretas desde una óptica que no sea el tradicional positivismo jurídico pero sin caer tampoco en un determinismo sociológico o en el simple análisis puramente empírico de la realidad social. Se trata de una teoría que explique, fundamente y justifique el derecho en la sociedad actual teniendo en cuenta su complejidad y su multidimensionalidad.

Una nueva racionalidad del derecho no busca estudiar la validez del sistema jurídico sino encontrar respuesta a la pregunta sobre por qué el Derecho. Para tratar de resolver esta inquietud 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. El paradigma del consenso y la autorregulación exige un ordenamiento justo y racional de tal forma que la racionalidad de las normas de allí resultantes, satisfagan la condición de que puedan todos los afectados libremente aceptar las consecuencias y los efectos secundarios que de su cumplimiento se deriven, por ser el resultado de acuerdos y la expresión de un consenso con respecto a la validez y a la justicia.

Lo relativo al paradigma de la contextualidad, la reflexividad, el autoconocimiento y la autoregulación impone a las propias instancias afectadas, definir la constelación problemática que se trata de regular con el objeto de que cada uno hable su propio lenguaje, sin necesidad de una integración normativa general sino que tenga en cuenta la diferenciación funcional, en la economía, en la educación, en la ciencia y en la política, que requieren desarrollos diferenciados y mecanismos autoregulatorios por tratarse de sistemas autónomos, sin buscar una armonía global de la diferenciación funcional.

El panorama de la diferenciación social requiere un enfoque del Derecho que parte de la realidad inequívoca de que la sociedad se halla dividida, en sistemas funcionales autónomos, cada uno de los cuales funciona de acuerdo con sus condiciones contextuales, que le permiten y facilitan la operatividad y que al mismo tiempo considera ilusoria la posibilidad de arreglar o reglamentar con normas positivas o con disposiciones estatales toda la vida social.

El paradigma del reconocimiento y la redistribución involucra la noción de democracia organizativa que exige mecanismos participatorios en varios subsistemas sociales, con un modelo de diálogo pragmático para una cooperación eficaz entre, Economía, política y sociedad, deslindando tres dimensiones que Nancy Fraser identifica en su última obra, escalas de la justicia: la redistribución en la esfera económica, el reconocimiento en el ámbito socio-cultural y la representación en lo político.⁵²⁹

Finalmente el paradigma de la producción legítima y espontánea de Derecho evidencia que en la era de la globalización, la producción normativa es espontánea, y no es el resultado de un proceso deliberativo, orientado a la producción de Derecho, cuestionándose seriamente la participación equitativa. Un Derecho espontáneo, surge en las zonas periféricas de contacto entre el Derecho y los espacios sociales, cuyos intercambios requieren regulación y que tienen más potencialidad para producir normas jurídicas, que el marco mismo de la institucionalidad democrática del Estado.

Los nuevos modelos teóricos que caracterizan el paradigma del Derecho reflexivo deben tener la capacidad de unir la investigación empírica con las construcciones teóricas a fin de no permanecer en el análisis puramente formal centrado en las normas de códigos y leyes que no proporcionan una imagen correcta de lo que es el derecho sino explorar la necesidad de elaborar teorías socio jurídicas con un nivel de complejidad mayor que el de las teorías tradicionales, desarrollo teórico que se apoya en los conceptos de reflexividad y auto regulación de tal forma que los elementos materiales y reflexivos aplicados al derecho moderno evolucionen hacia un modelo más complejo y más íntegro, que permita explicar el cambio de una sociedad a otra y sobre todo que el incremento de complejidad de la sociedad

⁵²⁹FRASER, Nancy. *Iustitia Interrupta: Reflexiones críticas desde la posición "postsocialista"*, Capítulo I, Siglo de Hombres Editores, Santa Fé de Bogotá, 1997, pp. 17-54.

en su conjunto cuenta con una adaptación de la función que el derecho desempeña.

La complejidad de las teorías jurídicas modernas impide en ocasiones expresar adecuadamente las realidades sociales contemporáneas por eso el paradigma del derecho reflexivo pretende que las nuevas teorías del derecho construyan realidades socio jurídicas en un lenguaje asequible que permita su comprensión, es decir facilitar en el debate teórico el manejo de conceptos como reflexividad, racionalidad que en ocasiones no se encuentran en las explicaciones dogmáticas, de tal forma, que las percepciones jurídicas de la realidad estén apoyadas en construcciones realizadas por el Derecho como sujeto epistémico autónomo.

La globalización permitió el surgimiento de mecanismos de solución de conflictos como la mediación y el arbitraje, que suponen la aceptación de las partes y que se rigen por normas y procedimientos distintos a los del clásico derecho estatal. La globalización involucra la subordinación de la política al mercado y de la ley al contrato, lo cual se traduce, en un ideal de desregulación: una economía más globalizada, significa más libre de ataduras y menos reglamentadas por normas jurídicas estatales o de derecho internacional. En fin el derecho de la globalización es claramente un Derecho que se sustenta sobre la pérdida de soberanía de los Estados.

El paradigma del Derecho reflexivo supone que el Derecho es al menos un presupuesto para el logro de los valores mas esenciales de la vida social, tiene como punto de partida que los individuos no producen el derecho como un artefacto cultural sino como un proceso comunicativo en que mediante sus operaciones jurídicas los actores humanos usan sus componentes semánticos. El formalismo jurídico ha demostrado su incapacidad para atender las demandas de legitimidad de la sociedad contemporánea y ha demostrado ser un mecanismo inadecuado para regular los sistemas sociales autónomos. Frente a esta situación la racionalidad formal del derecho aparece como un simple instrumento a través del cual los valores de igualdad, libertad se interponen en la sociedad favoreciendo intereses privados y contractuales como medios de organización.

La viabilidad de cualquier régimen democrático está íntimamente ligada a la posibilidad de alcanzar un desarrollo que sea compatible con la emancipación social, que preserve los derechos humanos, compendie la dinámica económica y la eficiencia del mercado con la justicia social, la incorporación de los progresos técnico-científicos, con una ética humanista capaz de contrarrestar la violencia silenciosa que se materializa en la corrupción que en años recientes se ha vuelto más generalizada y desvergonzada por sus efectos corrosivos sobre las bases de la convivencia ciudadana, dado que la ganancia fácil y el enriquecimiento súbito destruyen la confiabilidad y la legitimidad del orden jurídico y de las instituciones, tanto privadas como públicas.

El Estado y la Democracia se deben fundamentar en una concepción activa de la ciudadanía en el contexto de la soberanía popular como fuente plural y permanente de legitimación del Estado y en consecuencia bajo las banderas del republicanismo, buscando la construcción de consensos y proponiendo un modelo de democracia deliberativa como expresión del poder comunicativo de la sociedad civil y de la opinión pública. Es necesario avanzar hacia la formulación de un paradigma que afronte los problemas más relevantes de la sociedad actual, relacionados con las diferentes concepciones de la justicia, la democracia y la legitimidad, que no es otro sino el paradigma consensual discursivo, basado en la democracia deliberativa, que le imprima nuevos contenidos morales, procedimentalistas y discursivos, e involucrar en estos procesos, el reconocimiento de la diferencia, el multiculturalismo y la justicia distributiva.⁵³⁰

En la sociedad del conocimiento, el conocimiento de la 'verdad' se transforma en un recurso que apunta a la transformación de las invenciones e innovaciones bajo condiciones de una competencia global. La orientación operativa y estratégica del recurso conocimiento adquiere un significado comparable a la gerencia del trabajo y del capital. Sobre ese trasfondo se puede ver hoy que, bajo las condiciones de una hipercomplejidad social, el problema del orden no se puede resolver por vía de la unidad o la consistencia, sino sólo con una mayor tolerancia a la diversidad, es decir, con arreglos estructurales y formas de procesamiento para el dominio de una alta inconsistencia que cambia hoy desde la idea de unidad a un modelo de diversidad, y debe por ello desarrollar procedimientos e instituciones para el tratamiento de la variedad y la inconsistencia.⁵³¹

Con los nuevos paradigmas se pretende visualizar una nueva racionalidad del Derecho acompañada de nuevos componentes, ante el marcado aumento de la complejidad de la sociedad, de su diferenciación funcional y de los significativos impactos de la globalización que ponen a la defensiva la orientación política de la sociedad nacionalmente estructurada, y dejan ver como el mercado se perfila como modelo alternativo de la orientación de los complejos sistemas de relaciones de intercambio

La solución a la crisis de los paradigmas tradicionales del derecho en las sociedades occidentales contemporáneas está centrada como ya se dijo en impulsar un nuevo tipo de racionalidad que es precisamente la racionalidad reflexiva que involucre el consenso y la autodeterminación, desarrollando modelos más complejos que de manera global puedan explicar y dar viabilidad a instituciones jurídicas concretas desde una óptica que no sea el tradicional positivismo jurídico como se afirmó arriba pero sin caer tampoco en un determinismo sociológico o en el simple análisis puramente empírico de la realidad

⁵³⁰ **FRASER Nancy**. Pensando de nuevo en la esfera pública. Una contribución a la crítica de las democracias existentes. En: *Iustitia Interrupta*, Siglo del hombre ed. Bogotá 1997 pp 107- 108.

⁵³¹ **MASCAREÑO Aldo**. Ética de la Contingencia por medio del Derecho reflexivo. Universidad Alberto Hurtado, Santiago de Chile, 2006. Páginas 10-14

social. Se trata de una teoría que explique y fundamente el derecho en la sociedad actual teniendo en cuenta su complejidad y su multidimensionalidad⁵³²

Paradigmas como La complejidad, la autorreferencialidad, la autopoiesis, la diferenciación, y la reflexibilidad, se constituyen en conceptos que abren la posibilidad de nuevos enfoques acerca de lo social y lo jurídico, nuevas conceptualizaciones y por lo tanto nuevas transformaciones paradigmáticas, que son objeto de nuestra propuesta y que constituyen un salto epistemológico, considerando que el Derecho puede controlar por sí mismo sus propias reglas de funcionamiento y con su dinamismo puede determinar sus formas, procedimientos y relaciones pero sobre todo producir los cambios requeridos por su entorno.⁵³³

El paradigma de la diferenciación social involucra un enfoque que considera ilusoria la posibilidad de arreglar o reglamentar con normas positivas o con disposiciones estatales toda la vida social. Este enfoque señala el fracaso de la creencia de que unos códigos pueden tener la normatividad necesaria y suficiente para resolver y dirigir todos los asuntos sociales.

La ideología o tendencia que sigue considerando como únicas fuentes del derecho las normas emanadas de los órganos del Estado está claramente en crisis y deja abierta la posibilidad de otras opciones aun no jurídicas. Se reconoce que paralela a esta tendencia se da un proceso de juridificación de la sociedad, con la aparición de una diversidad de centros productores de normas válidas y aplicables que no corresponden a las fuentes tradicionales. Este proceso se ha denominado rematerialización del derecho o racionalidad material del Derecho y fue presentado por Max Weber.⁵³⁴

Las sociedades funcionalmente diferenciadas que tienen esta capacidad de autorregulación, pueden actuar legítimamente para lograr objetivos de planificación social y medios adecuados para el fomento de formas emancipadas de vida, pues estos pueden lograrse a partir de procesos de democratización, que no son posibles mediante intervenciones paternalistas del Estado. Se trata de entender que las sociedades funcionalmente diferenciadas, cuya complejidad exige un proceso de regulación que tenga como punto de partida, la propia realidad sin distorsión alguna y con sus sistemas funcionales autónomos, el jurídico, el político el económico y el propio sistema social en el cual se pretende regular sin el predominio de ninguno para no sobrelegalizar la sociedad ni sobresocializar el derecho sino que establezca y asegure las condiciones contextuales para el consenso y la decisión colectiva.⁵³⁵

⁵³² **BOTERO BERNAL, Andrés.** Nuevos paradigmas científicos y su incidencia en la investigación jurídica. En: Diálogos de saberes. No. 18-19. Bogotá: Centro de Investigaciones Socio Jurídicas, Facultad de Derecho, Universidad Libre. Enero – Diciembre de 2003

⁵³³ **BACHELAR Gastón** Op. Cit. Página 147

⁵³⁴ **WEBER Max.** Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva, trad. J. Medina Echavarría, ed. J. Winckelmann, FCE, México, 1964 P. 174-180.

⁵³⁵ **LUHMANN Niclas.** SOCIEDAD DE LA SOCIEDAD. Traducida por JAVIER TORRES N. México Editorial Herder, 2006, páginas 589 y siguientes.

La autorregulación, se efectúa en el marco de un determinado contexto socio histórico y cultural, conjuntamente con las propias exigencias de desarrollo evolutivo del actor social de tal forma que tanto el individuo o grupo como el contexto en el cual se autorregulan, se encuentran en constante transformación, por lo que deben reajustar sus mecanismos adaptativos en función de esas transformaciones, de lo contrario, lograrán la adaptación a un costo demasiado elevado. El objeto de estos mecanismos procedimentales es la creación de una voluntad política que se transforme en poder comunicativo y que penetre en la producción legítima de Derecho, que capte sus intereses, sus necesidades y el ejercicio de Derechos Vulnerados.⁵³⁶

Las sociedades funcionalmente diferenciadas que tienen esta capacidad de autorregulación, pueden actuar legítimamente para lograr objetivos de planificación social y medios adecuados para el fomento de formas emancipadas de vida, pues estos pueden lograrse a partir de procesos de democratización, que no son posibles mediante intervenciones paternalistas del Estado. Esta es la razón por la cual en las sociedades complejas, los movimientos sociales, la opinión pública y la participación democrática, no solo cumplen una función de mediación entre el sistema político y la sociedad civil, sino que crean una pluralidad de espacios, que pueden servir de fuente en la producción normativa.

La combinación de movimientos sociales, asociaciones independientes, públicos y derechos, sustentados en la cultura política arriba mencionada, mantiene una opción política legítima, siempre renovable, que representa una herramienta efectiva de la sociedad civil en torno a la democracia radical y a las posibilidades de consenso y autorregulación, pues las decisiones vinculantes, para ser legítimas deben responder a flujos de comunicación que partan de la periferia y utilicen los procedimientos democráticos propios del Estado de Derecho, especialmente cuando se trata de una búsqueda intensa de soluciones normativas para problemas colectivos.⁵³⁷ La complejidad social, la auto referencialidad, la reflexividad y la diferenciación funcional, han dado lugar a un nuevo horizonte paradigmático en el derecho y aparecen como una función del sistema social.

Estos paradigmas deben adaptarse continuamente a las demandas de justicia material procedentes de los diversos agentes sociales en un proceso de desformalización por cuanto el Derecho no desemboca necesariamente en una mayor producción legislativa sino en una especie de re materialización del derecho formal que no involucra necesariamente la desformalización.⁵³⁸ El paradigma de la complejidad y la auto referencialidad tienen como punto de partida la necesidad de que el derecho adopte mayores niveles de diferenciación funcional es decir, niveles de autonomía en torno a la solución de conflictos en la sociedad, de tal forma que el derecho no sea solo un instrumento para la solución de conflictos sino

⁵³⁶ **HABERMAS Jurgen.** Facticidad y Validez Pagina 452.

⁵³⁷ **IBID.** Pagina 437

⁵³⁸ **GUNTHER TEUBNER.BOURDIEU PIERRE.** La fuerza del Derecho. Siglo del hombre editores. Bogotá, Universidad de los Andes,2002 Paginas 81 y ss.

un instrumento para la invención permanente de la política del Estado Social y del Estado liberal de Derecho.⁵³⁹

Los nuevos paradigmas se refieren en el campo jurídico básicamente a conceptos como la autorreferencialidad, la autopoiesis, la reflexividad la complejidad la diferenciación social la autocomposición, el consenso, la autodeterminación y otras herramientas epistemológicas que sostienen que la ley no está determinada por factores exteriores a ella, ni por la autoridad de los textos, ni por el poder de las palabras, ni por la ley natural o la revelación divina sino que está determinada de manera autorreferente y que descansa sobre su propia realidad y cuya validez no viene de fuera sino producida desde dentro del Derecho.⁵⁴⁰

En fin no son pocos, ni despreciables los efectos de la globalización sobre el Derecho, que ultimas han determinado la subordinación de la política al mercado, de la ley al contrato, todo plasmado en el ideal de la desregulación es decir, una economía más globalizada, lo que significa más libre de ataduras y menos reglamentada por normas jurídicas estatales o internacionales , que han dado lugar a los nuevos fenómenos, humanos, sociales, jurídicos, económicos, y a la sociedad del riesgo mundial que están produciendo las grandes transformaciones del Derecho y de la sociedad.

BIBLIOGRAFIA GENERAL

1. **AARNIO, A.** “Reason and Authority. A Treatise on the Dynamic Paradigm of Legal Dogmatics, En: Racionalidad Jurídica y Globalización”. Ashgate / Dartmouth, Cambridge. Pág. 232.
2. **ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS K.** “Los derechos sociales como derechos exigibles” Trotta, Madrid, 2002. paginas 14-16
3. **AGUILO R. Josep.** “Contradicciones del constitucionalismo y las concepciones de la Constitución”. En: El canon neoconstitucional, Bogotá, Universidad Externado de Colombia. Pág. 229.

⁵³⁹ **BACHELAR, Gastón.** La formación del espíritu Científico, Siglo XXI Buenos Aires, 1972.

⁵⁴⁰ **WILLKE HELMUT.** Capacidad de rendimiento del Estado. En: Revista, Persona y Sociedad / Universidad Alberto Hurtado, Chile. Vol. XXI / N° 2 / 2007 / 9-16. Traducción Aldo Mascareña.

4. **ALEXY, Robert.** "El concepto y la validez del Derecho" op. cit., p. 38. Barcelona, Gedisa, 1994
5. **ALEXY, Robert.** "La Norma fundamental en: Concepto y validez del Derecho". Barcelona Gedisa 1994. Pág. 95-130.
6. **ALEXY, Robert.** "Teoría de los Derechos Fundamentales" Madrid 1993 P.486
7. **ALEXY, Robert.** "Teoría de la Argumentación Jurídica" Madrid, 1989, p. 277.
8. **ÁLVAREZ, Mario.** Introducción al Derecho. (Edit. Mc.Graw Hill, Serie Jurídica. 1998). Pág. 114.
9. **AÑON, María José.** "El Test de la Inclusión. Derechos sociales". Barcelona Icaria, 2000 Pag.149
10. **AÑON María José.** "Necesidades y Derechos". Madrid, 1994.página 12
11. **ANTON A.** "Trabajo, Derechos sociales y Globalización".Madrid, 2000 Pág. 148.
12. **ARANGO Rodolfo.** "El concepto de derechos sociales fundamentales." Bogotá Legis Pag.57
13. **ARIZA G. Julio.** "El discurso narrativo de Gabriel García Márquez. De la realidad política y social a la realidad mítica". Bogotá- Tercer Mundo Edit.1992.Pag. 82-83.
14. **ATIENZA, Manuel.** "Constitucionalismo, Globalización y Derecho". El Canon Neoconstitucional. Bogotá Universidad Externado de Colombia 2010Pág. 573.
15. **BACHELAR, Gastón.** "La formación del espíritu Científico" Siglo XXI Buenos Aires, 1972.
16. **BAUMAN Zigmunt.** "La Globalización. Consecuencias humanas". México. F.C.E. 2006 pagina 76. Profesor de la Universidad de Leeds en Inglaterra.
17. **BAZAN J. Luis.** "Racionalidad y razonabilidad en Derecho". Ponencia presentada en el Congreso mundial de Filosofía del Derecho. Gottingen. 1991.
18. **BECK Ulrich y GRANDE Edgar.** "La Europa Cosmopolita. Sociedad y política en la Segunda Modernidad". Originalmente publicado en alemán y traducido por Vicente Gómez. Barcelona Paidós,2004,Pag.286-8
19. **BECK Ulrich.** "¿Qué es la Globalización? Falacias del Globalismo". Traducción Bernardo Moreno, del original en alemán. Barcelona Paidós, 2001 Página 19.

20. **BERMAN Harold.** “La formación de la tradición jurídica en Occidente”. México Fondo de Cultura Económica 1996. Páginas 11 a 63.
21. **BLANCO Valdés Roberto.** “El valor de la constitución”. Madrid Alianza Universidad. 1994, Pag.250.
22. **BOAVENTURA DE SOUZA, Santos.** “La pluralidad de los campos Socio jurídicos en: La Globalización del Derecho”. Bogotá U.N. ILSA 1998. Pag.19-34.
23. **BOAVENTURA DE SOUZA, Santos.** “El proceso de globalización y la transnacionalización del campo jurídico en: La globalización del Derecho”. Bogotá. U. Nacional ILSA 1988. Pág. 19-75.
24. **BOAVENTURA DE SOUSA, Santos.** “La globalización del derecho: los nuevos caminos de la regulación y la emancipación”. Bogotá: ILSA, U. N.1998
25. **BOBBIO, Norberto.** “El futuro de la Democracia”. Barcelona, 1985 Pág. 25-26.
26. **BOBBIO, Norberto.** “Estado Gobierno y Sociedad”.FCE.México, 1989 Pág. 117.
27. **BOBBIO, Norberto.** Iusnaturalismo y Iuspositivismo Jurídico. , Pág. 167.
28. **BOLZ Norbert.** “Discurso sobre la desigualdad”. Múnich 2009.
29. **BONILLA M, Julián D.** “Los paradigmas en la teoría jurídica. Transformaciones acerca de la interpretación sobre qué es Derecho”. Misión Jurídica - Revista de Derecho y Ciencias Sociales. U. Colegio Mayor de Cundinamarca. Pág. 110
30. **BOTERO BERNAL, Andrés.** “Nuevos paradigmas científicos y su incidencia en la investigación jurídica”. En: Diálogos de saberes. No. 18-19. Bogotá: Centro de Investigaciones Socio Jurídicas, U. Libre. Enero – Diciembre de 2003.
31. **BOURDIEU Pierre y TEUBNER GUNTHER.** “La Fuerza del Derecho”. Bogotá. Siglo de los hombres. Ed.Uniandes.2002. Traducción y estudio preliminar de Carlos Morales. Pág. 21-58
32. **BROWN Wendy.** “Lo que se pierde con los derechos. Del fetiche de la ley al fetiche de los Derechos”. Presentación de Diego López Medina. Bogotá. 2003. Páginas 9-10.
33. **CAMPUZANO, Alfonso de J.** “Racionalidad jurídico y globalización. Paradojas y perplejidades en torno al ordenamiento jurídico”. Revista de Ciencias Jurídicas. y Sociales. Unipar. v. 11, n. 1, p. 223-245, año 2008.

34. **CAPELA, Juan Ramón.** “La Globalización: Ante una encrucijada político jurídico”. Barcelona.- 2005. Página 147.
35. **CARBONELL Miguel** “Pasado y futuro del Estado de Derecho”. En: Carbonell, Miguel. Neoconstitucionalismo, Madrid, 2.005.
36. **CARCOVA Carlos María.** Las teorías jurídicas pos positivistas. Buenos Aires. Abeledo Perrot. Pág. 57.
37. **CALDERA, Alejandro Serrano.** “Filosofía y crisis”. Filosofía latinoamericana. Petrópolis: Vozes, 1984 Volumen I. Escritos filosóficos y políticos I. Managua: Hispamer-CNU, 640
38. **CHARRY U. Juan Manuel.** “Constitución líquida”. En ámbito jurídico Bogotá 2010. Pág. 12
39. **COMANDUCCI Paolo.** “Formas de Neoconstitucionalismo: Un análisis metateórico”. Traducción del Italiano por Miguel Carbonell En: ISONOMIA. No. 16 ABRIL 2002.
40. **COMMAILLE Jacques.** “¿Es la justicia una razón política Universal?” Conferencia inaugural del Doctorado en Derecho, U. Nacional. Mayo07, 2010.
41. **COMANDUCCI, M.** “Formas de neoconstitucionalismo: Un análisis metateórico”. En: Carbonell, Miguel. Neoconstitucionalismo, Madrid, 2.005.
42. **CONTRERAS P.F.** “Derechos sociales: Teoría e Ideología”. Madrid, 1994 Pag.21.
43. **CORDOBA, Lorenzo.** “Constitucionalismo democrático y orden global”. En: Carbonell, Miguel. Garantismo, Madrid, 2.006.
44. **COTILLO, P. Alberto.** “Contextualidad y verificabilidad en el discurso científico. Universidad de Coruña”. España. Nómadas: revista crítica de ciencias sociales y jurídicas, 1578 N°. 0, 1999
45. **DENNINGER, Erhard y GRIMM Dieter.** “Derecho Constitucional para la sociedad Multicultural”. Madrid, Trotta 2007, Pagina 6.
46. **DE CABO Martin, Carlos.** “Teoría Constitucional de la solidaridad”. Madrid 2006 pág. 9.
47. **DE LA CUESTA José María.** “La autorregulación como regulación jurídica “. Ponencia I Congreso Internacional de Códigos de Conducta. Perú. Junio 2011.

48. **DE LUCAS MARTIN Francisco Javier.** “Los derechos de las minorías en la sociedad multicultural”. España. Revista de Estudios Políticos Nueva Época Núm. 109. Julio-Septiembre 2000.
49. **DE MUNCK, Jean.** “La mediación en perspectiva. Serie, Documentos de trabajo. Universidad Católica de Chile. Escuela de Trabajo social, Santiago 2011 Paginas 18 a 24
50. **DENNINGER, Erhard y Dieter Grimm.** “Derecho constitucional para la sociedad Multicultural”. Trotta. 2007. Pagina 220 230
51. **DÍAZ Müller, Luis.** "Manual de Derechos Humanos"; Ed. Comisión Nacional de Derechos Humanos; México, D. F. 1991; pp. 78 y 79
52. **DOMINGUEZ, J.M.** “Latín América and Contemporary Modernity, Londres, Routledge.2004.P.87
53. **DOUZINAS COSTAS.** “El triunfo de la Humanidad de los derechos Naturales a los Derechos humanos en: El fin de los derechos”. Bogotá. Traducción Legis 2008 Pag.131-172.
54. **DWORKIN Ronald.** “Igualdad Democracia y constitución”. En: Carbonell Miguel: El canon neoconstitucional. Universidad Externado de Colombia Pag.111.
55. **DWORKIN Ronald.** “Los derechos en serio”. Editorial Ariel Barcelona 1989 Pag.9-303.
56. **ERNESTO GRÜN** “Las globalizaciones jurídicas”. Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Vol. 36 No.105 Pág. 323-339. Universidad Pontificia Bolivariana. Medellín 2006.
57. **ESCALANTE G. Fernando.** “Especulaciones a partir del concepto de Anomia”. Ponencia leída en el Colegio de México, 1989. Páginas 18 y 19.
58. **EVANS Peter.** “Instituciones y desarrollo en la era de la globalización neoliberal”. Bogotá. ILSA 2011 Pagina 60.
59. **EVANS Peter.** “El eclipse del Estado. Reflexiones sobre la estatalidad en la era de la globalización”. Instituciones y desarrollo en la era de la globalización. Bogotá. ILSA 2.007 Pág. 97-119.
60. **FARIA, Eduardo.** “El Derecho en la economía Globalizada” Madrid, Trotta 2001 p. 127 y 149.
61. **FERRAJOLI Luigi.** “Derecho y Razón”. Trotta Madrid, 2001 Paginas 872-875

62. **FERRAJOLI Luigi.** "Derechos y garantías. Madrid, 1999 p. 19-28.
63. **FERRAJOLI Luigi.** "Derecho y dolor la crisis del paradigma Constitucional". En: Carbonell Miguel, El canon neoconstitucional, Bogotá, Universidad Externado de Colombia. Pág. 145
64. **FERRAYOLI, Luigi.,** "El derecho como sistema de garantías", en Derechos y garantías. La ley del más débil, Trotta, Madrid, 1999, pp. 28-30.
65. **FERRAJOLI, Luigi.** "El garantismo y la Filosofía del Derecho". Publicación de la Universidad Externado. Serie teoría jurídica y Filosofía del derecho No 15 Pág143 y 144.
66. **FERRAJOLI Luigi.** "El Estado Constitucional de Derecho hoy: el modelo y su divergencia de la realidad". En: Perfecto Andrés Ibáñez. Corrupción y Estado de Derecho: El papel de la jurisdicción, Madrid, 1.999
67. **FERRAJOLI Luigi.** "Garantismo y Estado de Derecho en: El garantismo y la filosofía del Derecho" Traducción U. Externado de Colombia 2007 Pg. 65-145.
68. **FERRAJOLI Luigi.** "Garantismo. Una discusión sobre Derecho y Democracia". Madrid 2.006.
69. **FERRAJOLI Luigi.** "La teoría del Derecho en el Paradigma Constitucional". Madrid, 2008
70. **FRASER Nancy** "Justicia Interrupta". Bogotá. Siglo del hombre Ed. 2007 Pág. 1
71. **FRASER Nancy.** "Redistribución y Reconocimiento en: Iustitia Interrupta. Bogotá. Siglo del hombre 1997 Pág. 12-69.
72. **GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo.** "La Constitución como norma jurídica y el tribunal constitucional". Madrid. Editorial Civitas 4 Edición. 2006 Pag.47.
73. **GARCIA M. y UPRIMNY Rodrigo** "Corte Constitucional y emancipación social" en B. de S. Santos y M. García V. Emancipación social y violencia en Colombia, Bogotá: Norma 2004.
74. **GARCIA, Leonardo y CARBOLELL M.** "El Canon Neoconstitucional. Universidad Externado de Colombia.2010.
75. **GARCÍA VILLEGAS, Mauricio.** "El valor simbólico del Derecho". Tercer Mundo Ed. Bogotá, 1996.

76. **GARCÍA VILLEGAS, Mauricio y RODRÍGUEZ, César A.** “Derecho y sociedad en América Latina”. Bogotá, ILSA, 2003. Pág.38.
77. **GARCIA VILLEGAS, Mauricio.** “Sociología jurídica, Editor Universidad Nacional de Colombia. 2001. Pág. 12-13.
78. **GARCIA MAYNES, EDUARDO.** Introducción al estudio del Derecho. (Editorial Purrua, S.A. Argentina 15, México 1. D.F. 1980). Pág. 40.
79. **GARGARELLA Roberto.** “La justicia frente al Gobierno”. Barcelona. Ariel 1996. Pág. 54.
80. **GARGARELLA, Roberto.** “Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales” En: Perspectivas Constitucionales. Universidad de Buenos Aires 2006. Pág. 121 a 142.
81. **GARGARELLA, Roberto.** “Sobre el constitucionalismo Popular”. En dialogo social con Roberto Gargarella. Profesor de la Universidad de Buenos Aires.
82. **GIDDENS, Anthony.** “Europa en la era global” Ediciones Paidós Ibérica, 2007, Pág. 64.
83. **GIDDENS, Anthony.** “El capitalismo y la teoría social moderna. Un análisis de los escritos de Marx. Durkheim y Max Weber”. Cambridge University Press (1971).
84. **GONZALEZ Fernán.** “Modernidad, democracia y partidos políticos”. Fescol, 1993, p. 57-68.
85. **GONZALEZ G. Juan.** “Teoría del desarrollo económico Neo institucional. Una alternativa a la pobreza en el siglo XXI”. México Porrúa, 2009, Pág. 11 a 13.
86. **GOSTA-ESPING Andersen.** “Los tres mundos del Estado de Bienestar”. Barcelona, 2008 16-51
87. **GUARIGLIA Osvaldo.** “En camino de una justicia global”. Marcial Ponds ed. Madrid 2010 p. 13.
88. **GUNTHER Teubner. BOURDIEU Pierre.** “La fuerza del Derecho”. Siglo del hombre editor. Bogotá. Universidad de los Andes, 2002 Paginas 81.
89. **GUARIGLIA, Osvaldo.** “En camino de una Justicia Global”. Madrid, Marcial Ponds, 2010.

90. **GUARIGLIA, Osvaldo.** “La vigencia de los Derechos humanos a lo largo y ancho del mundo en Camino de una Justicia Global” Barcelona, Marcial Pond Ediciones. 2005.
91. **Gunther, Teubner. Bourdieu Pierre.** La fuerza del derecho, Bogotá, Siglo del hombre editor, Universidad de los Andes, 2002.
92. **HABERMAS Jurgen.** “Escritos sobre moralidad y Eticidad”. Barcelona, Paidós, 1991 página 28
93. **HABERMAS Y K.O APEL.** “Ética discursiva”. Madrid Trotta, 2005 Pág. 165
94. **HABERMAS Jurgen.** “Facticidad y Validez”. Madrid Trotta, 1998, página 469.
95. **HABERMAS, Jurgen.** “La constelación posnacional”. Ensayos políticos, Paidós, Barcelona, 2000, pp. 94 ss.
96. **HABERMAS Jurgen.** “Paradigmas del Derecho en: Facticidad y Validez” Barcelona. Pág. 469-512.
97. **HABERMAS, Jurgen.** “Teoría de la Acción Comunicativa” Buenos Aires, Taurus, 1991, t. II, p. 504.
98. **HART H.L.A.** “El concepto de Derecho”. Ed. Abeledo Perrot Buenos Aires 1961 Pág. 99-247.
99. **HANS Kelsen:** Teoría Pura del Derecho (Edudeba Editorial Universitaria, Buenos Aires, 1977). Pág.
100. **HAYEK F. Von.** “Derecho Legislación y libertad”. El espejismo de la justicia social. Madrid, 1979.
101. **HELD David.** “Cosmopolitan Democracy”. Cambridge, Polity Press 1995. Pág. 37
102. **HELLER Herman.** “Teoría del Estado”. La formación de los conceptos. Estudio Preliminar de José Luis Menereo Editorial Comares. Granada España Pág. 251
103. **HELMUT Dubiel.** “¿Qué es el Neoconservadurismo?”. Barcelona, Editorial Anthropos, 1993, Pág. 7
104. **HELMUT Willke.** “Capacidad de rendimiento del Estado”. En: Revista, Persona y Sociedad / Universidad Alberto Hurtado, Chile. Vol. XXI / Nº 2 / 2007 / 9-16. Traducción Aldo Mascareña.

105. **ISAUNI, E. Y Otros.** "El Estado benefactor. Un paradigma en crisis". Buenos Aires, 1991 pág. 34.
106. **J.HORMAECHE: Philosophia Moralis** (Colegio Máximo de Oña, Burgos, España), pág. 111 y ss; V -**CATHEREIN: Filosofía del Derecho** (Inst. Edit. Reus, Madrid, 1950), pág. 195 y ss. ; **RECANSENS SICHES, LUIS: Introducción al Estudio** (Edit. Porrúa, México, 1970), pág. 290 y ss.
107. **KALDOR, Mary.** "Global Civil Society: An Answer to War Polity Press". Cambridge, University, 2003 P.67
108. **KANT, Enmanuel.** "La paz perpetua". Trad. Joaquín Abella, Madrid, Tecnos, 1.985. pág. 123.
109. **KANT, Enmanuel.** "Critica de la razón pura" Alfaguara. Trad. Pedro Rivas. Madrid. 1989. pág. 5-12.
110. **KAUFMANN Arthur.** "La filosofía del Derecho en la postmodernidad", Bogotá, Temis 1992. Pagina 67.
111. **KAUFAMNN Arthur.** "Más allá del derecho natural y del Positivismo Jurídico en: Filosofía del Derecho" Bogotá Universidad Externado de Colombia 1999 pág. 89-110.
112. **KELSEN, Hans** "¿Quién debe ser el guardián de una constitución? Technos, Madrid 1995.
113. **KENSEL, Hans:** Teoría pura del Derecho (Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1977). Págs. 105-106.
114. **KRAFT. M Y F.** "Public Policy: Politics, Analysis, and Alternatives", Washington, 2009, CQ Press.
115. **KUHN, THOMAS** "La estructura de las revoluciones científicas". FCE, México, 1971. Pag.32.
116. **LATORRE, Massimo.** "Derecho y conceptos de derecho. Tendencias evolutivas desde una perspectiva europea". Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España, V. 16
117. **LATORRE, ANGEL.** Introducción al Derecho. (Edit. Ariel. Barcelona, Caracas, México 1976), pág.146.
118. **LAPORTA, Francisco.** "El Imperio de la Ley". Una visión actual. Madrid. Trotta. 2007 pág. 114

119. **LECHNER.N.** “Las sombras del mañana. La dimensión subjetiva de la política”. Chile, 2002.
120. **LEMAITRE Ripoll, Julieta.** “El derecho como conjuro: fetichismo legal, violencia y movimientos sociales, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Colombia, Página 392
121. **LEWIN, Roger.** “La complejidad: El caos como generador de orden”. E. Tusquets, España, 1995, pág. 68.
122. **LOMNITZ Claudio.**“Vicios Públicos, Virtudes Privadas”.México. Porrúa 2000
123. **LOPEZ MEDINA Diego Eduardo.** “Teoría Impura del derecho. La Transformación de la cultura jurídica Latinoamericana”. Bogotá. Legis año 2004. Pág. 106 – 119
124. **LUHMANN, Niclas.** “Complejidad y modernidad”. Madrid, 1998, p. 197
125. **LUHMANN Niclas.** “SOCIEDAD DE LA SOCIEDAD”. Traducida por JAVIER TORRES N. México Editorial Herder, 2006, páginas 589 y siguientes.
126. **LUHMANN, Nicles.** “El Derecho de la Sociedad”, México: U. Iberoamericana, 2002.
127. **LUHMANN Niclas.** “Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica”. Madrid. Centro de estudios Constitucionales, 1983.
128. **MARTINEZ Mauricio.** “La constitucionalización de la justicia y la autonomía judicial”. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá. Grupo editorial Ibáñez. Dic 2008.página 22
129. **MARTINEZ Mauricio.** “El ocaso del Legiscentrismo y del Positivismo Jurídico en: Constitucionalización de la justicia y la autonomía judicial” Pág. 33-37.
130. **MARTINEZ SIERRA, José Manuel.** “La Carta de Derechos Fundamentales: dos pasos atrás y uno al lado”. En VV.AA.: La constitución destituyente de Europa. Razones para otro debate constitucional, Madrid, 2.005.
131. **MASCAREÑO Aldo.** “Ética de la Contingencia por medio del Derecho reflexivo”. U. Alberto Hurtado, Santiago de Chile, 2006. Páginas 10-14.

132. **MEJIA Oscar y GIRALDO Tatiana.** “Estatuto epistemológico de la Cultura política. Neodemocracias y autoritarismo, categorías de la cultura política, Bogotá. páginas 176 a 179.
133. **MEJIA Oscar.** “Cultura Política sociedad global y alienación”. Bogotá UNIJUS U. Nacional.2009, Pag.148.
134. **MEJIA Oscar.** “Derecho legitimidad y democracia” En: Pensamiento jurídico No 8, Bogotá Universidad Nacional. Pág. 73 a 83.
135. **MEJIA Oscar.** “Elementos para una reconstrucción del estatuto epistemológico de la filosofía del Derecho. Trotta, Madrid, 1995, p. 107.
136. **MEJIA Oscar.** “Justicia y democracia consensual” Bogotá siglo del hombre Editores UNIANDES. Pág. 4.
137. **MEJIA Oscar.** “Estatuto epistemológico de la Cultura política”. Btá. Página 182.
138. **MEJIA Oscar.** “La filosofía política de John Rawls: De la teoría de la justicia al liberalismo político”. En J.J. Botero (ed.). Bogotá: Unibiblos.36.Mejía Quintana, O. (2006).
139. **MEJIA Oscar.** “La norma básica como problema iusfilosofico en: Estatuto Epistemológico de la Filosofía del Derecho Contemporáneo”. Bogotá Ed. Ibáñez 2009 pág. 75-85.
140. **MEJIA Oscar.** “Legitimidad, desobediencia civil y estabilidad. En: Pluralismo Legitimidad y Economía Política” Bogotá: U. Externado de Colombia. Pág. 113.
141. **MEJIA Oscar.** “Tribunal Constitucional, desobediencia Civil y Democracia Deliberativa. Republicanismo Contemporáneo: Igualdad, Democracia Deliberativa y Ciudadanía”. Bogotá: Siglo del hombre editores. 2002. Pág. 127.
142. **MEJIA Oscar.** “La norma básica como problema iusfilosofico en: Estatuto Epistemológico de la Filosofía del Derecho Contemporáneo”. Bogotá Ed. Ibáñez 2009 p. 75-156.
143. **MEJIA Oscar.** “Tribunal Constitucional, desobediencia civil y democracia deliberativa. El Paradigma discursivo procedimental frente al dilema liberal republicano”. En: Republicanismo Contemporáneo. Bogotá Siglo del Hombre editores, 2002 pp 112 y 114.
144. **MOUFFE, Chantal.** “Deconstrucción, Pragmatismo y la Política de la democracia”. Barcelona Paidós, 1998. Páginas 13-33.

145. **MOUFFE, Chantal.** “El retorno de lo político. Comunidad, ciudadanía, democracia Radical, Barcelona: Paidós, Pág. 48. 1999.
146. **MUNNE Guillermo.** “Racionalidades del Derecho según Max Weber y el problema del formalismo jurídico”. En ISONOMIA No.25 Octubre del 2006 página 70
147. **NACIONES UNIDAS. PACTO GLOBAL.** Objetivos del Milenio. Parte Introductoria.
148. **NOWROT, K.,** “Legal Consequences of Globalization: The Status of Non-Governmental Organizations Under International Law”, Indiana Journal of Global Legal Studies, vol. 6, 1999, pp. 579-645.
149. **NONET Y SELZNICK.** “Law and Society in transition. Toward responsive Law press Harper. New York 1987
150. **NONET Philippe Y SELZNICK Philip.** “Law and Society in transition. Howard responsive Law press Harper. New York 1987
151. **NOVOA MONRREAL, EDUARDO:** El derecho como obstáculo para cambio social. (Editorial siglo veintiuno editores, 1979). Pág. 197.
152. **NINO, CARLOS S.** Introducción el análisis del Derecho; (Edit. Ariel, Barcelona, 1983.) Pág. 16.
153. **NUSBAUM Marta.** “Las fronteras de la justicia”. Consideraciones sobre la Exclusión. Barcelona Paidós, 2007; Trad. Ramón Vila Berniz. Pág. 90.
154. **ONU. PACTO GLOBAL DE LAS NACIONES UNIDAS.** “Comisión mundial sobre la dimensión mundial de la globalización”, 2004 Por una globalización justa: Crear oportunidades para todos. Ginebra OIT, 2007.
155. **OLASO, LUIS M:** Curso de Introducción al Derecho, Tomo I. (Publicaciones UCAB, Caracas, Venezuela 2002). Pág. 22.
156. **OSPINA William y BONNETT Piedad.** “¿Para que la Cultura en tiempos de Penuria?” En ALMA MATER. U. de Antioquia No.612. Agosto 2012 Pág. 28 y 29.
157. **PALACIO, Germán.** “Pluralismo Jurídico. Bogotá: IDEA / Universidad Nacional, 1993. p. 130.
158. **POUND, Roscoe.** “Las grandes tendencias del pensamiento jurídico”. Traducción y Estudio Preliminar por José Puig B. Edición al cuidado de José Luis Monereo Pérez (Edit. Comares, Granada, 2004), XXXVIII. pp. 178 - 179).

159. **PALOP, Lidia de Tienda.** “La noción plural de sujeto de justicia. Un nuevo reto para la Filosofía”. Revista Internacional de Filosofía. No.171-179. Universidad de Valencia, año 2010. Suplemento 3.
160. **PEREZ Salazar Mauricio.** “La Colombia del siglo XXI”, Bogotá, Revista Externadista, pp. 62.
161. **POGGE Thomas.** “La pobreza en el mundo y los derechos humanos”. Paidós, 2005 p. 138
162. **POGGE Thomas,** “Que es la justicia global” Op. Cit. Página 109-110. Traducción Leonardo García Jaramillo. Universidad de Caldas. 2008.
163. **POGGE Thomas.** “Pobreza y justicia global”. Barcelona Centro de Cultura. 2011. Pág. 27
164. **POLANYI, Karl.** “The Great Transformation”. Traducción española: La gran transformación. Madrid, La Piqueta, 1989. Karl Polanyi, fragmento del capítulo I. En: Vicente Blanco, D.J. La libertad del dinero. Alemania, 2003, pág. 27 a 38.
165. **POPPER Karl.** "La Sociedad abierta y sus enemigos" Reino Unido (1945) Volumen I
166. **POUND, Roscoe,** Las grandes tendencias del pensamiento jurídico. Traducción y Estudio Preliminar por José Puig Brutau. Edición al cuidado de José Luis Monereo Pérez (Edit. Comares, Granada, 2004), XXXVIII.
167. **PRIETO S. Luis.** Estudios sobre derechos Fundamentales, Madrid Debate 1990. Pág. 12.
168. **RADBRUCH Gustav.** “Algunos Problemas Actuales de la Filosofía del Derecho” en: Introducción a la filosofía del Derecho México FCE 1993 Pág. 153-180.
169. **RAVENTOS Daniel.** “Las condiciones materiales de la libertad”. Barcelona, El Viejo Topo 2007 Pagina 73.
170. **RAWLS, John.** “La Justicia como equidad”. México. F.C.E. 1978. Trad. María D. González
171. **RAWLS, John.** “El Derecho de Gentes”. Trad. H. Valencia Villa Madrid, Trotta. Pág. 47-86
172. **RAWLS, John.** “Materiales para una teoría de la Justicia. Derecho Justicia y Sociedad”. México 1971. Página 17.

173. **RAWLS, John.** "Una teoría de la Justicia". México, 1979 Pagina 501
174. **RAWLS, John.** "Debate sobre el liberalismo político" Paidós Ibérica, 1998. p 75-76.
175. **RODRIGUEZ GARAVITO, Cesar.** "Un nuevo mapa para el pensamiento Jurídico Latinoamericano". Buenos Aires Siglo XXI editores, 2011, Página de presentación.
176. **RODRIGUEZ ORTEGA Julio Armando.** "La legitimidad en el Estado Social de Derecho". Bogotá 1996. Leyer. P 8.
177. **RODRÍGUEZ ORTEGA, Julio Armando.** "Retos de la Democracia en América Latina" Ponencia, en el Congreso Redipal (Virtual V. Enero-Agosto de 2012). México, DF. P. 13-22
178. **RODRIGUEZ P. María Luisa.** Minorías, Acción pública de Inconstitucionalidad, Democracia deliberativa, Bogotá, Universidad. Externado de Colombia año 2005 páginas 17 a 34.
179. **RODRIGUEZ, María Luisa.** "John Rawls y el pronunciamiento Constitucional". En: Pluralismo Legitimidad y Economía Política. Universidad Externado de Colombia Página 244.
180. **RODRIGUEZ, María Luisa.** "Utilitarismo y Contractualismo. La justicia distributiva en Rawls y Nozick". En: Pluralismo legitimidad y Economía política. Universidad Externado de Colombia.2008 Pág. 324-325.
181. **ROUSEAU J Jacobo.** "EL contrato social". Valladolid Editorial Maxtor 2008
182. **RUFINO Annamaria.** "Derecho Mediador". Seconda Università Degli Studi de Nápoles. (2009) Italia. Traducción de Nicolás López Calera. Anales de la cátedra Francisco Suarez 43 pag.267-284.
183. **SAGUES, Néstor Pedro.** "Teoría de la Constitución". Rosario - Argentina. ASTREA. 2.001.
184. **SÁNCHEZ Arturo José.** "La autorregulación a nivel social desde una perspectiva cibernético axiológica.". Humanidades Médicas, Vol. 6, No 16. México. Enero - Abril de 2006.
185. **SANDEL, Michael. JUSTICIA,** "¿Hacemos lo que debemos?" Univercity The Harvard, 2010, Pág. 1-35.
186. **SANTOS BOAVENTURA DE SOUSA.** "Democratizar la democracia. Los caminos de la democracia participativa" México F.C.E. 2004 página 7

187. **SANTOS BOAVENTURA DE SOUSA.** “La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación”. Bogotá Universidad Nacional. 1998 Pág. 16
188. **SANTOS BOAVENTURA DE SOUSA.** “Reinventar la democracia. Reinventar el Estado”, Buenos Aires: CLACSO.2005 Pag.60. Véase también. Mouffe, C. (1999). El retorno de lo político. Comunidad, ciudadanía, democracia radical, Barcelona: Paidós.
189. **SCHEUERMAN, W.E.,** “Globalization and the Fate of Law” En Dyzenhaus, D. (ed.), Recrafting the Rule of Law: The Limits of Legal Order, Hart, Oxford, 1999, pp. 243-24.
190. **SCHMITT Carl.** “El concepto de lo político”. Madrid Alianza Ed. Pág. 95.
191. **SCHMITT Carl.** “Teoría de la Constitución”, Madrid, Alianza Ed. 1992, pp. 259 y ss.
192. **SCHMITTER, Philippe C.** “Teoría de la Democracia e practica neo-corporativa”, Stato e Mercato. N° 9, 1983, Barcelona. Pp. 385-422.
193. **SCHUMPETER J. A.** “Capitalismo, socialismo y democracia”. Barcelona, 1998. Pág. 343
194. **SELZNICK.** “The Moral Commonwealth: Social Theory and the Promise of Community”, University of California Press, Berkeley, 1992, pp. 229 ss.; Selznick, Law, Society and Industrial Justice, Russell Sage, New York, 1969.
195. **SEN AMARTYA Kumar.** “El valor de la Democracia”. Barcelona, 2005 Ed. Cultural Pág. 92.
196. **SEN AMARTYA Kumar.** “La idea de justicia”. Madrid, 2010. Taurus, Páginas 65-67.
197. **SEN AMARTYA, Kumar.** “Sobre la desigualdad Económica”. Madrid, 2013. Editorial Crítica. Pág. 123 a 124
198. **STEPHEN Holmes y CASS R. Sunstein.** “El costo de los Derechos. Porque la Libertad depende de los impuestos”. Siglo XXI Editores. Buenos Aires 2011, Paginas 80 a 87.
199. **STIGLITZ Joseph.** “El precio de la Desigualdad” España 2012. Editorial Taurus 2012.

200. **TEUBNER, Günther - BOURDIEU, Pierre (a)**, "La fuerza del derecho", Ed.: Universidad de los Andes, Colombia, Bogotá, 2000, 132-133.
201. **TEUBNER Gunther**. "Contracting worlds. The many autonomies of private Law". En Social and legal studies. Volumen 9(3) Milano, Italia. páginas 399 a 417 437 a 453
202. **TEUBNER, Günther**, "El Derecho como sistema Autopoietico", Ed.: Giuffre, Milano, Italia, 1996, 30.
203. **TEUBNER Günther**. "Elementos materiales y reflexivos en el Derecho Moderno". En La fuerza del Derecho. Siglo del Hombre Ed. Trad. Carlos Morales. Bogotá 2002 Paginas 86-89.
204. **TEUBNER Gunther**. "Globalización y constitucionalismo social. Alternativas a la teoría constitucional centrada en el Estado". En Cansio M. Manuel. Globalización y derecho. Madrid: U. Autónoma. 2006.
205. **TEUBNER Gunther**. "State, Law and Economy as autopoietic Systems: Regulation and autonomy in a new perspective". Milán, 1992 Paginas 353 a 387.
206. **TEUBNER Gunther**. "Substantive and Reflexive elements in modern law", Milan, cit., pp. 254-257.
207. **TOCQUEVILLE Alexis de**. "La democracia en América". Ciencia política. Trad. de Dolores Sánchez. Madrid Alianza editorial Tomo I pp. 110 a 114.
208. **TWINING, William**. "Derecho y Globalización" Ediciones Uniandes, Instituto pensar, Siglo del hombre Editores, Bogotá, Colombia, 2.002, p.291.
209. **ULRICH BECK** "La sociedad del riesgo mundial. En busca de la Seguridad perdida". Barcelona, Paidos 2008, Pag 15-47
210. **UPRIMNY Rodrigo y Otro**. "Es posible una Dogmática adecuada sobre la prohibición de regresividad" Bogotá, Universidad Nacional, Centro de estudios de derecho Justicia y Sociedad. Página 17.
211. **UPRIMNY Rodrigo y Otros**. "Constitución Modelo Económico y Políticas Publicas" En: Los Derechos sociales en serio. Hacia un Dialogo entre Derechos y políticas Publicas. Bogotá De justicia. Página 58.
212. **VALLEFÍN Carlos A.**; "La Legitimación en las Acciones de Interés Público"; Ed. Lexis Nexis; Buenos Aires, Argentina 2006
213. **VALLEFÍN Carlos A.**; "Protección Cautelar Frente Al Estado"; Ed. Lexis Nexis; Buenos Aires, Argentina 2002; p. 19.

214. **VELASCO Juan Carlos** “La justicia en un mundo globalizado”. Revista de Filosofía Moral y Política N.º 43, julio-diciembre 349-362 Instituto de Filosofía del Consejo superior de investigaciones Científicas.Madrid.2010.
215. **VELASCO, Juan Carlos:** “El Giro Globalista de la filosofía de la justicia”, en Oscar Nudler Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, vol. 31, Trotta/CSIC, Madrid, 395-422.año 2010.
216. **VILLORO, Luis.** “Sobre Democracia consensual. Entorno a las ideas de Kwasi Wiredu” en Polylog. Foro para filosofía intercultural 2 (2000)
217. **WALDMANN, Peter.** Ponencia presentada en el Colegio de México. México 1989.
218. **WALDRON Jeremy.** “Derecho y desacuerdos”. Madrid Marcial Ponds. Páginas 356-357.
219. **WALSER M.** “Esferas de la Justicia. Una defensa del pluralismo y la igualdad” México F.C.E 1983 Pág. 65.
220. **WATCH Americans.** “La Violencia continua” Bogotá, Tercer Mundo Editores, 2000.
221. **WEBER Max.** “Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva” Trad. J. Medina Echavarría, ed. J. Winckelmann, FCE, México, 1964 P. 174-180.
222. **WENDY Brown.** “Lo que se pierde con los derechos” En: La crítica de los Derechos Bogotá Siglo del Hombre. Pág. 9-71
223. **WILLKE, Helmuth.** “Societal Guidance Through Law” En: TEUBNER, Gunther. State, Law and Economy as Autopoietic Systems: Regulation and Autonomy in a new perspective. Milan Giuffre, 1992. Páginas 353 a 387
224. **WILLKE Helmut.** “Capacidad de rendimiento del Estado”. En: Revista, Persona y Sociedad / Universidad Alberto Hurtado, Chile. Vol. XXI / Nº 2 / 2007 / 9-16. Traducción Aldo Mascareña
225. **WOLKMER, Antonio Carlos.** “Pluralismo jurídico - Fundamentos de una nueva cultura en el Derecho”. 3. ed. San Pablo: Alfa-Omega, 2001.Universidad de Santa Catarina Brasil.
226. **XIFRAS HERAS Jorge.** “Introducción al estudio de las modernas tendencias políticas”. BOSCH, casa editorial, Barcelona 1962. Tomo 2 Página 143

227. **ZAGREBELZKI, Gustavo.** "El Derecho ductil" Ley, derechos, justicia. Madrid, Trotta 2.003.
228. **ZAGREBELSKY, Gustavo.** "Dos tradiciones de derechos: Derechos de libertad y Derechos de justicia". En derechos y libertades No 2. Madrid Instituto de derechos humanos, Carlos III. Páginas 75 a 83.
229. Cfr. Carlos S. Nino: Introducción al Análisis del Derecho; (Ariel, Barcelona, 1983). p. 16 y ss; Ética y Derechos Humanos; Piados, Buenos Aires, 1984, P. 24 y ss.