

Herrera, Daniel A.

*Del estado de derecho liberal moderno al estado
constitucional de derecho actual*

Forum. Anuario del Centro de Derecho Constitucional N° 2, 2014

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central "San Benito Abad". Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la Institución.

La Biblioteca posee la autorización del autor para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Herrera, D. A. (2014). Del estado de derecho liberal moderno al estado constitucional de derecho actual [en línea], *Forum. Anuario del Centro de Derecho Constitucional*, 2.

Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/estado-derecho-liberal-moderno.pdf> [Fecha de consulta:.....]

DEL ESTADO DE DERECHO LIBERAL MODERNO AL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO ACTUAL

DANIEL A. HERRERA¹

En la presente disertación abordaré el periplo que desarrolla el Estado de Derecho desde la aparición de los Estados modernos hasta la actualidad, mostrando algunas situaciones paradójicas a las que ha dado lugar y analizando las distintas justificaciones que se han realizado en el pensamiento filosófico político y jurídico. Voy a dividir esta presentación en dos partes: 1) Una breve descripción del desarrollo histórico del Estado de Derecho moderno hasta la actualidad, señalando sus distintos modelos y sus principales características, junto con algunas paradojas en el Estado de Derecho actual; 2) Un breve análisis de las distintas justificaciones teóricas respecto al Estado de Derecho, especialmente centradas en su versión actual de *Estado Constitucional de Derecho*. Por último terminaré con algunas reflexiones personales. La primera parte es más descriptiva del cuadro de situación y la segunda, más reflexiva de la misma desde el punto de vista filosófico.

1. Decano de la Facultad de Derecho de la UCA. Abogado y Doctor en Ciencias Jurídicas (UCA), con su Tesis “La persona y el fundamento de los derechos humanos” (Educa-Bs. As. 2012). El artículo recoge la exposición hecha en el Centro de Derecho Constitucional el martes 3 de junio de 2014.

PRIMERA PARTE

1. *El Estado de Derecho moderno*

En la modernidad lo político se centra en la nueva realidad del Estado, nombre que se impuso con Maquiavelo en el siglo XVI, cuando en *El príncipe* comienza la obra diciendo: “Todos los Estados, todas las dominaciones que ejercieron o ejercen imperio sobre los hombres fueron y son repúblicas o principados”². Esto no quiere decir que Maquiavelo inventó la palabra, pues como dice Bobbio, él mismo no hubiera podido utilizarla al comenzar su obra si la misma no existiera en el lenguaje de los siglos XV y XVI³. Sin perjuicio de lo dicho, esto no significa que antes de la modernidad no existieran ciertas organizaciones políticas o unidades políticas, como las *polis*, *ciudades*, *reinos* o *imperios*, que respondan a un concepto universal de lo político. Como dice el mismo Bobbio: “El problema real del que debe preocuparse quien tenga interés por entender el fenómeno del ordenamiento político no es si el Estado existe como tal únicamente de la época moderna en adelante, sino más bien si encuentra semejanzas y diferencias entre el llamado Estado moderno y los ordenamientos anteriores, si deben resaltarse más unas que otras, cualquiera que sea el nombre que quiera darse a los diferentes ordenamientos. Quien considere que solo puede hablarse de Estado cuando se hace referencia a los ordenamientos sobre los que trataron Bodin, Hobbes o Hegel, se comporta de esta manera porque observa más la discontinuidad que la continuidad, más las diferencias que las semejanzas; quien habla indiferentemente de Estado tanto en referencia al Estado de Bodin como en el caso de la polis griega, contempla más las analogías que las diferencias, más la continuidad que la discontinuidad”⁴.

Ahora bien, el Estado moderno es aquel que sobre la base del principio de soberanía (Bodin) monopoliza las funciones de *imperio* y

2. MAQUIAVELO, *El Príncipe*, 1.

3. Cf. BOBBIO, Norberto, *Estado, Gobierno y Sociedad, por una teoría general de la política*, México DF, Fondo de Cultural Económica, 2010, pág. 86.

4. *Ibidem*, pág. 92.

normativas, sobre un cierto territorio a él subordinado, donde la politicidad se convierte en estatalidad y la juridicidad progresivamente se va a reducir exclusivamente a la positividad, al solo derecho positivo producido por el Estado, como luego lo va a proclamar el dogma positivista. Por su parte, para autores como Max Weber o Hans Kelsen, el Estado moderno surgiría de la concentración del poder mediante el monopolio institucional de la fuerza en un territorio delimitado. Dice Weber: “El Estado moderno es una agrupación que con éxito e institucionalmente organiza la dominación, y ha conseguido monopolizar, en un territorio determinado, la violencia física legítima como medio de dominio”⁵. Por su parte, afirma Kelsen: “La teoría normativa del Estado [...] ha indicado que el Estado es orden, concretamente orden normativo, orden jurídico, con lo que para ella el problema de la realidad del Estado coincide con el problema de la positividad del derecho”⁶, y en su teoría pura, a su vez, sostiene: “[...] el derecho es una técnica de coacción social estrechamente ligada a un orden social que ella tiene por finalidad mantener [...] el derecho aparece así como una organización de la fuerza”⁷.

Los Estados modernos son los antecedentes de los actuales Estados nacionales (aunque normalmente estas dos palabras y realidades van juntas puede haber *naciones sin Estado*, como sucedió mucho tiempo con la nación judía en la diáspora hasta la creación del Estado de Israel en 1948 y *Estados sin nación*, como en el caso de la URSS en el siglo XX, que constituía un megaestado artificial construido sobre la realidad de distintas naciones, como quedó reflejado luego de su caída). Estos Estados modernos surgen como resultado de la desmembración del imperio, de la pérdida de la unidad de la Fe a partir de la reforma y de las guerras de religión que culminaron en la tolerancia recíproca establecida en la paz de Wetsfalia de 1648.

5. WEBER, Max, “Política y Ciencia”, publicado en *Obras Selectas, Max Weber*, Buenos Aires, Distal, 2010, pág. 408.

6. KELSEN, Hans, *El Estado como integración. Una controversia de principio*, Madrid, Tecnos, 1997, pág. 22

7. KELSEN, Hans, *Teoría pura del Derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 1973, pág. 74.

En el devenir histórico de los Estados modernos, podemos distinguir distintas etapas: 1) *El Estado absoluto*; 2) *El Estado de Derecho*. A su vez, dentro de este último, que será el eje central de esta disertación, podemos diferenciar dos modelos: 1) *El Estado legal de Derecho*; 2) *El Estado Constitucional de Derecho*.

El Estado absoluto era aquel que se centraba sobre la supremacía y soberanía del rey, que al desmembrarse el imperio, como dijimos, queda como la autoridad suprema en los distintos reinos. Se crea una burocracia centralizada a cargo de la administración del Estado, más allá de que todavía se mantienen los distintos estamentos sociales, con sus derechos y sus respectivas jurisdicciones, que en caso de laguna del nuevo derecho centralizado en las ordenanzas del soberano, se aplican supletoriamente, extendiendo su vigencia en plena existencia del Estado absoluto⁸. A partir de los Estados absolutos se van a formar los Estados nacionales cuando se produce *la sustitución de la soberanía del rey por la soberanía nacional*. En este marco nace el moderno Estado de Derecho. En el Estado absoluto el rey hacía la ley (*rex facit legem*), más allá de estar sometido a ciertas reglas de derecho común o tradiciones como las que por ejemplo regulaban la sucesión monárquica; en cambio, en el Estado de Derecho la ley hace el régimen (*lex facit regem*)⁹.

En consecuencia, el Estado de Derecho tal como lo conocemos hoy es un fenómeno moderno en el que se ve la íntima relación que existe entre lo político y lo jurídico, pero que se da de una manera nueva, pues confluye la moderna realidad política (*Estado*), como un constructo, un artificio, con la realidad jurídica (*Derecho*), que pasa del *ius comune* en la concepción tradicional basado en la justicia de su contenido, interpretado por los juristas (doctrinarios) y jueces, al derecho nacional o estatal, fundamentado en el principio de Hobbes: *Auctoritas nom veritas facit legem*. En teoría, el primero se somete a la regulación del segundo, o sea, el Estado al Derecho entendido sobre todo como

8. Cf. FIORAVANTI, Maurizio, "Estado y Constitución", publicado en el libro *El Estado moderno en Europa, instituciones y derecho*, edición a cargo de Maurizio Fioravanti, Madrid, Ed. Trotta, 2004, pág. 21.

9. Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, Madrid, Ed. Trotta, 1995, pág. 21.

ley. Dicho en otras palabras, es el gobierno de la ley, por lo cual todo, absolutamente todo, incluido el poder político, está regulado y por lo tanto subordinado a la ley. Ahora bien, en la *práctica* no siempre es así, pues justamente al arrogarse el Estado moderno el monopolio de la producción jurídica, al ser fundamentalmente la política y específicamente el poder político el artífice de la ley, muchas veces se ha producido el sometimiento del derecho al poder político de turno y paradójicamente dicho sometimiento se hacía en nombre de la ley y por medio de la ley, convirtiendo al derecho en instrumento de la política.

Más allá de las reflexiones filosóficas, en cuanto a su origen histórico, el *Estado de Derecho moderno* o también llamado *liberal*, se da con los procesos revolucionarios (siglos XVII, XVIII y XIX) que van a reemplazar a los Estados absolutos que surgen en Europa en la modernidad (no al régimen medieval anterior). En estos procesos revolucionarios podemos distinguir distintos modelos de Estados de Derecho:

1) El *inglés*, más historicista y tradicionalista aunque individualista, donde se da por un lado una *continuidad entre la monarquía hereditaria y el parlamentarismo* con el establecimiento de un gobierno moderado *King in parliament*: elemento monárquico (Rey), elemento aristocrático (Lords), elemento democrático (los Comunes) y por otro lado la *continuidad entre las libertades medievales y las modernas* (desde la Carta Magna de 1215 a la Declaración de Derechos de 1689, pasando por la petición de derechos de 1628 y el acta de Hábeas corpus de 1679). Donde el verdadero factor de unidad que constituye el *common law* lo aportan los jueces y no los príncipes o los legisladores.

2) Este modelo se va a extender a *América*, donde los derechos individuales son reconocidos tanto en la Declaración de la Independencia de 1776 como por la Constitución de 1787 (y las demás constituciones de los Estados), estableciendo un gobierno equilibrado y moderado al modo inglés, junto a una rigidez constitucional de la que surge luego el control judicial de constitucionalidad (*judicial review*), a partir de *Marbury vs. Madison* en 1803 (Presidencia de la Corte del Juez Marshall). A diferencia del modelo inglés hay poder constituyente y texto escrito, con supremacía de la Constitución y de los jueces que deben garantizarla por sobre el parlamento y la ley (existía desconfianza de la supremacía del legislativo), todo según el modelo que propone Hamilton en *El Federalista*.

3) El *francés*, más individualista, ideológico y estatalista, donde se da una *ruptura radical con el régimen anterior*. El llamado a los estados generales culminó con la proclamación en Asamblea Nacional del tercer estado (Sieyes) y la supresión de los privilegios del *Anciane Regime*. A partir de allí se destacan la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y la Constitución de 1791, donde siguiendo el modelo roussoniano, los derechos naturales son entregados y convertidos en civiles por obra de la voluntad general. En virtud de la representación política, el poder constituyente se plasma en una supremacía legislativa (*legiscentrismo*) que debe proclamar y tutelar los derechos. Esto deriva luego en la centralización napoleónica, que distingue entre la autonomía privada en el Código Civil y la heteronomía en el gobierno central y la Administración. Con posterioridad se produce con la escuela de la exégesis el paso al más crudo positivismo. A diferencia del modelo inglés y en coincidencia con el americano hay poder constituyente y texto escrito, pero a diferencia de este último, hay confianza en un legislador “virtuoso” o “iluminado” depositario de la voluntad general mediante la representación política y desconfianza en los jueces que se convierten en meros aplicadores de la ley¹⁰.

Así podemos distinguir en la modernidad dos procesos simultáneos de positivización del derecho, no ajenos a su politización: 1) la *constitucionalización* con la supremacía de los derechos naturales convertidos en constitucionales (de primera generación) y su garantía justamente por la Constitución y los jueces en el *modelo americano*, donde el constitucionalismo clásico liberal constituirá las bases de un *Estado Constitucional de Derecho* que va a preceder casi ciento cincuenta años a los Estados Constitucionales de Derecho europeos que surgen luego de la segunda guerra y que van a popularizar esta denominación; 2) La *codificación* con la supremacía de la ley, de la que derivan la existencia, reglamentación y garantía de los derechos en el *modelo francés* que se va a extender a todo el resto de Europa continental y luego a América latina, a través del proceso de codificación y el posterior paradigma exegético, en lo que algunos han dado en llamar *Estado legal de Derecho*

10. Cf. CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, *Dignidad frente a barbarie - La Declaración Universal de Derechos, cincuenta años después*, Madrid, Ed. Trotta, 1999, pág. 50.

(en el caso de Argentina, como suele pasar muchas veces, se hace un *mix* por el cual seguimos el modelo americano en lo constitucional y el modelo francés en la codificación).

En virtud del dogma de la soberanía nacional, el Estado nacional moderno no reconocía ninguna autoridad o poder por encima suyo y, por lo tanto, tampoco ninguna regulación jurídica que no sea especialmente aceptada por el propio Estado en el marco de sus relaciones internacionales. En consecuencia, todo el derecho, ya sea interno, como internacional, tiene su fuente cuasi exclusiva en la voluntad soberana de los Estados expresada por sus órganos pertinentes. De esta manera, el sistema internacional así considerado no permitía la injerencia de los Estados, ni individualmente, ni asociados, en los asuntos internos de otro Estado soberano, situación que era alterada de hecho solamente por el fenómeno de la guerra.

2. *El Estado de Derecho actual*

La situación de los Estados nacionales fue así hasta mediados del siglo XX, con la formación de las *Naciones Unidas* con posterioridad a la segunda gran guerra mundial (sin perjuicio de un intento fallido de organización internacional después de la primera gran guerra, con la Sociedad de las Naciones), como un sistema de organización jurídico-política de la comunidad internacional por encima de los Estados soberanos parte, aunque no se trata de un superestado. Esto no se dio naturalmente y sin dificultades. La corta historia de las Naciones Unidas (de un poco más de medio siglo) atestigua la difícil convivencia de un orden jurídico-político internacional con la existencia de órdenes jurídico-políticos soberanos en los distintos Estados. Tampoco se logró una igualdad entre los Estados, pues si bien el principio de igualdad rige especialmente en la Asamblea, no sucede lo mismo en el Consejo de Seguridad, integrado solo por algunos Estados y dentro de éste aún podemos distinguir los miembros originarios permanentes con poder de veto (USA, Rusia, China, Francia y Gran Bretaña) y los miembros agregados no permanentes elegidos por dos años por la Asamblea. En el caso de los primeros (miembros permanentes), el criterio utilizado es el *poder*, al ser potencias mundiales y por tanto tener mayor poder

de facto que otros Estados, lo que le da cierto mayor poder *de iure* al integrar el Consejo de Seguridad con derecho a veto.

En el plano jurídico-político parece imponerse una idea de derecho también originada en occidente, como es la idea de *los derechos humanos*, hoy internacionalizada o pseudoglobalizada mediante lo que se conoce como el *derecho internacional de los derechos humanos*, constituido en un nuevo *ius cogens*, como derecho imperativo. Este derecho se ha transformado en virtud de los pactos y tratados internacionales en una especie de *superderecho* o *supraderecho*, por encima de los derechos nacionales de cada uno de los Estados, que por otra parte deben incorporarlo como parte fundamental del mismo, lo que constituye una verdadera transformación de la noción de soberanía nacional en el plano jurídico.

Así podemos distinguir en este nuevo derecho internacional un nivel o ámbito mundial de otros niveles o ámbitos regionales. El primero (mundial) se constituye con la carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), los pactos de derechos civiles y políticos, por un lado, y de derechos sociales y económicos, por otro (1966), junto con la existencia de pactos o tratados sobre derechos específicos (p. ej., contra la tortura, contra la discriminación de la mujer, la convención de los derechos del niño, etc.). Este sistema mundial nace en el marco del conflicto este-oeste que surge en el mundo de la posguerra y por eso se puede ver en las negociaciones tanto de la declaración universal de 1948 como de los pactos de 1966, que las democracias occidentales promovían los derechos civiles y políticos (primera generación), mientras los países del este sometidos a regímenes comunistas ponían el acento en los derechos económicos y sociales (segunda generación)¹¹. El segundo (regional) se desarrolla en América, en Europa y posteriormente en África. En lo que respecta a nuestra región, se origina con la creación de la OEA y la Declaración americana de derechos humanos anterior por unos meses (mayo de 1948) a su símil universal (diciembre de 1948); como así también con la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José

11. Cf. FIORAVANTI, Maurizio, *Los derechos fundamentales*, Madrid, Ed. Trotta, 2009, págs. 25 a 53.

de Costa Rica) de 1969, pero que entró en vigor en 1978 cuando fuera ratificada por un número de Estados necesario para su puesta en vigencia. A diferencia de lo que ocurría a nivel mundial, en 1948 este sistema en su origen no es afectado por el conflicto este-oeste (recién una década después se establece en Cuba por vía revolucionaria el primer gobierno marxista en la región), sino que está claramente identificado con el oeste liderado por USA (sede tanto de la OEA como de la ONU) y compuesto por democracias liberales, en alternancia con gobiernos militares a lo largo y ancho de la región (aquí en Argentina, en 1948, estaba en pleno apogeo el peronismo, que propiciaba una tercera posición a la tensión este-oeste). Sin perjuicio de lo dicho es paradójico y llamativo que el principal país de la región y primera potencia mundial (USA) posteriormente no haya ratificado la Convención, ni reconocido la jurisdicción de la CIDH. El fundamento de esa decisión política no es justamente que USA sea contrario a la protección de los derechos humanos que con anterioridad a la norma internacional se encuentran reconocidos y garantizados en la propia Constitución de USA (se podrá criticar muchas cosas del país del norte, con razón o sin ella, pero no justamente esto). El verdadero fundamento es que los Estados Unidos no quieren reconocer ninguna norma por encima de su Constitución y ninguna jurisdicción más allá de la Corte Suprema de su país.

Simultáneamente, en la Europa de posguerra, especialmente en los países derrotados (Alemania e Italia), se establecen nuevos órdenes constitucionales con la sanción de la Constitución italiana de 1947, que entra en vigencia el 1º de enero de 1948 y la ley fundamental alemana de 1949. Posteriormente, en 1976 se sanciona la Constitución de Portugal, dos años después que la llamada "revolución Clavel" derroca al régimen vigente en Portugal desde hacía treinta años, y por su parte, tres años después de la muerte de Franco (1975), va a ocurrir lo mismo en España con la sanción de la Constitución de 1978. Estos cambios constitucionales dan origen a lo que se va a conocer como el nuevo paradigma del *Estado Constitucional y Social de Derecho*, que viene a reemplazar al viejo paradigma del Estado legal de Derecho, donde las constituciones dejan de ser meras cartas políticas programáticas, en tanto que incluyen los derechos humanos establecidos en las declaraciones internacionales (con la inclusión de los derechos de

segunda y tercera generación, sociales y otros derechos) como núcleo del nuevo paradigma, considerados como principios directamente operativos, por encima de las leyes y aplicables directamente por los jueces, especialmente por los nuevos tribunales constitucionales (Alemania en 1951, Italia en 1956, España en 1979 y Portugal en 1982), que en el modelo constitucional europeo ejercen un control de constitucionalidad concentrado, a diferencia del control difuso existente en el modelo americano. A partir del tratado de Roma de 1950, con la sanción de la convención europea de derechos humanos se va a dar origen a un sistema de protección regional.

En este nuevo paradigma del *Estado Constitucional y Social de Derecho* (hoy vigente incluso allende Europa, y especialmente en América con la vigencia de la Convención Americana de Derechos Humanos en 1978 y la creación de la Corte Interamericana en 1979), se produce por una parte *una constitucionalización de todo el derecho* mediante la expansión del derecho constitucional sobre las otras ramas o disciplinas del derecho, tanto público como privado, a través de la aplicación directa de las normas constitucionales operativas por encima de las normas legales, despojando en muchos casos a estas de su virtualidad jurídica. Al mismo tiempo, se produce *una internacionalización del derecho constitucional*, con la incorporación a las constituciones del *derecho internacional de los derechos humanos*. Derecho que no se limita al *aspecto normativo* con la supremacía constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos respecto de las leyes, sino que se extiende al *aspecto jurisdiccional* con la aparición de las cortes internacionales tanto a nivel regional (la Corte Interamericana o la Corte Europea), como mundial (la Corte Internacional de Justicia, la Corte Penal Internacional, etc.). En materia de derechos humanos, tanto la Corte Europea como la Americana ejercen el *control de convencionalidad*, que es una especie de control de constitucionalidad internacional y que, más allá del reconocimiento de ciertos márgenes de apreciación exclusiva de los Estados (más en Europa que en América), obligan a estos a adaptar su ordenamiento jurídico, tanto legal como jurisdiccional a los términos de la convención regional de derechos humanos (los jueces internos tienen que hacerlo). Por último, simultáneamente a estos dos procesos se da una *constitucionalización del derecho internacional* dado que estos documentos y organismos internacionales constituyen

la estructura constitucional de un nuevo orden jurídico-político internacional¹².

Con motivo del nacimiento de verdaderos sistemas internacionales de protección de los derechos humanos, aparece *la persona humana* con su intrínseca dignidad como *nuevo sujeto de derecho internacional*, junto con los Estados nacionales y contra esos mismos Estados en tanto y en cuanto no reconozcan o violen esos derechos fundamentales. Si bien los Estados siguen siendo los sujetos de derecho originarios en el derecho internacional, las personas serían sujetos de derecho derivados¹³. Como dice el profesor español, Rafael de Asís, el proceso de internacionalización de los derechos humanos “se caracteriza por un cambio en la relación entre el individuo y el Estado. Por el lado del Estado, aparece una instancia de poder superior a él, lo que a su vez produce que el concepto clásico de soberanía se tambalee. En determinados ámbitos del derecho se amplía su esfera de validez limitada anteriormente a las fronteras nacionales. Por el lado del individuo, su estatus varía, estableciendo ciertas relaciones con esa nueva instancia, lo que produce a su vez modificaciones respecto a las que mantenía con el poder estatal. Desde esta perspectiva, los derechos fundamentales ya no se refieren exclusivamente a una relación de dos polos, individuo y Estado, sino que aparece un tercer elemento representado por una instancia supranacional”¹⁴.

3. Situaciones paradójicas del nuevo paradigma

Así el catedrático español plantea que la fundamentación, reconocimiento, implementación y garantía de los derechos humanos o derechos fundamentales se da en el marco de *situaciones paradójicas*: 1) como la que existe entre la noción de derecho fundamental como lími-

12. Cf. *ibídem*, pág. 102.

13. Cf. ALBAR ÁLVAREZ, Juan Pablo, *El derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario*, Santiago de Chile, Legal Publishing, 2008, pág. 11.

14. DE ASÍS, Rafael, *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, Madrid, Editorial Dykinson, 2000, pág. 57.

te al poder del Estado y la necesidad del reconocimiento del sistema de protección internacional por parte de los Estados a través de sus poderes a limitar; 2) la que se da entre el reconocimiento del estatus de la persona humana como sujeto internacional además de los Estados, e incluso contra los Estados, como sucede en caso de violaciones de los derechos humanos, pero por otro lado dicho estatus también depende del reconocimiento de los Estados de someterse convencionalmente al derecho internacional de los derechos humanos; 3) también la que se da para algunos entre el poder constituyente como fuente del derecho y del poder y los poderes constituidos que de derecho y de hecho ejercen el poder y determinan el derecho; 4) también, por un lado, entre la idea de los derechos humanos como límites del poder de los Estados y por otro, la cuestión de quién fija los límites a estos nuevos poderes supranacionales¹⁵.

Si bien es cierto que la necesidad del reconocimiento convencional de los Estados de someterse al sistema internacional de los derechos humanos hace que la limitación del poder del Estado dependa de la situación paradójica del reconocimiento voluntario de éste de autoobligarse o autosometerse, también es cierto que de hecho hoy existe una presión internacional de tal envergadura que es casi imposible que un Estado pueda autoexcluirse sin soportar consecuencias políticas, jurídicas y económicas muy graves. Quizás este sea un privilegio que solo pueden darse algunas superpotencias al desconocer ciertos aspectos del sistema que no les conviene a sus intereses (como es el caso ya señalado de USA), sin sufrir las correspondientes consecuencias como cualquier otro Estado. Este es un ejemplo en la actualidad de la desigualdad entre los Estados fundada en cuestiones de poder y que la *verdadera paradoja*, por lo tanto, es *entre un poder que tiende a expandirse ilimitadamente*, a menos que lo limite otro poder opuesto, y *la idea de un derecho que racionalice y limite al poder*, aunque para hacerlo dependa de la fuerza del propio poder estatal a limitar.

La cuestión tampoco se resuelve con la tradicional distinción entre poder constituyente y poderes constituidos (necesariamente tiene que existir algo más que fundamente el poder del constituyente). Pues

15. Cf. ídem.

ni el primero (*constituyente*) es absolutamente libre para incorporar cualquier contenido al orden político-jurídico de los distintos Estados nacionales, dado que hoy se encontraría limitado por un derecho internacional de los derechos humanos que obligatoriamente tiene que reconocer e incorporar en las distintas constituciones, sin perjuicio de tener que resolver la cuestión de la fundamentación de los mismos a fin de determinar si se trata de realidades preexistentes e indisponibles o de la imposición de un derecho positivo supraestatal e internacional por encima del derecho positivo estatal y nacional; ni los segundos (*constituidos*) son tan limitados por el primero, porque luego de recibir el poder del constituyente son los que efectivamente ejercen el mismo y se transforman en fuente del derecho, al delimitar jurídicamente los alcances del derecho y de los derechos, aunque para hacerlo no pueda desconocer los límites impuestos por el poder constituyente originario.

No menos compleja es la otra paradoja de la limitación del poder internacional, que como todo poder no es ajeno a la extralimitación, incluso no respetando las zonas de reserva de los distintos Estados nacionales que, de esta manera, se verían ante el peligro de una intromisión arbitraria violatoria de su soberanía. Si se diera esta situación paradójica, ¿quién limita al poder internacional? ¿Acaso los derechos de los pueblos organizados como Estados nacionales puedan ser límite al poder de las instancias internacionales o supranacionales? ¿O son los mismos derechos fundamentales los que limitan tanto al poder de los Estados nacionales como el de la misma comunidad internacional y de sus órganos? No es fácil la respuesta a esta cuestión, si es que la tiene dentro de la lógica interna del propio sistema. Hoy por hoy se están dando los primeros pasos en la delimitación de este nuevo derecho. Quizás con el tiempo pueda verse más claro el panorama y prime la prudencia por sobre las ambiciones desmedidas y los intereses mezquinos, lo que por el momento no parece lo más probable, lamentablemente.

Ahora bien, el fenómeno del multiculturalismo plantea nuevos y complejos problemas al esquema de este nuevo derecho, pues se presenta una *nueva paradoja* entre un sistema jurídico que responde a un molde cultural, como es el del occidente secularista, que pretende alcanzar dimensiones universales a través del derecho internacional

de los derechos humanos y las particularidades propias de la diversidad cultural, con las identidades propias de cada cultura, lo que en principio parecería que requeriría un derecho propio a cada realidad cultural. Dicho de otra manera, *la encrucijada que se da entre una universalización e internacionalización pseudoglobalizada del derecho por encima de los derechos nacionales, como manifestación de la globalización del mundo actual y la particularización e intranacionalización del derecho dentro de los distintos derechos nacionales, como manifestación del multiculturalismo existente, ya sea de raíces étnicas, religiosas, etc.*

Sin embargo, y aquí reside lo fundamental de la paradoja, estas reivindicaciones multiculturales de las minorías nacionales y de las pluralidades étnicas dentro de los distintos Estados son planteadas en términos de derechos, particularmente de derechos de las minorías. Es cierto que estos reclamos se dan fundamentalmente en el seno de sociedades y democracias occidentales, más que en otras de otro origen cultural, aunque sin perjuicio de ello, plantea no pocos problemas para compatibilizar los derechos de las mayorías con los de las minorías.

En suma, ¿cómo se puede compatibilizar la universalidad del derecho de los derechos humanos que parece imponerse en todo el mundo con la diversidad cultural, que responde a distintas identidades, tradiciones y raíces? ¿Cómo se puede compatibilizar el Estado de Derecho propio de los distintos Estados nacionales con un Estado de Derecho supranacional, que a su vez se internaliza en cada uno de los Estados? ¿Cómo se puede compatibilizar ese Estado de Derecho, a su vez, nacional e internacional internalizado con los derechos de las minorías culturales diversas (por etnias, religiones, migraciones, etc.), respetando su identidad cultural, sin que afecte al bien común de cada nación con su propia identidad política y cultural? En definitiva, ¿cómo compatibilizar el Estado de Derecho Constitucional, con su núcleo duro compuesto por el derecho internacional de los derechos humanos como expresión jurídica de la globalización o mundialización con el multiculturalismo, el pluralismo cultural o la diversidad de las culturas?

SEGUNDA PARTE

4. *Distintas teorías en la búsqueda de una justificación del sistema*

A continuación señalaré algunas de las principales teorías y autores que intentaron algún tipo de justificación filosófica al sistema jurídico actual. Sin perjuicio de marcar las diferencias y, a mi entender, deficiencias del planteo de cada uno de ellos, es importante señalar el interés común por rescatar un contenido de justicia en el orden jurídico-político (más allá de las problemáticas concreciones históricas no exentas de injusticias y arbitrariedades), frente a una concepción formalista y positivista que deja la cuestión del contenido del derecho a la arbitrariedad del legislador y del que detenta el poder. Esta intencionalidad (aunque no siempre concretada, ni debidamente justificada) requiere tanto la posibilidad como la necesidad de un diálogo intercultural que permita poner el acento en las coincidencias más que en las diferencias.

4.1. *La distinción entre normas y principios en Dworkin y Alexy*

Como dijimos, este derecho internacional de los derechos humanos constituye hoy el núcleo duro del *nuevo paradigma del Estado Constitucional de Derecho*, al ser incorporados como parte medular en las constituciones, por ser considerados esencias constitucionales. Este nuevo paradigma no funciona como un sistema de normas puramente formal, en el cual el legislador de turno podría incorporar cualquier contenido, sino que constituye en sí mismo un sistema de *normas y principios* con contenido sustancial o material que el ordenamiento jurídico tiene que incluir. Justamente, son los derechos fundamentales o los derechos humanos los que surgen de esos principios u operan a modo de principios.

Esta distinción entre normas o reglas y principios la encontramos tanto en *Dworkin* como en *Alexy*. A los dos se los suele presentar como representantes de un neoconstitucionalismo moderado, aunque a decir verdad, hay que distinguir que *Dworkin* se maneja dentro del modelo americano, fiel a una tradición jurídica y constituciona-

lista anterior a la aparición del neoconstitucionalismo; mientras que *Alexy*, desde una posición neokantiana, puede considerarse como un referente en la filosofía del derecho del neoconstitucionalismo, especialmente centrado en la interpretación de las sentencias del tribunal constitucional alemán.

Dworkin, fundándose en la distinción entre normas y principios, elaboró su crítica al positivismo que consideraba al derecho como un sistema exclusivo de normas dictadas por los órganos competentes y de acuerdo a un determinado procedimiento formal (tomando especialmente la versión de Hart). A diferencia de las normas que se identifican por su origen o *pedigree*, los principios valdrían para Dworkin por el peso de su contenido que debe ponderarse para su adecuada interpretación y aplicación¹⁶. Por su parte, *Alexy* distingue entre principios como *mandatos de optimización* que deben ponderarse de acuerdo a las posibilidades jurídicas (en relación con otros principios y con las normas) y fácticas (en relación con los hechos), y normas como *mandatos definitivos*, que deben ser realizados, que se aplican *in totum* o no se aplican porque son desplazados por otras normas, en caso de conflicto normativo, o por principios, en el caso de conflicto entre normas y principios. Consistiendo ambos (principios y normas) tanto en permisiones como en prohibiciones. Para el iusfilósofo alemán, los derechos individuales pueden tener tanto la forma o el carácter de mandato de optimización (*principio*), como de mandato definitivo (*norma*). Esto se da así porque el derecho lleva necesariamente una pretensión de corrección que complementa su coerción, implicando una conexión necesaria entre el derecho y la moral, como se ve en su aspecto más radical, con su reformulación de la fórmula de Radbruch: *La injusticia extrema no es derecho*¹⁷.

Sin perjuicio de la similitud de lenguaje, hay notables diferencias entre ambos, especialmente entre el *consecuencialismo* de Dworkin, cuando aplica (a mi juicio equivocadamente) los principios (que no ex-

16. Cf. DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ed. Ariel, 1999.

17. Cf. ALEXY, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, Gedisa, 2008, pág. 185 y *El concepto y la naturaleza del derecho*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2008, págs. 62 y 69.

plica de dónde los saca, quedando más bien como una práctica social, consuetudinaria, interpretada y aplicada autoritativamente por los jueces) a casos difíciles como el aborto o la eutanasia¹⁸, y el *principialismo* de Alexy, que si bien reconoce la necesidad de una metafísica para fundar los derechos, lo hace desde una perspectiva neokantiana. En lo personal, si bien me encuentro más cerca de Alexy que de Dworkin, tampoco considero totalmente adecuada la justificación del iusfilósofo alemán debido a su matriz kantiana, fundada en la autonomía de la voluntad más que en la esencia o naturaleza humana.

4.2. El neoconstitucionalismo italiano de Ferrajoli y Zagrebelsky

Una distinción semejante la encontramos en el *neoconstitucionalismo italiano*, tanto de Ferrajoli como de Zagrebelsky (aunque el primero no se reconoce como neoconstitucionalista, prefiriendo el título de garantista). Para Ferrajoli, *todos los derechos fundamentales equivalen a vínculos de sustancia, que existen además de los de forma* y condicionan la validez sustancial de las normas infraconstitucionales producidas, expresando como manifestación máxima del derecho positivo los fines a que está orientado ese moderno artificio, que es el Estado Constitucional de Derecho. Invirtiendo según él la relación entre derecho y política, pues ya no es el derecho un instrumento de la política como en el Estado legal de Derecho, sino que es la política un instrumento para la realización del derecho y especialmente de los derechos fundamentales. Este planteo no trasciende el ámbito del derecho positivo, e incluso del propio positivismo jurídico¹⁹, concordando en esto con Bobbio, que manifiesta que a esta altura de los acontecimientos, no es necesario buscar un fundamento más allá de las declaraciones de derechos humanos existentes en la actualidad, ni buscar la razón

18. Cf. DWORKIN, Ronald, *El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, Barcelona, Ariel, 1998.

19. Cf. FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías, la ley del más débil*, Madrid, Ed. Trotta, 1999, pág. 19. Cf. *Principia Iuris, II, Teoría de la democracia*, Madrid, Ed. Trotta, 2011, pág. 44.

de las razones como pretenden muchos iusnaturalistas²⁰. Ahora bien, de esta manera no supera los problemas de justificación de lo que él llama el paleopositivismo, dado que esos derechos existen en tanto y en cuanto son positivizados por las declaraciones de derechos, siendo un límite para las demás normas infraconstitucionales, pero que en sí mismos no están fundados más allá del acuerdo de voluntades que le dio origen, lo que constituye un fundamento débil e insuficiente. En cambio, para Zagrebelsky, los principios constitucionales con su apertura a los derechos del hombre y a los grandes principios de justicia limitan a la ley. Ahora bien, aunque para el jurista italiano los principios constitucionales no son de derecho natural, sino más bien la instancia suprema del derecho positivo, que justamente positiviza lo que hasta entonces era una prerrogativa exclusiva del derecho natural, sin embargo, en cuanto a la determinación de la justicia y de los derechos humanos, se asemejan en su formulación universalista y abstracta a los principios de derecho natural²¹. Esta dicotomía constituye una seria dificultad para su justificación, que adolecería de los mismos problemas de la justificación positivista en caso de no superar el nivel del derecho positivo, o caería en una justificación iusnaturalista y ya no solo neoconstitucionalista, en caso de apelar a derechos preexistentes a su positivización e indisponibles para el legislador de turno. Ambos distinguen entre principios sustanciales o de contenido material (los derechos humanos individuales y colectivos) y los principios procedimentales o puramente formales (la democracia y los demás procedimientos establecidos para la toma de decisiones en un Estado democrático), por medio de los cuales también se proclaman o establecen los propios principios sustanciales o materiales (a través del consenso democrático). Como decía Nino, ante la imposibilidad de alcanzar un consenso absoluto el procedimiento democrático se transforma en su sucedáneo²².

20. Cf. BOBBIO, Norberto, "Sui fondamnto dei diritto dell' uomo", *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, abril-junio de 1965.

21. Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, Madrid, Ed. Trotta, 1995, pág. 115.

22. Cf. NINO, Carlos S., *Ética y derechos humanos*, Buenos Aires, Paidós, 1984, págs. 26 y 239.

4.3. *El Estado Constitucional de Derecho y la teoría de la acción comunicativa de Habermas*

También desde una perspectiva pospositivista, pero idénticamente posmetafísica, Jürgen Habermas, basado en su *teoría de la acción comunicativa* a través del lenguaje, manifiesta que se puede reconstruir un consenso perturbado por medio del procedimiento democrático, en el que los participantes lo hagan desde sus distintas tradiciones culturales y religiosas, con la sola condición de que las convicciones desde las que participan puedan ser *traducidas* al lenguaje posmetafísico común a todos, a fin de poder alcanzar un consenso al menos mínimo de valores y derechos que un Estado de Derecho Constitucional democrático tiene que reconocer²³. El carácter especialmente procedimental y posmetafísico del lenguaje de la razón comunicativa hace que la traducción propuesta vacíe de contenido sustancial a los principios con que los participantes confluyen desde sus tradiciones y culturas, lo que lleva a una dicotomía en la propia persona, considerado como ciudadano, por un lado, y como creyente o no creyente, por el otro. En otras palabras, se divide lo que en realidad es en sí mismo indivisible, pues es el mismo hombre el que es portador de tradiciones o creencias y el que participa desde ellas en el proceso democrático deliberativo. Asimismo, como señala Kaufmann, Habermas caería en una falacia procedimentalista al pretender establecer conclusiones materiales (los derechos humanos) a partir de premisas puramente procedimentales (procedimiento democrático)²⁴.

4.4. *El Estado Constitucional de Derecho y la teoría de la justicia de Rawls*

De la misma manera, el último Rawls elabora su teoría de la justicia como una concepción política mediante un consenso entrecruza-

23. Cf. HABERMAS, Jürgens, "Las bases premorales del Estado Liberal", diálogo con el filósofo Jürgens Habermas en la Academia de Baviera, enero 2004, *La Nación*, 28 de junio de 2005.

24. Cf. KAUFMANN, Arthur, *La filosofía del derecho en la posmodernidad*, Bogotá, Editorial Temis S.A., 1998, pág. 49.

do de doctrinas razonables en un contexto fáctico de pluralismo, por el cual las partes acuerdan mediante un contrato social unos principios de justicia para la estructura básica de la sociedad, que proclaman una igualdad de libertades fundamentales, de derechos y deberes (*primer principio*) y una igualdad de oportunidades y un principio de diferencia que justifique las desigualdades sociales en tanto y en cuanto beneficien también a los más desventajados (*segundo principio*). Ahora bien, las doctrinas comprensivas (religiosas, filosóficas, etc.) que las nutren quedan relegadas al ámbito de la *razón privada*, poniendo el acento en aquellas cuestiones (especialmente procedimentales) que permiten un mínimo de acuerdo factible en el campo de la *razón pública*²⁵.

Esto se ve más claramente en la conformación del consenso entrecruzado entre los distintos pueblos (no Estados), por el que se constituye para él un nuevo *derecho de gentes* (*the law of peoples*), en el que se repiten las condiciones existentes en las distintas sociedades para arribar a un acuerdo político. Así propone clasificar a los pueblos en cinco tipos de sociedades domésticas de acuerdo al régimen político que tengan: 1) *Los pueblos liberales razonables* (las democracias constitucionales liberales); 2) *Los pueblos decentes* (regímenes no democráticos pero bien ordenados dirigidos por una jerarquía consultiva decente y que respetan los derechos humanos); 3) *Los absolutismos benignos* (al igual que el anterior respetan los derechos humanos, pero su régimen político no está bien ordenado porque niegan a sus miembros un papel significativo en la adopción de decisiones políticas); 4) *Los Estados criminales o proscriptos* (regímenes no democráticos que violan los derechos humanos); 5) *Los pueblos afectados por condiciones desfavorables o sociedades menos favorecidas* (serían los pueblos subdesarrollados que no son agresivos ni expansivos, pero carecen de las tradiciones políticas y culturales, el capital humano, la tecnología y los recursos necesarios para ser bien ordenados)²⁶. En la construcción de esta extensión de

25. RAWLS, John, *La justicia como equidad, una reformulación*, Barcelona, Paidós, 2002, pág. 50 y sigs. Título original: *Justice as fairness*, Harvard University Press, 2001.

26. Cf. RAWLS, John, *El derecho de gentes y una revisión de la idea de razón pública*, Barcelona, Paidós, 2001, pág. 14. Título original: *The law of peoples*, Harvard University Press, 1999.

la teoría de la justicia a la sociedad internacional como nuevo *derecho de gentes* (*the law of peoples*), ocupan un lugar central y tienen una función especial los *derechos humanos*. El respeto o la violación de estos es lo que en última instancia constituye uno de los criterios fundamentales para calificar a una sociedad como liberal o decente y también para justificar las intervenciones externas.

Al respecto puede hacerse extensiva la crítica realizada a Habermas, pues también la teoría de Rawls requiere la dicotomía entre el hombre como ciudadano y como portador de una doctrina comprehensiva (religiosa, filosófica, etc.), entre razón pública y razón privada, lo que lleva a un dualismo que no responde a la unidad del hombre. De la misma manera, como señalan Kaufmann y Massini, puede imputársele de cometer la misma falacia procedimentalista pues mediante el procedimiento de construcción puramente formal llega a principios con un contenido material que responde a un modelo ideológico que él propone como mejor (la concepción liberal socialdemócrata)²⁷.

5. Algunas reflexiones finales

5.1. Como dice Innerarity: “La ruptura moderna entre razón y naturaleza se hace también visible en el nuevo orden político, cuyo principio constitutivo continúa siendo el *primado de la subjetividad* que discurre en paralelo con una concepción mecanicista de la naturaleza. Este antagonismo queda planteado en el esquema típico para la justificación del poder: *el binomio estado de naturaleza-estado de sociedad*. Para los modernos, la historia humana puede entenderse como el tránsito de la naturaleza a la cultura, del instinto a la razón, del individuo a la sociedad. En virtud de tal explicación, los pares mencionados son entendidos en radical oposición: el caos de la naturaleza frente al orden cultural, la particularidad sensible frente al universalismo abstracto

27. Cf. KAUFMANN, Arthur, *La filosofía del derecho en la posmodernidad*, ob. cit., pág. 48. Cf. MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio, *Constructivismo ético y justicia procedimental en John Rawls*, México DF, Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, pág. 120.

de la razón, el egoísmo individual frente a la solidaridad política. En el plano concreto de la teoría política, ello supone el abandono del viejo principio de la sociabilidad natural. El hombre no debe ser entendido en adelante como 'animal político', sino como individuo soberano. La situación y condición humanas (lo que aquí hemos llamado su contexto social) no entran ya en la definición del hombre, sino a la manera de un añadido externo y circunstancial. El individuo es indiferente al lugar social. No es extraño que la moderna filosofía política haga del conflicto (natural) y no de la armonía social su punto de partida. Este planteamiento concuerda con la visión mecanicista de la naturaleza. La política es huida de la condición natural"²⁸.

Es aquí justamente donde encontramos la clave de la cuestión, en un viraje del objetivismo ético-político-jurídico a un subjetivismo. En este plano se produce la sustitución del concepto de ley natural (*lex naturae*), entendida como dictamen de la recta razón fundado en la esencia o naturaleza humana (*natura hominis*), por la moderna noción de hombre en estado de naturaleza (*homo in natura*), que gira sobre la lucha por la autoconservación y el poder, como sucede en Hobbes o en Rousseau. Cabe aclarar que en el caso de Locke, más moderado, pretende armonizar ambas²⁹. Así, conjuntamente, se da un desplazamiento en la noción de derecho desde lo justo objetivo hacia un poder de la voluntad, ya sea del legislador que sustituye la noción clásica de ley como ordenación de la razón al bien común (*noción moderna de ley*), ya sea del individuo como límite del poder estatal (*noción moderna de derecho subjetivo*), junto con un corrimiento en lo político desde la autoridad (*autoritas*) que dirige a la comunidad al bien común hacia el poder (*potestas*) que impone su voluntad a los que están sometidos a él.

Es la cuna del individualismo ético, político, jurídico y económico que es coronado en el origen del Estado social como fruto del contrato o pacto social resultante del principio de la autonomía de la voluntad

28. INNERARITY, Daniel, *Dialéctica de la modernidad*, Madrid, Ed. Rialp, 1989, pág. 30.

29. Cf. LEOCATA, Francisco, "Las ideas iusfilosóficas de la ilustración", publicado en *La codificación: raíces y prospectiva. El Código Napoleón*, Buenos Aires, Educa, 2003, pág. 63.

de los individuos y no en la sociabilidad y politicidad natural del hombre. Justamente en este punto es marcada la influencia de Rousseau sobre Kant y cómo a través de este último el principio de la autonomía de la voluntad se convierte en liminar de toda la praxis moderna, tanto individual como social o política, tal como lo plantea en su proyecto cosmopolita de *Paz perpetua*³⁰. De esta manera se pretende compatibilizar la distinción que como oposición planteara Benjamin Constant, en el célebre discurso pronunciado en el Ateneo Real de París en 1818, entre la libertad de los antiguos y la libertad de los modernos: “El fin de los antiguos era la distribución del poder político entre todos los ciudadanos de una misma patria: ellos llamaban a esto libertad. El fin de los modernos es la seguridad en los goces privados: ellos llaman libertad a las garantías acordadas por las instituciones para estos goces [...] Nosotros ya no podemos gozar de la libertad de los antiguos, que estaba constituida por la participación activa y constante en el poder colectivo. Nuestra libertad, en cambio, debe estar constituida por el gozo pacífico de la independencia privada”³¹. A modo de ejemplo, este justamente es uno de los puntos de la crítica de Habermas a Rawls, en cuanto sostiene que en su construcción del Estado de Derecho coloca los derechos básicos liberales (libertad de los modernos) por encima del principio democrático de legitimación (libertad de los antiguos). Por su parte, Rawls lo niega (siguiendo a Kant y Rousseau) sosteniendo que en virtud de la conexión interna entre autonomía pública (libertad de los antiguos) y autonomía privada (libertad de los modernos), hay armonía, sin que ninguna se imponga sobre la otra³².

Lo mismo que Innerarity, desde otra perspectiva, va a decir Ferrajoli: “Esta naturaleza *pacticia* es, por otro lado, intrínseca a la noción

30. Cf. KANT, Immanuel, *Hacia la paz perpetua. Un proyecto filosófico*, Buenos Aires, Prometeo, 2007.

31. CONSTANT, Benjamin, “De la liberté des anciens à celle des modernes” (1818), en *Collection complete des ouvrages*, vol. IV, parte 7, París, Bécher Libraire, 1820, pág. 253, citado por BOBBIO, Norberto, *Liberalismo y democracia*, México DF, Fondo de Cultura Económica, 2005, pág. 8.

32. Cf. HABERMAS, Jürgen y RAWLS, John, *Debate sobre el liberalismo político*, traducción de Gerard Vilar Roca, introducción a cargo de Fernando Vallespín, Barcelona, Paidós, 2000, págs. 66 y 116, 117.

política de ‘constitución democrática’. Lo es en el plano filosófico y lo es en el plano histórico. En el plano filosófico, es fruto de la idea contractualista, formulada por Hobbes y desarrollada después por el pensamiento ilustrado, de que el Estado no es, como en la concepción clásica y premoderna, un hecho natural sino un fenómeno artificial y convencional, construido por los hombres para la tutela de sus necesidades o derechos naturales: el derecho a la vida según Hobbes, los derechos a la libertad y propiedad según Locke, los derechos políticos y sociales tal y como se han añadido en las constituciones del siglo XX. Esta idea moderna invierte la concepción aristotélica del derecho y de la comunidad política como entidades necesarias y naturales, lo que es natural no es el derecho y el Estado sino el no derecho y el estado de naturaleza; esto es, los seres de carne y hueso con sus necesidades naturales, mientras que el Estado es un artificio que se justifica solo en cuanto instrumento de tutela de las personas naturales. Es en este sentido en el que las cartas constitucionales y las declaraciones de derechos se configuran como pactos o convenciones democráticas, cuyas cláusulas son los principios y derechos fundamentales que de ‘naturales’ se convierten, gracias a su estipulación, en ‘positivos’ y ‘constitucionales’ [...] Pero es también la génesis histórica de las constituciones lo que confirma su naturaleza pacticia, de contratos sociales impuestos a los soberanos para limitar y vincular sus poderes en otro caso absolutos. Todas las constituciones dignas de este nombre han nacido como rupturas con el pasado y, a la vez, como proyectos de futuro. La idea del contrato social no es solo una categoría filosófica”³³. Esta idea del contrato social y del estado de naturaleza como estado hipotético la encontramos también en Rawls, en su posición original (más inspirado en Locke y en Kant que en Hobbes) y en los autores neokantianos como Habermas o Alexy, donde como dice Bobbio, en el contractualismo se transpola un instituto jurídico privado, como es el contrato, al ámbito público³⁴.

33. FERRAJOLI, Luigi, *Principia Iuris, II, Teoría de la democracia*, ob. cit., pág. 48.

34. Cf. BOBBIO, Norberto, *Liberalismo y democracia*, ob. cit., pág. 53.

5.2. Justamente estos derechos que surgen de los pactos constituyen los principios y el eje del nuevo paradigma del Estado de Derecho Constitucional como sistema de principios y normas que viene a reemplazar al llamado Estado de Derecho legal positivista y formalista. Aquí reside la principal diferencia entre ambos modelos o paradigmas. En este *modelo constitucionalista o principialista*, los que operan a modo de principios o son derivados de los principios son justamente los derechos humanos o derechos fundamentales. Por lo tanto, el núcleo del nuevo paradigma lo constituye el derecho de los derechos humanos incorporado a las constituciones a través del reconocimiento de las declaraciones y tratados internacionales, como también de los sistemas de protección que han sido creados al respecto, como el europeo o el interamericano. Al respecto, la necesaria adecuación del ordenamiento jurídico interno al internacional o regional (Art. 2º de la Convención Americana) podría llegar a incluir la discutible y discutida adecuación de la propia Constitución Nacional. Como ha sucedido con la Constitución de Chile como consecuencia del fallo de la Corte Interamericana en el caso de “La última tentación de Cristo”, que más allá de entrar a considerar si realmente dicha Constitución violaba la libertad de expresión consagrada en la Convención Americana, llevaría a plantearnos si a esta altura estamos ante un *Estado Constitucional de Derecho* o un *Estado Convencional de Derecho* y preguntarnos si las normas convencionales tienen jerarquía constitucional o supraconstitucional³⁵. Mucho más si tenemos en cuenta que según la Corte Interamericana el *corpus iuris* básico de convencionalidad al que hay que adecuarse lo integran, además de la propia Convención Americana, los otros tratados de derechos humanos y la interpretación jurisprudencial de la propia Corte³⁶. Tópico que tendría que ser objeto de otra investigación y que por tanto no abordaré, dejándolo solamente planteado.

35. CIDH, Caso “La última tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) c/ Chile”, Serie C, N° 73.

36. CIDH, Opinión consultiva OC, 16/99, “El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso penal”, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, 1º de octubre de 1999, Serie A, N° 16.

5.3. Al centrarse el sistema jurídico en la inclusión de principios que se encuentran receptados en textos constitucionales de textura abierta, requieren un adecuado proceso de interpretación. Por eso el momento culminante en el nuevo esquema es justamente el de *la interpretación* que fundamentalmente realiza el juez, y especialmente el juez constitucional en el caso de los tribunales constitucionales en aquellos países donde existen. Efectivamente, ya no es posible recurrir a la aplicación mecánica de la ley al caso concreto, como era en el modelo decimonónico, donde el juez era simplemente su voz, sin poder añadir absolutamente nada a su función de repetidor de las palabras de la ley.

Hoy sin duda, el peligro mayor es pasar de un *positivismo legalista* a un *positivismo judicial* (activismo judicial). Esto se logra a través de una interpretación "libre" (muchas veces ideológica) de los derechos o principios contenidos en la Constitución, directamente operativos por encima de las leyes (el problema no está en la operatividad de los derechos sino en una interpretación extralimitada). Hay que recordar que el positivismo legalista dio lugar muchas veces a la *arbitrariedad legal* al quedar reducidos los contenidos de las normas jurídicas a la voluntad ilimitada del legislador de turno, que tuvo su versión más arbitraria en los regímenes totalitarios del siglo XX. De la misma manera, un positivismo judicial puede llevar a la *arbitrariedad judicial* si la función interpretativa de los jueces no se encuentra limitada por principios y reglas que no son disponibles a su exclusiva voluntad.

Ahora bien, la forma de evitar este riesgo no es volver al positivismo legalista anterior sino reconocer la intrínseca relación del derecho con la justicia con fundamento en el derecho natural que surge del propio ser del hombre y de su dignidad, en el que podemos encontrar estos auténticos principios ético-jurídicos orientadores del obrar humano, que constituyen un núcleo indisponible que configura un límite tanto para el legislador, como para el intérprete, ya sea en el contenido de las normas como en su interpretación y aplicación. Esta adecuada fundamentación evitaría que los jueces al interpretar crearan o inventaran derechos, sino que, más bien reconocerían y garantizarían los derechos existentes en la realidad humana conforme a su naturaleza y que son previamente reconocidos, positivizados y garantizados por los tratados internacionales de derechos humanos y las constituciones.

5.4. Podemos decir que nos puede gustar o no el sistema de derecho que rige en la actualidad, pero es el que hoy está en vigencia, el que se aplica. De la misma manera que nos podía gustar o no el modelo positivista formalista moderno, pero era el que se impuso en una época determinada. Ahora bien, hay que hacer una distinción fundamental: una cosa es el sistema que funciona en la realidad y otra las teorías construidas para explicarlo o justificarlo. Se puede aceptar la realidad de la vigencia de este sistema de derecho sin que sea necesario suscribir alguna de las teorías que se han construido al respecto.

5.5. El problema de las distintas corrientes que se han construido para explicar este nuevo paradigma, ya sea de raíz empirista y hermenéutica (Dworkin), neokantianas (Alexy, Habermas, Rawls, etc.) o neoconstitucionalistas (Ferrajoli, Zagrebelsky, etc.), es la justificación o fundamentación de los principios (en el punto anterior vimos las falencias de cada uno en este asunto). No vamos a discutir la importancia que tienen los derechos humanos y los procedimientos democráticos en el mundo actual y que puede considerarse un avance o progreso frente a modelos positivistas y formalistas, pero cuando estos autores hablan de principios, ¿se refieren a los mismos principios ontológicos (en el orden del ser) y gnoseológicos (en el orden del conocer) del derecho natural clásico? Creo que no.

Los principios del derecho natural clásico se fundan en la estructura misma de la realidad o naturaleza de las cosas humanas en el orden del ser y en la evidencia de su conocimiento en el plano principal de la razón práctica en el orden del conocer, que partiendo de la noción de bien que tiene razón de fin a su vez dirige el obrar posterior. Este conocimiento evidente de los primeros principios prácticos (ley natural) es paralelo o correlativo (no deducido) al conocimiento de las inclinaciones naturales (Tomás de Aquino)³⁷, o de los bienes humanos básicos (Finnis)³⁸, en virtud de la convertibilidad entre ser y bien (*ens et bonum conventutur*) y funda a su vez la estructura noética de todo

37. Cf. TOMÁS DE AQUINO, *S. Th.*, 1^a, 2^a, Q. 94, 2.

38. Cf. FINNIS, John, *Ley natural y derechos naturales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000 cap. III y IV.

conocimiento práctico posterior. A partir de allí, a medida que nos alejamos de los principios y nos acercamos al obrar circunstancial y concreto, es necesario complementar el juicio evidente de los principios universales que en el orden práctico operan como fines, con el juicio prudencial que, además de estos, debe tener en cuenta las circunstancias particulares, a fin de poder elegir los medios adecuados en orden al obrar concreto. En este sentido, el verdadero juicio o mandato de optimización, usando el lenguaje de Alexy, no se da en el plano del juicio sobre los principios (fines), sino más bien en el plano del juicio prudencial circunstanciado (medios), que no invalida el principio como se ve en el conocido ejemplo del depósito del arma³⁹.

En cambio, en las teorías anteriormente señaladas, en lugar de principios (evidentes o derivados inmediatamente de principios evidentes) se trataría más bien de *postulados* proclamados como tales por razones ideológicas, políticas o de estructura gnoseológica, como sucede con el apriorismo de raíz kantiana, a partir del acuerdo de voluntades fruto del principio de autonomía de la voluntad. A diferencia de los principios, los postulados no se justifican ni se fundamentan sino que justamente se postulan o proclaman, o en el mejor de los casos, su fundamento es débil por remontarse a la mera autonomía de la voluntad. Y es a partir de ellos que se pretende fundar toda la estructura posterior. Todo esto tiene una consecuencia sumamente trascendente pues al no tener que justificarse, pueden postularse nuevos derechos sin límite, como sucede con algunos “derechos humanos” creados o inventados sin que respondan a la intrínseca estructura y dinámica del ser humano.

Esto no significa que no pueda haber *diálogo* entre las distintas posturas. Puede haberlo y tiene que haberlo, buscando las diagonales y tendiendo los puentes que permitan acercar las distintas alternativas. Que ponga más el acento en las coincidencias que en las divergencias, teniendo como norte la búsqueda sincera de la verdad. Así podremos dialogar consintiendo algunas cosas y disintiendo de otras con autores como Alexy, Zagrebelsky o Habermas (como lo ha muestra-

39. Cf. TOMÁS DE AQUINO, *S. Th.*, 1^a, 2^a, Q. 94, 4.

do Ratzinger), sin que esto signifique claudicar de las propias convicciones o negar la matriz de cada doctrina.

5.6. Para que no quede lugar a equívocos hay que decir, en primer lugar, que los *derechos humanos* existen. En segundo lugar, que existen, no con una mera existencia contingente (como sería para quienes los consideran como un mero producto histórico en una época determinada), sino como una dimensión esencial del ser humano. Y en tercer lugar, que como tales deben ser reconocidos y protegidos. Ahora bien, luego de señalar con firmeza esto, hay que señalar también que no son en sí mismos principios fundantes, sino más bien fundados. O en todo caso solo pueden ser fundantes y por tanto considerarse principios del obrar humano posterior, en la medida que son fundados en la naturaleza o esencia del ser humano anterior que subyace, en virtud del principio que dice que el obrar sigue al ser (*operari sequitur esse*).

En cambio, si fueran fundantes en sí mismos, y no fundados, no tendría sentido plantearse la cuestión central del fundamento de los derechos humanos. Por otra parte, este fundamento no puede ser el mero consenso al que remiten la mayoría de las teorías, que a lo sumo puede considerarse un punto de referencia intersubjetivo, contingente y variable que no reúne las condiciones para ser considerado un fundamento objetivo. Por las mismas razones, tampoco puede ser fundamento una noción de dignidad humana identificada con la autonomía de la voluntad según el modelo kantiano, al que apelan otras. La dignidad humana y los derechos que se siguen de ella solo pueden fundarse en la esencia humana, en la naturaleza racional (que supone lo biológico) y política del hombre, pues no existen en el hombre aislado, sino inmerso en la comunidad; por eso una de las notas esenciales del derecho y de los derechos es su referencia a otro (alteridad).

5.7. Lo mismo sucede con los llamados *principios procedimentales* que tampoco son en sí mismos fundantes, dado que el solo y mero procedimiento o método no puede ser fundamento de realidades sustanciales o de contenido material, lo que constituiría un típico caso de falacia procedimentalista, como sostienen los ya citados Kaufmann y Massini. Sino que más bien son válidos en tanto y en cuanto estos procedimientos (que también tienen su importancia y no hay que me-

nospreciar) se fundan en los principios de justicia (formal y material), a los que tienen que respetar en sus distintas manifestaciones (general y particular) y en su diferente origen (natural y convencional). Principios de justicia que también se apoyan en la misma naturaleza racional y política del hombre.

5.8. De allí que si el derecho pretende dar una respuesta a la problemática actual debe hacerlo desde la racionalidad y razonabilidad que le son intrínsecas (*naturalmente*) y por tanto común a todas las culturas, completando y complementando desde el derecho positivo (*culturalmente*), a través de las distintas fuentes (tradiciones, costumbres, convenciones), en todas sus instancias (tanto nacionales como internacionales, tanto constitucionales como constituidas), los principios del derecho natural que descubrimos en la propia naturaleza racional y política del hombre. Por eso, en este punto es importante rescatar la idea clásica del derecho natural para aplicarla al derecho internacional o *derecho de gentes* común a todos los hombres (*derecho de gentes natural*), que como todo derecho natural necesita ser positivizado (*derecho de gentes positivo*). Esto no significa volver a recrear el *ius gentium* romano o el *ius inter gentes* que los teólogos españoles del siglo XVI aplicaron para explicar la realidad del nuevo mundo, porque el tiempo no vuelve atrás y estas realidades responden a circunstancias históricas propias de su época, que son distintas a las actuales. Sin embargo, sin perjuicio de las circunstancias cambiantes y de las distintas concreciones, sí podemos beber en las fuentes de los principios universales que las animaron y que mantienen su validez y vigencia por fundarse en la misma naturaleza humana y de las cosas (humanas) que se siguen de ella.

5.9. Ahora bien, sin perjuicio de las distintas formas políticas y jurídicas que históricamente se puedan dar en la actualidad y en el futuro, podemos señalar como núcleo del nuevo *ius gentium* a la *dignidad intrínseca de la persona humana*, tanto en su dimensión individual como social, en su sustancialidad y en su relacionalidad, fundada en su naturaleza racional y política, con su ordenación al *bien común* (segundo elemento esencial de este núcleo) en sus distintos niveles de asociación, hasta llegar a la comunidad política y a la comunidad in-

ternacional (organizadas subsidiaria y solidariamente), en tanto que al constituir el conjunto de condiciones que permiten el desarrollo de las personas, de las asociaciones menores y de la comunidad en su conjunto, es el mejor bien de la propia persona humana, al ser lo que le permite desarrollarse plenamente como tal, sin perjuicio del destino trascendente (y también comunitario) al que está llamado⁴⁰.

40. Cf. Concilio Vaticano II, *Gaudium et Spes*, 26.

