

Herrera, Daniel A.

*El derecho natural y el nuevo paradigma del
derecho*

Prudentia Iuris N° 68/69, 2010

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. (2010). El derecho natural y el nuevo paradigma del derecho [en línea], *Prudentia Iuris*, 68-69, 73-95. Recuperado de <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/derecho-natural-nuevo-paradigma-herrera.pdf> [Fecha de consulta:.....]

(Se recomienda indicar fecha de consulta al final de la cita. Ej: [Fecha de consulta: 19 de agosto de 2010]).

EL DERECHO NATURAL Y EL NUEVO PARADIGMA DEL DERECHO

DANIEL A. HERRERA¹

Resumen: En las últimas décadas, mientras en el pensamiento moral asistimos al panorama sobre las últimas consecuencias del relativismo, en el derecho se ha ido conformando un nuevo paradigma: el “Estado de derecho constitucional” cuyo fundamento se halla en la defensa de los derechos humanos y en el principio democrático en la organización social. Para poder comprender tal nuevo modelo sobre el derecho se hace necesario analizar previamente los fundamentos filosóficos en que se sustenta, caracterizados por la dialéctica modernidad-posmodernidad. La modernidad asentada en el desencantamiento del mundo, la descontextualización del saber y el subjetivismo; y la posmodernidad que le ha agregado la instrumentalización de la razón, el aumento del nominalismo lingüístico y un mero pragmatismo han generado el nacimiento de una “nueva ética” totalmente individualista y un neo-constitucionalismo que ha colocado a la Constitución, fundada en los derechos individuales y en la democratización de la vida pública, en el núcleo del pensamiento jurídico actual. Frente a tal panorama, se indican a modo de contribución académica, las ventajas y desventajas o peligros que tal modelo jurídico-político lleva implícito.

¹ Doctor en Ciencias Jurídicas (UCA), Profesor Titular de Filosofía del Derecho y Derecho Civil (UCA), Vicedecano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina.

Abstract: In the last decades, while in the moral thinking we attend the panorama on the last effects of the relativism, in law it has been conceived a new model: the “The State of Constitutional Law” whose foundation is the defense of the human rights and the democratic principle in the social organization. To be able to understand such a new model in law it is necessary to analyze the philosophical foundations in which is sustained, characterized by the dialectical modernity and post modernity. The modernity stated in the disillusionment of the world, the out- of-context of knowledge and the subjectivism; and the post modernity that has added the implementation of the reason, the increase of the linguistic nominalism and a mere pragmatism has produced the birth of a “new ethics” completely individualistic and a new -constitutionalism that has placed the Constitution founded in individual rights and in the democratization of the public life, in the nucleus of the current juridical thinking. In face of such panorama, it is indicated as ways of academic contribution, the advantages and disadvantages or dangers that such a pattern implies.

Palabras clave: Estado de derecho constitucional – derechos humanos – principio democrático – modernidad-posmodernidad – subjetivismo – relativismo moral - neoconstitucionalismo.

Keywords: State of Constitutional Law – Human Rights – Democratic principles – Modernity – Post-modernity- Subjectivism – Moral relativism – new-constitutionalism.

1. Planteo de la cuestión: Lo nuevo, lo viejo y lo permanente

Estamos viviendo el comienzo de un nuevo milenio, que en muchos aspectos se lo presenta como un cambio de época. ¿Estamos por tanto asistiendo al fin de la modernidad tal como la conocimos hasta el momento? ¿Es el comienzo de algo nuevo, que a falta de otra denominación mejor, llamamos posmodernidad? Esto nos lleva a replantear muchas cosas, especialmente en el campo moral y jurídico. También aquí podemos preguntarnos ¿hay una nueva ética? ¿hay un

nuevo derecho? Parecería que sí. En moral asistimos a la coronación del relativismo, mientras que en derecho nos enfrentamos a un nuevo paradigma: *El Estado de derecho constitucional* que viene a reemplazar al Estado de derecho legal moderno, positivista y formalista. Nuevo paradigma con su núcleo duro constituido por el derecho de los derechos humanos y el principio democrático. En todas las épocas siempre lo nuevo produce fascinación, mientras que lo viejo es dejado de lado. Sin embargo, hay cuestiones e interrogantes permanentes porque se refieren a la esencia de lo humano. Se trata de la distinción entre lo nuevo, lo viejo y lo permanente.

Dividiré la exposición en dos partes: 1) la primera referida a los fundamentos filosóficos de la nueva realidad. La dialéctica modernidad-posmodernidad; 2) la segunda, a los nuevos paradigmas éticos (el relativismo) y jurídicos (el Estado de derecho constitucional).

PRIMERA PARTE

2. La dialéctica modernidad-posmodernidad

2.1. La modernidad

Según Max Weber la idea que mejor refleja a la modernidad es el *desencantamiento del mundo*, a la que también se refiere actualmente el filósofo canadiense, Charles Taylor. En ella encontramos el núcleo para entender la esencia y el proceso de la modernidad. Al “encantamiento” fundado en la metafísica y la religión, no lo sucede un nuevo encantamiento, sino más bien un “desencantamiento” que desintegra la unidad de la mirada sapiencial existente y como dice Daniel Innerarity la sustituye por una *descontextualización del saber*,² en visiones fragmentadas basadas en la razón instrumental (ciencia moderna) y en la subjetividad (expresión moral y estética moderna) conforme la distinción que realiza Habermas en su tesis sobre la modernidad como proyecto inacabado.³ Esta sustitución va

² Cf. INNERARITY, Daniel, *Dialéctica de la modernidad*, Madrid, Rialp, 1989, pág. 16.

³ Cf. HABERMAS, Jürgen, “La modernidad, un proyecto incompleto”, en FOSTER, Hal (editor), *La posmodernidad*, México, Kairós, 1988.

a derivar en el positivismo tal como lo concibió Comte en su famosa ley de los tres estados: *religioso, filosófico y científico*,⁴ y en la revolución copernicana de Kant por la cual el objeto es constituido a priori por las categorías formales del sujeto, con su consecuente separación de la razón teórica y práctica. Esto se da en el marco de un proceso de secularización que en su versión más radical laicista, ya no distingue, sino que separa el orden temporal y el orden espiritual, reduciendo este último a la esfera privada, sin ninguna incidencia en el ámbito de lo público.⁵

Este *desencantamiento y descontextualización del saber* puede tener dos lecturas contrapuestas: una, positiva u optimista, que considera este proceso como una superación de la razón, despojándose de elementos preracionales, míticos, religiosos o metafísicos. Otra, negativa y pesimista, que sin perjuicio de reconocer los avances extraordinarios en el campo de la razón instrumental (científica y tecnológica), lo considera una autolimitación de la propia razón, un cercenamiento de su capacidad de conocimiento al no poder penetrar la realidad más allá de sus manifestaciones fenoménicas.

En este punto planteó Benedicto XVI la clave del problema de la razón en la modernidad en su discurso de Ratisbona: *la autolimitación moderna de la razón*. Sólo sujeta el tipo de certeza que deriva de la sinergia entre matemática y método empírico y puede considerarse científica. Donde los interrogantes de la religión y de la ética tienen que desplazarse al ámbito de lo subjetivo: *la "conciencia" subjetiva se convierte, en definitiva, en la única instancia ética*. Pero, de este modo, el ethos y la religión pierden su poder de crear una comunidad y se convierten en un asunto totalmente personal.⁶

Ahora bien, esto no pretende ser una lectura nostálgica de un pasado que ya pasó y que no volverá, ni significa un rechazo en bloque de la modernidad y sus conquistas tanto en el campo del desarrollo de las ciencias y de la tecnología, como también en el espacio de las humanidades, más allá de sus distintos matices (algunos va-

⁴ Cf. COMTE, Augusto, *Curso de Filosofía Positiva*, Buenos Aires, Libertador, 2004, pág. 20 y sig.

⁵ Cf. FAZIO, Mariano, *Secularización y Cristianismo*, Buenos Aires, Universidad Libros, 2008, pág. 15.

⁶ Cf. BENEDICTO XVI, *Fe, Razón y Universidad, recuerdos y reflexiones*, Ratisbona, 12 de septiembre de 2006, discurso disponible en www.vatican.va.

liosos y otros disvaliosos) y de sus contradicciones internas. Se trata más bien, siguiendo el planteo del Papa, de señalar la contraposición entre *razón reductiva* y *razón ampliada*. Entre una razón reducida a lo empíricamente verificable y expresable matemáticamente y una razón extendida a las verdades de la Fe, de la metafísica y de la ética.

Por eso, si ahora pasamos del plano teórico al campo de la praxis humana, tanto en la ética como en la política, la economía o el derecho vemos nuevamente con Innerarity lo siguiente: “[...] a lo que antes he denominado descontextualización del saber correspondería ahora una *descontextualización de la praxis*, una omisión deliberada de situación y condiciones que confluyen en la acción social. 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 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”.⁷

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 mo-

⁷ INNERARITY, Daniel, *Dialéctica de la modernidad*, op. cit., pág. 30.

derna noción de hombre en estado de naturaleza (*homo in natura*), que gira sobre la lucha por la autoconservación y el poder. Cabe aclarar que en el caso de Locke, pretende armonizar ambas.⁸

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. 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. El hombre ya no es considerado un *zoom politikon* como sostenía Aristóteles, sino que conforme a esta visión mecanicista de la naturaleza (que la reduce solamente a sus causas materiales y eficientes, negando la formalidad y finalidad del orden natural) es considerado un individuo naturalmente aislado que solamente se junta con los demás individuos aislados, para escapar de esa limitada condición natural, evitando los riesgos vitales y garantizando los derechos individuales a través del pacto.

2.2. La posmodernidad

Mientras que la modernidad tiene contornos definidos y podemos describir sus notas principales, la posmodernidad aparece todavía como algo abierto, no definido, que puede orientarse a distintos finales. Hoy se discute si el pensamiento débil posmoderno es un repudio al optimismo racionalista del progreso indefinido y que por tanto nos lleva hacia el nihilismo o si estamos frente a otra etapa de la misma modernidad que se nos aparece como un proyecto inacabado, al decir de Habermas.

Desde cierto punto de vista se puede rescatar como positiva la defensa de la razón que hace Habermas, aunque coartada y limitada a lo lingüístico y comunicativo y despojada de toda referencia a lo ontológico y metafísico.⁹ Presenta a la modernidad y su racionalidad

⁸ Cf. LEOCATA, Francisco, "Las ideas iusfilosóficas de la ilustración", en AA.VV., *La Codificación: Raíces y prospectiva-El Código Napoleón*, Buenos Aires, EDUCA, 2003, pág. 63.

⁹ Cf. HABERMAS, Jürgens, *Teoría de la acción comunicativa*, Madrid, Cátedra, 1989.

como un proyecto inacabado, frente al nihilismo del “pensamiento débil” posmoderno, que al decir de *Vattimo* no reconoce ningún *grund* fundamento, ninguna verdad última, sino sólo aperturas históricas,¹⁰ o como afirma *Lyotard* renuncia a los “meta-relatos”, como explicación última de la realidad.¹¹ Ahora bien, en realidad, ¿hay contradicción o hay continuidad?

Al respecto hay que tener en cuenta que fue desde el más estricto científicismo positivista y secularista que, Nietzsche mediante, se había proclamado la muerte de Dios y después de Hume y Kant el fin de la metafísica, aunque en este último el *noumeno* (lo que existe en sí y que es incognoscible) reaparece como postulados de la razón práctica, por ejemplo la existencia de Dios y la inmortalidad del alma¹². O también, en el caso de Jean Paul Sartre que desde la radical agudeza de su concepción existencialista proclamó el principio primero del existencialismo: “no hay naturaleza humana porque no hay un Dios que la pudiera haber proyectado”.¹³ Se podría, claro está, sin violencia, formular este pensamiento en forma positiva, como lo hace el filósofo alemán Pieper: “solo es posible hablar de una naturaleza humana cuando se la entiende como creativamente proyectada por Dios”.¹⁴

En consecuencia, la negación de la metafísica y la falta de fundamento último tienen su origen en el seno del pensamiento moderno. Por tanto lo que hace la posmodernidad es radicalizar la crisis de la razón moderna, deconstruir el pensamiento moderno mediante un nominalismo lingüístico que permite redefinir la realidad (Derrida, Artaud, Levinas), o derivar en un mero pragmatismo (Rorty), fragmentando la unidad, o más bien la uniformidad del saber racionalista y científico, en una multiplicidad de conocimientos desconexos. En última instancia, el intento de Habermas también es un esfuerzo estéril, pues el acotamiento voluntario del alcance de la razón trun-

¹⁰ Cf. VATTIMO, Gianni, *El fin de la modernidad*, Barcelona, Gedisa, 1986, pág. 154.

¹¹ Cf. LYOTARD, Jean Francois, *La posmodernidad*, Barcelona, Gedisa, 1999, pág. 31.

¹² Cf. KANT, Imanuelle, *Metafísica de las Costumbres y Crítica de la razón práctica*.

¹³ SARTRE, Jean Paul, *El existencialismo es un humanismo*, Buenos Aires, Ediciones del 80, 1984, pág. 16.

¹⁴ Cf. PIEPER, Josef, *Creaturidad y tradición*, Buenos Aires, Fades, 1983, pág. 16.

ca las posibilidades de alcanzar una respuesta definitiva al problema de la racionalidad y de su principio y fundamento.

Hoy convive simultáneamente una crítica feroz a la razón ilustrada junto con el apogeo y profundización de la razón instrumental y funcional que rige la vida actual. Pensemos, por ejemplo, en los sistemas informáticos, comunicacionales, económicos y hasta políticos, ¿podrían existir si no fuera por la racionalización moderna del pensamiento científico matemático? ¿Acaso los mismos que critican no están cómodamente inmersos en el sistema y utilizan las herramientas del mismo? No todo lo que reluce es oro, ni todo lo que se critica es dejado efectivamente de lado.

Al respecto dice el filósofo y sociólogo chileno, Pedro Morandé Court: “Desde el punto de vista sociológico habría que señalar que este nuevo desafío no es sólo el resultado de determinadas corrientes de pensamiento o de las creencias dominantes de las personas, sino también contribuye a ello la progresiva organización funcional de la sociedad, con códigos de comunicación especializados para los distintos subsistemas. La autonomía relativa ya alcanzada por los subsistemas político, económico, jurídico, de la ciencia, de la salud, de la educación y de los medios de comunicación masivos, lleva a que la realidad sea considerada no en su unidad, diríamos, en su estatuto ontológico, sino desde el punto de vista de cada una de las codificaciones usadas por los subsistemas. [...] *Armonizar el funcionamiento de los distintos subsistemas es justamente uno de los problemas más complejos de la sociedad actual, policéntrica o policontextual.* [...] Por todo lo dicho, pareciera que el mayor desafío a la conciencia moral en esta época nihilista es el reconocimiento del estatuto ontológico de cada una de las realidades involucradas en las conductas humanas para poder determinar así, desde este fundamento, qué es lo debido en justicia en cada una de las situaciones que se presentan al discernimiento. *A la organización funcional de la sociedad le basta poner en el lugar ocupado antes por la norma moral, e incluso por la norma legal, el concepto de complejidad, el cual le permite operar con información incompleta, variable y rápidamente fungible*”.¹⁵

¹⁵ MORANDÉ COURT, Pedro, “Estar en el mundo sin ser del mundo-a los 40 años de la Gaudium et Spes”, en *Concilio Vaticano II-Perspectivas para el tercer milenio*, Lima, Vida y Espiritualidad, 2006, pág. 96.

En consecuencia, como señala al final del texto la clave del problema del hombre y de la sociedad actual es *la sustitución tanto de la norma moral como de la norma legal* (que constituirían subsistemas), *por el nuevo concepto de complejidad de la vida moderna* y la consecuente necesidad de complementar esos subsistemas en una armonía compleja dentro de una sociedad, policéntrica y policontextual. Ya no hay un centro o núcleo sino varios. Ya no hay un único contexto en torno a ese único centro, sino muchos contextos en torno de los variados centros. Esto nos lleva al análisis de los interrogantes que nos planteamos al comienzo, ¿hay una nueva ética? ¿Hay un nuevo derecho?

SEGUNDA PARTE

3. El relativismo moral. ¿Hay una nueva ética?

Como dice Wojciech Giertych: “Sin duda, una nueva perspectiva de que nos enfrentamos, que está exigiendo una respuesta, es el nacimiento contemporáneo de una nueva ética. En los últimos veinte años, en muchos países del mundo occidental, una nueva serie de conceptos éticos ha aparecido, expresión de una conciencia moral y una cierta percepción de dilemas morales, pero a la misma se manifiesta un defecto epistemológico fundamental. Cruzar los límites de las naciones y los estados, los medios de comunicación están utilizando los mismos conceptos nuevos que expresan actitudes y prejuicios que son evaluados de manera positiva o negativamente [...] La aparición de estos nuevos conceptos morales se combina con una calificación normativa inmediata, las bases de las cuales no son filosóficas, sino políticas e ideológicas. Los términos éticos nuevos están interconectados y se refuerzan mutuamente, mientras que al mismo tiempo se han difuminado. Algunos de ellos pueden ser interpretados de una manera tradicional, pero se utilizan sobre todo de una manera deconstructiva, lo que debilita la adhesión a los valores morales y su sustitución por una aprobación de flagrante conducta inmoral, causada por el escepticismo cognitivo subyacente de la nueva ética. *Esta nueva ética es a la vez individualista y mundial, pero nunca personalista o universal.* Ser testigos de la proyección fuera de la familia y del Estado-nación, y el crecimiento de suprana-

cionales instituciones mundiales de grupos de presión, y las ideologías”.¹⁶

Todos estos nuevos conceptos deconstruidos conforme se indicó en el punto anterior, aparentemente desconexos, se aglutinan en una nueva ética que al decir del autor es a la vez *individualista y mundial pero nunca personalista o universal*. Dicho de otra manera, es la exaltación y coronación del individualismo de raíz moderna, pero sin los límites artificiales que le había puesto el Estado moderno actualmente en crisis, debido al proceso de mundialización que ha traspasado a los Estados nacionales y sus soberanías, para imponer un nuevo sistema de matriz ideológica, y con pretensiones de pensamiento único. Estamos en las antípodas de una ética personalista, que distingue en el hombre su ser individuo de su ser social, como dos aspectos o dimensiones distintas pero indisolublemente unidas en la misma persona humana. Al mismo tiempo, de una universalidad que refleja la esencialidad propia del ser humano como fundamento de su normatividad ética y de la posibilidad de alcanzar la verdad en materia práctica.

Ahora bien, más allá de esta mera yuxtaposición de ideas, intereses y realidades distintas, podemos encontrar algunos comunes denominadores que nos pueden ayudar a entender este fenómeno:

1) La aparición de una *ética de los derechos humanos* a escala mundial donde todos estos nuevos conceptos deconstruidos y que reflejan la coronación mundial del individualismo son entendidos y unificados uniformemente como “derechos morales”, pre-jurídicos y extra-jurídicos, sin perjuicio de su posterior inclusión en el ordenamiento jurídico constitucional mediante el procedimiento democrático. En nuestro país, esto era la idea de derechos humanos que sostenía Carlos Nino en su famosa obra *Ética y Derechos humanos*, sin que esto signifique que personalmente adhiriera a todos y cada uno de los conceptos éticos convertidos en derechos morales. Ahora bien, según el filósofo argentino estos “derechos morales” operan como principios morales o se derivan de ellos siendo la democracia un pro-

¹⁶ WOJCIECH, Giertych O.P., GIERTYCH, W. O. P., “*New Prospects for the Application of the Natural Moral Law*”, in Convengo Internazionale “*Legge Naturale Morale: problemi e prospettive*”, Roma, Università Pontificie Lateranense, 12 febbraio 2007.

cedimiento sucedáneo del discurso moral, que permite alcanzar un consenso moral regimentado ante la imposibilidad de lograr un consenso absoluto y unánime.¹⁷ Esta universalización de los derechos humanos es vista por algunos como una imposición del modelo occidental. Al respecto podemos citar el último documento de la Comisión Teológica Internacional, *En búsqueda de una nueva ética universal: nueva mirada sobre la ley natural*: “Algunos países han contestado la universalidad de tales derechos juzgándolos demasiado occidentales, y esto impulsa a buscar una formulación más comprensible para ellos. Además una cierta propensión a multiplicar los derechos del hombre, más en función de los deseos desordenados del individuo consumista o de reivindicaciones sectoriales, que de las exigencias objetivas del bien común de la humanidad, ha contribuido en gran medida a quitarles valor”.¹⁸ Esto nos lleva al siguiente punto.

2) La inevitable *tensión dialéctica entre globalización y particularismo*, es considerada no al modo de la dialéctica clásica (aunque también podría analizarse la misma desde esta perspectiva), sino que más bien es entendida en clave hegeliana-marxista. En este caso, es vista como una lucha de opuestos (totalidad-singularidad; generalidad-particularidad), que tiende a su superación, a diferencia de la dialéctica clásica que los distingue para integrarlos. Estas particularidades o singularidades dentro del contexto de globalización o mundialización se presentan no solamente como fenómenos regionales como ser el multiculturalismo, representado por el problema de los pueblos originarios en África y América o la migración musulmana en Europa, sino también como fenómenos sectoriales o de minorías activistas, como sucede en el caso de los movimientos ecológicos y ambientalistas, o los movimientos feministas u homosexuales, que muchas veces por su mismo activismo derivan en un fundamentalismo o fanatismo ecológico o sexual.

3) El *común relativismo moral* que niega la posibilidad de alcanzar una verdad moral universal fundada en el ser del hombre y válida por tanto para todos y cada uno de los seres humanos. Este rela-

¹⁷ Cf. NINO, Carlos, *Ética y Derechos humanos*, Buenos Aires, Paidós, 1984, págs. 26 y 239.

¹⁸ COMISIÓN TEOLÓGICA INTERNACIONAL, *En búsqueda de una nueva ética universal: nueva mirada sobre la ley natural*, N° 5, disponible en www.vatican.va.

tivismo está en la base de todas las ideas, intereses y realidades involucradas o en conflicto. Es presentado muchas veces como progreso moral (negando su carácter relativista) fundado en la igualdad de derechos, o más bien en el igualitarismo de derechos, considerados no en su esencialidad, sino en su historicidad y contingencia propia de una visión al mismo tiempo historicista y utópica.¹⁹ En realidad, al no reconocer ninguna referencia objetiva y ontológica que justifique la universalidad de esos derechos, los mismos no son más que pretensiones subjetivas o plurisubjetivas historicistas y relativistas, que así como aparecen pueden desaparecer si los vientos de la moda intelectual soplan para otro lado.

En última instancia, la cuestión que está en la base es *el problema de la verdad moral*. Si puedo conocer o no, por medio del intelecto o razón práctica, con evidencia y certeza moral, ciertos principios éticos comunes a toda la humanidad, por estar fundados y justificados en el propio ser del hombre, en su esencia o naturaleza humana. Si contestamos afirmativamente, estamos aceptando un cierto cognitivismo ético, la existencia, conocimiento y reconocimiento de la ley natural. Si contestamos que no, estamos en algunas de las distintas versiones de no cognitivismo ético de raíz escéptica y relativista.

Hoy día esta tensión entre ambas visiones se da en el resurgimiento de las tradiciones de las grandes religiones como reservorios morales, con su aceptación de la regla de oro y de los principios de la ley natural, frente a la “moral” secularista y laicista de un occidente materialista y decadente. Como decía Jean Paul Sartre con atea coherencia, si suprimimos la hipótesis de Dios con su proyección sobre la naturaleza, es contradictorio hablar de cierta “moral laica o laicista” que habría que mantener o imponer al hombre como límite a su libertad. Pues para él el hombre es libertad, su mera existencia como ser arrojado al mundo, precede a su esencia humana. El hombre no es hombre por responder a una esencia humana, sino que existiendo libre se va haciendo hombre, va construyendo su propia esencia.²⁰

En realidad, se trataría de una nueva tensión interna al pensamiento posmoderno y relativista, entre una moral histórica e institu-

¹⁹ Cf. ALEGRE, Marcelo, “Matrimonio gay: el valor universal de la igualdad”, Diario *Clarín*, 25-3-2010.

²⁰ SARTRE, Jean Paul, *El existencialismo es un humanismo*, op. cit., pág. 20.

cionalizada por medio de su politización y juridización, aunque esta se alcance a partir de la imposición de un pensamiento único políticamente correcto a través de los mass-media, por un lado y una versión anarco-moral, aún más radical como la que propone el existencialismo sartriano y sus seguidores contemporáneos aunque no se proclamen explícitamente como existencialistas, por otro lado.

4. El nuevo paradigma del derecho: el Estado de derecho constitucional. ¿hay un nuevo derecho?

Si tuviéramos que definir en una frase el paradigma del derecho moderno, este sería sin lugar a duda el *Estado legal de derecho*, de raíz positivista y que está construido en torno a la ley como fuente cuasiexclusiva del derecho. El modelo más elaborado científicamente fue el Kelseniano que en su teoría pura pretende despojar al derecho de toda contaminación producida por elementos extraños, tanto morales o religiosos, como ideológicos o sociológicos, reduciendo el derecho a las normas positivas puestas, sin perjuicio de apoyarse todo el sistema en una gran norma fundamental meramente supuesta o hipotética que remite a reconocer como derecho aquel que fue impuesto por el que tuvo la fuerza para sostenerlo, como lo demuestra con su teoría de la revolución. A partir de allí todo el sistema piramidal jerárquico de normas es puramente formal basándose en el test de origen o pedigree, que establece la validez de las normas si fueron sancionadas conforme al procedimiento establecido por la norma superior, sin importar su contenido que es impuesto arbitrariamente por el legislador. Así hasta llegar a la norma fundamental que remite a la eficacia general del sistema como condición *sine qua nom* del mismo y que en Kelsen opera como principio del derecho internacional que reconoce como Estado de derecho a todo aquel que tiene la fuerza para sostenerse. Por eso técnicamente sólo en la base del Derecho Internacional existe una norma fundamental meramente hipotética, pues en la base de cada sistema nacional encontraríamos el principio internacional de la eficacia.²¹

Este paradigma se da en el marco del Estado nacional moderno sustentado sobre la idea de soberanía nacional, que por tanto no

²¹ Cf. KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 1973.

reconoce ninguna autoridad o poder por encima suyo, más allá del que pueda imponerse por la fuerza y contra el que hay que luchar para librarse de su yugo. Efectivamente el Derecho Internacional no es considerado como un sistema jurídico creado por una autoridad superior, sino más bien se trata de un sistema construido sobre la base del reconocimiento del Estado nacional soberano por parte de la comunidad internacional de Estados soberanos, y cuya soberanía se basa en la fuerza que permite sostenerla. De esta manera, el sistema internacional así considerado no permite la injerencia de los estados, ni individualmente, ni asociados, en los asuntos internos de otro estado soberano. Esto fue así, hasta mediados del siglo XX con la formación de las *Naciones Unidas* con posterioridad a la segunda gran guerra mundial, como un sistema de organización jurídico-política de la comunidad internacional por encima de los estados soberanos parte, si bien no se trata de un superestado. Sin perjuicio de lo dicho podemos señalar el fracaso del primer intento de organización con la constitución de la *Sociedad de las Naciones* que tuvo una vida fugaz en el período transcurrido entre las dos guerras mundiales.

Ahora bien, como dice Alfonso Santiago: “Del constitucionalismo inicial que surge en Europa con las grandes revoluciones modernas, se pasa, a partir de la Segunda Guerra, a una segunda fase que culmina en lo que ahora se denomina *neoconstitucionalismo*. De la constitución considerada fundamentalmente como carta política dirigida básicamente al Parlamento, se pasa a su consideración como norma jurídica suprema y de aplicación directa, dirigida fundamentalmente a los tribunales, en especial al tribunal constitucional. *Del Estado legal de derecho se pasa al Estado constitucional de derecho*, donde la Constitución, mucho más que la ley, se convierte en el centro de todo sistema normativo. De la centralidad del Estado y de sus prerrogativas, se da lugar a la consideración de la persona humana y sus derechos como ejes del sistema jurídico. De la soberanía del legislador se pasa a la palabra final a cargo de los jueces. Junto a este proceso de transformación del derecho interno, se verifica el surgimiento y la expansión del *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, tanto regional como universal. La Declaración Universal de los Derechos del Hombre del 10 de diciembre de 1948 y los posteriores Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos que la continuaron contienen *el nuevo paradigma de la convivencia jurídica nacional e internacional*, que de modo creciente y progresivo modificará también la fisonomía de los sistemas normativos inter-

nos. Aparece la persona humana como sujeto del Derecho Internacional y se produce una profunda reformulación del concepto de la soberanía estatal. La armonización de las legislaciones y jurisdicciones nacionales, supranacionales e internacionales en materia de derechos humanos constituye tal vez el mayor desafío que enfrentan actualmente los sistemas jurídicos de los distintos países”.²²

Ahora bien, lejos estamos de una interpretación única y pacífica de este nuevo paradigma del Estado de derecho constitucional. Así podemos encontrar también una visión positivista del mismo como la que propone Luigi Ferrajoli, a fin de distinguirlo de lo que él llama paleopositivismo para referirse al positivismo formalista del fenecido paradigma del Estado legal de derecho: “*El paradigma del Estado Constitucional de derecho* (o sea, el modelo garantista) no es otra cosa que esta doble sujeción del derecho al derecho, que afecta a ambas dimensiones de todo fenómeno normativo: la vigencia y la validez, la forma y la sustancia, los signos y los significados, la legitimación formal y la legitimación sustancial o, si se quiere, la ‘racionalidad formal’ y la ‘racionalidad material’ weberianas. Gracias a la disociación y a la sujeción de ambas dimensiones a dos tipos de reglas diferentes, ha dejado de ser cierto que la validez del derecho dependa, como lo entendía Kelsen, únicamente de requisitos formales, y que la razón jurídica moderna sea, como creía Weber, sólo una ‘racionalidad formal’; y también que la misma esté amenazada, como temen muchos teóricos actuales de la crisis, por la inserción en ella de una ‘racionalidad material’ orientada a fines, como lo sería la propia del moderno Estado social. *Todos los derechos fundamentales* (no sólo los derechos sociales y las obligaciones positivas que imponen al Estado, sino también los derechos de libertad y los correspondientes deberes negativos que limitan sus intervenciones) *equivalen a vínculos de sustancia y no de forma*, que condicionan la validez sustancial de las normas producidas y expresan, al mismo tiempo, los fines a que está orientado ese moderno artificio que es el Estado constitucional de derecho”.²³

²² SANTIAGO, Alfonso, “Neoconstitucionalismo”, en *Anales Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*, Tomo XXXV-2008-parte II-Institutos, Buenos Aires, pág. 245.

²³ FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías, la ley del más débil*, Madrid, Trotta, pág. 19.

Por su parte, desde una perspectiva pospositivista, pero idénticamente posmetafísica, podemos citar a Jürgen Habermas, que 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 hacen 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 reconocer.

Si los derechos humanos y el principio democrático constituyen esencias constitucionales que todo Estado de derecho debe reconocer, ¿qué sucede si entran en conflicto? ¿Cuál tiene primacía, los derechos humanos o el principio democrático?, ¿los derechos humanos surgen como consecuencia del principio democrático? o ¿el principio democrático es una dimensión de los derechos humanos preexistentes? Este es justamente uno de los aspectos centrales de la crítica de Habermas a la teoría de la justicia de Rawls: “[...] *una construcción del Estado de derecho que coloca los derechos básicos liberales por encima del principio democrático de legitimación. Con ello Rawls yerra su objetivo de poner en armonía la libertad de los modernos (libertad de conciencia, de expresión, etc.), con la libertad de los antiguos (libertades políticas)*”.²⁴ A diferencia de Rawls, Habermas por su parte, siguiendo a Böckenförde parece privilegiar el principio democrático por encima de los derechos que surgirían de él. Ahora bien, ¿qué es primero el huevo o la gallina? Pareciera que estamos encerrados en un círculo vicioso del que no podemos salir.

Para salir tendríamos que abordar el tema desde una perspectiva iusnaturalista que justifica racionalmente los derechos y los principios como expresiones del derecho natural que son positivizados por las constituciones y las leyes. Como sostiene Vigo también se puede hablar desde esta perspectiva del nuevo paradigma que nace justamente como respuesta al fracaso del paradigma positivista en el siglo pasado con la justificación de regímenes políticos y sistemas

²⁴ HABERMAS, Jürgen, “Reconciliación y uso público de la razón”, en RAWLS, John y HABERMAS, Jürgen, *Debate sobre el liberalismo político*, Barcelona, Paidós, 1996, pág. 43.

jurídicos totalitarios violatorios de los más elementales derechos humanos configurando un caso de injusticia extrema.²⁵

En suma, este nuevo paradigma no funciona como un sistema de normas puramente formal, en el cual el legislador de turno podía 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 al modo de principios. Por lo tanto, una parte esencial del nuevo paradigma es el *nuevo Derecho de los derechos humanos* que surge a partir del proceso de internacionalización de los mismos. Dicho proceso comienza con la *Declaración Universal de Derechos Humanos* del 10 de diciembre de 1948, que por tratarse de una declaración son sólo recomendaciones para que los Estados los incorporen en su ordenamiento jurídico. En 1966 (luego de quince años de negociación en la Comisión de Derechos Humanos) la Asamblea General de las Naciones Unidas aprueba dos Pactos: el *Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales* y el *Pacto internacional de derechos civiles y políticos* que, a diferencia de la Declaración de 1948, constituyen verdaderos convenios sujetos a la firma y ratificación de los Estados, con fuerza vinculante para los que los ratifican. A partir de allí comienza en el marco de las Naciones Unidas toda una serie de declaraciones y convenios sobre distintos temas relacionados con los derechos humanos, como ser la discriminación racial, la discriminación contra la mujer, el genocidio, los derechos del niño, etc.

Por otra parte también aparece una internacionalización regional por continentes: 1) el 4 de noviembre de 1950 se firmó en Roma la *Convención europea para la salvaguardia de los derechos humanos y las libertades fundamentales*, que se completó con los protocolos adicionales de París de 1952 y Estrasburgo de 1963. Finalmente en 1961 se firma en Turín la Carta social europea que entró en vigencia el 26 de febrero de 1965 y establece la protección de los derechos económicos, sociales y culturales; 2) la IX Conferencia

²⁵ Cf. VIGO, Rodolfo, “Del Estado de Derecho Legal al Estado de Derecho Constitucional”, en *Revista Jurídica Auctoritas Prudentium*, Universidad de Guatemala, Mayo 2010, págs. 5-16, disponible en http://www2.unis.edu.gt/media/File/AP_Mayo.pdf (consultada 19-09-10).

Internacional Americana, celebrada en la ciudad de Bogotá, Colombia, desde el 30 de marzo hasta el 2 de mayo de 1948, aprobó la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*. Posteriormente, el 22 de noviembre de 1968, en la ciudad de San José de Costa Rica, se firmó la convención americana de derechos humanos conocida como *Pacto de San José de Costa Rica*.

El derecho de los derechos humanos no abarca solamente el aspecto normativo existente en los pactos y declaraciones, sino que incluye también el jurisdiccional con el surgimiento de los tribunales internacionales, como la Corte Interamericana de San José de Costa Rica, la Corte Europea de Estrasburgo, etc., dando origen a sistemas internacionales regionales de protección de los derechos humanos. Este derecho de los derechos humanos constituye hoy el núcleo del nuevo paradigma del Estado de derecho constitucional, al ser incorporados como parte medular en las constituciones, por ser considerados esencias constitucionales.

Ahora bien, luego de señalar cuáles son los derechos y su proceso histórico de generación, el problema de fondo se centra en su justificación racional. Si se fundan en algún tipo de consenso social como expresión de derecho positivo, o en la existencia de algún principio, norma o realidad suprapositiva como ser la naturaleza del hombre, la ley natural o la condición de persona humana. En otras palabras, si las declaraciones de derechos son meramente declarativas de derechos preexistentes o son constitutivas de nuevos derechos. En un caso o en el otro las consecuencias jurídicas son muy importantes pero totalmente distintas.²⁶

En última instancia, más allá de las diferencias, podemos encontrar una coincidencia, pues todos fundan los derechos en la dignidad humana como algo excelente y merecedora de respeto. Aunque allí terminan las coincidencias, pues no todos consideran de la misma manera la dignidad humana. Entre las distintas visiones se destacan fundamentalmente dos grandes modelos paradigmáticos: el modelo kantiano y el clásico. 1) *El modelo kantiano*: la autonomía de la voluntad es el fundamento de la dignidad humana, por el cual el hombre es un fin en sí mismo y nunca puede ser tratado como medio. En consecuencia, aquí reside su dignidad. 2) *El modelo clásico*

²⁶ Cf. GUASTINI, Riccardo, *Teoría e Ideología de la interpretación constitucional*, Madrid, Trotta, pág. 96.

co: funda la dignidad humana en el ser del hombre, en su naturaleza (esencia) humana. Así podemos fundar la dignidad en el ser antes que en el obrar. En otras palabras, la dignidad subsiguiente en el obrar se sigue de la dignidad original en el ser, porque se funda en el ser (*operari sequitur esse*). Mientras que el primero lleva a la teoría del consenso como fruto del principio de autonomía de la voluntad, el segundo se funda en la ley natural por medio de la cual conocemos la naturaleza humana.

5. Algunas consideraciones finales

Nos puede gustar o no el 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. Por tanto, si hay un nuevo derecho es porque sustituye uno anterior. Ahora bien, el derecho sustituido no es el derecho clásico greco-romano-cristiano que se transforma en derecho común y que como todo lo clásico mantiene su vigencia a pesar del paso del tiempo. El derecho sustituido es el del Estado de derecho legal positivista y formalista construido sobre la base de los estados nacionales soberanos. En consecuencia, el paradigma del Estado de derecho moderno era el que considera al derecho como un sistema de normas positivas que tienen su epicentro en la ley y que son válidas en la medida en que son sancionadas conforme al procedimiento establecido en el propio ordenamiento y cuyo contenido depende exclusivamente del arbitrio o arbitrariedad del legislador según los casos.

En cambio, el nuevo paradigma del Estado de derecho constitucional considera al derecho como un sistema de normas positivas y principios conforme a la conocida distinción de Dworkin, que a diferencia de aquellas no valen por su origen formal conforme a si fueron sancionadas por un órgano, sino por su contenido material, adquiriendo una dimensión de peso e importancia que permite su ponderación, carente en las normas jerárquicamente estructuradas de acuerdo a su origen.²⁷ Aquí reside la principal diferencia entre ambos modelos o paradigmas. En este modelo constitucionalista, los

²⁷ DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1999.

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.

Entre las características del nuevo paradigma del Estado de derecho constitucional podemos señalar las siguientes conforme a la clasificación que realiza el ya citado Riccardo Guastini: 1) La existencia de una Constitución rígida que incluye los derechos humanos; 2) La garantía jurisdiccional de la supremacía constitucional; 3) La fuerza vinculante de la Constitución que ya no es simplemente una carta política programática, sino que se transforma en una súper norma cuyas disposiciones son operativas; 4) La sobreinterpretación de la Constitución que se extiende a las otras ramas del derecho, tanto público como privado; 5) La aplicación directa de las normas constitucionales por parte de los jueces, incluso en las relaciones entre particulares propia del derecho privado; 6) La interpretación de las leyes conforme a la Constitución; 7) La influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas.²⁸

Ahora bien, este nuevo modelo o paradigma, ni es la panacea que resuelve definitivamente todos los problemas, ni es una catástrofe que hace volar por los aires toda la estructura jurídica. En él podemos distinguir tanto cosas positivas o ventajas como aspectos negativos o riesgos. A continuación haré un breve detalle de algunas ventajas y riesgos.

Entre las ventajas podemos señalar las siguientes:

- 1) La centralidad de la persona humana y su dignidad frente a la centralidad del Estado en el modelo legalista anterior.
- 2) La rematerialización del derecho con la incorporación de los derechos fundamentales como contenido sustancial, a diferencia del esquema formalista anterior.
- 3) La rehabilitación de la dimensión práctica valorativa o axiológica de la realidad jurídica en reemplazo de una visión meramente descriptiva como la del positivismo legalista.

²⁸ GUASTINI, Riccardo, "La constitucionalización del ordenamiento: el caso italiano", en *Estudios de Teoría constitucional, IIJ UNAM*, México, Fontamara, 2003, pág. 153.

- 4) La interpretación de principios que exige una ponderación de los mismos, en lugar de la aplicación mecánica de normas positivas independientemente de su contenido.
- 5) La Constitución con sus principios y valores como fuente del derecho a la cual se tiene que acomodar el resto del ordenamiento, en sustitución a la idea de una Constitución entendida como un mero programa político dirigido fundamentalmente al Poder legislativo que tenía que traducirlo en derecho normativo.

Entre los riesgos podemos destacar:

- 1) Si no justificamos racionalmente los principios más allá de la propia Constitución que tiene que reconocerlos, solamente sustituiremos un positivismo legalista por un positivismo constitucionalista, subiendo solamente un escalón en la jerarquía de la estructura normativo-positiva, considerada como única realidad jurídica.
- 2) La expansión del derecho constitucional sobre las otras ramas o disciplinas del derecho, tanto público, como privado, mediante la aplicación directa de las normas constitucionales operativas por encima de las normas legales que regulan su ejercicio.
- 3) El peligro de caer en un positivismo judicial mediante una interpretación “libre” de los derechos o principios contenidos en la Constitución, favorecida por la textura abierta de las normas o cláusulas constitucionales. Aquí habría que distinguir entre el modelo europeo unificado por la jurisprudencia de los tribunales constitucionales y el sistema americano difuso donde cada juez realiza el control de constitucionalidad.
- 4) La posible inseguridad jurídica que surgiría de esa interpretación “libre” a que hicimos referencia en el número anterior.
- 5) La relación existente entre los principios y valores constitucionales y cierto relativismo moral, considerado como la única postura ética compatible con el actual pluralismo. Lo que lleva a la tensión inevitable entre una ética o moral más flexible y la rigidez del derecho y sus instituciones que se afianzan con el correr de los años.

Ahora bien, este es el nuevo paradigma del derecho y vino para quedarse. Como vimos hay muchas cosas positivas y otras que constituyen un peligroso riesgo. Lo que sí es seguro es que el paradigma moderno del estado legal del derecho al que vino a sustituir estaba agotado. No es a ese derecho al que hay que recurrir para corregir las desviaciones que pueda tener el nuevo modelo. Es, más bien, el modelo clásico con su paradigma sapiencial el que con su permanente vigencia nos puede dar luz para solucionar los problemas que surgen a partir del nuevo modelo.

Al centrarse en la inclusión de principios constitucionales en torno a los derechos fundamentales, el nuevo paradigma incluye un elemento sustancial junto a las normas, que estaba ausente en el modelo formalista moderno. Estos principios se encuentran receptados en textos constitucionales de textura abierta que requieren un adecuado proceso de interpretación. Por eso el momento culminante en el nuevo esquema es 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.

En cambio, sí puede ser de gran utilidad el resurgimiento del pensamiento tópico-dialéctico especialmente a partir de mediados del siglo pasado, donde Viehweg replantea la necesidad de volver a la dialéctica clásica para argumentar e interpretar en el derecho, especialmente en la jurisprudencia. En este caso, los principios constitucionales pueden operar como tópicos modernos, a modo de punto de partida del razonamiento práctico a realizar en la tarea de interpretación. Obviamente desde una perspectiva como esta, estos principios tendrían que ser coincidentes con los principios del derecho natural, que es necesario concretar en disposiciones más precisas a partir de un adecuado razonamiento interpretativo.

6. Corolario: lo nuevo, lo viejo y lo permanente

Decíamos en el comienzo que la cuestión que nos ocupa se refiere a la distinción entre lo nuevo, lo viejo y lo permanente. El nuevo paradigma del Estado de derecho constitucional viene a reemplazar

el viejo modelo del Estado de derecho legal. Sin embargo, hay aspectos del derecho, que son clásicos, que permanecen porque hacen a su esencia, como ser el principio de justicia o del bien común. De la misma manera que hay aspectos del hombre que permanecen porque hacen a su esencia, más allá de las distintas formas en que se manifiestan, como sucede con la racionalidad y la politicidad. Ahora bien, como dijimos al comienzo, hoy estamos fascinados por lo nuevo, pero no olvidemos que lo que hoy es viejo en algún momento fue nuevo y que lo que hoy es nuevo, con el tiempo se irá volviendo viejo y será dejado de lado como todo lo viejo. Por eso, más allá de lo nuevo y lo viejo, lo único que queda es lo permanente con su siempre actual novedad.