

Herrera, Daniel A.

*En defensa de la politicidad del derecho
In defense of law's politicization*

Prudentia Iuris N° 77, 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). En defensa de la politicidad del derecho [en línea], *Prudentia Iuris*, 77.
Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/defensa-politicidad-derecho.pdf> [Fecha de consulta:.....]

EN DEFENSA DE LA POLITICIDAD DEL DERECHO *In defense of law's politicization*

Daniel A. Herrera¹

1. Planteo de la cuestión

Hace un año en la primera *Lectio Brevis* con la que iniciamos el año académico expuse sobre el tema de la racionalidad del derecho. Este año, siguiendo la misma línea, voy a referirme a otro aspecto central del derecho como es su politicidad, de allí el título “En defensa de la politicidad del derecho”, en consonancia con la defensa de su racionalidad que hicimos aquella vez. Esto es posible por la estrecha relación que existe entre ambas dimensiones (la racionalidad y la politicidad), debido a que el hombre es un animal político (*zoom politikon*), como decía Aristóteles, porque es un animal racional (*zoom logotikon*), como también dijimos hace un año. A diferencia de otros animales donde lo gregario se da en el orden instintivo, en el hombre la sociabilidad y la politicidad suponen la racionalidad, pues como dice Tomás de Aquino: “*Esto también se prueba evidentísimamente por serles propio a los hombres el hablar, con lo cual pueden explicarse sus conceptos totalmente, mientras otros animales declaran sus pasiones sólo en común como el perro, en ladrar, la ira y otros diversos modos. Así que un hombre es más comunicativo para otro, que los animales que andan y viven juntos como las hormigas y las abejas*”.²

Ahora bien, mucho se ha dicho y se habla de la relación o separación entre moral y derecho, entre el obrar ético y el obrar jurídico; sin embargo, muchas veces no sucede lo mismo con la relación entre lo político y lo jurídico. En cuanto a la politicidad del derecho tiene que ver con la naturaleza propia tanto de lo político como de lo jurídico, con la politicidad del derecho y la juridicidad de la política, conforme a la tradición central de Occidente. Por eso Aristóteles, luego de dividir la justicia en general y particular, la concreta encarnándola en la justicia política, donde lo justo político parte es natural y parte convencional. Así es también en el derecho romano

¹ Decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina “Santa María de los Buenos Aires”. El presente texto constituye la *Lectio Brevis* que el Sr. Decano ha dado en el inicio del Año Académico 2014.

² Tomás de Aquino, *Del Gobierno de los Príncipes*. Libro I. Capítulo I.

propio de la *civitas* romana, como en la *ciudad* medieval. Asimismo, hay que destacar la dimensión cosmopolita propia del estoicismo (que luego el cristianismo purifica dándole una dimensión trascendente) que en la versión romana se va a reflejar en la noción de *ius gentium* (de origen natural pero que como todo derecho natural debe ser positivizado) y de *pax romana*, cuyo centro es justamente Roma. Esta noción de *ius gentium* va a ser de fundamental importancia en el establecimiento del *ius comune* (derecho común), que surgirá en la cristiandad medieval luego de la anarquía posterior a la caída del Imperio Romano (con excepción del breve interregno carolingio), como una derivación de la restauración del derecho romano según la versión justiniana del *corpus iuris* y de la doctrina del derecho natural, hecha por los glosadores y comentadores.

En cambio, en la modernidad lo político se centra en la nueva realidad del Estado moderno que, sobre la base del principio de soberanía (Bodin), monopoliza las funciones de *imperio* y *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.

Esto no quiere decir 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 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”.³

Entre los primeros, podemos mencionar a Carl Smith o a Álvaro D’Ors, para quienes el Estado como tal, con la forma que tiene hoy, nace en la modernidad y en el futuro puede llegar a desaparecer o mutar a nuevas formas de organización política. En concreto surge en la modernidad como una realidad histórica que aparece en Europa como resultado de la desmembración del imperio y la concentración del poder en los reyes, 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 Westfalia de 1648.⁴ Para otros, como Jellinek, hay un tipo general que se particulariza en sus múltiples manifestaciones históricas que realizan de manera

³ Bobbio, N. (2010). *Estado, Gobierno y Sociedad, por una teoría general de la política*. México DF. FCE, 92.

⁴ Cf. Ayuso, M. (2005). *¿Ocaso o eclipse del Estado? Las transformaciones del derecho público en la era de la globalización*. Madrid. Marcial Pons, 33 y 36.

distinta los elementos esenciales de todas las organizaciones políticas (territorio, población, autoridad, etc.).⁵ Al respecto podemos decir junto con José María Medrano que estas notas esenciales pueden hallarse en múltiples entidades políticas que serían especies análogas o partes subjetivas de un concepto común universal de unidad política, que se ha conocido con distintos nombres a lo largo de la historia y que hoy llamamos Estado.⁶ Término 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”.⁷ Esto no quiere decir que Maquiavelo inventó la palabra, pues como dice el citado Bobbio, él mismo no hubiera podido utilizarla al comenzar su obra si la misma no existiera en el lenguaje de los siglos XV y XVI.⁸

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”.⁹ 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”,¹⁰ y por su parte, 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”.¹¹

Esto es el resultado de un reduccionismo de la razón moderna como plantea Benedicto XVI en Ratisbona, que reduce el conocimiento científico a la sinergia entre matemática y método empírico propio de las ciencias naturales, pero que no resulta apropiado para las ciencias prácticas, como la ética, la política o el derecho. Al respecto dice el politólogo chileno, Hugo Herrera: “Weber y Kelsen llegan a sus resultados a partir de una metodología que les impide trascender los hechos positivos entendidos según un modelo científico-natural. Allende estos hechos no habría propiamente ciencia, sino mera especulación. Más allá de los elementos determinables de modo científico-natural (población, territorio, poder, estabilidad, etc.), no habría otros que pudiesen ser incorporados en el concepto de Estado [...] esta manera de mirar las cosas no es propiamente filosófica, sino que es el resultado de la adopción de un método científico-natural para el estudio de una dimensión más rica en implicancias, el producto, en definitiva, de una reducción”.¹²

⁵ Cf. Jellinek, G. (1954). *Teoría General del Estado*. Buenos Aires. Albatros, 215 y sgtes.

⁶ Cf. Medrano, J. M. (2012). *Para una teoría general de la política*. Buenos Aires. Educa, 215.

⁷ Maquiavelo. *El Príncipe*. I.

⁸ Cf. Bobbio, N. (2010). *Estado, Gobierno y Sociedad, por una teoría general de la política*. Ob. cit., 86.

⁹ Weber, M. (2010). “Política y Ciencia”. En *Obras Selectas, Max Weber*. Buenos Aires. Distal, 408.

¹⁰ Kelsen, H. (1997). *El Estado como integración. Una controversia de principio*. Madrid. Tecnos, 22.

¹¹ Kelsen, H. (1973). *Teoría Pura del Derecho*. Buenos Aires. Eudeba, 74.

¹² Herrera Arellano, H. E. (2009). *¿De qué hablamos cuando hablamos de Estado? Ensayo filosófico de justificación de la praxis política*. Santiago de Chile. Instituto de Estudios de la Sociedad, 73.

Ahora bien, si esto fuera así, no entra en la moderna noción de Estado, ni la dimensión de justicia, ni la finalidad de bien común sustituida por la razón de Estado, o más bien la razón del poder de turno. Como ya decía San Agustín: “Desterrada la justicia, ¿qué son los reinos sino grandes latrocinios? Y estos, ¿qué son sino pequeños reinos?”,¹³ afirmación realizada en la *Ciudad de Dios* cuando cita la respuesta del pirata a Alejandro Magno, al decirle: [...] por sobresaltar el mar con un barco a mi me llaman ladrón, mientras que a ti, por hacerlo con una flota, te llaman emperador”.

Esto nos lleva a la cuestión de si a un Estado injusto se lo puede llamar propiamente Estado. Este es un problema similar a la cuestión de si el derecho injusto o la ley injusta puede ser llamado derecho o ley. Obviamente que para una concepción científicista-positivista como la descripta la respuesta es afirmativa porque el Estado es un medio para la obtención de cualquier fin, de la misma manera que el derecho o ley puede tener cualquier contenido y se reduce a un medio de control social mediante el monopolio de la fuerza por parte del Estado, como señalara Kelsen. Por otra parte, el Derecho Internacional que surge y se impone en la modernidad 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. Ahora bien, de ser así, ¿cómo se distingue a los Estados y a sus ordenamientos de otras agrupaciones que pueden tener el control territorial por medio de la fuerza, como sucede con la mafia o las organizaciones terroristas que incluso en algunos casos se apoderan de parte del territorio de Estados, o de Estados mismos? Al respecto, podemos agregar que el reconocimiento internacional no es un criterio filosófico que nos permite distinguir entre los Estados, sino más bien un hecho político, un mero *factum* motivado por la pretensión de lograr la estabilidad en las relaciones internacionales.¹⁴

Ahora bien, esto ha sido revisado en el pensamiento jurídico político actual, donde conforme a la fórmula de Radbruch en su crítica al positivismo, replanteada actualmente por Alexy, señala que *la injusticia extrema no es derecho*, por lo que una vez pasado el límite de tolerancia de la injusticia un sistema normativo deja de ser derecho y, por tanto, un Estado o más bien un gobierno pierde su legitimidad, aunque conserve su legalidad.¹⁵ En este contexto podemos ubicar la cuestión de las bases morales prepolíticas del Estado liberal que plantea *Habermas* en el conocido diálogo con *Ratzinger* en la Academia de Baviera. Allí el filósofo alemán comienza afirmando que la cuestión ya había sido formulada por Böckenförde en los años sesenta, cuando se preguntaba si un Estado liberal, secularizado, después de la completa positivación del Derecho, sigue admitiendo una justificación o legitimación secular, es decir, no religiosa sino posmetafísica de la estructuración del poder, o se está nutriendo de presupuestos normativos que él mismo no puede garantizar. En

¹³ San Agustín. *La ciudad de Dios*. Libro IV, capítulo 4.

¹⁴ Cf. Herrera Arellano, H. E. (2009). *¿De qué hablamos cuando hablamos de Estado? Ensayo filosófico de justificación de la praxis política*. Ob. cit., 72.

¹⁵ Cf. Radbruch, G. (1965). *Introducción a la Filosofía del Derecho*. México DF. FCE, pp. 44 y 51; cf. Alexy, R. (2004). “Acerca de la relación entre Derecho, Moral y punibilidad”. En Vigo, R. (coord.) (2004). *La injusticia extrema no es derecho, de Radbruch a Alexy*. México DF. Fontamara, 269.

otras palabras, si las tradiciones culturales y religiosas influyen en la justificación de las normas de un Estado secularizado que, por otra parte, se declara neutral en el plano moral y religioso.

Por otra parte, si nos remitimos a la concepción clásica muchos imaginan que la respuesta es rotundamente negativa, que un Estado injusto no es Estado, como un derecho injusto no es derecho. Sin embargo, hay que distinguir distintos matices, pues si bien el derecho es identificado con lo justo y por tanto la justicia es el criterio que filosóficamente permite distinguir entre Estados y entre derechos, se trata de una dimensión y un criterio que admite grados y que en la realidad la justicia nunca se da en forma plena y acabada, sino que convive con ciertas formas de injusticia propias de la imperfección de las realizaciones humanas. Como dice Casaubón: “[...] la filosofía y ciencia del derecho no necesitan descartar de su tratamiento, ni los ordenamientos relativamente injustos, ni siquiera los absolutamente injustos; y pueden hacerlo siempre que no den al nombre de derecho la misma acepción en los tres diversos casos. Por ello, no es necesario descartar el derecho natural, ni la nota de justicia como esencial al derecho, para que las disciplinas jurídicas, filosóficas o positivas tengan una amplitud objetiva tan grande como la tienen las posiciones que niegan lo uno o lo otro. Más aún, su amplitud es mayor, porque estudian también el derecho natural y lo justo *simpliciter*. Y tienen aún otra ventaja, jerarquizan debidamente los ‘objetos materiales’ que entran dentro de su especificante ‘objeto formal’, sin igualarlos en una gris e indiferente descripción de todos los órdenes normativos dotados de coactividad o de legitimidad positiva y coactividad. La jerarquía es: 1) derecho justo, o sea *simpliciter*; 2) derecho relativamente justo o *secundum quid* y 3) derecho injusto”.¹⁶ La misma clasificación podría hacerse del Estado. Por eso Aristóteles sostenía que “las cosas contrarias pertenecen a la misma facultad, como lo blanco y lo negro a la vista, y a la misma ciencia, como lo sano y lo enfermo a la medicina”.¹⁷ De la misma manera, la ciencia política y la ciencia jurídica, como el cultor de la política y del derecho, tienen que considerar las manifestaciones contrarias que pueden darse respecto de su objeto.

2. El Estado de Derecho moderno. Su desarrollo histórico

Luego de esta introducción al tema voy a concentrarme en la relación entre política y derecho en el Estado de Derecho moderno. Estos Estados modernos a los que nos referimos son los antecedentes de los actuales Estados nacionales. Aunque normalmente estas dos palabras y realidades van juntas no necesariamente tiene que ser así, ni la nacionalidad es por sí sola suficiente para dar cohesión a la unidad política del Estado, pues 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, *Estados sin nación*, como en el caso de la URSS en el siglo XX que cons-

¹⁶ Casaubón, J. A. “Estudio crítico sobre la lógica del ser y lógica del deber ser en la teoría egológica”. En *Ethos*, N° 2-3, 46.

¹⁷ Aristóteles, *Ética a Nicómaco*. Libro V. Lección I.

tituía un megaestado artificial construido sobre la realidad de distintas naciones, como quedó reflejado luego de su caída, o *Estados plurinacionales*, compuestos por varias nacionalidades, como el caso de España que, por ejemplo, hoy ve amenazada su unidad política por una pretensión separatista de Cataluña que perjudica tanto a España en general como a la propia Cataluña en particular, que quedaría reducida a una dimensión minúscula. Estados donde en su origen se produce la sustitución de la soberanía del rey por la soberanía nacional. De esta manera, en el marco de los Estados nacionales 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 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*).¹⁸

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 commune*, en la concepción tradicional, al derecho nacional o estatal. En *teoría*, el primero se somete a la regulación del segundo, o sea, el Estado al Derecho entendido sobre todo como 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.

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

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 Habeas corpus de 1679), donde el verdadero factor de unidad que constituye el *common law* son los jueces y no los príncipes y los legisladores.

2) Este modelo se va a extender a *América*, donde los derechos individuales son reconocidos tanto por la Declaración de la Independencia de 1776 como por la

¹⁸ Cf. Zagrebelsky, G. (1995). *El derecho dúctil*. Madrid. Trotta, 21.

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 los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y la Constitución de 1791, donde siguiendo el modelo roussonian, 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 (*legicentrismo*) que debía 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, como el señalado anteriormente. 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 el 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 ley.¹⁹

Así podemos distinguir en la modernidad dos procesos simultáneos de positividad de lo jurídico, no ajenos a su politización: 1) la *constitucionalización* con la supremacía de los derechos naturales convertidos en constitucionales y su garantía justamente por la Constitución y los jueces en el *modelo americano*; 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 dan en llamar *Estado Legal de Derecho* (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 el interno que se da dentro de los límites del propio Estado, como el internacional, que surge de las relaciones entre los distintos Estados, tiene su fuente cuasiexclusiva

¹⁹ Cf. Fioravanti, M. (1996). *Los derechos fundamentales*. Madrid. Trotta.

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.

Esto 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.

Es así que en la actualidad, en el marco del proceso de *globalización* en que nos encontramos inmersos, sobre todo a partir del cambio del escenario mundial debido a la caída de URSS, donde se produce el fin de la bipolaridad (Este-Oeste), pasando de la unipolaridad (USA) a la multipolaridad (USA, Europa, China, Japón, etc.), se cuestiona si los Estados nacionales tal como hoy los conocemos pueden subsistir en un mundo interconectado mediante relaciones que trascienden sus fronteras y sus regulaciones, como sucede por ejemplo con internet o con los mercados. Teniendo en cuenta que la globalización se da primariamente en las relaciones económicas fruto de la revolución tecnológica, más que en las relaciones políticas o jurídicas, donde la integración política o la regulación jurídica siempre van a posteriori y no sin dificultad. Así se van a dividir las aguas entre los que vaticinan el final de los Estados nacionales y aquellos que los consideran los principales actores de la globalización, donde a la *globalización* en su relación con lo local propio de los Estados algunos la llaman *glocalización*.²⁰

Simultáneamente a la uniformidad de los sistemas (económico y de las comunicaciones), en el mundo globalizado se plantean tensiones *ad extra* y *ad intra* de los Estados nacionales, entre la pluralidad de las culturas y en el núcleo de estas entre las religiones, lo que hace necesaria la existencia de un auténtico diálogo intercultural e interreligioso a fin de alcanzar y garantizar aquellos bienes y valores comunes a todos los hombres, como la dignidad humana, los derechos y deberes humanos, la paz mundial, el desarrollo integral, la protección del medio ambiente, etc. Justamente este diálogo intercultural e interreligioso es uno de los ejes que *Francisco* ha planteado para su Pontificado, como puede verse en su reciente exhortación apostólica *Evangelii Gaudium*: “Este diálogo interreligioso es una condición necesaria para la paz en el mundo, y, por lo tanto, es un deber para los cristianos, así como para otras comunidades religiosas [...] En este diálogo siempre amable y cordial, nunca se debe descuidar el vínculo esencial entre diálogo y anuncio, que lleva a la Iglesia a mantener e intensificar las relaciones con los no cristianos. Un sincretismo conciliador sería en el fondo un totalitarismo de quienes pretenden conciliar prescindiendo de

²⁰ Cf. Abéles, M. (2012). *Antropología de la globalización*, Buenos Aires. Del Sol, 134 y sigs.

valores que los trascienden y de los cuales no son dueños [...] Los creyentes nos sentimos cerca también de quienes no reconociéndose parte de alguna tradición religiosa buscan sinceramente la verdad, la bondad y la belleza, que para nosotros tienen su máxima expresión y su fuente en Dios. Los percibimos como preciosos aliados en el empeño por la defensa de la dignidad humana, en la construcción de una convivencia pacífica entre los pueblos y en la custodia de lo creado. Un espacio peculiar es el de los llamados nuevos *Areópagos*, como el *Atrio de los Gentiles*, donde creyentes y no creyentes pueden dialogar sobre los temas fundamentales de la ética, del arte y de la ciencia, y sobre la búsqueda de la trascendencia. Este también es un camino de paz para nuestro mundo herido”.²¹

Ahora bien, la solución a estas dificultades no se alcanza con la simple desaparición de los Estados nacionales y su sustitución por algún modo de Estado mundial que replique a escala planetaria el modelo de concentración del poder propio del Estado moderno, sino, por el contrario, más bien la globalización y la comunidad internacional deben regirse por los *principios de subsidiariedad y solidaridad*, mediante una ordenada descentralización de jurisdicciones y competencias reguladas a partir de un *ius commune* como es el *ius gentium* (en parte natural y en parte positivo) como derecho internacional por encima de los derechos estatales y nacionales pero complementado con estos. En otras palabras, la integración política (y jurídica) de los pueblos debe realizarse, por un lado, verticalmente de abajo hacia arriba y no al revés (*subsidiariedad*), mientras que, por otro lado, también debe realizarse horizontalmente codo a codo (*solidaridad*).

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*, que constituye el núcleo del nuevo paradigma del *Estado Constitucional de Derecho*, que ha sustituido al Estado Legal de Derecho propio de la modernidad. Este *Derecho Internacional de los derechos humanos* constituido en *ius cogens* como derecho imperativo 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 otro lado deben incorporarlo como parte fundamental del mismo, lo que constituye una verdadera transformación de la noción de soberanía nacional en el plano jurídico.

En este nuevo paradigma del Estado Constitucional de Derecho (hoy vigente incluso allende Europa, donde nació) se produce una *constitucionalización de todo el derecho*, tanto público como privado (hoy cualquier cuestión jurídica se convierte en una cuestión constitucional, como una especie de derrame). Al mismo tiempo se produce una *internacionalización del Derecho constitucional*, con la incorporación a la Constitución 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 a 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

²¹ Francisco. *Evangelli Gaudium*. 250, 251 y 257.

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 internacional.²² Ahora bien, si la idea de los derechos humanos nace como límite del poder de los Estados, la cuestión crucial es ¿quién fija los límites a estos nuevos poderes supranacionales?

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. 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 status 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”.²³

3. Algunas reflexiones finales

Como dice Innerarity para referirse a la modernidad: “[...] 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

²² Cf. Carrillo Salcedo, J. A. (1999). *Dignidad frente a barbarie - la Declaración Universal de Derechos, cincuenta años después*. Madrid. Trotta, 102.

²³ De Asís, R. (2000). *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*. Madrid. Dykinson, 57.

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”.²⁴

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, pretende armonizar ambas.²⁵

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, tanto individual como social o política, tal como lo plantea en su proyecto cosmopolita de *Paz Perpetua*. 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 convertidos en principios a través del pacto fruto de la autonomía de la voluntad.

Justamente estos derechos que surgen de los pactos constituyen los principios y el eje del nuevo paradigma del Estado de Derecho Constitucional que viene a reemplazar al llamado Estado de Derecho Legal positivista y formalista. Algunos autores, como Dworkin o Alexy, distinguen entre principios y normas, diferenciándose del positivismo de estricta observancia que identificaba al derecho como un sistema cerrado de normas positivas. A diferencia de las normas que se identifican por su origen o *pedigree* en cuanto han sido sancionadas por el órgano competente y mediante el procedimiento formal correspondiente, los principios valdrían, como

²⁴ Innerarity, D. (1989). *Dialéctica de la modernidad*. Madrid. Rialp, 30.

²⁵ Cf. Leocata, F. (2003). “Las ideas iusfilosóficas de la Ilustración”. En AA VV. *La Codificación: raíces y prospectiva - El Código Napoleón*. Buenos Aires. Educa, 63.

dice Dworkin, por el peso de su contenido, que debe ponderarse para su adecuada interpretación y aplicación. Así Alexy distingue, por una parte, entre los *mandatos definitivos* (normas) 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 y, por otra parte, los *mandatos de optimización* (principios) 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). Dentro de las corrientes más importantes del neoconstitucionalismo (Ferrajoli, Zagrebelsky, etc.), a su vez, 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 sucedáneo.

Ahora bien, el problema de todas estas corrientes, ya sea de raíz empirista (Dworkin), neokantianas (Alexy, Habermas, Rawls, etc.) o neoconstitucionalistas (Ferrajoli, Zagrebelsky, etc.) es la justificación o fundamentación de los principios. No vamos a discutir la importancia que tienen los derechos humanos y los procedimientos en el mundo actual y que puede considerarse un avance o progreso frente a modelos positivistas y formalistas, pero ¿son verdaderos principios? En otras palabras, 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? La respuesta es que no, pues mientras que estos últimos se fundan en la estructura misma de la realidad y en la evidencia de su conocimiento en el plano principal, lo que funda a su vez la estructura noética de todo conocimiento posterior, aquellos más que principios (evidentes o derivados inmediatamente de principios evidentes) son más bien *postulados* proclamados como tales por razones ideológicas, políticas o de estructura gnoseológica, como sucede con el apriorismo de raíz kantiana. A diferencia de los principios, los postulados no se justifican ni se fundamentan sino que justamente se postulan o proclaman y a partir de ellos se pretende fundar toda la estructura posterior. Todo esto tiene una consecuencia sumamente trascendente, pues al no tener que justificarse pueden postularse nuevos sin límite como sucede con algunos “derechos humanos” creados o inventados a partir del dogma de la autonomía de la voluntad sin que respondan a la intrínseca estructura y dinámica del ser humano.

En realidad, los derechos humanos existen como una dimensión esencial del ser humano y como tal deben ser protegidos, y esto hay que decirlo para que no quede lugar a equívocos, pero no son en sí mismos principios fundantes, sino más bien fundados. Si fueran fundantes en sí mismos no tendría sentido plantearse la cuestión central del fundamento de los derechos humanos. Ahora bien, este fundamento no puede ser el mero consenso, 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. 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 al otro (alteridad). 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 sostiene Kaufmann, sino que más bien son válidos en tanto y en cuanto estos procedimientos 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 y responden a la misma naturaleza racional y política del hombre.

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 esta idea clásica del derecho natural para aplicarla al 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.

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* la *dignidad intrínseca de la persona humana*, tanto en su dimensión individual como social, en su sustancialidad y en su relacionalidad (en el caso de las personas divinas, que serían las personas en sentido estricto o *per se primo*, se trata de relaciones sustanciales en trinitaria comunión, de las que las personas humanas serían persona no *per se primo* sino por participación en su limitada condición), 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 internacional (organizadas subsidiaria y solidariamente), constituyendo el fin común tanto de la política como del derecho que vincula ambas dimensiones y justifica tanto la politicidad del derecho como la juridicidad de la política.