

Instituto de Estudios Filosóficos  
“Santo Tomás de Aquino”  
UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA  
Facultad de Derecho  
BUENOS AIRES – REPÚBLICA ARGENTINA



SEMINARIO DE METAFÍSICA – 2025  
LA TRADICIÓN CONSTITUTIVA Y LA CRISIS DE NUESTRA CIVILIZACIÓN  
Instituto de Estudios Filosóficos “Santo Tomás de Aquino”  
(Buenos Aires, República Argentina)

REUNIÓN N° 12  
19-6-25

*El derecho en la tradición central de occidente y su desnaturalización*

Acta a cargo de la Dra. Lucila Adriana Bossini

Asistentes presenciales: Daniel Alioto, Daniel Herrera, Guillermo García, Julio Lalanne, Albano Jofré.

Asistentes virtuales: Félix Lamas, Belen Masci, Lucila Adriana Bossini, Ignacio Gallo, Carlos Arnossi, Carlos Barbé, Ramiro Suárez Fromm.

**Exposición del Prof. Dr. Daniel Alejandro Herrera:**

EL DERECHO EN LA TRADICIÓN CENTRAL DE OCCIDENTE Y SU  
TRANSFORMACIÓN EN LA MODERNIDAD

Publicado en Prudentia Iuris N° 76. Diciembre 2013

Por tradición central de occidente entendemos aquella que surge del encuentro de la filosofía griega, el derecho romano y la Fe cristiana (incluyendo su antecedente hebreo veterotestamentario) que con la caída del imperio romano y la evangelización de los pueblos bárbaros (que aportan el componente germánico) va a dar origen a Europa que se constituye en el centro de la cultura de occidente desde el cual con el correr de los siglos y sin perjuicio de algunas transformaciones a la que nos referiremos se va a expandir hacia el resto del mundo. Expansión no exenta de conflictos o enfrentamientos con otras civilizaciones como el caso del Islam fundamentalmente o de las milenarias culturas orientales, a diferencia de lo ocurrido en América, África y Oceanía donde no existían culturas desarrolladas salvo algunas excepciones como podrían ser los aztecas en México o los incas en Perú con un grado mayor de desarrollo cultural, sin perjuicio de algunos rasgos inhumanos como el caso de los sacrificios cruentos de seres humanos. Como dijo Benedicto XVI ante el Parlamento Alemán: “La cultura de Europa nació del encuentro entre Jerusalén, Atenas y Roma; del encuentro entre la fe en el Dios de Israel, la razón filosófica de los griegos y el pensamiento jurídico de Roma. Este triple encuentro configura la íntima identidad de Europa. Con la certeza de la responsabilidad del hombre ante Dios y reconociendo la dignidad inviolable del hombre, de cada hombre, este encuentro ha fijado los criterios del derecho; defenderlos es nuestro deber en este momento histórico”<sup>1</sup>.

#### 1. El derecho en la tradición central de occidente

En este marco cultural nace y se desarrolla el derecho que nos va a llegar hasta nuestros días, sin perjuicio de las transformaciones y revoluciones a las que nos referiremos en su proceso de transformación que constituye el tema central de esta disertación. Así en la TCO el derecho será lo que para Aristóteles era el *to-dykayon*, para los romanos el *ius/tum* y para Tomás de Aquino la *ipsa res iusta* (la misma cosa justa). Al respecto dice Tomás de Aquino: “los juristas (romanos) llaman *ius/tum* (derecho), a lo mismo que Aristóteles denomina *to-dykaion* (lo justo). Isidoro expone en el libro de las Etimologías, que se dice derecho como si se dijera lo justo”<sup>2</sup>. Justamente, Tomás de Aquino va a constituir el momento cumbre de esta tradición que en la famosa cuestión 57 hace del *ius/tum* (lo justo) el objeto de la justicia (en el que termina el acto de justicia) y su relación con la ley como cierta razón del mismo (*ratio iuris*), el eje central

de la concepción analógica del derecho, por la cual puedo llamar derecho (ius), tanto a la misma cosa justa, como a la ley o al arte de discernir lo justo de lo injusto. De esta manera, el derecho o ius es tanto objeto de la justicia (lo igual), como de la prudencia, al ser la ley un acto de esta (lo legal), que coincide con la definición de Aristóteles del *to-dykaion* como *to-nomykon* (lo legal) y *to ison* (lo igual), al ser al mismo tiempo un medio real (en tanto objeto de la justicia, su medio se establece en referencia a otro y no al propio sujeto como sucede en el resto de las virtudes) y un medio de razón (en tanto objeto de la prudencia, al ser esta la virtud que rectifica a la razón en su función práctica). 1Benedicto XVI, Discurso ante el Parlamento alemán, 22 de septiembre de 2011. [www.vatican.va](http://www.vatican.va) 2Tomás de Aquino, Comentario a la ética a Nicomaco de Aristóteles, libro V, lección XII En consecuencia, el acto de justicia de dar a cada uno lo suyo es un acto segundo respecto a la determinación del ius como acto primero, dado que no puedo dar al otro lo suyo, si primero no conozco que es lo suyo (ius) del otro. Al respecto dice Josef Pieper: “La justicia es algo segundo. La justicia presupone al derecho. Si algo se le debe a un hombre como suyo, el hecho mismo de que tal se le deba no es en sí obra de la justicia (...) Por lo que a mí respecta, no tengo el menor reparo en confesar que he tardado años en obtener clara luz sobre el particular. Pues al cabo de tan dilatado tiempo alcancé a comprender por qué en la Summa theologica el tratado de la justicia va precedido de una cuestión especial ‘sobre el derecho’ que rompe el orden sistemático habitualmente seguido en el estudio de otras materias”<sup>3</sup>. A su vez, Pieper se apoya por una parte en la famosa tesis con que Santo Tomás comienza su tratado de la justicia: el derecho es el objeto de la justicia <sup>4</sup>, por tanto su estudio y consideración precede a la justicia. Mientras que por otra parte también se remite a otro texto del Aquinate en la Suma contra Gentiles, 2,28: “Siendo el acto de justicia dar a cada uno lo que es suyo, al acto de la justicia precede otro acto por el cual alguien se apropia de algo, según consta por las cosas humanas, pues uno trabajando merece que se convierta en suyo lo que el retribuyente le da por acto de justicia. Por tanto, aquel acto por el cual, en un principio, alguien se apropia de algo, no puede ser acto de justicia”<sup>5</sup>. Ahora bien, el problema de la determinación de lo justo (ius/tum) nos lleva a la cuestión de su fundamento. Allí tanto Aristóteles, como el derecho romano y Tomás de Aquino distinguen entre lo justo determinado por la naturaleza de las cosas humanas (lo justo o derecho natural) y lo justo determinado por convención pública o privada (lo

justo o derecho positivo), más allá que en Tomás a diferencia de los anteriores esta distinción se extiende e integra analógicamente con la analogía de la ley en cuanto ratio iuris, que abarca desde las leyes humanas (positivas) hasta su fundamento último en la ley eterna y su participación en el hombre (ley natural). Extensión e integración por la cual podemos ir desde el ius (lo justo natural o positivo) a su ratio iuris (la ley natural o positiva) y volver desde la ratio iuris al ius. De esta manera, como dice Lamas el derecho natural (lo justo natural y su fundamento en la naturaleza del hombre expresada en la ley natural) es el principio o fundamento de validez por el cual todo el derecho (tanto natural como positivo) adquiere valor, así como el derecho positivo (tanto consuetudinario como convencional o legal) es su principio de concreción y vigencia por el cual todo el derecho (tanto natural como positivo) adquiere vigor en su dimensión espacio-temporal<sup>6</sup>. Sobre ambos encontramos la ley eterna que es Dios mismo en cuanto razón última y fundamento de todo lo demás. En consecuencia, podemos ver la equivalencia entre naturaleza y razón. Todo obrar humano se orienta a un fin (telos), que tiene razón de bien, y que descubrimos por la razón en la propia naturaleza humana como principio de operaciones en orden al fin. Así podemos apreciar también la equivalencia de los principios *Katá phýsyn* (obrar conforme a 3Pieper, Josef, "Las virtudes fundamentales" (1980), Madrid, Rialp, p. 89-90. 4Cf. S. Tomás de Aquino, S.Th. II-II, 57, 1. 5S. Tomás de Aquino, S.C.G., 2,28 (1952), Madrid, B.A.C., p. 430. 6Cf. Lamas, Félix Adolfo, "La Experiencia jurídica" (1991), Bs. As, IEFSTA, p. 528. la naturaleza) y *Katá lógon* (obrar conforme a la razón), pues la naturaleza y la razón en el hombre no se separan, ni se oponen, sino que se implican recíprocamente por ser el hombre naturalmente racional. Por lo cual obrar conforme a la razón (recta) es obrar conforme a la naturaleza (criterio de rectitud de la razón). Cicerón ya decía hace muchos siglos que la naturaleza del derecho debíamos buscarla en la naturaleza del hombre, y ésta justamente es racional (lo que nos permite distinguirnos de los otros seres irracionales) y también política como anteriormente había señalado Aristóteles. El hombre es un animal político (zoom politikon) porque es un animal racional (zoom logotikon). Un caso especial lo constituye el *ius gentium* que los romanos habían desarrollado como aquel derecho común a los romanos y extranjeros, para distinguirlo de aquel (civil) propio de los ciudadanos romanos. En cuanto a su estatuto se discute si es derecho natural, como parece en Gayo al identificarlo con lo que la razón natural ha

establecido entre todos los hombres<sup>7</sup>, o se distingue del derecho natural reservado a lo que es común a todos los animales como señala Ulpiano, en su clásica división tripartita entre derecho natural, de gentes y positivo, después tomada por Isidoro<sup>8</sup>. Al respecto interpretando concordantemente lo sostenido en el tratado de la justicia incluido en la Suma Teológica (2<sup>a</sup> 2<sup>a</sup>, Q 57,2 y 3) y en el comentario a la Ética a Nicomaco de Aristóteles (L. V, Lecc. 12), se puede concluir que para el aquinate el *ius gentium*, sin perjuicio que puede ser positivizado o instituido, es derecho natural, pero no derecho natural, considerando la cosa absolutamente y en sí misma, como sucede con aquellas cosas de su naturaleza humana genéricamente animal, sino más bien, es derecho natural considerando las cosas en las consecuencias que se siguen de ella, y esta ilación es propia de su naturaleza específicamente racional. Por su parte, en la perspectiva propia del tratado de la ley, el *ius gentium* no es utilizado en el sentido propio que vimos en el párrafo anterior, sino más bien en el sentido de *lex gentium*, como ley de los pueblos o regla común que sería la *ratio iuris* del *ius gentium* propiamente dicho. En este caso ubica a la *lex gentium* como ley humana (que la divide en ley civil y ley de los pueblos), lo que de alguna manera parecería que se inclinaría por la positividad de la *lex gentium*. Ahora bien, en este sentido afirma que es propio de la ley humana el derivarse de la ley natural y esto puede hacerse de dos maneras, ya sea por vía de conclusión o por vía de determinación. Mientras que la *lex gentium* (ley de los pueblos) se refiere a la derivación vía *conclusionis* (semejante a lo que sucede en las ciencias especulativas) cuya fuerza no le viene solamente de la ley humana que la recepta, sino fundamentalmente de la ley natural de la que se deduce; la *lex civile* (ley civil) se trataría de una derivación vía *determinationis* (semejante a lo que sucede con las artes), que tiene su fuerza de la sola ley positiva<sup>9</sup>. En consecuencia, si bien la *lex gentium* es una subdivisión de la ley humana que se distingue de la *lex civile*, es parte de la ley natural en cuanto que como conclusiones participa de la misma naturaleza de los principios de los que se deduce, aunque se distingue <sup>7</sup> Cf. Gaius, *Institutas*, 1. <sup>8</sup> Cf. Ulpiano, *Digesto*, 1,1,1,4.1 <sup>9</sup>Cf. Tomás de Aquino, *S.Th.* I-II, 95, 4. de estos que en sí mismos constituyen el núcleo de la ley natural. Esto es así, sin perjuicio de su posible positivación, por lo cual es natural *per se* y positivo *per accidens*. A diferencia de la ley civil que es específicamente positiva, o sea, positiva *per se*, al ser una determinación particular a partir de los principios naturales comunes, que realiza prudencialmente el

legislador positivo. De la misma manera establece la derivación (por vía de conclusión o determinación) en el comentario a la *Ética a Nicomaco*<sup>10</sup>. En suma, si interpretamos en forma conjunta ambas perspectivas, o sea, tanto la perspectiva de la justicia y de su objeto, el *ius*, como la perspectiva de la ley como *ratio iuris*, podemos apreciar una absoluta armonía. Pues para Santo Tomás por un lado el *ius gentium* es derecho natural, pero no tomadas las cosas justas en modo absoluto y en sí mismas, sino en sus consecuencias a las que llega a través de un razonamiento (por vía de conclusión) y por otro lado, la *lex gentium* es también natural en tanto que como conclusiones cercanas que se siguen de los principios participa de la naturaleza de estos, pero al mismo tiempo se distingue de la ley natural propiamente dicha que como tal se circunscribe a los principios mismos. En consecuencia, la *lex gentium* entendida en este sentido es como dijimos la *ratio iuris* del *ius gentium*. 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 comentaristas, más allá de algunas imprecisiones y contradicciones respecto al estatuto del *ius gentium* en los juristas medievales entre el siglo XI y XIII (Irnerius, Accursio, Pedro de Ballapertica, entre otros), que justamente Tomás de Aquino viene a aclarar<sup>11</sup>. Esta situación se va a mantener hasta el siglo XVI con la aparición del humanismo que traslada su epicentro a Francia y propone una vuelta al derecho romano clásico (*mos gallicus*), distinguiéndose del que sostiene la tradición del *corpus iuris* y de sus glosas y comentarios con epicentro en Italia (*mos italicus*). También en el siglo XVI el *ius gentium* va a ser clave en la segunda escolástica o escolástica española como fundamento del naciente derecho internacional con posterioridad a la división de Europa producida por la reforma y al descubrimiento del nuevo mundo. Más fiel a Tomás en la escuela de Salamanca de la orden dominicana (Vitoria, Soto) y más independiente aunque no separada de Tomás los jesuitas (Molina y especialmente Suárez). En este último, el *ius gentium* va a dejar de ser natural transformándose en derecho positivo, pues la ley natural afirma Suárez es la que tuvo su origen no en la opinión de los hombres, sino en la evidencia natural, como dijo Cicerón. Por lo tanto, Toda ley, que no se origina de ese modo, es positiva y

humana. Y el derecho de gentes es de esa clase por haber surgido no en virtud de una evidencia natural, sino por conclusiones probables y común estimación de los hombres<sup>12</sup>. 10 Cf. Tomás de Aquino, Comentario a la ética a Nicomaco de Aristóteles, libro V, lección XII. 11 Cf. Carpintero, Francisco, “La ley natural, historia de un concepto controvertido”(2008), Madrid, Ediciones Encuentro, p. 37 y sigtes. 12 Cf. Suárez, Francisco, De Legibus, II, 19,4. “Para resolver esta cuestión –dice Suárez – yo brindo la siguiente solución. Los preceptos del derecho de gentes se diferencian de los preceptos del derecho civil en que no están formados por leyes escritas sino por costumbres, no de este o aquel Estado o país, sino de todas o casi todas las naciones. Porque el derecho humano es de dos clases, escrito y no escrito, como indican los textos jurídicos citados y luego veremos. Ahora bien, es evidente que el derecho de gentes no es escrito, y, por consiguiente, en esto se diferencia de cualquier derecho civil escrito, incluso del derecho imperial y común. El derecho no escrito, por otra parte, está formado por costumbres; y si ha sido establecido por las costumbres de un solo pueblo y a él solo obliga, sigue siendo derecho civil. Si, por el contrario, ha sido establecido por las costumbres de todos los pueblos y a todos obliga, ese creo que es el derecho de gentes propiamente dicho. Se diferencia del natural en que se basa en las costumbres más que en la naturaleza; y se distingue del civil, por su origen, fundamento y universalidad, de la forma que hemos explicado”<sup>13</sup>. Ahora bien, como veremos a continuación, Suárez es un puente entre la vía clásica común a la TCO y la vía moderna que originándose en el seno de la misma da lugar a su transformación.

## 2. Su proceso de transformación

Hasta aquí hemos desarrollado los aspectos fundamentales del derecho en la TCO, en el cual se destaca su realismo y racionalidad. A partir de este momento vamos a iniciar el proceso de su transformación. Este realismo y racionalidad se va perdiendo cuando en la vía moderna se produce un giro al voluntarismo, por el cual el derecho deja de ser lo ordenado por la razón al bien común, para pasar a ser un producto de la voluntad, un poder, ya sea del gobernante (que se expresa en la ley como moderna noción de derecho objetivo), ya sea del individuo (que se expresa en la potestad como moderna noción de derecho subjetivo). En otras palabras, en la modernidad se produce un corrimiento o desplazamiento de la

noción del derecho desde la misma cosa justa como objeto de la justicia y de la prudencia, hacia la ley por un lado y hacia el derecho subjetivo por el otro. En el primer caso, simultáneamente también se produce un giro desde la noción clásica de ley como ordenamiento de la razón al bien común, hacia la noción moderna como poder de la voluntad del legislador<sup>14</sup>. De la misma manera, el derecho subjetivo deja de ser aquello que le corresponde al sujeto según justicia, para pasar a ser el poder de la voluntad del individuo. Por eso no es casual que el voluntarismo político y jurídico tenga su origen en un previo voluntarismo teológico como el que propugna Guillermo de Occam (con quien para algunos comienza la vía moderna) al mostrar a Dios como un gran mandón que si quisiera podría abolir no sólo los preceptos de la segunda tabla (los mandamientos hacia el prójimo), sino incluso los de la primera tabla (los mandamientos hacia Dios mismo), mandando odiarlo y en ese caso sería bueno hacerlo, a diferencia de Scoto que solamente admite la dispensa de los mandamientos de la segunda tabla<sup>15</sup>. De esta manera se lleva la contradicción misma hasta Dios, oponiendo su voluntad a su inteligencia, su querer a su

13 Suárez, Francisco, *De Legibus*, II, 19,6. 14 Cf. Bastit, Michel, “El Nacimiento de la ley moderna” (2005), Buenos Aires, Educa. 15 Cf. Kalinowski, Georges, *El problema de la verdad en la moral y en el derecho* (1979), Buenos Aires, Eudeba, p. 7. logos. Pero en Dios no puede haber ni dicotomía (en virtud de su simplicidad y perfección), ni sucesión (por un antes y un después) entre su conocer y su querer, sino más bien unidad y simultaneidad (si se me permite usar este término analógicamente porque la simultaneidad se refiere a lo que se da al mismo tiempo en el orden temporal, en tanto que en Dios su conocimiento es eternamente consustancial con su Ser y con su Amor). En suma, la Palabra como conocimiento divino y el Amor como querer divino se dan en la unidad trinitaria del Ser mismo de Dios, sin perjuicio de la distinción de personas o hipóstasis. De esta manera, Padre, Hijo y Espíritu Santo expresan unidos y consustancialmente el Ser, el Conocer y el Amor de Dios. Ahora bien, esta contradicción, esta dicotomía si puede darse en el hombre cuando su voluntad se “independiza” de su razón, cuando su querer se “libera” de su conocer, en última instancia cuando su poder se separa de su verdad, de la verdad del hombre y de

su fundamento en la Verdad de Dios. Efectivamente es también en Occam cuando se produce el mismo giro voluntarista respecto al derecho (a propósito de la famosa querrela de la pobreza), que deja de ser aquello que es justo, para pasar a ser un poder de la voluntad, una potestas, aunque todavía sometida al poder de Dios (potestas divina), ligadura de la que el hombre se va a liberar posteriormente en virtud de un falso humanismo secularista y laicista (no todo humanismo necesariamente lo es). Es conocida la influencia de Occam, a través de otros nominalistas menores (Juan Driedo, Juan Gerson y Gabriel Biel) sobre Suárez que sin desconocer la analogía del derecho corre su eje desde la ipsa res iusta al derecho subjetivo como poder moral de la voluntad sobre aquello que le pertenece o le es debido. Dice Suárez: "según el último y más estricto significado de derecho (ius), suele darse con toda propiedad este nombre a cierto poder o facultad moral que cada uno tiene sobre lo que es suyo o sobre lo que se le debe. En este sentido decimos que el dueño de una cosa tiene derecho sobre ella, y que el trabajador tiene derecho al salario, y por ello afirmamos que es merecedor de su paga"<sup>16</sup>. Por su parte respecto de la analogía de la ley hay también un corrimiento o desplazamiento del eje analógico desde la ordenatio rationis de Tomás al preceptum commune suareciano, entendido como en el caso anterior, también como potestas, en tanto, poder de la voluntad de quien detenta la autoridad por la cual puede obligar a modo de imperio externo a aquellos que se encuentran sometidos a ella. A diferencia de Tomás para quien el acto de imperio es de la razón en su especificación formal con participación de la voluntad en su eficiencia en orden a la ejecución, para Suárez el acto de imperio es propiamente de la voluntad, aunque supone el acto previo de la razón. Es también conocida la influencia de Suárez sobre Grocio y a través de él en todo el derecho natural racionalista con el que comienza el proceso de secularización del derecho con la hipótesis grociana etiamsi daremus por la cual el derecho natural existiría aun en el caso (falso y que no podemos afirmar sin grave pecado) de que Dios no exista o no se ocupe de las cosas humanas. En realidad, Grocio no es el creador de la hipótesis que ya existía en el medioevo (Gregorio de Rimini, Gabriel Biel, etc.) y era conocida en la segunda escolástica (Vittoria, Soto, Molina, Suárez, Gabriel Vázquez, entre otros), pero si se ha

transformado vaya a saber por qué razones en un hito que dio lugar a su gran difusión. Así 16 Suárez, Francisco, *De Legibus*, I, II, 1,5. ya en Grocio podemos encontrar distintas acepciones del término derecho entre las que se destacan aquella que lo identifica con la ley y otra con el derecho subjetivo. Ahora bien, Grocio fue una figura de transición entre la tradición clásica (que recibe a través de la segunda escolástica, fundamentalmente de Suárez) y el pensamiento moderno (de matriz racionalista cartesiana), donde este segundo se va acentuar en autores como Puffendorf y sobre todo en Wolff. Ya metidos totalmente en la modernidad llegamos al contractualismo individualista que identifica el derecho con los derechos individuales como poderes del individuo en estado de naturaleza que son incorporados a través de la autonomía de la voluntad al contrato social por el cual al mismo tiempo se constituye la sociedad y se garantizan estos derechos. Al respecto dice Daniel Innerarity: “La ruptura moderna entre razón y naturaleza (recordemos su equivalencia en la concepción clásica) 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.”<sup>17</sup>. En este plano se produce la sustitución del concepto clásico 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<sup>18</sup>. 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. 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), 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 de cada uno a través del pacto. Sin embargo, es recién cuando el voluntarismo se une al positivismo filosófico y jurídico, fruto del reduccionismo de la razón moderna a lo empíricamente verificable y su sinergia con el pensamiento matemático, como refleja la ley de los tres estados comtiana o el proceso de desencantamiento weberiano, que el derecho se convierte en un poder separado de la racionalidad, que excluye la atribución a las normas de los valores de verdad y falsedad. El verdadero padre de esta unión del voluntarismo y el positivismo es Hobbes y su correlato en el continente es Rousseau, a diferencia de Locke donde se da una versión más moderada que trata de combinar la noción clásica de *natura hominis* con la noción moderna de *homo in natura*. 17 Innerarity, Daniel: "Dialéctica de la modernidad" (1989). Madrid, Ed. Rialp, p. 30. 18 Cf. Leocata Francisco, "Las ideas iusfilosóficas de la ilustración", publicado en "La Codificación: Raíces y prospectiva-El Código Napoleón"(2003), Bs.As., Educa, p. 63. Este contractualismo voluntarista e individualista va a ser una de las fuentes del moderno Estado de derecho que a través de los procesos revolucionarios (siglos XVII, XVIII y XIX) va a reemplazar a los estados absolutos (no al régimen medieval anterior) que surgen en Europa como resultado de la desmembración del imperio, de la pérdida de la unidad de la Fe a partir de la reforma y de las guerras de religión que culminaron en la tolerancia recíproca establecida en la paz de Westfalia de 1648. Estos Estados son los antecedentes de los modernos estados nacionales (aunque muchas veces van juntas puede haber naciones sin estado como sucedió mucho tiempo con la nación judía en la diáspora hasta la creación del Estado de Israel en 1948 y estados sin nación como en el caso de URSS en el siglo XX que constituía un megaestado artificial construido sobre la realidad de distintas naciones, como quedó reflejado luego de su caída) donde se produce la sustitución de la soberanía real por la soberanía nacional. En el Estado absoluto el rey hacía la ley (*rex facit legem*) sin perjuicio de estar sometido a ciertas reglas y tradiciones, en cambio en el Estado de derecho la ley hace el régimen (*lex facit regem*). En consecuencia, el Estado de derecho es un fenómeno moderno en el que se ve la íntima relación que existe entre lo político y lo

jurídico, pues confluye la moderna realidad política (Estado), como un constructo, un artificio, con la realidad jurídica (Derecho) que pasa del ius comune al derecho nacional o estatal. Mucho se habla de la relación o separación entre moral y derecho, sin embargo muchas veces no sucede lo mismo con la relación entre lo político y lo jurídico. Ahora bien, quiero aclarar que esta relación no comienza en la modernidad, sino que 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 como es en la TCO. Por eso Aristóteles concreta la justicia en lo justo político que parte es natural y parte convencional y así es también en el derecho romano propio de la civitas romana, como en la ciudad medieval donde el poder estaba fraccionado y dividido entre un gran número de sujetos a lo largo de la escala jerárquica en una descentralización de competencias y derechos recíprocos, donde nadie tenía todo el poder, todo el tiempo y en todo el territorio. En cambio en la modernidad lo político se centra en la nueva realidad del Estado 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 se reduce exclusivamente a la positividad, al solo derecho positivo, como luego lo va a proclamar el dogma positivista. En teoría el primero se somete a la regulación del segundo, o sea, el Estado al Derecho entendido sobretudo 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.

En cuanto al origen histórico del Estado de Derecho moderno o liberal en el marco de los procesos revolucionarios anteriormente señalados podemos distinguir junto con Maurizio Fioravanti distintos modelos<sup>19</sup>: 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 (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 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 ( bajo la 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 (desconfianza de la supremacía del legislativo) según el modelo que propone Hamilton en el Federalista. 3) El francés más individualista, ideológico y estatista 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 (Sieyès) y la supresión de los privilegios del Ancien Régime. 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 roussoniano, los derechos naturales son entregados y convertidos en civiles por obra de la voluntad general. En virtud de la representación política el poder constituyente deriva en una supremacía legislativa (legiscentrismo) 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.

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 depositario de la voluntad general mediante la representación política y desconfianza en los jueces que se convierten en meros aplicadores de la ley. Así podemos distinguir en la modernidad dos procesos simultáneos:

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 19 Cf. Fioravanti, Mauricio, "Los Derechos fundamentales-Apunte de historia de las constituciones"(2009), Madrid, Editorial Trotta, p. 25 y sigtes. 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). Este modelo (francés) perdura hasta después de la segunda guerra mundial con la aparición del Estado Constitucional de Derecho en Alemania (ley Fundamental de Bohn de 1949), en Italia (Constitución de 1947/48) y posteriormente en España (Constitución de 1978) entre otros. A diferencia del modelo Francés, el Estado Constitucional de Derecho establece una constitución rígida con un reconocimiento de los derechos humanos directamente operativos y garantizados por la constitución a través de los jueces constitucionales (tribunal constitucional que a diferencia del modelo kelseniano anterior no se limita a un control de constitucionalidad formal sino también material). El otro principio político es el de la democracia constitucional. En este nuevo paradigma del Estado Constitucional de Derecho 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 el Derecho Internacional de los Derechos humanos, como núcleo duro del nuevo paradigma, transformado en *ius cogens* 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. 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 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). Y 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. Ahora bien, si la idea de los derechos humanos nace como límite del poder de los Estados, la cuestión crucial es quien fija los límites a estos nuevos poderes supranacionales. El nuevo orden internacional pone en crisis los principios de soberanía y de no injerencia en los asuntos internos de otros estados (pilares del sistema internacional anterior), mediante la intervención de instancias supranacionales tanto a nivel político, legislativo como jurisdiccional. Sin perjuicio de lo dicho los sujetos jurídicos internacionales originarios siguen siendo los Estados (el derecho sigue siendo internacional en el sentido de interestatal), aunque en la actualidad algunos quieren dar un paso más, e ir a un derecho verdaderamente global (previendo el pronto fin de los estados nacionales), transitando hacia una especie de organización o Estado mundial. Ciertamente un poder centralizado que repita a gran escala el modelo del Estado moderno sería el peor de los escenarios posibles, más bien sería conveniente instancias de participación e integración de los pueblos a través de sus Estados animados por los principios de subsidiariedad (de abajo hacia arriba) y de solidaridad (codo a codo) como propone la Caritas in Veritate. Ahora bien, junto con los Estados aparece la persona humana como nuevo sujeto derivado de derecho internacional, que puede actuar (mediante representación internacional) contra los Estados (incluyendo el propio) por violación a los derechos humanos. Como dice Rafael De Asis: “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”<sup>20</sup>. Así el catedrático español plantea que la fundamentación, reconocimiento, implementación y garantía de los derechos humanos o derechos fundamentales se da en el marco de situaciones paradójicas, como la que existe entre la noción de derecho fundamental como límite al poder del Estado y la necesidad del reconocimiento del sistema de protección internacional por parte de los Estados a través de sus poderes a limitar; o la que se da entre el reconocimiento del status de la persona humana como sujeto internacional además de los Estados, e incluso contra los estados como sucede en caso de violaciones de los derechos humanos, pero por otro lado dicho status también depende del reconocimiento de los Estados de someterse convencionalmente al Derecho Internacional de los Derechos humanos; o también la que se da para algunos entre el poder constituyente como fuente del derecho y del poder y los poderes constituidos que de derecho y de hecho ejercen el poder y determinan el derecho; o también por un lado, entre la idea de los derechos humanos como límites del poder de los Estados y por otro la cuestión de quien fija los límites a estos nuevos poderes supranacionales<sup>21</sup>. Si bien es cierto que la necesidad del reconocimiento convencional de los Estados de someterse al sistema internacional de los Derechos humanos hace que la limitación del poder del Estado dependa de la situación paradójica del reconocimiento voluntario de éste de autoobligarse o autosometerse, también es cierto, que de hecho hoy existe una presión internacional de tal envergadura que es casi imposible que un estado pueda autoexcluirse sin soportar consecuencias políticas, jurídicas y económicas muy graves. Quizás este sea un privilegio que solo pueden darse algunas superpotencias al desconocer ciertos aspectos del 20 De Asis, Rafael, “Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder”(2000), Madrid, Editorial Dykinson, p. 57. 21 Cfr. De Asis, Rafael, “Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder”(2000), Madrid, Editorial Dykinson. sistema que no les conviene a sus intereses sin sufrir las correspondientes consecuencias como cualquier otro estado. Este es un ejemplo en la actualidad de la desigualdad entre los estados fundadas en cuestiones de poder y que la verdadera paradoja, por lo tanto, es entre un poder que tiende a expandirse ilimitadamente a menos que lo limite otro poder

opuesto y la idea de un derecho que racionalice y límite al poder aunque para hacerlo dependa de la fuerza del propio poder estatal a limitar. La cuestión tampoco se resuelve con la tradicional distinción entre poder constituyente y poderes constituidos (necesariamente tiene que existir algo más que fundamente el poder del constituyente). Pues ni el primero (constituyente) es absolutamente libre para incorporar cualquier contenido al orden político-jurídico de los distintos estados nacionales, dado que hoy se encontraría limitado por un derecho internacional de los derechos humanos que obligatoriamente tiene que reconocer e incorporar en las distintas constituciones, sin perjuicio de tener que resolver la cuestión de la fundamentación de los mismos a fin de determinar si se trata de realidades preexistentes e indisponibles o de la imposición de un derecho positivo supraestatal e internacional por encima del derecho positivo estatal y nacional. Ni los segundos (constituidos) son tan limitados por el primero porque luego de recibir el poder del constituyente son los que efectivamente ejercen el mismo y se transforman en fuente del derecho al delimitar jurídicamente los alcances del derecho y de los derechos, aunque para hacerlo no pueda desconocer los límites impuestos por el poder constituyente originario. No menos compleja es la otra paradoja de la limitación del poder internacional, que como todo poder no es ajeno a la extralimitación, incluso no respetando las zonas de reserva de los distintos estados nacionales que de esta manera se verían ante el peligro de una intromisión arbitraria violatoria de su soberanía. Si se diera esta situación paradójica, ¿quién limita al poder internacional? ¿Acaso los derechos de los pueblos organizados como estados nacionales puedan ser límite al poder de las instancias internacionales o supranacionales? ¿O son los mismos derechos fundamentales los que limitan tanto al poder de los estados nacionales como el de la misma comunidad internacional y de sus órganos? No es fácil la respuesta a esta cuestión, si es que la tiene dentro de la lógica interna del propio sistema. Hoy por hoy se están dando los primeros pasos en la delimitación de este nuevo derecho. Quizás con el tiempo pueda verse más claro el panorama y prime la prudencia por sobre las ambiciones desmedidas y los intereses mezquinos, lo que por el momento no parece lo más probable lamentablemente. Por otra parte, esta universalización de los derechos humanos no es todo lo pacífica que parece, pues en algunos contextos culturales el Derecho de los derechos humanos, tal como hoy se extiende a nivel planetario, es visto como una imposición y mundialización del modelo occidental y laicista (no de la TCO)

frente a civilizaciones con tradiciones culturales y religiosas distintas<sup>22</sup>. El fenómeno del multiculturalismo plantea nuevos y complejos problemas al esquema de este nuevo derecho, pues se da una paradoja entre una universalización e internacionalización pseudoglobalizada del derecho por encima de los derechos nacionales, <sup>22</sup> Cfr. Comisión Teológica Internacional “En búsqueda de una nueva ética universal: nueva mirada sobre la ley natural”, N° 5, [www.vatican.va](http://www.vatican.va) como manifestación de la globalización del mundo actual, por un lado y la particularización e intranacionalización del derecho dentro de los distintos derechos nacionales, como manifestación del multiculturalismo existente, ya sea de raíces étnicas, religiosas, etc., por el otro. Sin embargo y aquí reside lo fundamental de la paradoja, estas reivindicaciones multiculturales de las minorías nacionales y de las pluralidades étnicas dentro de los distintos estados son planteadas en términos de derechos, particularmente de derechos de las minorías. Es cierto que estos reclamos se dan fundamentalmente en el seno de sociedades y democracias occidentales, más que en otras de otro origen cultural (como en el caso del Islam, por ejemplo), aunque sin perjuicio de ello, plantea no pocos problemas para compatibilizar los derechos de las mayorías con los de las minorías. Por eso, en lo personal prefiero más el término interculturalidad que funda lo diverso en lo común, que multiculturalidad que disuelve lo común en el “altar” de lo diverso. Por último al centrarse el sistema jurídico en la inclusión de principios constitucionales en torno a los derechos fundamentales, este nuevo paradigma incluye un elemento sustancial junto a las normas, que estaba ausente en el modelo formalista anterior. 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 justamente el de la interpretación que fundamentalmente realiza el juez, y especialmente el juez constitucional en el caso de los tribunales constitucionales en aquellos países donde existen o de los tribunales internacionales. Efectivamente, ya no es posible recurrir a la aplicación mecánica de la ley al caso concreto, como era en el modelo decimonónico, donde el juez era simplemente su voz, sin poder añadir absolutamente nada a su función de repetidor de las palabras de la ley. Hoy sin duda, el peligro mayor es pasar de un positivismo legalista a un positivismo judicial. Esto se logra a través de una interpretación “libre” (muchas veces ideológica) de los derechos o principios contenidos en la Constitución, mediante la aplicación directa de las normas

constitucionales operativas de textura abierta por encima de las normas legales, despojando en muchos casos a estas de su virtualidad jurídica (activismo judicial). Ahora bien, la forma de evitar este riesgo no es volver al positivismo legalista sino a los fundamentos verdaderos del derecho en el derecho natural. Hay que recordar que el positivismo legalista dio lugar muchas veces a la arbitrariedad legal al quedar reducidos los contenidos de las normas jurídicas a la voluntad ilimitada del legislador del turno. Pero de la misma manera, un positivismo judicial puede llevar a la arbitrariedad judicial (sin que haya otra instancia de control) si la función interpretativa de los jueces no se encuentra limitada por principios y reglas que no son disponibles a su exclusiva voluntad. Al respecto es bueno recordar a Cicerón, que sin conocer las arbitrariedades modernas de unos y otros parece intuir las: “Si el derecho se fundara en la voluntad de los pueblos, en los decretos de los príncipes o en las sentencias de los jueces, sería entonces derecho el latrocinio, derecho el adulterio derecho la confección de testamentos falsos, con tal que estos actos recibieran los sufragios o la aprobación de la masa. Pues si tanto poder tiene la opinión o la voluntad de los insensatos, como para poder, por sus votos, trastornar la naturaleza de las cosas ¿por qué no habrían de decidir que lo que es malo y dañino se tuviera por bueno y saludable? ¿O porque aún, ya que la ley podría crear el derecho a la injusticia, no podría asimismo crear el bien con aquello que es mal? En cuanto a nosotros, nos es imposible distinguir la ley buena de la mala de otro modo que con la naturaleza como norma. (...) Pensar que todo esto se funda en la opinión y no en la naturaleza, es propio de un demente”<sup>23</sup>.

### 3. Intentos de justificación teórica.

A continuación señalaré alguna de las principales teorías y autores que intentaron algún tipo de justificación filosófica al sistema jurídico actual:

1) La Distinción entre normas y principios en Dworkin y Alexy. En Dworkin los principios son frutos del derecho consuetudinario y la práctica jurisprudencial valen por su peso e importancia a diferencia de las normas que valen por su origen<sup>24</sup>. En Alexy, los principios son mandatos de optimización a ser realizados en el marco de las posibilidades fácticas y jurídicas a diferencia de las normas como mandatos definitivos que deben ser realizados si o si, consistiendo ambos tanto en permisiones como en prohibiciones<sup>25</sup>.

b) El neoconstitucionalismo italiano de Zagrebelsky y Ferrajoli. Para Zagrebelsky los principios constitucionales con su apertura a los derechos del hombre y a los grandes principios de justicia limitan a la ley. Ahora bien, aunque para el jurista italiano los principios constitucionales no son de derecho natural, sino más bien la instancia suprema del derecho positivo, que justamente positiviza lo que hasta entonces era una prerrogativa exclusiva del derecho natural, sin embargo, en cuanto a la determinación de la justicia y de los derechos humanos, se asemejan, en su formulación universalista y abstracta a los principios de derecho natural, sin serlo, lo que constituye una seria dificultad para su justificación<sup>26</sup>. En cambio para Ferrajoli todos los derechos fundamentales equivalen a vínculos de sustancia y no de forma, que condicionan la validez sustancial de las normas producidas y expresan al mismo tiempo, como manifestación máxima del derecho positivo, los fines a que está orientado ese moderno artificio o constructo que es el Estado constitucional de derecho, por lo que no trasciende el ámbito del derecho positivo, e incluso del propio positivismo jurídico, con sus ya conocidas dificultades de justificación<sup>27</sup>.

c) El Estado Constitucional de Derecho y la teoría de la acción comunicativa de Habermas. También desde una perspectiva postpositivista, pero idénticamente posmetafísica, Jürgen Habermas, basado en su teoría de la acción comunicativa a través del lenguaje, manifiesta que se puede reconstruir un consenso perturbado por medio del procedimiento democrático en el que los participantes lo hagan desde sus distintas tradiciones culturales y religiosas, con la sola condición de que las convicciones desde las que participan puedan ser traducidas al lenguaje posmetafísico común a todos, a fin de poder alcanzar un consenso al menos mínimo de valores y derechos (generalmente 23 Cicerón, De Leg. I, 43-45 24 Cf. Dworkin, Ronald (1999), "Los derechos en serio", Barcelona, Ariel; (2012) "el imperio de la justicia", Barcelona, Gedisa. 25 Cf. Alexy, Robert (2012), "Teoría de la argumentación Jurídica", Madrid, Centro de Estudios políticos y constitucionales; (2008) "El concepto y la naturaleza del derecho", Madrid, Barcelona, Bs. As., Marcial Pons; (1994) "el concepto y la validez del derecho", Barcelona, Gedisa; (2010) "La institucionalización de la justicia", Granada, Comares. 26 Cf. Zagrebelsky, Gustavo, "El derecho dúctil"(1995), Madrid, Editorial. Trotta, p. 115. 27 Cf. Ferrajoli, Luigi: "Derechos y garantías, la ley del más débil"(1999), Madrid,

Editorial Trotta, p. 19 procedimentales) que un Estado de Derecho constitucional democrático tiene que reconocer<sup>28</sup>.

d) El Estado Constitucional de Derecho y la Teoría de la Justicia de Rawls. De la misma manera el último Rawls elabora su teoría de la justicia como una concepción política mediante un consenso entrecruzado de doctrinas razonables (razón privada) en un contexto fáctico de pluralismo, por el cual las partes acuerdan mediante un contrato social hipotético unos principios de justicia básicos para la estructura de la sociedad, poniendo el acento en aquellas cuestiones (especialmente procedimentales) que permiten un mínimo de acuerdo factible en el campo de la razón pública<sup>29</sup>. Esto se ve más claramente en la conformación del consenso entrecruzado entre los distintos pueblos (no estados), por el que se constituye para él un nuevo Derecho de Gentes (The Law of peoples), en el que se repiten las condiciones existentes en las distintas sociedades para arribar a un acuerdo político. Tanto Habermas como Rawls caen en una falacia procedimentalista, al pretender sacar conclusiones de contenido material a partir de premisas puramente formales o procedimentales, tal como señala Kaufmann<sup>30</sup>. Justamente es fundamental para la justificación teórica en clave moderna en todos estos autores el principio kantiano de la autonomía de la voluntad que se convierte en liminar de toda la praxis moderna (en este punto del voluntarismo es marcada la influencia de Rousseau sobre Kant). Podemos distinguir dos dimensiones de dicha autonomía: 1) La autonomía personal: que Kant la expresa en su imperativo categórico “obra de tal manera que tu obrar pueda ser tomado como ley universal”; 2) La autonomía política: que se alcanza mediante el consenso o convención de los hombres que al ejercer su autonomía se autoobligan a través del acuerdo, o al acuerdo entre estados que constituye el orden jurídico-político internacional. El problema por tanto reside cuando la autonomía política se opone a la autonomía personal ¿cuál prevalece? Esta es la cuestión que Habermas le critica a Rawls al señalar que en su construcción del Estado de Derecho coloca los derechos básicos liberales por encima del principio democrático de legitimación que según el filósofo alemán sería la única fuente de fundamentación. Entonces, ¿Puede la autonomía de la voluntad fundarse sobre sí misma?<sup>31</sup>, ¿Es realmente autónoma la voluntad o requiere el discernimiento previo del intelecto? ¿Es el fundamento de toda normatividad o supone la existencia de normas dadas que el hombre descubre por la recta razón? Esta es la cuestión central de la ética, la política y

el derecho. Aquí reside el problema del voluntarismo ético, político y jurídico, que reconoce como antecedente el voluntarismo teológico (Ockam) ya mencionado. Así, el voluntarismo ético pone el acento en la voluntad soberana del individuo y de su libre querer no limitado por nada ni nadie; el voluntarismo político en la voluntad del poder que como potestas busca su propio acrecentamiento, divorciándose de la autoritas que busca el bien de la comunidad; y 28 Cf. Habermas, Jürgens, "Las bases premorales del Estado Liberal", diálogo con el filósofo Jürgens Habermas en la Academia de Baviera, enero 2004, La Nación 28 de junio de 2005. 29 Rawls, John, La justicia como equidad, una reformulación (2002), Barcelona, Paidós, p. 50 y sigtes. Título original: justice as Fairness, 2001, Harvard University Press. 30 Cf. Kaufmann, Arthur, "La Filosofía del Derecho en la posmodernidad"(1998), Santa Fé de Bogotá, Editorial Temis S.A., p. 48. 31 Cf. Rivas, Pedro, "Las Ironías de la sociedad liberal"(2004), México, UNAM, p. 1 y sigtes. el voluntarismo jurídico en la voluntad del legislador, sea este constituido o constituyente sin reconocer ningún principio, norma o realidad más allá del derecho puesto por la voluntad del poder. Así frente al reduccionismo voluntarista, podemos afirmar que todo acto voluntario, ya sea en ética, en política y en derecho, es una obra conjunta del intelecto y de la voluntad, rectificadas por la prudencia o phronesys y por la justicia o dykayosyne. Por un lado, la inteligencia como potencia o facultad del alma humana conoce previamente lo que la voluntad como apetito intelectual (o sea de la misma facultad o potencia) posteriormente quiere. Por otro, la voluntad mueve a la inteligencia a conocer y quiere lo que la razón conoce como bueno y verdadero. Es necesario, por tanto discernir lo bueno de lo malo, lo verdadero de lo falso, como querer el bien y la verdad y evitar el mal y la falsedad. Por otra parte, es bueno y necesario que el hombre tenga su inherente autonomía en aquellos ámbitos en los que puede disponer según su voluntad (previo discernimiento de su razón), pero al mismo tiempo es también bueno y necesario que el mismo hombre sepa reconocer los límites de esa autonomía deteniéndose en aquellos otros ámbitos que comprometen bienes o valores indisponibles que debe reconocer y respetar. No está mal distinguir entre principios y normas, estableciendo una primacía de aquellos sobre estas (no está allí la dificultad). El problema de estas corrientes en general y del neoconstitucionalismo en particular está en que los principios que invocan no son verdaderos principios ni principios verdaderos (y no es un juego de palabras). No son verdaderos principios por

no ser punto de partida evidente de un conocimiento, ni sostén último de una realidad, dado que los derechos humanos que operan como principios son una realidad fundada, no fundante. Tampoco son principios verdaderos por no estar anclados en el ser del hombre, en su naturaleza, al negar su dimensión metafísica, ya sea en su versión racionalista procedimentalista (Habermas, Rawls, etc), como en la irracionalista y voluntarista, relativista y nihilista (pensamiento débil posmoderno, Vattimo, Lyotard). La cuestión de fondo por tanto se centra en la fundamentación o justificación racional de los derechos humanos. Hoy está planteada en los siguientes términos: 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, indisponibles e innegociables o son constitutivas de nuevos derechos donde antes no existía nada. En un caso o en el otro las consecuencias son muy importantes pero totalmente distintas<sup>32</sup>. Si no justificamos racionalmente los principios más allá de la propia Constitución (como expresión del consenso constitucional), solamente sustituiremos un positivismo legalista por un positivismo constitucionalista, como fundamento del positivismo judicial en la interpretación y aplicación (que puede derivar en una arbitrariedad judicial) al que nos referimos antes. Los derechos humanos aparecen hoy como derechos morales (que en la actualidad reemplaza el lenguaje de derechos naturales propio de la primera modernidad), <sup>32</sup> Cfr. Guastini, Riccardo: *Teoría e Ideología de la interpretación constitucional*. Ed. Trotta, pág. 96 que son juridizados a través de su positivación en la Constitución. De esta manera, sólo se sube un escalón en la jerarquía de la estructura normativo-positiva, considerada como única realidad jurídica, y por tanto, subsistirían los mismos problemas de fundamentación de los que adolece el propio positivismo (este es el problema del neoconstitucionalismo). En cambio, si reconocemos la existencia de principios preexistentes por encima de la misma Constitución que tiene que reconocerlos y acomodar el resto de las normas de conformidad con estos, estaríamos en una fundamentación o justificación racional necesariamente iusnaturalista conforme a la tradición central como la que vimos en la primera parte de la disertación. De allí que si el derecho pretende dar una respuesta a la actual encrucijada 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 fundada en su naturaleza racional (a imagen y semejanza de Dios decimos nosotros) y su ordenación al Bien Común en sus distintos niveles de asociación hasta llegar a la comunidad política y a la comunidad internacional (organizados subsidiaria y solidariamente), en tanto que al constituir el conjunto de condiciones que permiten el desarrollo de las personas, de las asociaciones menores y de la comunidad en su conjunto, es el mejor bien de la propia persona humana al ser lo que le permite desarrollarse plenamente como tal, sin perjuicio del destino trascendente (y también comunitario) al que está llamado<sup>33</sup>. Es una justificación que distingue como dijimos entre el derecho natural como fundamento de validez y el derecho positivo como principio de concreción y vigencia de todo el derecho, entre una juridicidad (natural) y una positivación (cultural), como sucede análogamente con la relación entre la capacidad de habla (natural) y los lenguajes (culturales) según la distinción que propone Hervada. <sup>33</sup> Cfr. Concilio Vaticano II, *Gaudium et Spes*, 26. 4.

A modo de conclusión

Al respecto podemos citar a Benedicto XVI en su discurso en las Naciones Unidas con motivo de cumplirse el 60 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre: “El documento fue el resultado de una convergencia de tradiciones religiosas y culturales, todas ellas motivadas por el deseo común de poner a la persona humana en el corazón de las instituciones, leyes y actuaciones de la sociedad, y de considerar a la persona humana esencial para el mundo de la cultura, de la religión y de la ciencia. Los derechos humanos son presentados cada vez más como el lenguaje común y el sustrato ético de las relaciones internacionales. Al mismo tiempo, la universalidad, la indivisibilidad y la interdependencia de los derechos humanos sirven como garantía para la salvaguardia de la dignidad humana. Sin embargo, es evidente que los derechos reconocidos y enunciados en la Declaración se aplican a cada uno en virtud del origen común de la persona, la cual sigue siendo el punto más alto del designio creador de Dios para el mundo y la historia. Estos derechos se basan en la ley natural inscrita en el corazón del hombre y presente en las diferentes culturas y civilizaciones. Arrancar los derechos humanos de este contexto significaría restringir su ámbito y ceder a una concepción relativista, según la cual el sentido y la interpretación de los derechos podrían variar, negando su universalidad en nombre de los diferentes contextos culturales, políticos, sociales e incluso religiosos. Así pues, no se debe permitir que esta vasta variedad de puntos de vista oscurezca no sólo el hecho de que los derechos son universales, sino que también lo es la persona humana, sujeto de estos derechos”<sup>34</sup>. <sup>34</sup> Benedicto XVI, “Discurso ante las Naciones Unidas”, 18 de abril de 2008, [www.vatican.va](http://www.vatican.va).