

## Las transformaciones del derecho: clasicismo y contemporaneidad

### *The Transformations of Law: Classicism and Contemporaneity*

Por LENIO LUIZ STRECK  
Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos)

#### RESUMEN

*El texto presenta el dibujo las más representativas transformaciones experimentadas en la teoría del derecho occidental. Así, podemos trazar como objetivo central el análisis del devenir histórico-jurídico a partir de cambios estructurales producidos en las disputas entre los paradigmas jurídicos clásicos hacia la contemporaneidad. El método de abordaje es el hermenéutico-fenomenológico, a fin de replantear el suelo lingüístico que sirvió de asiento a la tradición, de modo que el fenómeno aparezca en su plenitud. Podemos decir que el derecho llega, después de la segunda mitad del siglo xx, de manera distinta, o sea, aportando a su núcleo Constituciones dirigidas comprometidas con las conquistas de la civilización, con el objetivo de que no sean suplantadas por la discrecionalidad u oportunidad de aquellos que detentan poder de decir qué es el derecho.*

Palabras clave: *Hermenéutica; derecho y literatura; teoría y historia del derecho; constitucionalismo.*

## ABSTRACT

*The text retract shortly the transformations that the theory of law has passed along the centuries in the western world. In general lines, we can outline as a main objective the analysis of the historical changes of law since it's structural changes that comes from the disputes between classical law paradigms until contemporaneity. The method of approach is hermeneutic-phenomenological, with the purpose to revolve the linguistic ground where the tradition sits to the phenomenon appears on its fullness. We can say that law arrives, after the second half of the twentieth century, on a different form, namely, bringing in it's core ruling Constitutions compromised with civilization, in order that are not be supplanted by discretion or opportunity of those who hold powe to say what is law.*

**Key words:** *Hermeneutic; law and literature; theory and history of law; constitutionalism.*

**SUMARIO:** 1. ELEMENTOS INTRODUCTORIOS.-2. LO CLÁSICO EN DERECHO: MODERNIDAD Y AFIRMACIÓN DE LA SUBJETIVIDAD.-3. LAS TRANSFORMACIONES EN EL DERECHO: EL CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÁNEO.-4. UNA PALABRA FINAL.-5. BIBLIOGRAFÍA.

**SUMMARY:** 1. INTRODUCTORY ELEMENTS.-2. THE CLASSIC RIGHT: MODERNITY AND ASSERTION OF SUBJECTIVITY.-3. THE CHANGES IN THE LAW: THE CONTEMPORARY CONSTITUTIONALISM.-4. A LAST WORD. 5. REFERENCES.

## 1. ELEMENTOS INTRODUCTORIOS

Antes de pasar a desarrollar el tema objeto de esta conferencia, me gustaría establecer algunos puntos de partida, presupuestos teóricos –por así decirlo– necesarios para la adecuada comprensión del abordaje que pretendo realizar.

Es así necesario proceder a un ajuste semántico del término «clasicismo», presente en el título de mi conferencia. A este respecto, la expresión «clásico» –en el ámbito de la filosofía, de las letras y de las artes– se encuentra habitualmente asociada a la cultura de los antiguos griegos y romanos. Más en concreto, por lo que concierne al Derecho, el clasicismo se referiría a las configuraciones y coordinadas asumidas por lo jurídico en el contexto de la antigüedad grecolatina. En este marco, y ahora ya en términos filosóficos, es posible afirmar que el carácter identificador de dicho período se hallaría basado en algo que bien puede denominarse como una *visión objetiva de mundo*; es decir,

todo el problema del conocimiento se encontraría presidido por un objetivismo naturalista. Este elemento todavía prevalecerá, en cierto modo, durante el período medieval –al menos en lo que se refiere a la filosofía «oficial» de la iglesia católica, exceptuando, evidentemente, los movimientos nominalistas– y solo tendrá su definitivo golpe de gracia con la llegada de la modernidad cartesiana y la proclamación del imperio de la subjetividad.

Por otra parte, lo «clásico» también se puede predicarse de obras, acontecimientos o instituciones que, por su singularidad y originalidad, resultan indiferentes al transcurso del tiempo, lo trascienden, y asumiendo un aire de perennidad, forman el bagaje de generaciones de lectores, cultivadores, seguidores, etc. Con Ítalo Calvino, podemos decir, que *un clásico es una obra que nunca ha terminado de decir lo que tenía para decir, porque trata de temas que siempre consternan al ser humano*. Es de ese modo que un *Don Quijote*, por ejemplo, puede ser mencionado como un libro clásico, una vez que nos afecta de forma decisiva aún en nuestro mundo contemporáneo. En efecto, aunque escrito en una época cuyas configuraciones culturales eran sensiblemente diferentes de aquellas que predominan en nuestro contexto actual, muchos de los temas y cuestiones que se proyectan del texto de Cervantes nos parecen extremadamente actuales y vigentes y, muy probablemente, así lo seguirá siendo dentro de cincuenta, cien años o más...

Mi abordaje, aquí, buscará ajustarse a esta segunda posibilidad de sentido de «clasicismo». En ese contexto, mi exposición tendrá por base la siguiente pregunta: en términos jurídicos, ¿qué es lo que, proveniente de otros tiempos históricos, aún nos afecta y de alguna forma está presente en nuestro cotidiano contemporáneo? En este caso, la respuesta pasa, necesariamente, por la explotación de los elementos que componen el fundamento de lo jurídico en la modernidad. Es seguro que, como occidentales que somos, nuestras nociones sobre el Derecho emergen de un caldo de cultivo que involucra –como bien lo recuerda el ensayista brasileño J. H. Dacanal– factores derivados de la Hélade, de Roma, y de la tradición judaico-cristiana. Sin embargo, en la modernidad se ha creado una cantidad expresiva de instituciones que, sin paralelo en la historia, han establecido el rumbo de orientación del Derecho hasta los días actuales. Derecho subjetivo, Estado, ciudadanía, etc. son términos que denotan algo nuevo o, si anteriormente existente, completamente renovado a partir de la modernidad.

Por eso, para hablar sobre *clasicismo*, no me referiré directamente a la cultura grecorromana, si bien colocaré como punto de partida el análisis de aquello que ha sido edificado como una especie de santísima trinidad de la modernidad jurídica: el Estado, el derecho subjetivo (posteriormente, derechos fundamentales), y la Democracia. Entiendo que, a partir de esos tres elementos, es posible desplegar las principales transformaciones entre lo «clásico» y lo «contemporáneo» cuando se trata de Derecho. Antes, sin embargo, será necesario detener la mirada en el principal elemento de la modernidad y gran responsable

de trazado jurídico-arquitectónico por el que resultan las instituciones mencionadas en el párrafo anterior; o sea, la subjetividad.

La subjetividad nace, propiamente, con el *cogito* cartesiano (aunque sea justo decir, con Charles Taylor, que ya existía una especie de *proto-cogito* en San Agustín). La revolución de la subjetividad, promovida por Descartes, permite la construcción de un nuevo horizonte para la configuración de los problemas morales y jurídicos: a partir de allí, el mundo objetivo y rígido *del sentido* dado de antemano por estructuras externas al ser humano (naturaleza o Dios) comienza a desmoronarse y el ser humano, por medio de su consciencia, pasa a ser el «constructo *del sentido*.»

Tengo la convicción de que esa revolución es presidida por una bendición mixta: al mismo tiempo que representa una conquista, marca el inicio de un *peso epistémico*, por así llamarlo. Por un lado, es incontestable que el desprendimiento del sujeto con relación a los sentidos que la objetividad naturalista y teológica de la época medieval imponía a los individuos representa una liberación política y del espacio para el desarrollo de potencialidades humanas. Por otro, ese desprendimiento del «mundo objetivo» y la instauración del sentido subjetivo, derivado de la voluntad individual, hace nacer el peso epistémico que es la demarcación de los límites que emergen de ese elemento volitivo que, en algunos casos, parece escapar al control de la Razón y entregarse completamente a las pulsaciones y deseos.

Así, si el legado más grande de la Modernidad es la libertad individual y la «destrucción» de un mundo de representaciones objetivas y deterministas, los retos contemporáneos que presionan los límites de lo jurídico y terminan por producir transformaciones estructurales en la arquitectura jurídica moderna se presentan a partir de la necesidad de establecer puntos de efectiva limitación a las obsesiones voluntaristas y que llevan a la arbitrariedad, sea del Estado, sea del individuo.

Al propio tiempo, otra filosofía cuestionadora de las objetividades y los universalismos clásico-medievales también está a la base de la formación del Estado y de las ideas relacionadas a los derechos (subjetivos) individuales: el nominalismo. Es aquí que Thomas Hobbes asume protagonismo y requiere de un análisis más cuidadoso.

Aclarados esos temas previos, paso ahora a tratar más en detalle los puntos antes mencionados.

## 2. LO CLÁSICO EN DERECHO: MODERNIDAD Y AFIRMACIÓN DE LA SUBJETIVIDAD

Un punto decisivo para el Derecho es la comprensión del rol asumido por el sujeto en la modernidad. La subjetividad es una construcción moderna. Y, claro, esa transformación paradigmática es de fundamental importancia para los sucesos modernos como el *contrato*

*social* para la creación del Estado absolutista. Más específicamente: es necesario comprender que la modernidad efectivamente «crea» el sujeto (y el sujeto «crea» la modernidad) y que eso incorpora significativas consecuencias para la teoría del derecho.

Todo eso se puede presentar más claramente si regresamos a aquel que es considerado el «padre de la modernidad». Descartes, por el contexto opresivo y dogmático que el saber escolástico había cristalizado, tuvo la intención de libertar a la filosofía de esa situación indigna. Y lo hizo por medio de la afirmación de la duda. Todos los dogmas y afirmaciones y dogmas de la tradición fueron puestas en duda por el cartesianismo, hasta que esa duda topó con algo que ya no podía ser objeto de duda: mientras se duda no se puede dudar que aquel que duda, existe, y que tiene que existir para poder dudar. En la medida que dudo, *soy*. El *yo* es aquello que no puede ser puesto en duda. De ese modo, antes de la teoría del mundo (ese sí, objeto de duda), debe situarse la teoría del sujeto. De aquí en adelante, la *teoría del conocimiento* es el fundamento de la filosofía que la hace moderna, diferenciándola de la medieval. Sin embargo, lo que Heidegger viene a mostrar es que hay elementos ontológicos de la tradición medieval que perduran en Descartes y, en último extremo, en toda la filosofía moderna.

Eso porque la afirmación de la razón y de una racionalidad absoluta y segura no solo interesaba, como se pretendía por la Iglesia católica, en la medida en que solamente a partir de tal afirmación resultara posible una «prueba» racional de la existencia de Dios. No es casual que todos los racionalistas dogmáticos, y aun después la filosofía crítica de Kant, se ocuparon de ese tema. Eso significa que la pretensión de describir y de aprehender la totalidad desde afuera, que caracterizaba la Metafísica greco-medieval, persistía en la modernidad, habiendo ingresado por las vías del racionalismo dogmático de Descartes, Leibniz, Christian Wolff, Baugartem, etc., con el desplazamiento de esa totalidad para el sujeto racional, *el cogito* de Descartes.

El derecho natural moderno, por tanto, se radica en ese movimiento, que tiene en el *cogito* cartesiano su desencadenamiento. *El yo que pone no se dirige a cualquier cosa previamente dada, sino que se da a sí mismo lo que en ella está*. «Lo que en ella está es yo pongo; soy aquel que pone y piensa» (Heidegger: 1992, 107), el Derecho. De ese modo lo afirma Kaufmann, que se postulaba la posibilidad de «establecerse un orden jurídico que, tal como la inmutable razón de los hombres, tendría carácter universal, o sea, sería necesariamente válida para todos los hombres y para todos los tiempos (...) a partir de algunos muy pocos y abstractos principios fundamentales del derecho» (Kaufmann: 2009, 85).

Sin embargo, antes aun de la modernidad, los siglos XIII y XIV ya habían sido ricos en los debates sobre el rol del sujeto (lo que puede ser visto de una forma romanceada en la obra *El nombre de la rosa*, de Umberto Eco). Ya en Guillermo de Ockham hay una genuina revolución

con relación a ese tema, pues el fundamento de la ley es dislocado hacia la decisión voluntaria: el propio sujeto, el *subiectum*, el individuo, se torna legislador. Se trata, en síntesis, del triunfo de la voluntad humana, cuestión que se percibirá en el contrato de Hobbes, donde la voluntad de los hombres (de los individuos) vence a la barbarie.

Ockham inaugura una especie de subjetividad, un poder natural del individuo, que se contrapone individualmente, con su voluntad, en contra aquello que le es dado «en general». Eso solo era posible negando los universales, proponiendo en su lugar que «solamente tienen existencia real los seres individuales». Los universales son apenas nombres que las personas les dan a los objetos de común acuerdo.

El personaje Guillermo de Baskerville, en *El nombre de la rosa*, especifica bien la tesis ockhamiana: «Porque, de hecho, sabemos hoy que son diferentes los nombres que los hombres imponen para designar los conceptos, e iguales para todos son los conceptos, signos de las cosas. Así, es claro que la palabra *nomen* viene de *nomos*, o sea, la ley, ya que justamente los *nomina* son dados por los hombres *ad placitum*, o sea, por libre y colectiva convención» (Eco: 1983, 403). E incluso más, basta recordar el hexámetro con que acaba la obra: *stat rosa pristina nomine, nomina nuda tenemus* (Eco: 1983: 562); *la rosa pristina estña en el nombre, [sólo] tenemos los nombres desnudos*. O sea, la rosa subsiste por su nombre, únicamente, aunque no esté presente ni exista.

Guillermo de Ockham puede ser considerado como defensor de un «mixto de nominalismo y conceptualismo, pues entiende lo universal como un término que corresponde a un concepto por medio del cual nos referimos a esas cualidades o características. Lo universal es, así, referencia de un término y no de una entidad, si bien tampoco es solo una palabra, una vez que existe el correlato mental, el concepto por medio del cual se hace la referencia.

Su posición fue muy influyente en el siglo XIV, dando origen a varios desarrollos por parte de sus seguidores. Es con relación a esa cuestión que debemos comprender la conocida fórmula de la llamada «navaja de Ockham»: *entia non sunt multiplicanda praeter necessitatem; id est*, no debemos multiplicar la existencia de los entes más allá de lo necesario. La cuestión, no obstante, se recuperará posteriormente en la filosofía moderna, prevaleciendo la posición conceptualista (Locke, s. XVIII) sobre nominalista (Hobbes, s. XVII).

Umberto Eco afirma que la solución nominalista puede ser hallada en Hobbes, en *Leviathan*; es decir, una idea puede tener significado universal cuando es retomada, aun en su particularidad, como signo de toda otra serie de ideas semejantes a ella. Pero el problema encuentra su apreciación más rigurosa en John Locke, que podría ser definido como el padre de la semiótica moderna, siquiera por dejar establecida la existencia de esa disciplina y de su identidad y lógica en la conclusión de su *Ensayo sobre el entendimiento humano* (IV, XX) al sostener que las ciencias se dividen en tres especies: la física, como cono-

cimiento de las cosas espirituales y corpóreas; la práctica, como sistema de normas para nuestras acciones; y la semiótica, que es conocimiento de los signos, o sea, de las ideas y de las palabras como instrumentos de otras ciencias. Lo que Locke tiene a la vista con esta conclusión, destaca Eco, se vuelve evidente en el libro III del *Ensayo*, dedicado con especificidad a los problemas lingüísticos, donde, a través de los usos lingüísticos, el filósofo presenta su crítica a la idea de sustancia: las palabras no expresan las cosas, porque las cosas son conocidas por medio de la construcción de ideas complejas a través de la combinación de ideas simples. Las palabras remiten, con respecto a su significado inmediato, a las ideas. Y es por eso que existe una relación arbitraria entre palabras e cosas. El concepto ya no es escolásticamente un reflejo o una imagen de la cosa, es una construcción selectiva; las ideas abstractas no reflejan la esencia individual de la cosa, que nos es desconocida: suministran la esencia nominal. La propia idea, como esencia nominal, ya es signo de la cosa, resumen, elaboración, composición de algunas propiedades, abstracción, que no tiene completamente los atributos y los aspectos de la cosa.

Eco observa (Eco: 2001), además, que, para Locke, a diferencia de lo que ocurrirá con Berkeley y Hume, la esencia nominal como idea abstracta tiene asimismo su dignidad y consistencia mental: pero ya es un producto semiótico. No hay que olvidar que el nominalismo de Hobbes y el conceptualismo de Locke son fundamentales para el tema de filosófico-política relacionado a la emergencia de las tesis contractualistas sobre el Estado. Hay que observar que, en Hobbes, el lenguaje es un instrumento fundamental para la comunicación humana. El pacto, para la formación del Estado, exige comprensión y adhesión, y eso únicamente es posible por medio del lenguaje. La no comprensión exacta del pacto implica en la mala formación del Estado. Con todo, el lenguaje subjetivo de la denominación de las pasiones exige una atención peculiar. Es en la interpretación equivocada y subjetiva que pueden ocurrir los más grandes riesgos de un Estado.

Por lo tanto, Hobbes le asegura al lenguaje una función constitutiva a respecto de las relaciones sociales y políticas. Sin lenguaje no habría entre los hombres ni Estado, ni sociedad, ni contrato, ni paz, tal como no existen entre los leones, los osos y los lobos. Es la filosofía suministrando la estructura teórica a la posibilidad de sostener el origen convencional del Estado y del poder, permitiendo, de esa forma, romper con las tesis metafísico-esencialistas vigentes hasta la Edad Media, y que hasta aquel momento habían suministrado el fundamento al poder.

En las teorías contractualistas se repite lo que ya había ocurrido con la sofística mediante el rompimiento de la posibilidad de la existencia de esencias y verdades inmanentes. Tampoco se puede dejar de registrar que el nominalismo, por su posición de ruptura y enfrentamiento, propicia, no pocas veces, afirmaciones de que la filosofía moderna fue fundamentalmente nominalista. Aunque buena parte de ella pueda ser enmarcada –como dice Ferrater Mora (1979)– en la

amplitud del concepto, en una concepción más estricta no cabe sin embargo encuadrar en esa categoría autores como Spinoza y Husserl.

El propio Locke, señala, fue más conceptualista que nominalista. En contrapartida, filósofos como Hobbes, Condillac y Berkeley fácilmente pueden ser tenidos como nominalistas. En realidad, concluye el autor, es posible hablar de un nominalismo moderado, de un nominalismo exagerado y de un nominalismo absoluto, que guardan en común la idea de que no existen entidades abstractas (ideas universales) y que apenas existen entidades concretas (individuos). Las diferencias surgen cuando se trata de indicar qué función tienen las supuestas entidades abstractas.

Del punto de vista jurídico, la filosofía política de Hobbes representa el momento ejemplar en que el orden jurídico y el Estado se presentan como realidades convergentes. Como lo afirmaba Bobbio (1989), y más contemporáneamente Martin van Creveld (1999), Hobbes puede ser considerado, con buen motivo, el primer teórico del Estado moderno. El detalle más significativo de todo eso indica que el paso del Estado de naturaleza al Estado civil implica, además del paso del no-Estado al Estado, también el de un Estado no jurídico –en el interior del cual no existe un derecho objetivo universalmente válido y políticamente sostenido por una fuerza común– a otro jurídico que, constituido mediante el acto jurídico del pacto de voluntades, y por el que los individuos se asocian y ponen en común los propios bienes y las propias fuerzas atribuyéndolas a un único soberano, se transforma así en la fuente exclusiva del Derecho positivo.

En el ámbito de la filosofía de Hobbes, eso significa que el espacio del Estado de naturaleza en el cual existen derechos subjetivos sostenidos por la fuerza de cada uno, es superado por un elemento público, o político, que impone límites a las voluntades individuales a partir del ejercicio de la fuerza común. Desde el punto de vista empírico, ese tránsito ilustra la superación de la sociedad medieval, caracterizada por un derecho contractual particularista y desigual, que se modificaba según el extracto estamental que se estuviese analizando, hacia un modelo de sociedad moderna, donde existe un derecho único, ya con una proyección de igualdad, y que debe manifestarse como un poder *super partes*.

Un componente polémico –y que divide opiniones cuando se aborda el tema en la obra de Hobbes– se refiere a la posibilidad de algunos de esos derechos subjetivos naturales para resistir la instauración del Estado y, en tal sentido, su capacidad para ser opuestos frente al gobierno. La interpretación predominante, entrañada en las lecturas elaboradas desde el llamado *individualismo posesivo*, termina por atribuir a Hobbes un estatismo absoluto, encubriendo buena parte de la complejidad del pensamiento del autor, principalmente con relación al tema de los derechos naturales –v.g. seguridad, libertad y propiedad– y de la desobediencia civil. De todos modos, es conveniente para cierta historiografía que Hobbes pase para la posteridad como el «padre» del autoritarismo moderno.



Así, es seguro que tales elementos tendrán un tratamiento mejor acabado, desde el punto de vista del liberalismo, con Locke. En este caso, la sociedad natural –espacio de las relaciones familiares y económicas– es sustituida por el Estado en una perspectiva marcada por el pasaje de una sociedad de derecho privado, un derecho imperfecto y sin protección, a una sociedad de derecho público, más perfecto y provisto de protección. Eso porque, en la primera, falta un poder *super partes* capaz de dirimir las controversias de forma *imparcial*, claramente instituido por la segunda. En Locke tenemos claramente la proposición de que algunos de esos derechos subjetivos son llevados por los individuos de la sociedad natural a la civil, y que los mismos representan una esfera inalienable de protección contra los actos comunes y públicos del gobierno.

De la instauración de la subjetividad, con Descartes, a la radicalización de la voluntad en el ámbito de los filósofos nominalistas (que reverbera de alguna forma en Hobbes y en Locke) deviene la construcción de la idea de que los derechos subjetivos naturales –más adelante como derechos fundamentales– actúan de escudos o espacios en los que prevalece la lockeana «sociedad de derecho privado»; garantías de que la «sociedad de derecho público» (vale decir: Estado) que se constituye a partir de la suma de las voluntades individuales, no atropelle a los individuos e incurra en arbitrariedades.

Por lo tanto, existe una correlación entre orden jurídico y Estado. Pero, al mismo tiempo, una reserva especial (que coincide con las dimensiones jurídicas de las libertades) que se mantiene preservada de la acción del público, de la comunidad política (lo que, de algún modo, ya estaba contenido en Hobbes, cuando trató del problema de la «reserva de conciencia»). Se advierte, pues, cierta tensión permanente entre Estado y sociedad civil; entre lo público y lo privado.

Pero ese análisis de aquello que es clásico en la modernidad jurídica no puede estar completo sin un abordaje relativo a J. J. Rousseau. Su obra es esencial para proyectar el horizonte de sentido de la cuestión democrática. Es verdad que el filósofo, referido por muchos como *el ginebrino*, siempre produjo división de opiniones. Nunca alcanzó la unanimidad, principalmente cuando vivo. Durante la revolución francesa llegó a ser elevado a «patrono de la revolución». Influyó, también, en alguna medida, las ideas políticas articuladas y afirmadas en el transcurso de la revolución americana (Berman: 2003, 13-16). Su obra, en ese contexto, está asociada a la defensa radicalizada de la idea de que el titular de la soberanía no es el Príncipe, sino el Pueblo, construyendo las bases de una concepción republicana que será desarrollada por el derecho político moderno (Goyard-Fabre: 2002, 179). Por otro lado, los contrarrevolucionarios y la tradición liberal que se formó a partir del siglo XIX, asocian Rousseau al terror revolucionario, al posible totalitarismo presente en su concepción de *volonté générale*, siendo retratado, por lo tanto, como enemigo de la libertad.

Independientemente de las polémicas y discusiones que la obra de Rousseau levante, el hecho es que casi treinta años antes del Abad Sieyès preguntase acerca de *¿quién es el tercer estado?*, el ginebrino ya había afirmado que la naturaleza de la soberanía solo podía derivar del procedimiento según el cual «la multitud, unánimemente, sustituye las voluntades particulares por la voluntad general: la esencia de la soberanía se identifica, entonces, con la voluntad general» (Vetö: 2005, 173-180). El autor de *El Contrato Social* defendía, así, de modo completamente disonante con relación a lo que pregonaban juristas como Grotius y Burlamaqui, que la soberanía tenía como titular al pueblo, que la ejercía en la forma de una *voluntad general*.

Además, en Rousseau se encuentran los orígenes de una fórmula que tendría éxito en el interior de la modernidad política, derivada de la afirmación de que *el gobierno no manda, sino obedece*. En ese sentido, la obra del filósofo terminó por inspirar –y al mismo tiempo señalar algunas pistas– para la superación del que era, entonces, un Estado Jurisdiccional (sociedad de derecho privado) por un Estado Legislativo (sociedad de derecho público); un Estado de Derecho (Fioravanti: 2004, 16).

La posteridad, pues, se ocupó por operar la cristalización de las tesis de Rousseau alrededor de una lógica política según la cual el poder ejercido por el gobierno se halla limitado por la acción resultante de la voluntad general: la legislación. Algo que reverbera, de alguna forma, en la afirmación de Thomas Paine de que un *gobierno es un gobierno de leyes y no de hombres*.

En esos términos, tenemos por tanto el siguiente cuadro representativo del clasicismo jurídico toadavía presente en nuestros días: el Estado como espacio público de constitución del derecho positivo, los Derechos Fundamentales como escudos que protegen al ciudadano de las acciones desmedidas del gobierno, y la Democracia como fórmula política que identifica en la soberanía popular toda la fuente del poder político. Hobbes, Locke y Rousseau, cada uno a su modo, instituyeron los marcos fundamentales de las principales instituciones jurídicas que son el entorno de nuestra vida contemporánea.

### 3. LAS TRANSFORMACIONES EN EL DERECHO: EL CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÁNEO

Es evidente que la repercusión empírica de esas ideas no ocurrió de la noche al día. Hubo todo un largo proceso histórico, también marcado por luchas de todo tipo que, en varios sentidos, forma la moldura del espacio pragmático que involucra el despliegue de esas instituciones. Si consideramos el período que va de la mitad del siglo XIX hasta la primera mitad del siglo XX, podemos formarnos una buena idea de a que pretendo aludir.

En el contexto novecentista, observamos una exacerbación, en el ámbito del derecho europeo, del nacionalismo y de la afirmación de los Estados Nacionales. En términos teóricos, tenemos las obras de los grandes publicistas de ese período, entre los cuales los más mencionados e influyentes son, seguramente, Carré de Malberg, en Francia, y Georg Jellinek, en Alemania. En líneas generales, como acertadamente señala Maurizio Fioravanti, la obra de esos autores refleja un elemento estatista, especie de paradoja hobbesiana, en el interior de la cual los elementos derechos fundamentales y democracia se presentan como factores secundarios, derivados en verdad de una opción constitutiva del Estado. Vale decir: en términos jurídicos, nada precede al Estado.

En la construcción de Fioravanti, tenemos que:

En la lógica estatista, semejante entidad colectiva –como el pueblo o la nación– no es pensable antes y fuera del Estado: existe porque una autoridad, una *suprema potestad*, lo representa, lo expresa unitariamente. El reino, como síntesis unitaria que trasciende las infinitas articulaciones territoriales y corporativas, existía *solo a* de la persona del monarca; y más tarde, durante la revolución francesa, no faltará la tendencia a concebir al pueblo como síntesis unitaria que trasciende las facciones *solo* por medio de la asamblea representativa. (...) En tal horizonte – da cultura estatalista (expresión nuestra). – la *sociedad* de los individuos políticamente activos se convierte en tal, pueblo o nación, solo a través de *su representación unitaria* por parte del Estado soberano. Poco importa que después, en diversas fases históricas, tal representación sea dada por un monarca autocrático o por una asamblea más o menos democráticamente elegida. Lo que interesa es el hecho de que uno y otro, en la cultura estatalista, no son *el resultado de una construcción contractualista desde abajo*, a partir del poder constituyente atribuido a la sociedad originaria de individuos políticamente activos, sino *la condición absolutamente necesaria* para la existencia de un cuerpo político unitario, que de otro modo sería una mera *multitud* disgregada y políticamente incapaz de expresarse (Fioravanti: 2004, 50).

Y complementa:

En concreto, si todas las libertades se fundan solo y exclusivamente sobre las normas, se debe por fuerza admitir que existe ahora *un solo derecho fundamental, el de ser tratado conforme a las leyes del Estado*. En otras palabras, toda la problemática de las libertades se reduce a la problemática de la *actio*, de las soluciones jurisdiccionales que se pueden invocar en el caso de que alguien lesione un derecho individual fundado sobre la ley. (...) En definitiva, en un sistema político fundado sobre principios de carácter estatalista es difícil que el juez – no importa si ordinario o administrativo – sea completamente libre para tutelar derechos individuales en el momento en el que éstos chocan con las razones de la autori-

dad (...). El Estado, de tal manera que, en plenitud, no puede aparecer como un tercero neutral entre las razones individuales de los particulares y las razones de la autoridad pública de la burocracia del Estado (Fioravanti: 2004, 120).

En esa medida, se advierte que tal tipo de ajuste teórico termina por establecer la ley como marca principal del Estado, como el ámbito de validez de los derechos fundamentales que, a esa altura, quedan tímidamente cualificados como «libertades públicas fundamentales», simples concesiones hechas por la autoridad estatal a la sociedad civil; por otra parte, la tímida «democracia» capaz de constituir bajo sus alas, estaría siempre marcada por el brazo fuerte del Estado y de su discutible sistema jurídico, estructurado por una forma presuntamente infalible de razón deductiva.

Esos elementos serán como la estopa de los movimientos altamente explosivos de las primeras décadas del siglo xx en Europa. Elementos excepcionalmente descriptos en la polaridad instituida por Mario Losano (2006, 2010) donde lo jurídico queda entre la Razón y la Voluntad; entre el sistema para conocer y el sistema para hacer. Los constantes ataques al modelo conceptualista de derecho, primero por el movimiento del derecho libre y, en una perspectiva posterior, un poco más moderada, por la *Jurisprudencia de los Intereses*, reivindicaban cada vez con mayor vehemencia el ajuste metodológico de la ciencia jurídica a las premisas del positivismo sociológico y, en su estela, el cuestionamiento de algunos de los elementos constitutivos de la modernidad jurídica.

Pero esos movimientos, con elevado potencial de combustión, se perdieron enseguida en las sombras que dominaron a Europa durante el período bélico (incluyendo aquí el conturbado período entreguerras).

Las barbaridades sin precedentes que marcaron el período bélico dejaron una marca imborrable en el derecho europeo que, aún hoy, proyecta sus consecuencias. Denomino ese movimiento de Constitucionalismo Contemporáneo.

En efecto, desde la década de 1950, la dogmática jurídica de matriz europea viene sufriendo profundas transformaciones. La más notable de ellas, sin duda, se refiere al redimensionamiento que se operó alrededor del rol desempeñado por la Constitución y por el derecho constitucional en el contexto de la *praxis* político-jurídica cuya opción en las cuestiones generales sobre el poder será radicalmente democrática. Los juristas que desempeñan sus actividades bajo el arco de influencia del derecho europeo han estado siempre involucrados en las llamadas disciplinas dogmáticas en un contexto de autorreferencia, en el interior del cual las prácticas jurídicas de interpretación y aplicación del derecho tenían sus problemas resueltos a partir de criterios y estrategias desarrollados autónomamente por el área del saber en que se estaba trabajando. En esa medida, el derecho privado producía una dogmática particular y, en la misma línea, también lo hacía el derecho

penal. Para nosotros, brasileños, eso es particularmente significativo, influenciados que estamos por el pensamiento jurídico alemán, en los dos campos antes mencionados.

Sin embargo, en el contexto de aquello que ya ha sido nombrado como *neoconstitucionalismo*, pero que, aquí, en los límites de estas reflexiones, preferimos llamar de Constitucionalismo Contemporáneo, ese reduccionismo metodológico que tradicionalmente operó en el contexto de la dogmática jurídica tradicional, pasó a sufrir un rompimiento. Esa modificación estructural se debe a la llegada de un nuevo tipo de experiencia constitucional vivida por Europa continental a partir del final de la Segunda Guerra Mundial. Jorge Miranda (2000, 30-31; Streck: 2004, 216 y 2012: 253-270) indicó ese nuevo modelo de constitucionalismo como un tipo de «revolución» en el ámbito de la teoría del derecho y de la dogmática jurídica, semejante a aquella proporcionada por Copérnico cuando ofreció una alternativa científica al modelo astronómico de Ptolomeo: tal como la Tierra le cedió lugar al sol como centro de nuestro sistema planetario, los Códigos cedieron lugar a las Constituciones como el centro del sistema jurídico. Hablaba, entonces, el profesor portugués de una auténtica «revolución copernicana» del derecho público.

El discurso del maestro portugués atestaba el hecho de que, a partir de la segunda mitad del siglo XX, las Constituciones dejaron atrás la tradicional concepción que les atribuía la estrecha función de realizar la conformación política del Estado, estableciendo un procedimiento para producción legislativa y de los demás actos del Poder público, volviéndose *jurídicamente* vinculante, pasando a prever un rol de derechos fundamentales que determinaban los contenidos de esa misma producción normativa.

Este es un punto absolutamente fundamental en el contexto que aquí estamos tratando: si, en el ámbito de las teorías estatistas, los derechos fundamentales tenían en la ley su ámbito de validez (el espacio de las llamadas «libertades públicas fundamentales»), a partir de ese nuevo contexto los derechos fundamentales se presentan como el ámbito de validez de las leyes. Hay una inversión radical en la lógica que, en términos actuales, aparece mencionada a partir de la doble dimensión de los derechos fundamentales; o sea, al lado de la dimensión subjetiva, que confiere a los individuos posiciones jurídicas protegidas en el campo de la dogmática de los derechos fundamentales, existe igualmente una dimensión objetiva significada en el condicionamiento efectivo del derecho objetivo/positivo por el sistema de derechos fundamentales. No por casualidad, la Ley Fundamental de Bonn establece expresamente (art. 1.3) la vinculación de todos los poderes públicos a los derechos fundamentales.

Vale decir –en la fórmula consagrada por Konrad Hesse–, las Constituciones del Segundo Postguerra, más que simples «hojas de papel», como quería Ferdinand Lassalle, poseen *Fuerza Normativa*, vinculando directamente las relaciones entre sociedad y Estado. Es

decir: la Constitución no es solo norma (Kelsen), como tampoco más que lo que las relaciones reales de poder establecen (Ferdinand Lassalle). Hay un proceso circular de interacción permanente entre el texto abstracto y la realidad concreta que resulta en aquello que podemos nombrar como fuerza normativa de la Constitución.

En un contexto como este, aunque el derecho privado, que –como vimos antes– desde las primeras ideas relativas al Estado se presentaba como un campo autónomo en relación al derecho público, por cubrir el espacio de la libertad de mercado y de las relaciones familiares, está siendo incluido en esa nueva dimensión, asumida por la Constitución y por los derechos fundamentales en aquello que es llamado, más específicamente, *aplicabilidad de los derechos fundamentales en las relaciones privadas*. Esto es, a partir de la constatación de que las ofensas a los derechos fundamentales no son producidas, necesariamente, por el Estado en el ejercicio del Poder Político. Otras esferas del poder, como así se constata en el campo económico, social o familiar, pueden exponer los derechos fundamentales a las conductas ofensivas y, también por eso, merecen protección. En este caso, cabe leer tales fenómenos a partir de lo que el jurista italiano Ricardo Guastini (2007: 49) denomina como *constitución invasora*. En efecto, para explicar su idea el autor rescata la tesis de la constitucionalización del ordenamiento jurídico que, en sus palabras, debe ser entendido como «un proceso de transformación de un ordenamiento al término de cual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente «impregnado» por las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida (*pervasiva, invadente*), capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales.»

#### 4. UNA PALABRA FINAL

Todos los movimientos hasta aquí descriptos en amplios rasgos testimonian el hecho de que ese nuevo ambiente que se ha instalado en el derecho europeo desde finales de la segunda guerra y que, posteriormente, se ha expandido hacia parte significativa de la modernidad periférica (principalmente en países de América Latina) promueve una rehabilitación de la ética del Derecho y del Estado, cuyo último baluarte son los derechos fundamentales, expresamente consagrados.

El recorrido realizado aquí representa una demostración de la marcha del «proceso civilizador» (Norbert Elias: 1994, 57-58) que, a resguardo de adversidades, lejos está de agotarse.

Al contrario de cuanto sostienen los defensores de la postmodernidad, sigo creyendo que los elementos determinantes puestos por la modernidad jurídica representan marcos civilizatorios insuperables.

La modernidad nos ha legado una maldición epistemológica, es cierto: la subjetividad, cuando dejada al azar en los ámbitos de poder, principalmente en la Jurisdicción, provoca gigantescos problemas. Actualmente, no faltan voces para alertar que vivimos una *juristocracia*. Sin embargo, no podemos, so pretexto de limpiar la bañera, tirar el niño junto con el agua del baño. El Estado, los Derechos fundamentales y la Democracia siguen siendo los marcos de la juridicidad en la actualidad. Se han producido transformaciones, presentan diferencias, es cierto. Pero éstas se deben más a los aspectos apocalípticos descriptos por los posmodernos, que, propiamente, a un agotamiento de su función. Se modificaron como una exigencia del proceso civilizador que, como afirmaba Norbert Elias, está basado en la convicción de que el hombre se civiliza, y que eso constituye un valor positivo.

Creo que es en este contexto donde debemos interpretar a los *nuevos derechos*. Con la superación del paradigma del esquema sujeto-objeto, la intersubjetividad surge como el *locus* de culminación de nuevos derechos. Son, efectivamente, el reconocimiento «del otro». Así, el derecho subjetivo a la memoria y al olvido, el derecho político a la verdad (histórica) [Tribunales de la Memoria/Transición de Dictaduras a Democracias; Leyes de Memoria histórica...], la re-visión de la (tradicional) masculinidad del *sui iuris* [parejas homo, reasignación de sexos (transsexualidad), *Queer Legal Theory*], consecuencias de lo jurídico virtual (internet) –este *Admirable Mundo Líquido* en que todos hemos sumergido nuestra existencia– sobre el todavía –y quizá por no mucho tiempo– derecho analógico [borrado de datos, disponibilidad y acceso (transparencia) a datos personales, o re-visión del «data protection law» (control y exclusión), etc.]. También el derecho relacionado con las nanotecnologías. En añadido, la renovada atención sobre «eventuales» riesgos –no puramente dialécticos o simplemente paradójicas– de pérdida o aniquilación de la subjetividad a través de las “community” (comunitarismos). Y, al fin, las vastas “nuevas fronteras” de la identidad subjetiva: como re-visión del “clásico” *genetic law of Mendel* (Biología y Derecho) en los panoramas de Neurociencias y Derecho, Genoma humano y Derecho.

Es, sin duda, en la contemporaneidad de esas transformaciones se está concretando *el nuevo Derecho de los nuevos Derechos*.

## BIBLIOGRAFÍA

- BERMAN, HAROLD. J. *Law and Revolution. II: The Impact of yhe Protestant Reformations on the Western Legal Tradition*, Cambridge: Harvard UP, 2009.
- BOBBIO, NORBERTO. *Thomas Hobbes*. Torino: Einaudi, 1989.
- ECO, UMBERTO. *O nome da rosa*. Trad. A. F. Bernardini e H. F. Andrade, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1983.
- *A busca da língua Perfeita*. Trad. de Antonio Angonese. Bauru: Edusc, 2001.

- ELIAS, NORBERT. *El proceso de la civilización. Investigaciones sociogenéticas y psicogenéticas* [1977]. Trad. de Ramón Gaqrcía Cotarelo, México: FCE, 1987, 57-58.
- FERRATER MORA, JOSÉ. Diccionario de Filosofía, Madrid: Alianza Editorial, 1979. (5 t.).
- FIORAVANTI, MAURIZIO. «Estado y Constitución» en *El Estado Moderno en Europa: instituciones y derecho*. Trad. de Manuel Martínez Neira, Madrid: Trotta, 2004.
- GOYARD-FABRE, SIMONE. *Os Princípios Filosóficos do Direito Político Moderno*. Trad. de Irene Paternot, São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- GUASTINI, RICCARDO. «La constitucionalización del ordenamiento jurídico: El caso italiano». Trad. José María Lujambio, en: Carbonell, Miguel, (ed). *Neoconstitucionalismo(s)*. Trotta, Madrid: Trotta, 2009.
- HEIDEGGER, MARTIN. *Que é uma coisa?* Doutrina de Kant dos princípios transcendentais, Trad. de Carlos Morujão, Lisboa: Edições 70, 1992.
- KAUFMANN, ARTHUR; HASSEMER, WINFRIED (coords.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Trad. de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009 (2.ed.).
- LOSANO, MARIO G. *Os grandes sistemas jurídicos. Introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus*. Trad. de João Baptista Machado, São Paulo: Martins Fortes, 2006.
- *Sistema e estrutura no Direito: o século XX*. Trad. de Luca Lamberti, São Paulo: Martins Fortes, 2010.
- MARTIN VAN CREVELD. *The Rise and Decline of the State*. Cambridge: Cambridge UP, 1999.
- MIRANDA, JORGE. *Manual de Direito Constitucional*, Coimbra: Coimbra Editora, 2000, t. IV.
- STRECK, LENIO L.. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do Direito*, Rio de Janeiro: Forense, 2004 (2.ª ed.).
- «A revolução copernicana do direito e a preservação de sua autonomia diante do panprincipiologismo» en: VV. AA. *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, Coimbra: Coimbra Editora, v. VI, pp. 253-270.
- VETÖ, MIKLOS. *O Nascimento da Vontade*. Trad. de Álvaro Lorencini, São Leopoldo: Editora Unisinos, 2005.

Fecha de recepción: 30/06/2015. Fecha de aceptación: 31/10/2015.