

LAS CINCO PARADOJAS DE LA NARRATIVA DE LOS DERECHOS HUMANOS: UNA MIRADA IUS-FILOSÓFICA

THE FIVE PARADOXES OF THE HUMAN RIGHTS NARRATIVE: A LEGAL-PHILOSOPHICAL PERSPECTIVE

*Julio Alvear Téllez**

RESUMEN: En la narrativa de los derechos humanos afloran una serie de aspectos engañosos, que, de manera remota, se relacionan con la filosofía iluminista que originariamente le inspira. En este trabajo se estudian cinco grupos de paradojas, a partir de la obra del jurista y magistrado brasileño Ricardo Dip.

PALABRAS CLAVE: narrativa de los derechos humanos; derechos humanos; filosofía iluminista.

ABSTRACT: A series of misleading aspects emerge in the narrative of human rights, which are remotely related to the Enlightenment philosophy that originally inspired it. This paper studies five groups of paradoxes, based on the work of Brazilian jurist and magistrate Ricardo Dip.

KEYWORDS: human rights narrative; human rights; Enlightenment philosophy.

BREVE INTRODUCCIÓN

Vamos a exponer las principales paradojas del discurso jurídico de los derechos humanos desde el enfoque ofrecido por el jurista brasileño Ricardo Marques Dip.

* Doctor en Derecho y Doctor en Filosofía. Profesor titular de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo, sede Santiago. Correo electrónico: jalvear@udd.cl

Ricardo Dip representa lo más granado del actual pensamiento iusnaturalista brasileño. Filósofo jurídico y jurista práctico, denota en sus escritos la savia de quien conoce el derecho tanto desde la reflexión abstracta como desde su realización práctica. Magistrado del Tribunal de Justicia del Estado de São Paulo, diríase que sus preocupaciones doctrinarias nacen a pulso de su propia experiencia jurídica, como una exigencia de permanente fundamentación ontológica del derecho, cuya necesidad hoy todos sentimos.

En Ricardo Dip sobresalen la capacidad sintética y la originalidad. En cuanto a lo primero, no resulta fácil exponer su pensamiento, pues a cada paso lo ilustra con ideas centrales o frases representativas de los más diversos autores, de los de este lado y los del otro, a quienes ha leído y cita profusamente. Leerlo es entrar en diálogo con él y con el generoso repertorio de autores que le sirven para contextualizar, precisar o profundizar sus propias ideas. Es, entonces, cuando aparece la originalidad, que hay que saber captar, pues es la clave que permite coordinar sus múltiples citas y sacar los resultados definitivos de sus investigaciones.

En materia de derechos humanos –que es el tema que nos convoca– Ricardo Dip ha publicado en lengua española una obra breve, pero sustanciosa: *Los derechos humanos y el derecho natural. De cómo el hombre imago Dei se tornó imago hominis* (Marcial Pons, Madrid, 2009). Es de lectura obligada para captar el aporte de nuestro autor en la materia, la que debe ser completada con una serie de publicaciones en lengua portuguesa que iremos citando oportunamente.

Una de las claves de su lectura de los derechos humanos es la paradoja (del latín *paradoxum* y del griego *παράδοξον*) que nuestro autor no explicita formal y sistémicamente, pero que a nuestro juicio resulta una adecuada óptica de aproximación para enlazar lo que se nos aparece como uno de sus principales aportes en la materia.

A tales efectos distinguiremos cinco paradojas –o más exactamente, grupos de paradojas– que trabajaremos de la mano de nuestro autor.

I. CUESTIÓN PREVIA:

LOS DISTINTOS PARADIGMAS

Ricardo Dip utiliza la idea de paradigma de Thomas Kuhn¹ para describir los modelos epistemológicos que contienen en nuestra época para “narrar” los derechos humanos. Resalta, en primer lugar, un paradigma dominante, que califica como inmanentista, autojustificador, tributario del iusnaturalismo racionalista, que cobija

¹ KUHN (2004) pp. 89-101.

todas las concepciones jurídicas modernas en sus diversas variables, con las distintas ofertas de lo que, en rigor, son positivismos (de textos, judicial, consensual, político), que confunden el derecho con la legalidad o con la facticidad.

En el subterráneo y en contienda, aún pervive el paradigma del iusnaturalismo clásico, que plantea el derecho como realidad analógica, con la principalidad de la *res justa*². El objeto primero, por tanto, no es la norma jurídica, sino una realidad concreta de carácter relacional. Para el iusnaturalismo tradicional:

“es posible el conocimiento de los universales (verdad, bien, principios de justicia, etc.) e incluso, por medio del saber prudencial, se sostiene la posibilidad de alcanzar la verdad de casos singulares, aunque, a propósito de esta verdad, la certeza que obtener sea la propia de una argumentación sobre materia contingente, esto es, una conclusión apenas probable”³.

Este punto es extremadamente importante, pues una de las causas de la incompreensión de la cultura contemporánea respecto del paradigma del derecho natural proviene de imaginar que este consiste en un detallado código de preceptos que se van deduciendo unos de otros, con pretensiones de certeza casi metafísica, como si las circunstancias no impusieran concreciones singulares, muchas veces irrepetibles. En realidad, reconoce nuestro autor, el iusnaturalismo tradicional salva los dos extremos: el del racionalismo matematizante y el del decisionismo irracionalista. Y es que:

“el conocimiento humano sensible puede conocer entes particulares, más no sus esencias individuales, y, por otra parte, el conocimiento intelectual, hábil para aprehender las esencias, no las aprehende individualmente. La rectitud del saber práctico (la especie del saber jurídico) está en su conformidad no con una obra ya acabada –lo que sería propio del saber contemplativo humano– sino con el principio directivo del acto de razón. Las normas de conducta no se presentan como abstracciones carentes de sentido, sino como enunciados del deber ser cuya exacta comprensión no dispensa la experiencia vital. La prudencia es una sabiduría esencialmente práctica”⁴.

De ahí la prudencia como *recta ratio agibilium*, según la célebre definición del Aquinate, que el autor trae a luz⁵.

² Puede verse este aspecto desarrollado en DIP (2022) pp. 20-30. En lengua española, en textos recientes, ALVEAR (2024) pp. 139-158; SEGOVIA (2024) pp. 41-76 y AYUSO (2024) pp. 12-200.

³ DIP (2009) pp. 40-41.

⁴ *Op. cit.* p. 41.

⁵ SANTO TOMÁS DE AQUINO II-II, q. 47 a. 8. Para una versión bilingüe latín-español, SANTO TOMÁS DE AQUINO (2014) II-II, q. 47-79.

En cambio, el paradigma dominante –el de la modernidad jurídica– es un paraguas teórico que acopia los derechos humanos de manera bastante confusa. Y es que, si, por un lado, se puede tener una cierta claridad respecto de los derechos humanos que se enuncian como tal, no se puede decir lo mismo respecto de su contenido y sobre todo de su fundamento, donde, para nuestro autor, hay un “clarísimo disenso fundacional”. Hay saltos e incongruencias en la sucesión de las generaciones de derechos y, sobre todo, variedad de fundamentos y de “tradiciones” que justifican derechos de muy distintos colores. Para unos, por ejemplo, son derechos innatos, esto es, que brotan de la cualidad de ser humano, de la condición natural de la persona. Para otros, da igual, puesto que, en la práctica, el contenido de los derechos es suficientemente difuso como para positivizar la multiculturalidad o la diversidad de interpretaciones ideológicas.

El único acuerdo que en un primer momento pudo resultar –concordar en la universalidad de los derechos humanos, puesto que se predicaban del hombre– ya no puede darse por válido. Y es que para determinar cuáles son los derechos que corresponden al ser humano había que especificar de manera previa qué es el hombre, y este punto fue eludido, porque la idea moderna de lo humano arrastraba diversos humanismos en pugna. Sin embargo, tras el aparente desacuerdo, se podía reconocer –expresa o subrepticamente– la antropología que permearía el curso histórico de los derechos humanos: la antropología liberal que:

“exalta al individuo suficiente en sí mismo, señor de su libertad, nacido libre, titular de derechos innatos. Se trata de un *homo clausus*, el modelo de individuo des-socializado”⁶.

Tras la modernidad jurídica, la posmodernidad recogió la herencia de la antropología liberal en un nuevo paradigma: el de la hiperinestabilidad normativa, de la utopización de la novedad, de lo fluctuante, de lo lábil, del egocentrismo efectivo sin ordenación trascendente alguna.

Una vez que los sistemas religiosos y morales que antes ordenaban y estructuraban las sociedades se han retirado al mundo privado, y que las ideologías fuertes tampoco ejercen ese papel normativo, las sociedades parecen incapaces de enunciar los valores fundamentales que podrían compartir toda la sociedad. Los derechos humanos, entonces, llenan un vacío, pero no solo como límite al Estado, sino como reivindicación de infinidad de demandas. Emerge, entonces, la hiperinflación de derechos, y no solo humanos, dado que el animalismo ético y jurídico los atribuye también a los animales. Esta inflación conduce a la dispersión y al caos de fundamentación (a falta de auténtica fundamentación metafísica y ética), a la era de la duda y de la incerteza⁷.

⁶ DIP (2009) p. 51.

⁷ *Op. cit.* pp. 55-57, 73-74 y 80-87.

Es este caos de fundamentación o de no fundamentación el que sirve de base a los derechos humanos en el mundo contemporáneo. El autor nos invita, a este propósito, a aproximarnos a ellos por la vía de las paradojas.

II. LOS DERECHOS HUMANOS

Y LAS PARADOJAS DE SU FUNDAMENTACIÓN

Ricardo Dip destaca cómo ciertas corrientes jurídicas consideran los derechos humanos como una suerte de expresión o modulación histórica de los derechos naturales. Pero más allá de ciertas coincidencias materiales en torno a determinados objetos, lo cierto es que hay una diferencia sustancial si se enfoca el problema desde el ángulo de la fundamentación.

Una primera fundamentación se encuentra en la dignidad. El autor nota una cierta confusión entre quienes apelan a una dignidad cristiana y quienes refieren a la dignidad moderna, como si hubiera un punto en común que las cubriera con un mismo significado basal. Afirma nuestro autor que la dignidad del hombre en cuanto *imago Dei* no admite la centralidad teleológica del ser humano en cuanto portador de derechos, sino la centralidad teocéntrica del universo: todo está sometido a Dios, creador, señor y fin último.

Por su parte, la inspiración filosófica de la dignidad moderna se encuentra en la dignidad kantiana, la que no puede sustraerse del horizonte ético-formal en que fue planteada, que es su clave de comprensión. Immanuel Kant rechaza todo elemento exterior, trascendente, a la razón racionalista y a su pretendida competencia para ordenar por sí sola la conducta del hombre. En este rango, nos encontramos con una libertad clausurada en su propio ejercicio, dado que

“no tiene relieve el contenido de las normas, sino que apenas importa el imperativo de la conciencia: se prescinde de un fin exterior para las acciones humanas, porque el sujeto agente es el propio fin de las acciones. El hombre es el fin supremo para el hombre”⁸.

En esta noción de dignidad, encontramos una “interpretación tautológica” de la conciencia: la ley moral de la voluntad es su propia autonomía. Como sostiene el mismo Immanuel Kant:

“la dignidad de la humanidad consiste precisamente en esa capacidad de ser legislador universal, aun bajo la condición de estar al mismo tiempo sometido a esa legislación”⁹.

⁸ DIP (2009) p. 19.

⁹ Véase KANT (2005).

O sea, la dignidad consiste en la capacidad para establecer leyes universales, al margen de toda norma o finalidad trascendente.

Los derechos humanos fundados en este tipo de dignidad no sirven para fundar la legitimidad de un orden político o, si se quiere, del Estado. En este sentido, el “debilitamiento fundacional” ha seguido su curso, y en las últimas décadas se ha sustituido el fundamento universal de los derechos humanos por la *Constitución* y, luego, por la internacionalización, en ambos casos al margen de toda idea de directa causalidad natural.

El problema se agrava con tres fenómenos: la “fronterización subjetiva” de los derechos (derechos de las mujeres, ancianos, artistas, etc.), la “despersonalización” de los derechos (intereses difusos o colectivos) y la estatización de los derechos (atribución de derechos fundamentales al propio Estado, particularmente en lo que tiene relación con los hechos perjudiciales para las bases de su organización social)¹⁰.

Ya no hay, por tanto, una fundamentación clara de los derechos humanos. La dignidad es un convencionalismo, pues carece de referencia ontológica. Lo mismo digase de la naturaleza humana. En rigor estamos ante la paradoja de unos derechos humanos sin fundamentación en lo propiamente humano. Y caminamos, como veremos más adelante, hacia la no fundamentación, incluso, hacia la antifundamentación de los derechos llamados humanos.

III. LA PARADOJA DE LAS DIMENSIONES DE LOS DERECHOS HUMANOS

Nuestro autor considera confusa la teoría de las generaciones sucesivas de derechos. Prefiere describir su desarrollo conceptual a través de lo que llama “dimensiones” de los derechos humanos.

En la materia, es difícil sostener una evolución lineal, con agregados de notas aditivas donde el acrecer de la lista de derechos implica simétricamente un plus de valor humano. En realidad, hay especializaciones, especificaciones u olas de varias proposiciones de derechos. Por otra parte, las marejadas de derecho solo consideran, como punto de arranque, su emergencia dieciochesca.

La primera dimensión de los derechos humanos, como factura de la modernidad jurídica, gira en torno a los *droits libértés*, concebidos como posibilidades intelectuales, psíquicas y físicas del individuo, provenientes de un supuesto estado de naturaleza, previo a toda formación social o política. Imponen, por un lado, un deber de *no facere* por parte del Estado y, por otro, la necesidad de des-

¹⁰ DIP (2009) pp. 25, 27-28.

arrollarlos/aplicarlos con apoyo de la ley positiva, es decir, del Estado. En esta dimensión, los derechos encuentran su matriz en el individualismo ilustrado, donde el ser humano es concebido menos como persona y más como individuo insular, desocializado, desvinculado de la familia y de las asociaciones concretas, presto a construir relaciones no con otros individuos sino con su predicable genérico, en cuanto realidad cualitativamente anónima.

La segunda dimensión se expresa en los derechos de igualdad. No se trata de una igualdad que sustituya el principio de máxima libertad posible de la primera dimensión. La igualdad se concibe como un factor de mayor efectividad de las libertades, puesto que estas se deben atribuir a todos y no a unos cuantos (propietarios). De ahí que los derechos de igualdad traigan consigo las prestaciones estatales positivas (de *dare* y de *facere*) a fin de rectificar todas aquellas desigualdades que impiden el ejercicio efectivo de los derechos de libertad. No se trata, propiamente, de una igualdad en la línea de la universalidad de un mismo tratamiento jurídico, sino de una igualdad que reclama diferencias en el tratamiento para superar o eliminar desventajas fácticas. No es una igualdad como exigencia de generalidad, sino una igualdad como exigencia de diferenciación. El trato igual es el trato propiciado con igualdad de oportunidades.

En su proceso de reconocimiento o aplicación, los derechos de igualdad terminan por confundirse materialmente con su tutela judicial, dado los obstáculos presupuestarios que limitan a todo gobierno o las restricciones burocráticas que provienen del derecho administrativo. El caso más característico es el derecho a la salud donde puede verse el conflicto de competencia entre derechos en pro de su satisfacción¹¹.

La tercera dimensión remonta a los derechos de fraternidad o solidaridad. Y así, los derechos al ambiente, al desarrollo, a la comunicación, al uso del patrimonio común de la humanidad. Se caracterizan por su titularidad social, destinándose a colectividades, sea las organizadas jurídicamente, o las que suponen el mero acopio de intereses difusos. Son receptores de estos derechos los grupos intermedios, la sociedad política, el Estado y el género humano.

Para nuestro autor, esta tercera dimensión de los derechos humanos supone, en parte, un cierto resurgimiento de la sociabilidad del hombre en la medida que representa una aproximación realista de las sociedades humanas y una aparente ruptura con el radical individualismo implicado en la primera dimensión. Aquí los cuerpos intermedios figuran con derechos propios entre el individuo y el Estado, y se abren espacios para que la sociedad política aparezca como una sociedad de sociedades. Sin embargo, el punto más agudo de esta tercera dimensión es la afirmación de los derechos del género humano, donde las nociones de

¹¹ DIP (2009) pp. 87-103.

humanidad y de dignidad son cosmopolitas. Aparece la idea de ciudadano del mundo, que supera las fronteras geográficas (desterritorialización) y político-nacionales (extraestatalidad), con tendencia al gobierno global. No se trata, propiamente, de una postura internacionalista, que reconoce una pluralidad de Estados y naciones, sino la afirmación de una “ciudadanía cósmica”, de un “humanismo cósmico”, que promete—ahora sí—la divinización del hombre, un sustituto de la antigua felicidad del cielo.

La dirección cósmica de los derechos del género humano no permite asimilarlos al *Ius Gentium*. Se trata de un paradigma nuevo, disociado de las concepciones iusnaturalistas clásicas e influido por el sistema kantiano. La protección mundial de los derechos humanos, sin romper con la noción racionalista de dignidad, la abstrae por completo de la sociabilidad natural, superando los derechos que parecían pertenecer a los cuerpos intermedios y a la sociedad política. La humanidad de las Naciones Unidas desconoce toda forma histórica de sociabilidad. Es la nueva dimensión ya en forma: la del género humano “universal e indivisible”, rumbo al gobierno mundial¹².

Desde este prisma, nos encontramos con unos derechos “mundiales” que van a anular los derechos que se les opongan. He ahí la paradoja.

Metafísicamente, el paradigma del género humano “universal e indivisible” no deja de ser absurdo¹³. Ricardo Dip apunta cómo el ser humano, que es un animal social o político, se comprende en el concepto extensivo de humanidad, sin que en esta idea se reconozca unidad en sentido absoluto, dado que como dice santo Tomás: “los hombres tienen mucho en común, aunque no la unidad del supuesto”¹⁴. En la doctrina cristiana, además, hay una responsabilidad salvífica individual, como respuesta a una vocación universal. De todos modos, como recalcó la escolástica española, y en particular Francisco de Vitoria, la comunidad internacional es una comunidad real, no una mera comunidad jurídica, como pretenden los autores formalistas contemporáneos¹⁵.

Una puntualización de nuestro autor: a Francisco de Vitoria se le atribuye el haber sido el pionero en la sistematización de los derechos fundamentales de gentes. Pero ello no debe inducir a identificar la dignidad del hombre o de la humanidad en su conjunto con los conceptos que bajo las mismas rúbricas se insertan en la teoría contemporánea de los derechos humanos. No se puede trasladar el fundamento objetivo de Francisco de Vitoria a un cuadro de marcado subjetivismo, influido por concepciones kantianas.

¹² DIP (2009) pp. 103-111.

¹³ Sobre la incidencia del transhumanismo, DIP (2023) pp. 137-154.

¹⁴ SANTO TOMÁS DE AQUINO. Para una versión española, SANTO TOMÁS DE AQUINO (2018) III, q. 1-26.

¹⁵ DIP (2009) pp. 113-118.

El estatuto del hombre clásico no se concilia, en sustancia, con la ideología moderna de los derechos humanos: el hombre, *imago Dei* del cristianismo, se opone a la idea del *homo imago hominis* del racionalismo. Si Dios se hace hombre, para el moderno es el hombre el que se hace dios¹⁶.

IV. LOS DERECHOS HUMANOS

EN EL PARADIGMA CONSTITUCIONAL:

LA PARADOJA ANTI-IUSNATURALISTA

Ricardo Dip utiliza la imagen de los juicios de Núremberg para dimensionar la emergencia de los derechos humanos en el mundo contemporáneo. Recuerda que, si la sed de venganza no hubiera obnubilado la vista de los vencedores, se habrían sentado en el banquillo de los acusados no solo los criminales nazis, sino, también, la concepción jurídica que permitió validar normas positivas por el solo hecho de haber sido establecidas por la voluntad humana. Es el positivismo el que debiera ser juzgado, y tras él, las bases filosóficas de todo el derecho moderno¹⁷.

Es habitual, en el ámbito del catolicismo posconciliar, considerar a los derechos humanos consagrados en la Declaración de 1948 como una suerte de manifestación histórica del derecho natural, en la medida que a través de ellos se reconocerían, *grosso modo*, prerrogativas inherentes a dignidad natural del ser humano.

Sin necesidad de proceder a una *Reductio ad Hitlerum*, es claro que las naciones vencedoras de la Segunda Guerra Mundial no podían –salvo la Unión Soviética– continuar en la senda jurídica de un derecho puramente formalista, despreocupado del destino humano. Nuestro autor observa que, ante la necesidad de ofrecer un fundamento sustantivo al derecho, no se volvió al iusnaturalismo tradicional, en parte, porque en el horizonte cultural de los vencedores la visión del derecho natural también había quedado agotada en la nula potencia del iusnaturalismo racionalista, cuyos principios conducen, por lo demás, al positivismo. Surge, como sustituto, el modelo (abierto) de los principios jurídicos destinado a complementar el reino (cerrado) de las reglas. Nace, entonces, el paradigma constitucional.

Si se ven las cosas desde este paradigma, los derechos humanos resultan ser un sustituto contrario al mismo derecho natural. Pero en cuanto sustituto, no han sido capaz siquiera de mantener la función fundamentadora y estabilizadora de este.

¹⁶ DIP (2009) pp. 145-147.

¹⁷ DIP, (2012a) pp. 13-14, con cita a RADBRUCH (1962) pp. 211-214.

El paradigma constitucional tendrá la aspiración de controlar el contenido de las reglas positivas –expresadas habitualmente en precisos mandatos de conducta– de manera que no se vuelvan contra el ser humano, según rezará la dogmática constitucional. Pero hasta aquí llega el punto de analogía (accidental) con el viejo derecho natural. Los principios serán concebidos como normas finalistas, cual mandatos de optimización que apuntan a “un estado ideal de cosas”. Estructuralmente, serán normas inacabadas, de contenido indeterminado, que no contienen referencia expresa a supuestos de hecho, pues están pensadas para atemperar las reglas en todos sus supuestos actuales o eventuales, a fin de hacerlas –en un primer momento– “más humanas”. Pero también, desde un primer momento, no hay interés en buscar un “orden sustantivo de principios”, dado que estos han de ser fruto del consenso. Un consenso, dada la cultura de la época, incapaz de percibir el derecho al margen de los textos.

Pero como el eje de ordenamiento jurídico sigue siendo la ley, surge la necesidad de constitucionalizar los principios a fin de ubicarlos en la cima del vértice normativo, atribuyendo, al mismo tiempo, fuerza imperativa a las constituciones, de manera que los principios tengan capacidad para sobreponerse a todas las ramas del derecho infraconstitucional. Los principios constitucionalizados pueden, entonces, sustraer, a su albur, los espacios normativos que antes se dejaban fuera de la esfera de lo constitucional. Como complemento, y para evitar la inestabilidad constitucional, se dotará a las cartas constitucionales de la rigidez adecuada, al menos para efectos de que toda reforma constitucional cuente con el respaldo de mayorías calificadas, entre otros expedientes.

Todo este tinglado busca asegurar “un procedimiento de substancialización” del sistema jurídico, entendiendo que la sustancia la ofrece la *Constitución* y que esta, a su vez, consagra la primacía de los derechos del hombre. Estos no pueden ser –como en la época del nazismo– objeto de ablación legislativa.

Para optimizar esta substancialización/constitucionalización de la ley y de todo el sistema de reglas, se formulan los principios con la técnica de la indeterminación de contenido, en el horizonte de los mandatos inacabados, al que ya nos referimos. Esto exige, por su parte, el establecimiento de cortes constitucionales –o de una jurisdicción que haga sus veces– encargada precisamente de completar el proceso de substancialización, garantizando más en concreto los derechos humanos y la legitimación del poder público, con ese certificado de buena conducta que llamamos “constitucionalidad”. La “supremacía legocentrista” de los tiempos del positivismo fuerte será reemplazada por la supremacía judicial¹⁸.

Una supremacía judicial que no cuenta con criterios ontológicos de fundamentación, por lo que los derechos humanos pueden abrigar lo que sea. De

¹⁸ DIP (2012a) pp. 15-16.

ahí que en múltiples casos resulten ser una coartada para imponer la última ideologización en curso. Derechos que no son derechos; derechos antinaturales.

V. LOS DERECHOS HUMANOS

EN EL PARADIGMA NEOCONSTITUCIONAL:

ES DERECHO HUMANO LO QUE QUIERE EL JUEZ,

NO LO QUE DICTA LA NATURALEZA

O ESTABLECE LA *CONSTITUCIÓN*

Como un círculo vicioso que tiende a cerrarse herméticamente, la supremacía judicial se impondrá como tal gracias, precisamente, a los principios constitucionales. Es el camino que ha adoptado el neoconstitucionalismo, que ha desenvuelto todas las consecuencias del primer constitucionalismo.

Si los principios son estructurados como mandatos constitucionales de optimización, es que, entonces, necesitan ser interpretados para servir de complemento efectivo al sistema de reglas, de manera que el conjunto ofrezca un control efectivo de compatibilidad vertical de las normas infraconstitucionales. Surge la hermenéutica constitucional en toda su complejidad, dado que ya no se cree o no se visualizan las virtualidades de la prudencia, esa indispensable virtud de la tradición jurídica clásica, que nos permite bien juzgar.

Ricardo Dip observa que de la multiplicidad posible de significados normativos envueltos en los principios, nace la dificultad pragmática de determinar cuál sea, en su caso, el mandato óptimo, lo que por efecto mimético también se va planteando en el ámbito legal o reglamentario, en la medida que la legislación infraconstitucional enuncia o recoge los principios, con dosis mayores o menores de indeterminación. Mientras más extensa es la indeterminación normativa más espacio hay para la codeterminación judicial. Del modelo silogístico, propio del legalismo, se pasa al modelo de la ponderación de valores, sin que los esfuerzos por objetivar la mediación judicial salden el problema.

Los principios que requieren ser interpretados conducen a una hermenéutica discrecional, opuesta a las metas de seguridad jurídica que, en los comienzos, se pretendía obtener. Surge el “modelo sincrético” de la posmodernidad, donde la indeterminación ha contaminado, diríase, a todo el ordenamiento jurídico. Y es que, a la posmodernidad, como la sombra a la figura, le sigue la agonía de los valores universales y permanentes. Ya no hay lugar para universalismos, sino para la infinita variedad de situaciones subjetivas. La *intentio lectoris* prevalece sobre la *intentio operis*, precisa nuestro autor. Se ha perdido la seguridad más básica: la seguridad de la orientación.

El ámbito prototípico donde se han desenvuelto estas tendencias es, una vez más, el de los derechos humanos. Para ellos hay consagración constitucional (como derechos subjetivos y como principios/valores), superioridad jerárquica, procedimiento agravado de revisión, petrificación de algunos supuestos, eficacia inmediata sobre la actuación de los poderes públicos, etc. Pero a pesar de todo, quedan sujetos a lo que Ricardo Dip denomina “apertura de la metódica de su fundamentación”, dado que los derechos humanos deben recoger ahora la infinita variedad de proyectos de vida y demandas de subjetivación. Son *numerus apertus* de la mano de la jurisdicción constitucional, que abre o cierra la llave a gusto del consumidor¹⁹.

Nuestro autor se pregunta si los problemas que plantea este nuevo constitucionalismo no corresponden, acaso, a una resurrección solapada del derecho natural. Al fin y al cabo, el cúmulo de principios que se han ido constitucionalizando en las últimas décadas se han formulado en el nombre de la dignidad humana, lo que remite a un constitutivo óntico, imposible de ser encerrado en los pliegues del texto.

En realidad, observa Ricardo Dip, estamos ante un “nuevo normativismo”, pues por más que el neoconstitucionalismo mueva el eje hacia la función judicial, se continúa por la senda de la reserva estatal de la determinación de las normas. Solo que ahora se trata del normativismo de un sistema abierto, que ora juega con mandatos precisos y claros (reglas), ora con mandatos incompletos (principios). Estaríamos:

“en las fronteras de una distinción entre un sistema ortodoxo de auto-poiesis jurídica, fuertemente regulativo, y un normativismo abierto, una autopoiesis heterodoxa, en que la apertura cognitiva no se limita a los hechos, puesto que incluso con fuerza retroactiva escoge en la elasticidad de los principios el sentido de la regla. ¿Esto no testimonia la reiteración posmoderna de un poder estatal omnicompreensivo en que el derecho se define y retro-opera a partir de la cabeza de los jueces?”.

Enfrentamos, en realidad, un nuevo positivismo judicial, con toda su discrecionalidad voluntarista²⁰.

Nuestro autor se ve en la obligación de aclarar, en otro lugar, que la auténtica determinación del derecho consiste no solo en elegir una norma aplicable a determinada situación singular, sino en la elección de esa norma a modo de discernimiento de un orden teleológico en el que, *hic et nunc*, se descubre un bien concreto a hacer o un mal también concreto a evitar. No basta para determinar el derecho, conocer las normas universales –extraer la cosa justa como una simple

¹⁹ DIP (2012a) pp. 18-19.

²⁰ *Op. cit.* pp. 19-20.

deducción lógica—, porque de la evidencia moral de que se debe realizar el bien no es posible inferir cuál es el bien concreto en situaciones singulares. Tampoco es suficiente el conocimiento del hecho, sin su referencia a principios universales, que llevaría a un simple situacionismo jurídico. El autor recuerda en este punto la doctrina de la determinación del derecho de Vallet de Goytisolo y Castán Tobeñas²¹.

VI. LA IMPOSIBILIDAD DE LOGRAR

LA “OBJETIVIDAD DE LAS LEYES”.

LA PARADOJA DE LA SOBREPoblACIÓN NORMATIVA

Nuestro autor destaca el valor pedagógico y práctico de la doctrina clásica del derecho natural tanto para la realización de lo justo como para la realización el bien común político. Recordando la doctrina de Aristóteles, sostiene que los seres humanos se inclinan naturalmente hacia todo aquello que los perfecciona, lo que dice respecto no solo de los bienes individuales, sino, también, de los comunes, fundamentalmente el bien de la ciudad, que integra en disposición adecuada el orden de los bienes individuales. En este contexto, las leyes están llamadas a castigar el mal en su justa medida y a enseñar a los hombres lo que es justo *ut in pluribus*. “Leyes” en un sentido amplio, pues estas incluyen, en el lenguaje tradicional, normas naturales y humanas expresadas en las más diversas fuentes jurídicas formales e informales, estatales y no estatales, escritas y consuetudinarias, generales y particulares. Es esta la “ley jurídica” que hay que respetar, a riesgo de caer en la ley del más fuerte, que es la ley de la selva²².

Ricardo Dip nos sitúa en la paradoja de encontrarnos con una monstruosa sobrepoblación normativa que, sin embargo, es incapaz de lograr la antigua “objetividad de las leyes”, por medio de la cual se señalaba lo que es justo en principio como base cierta para delimitar en concreto lo que es justo por determinación o conclusión. Sin estos principios legales es imposible obtener las reglas ciertas de la vida jurídica singular, que son los que, a su vez, permiten cumplir con los deberes cotidianos de justicia. Todo, entonces, ha de ser regulado en sus detalles, pues no hay nada cierto a lo que asirse.

En este sentido, la ley, en su sentido clásico, ofrecía la garantía de una regulación obligatoria basal que orientaba los mil detalles de la vida humana, acomodados libremente de acuerdo con la prudencia de las circunstancias y a la singularidad de las tradiciones. Es esa certeza basal la que se ha esfumado, pues

²¹ DIP (2012b) pp. 38-40, con cita a VALLET DE GOYTISOLO (1994) y CASTÁN (1947).

²² DIP (2012a) pp. 20-22.

hoy ni siquiera es factible la noción de seguridad jurídica que tejió el siglo XIX, en lo que tiene de rescatable, y que en términos de Délos, remitía a una situación estable que no podía ser modificada sin previsibilidad ni debida proporción. Hoy, en cambio, se multiplican las normas, para regular toda y cualquier situación, impulso activado por la propia indefinición de los principios²³.

Hay que volver a recuperar, por tanto, el auténtico sentido de la ley, como parapeto contra la obesidad normativa, pues tras ella late la injusticia y la inseguridad jurídica.

VII. LOS NUEVOS DERECHOS HUMANOS:

EL MORALISMO IRRACIONAL

Y LA PARADOJA DE LA MUERTE DEL DERECHO

En el marco ideológico de la posmodernidad, nuestro autor alude a las teorías deconstructivas que irrigan los nuevos derechos. Estas doctrinas:

“parecen centradas en una función sustitutiva de las mega-narrativas, en la búsqueda de una legitimación resignada a la renuncia de las verdades externas, una legitimación circular y autorreferencial. La intimidad convive con las grandes teorías posmodernas, consecuencia inevitable de su escepticismo, y conduce a la regresión infinita de los enunciados: el discurso teórico y práctico posmoderno, al abdicar del sustento de una verdad o un bien fundacional, está condenado a la circularidad interna, sin apoyo posible de una autoridad externa que podría ser una fuente de su legitimación”²⁴.

Los nuevos derechos carecen de fundamentos objetivamente verdaderos, o cognoscibles, o comunicables, pues estamos fuera del ámbito de una discusión racional, demarcada por el objetivo de la verdad. Los nuevos derechos humanos van imponiendo, así, un moralismo irracional, donde el intimismo convive con un ímpetu de regulación omnicomprendensiva, reflejo paradójico de una época que ha renunciado a los “metarrelatos” y a todo intento de fundamentación.

El relativismo convive aquí con una suerte de absolutismo. No se trata de una negativa de toda moral, sino del surgimiento de un nuevo moralismo que, abdicando de la razón, emerge como ética voluntarista, arbitraria e inestable, que necesita ser impuesta jurídicamente, y que mejor se conforma con un régimen político despótico que con una democracia constitucional.

²³ DIP (2012a) pp. 22-23 y 25-26.

²⁴ DIP (2012c) p. 135.

Esta nueva moral se alimenta de lo que nuestro autor denomina la “síntesis de los opuestos”. Ya no se juega con la relatividad disyuntiva de los modernos, sino con la “aditividad indistinta de los opuestos” que se nutre de lo híbrido, de lo que se mezcla, de lo que no reconoce fronteras definitivas, categorías ontológicas o diferencias específicas. Lo verdadero, lo bueno o lo bello son irrelevantes: la voluntad toma el lugar del entendimiento, puesto que, en el fondo, no hay más significado que el que el hablante atribuye a los términos²⁵.

La muerte de todas las verdades es consecuencia de la muerte de Dios. Y con todo ello, la muerte del derecho. Apunta Ricardo Dip:

“Este mundo posmoderno sin sentido es el resultado de la afirmación moderna de la muerte de Dios, es decir: ninguna autoridad puede crear la verdad y el bien, ninguna autoridad puede enseñar los fines de la inteligencia y la voluntad. Así, la muerte posmoderna de todas las verdades es consecuencia de la muerte moderna de Dios. La afirmación de la muerte de la verdad inmutable (que es la configuración radical de la ‘muerte de Dios’) se ha convertido, incluso en el campo filosófico, un lugar común, un dogma. A la muerte de Dios siguieron todas las muertes posmodernas posibles: de la historia, de lo social, de la Moral clásica, de la Metafísica, de la inteligencia, del hombre mismo, como ha dicho Foucault: ‘l’homme n’existe plus’ [...] Si esto es así, no es de extrañar que en el ámbito del Derecho ocurra lo mismo, [...] ya sea porque no existe una legitimación de una racionalidad externa a la cual remitir, objetiva y finalmente, la res iusta y las normas jurídicas, o porque la explicación ‘científica’ posmoderna del hombre es incompatible con las ideas de libertad e imputabilidad”²⁶.

Para el autor, el nihilismo jurídico posmoderno es la antinomia del iusnaturalismo tradicional. Las notas premodernas y antimodernas (*v. gr.* la aversión a los fundamentos racionales) de la posmodernidad confluyen con una intensificación de lo moderno, cuyo resultado es un derecho decididamente voluntarista, positivista, contrafinalista, formalista, tecnicista, procedimental, inmanentista. Todas las teorías posmodernas del derecho y sus variados “ismos” portan una aversión radical no tanto a lo moderno cuanto al iusnaturalismo tradicional. La pérdida de confianza en un fundamento natural del derecho ha conducido a la necesidad de una autorreferencia fundacional, que se acentúa con el carácter puramente procedimental o decisionista del derecho positivo. La indiferencia hacia el contenido incentiva el culto a la forma.

²⁵ DIP (2012c) pp. 135-136.

²⁶ *Op. cit.* pp. 137-138.

El derecho posmoderno, en consecuencia, constituye un espantoso caso de voluntarismo jurídico radical. No hay nada intrínsecamente racional. En palabras de Natalino Irti, que nuestro autor cita, es un derecho completamente entregado a la voluntad de los hombres, pues no reconoce un atrás o un delante de ella. No hay futuro o sentido definitivo, pues si las normas salen de la nada a la nada pueden volver. El querer es la absoluta causalidad. Todo es intramundano, histórico y terreno. El positivismo ha renacido como positividad de la voluntad, de una voluntad que niega toda finalidad consistente y todo criterio exterior de unidad, pues pervive en el espacio de un movimiento sin destino, donde ha de destacar la pura autosuficiencia de la voluntad normativa en el pliegue móvil de ocasionalismo decisorio o de la legitimación puramente procesal. El derecho es hiperindividualista, pluralista por prescripción, autopoietico, y cuenta, como contraparte, con el consumo nihilista de normas arbitrarias²⁷.

A MODO DE CONCLUSIÓN

Ricardo Dip formula una crítica acerada a la teoría moderna de los derechos humanos. Esa crítica puede ser abordada desde diversas aproximaciones. Nos ha parecido que la perspectiva de lo que hemos denominado “paradojas” permite anudar sintética y adecuadamente el conjunto variado de reflexiones que el autor presenta en la materia.

Hay paradojas en la fundamentación misma de los derechos humanos, pues unos derechos que se presentan como humanos se basan, en realidad, en antropologías desfiguradas, como la prototípica del individualismo ilustrado o aquella de los epígonos posmodernos donde, incluso, se desconoce lo propiamente humano.

Hay paradojas en lo que el autor llama las dimensiones de los derechos humanos, puesto que las dimensiones últimas y universales (las del “género humano”) tienen la vocación de devorar a las restantes. Unos derechos humanos en estado de absurdo canibalismo.

También se encuentran paradojas en el paradigma constitucional que ha cobijado, desde sus inicios, los derechos humanos, puesto que la *Constitución* tiene la función de reemplazar el derecho natural. Con ello se niegan los fundamentos jurídicos naturales de los derechos humanos dejándolos sin suelo y sin consistencia.

Hay paradojas en la atribución que dentro del mismo paradigma se entrega al juez constitucional, puesto que, de unos derechos incondicionales, supues-

²⁷ DIP (2012c) pp. 139-142.

tamente fundados en la dignidad humana y declarados en la *Constitución*, se transita hacia unos derechos que solo son tales cuando un tribunal lo decide en virtud de la mítica y discrecional ponderación de valores.

Asimismo, el desconocimiento de lo que sea la auténtica ley y el olvido de la función de la prudencia en la determinación del derecho imposibilita la realización de la “objetividad de las leyes”, con lo que emerge la monstruosa sobrepoblación de normas jurídicas que ahogan a todo nivel las libertades en torno a las cuales se consagraron los primeros derechos humanos.

Finalmente, nuestro autor anota cómo la emergencia de los nuevos derechos posmodernos supone la muerte del derecho a la par que la imposición de un moralismo irracional.

El conjunto de estas paradojas, que aquí brevemente hemos reseñado, se comprende bien desde las premisas iusnaturalistas de nuestro autor, en el flujo de la doctrina hispánica de buen quilate, a las que nos remite incesantemente.

Paradojas monstruosas como la misma teoría de los derechos que las ha provocado.

BIBLIOGRAFÍA

- ALVEAR T., Julio (2024): “El eterno retorno del derecho natural”, en Ayuso, M. *¿Derecho natural contra derecho natural?* (Madrid, Marcial Pons).
- AYUSO, Miguel (2024): *Derecho natural. Defensores e impostores* (Madrid, Dykinson).
- CASTÁN TOBEÑAS, José (1947): *Teoría de la aplicación e investigación del derecho* (Madrid, Reus).
- DIP, Ricardo (2009): *Los derechos humanos y el derecho natural. De cómo el hombre imago Dei se tornó imago hominis* (Madrid, Marcial Pons).
- DIP, Ricardo, (2012a): “Os Direitos Humanos do Neoconstitucionalismo: Direito Natural da Pós-Modernidade?”, *Aquinate* n. 17.
- DIP, Ricardo (2012b): *Prudência notarial* (São Paulo, Quinta editorial).
- DIP, Ricardo (2012c): *Segurança jurídica e crise posmoderna* (São Paulo, Latin, Quartier).
- DIP, Ricardo (2022): *ABC do Direito Natural* (São Paulo, Editorial Lepanto, segunda edición).
- DIP, Ricardo (2023): “Qué é o transumanismo?”, en Dip, R. (ed.), *Direito Natural Clássico: temas de ontem, de hoje e de sempre* (São Paulo, Editorial Lepanto).
- KANT, Immanuel (2005): *Metafísica de las costumbres*, traducción y notas Adela Cortina y Jesús Conill (Madrid, Tecnos).
- KUHN, Thomas (2004): *La estructura de las revoluciones científicas* (Ciudad de México, FCE).

- RADBRUCH, Gustav (1962): *Filosofia do Direito* (Coimbra, Ed. Arménio Amado).
- SANTO TOMÁS DE AQUINO: *S. Th.* III, q.3, a.7. ad.secundum.
- SEGOVIA, Juan Fernando (2024): “El derecho natural clásico”, en Ayuso, M. *¿Derecho natural contra derecho natural?* (Madrid, Marcial Pons).
- SANTO TOMÁS DE AQUINO (2014): *Suma Teológica*, tomo VIII (Madrid, BAC).
- SANTO TOMÁS DE AQUINO (2018): *Suma Teológica*, tomo XI (Madrid, BAC).
- VALLET DE GOYTISOLO, Juan (1994): *Metodología de la determinación del derecho*, vols. I y II (Madrid, Ramón Areces).