

¿POSITIVIZACIÓN DE LOS DERECHOS NATURALES PARA DEJAR ATRÁS LA POLÉMICA “IUSNATURALISMO-IUSPOSITIVISMO”? OTRO INTENTO INSUFICIENTE EN LA ETERNA LUCHA POR EL DERECHO JUSTO

Renato Rabbi-Baldi Cabanillas¹

Resumo

O presente ensaio busca demonstrar que a positivação dos direitos humanos não fecha nenhum debate sobre o conteúdo e a concreta dimensão de tais direitos. A discussão no século XXI exige um trabalho intelectual organizado em torno da revelação e garantia dos núcleos essenciais dos direitos das pessoas nas complexas situações em que estas atuam. Não se trata de um trabalho simples. As exigências básicas das pessoas e as situações da vida devem ser trazidos à consideração – como foi a proposta da razão prática – em um processo ascendente e franco. Um tipo de “espiral” argumentativa, nunca concluída e sempre guiada por uma ideia geral de justiça concreta. Nisso consiste o desafio do século XXI ainda que, em definitivo, tenha sido o eterno desafio de todos os tempos.

Palavras-chave: Positivação dos direitos humanos. Conteúdo e dimensão dos direitos humanos. Núcleo essencial dos direitos humanos. Espiral argumentativa. Justiça concreta.

POSITIVIZATION OF THE NATURAL RIGHTS TO LEAVE BEHIND THE CONTROVERSIAL “NATURAL LAW - LEGAL POSITIVISM”? ANOTHER INSUFFICIENT ATTEMPT IN THE ETERNAL STRUGGLE FOR THE JUST LAW

Abstract

This essay seeks to demonstrate that positivization human rights does not close any debate on the content and actual extent of any such rights. The discussion in the XXI century requires intellectual work organized around the development and guarantee the essential core of the rights of people, in the complex situations in which they

¹Doctor en Derecho, Universidad de Navarra, España. Estudios post-doctorales en la Universidad de Münster, Alemania y en el Instituto Internacional de Derechos Humanos, Estrasburgo, Francia. Profesor Titular Regular de Teoría General y Filosofía del Derecho, Universidad de Buenos Aires. Juez de la Cámara Federal de Apelaciones de Salta, Argentina. E-mail de contato: renatorb@fibertel.com.ar

operate. This is not a simple job. The basic requirements of the people and life situations must be brought to account - as was the proposal of practical reason - in an upward and frank process. A kind of "spiral" argumentative, never completed and always guided by an overview of practical justice. Therein lies the challenge of the XXI although, ultimately, it was the eternal challenge of all time century.

Keywords: Positization of human rights. Content and human rights dimension. Essential core of human rights. Argumentative spiral. Practical justice.

¿UNA POLÉMICA PERSISTENTE?

Tal vez resulte un tanto sorprendente considerar que, si se mira la historia con cierto detalle, la polémica planteada en el título de este papel tiene poco de eterna y mucho de reciente. En rigor, los elementos naturales y positivos del derecho coexistieron desde siempre en un *único* derecho² al que se puede denominar "institucional" o, si se admite cierta provocación, "positivo"³. Esa fue la tónica de la tradición greco-romana⁴ y sobre ella, durante largos siglos, se estructuró el *ius commune* que hizo de esa coexistencia su rasgo distintivo, sin que ello hubiera supuesto algún genero de tensión o disputa con escuela o teoría alguna⁵. Y si bien la denodada búsqueda de positivizar criterios de "justicia material" por parte de la teoría iusnaturalista "moderna" es consecuencia de una virulenta polémica con el poder político de entonces, ella responde, al contrario de lo que mayoritariamente suele decirse, más al plano de la fundamentación última del derecho, que al de la estructura del sistema jurídico o, si se prefiere, al de las fuentes del derecho, cuestión ésta francamente menor si se la compara con la anterior⁶. De ahí que la terca polémica "derecho natural-iuspositivismo" es más bien un producto de la modernidad, esto es, del momento de la positivización de los derechos naturales y positivos con la Codificación, que es cuando la Dogmática jurídica creyó ver concluido el proceso que el racionalismo había elaborado durante los siglos precedentes en defensa de los derechos de las personas. Si éstos últimos, en efecto, se habían asegurado en códigos

² Así Hervada, Javier, Introducción crítica al derecho natural, Eunsa, Pamplona, 6º, 1990, esp. pp. 79-115. Cfr, más sintéticamente, Tinant, Eduardo, "La positividad del derecho natural", Boletín de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, 2, 13, La Plata, 1984, pp. 3-4.

³ Cfr mi Teoría del Derecho, Ábaco, Buenos Aires, 2009, 2º edición corregida y aumentada, esp. pp. 226-228, en el que se advierte la influencia del citado Hervada y, en menor medida, de Ollero y de Serna, éste último, a la vez, influenciado por Mac Cormick. Cfr en este sentido Ollero, Andrés, "España: límites del normativismo a la luz de la jurisprudencia constitucional sobre igualdad" y Serna, Pedro, "Sobre las respuestas al positivismo jurídico", ambos en Rabbi-Baldi Cabanillas, Renato (coord.), Las razones del derecho natural. Perspectivas teóricas y metodológicas ante la crisis del positivismo jurídico, Ábaco, Buenos Aires, 2008, 2º, respectivamente, pp. 441-458 y pp. 115-142.

⁴ Cito, entre otros ejemplos, Aristóteles, Ética a Nicómaco, 1134 b 18-32 y Retórica, 1373 b 5-13; y Cicerón, Las Leyes, 1, 17.

⁵ Cfr por todos Zuleta Puceiro, Teoría del derecho. Una visión crítica, Depalma, Buenos Aires, 1987, esp. pp. 109 ss.

⁶ Sigo en esto la tesis de Kantarowicz, Hermann, en su opúsculo "Las épocas en la ciencia del derecho", reproducido en Radbruch, Gustav, Introducción a la filosofía del derecho, FCE, Madrid, 1974, pp. 109 ss. y de Guzmán Brito, Alejandro, "Introducción", en Domingo, Rafael (ed.), Juristas universales. Juristas modernos, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 59-76. De ahí que, a mi ver con acierto, Ferreira da Cunha, Paulo, "El derecho natural. Historia e Ideología", en Rabbi-Baldi Cabanillas (coord.), nota 2, pp. 61-62 sugiere relativizar la tensa distinción trazada (entre otros por Villey) entre las tradiciones "moderna" y "clásica" del derecho natural.

completos y perfectos, nada más quedaba por señalar. Así, casos como el de Antígona en Grecia, o el de Lucrecia en Roma, según memora Cicerón⁷, no resultan ya pertinentes como consciencia crítica del derecho positivo, por cuanto éste ya no es sólo *legal*, sino, además, *justo* y es esa la razón por la que la disputa fue tan ferozmente criticada. Ella era, en verdad, innecesaria.

Sin embargo, esa perspectiva fue tan sólo, apoderándome libremente de una expresión de Kaufmann, un “episodio”⁸. Pronto, en el propio siglo XIX, se echó de menos esa idea de “justicia material” y ésta regresó a los ordenamientos jurídicos y a la reflexión teórica a través de fuentes y nombres diversos: equidad; epikeia; principios generales del derecho; usos y costumbres, etc., respecto de los primeros; idea de “fin”; “derecho libre”; “libre investigación científica”; etc., respecto de los segundos⁹). Y si fue importante, ya en el siglo XX, la obra de Kelsen, no menor fue la reacción contraria luego de 1945. En este sentido, Gadamer –un filósofo puro, esto es, un no jurista- es categórico: “el positivismo legal, al que le gustaría poder reducir toda la realidad jurídica al derecho positivo y a su correcta aplicación, no parece que tenga actualmente ni un solo partidario. La distancia entre la generalidad de la ley y la situación jurídica concreta que plantea cada caso particular es esencialmente insuperable. Al parecer ni siquiera bastaría con pensar, en una dogmática ideal, que la fuerza productora del derecho inherente al caso particular está predeterminada lógicamente, en el sentido de que cabría imaginar una dogmática que contuviese al menos en potencia todas las verdades jurídicas en un sistema coherente. La sola ‘idea’ de tal dogmática completa parece absurda, y eso sin tener en cuenta que de hecho la capacidad creadora de derecho de cada caso *está constantemente preparando la base a nuevas codificaciones*”¹⁰.

Es seguro que esta frase no concita la adhesión de todos los teóricos¹¹ pero, sospecho, sí, del grueso (si no de todos) los prácticos. Los recientes casos jurisprudenciales sobre graves delitos contra los derechos humanos en Alemania y la Argentina a los que me referiré más abajo parecen abrirse paso en ese sentido.

⁷ Cfr, respectivamente, Sófocles, Antígona, en Tragedias (introducción de José S. Lasso de la Vega, traducción y notas de A. Alamillo), Gredos, Madrid, 3ª reimp., 1981, 449-459 y Cicerón, Las Leyes (traducción e introducción por A. D’Ors), Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1970, I, 17, 46, p. 123.

⁸ Kaufmann, Arthur, “El renacimiento del derecho natural de la posguerra y lo que fue de él” (del alemán por A. Guardia Clausi), en Rabbi-Baldi Cabanillas (coord.), Las razones..., cit. nota 2, p. 357.

⁹ Cfr en relación con los ordenamientos jurídicos, los supuestos que en mi Teoría del Derecho, ob. cit. nota 2, pp. 181-185, he denominado como “ejemplos de codificación ecléctica”, tal el caso de, entre otros, los códigos de Austria; Argentina y, más tarde, Suiza. En cuanto a los ensayos teóricos, son clásicos y bien conocidos los de Ihering; Geny o el citado Kantarowicz, entre otros.

¹⁰ Gadamer, Hans Georg, Verdad y método, Fundamentos de una hermenéutica filosófica (del alemán por A. Aparicio y R. de Agapito), Sígueme, Salamanca, 6ª, p. 613 (el énfasis se ha añadido).

¹¹ Paradigmáticamente a favor: Atienza, Manuel/Ruiz Manero, Juan, “Dejemos atrás el positivismo jurídico”, en Ramos Pascua, J. A. y Rodilla González, M. A., El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto, Universidad, Salamanca, 1996. En contra, Bulygin, Eugenio, “Mi filosofía del derecho”, discurso de investidura como doctor honoris causa, Universidad de Alicante, 30/5/08 (www.ua.es).

II. LA POSITIVIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS COMO MODO DE EVITAR LA POLÉMICA

El persistente deseo de evitar el debate “derecho natural-iuspositivismo” que, preciso es puntualizarlo, aparentemente sólo preocuparía al positivismo (algo que, de suyo, invitar a la reflexión¹²), parece haber encontrado un refugio seguro en la ostensible positivización de los “derechos humanos”. Acaso el ejemplo más significativo de esta posición sea Norberto Bobbio, quien sin ningún eufemismo llamó a dejar de lado todo intento de fundamentación de dichos derechos para, en todo caso, aunar fuerzas en torno de su efectiva concreción histórica¹³.

La postura del profesor de Turín mereció justos reproches. En primer lugar, como fue puntualizado por Hervada, dicha posición contradice el sentido semántico de los textos internacionales (y también de los nacionales) de protección de los derechos humanos, los que, paradigmáticamente, señalan que éstos son “inherentes”; “esenciales”; “inalienables” o “intrínsecos” a las personas, esto es, que no son una concesión graciosa del poder público, sino que éste último, atento reconocer su carácter de *naturales* (pues no otra cosa entrañan las afirmaciones recién mencionadas), por tal motivo los incluye dentro del sistema jurídico¹⁴. Y, en segundo término, como fue señalado por Robles¹⁵ –en directa respuesta a Bobbio–, resulta inadmisibles que, precisamente un teórico del derecho como el profesor turines soslaye la necesidad de fundamentar aquello que se postula como un artículo de primera necesidad. La crítica del autor español es difícilmente rebatible: “el fundamento de los derechos humanos constituye *realmente* un problema, y además un problema que no podemos eludir. Y esto por varias razones. La primera, porque es absurdo defender unos valores y no saber por qué. La segunda, porque dicho porqué o fundamento delimita el contenido concreto, en una u otra dirección, de los derechos humanos. La tercera, porque resulta francamente ridículo e inaceptable que nosotros, los teóricos, presentemos teorías sobre los derechos *sin* fundamentarlas. Y, por último, la cuarta, porque para llevar a la práctica dichos derechos es preciso,

¹² Cfr, a ese respecto, Farrell, Martín D., “¿Discusión entre el derecho natural y el positivismo jurídico?”, *Doxa*, 21-II, Alicante, 1998, pp. 121-128, y Squella, Agustín, “¿Por qué se vuelve a hablar de derecho natural?”, *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, 17, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997, pp. 201-219. Crítico de éste último, Orrego Sánchez, Cristóbal, “¿Podría no hablarse de derecho natural alguna vez? Réplica al profesor Squella”, en, del mismo autor, *Análisis del derecho justo. La crisis del positivismo jurídico y la crítica del derecho natural*, UNAM, México, 2005, pp. 99-140.

¹³ Bobbio, Norberto, “Sobre el fundamento de los derechos del hombre”, en él mismo, *El Problema de la guerra y las vías de la paz*, Barcelona, 1982, *passim*.

¹⁴ Cfr Hervada, “Problemas que una nota esencial de los derechos humanos plantea a la filosofía del derecho”, *Persona y Derecho*, Pamplona, IX, 1982. Entre otros ejemplos, repárese, en el Siglo XX, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (“dignidad intrínseca” y “derechos inalienables”); en la Convención Americana de Derechos Humanos, (“derechos esenciales”) y, en el Siglo XVIII, en la Declaración del Buen Pueblo de Virginia (“derechos inherentes”) y en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (“derechos naturales, inalienables y sagrados”). A propósito de un enfoque semejante en la Corte Suprema, cfr mi estudio, “Los derechos humanos como derechos anteriores o preexistentes: un examen a partir de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, *El Derecho*, Buenos Aires, 175-816.

¹⁵ Robles, Gregorio, *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*, Civitas, Madrid, 1992, pp. 11 ss.

por lo menos, tener ideas claras. A la primera la llamaremos razón ética, a la segunda la razón lógica, a la tercera la razón teórica y a la cuarta la razón pragmática”¹⁶.

Acaso por la contundencia de las críticas expuestas, la tesis bobbiana no parece haber tenido mayor predicamento. Ella, sin embargo, deja entrever algo no menor: existen derechos fundamentales, esto es, inherentes, esenciales, inalienables o intrínsecos a las personas que las sociedades deben resguardar. Si bien la comunidad internacional puede, por hipótesis, soslayar su fundamentación, ¿no entraña esto último, por más que no se lo quiera admitir –y esa tal vez sea la intención de Bobbio¹⁷– una resonante “victoria” del iusnaturalismo que “vuelve” por sus fueros a los ordenamientos jurídicos, precisamente para recordarnos aquellos principios o criterios que vale la pena defender, esto es, que marcan la diferencia entre un orden jurídico justo y otro que no lo es?

III. LA POSITIVIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS COMO “VICTORIA” DEL IUSNATURALISMO

La pregunta-proposición recién expuesta parece haber tenido cierto eco en la comunidad científica, a la que se le hace difícil desconocer la evidente semántica iusnaturalista de los textos internacionales y nacionales de protección de los derechos humanos. Empero, ello no supone abrir las puertas de par en par al “derecho suprapositivo que ejecuta lo justo caso a caso” pues ello supondría que “pierde su medida”¹⁸, esto es, que se ha caído en la indeseada inseguridad jurídica. Una vez más, pues, el límite es el derecho “positivo” plasmado por los señalados textos internacionales y nacionales de protección de los derechos humanos, aunque las diferencias con Bobbio son netas. En efecto; mientras en éste último el recurso a esos documentos se impone por la trascendencia de los derechos que consagra, en la doctrina que a continuación citaré la apelación a aquellos es debida, *además*, a una trascendencia fundamentada en un origen que ya no se esconde, sino que se explicita, más allá de la adhesión personal (o no) a esa tesis por parte de quienes la formulan: el carácter iusnaturalista de los textos en cuestión.

Al respecto, me serviré de la opinión de tres distinguidos académicos del ámbito penal y civil, quienes, coincidentemente, intervinieron como jueces de la más alta instancia de sus respectivos países en los trascendentes casos aludidos más arriba: Winfried Hassemer; Eugenio Zaffaroni y Ricardo Lorenzetti.

1. El profesor alemán –también catedrático de Filosofía del Derecho– se ha ocupado del asunto a partir de la exégesis de la famosa “fórmula de Radbruch” que Alexy ha sintetizado bajo la proposición “la injusticia

¹⁶ Ibid., p. 12 (el énfasis corresponde al original).

¹⁷ Digo tal vez porque, como es sabido, Bobbio en *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Di Comunità, Milano, 1977, pp. 12-13, afirma que es posible ser positivista desde el punto de vista de la ciencia del derecho e iusnaturalista desde el de la ideología.

¹⁸ Hassemer, Winfried, “Derecho natural en el derecho constitucional” (del alemán por J. Brague Camazano), *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 7, 2003, p. 288.

extrema no es derecho”¹⁹. Hassemer reconoce que “la fórmula radbruchiana ha aflojado las cadenas del positivismo legal” y “ha hecho posible un lenguaje en el que (...) cabe preguntarse si no hay parámetros conforme a los cuales puede hablarse –con bendición científica- de leyes injustas”. De esta manera, añade, “no puede haber ninguna duda” de que con la fórmula “se argumenta antipositivistamente” y “se construye” en una clave de derecho natural, horizonte bajo el cual “ha hecho su carrera”²⁰. Con todo, el autor es categórico en cuanto a que “defiendo la tesis de que el recurso fundamentado a esta fórmula ya no es hoy conveniente”, por “los desarrollos que se han producido en nuestro círculo cultural desde el artículo de Radbruch de 1946 en el Derecho internacional, en el Derecho constitucional y en el derecho penal”²¹. Dichos desarrollos se ciñen a la referida positivación de las normas protectorias de los derechos humanos, de modo que, para Hassemer, tal es la respuesta brindada, a propósito de los casos sobre los “guardianes del muro” por parte de los tribunales intervinientes²². Entre otros, la sentencia del Tribunal Constitucional Federal “de forma clara ha determinado que no se necesita recurso a principios jurídicos suprapositivos, sino que basta partir de las valoraciones que la propia República Democrática Alemana ha expresado en sus preceptos penales”²³. ¿De qué preceptos se trata?. Hassemer responde: “si se aceptan las Convenciones internacionales para la protección de los derechos humanos de que era parte la República Democrática Alemana, se muestra algo así como una *tabla de un moderno ‘Derecho natural positivizado’*: un paraguas normativo amplio, en algunos puntos incluso abundante, sobre los derechos humanos que han sido lesionados por los tiros, las minas y el dejar desangrarse a las víctimas en la frontera de la República Democrática Alemana”²⁴.

La cita es rotunda: los documentos que Bobbio aspira a ver concretados en la práctica debido a una relevancia que, sin embargo, evita desentrañar, Hassemer la devela sin más: ellos son “derecho natural positivizado”.

2. El razonamiento de los jueces Zaffaroni y Lorenzzetti en la causa “Simón”²⁵, a propósito de la trascendente disputa en torno de la constitucionalidad de las denominadas leyes de “obediencia debida” y “punto final” dictadas en la República Argentina en 1987, se articula de manera muy semejante al trabajo recién citado de Hassemer. En relación con el debate que tuvo lugar en el Congreso Federal en torno de la declaración de nulidad

¹⁹ Alexy, Robert, “Una defensa de la fórmula de Radbruch”, en Vigo, Rodolfo, La injusticia extrema no es derecho. De Radbruch a Alexy, La Ley, Buenos Aires, 2004, esp. p. 229.

²⁰ Hassemer, nota 16, pp. 287 y 289.

²¹ Ibid., p. 290.

²² Las principales sentencias de este proceso pueden leerse, en castellano, en la obra citada en la nota 17. En cuanto al debate que ésta suscitó, en dicho volumen se encuentra, además del trabajo de Alexy más arriba mencionado, el de Sodero, Eduardo, “Reflexiones filosóficas sobre el caso de los Guardianes del Muro”, pp. 289-326. Cfr, asimismo, la bibliografía citada por Hassemer en la nota 6 del estudio que aquí se comenta.

²³ Hassemer, nota 16, p. 291.

²⁴ Ibid., p. 292 (el énfasis se ha añadido).

²⁵ CSJN, Fallos: 328:2056 (14/06/2005).

de dichas normas, expresan “que no han faltado apelaciones abiertas al derecho natural”²⁶. De ahí que “la invocación de fuentes jurídicas supraleales siempre obliga a volver la vista al drama alemán de la posguerra y muy especialmente al debate que en su tiempo se generó”²⁷. Dicho debate, añade, que refleja “el estado espiritual de la ciencia jurídica alemana” de ese entonces, estuvo marcado “en gran medida” por “la polémica sobre la llamada ‘vuelta’ o ‘giro’ de Gustav Radbruch expresado en [el] breve artículo de 1946”²⁸, al que ya se había referido Hassemer. Al igual que éste último, ambos jueces expresan cierto recelo respecto de la apelación a un “derecho supraleal”, ya que su “invocación para desconocer límites de legalidad siempre es peligrosa, pues todo depende de quién establezca lo que es o se pretende natural”²⁹. De cualquier modo, como Hassemer, consideran que “cabe advertir que media una notoria diferencia entre el momento en que este debate tuvo lugar y el presente”³⁰, la que viene dada por la expansión del sistema internacional y por la consolidación del sistema nacional de protección de los derechos humanos. Así, ya “no es necesario perderse en las alturas de la supralealidad, cuando el derecho internacional de los derechos humanos, que forma un plexo único con el derecho nacional, confirmado por el inc. 22 del art. 75 de la Constitución Nacional, hace ineficaces las leyes” en cuestión³¹. De ahí que, concluye, “este último fenómeno de positivización de los derechos humanos en el derecho internacional, como reaseguro de sus positivizaciones nacionales, es lo que *hizo perder buena parte del sentido práctico al clásico debate entre iusnaturalismo y iuspositivismo* ...”³².

La afirmación recién citada, como la referencia hassemeriana anteriormente citada, es igualmente concluyente: los documentos que Bobbio pide llevar a la práctica son consecuencia del debate iusnaturalismo-iuspositivismo, de modo que su positivización es el resultado concreto de tal disputa o, mejor, de la necesidad “de poner límites al poder estatal desde lo supraleal ...”³³.

²⁶ Ibid, voto del juez Zaffaroni, consid. 25, primer párrafo.

²⁷ Ibid., consid. 25, tercer párrafo.

²⁸ Ibid., consid. 25, cuarto párrafo.

²⁹ Ibid., consid. 25, primer párrafo. El juez Lorenzetti expresa: “la invocación de un derecho supra legal para desconocer límites de legalidad no permite aventar los riesgos que la experiencia histórica ha revelado, ya que hay numerosas versiones del derecho natural” (consid. 18, 2º párr.).

³⁰ Ibid., voto del juez Zaffaroni, consid. 25, sexto párrafo y voto del juez Lorenzetti, consid. 18, párr. 3º.

³¹ Ibid., voto del juez Zaffaroni, consid. 25, octavo párrafo. El juez Lorenzetti, consid. 28, párr. 6º, señala: “... el derecho natural, el que no es necesario invocar, por las razones ya apuntadas (...) ya que el derecho internacional de los derechos humanos, que forma un plexo único con el derecho nacional, confirmado por el inc. 22 del art. 75 de la Constitución Nacional, hace ineficaces las leyes que la ley 25.779 declara nulas”.

³² Ibid., voto del juez Zaffaroni, consid. 25, séptimo párrafo y voto del juez Lorenzetti, consid. 18, párr. 4º.

³³ Ibid., voto del juez Zaffaroni, consid. 25, loc. cit. y voto del juez Lorenzetti, consid. 18, loc. cit.

IV. LA POSITIVIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS COMO RESTAURACIÓN DEL LEGALISMO IUSNATURALISTA “MODERNO”

Al final del punto II, a propósito de la tesis de Bobbio, había planteado en tono de pregunta, si ella no representaba una victoria “implícita” del iusnaturalismo. Con lo dicho en III pareciera que se está ante un triunfo “explícito” de esta corriente.

Sin embargo, conviene precisar que el referido proceso más bien señala la consolidación de una perspectiva *legalista* del derecho tal y como es dable advertir de las citadas palabras de Hassemer de que tal positivización entraña “algo así como una *tabla* de un moderno ‘derecho natural positivizado’”.

Desde luego, estoy pronto a conceder que se trata de un legalismo diverso del de la tradición positivista decimonónica. Hoy por hoy, ya no son más de recibo expresiones como las de Berghom o Kelsen para quienes, respectivamente, “la ley más infame debe ser reconocida como obligatoria con tal que desde el punto de vista formal se haya dictado correctamente”, y “cualquier contenido puede ser derecho”³⁴.

De ahí que se está ante un “legalismo iusnaturalista”, ya que, si bien se mira, lo descrito remite al ideario codificador de la teoría “moderna” del derecho natural, el cual se ve coronado en los textos nacionales de protección de los derechos humanos de los siglos XVIII y XIX, y que llevó a Hegel a afirmar –respecto de la declaración francesa, pero su proposición es válida para todo ese movimiento de ideas- de que aquella testimonia el “momento en que los filósofos se hacen legisladores”³⁵. Y eso es lo que también transmiten –al cabo de los decenios del siglo XX que los citados votos de Zaffaroni y Lorenzetti describen parcialmente- las versiones internacionales y nacionales de esos documentos de esa centuria.

Vistas las cosas desde la perspectiva de la teoría de las fuentes del derecho, con la positivización bajo examen se continúa con el modelo unitario (por oposición al pluralismo típico del iusnaturalismo “clásico” al que se aludirá en seguida y, por tanto, de la citada tradición del *ius commune*) del legalismo decimonónico, pero con la importante salvedad de que como el supuesto de la *lex corrupta* (esto es, de un legislador irracional y manifestamente injusto) ya no es un mero supuesto teórico³⁶, su contenido no puede permanecer disponible para quienes crean las leyes: se está ante un unitarismo de base iusnaturalista.

V. ¿“VICTORIA” O “DERROTA” DEFINITIVAS DEL IUSNATURALISMO?

³⁴ Tomo las referencias de mi Teoría del Derecho, cit. en nota 2, p. 97, nota 8.

³⁵ Hegel, G.W.F., Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte, Fromman, Stuttgart, 1961, p. 556.

³⁶ Sumamente ilustrativo al respecto es la reflexión de Kaufmann, cit. nota 7, pp. 360-361

Las consideraciones precedentes parecerían preanunciar una rotunda victoria del iusnaturalismo. Sin embargo, eso sería precipitado y, en todo caso, no contemplaría la riqueza de esta perspectiva teórica. Conviene, pues, ir por partes.

Por de pronto, obsérvense los siguientes tópicos: la ablación del clítoris; la lapidación de mujeres adúlteras; las desigualdades hereditarias o en punto a la tenencia de hijos de padres divorciados; el tratamiento carcelario dispensado a personas y grupos; el status del no nacido anencefálico o del *nasciturus*, por no citar sino algunos ejemplos: ¿no plantean cuestiones intensamente disputadas en países que suscribieron los referidos textos internacionales de protección de los derechos humanos? ¿solucionan, entonces, tales textos, los problemas recién planteados o muchos otros que el lector conoce de sobra? La respuesta negativa se impone.

La pretensión contraria fue la ingenuidad de la teoría “moderna” del derecho natural que colapsó, inexorablemente, en el legalismo positivista y ello acaso sella la derrota definitiva de ambas perspectivas.

Es que, si se observa con atención, el iusnaturalismo racionalista quedó inerme ante, para decirlo con Dworkin, la resolución de “casos difíciles” o, como puntualiza Atienza, “casos trágicos”, esto es, asuntos en que se invocaban, competitivamente, derechos de primer orden y respecto de los cuales los textos positivizados de ordinario no suministran alternativa alguna³⁷. ¿Cuál debía primar y por qué?.

Las cosas, por supuesto, no fueron distintas para el positivismo legalista aunque, a diferencia de la teoría precedente, aquél nunca había ambicionado dotar de una respuesta pertinente a todas las situaciones de la vida. Antes bien; siempre había reconocido que el *discrecionalismo* es la inexorable salida ante esos casos “difíciles” o “trágicos”.

Al respecto, tal vez la única diferencia entre los “viejos” y los “nuevos” positivistas haya sido -si se sigue la opinión de Hart-, que los primeros infravaloraron la “importancia” de la discrecionalidad. Empero, el actual reconocimiento de tal relevancia en modo alguno salva su existencia pues “los poderes de creación jurídica de los jueces requeridos para regular esos casos [difíciles] a medida que aparece son diferentes de los poderes del legislador: desde el momento en que tales poderes son ejercidos sólo para disponer sobre un caso particular, el juez no puede usarlos para proponer códigos o reformas de largo alcance”. Como se advierte, se trata, en la mejor de las hipótesis, de un empleo acotado de la discrecionalidad, pero no de su ausencia. Es más; el obrar del juez prácticamente no reconoce ningún parámetro objetivo pues Hart sólo se ciñe a indicarle que no actúe “arbitrariamente”, sino de conformidad con “razones generales”, tal y como actuaría “un legislador consciente”,

³⁷ Cfr, respectivamente, Dworkin, Ronald, *Taking rights seriously*, Duckworth, London, 1977, esp. pp. 14-130 y Atienza, Manuel, “Sobre lo razonable en el derecho”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 9, 27, 1989, pp. 93-110.

aunque –advierte-, ello supone decidir “según sus propias creencias y valores”, los que pueden diferir de otros jueces ante situaciones similares³⁸.

Sea, pues, que se esté ante la imposibilidad de adoptar una decisión (como en el caso del iusnaturalismo racionalista); sea que se trate de una pluralidad indiferenciada de decisiones (como en los supuestos del positivismo legalista, “viejo” y “nuevo”), parece claro que la idea de justicia material -que es la que está detrás de los referidos textos protectores de los derechos humanos- queda a la deriva.

VI. LA RESPUESTA DEL IUSNATURALISMO CLÁSICO: POSITIVIZACIÓN *PRIMA FACIE*; SISTEMA ABIERTO Y PLURALISMO EN LAS FUENTES DEL DERECHO

Crear que el iusnaturalismo se reduce a la escuela “moderna” o aceptar la versión “clásica” pero leerla con ojos racionalistas fue siempre una tentación positivista, ya para dejar atrás el tan traidado debate entre esas escuelas; ya, en algunos casos (por lo demás, no tan infrecuentes), por indisimulable ignorancia. Sin embargo, esta actitud ya no es posible, cuanto menos, desde la formidable tarea de “rehabilitación” de sus postulados y autores centrales a partir de 1945³⁹. Dicha tradición, desde las ya citadas obras de Sófocles y Aristóteles, pasando por la labor de los jurisperitos romanos y medievales y, con matices, muchos de los autores modernos, siempre tuvo como inexorable que los textos son sólo un punto de partida y que la positivización es siempre una labor inconclusa. Y ello no por un capricho o a raíz de la renuncia al empleo de la razón, sino, simplemente, por reconocer la riqueza de la naturaleza de las cosas y la complejidad de la naturaleza humana, aspectos éstos que no siempre permiten una lineal resolución de las diversas alternativas de la vida social. Es que, por mucho que la razón se afane por desarrollar una “metodología”, esto es, una sistematización de las conductas humanas, este esfuerzo es incapaz de dar cuenta del *ser* del hombre. Tales afanes, si bien mostraron a partir de los trabajos del iusnaturalismo racionalista -prolongados, más tarde por el positivismo legalista (piénsese en los desarrollos de las escuelas de la “Exégesis” en Francia y de los “Conceptos” en Alemania)-, un sofisticado desarrollo de la razón teórica, paralelamente evidenciaron una inquietante ausencia de la razón práctica, la cual, como escribe Gadamer, fue “deslegitimada”⁴⁰, es decir, perdió el carácter “científico” en el estrecho sentido exigido por el positivismo para gozar de tal estatuto.

Por el contrario, el empleo de la razón práctica a través de la emblemáticas figuras greco-romanas del *phronibus* y del *jurisprudente* no solo evitó varado ante los complejos asuntos de la vida y entregarse al peligroso

³⁸ Hart, Herbert L. A., “El nuevo desafío al positivismo jurídico” (del inglés por L. Hierro, F. Laporta y J. R. Páramo), *Sistema*, 36, Madrid, 1980, pp. 8-9.

³⁹ La palabra “rehabilitación” es debida a una famosa obra coordinada por Martin Riedel, *Zur Rehabilitierung der praktischen Philosophie*, Freiburg, 1972, dedicada al estudio de este tópico.

⁴⁰ Gadamer, nota 9, p. 647.

recurso a la discrecionalidad, sino que dotó a su proceder de un inequívoco carácter científico, en tanto que sede de un obrar moral o virtuoso –el “agere” de los romanos y no, meramente, el “facere” del conocimiento técnico o poiético-, defendible a través de argumentos dotados de intrínseca plausibilidad. De ahí que la razón práctica no sea un concepto “redundante”, como lo calificó displicentemente Christian Wolff o “autocontradictoria”, como escribieron, más tarde, Kelsen o Ross, sino una dimensión plena de sentido que se “legitima” en el esforzado trabajo de ponderación de cada caso, a partir de considerar las exigencias universales de la persona (que el racionalismo y el positivismo, al positivizarlas, las creyeron pétreas y concluidas) para, recién desde ahí y en diálogo con las particularidades de la vida, arribar a la justicia material concreta, esto es, al *ius suum* de cada quien⁴¹. Hay, pues, una construcción prudencial del derecho concreto basada en un rico contenido de razones que, pienso, dista mucho de una simple aplicación legal lógico-deductiva y, menos, un mero discrecionalismo. En palabras de Gadamer, “aquí lo particular concreto” (el caso bajo análisis) “aparece como (...) un momento siempre determinante del contenido de lo general” (los bienes básicos que se procura defender)⁴².

Esta modo de trabajo no entraña tener *siempre* una *única* respuesta posible porque, como ya escribió Aristóteles, la realidad de la vida es “irregular”⁴³. Sin embargo, como precisa agudamente D’ Agostino, “la inagotabilidad de sentido que se ofrece en la interpretación” entraña que “un sentido inagotable es un sentido que, lejos de no tener valor, tiene un valor inagotable”⁴⁴. De ahí que si la realidad de la vida es difícil de comprender en su totalidad (y esto también vale, como es claro, para los textos normativos), es no obstante posible, a través de dicho esfuerzo constructivo y, a la vez, crítico, arribar a *variadas* respuestas (en el sentido de *razonables, legales y justas*)⁴⁵. Y esto, desde la perspectiva de las fuentes del derecho, genera un sistema “abierto” porque aquéllas son *plurales*. La positivización es, entonces, siempre *provisoria*.

VII. IUSNATURALISMO CLÁSICO Y PRAXIS HUMANA: LA BÚSQUEDA DE LA JUSTICIA POSIBLE

⁴¹ Sobre toda esta cuestión –incluidas las referencias de los autores citados- me he ocupado extensamente en los siguientes trabajos: “El derecho como saber práctico y los derechos humanos como su última ratio”, en Rabbi-Baldi Cabanillas (coord.), Los derechos individuales ante el interés general. Análisis de casos jurisprudenciales relevantes, Ábaco, Buenos Aires, 1998, pp. 15-54 y “El derecho natural como núcleo de la realidad jurídica”, en Rabbi-Baldi Cabanillas (coord.), Las razones..., cit. nota 2, pp. 197-220.

⁴² Gadamer, nota 9, p. 648.

⁴³ Aristóteles, Ética a Nicómaco, 1137 b 15-25.

⁴⁴ D’ Agostino, Francesco, “Hermenéutica y derecho natural” (del italiano por Dora Pentimalli), en Rabbi-Baldi Cabanillas (coord.), Las razones..., cit. nota 2, pp. 352-353.

⁴⁵ Un planteamiento contrario, aún dentro de la tradición hermenéutica en la que se formulan estas expresiones, es el de Streck, Lenio Luiz, Verdade e consenso. Constituição, Hermeneutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade a necessidade de respostas correctas em Direito, Lumen Iuris, Rio de Janeiro, 2009, esp. caps. 8, 10, 11 y 12.

La tarea “legitimadora” de la razón práctica es especialmente visible, dentro del amplio radio de las ciencias del “espíritu” o “morales”, en el campo del derecho. Los recientes casos jurisprudenciales sobre graves delitos de lesa humanidad juzgados en la Argentina y en la República Federal de Alemania ilustran con claridad (y también, dramáticamente, pues se trata de casos “difíciles” o “trágicos”) esta cuestión. Los temas controvertidos que se presentan en esos expedientes son numerosos. En lo que sigue escogeré para el análisis uno no menor: el alcance del principio de no retroactividad de la ley penal.

Aquí se advierte una dialéctica entre proposiciones de inocultable raigambre iusnaturalista. En efecto; la regla “nulla poena sine praevia lege” constituye una de las principales garantías procesales y sustanciales pergeñadas a favor de las personas y debidas a la preocupación de los teóricos de la “moderna” teoría del derecho natural. Desde entonces, se halla presente tanto en los textos internacionales de protección de los derechos humanos, como en los nacionales.

Pero, al mismo tiempo, también se halla en dichos documentos, y forma parte de una tradición incluso más dilatada en el tiempo, la protección de la persona frente a graves delitos. No otra cosa, es el “ius gentium” invocado por ambas sentencias el cual, como escribe Gayo, su primer configurador histórico, es “aquello que la razón natural estableció entre todos los hombres”⁴⁶. Andando el tiempo, y tras realizar un sutil cambio a dicha definición para, de tal modo, crear hacia 1532 el derecho internacional público, Francisco de Vitoria escribió que el derecho de gentes “es derecho natural o se deriva del derecho natural”⁴⁷. En la actualidad, la protección contra los delitos que cercenan el “ius gentium” se estructura en torno de la figura del “ius cogens”, esto es, la observancia por parte “de la comunidad internacional de Estados (...) de aquellas reglas generales de derecho cuya inobservancia puede afectar la esencia misma del sistema legal”⁴⁸.

1 ALEMANIA

El Tribunal Constitucional Federal Alemán, por unanimidad –y luego, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos- confirmó la decisión de las anteriores instancias que habían condenado tanto a soldados que dieron muerte a personas que procuraban huir de la entonces República Democrática de Alemania con destino a Alemania Occidental, como a funcionarios superiores del gobierno de aquel país.

⁴⁶ Gayo, Instituciones, I, 2, 1.

⁴⁷ Vitoria, Francisco de, Relectio de Indis, CSIC, Madrid, 1987, p. 102.

⁴⁸ CSJN, Fallos: 318:2148 (2/11/1995), voto de los jueces Nazareno y Moliné O Connor, citado por la mayoría en la mencionada causa “Arancibia Clavel”. La Constitución argentina recoge este precepto en su art. 102 actual 118-, incorporado en 1853: “... cuando [un delito] se cometa fuera de los límites de la Nación, contra el Derecho de Gentes, el Congreso determinará por una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio”.

En lo esencial, los acusados arguyeron que “el acto debería ser juzgado según el derecho de la R.D.A. válido al momento del hecho”. De este modo, “colisionaría con la prohibición de retroactividad el hecho de que la Corte Suprema federal haya interpretado a posteriori la causa de justificación del art. 27 de la Ley de Fronteras [“el uso de armas de fuego está justificado para impedir la inmediata perpetración o continuación de una infracción penal que según las circunstancias se presenta como un crimen”] de un modo diferente a como habría correspondido en la praxis estatal de la R.D.A. al momento del hecho para así justificar la punibilidad. *La apelación de la Corte Suprema Federal a la llamada “fórmula de Radbruch” significaría en definitiva el recurso al Derecho Natural supraordenado* (este énfasis, como los siguientes, son añadidos a fin de señalar los puntos de discordia en los argumentos de las partes y de los tribunales), Ese recurso podría haber sido correcto para el no-Derecho nacionalsocialista. Aquel ‘Unrechtssystem’ no sería comparable en absoluto con los sucesos en la R.D.A. que el sentir occidental valoraría como no-Derecho. La interpretación de la causa de justificación asumida por la Corte Suprema Federal se desentendería de la función de protección constitucional del art. 103, 2º párrafo de la Ley Fundamental [“un acto sólo podrá ser penado si su punibilidad estaba establecida por ley anterior a la comisión del acto”]⁴⁹. Abundando, se señaló también que *dicha causa de justificación no podía negarse con arreglo a la existencia de “convenciones internacionales y tratados del derecho de gentes”*, entre otras razones porque algunos de dichos tratados no constituían, en rigor, “derecho interno de la R.D.A.”⁵⁰.

Las quejas no fueron admitidas. El tribunal estructuró su respuesta del modo siguiente: a) la prohibición de retroactividad del Derecho Penal garantizada por el art. 103, 2º párr. “es absoluta”; b) dicho precepto “también exige que una causa de justificación legalmente reglada al cometerse el hecho continúe aplicándose si ella hubiese sido suprimida al momento del proceso penal”, bien que “para las causas de justificación no vale (...) la estricta ‘reserva de la ley’⁵¹”; c) “*el art. 103, 2º párr. es una expresión del principio del Estado de Derecho*”, pero este principio “*también contiene como una de las ideas conductoras de la Ley Fundamental la exigencia de justicia material*”⁵²; d) “el art. 103, 2º párr. tiene a la vista como caso típico que el acto sea cometida y juzgado en el ámbito de aplicación del Derecho Penal sustancial de la República Federal de Alemania modelado según la Ley Fundamental”⁵³; e) “*Por cierto que esta situación jurídica, conforme a la cual la República Federal ha de ejercitar su poder punitivo basándose en el Derecho de un estado que no hizo efectivos ni la democracia, ni las división de poderes, ni los derechos humanos, puede conducir a un conflicto entre las irrenunciabiles exigencias del Estado de Derecho contenidas en la Ley Fundamental y la*

⁴⁹ BverGE 95, 96, (24/10/1996), “Mauerschützen” (“Guardianes del Muro”), según la traducción de Eduardo R. Sodero, en Vigo, nota 18, p. 84.

⁵⁰ Ibid., p. 88.

⁵¹ Ibid., p. 92.

⁵² Ibid., p. 91.

⁵³ Ibid., p. 92.

prohibición absoluta de irretroactividad del art. 103, 2º párr.; pues ésta última “encuentra su justificación constitucional en el principio de confianza, que alcanza a las leyes penales, cuando ellas son dictadas por un legislador democrático sujeto a los derechos fundamentales. Ese especial principio de confianza desaparece cuando el otro Estado, aunque establece tipos penales para el ámbito de los más graves injustos criminales, al mismo tiempo ha excluido su punibilidad para ciertos sectores a través de causas de justificación, exhortando precisamente –por encima de las normas escritas- a esos injustos, encubriéndolos y menospreciando así de manera grave los derechos humanos generalmente reconocidos por la comunidad internacional. De este modo, *el portador del poder estatal estableció una extrema injusticia estatal* que solo puede imponerse mientras exista de hecho el poder estatal responsable de ella”; f) “En esta situación muy especial, el mandato de justicia material (...) prohíbe la aplicación de una causa de justificación de este tipo. La estricta protección de la confianza a través del art. 103, 2º párr. debe entonces retroceder”⁵⁴.

2 ARGENTINA

En la causa “Arancibia Clavel” la Corte Suprema de Justicia de la Nación, tras señalar que la conducta incriminada, que tuvo lugar en 1974, constituye un crimen de lesa humanidad y, en consecuencia, resulta imprescriptible, se planteó -atento que la aprobación por parte de la Argentina de la “Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de lesa humanidad” ocurrió en 1995 (siendo elevado el documento a jerarquía constitucional en 2003)-, si la cuestión relativa a la aplicación de dicha regla “se aplicaría al sub lite retroactivamente o si ello lesiona el principio nulla poena sine lege”⁵⁵.

Con sustento en el citado art. 118 de la Constitución, la mayoría del Tribunal entiende que la mencionada convención “sólo afirma la imprescriptibilidad, lo que importa el reconocimiento de una norma ya vigente (*ius cogens*) en función del derecho internacional público de origen consuetudinario” (consid. 26; énfasis añadido). Para la Corte, ello obedece a que “la convención constituye la culminación de un largo proceso que comenzó en los primeros años de la década de 1960 cuando la prescripción amenazaba con convertirse en fuente de impunidad de los crímenes practicados durante la segunda guerra mundial” (consid. 27), tal y como lo afirma el Preámbulo del tratado y varias de sus disposiciones internas (confr., al respecto, consid. 26). Desde esta perspectiva “*así como es posible afirmar que la costumbre internacional ya consideraba imprescriptibles los crímenes contra la humanidad con anterioridad a la convención*, también esta costumbre era materia común del derecho internacional con anterioridad a la incorporación de la convención al derecho interno” (consid. 29). Por ello, añade, “en el marco de esta evolución del derecho internacional de los derechos humanos”, la Convención “*ha representado únicamente la cristalización de principios ya vigentes para nuestro Estado Nacional como parte de la Comunidad Internacional*” (consid. 32; énfasis añadido). De ahí que, en conclusión, “los hechos por los cuales se condenó a Arancibia Clavel ya eran

⁵⁴ Ibid., p. 93.

⁵⁵ CSJN, Fallos: 327:3294 (24/8/04).

imprescriptibles para el derecho internacional al momento de cometerse, con lo *no se da una aplicación retroactiva de la convención, sino que ésta ya era la regla por costumbre internacional vigente desde la década del '60, a la cual adhería el Estado argentino*” (consid. 33, énfasis añadido).

La argumentación mayoritaria es diáfana: siguiendo a Alexy en su interpretación de la fórmula de Radbruch, puede decirse que la convención bajo examen, esto es, la “lex scripta”, no es sino la “afirmación” o “cristalización” de una norma consuetudinaria ya vigente, esto es, de un “ius praevium”⁵⁶. En este contexto, es irrelevante que la convención haya sido aprobada por el estado argentino en 1995, pues tal *ley ya era*, a título de *costumbre, derecho*. Es fácil advertir, desde la perspectiva de las fuentes, el “pluralismo” normativo y, desde una visión sistemática, la presencia de un ordenamiento “abierto” y, por tanto, de una postivización *prima facie*, ya que en un sistema de tal índole, ésta última es, de suyo, siempre inconclusa. Pero es también sencillo advertir la presencia de un derecho natural (el “ius praevium” de Alexy) detrás de ese “lex scripta” que era la convención citada bajo examen bajo el formato de una “regla por costumbre internacional vigente desde la década del '60, la cual adhería el Estado argentino”.

Si bien la mayoría omite efectuar una referencia expresa al derecho natural, quienes no tuvieron mayor reparo en explicitarlo fueron los votos en disidencia de esa sentencia. A juicio del juez Belluscio, no “se puede admitir que en virtud del ius cogens la imprescriptibilidad de la acción penal por delitos de lesa humanidad rigiera en la Argentina al tiempo de cometerse los hechos que se pretende incriminar”, pues no cabe derivar tal conclusión de lo dispuesto por el art. 118 en tanto “*no resultaría posible acudir a principios indefinidos supuestamente derivados del ‘derecho de gentes’ pues al momento de la comisión de los hechos faltaba la norma específica –por supuesto, que vinculara a la República Argentina- que estableciera una determinada sanción...*” (consid. 16, 1º párr.). Y añade: “*la aplicación de los principios y normas del derecho de gentes, entendido como todo aquello que constituye parte esencial de la conciencia contemporánea y colectiva de los pueblos civilizados y, por vía de ésta, la declaración de imprescriptibilidad de las penas correspondientes a hechos anteriores al dictado de las normas nacionales mediante las cuales la Argentina (...) se adhirió a él, equivaldría a regirse por un derecho natural, suprapositivo, constituido por criterios de justicia no previstos en el derecho vigente al tiempo de los hechos de cuyo juzgamiento se trata...*” (consid. cit., 2º párr.).

En mi opinión, y a pesar de las enfáticas palabras del juez Belluscio, ni la mayoría ni la disidencia escapan de la tradición del derecho natural, bien que el modo como los votos se articulan dejan traslucir diversas influencias. Así, tengo para mí que la tradición “clásica” del derecho natural late en el voto mayoritario, pues su razonamiento dista en grado sumo de ser meramente legalista (característica común tanto al positivismo como al

⁵⁶ Alexy, nota 18, p. 250.

racionalismo iusnaturalista), sino que se abre a un pluralismo de fuentes entre las que destaca la costumbre internacional. Ahora bien: la referencia de la mayoría no se agota en *cualquier* costumbre, sino que recurre al “ius cogens”, esto es, a ese conjunto de principios moldeados por la comunidad internacional al cabo de procesos necesariamente extensos y que revelan amplios debates y confluencias de preocupaciones que tienen como norte salvaguardar “la esencia misma del sistema legal”. Si se vuelve la mirada a Radbruch, podría traducirse el *dictum* recién expuesto como la preocupación del profesor alemán por garantizar “la igualdad, que constituye el núcleo de la justicia” o, en palabras de Alexy, el “ius praevium”.

Por su parte, las referencias de la disidencia se corresponden con la tradición “moderna”. En efecto; las reglas de los textos nacionales e internacionales defendidas en el voto (*nulla poena sine lege* y, por tanto, la prohibición de aplicar normas *ex post facto*) testimonian, como se anticipó, la positivización de los principios del derecho natural en su faceta racionalista, la cual reclama una estricta aplicación al caso de especie siempre que se configuren los supuestos previstos por la norma. Por eso, como escribieron los jueces Belluscio y Levene en su disidencia en la causa “Priebke”, “muchos siglos de sangre y dolor ha costado a la humanidad el reconocimiento de principios como el *nulla poena sine lege* consagrado en el art. 18 de nuestra Constitución para que pueda dejárselo a un lado mediante una construcción basada en un derecho consuetudinario que no se evidencia como imperativo, y que (...) implicaría marchar a contramano de la civilización, sujetando la protección de la libertad personal de aquel cuya conducta no puede ser encuadrada en la ley previa al arbitrio de una seudo interpretación que puede llevar a excesos insospechados”⁵⁷.

En este punto se advierte la plenitud de sentido que también trasunta la disidencia (al igual que los recursos deducidos en el primer caso aquí expuesto), más allá, claro está, de sus notorias diferencias con la mayoría, las que comprenden, entre muchos argumentos, en cuanto aquí interesa, la diversa manera de concretar el contenido iusnaturalista del voto (esto es, la distinta defensa de ciertas garantías básicas de la persona); la simplificación de las fuentes del derecho, al extremo de centralizarlas en torno de las leyes y, por tanto, el carácter eminentemente “cerrado” del sistema jurídico.

VIII. CONCLUSIONES PROVISIONALES

Si todas las respuestas aquí examinadas (la de los recurrentes en “Guardianes” y la decisión del tribunal alemán; y la mayoría y la disidencia en la corte argentina) testimonian la “victoria” de las tesis iusnaturalistas en algunas de sus diversas manifestaciones históricas, ¿cuál de ellas es la mejor en términos de “justicia material” que es lo que desde siempre ha importado a esta corriente de pensamiento? ¿Cómo se compatibiliza, pues, la respuesta

⁵⁷ CSJN, Fallos: 318:2148, disidencia de los jueces Belluscio y Levene, consid. 8º.

unánime en “Guardianes del Muro” o de la mayoría en “Arancibia Clavel” con el principio “nullum crime, nulla poena sine lege praevia”? Porque si no hay duda de que en ambos casos se configuraron graves crímenes (por lo que hay un “no derecho”), también es claro que, formalmente, hubo una causa de justificación en un caso y una ausencia de tipo penal legalmente consagrado en el otro.

Mucho se ha escrito sobre las diversas técnicas de interpretación de los derechos constitucionales en aras a lograr una respuesta satisfactoria a la pregunta recién expuesta, por lo que aquí nada se dirá al respecto. Por el contrario, el objetivo de estas líneas se ciñe a presentar las siguientes tesis meramente provisionales:

a) la positivización de los derechos humanos, lejos de lo que muchos creen o aspiran, no cierra ningún debate en torno del contenido y concreta dimensión de tales derechos. Obsérvese, en efecto, que si cabe esperar un debate intenso entre tradiciones diversas (la ablación del clítoris, vista por ojos occidentales, o por quienes pertenecen a comunidades donde tradicionalmente aquélla se practica); no es menor el que se observa al interior de espacios con valores en líneas generales comunes (como sucede con el caso del aborto, el que es tensamente controvertido en Occidente);

b) desde luego, el debate no concluye sino que, antes bien, se actualiza si, como escriben Zaffaroni y Lorenzetti en su citado voto en la causa “Simón”, “el proceso de positivización (...) se revierte en el futuro”, por lo que “nada garantiza” que ello nunca vaya a ocurrir de modo que, de producirse tal circunstancia, el debate entre derecho natural e iuspositivismo que la positivización había hecho perder “buena parte del sentido práctico”, renace nuevamente o recupera su “importancia teórica” y “sus consecuencias prácticas”⁵⁸. A pesar de algunas ambivalencias, Hassemer se pronuncia de manera semejante cuando, al final del trabajo ya citado, expone que “tampoco la codificación más densa de los derechos humanos podrá hacer superfluo este mensaje de cualquier Derecho natural: que el derecho positivo siempre debe quedar expuesto a una crítica desde la justicia”⁵⁹.

En el ámbito occidental, la conclusión recién expuesta puede ejemplificarse con la situación carcelaria y las garantías constitucionales de los presos en Guantánamo y con el ya mencionado caso del aborto. En nuestras comunidades se ha señalado de manera prácticamente unánime que el caso de la cárcel norteamericana supuso una severa regresión en términos del resguardo de los derechos humanos⁶⁰ y es de celebrar que el recambio de autoridades en los Estados Unidos haya modificado esa lamentable situación. Sin embargo, las políticas en favor de la extensión del aborto prácticamente sin límite temporal alguno (como es el supuesto denominado “partial birth abortion” en los Estados Unidos) son intensamente debatidas respecto de si constituyen (como personalmente lo creo) una regresión que pone entre paréntesis el derecho básico a la vida del *nasciturus*, o si no lo

⁵⁸ CSJN, Fallos: 328:2056 (14/06/2005), voto del juez Zaffaroni, consid. 25, séptimo párrafo.

⁵⁹ Hassemer, nota 16, p. 293

⁶⁰ Cfr, por todos, Adeodato, Joao Mauricio, “El derecho como norma ética. Diferenciación y tolerancia en la Modernidad”, en Rabbi-Baldi Cabanillas (coord.), Las razones..., cit. nota 2, pp. 83-84.

es, sin que ello implique ignorar otros supuestos en que (como también lo creo), la vida del *nasciturus* puede ceder ante el peligro para la vida de la madre⁶¹;

c) dicho debate no puede ser otro que el de una “racionalidad crítica”, para apropiarme de una expresión de Apel o Habermas. Es que ha sido “racionalmente crítico” el proceso que desembocó en la positivización del derecho natural, a partir del siglo XVIII en adelante, así debe ser el que de aquí en más discierna nuevos “bienes básicos” o proteja los existentes, sea de las regresiones consignadas en la letra “b”; sea de las habituales ponderaciones de los derechos positivizados pero que “compiten” en la praxis de una “sociedad abierta”.

Dicho de otro modo: ya no puede haber espacio para el simple recurso positivista a la “discrecionalidad” y, menos, para un *non liquet* ahora de cuño racionalista. La hora del siglo XXI exige un trabajo intelectual mancomunado en torno del develamiento y garantía de los núcleos esenciales de los derechos de las personas en las complejas situaciones en que éstas actúan. El racionalismo ignoró la peculiaridad de ese proceso (Kant, en su *Crítica de la capacidad de juicio*, como lo mostró Hegel y, luego, Gadamer, es acaso el ejemplo más significativo de lo expuesto) y ese malentendido afectó irremediablemente al positivismo. Ambos se refugiaron en los textos escritos y en la tranquilidad de espíritu que proporciona su permanente positivización. Empero, ésta nunca fue completa y, aún así, jamás pudo dar cuenta de la extrema riqueza y peculiaridad del referido proceso en el que, como sintetiza el citado Gadamer, desde Aristóteles, “la generalidad bajo la que se subsume una particularidad sigue determinándose en virtud de ésta”⁶². No se trata, por cierto, de una labor sencilla. Ambos elementos (exigencias básicas de las personas y situaciones de la vida) deben ser traídos a consideración –como fue la propuesta de la razón práctica- en un proceso ascendente y franco; una suerte de “espiral” (como ha escrito luminosamente Hassemer⁶³) argumentativo, nunca concluido y siempre guiado por la idea *general* de una justicia *concreta*. En eso reside el desafío del S. XXI aunque, en definitiva, ha sido el desafío de siempre. Y ahí está la única “victoria” que interesa alcanzar.

REFERENCIAS

ALEXY, Robert, **“Una defensa de la fórmula de Radbruch”**, en VIGO, Rodolfo. *La injusticia extrema no es derecho. De Radbruch a Alexy*. Buenos Aires: La Ley, 2004.

⁶¹ Mas detalles sobre este asunto, precisamente al hilo de la técnica de interpretación de los derechos constitucionales, en mi Teoría del Derecho, Ábaco, Buenos Aires, 2008, pp. 295-296.

⁶² Gadamer, nota 9, p. 648.

⁶³ La expresión “espiral hermenéutica”, como superación semántica (no conceptual) de la idea del “círculo hermenéutico” fue acuñada por Hassemer en su *Tatbestand und Typus. Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermeneutik*, tal y como refiere Kaufmann, Arthur, “La espiral hermenéutica” en él mismo, *Hermenéutica y Derecho* (edición a cargo de A. Ollero y J. A. Santos), Comares, Granada, 2007, pp. 141-145.

ATIENZA, Manuel & RUIZ MANERO, Juan, **“Dejemos atrás el positivismo jurídico”** In: RAMOS PASCUA, J. A y RODILLA GONZÁLEZ, M. A. *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, Universidad, Salamanca, 1996.

ATIENZA, Manuel. **“Sobre lo razonable en el derecho”**, Revista Española de Derecho Constitucional, 9, 27, 1989, pp. 93-110.

CABANILLAS, Renato Rabbi-Baldi (coord.). *Las razones del derecho natural. Perspectivas teóricas y metodológicas ante la crisis del positivismo jurídico*. Buenos Aires: Ábaco, 2008.

CABANILLAS, Renato Rabbi-Baldi. **“El derecho como saber práctico y los derechos humanos como su última ratio”**, en CABANILLAS, Renato Rabbi-Baldi (coord.), *Los derechos individuales ante el interés general. Análisis de casos jurisprudenciales relevantes*, Buenos Aires: Ábaco, 1998.

CABANILLAS, Renato Rabbi-Baldi. **Teoría del Derecho**. 2. ed. Buenos Aires: Ábaco, 2009.

CICERÓN. **Las Leyes** (traducción e introducción por A. D' Ors). Madri: Instituto de Estudios Políticos, 1970.

DOMINGO, Rafael (ed.). **Juristas universales. Juristas modernos**. Madri: Marcial Pons, 2004.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. London: Duckworth, 1977.

FARRELL, Martín D. **“¿Discusión entre el derecho natural y el positivismo jurídico?”**, Doxa, 21-II, Alicante, 1998, pp. 121-128

GADAMER, Hans Georg. **Verdad y método, Fundamentos de una hermenéutica filosófica**. Salamanca: Sígueme, s.d.

HART, Herbert L. A. **“El nuevo desafío al positivismo jurídico”** (del inglés por L. Hierro, F. Laporta y J. R. Páramo), Madri: Sistema, 36, 1980.

HASSEMER, Winfried, **“Derecho natural en el derecho constitucional”** (del alemán por J. Brague Camazano), Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, 7, 2003.

HEGEL, G.W.F. **Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte**. Stuttgart: Fromman, 1961.

HERVADA, Javier. **“Problemas que una nota esencial de los derechos humanos plantea a la filosofía del derecho”**, Persona y Derecho, Pamplona, IX, 1982.

HERVADA, Javier. **Introducción crítica al derecho natural**, Pamplona: Eunsa, 1990.

KAUFMANN, Arthur. **“La espiral hermenéutica”** en OLLERO, A y SANTOS, J. A. *Hermenéutica y Derecho*. Granada: Comares, 2007.

ORREGO SÁNCHEZ, Cristóbal. **Analítica del derecho justo. La crisis del positivismo jurídico y la crítica del derecho natural**. México: UNAM, 2005.

PUCEIRO, Zuleta. **Teoría del derecho. Una visión crítica**. Buenos Aires: Depalma, 1987.

RADBRUCH, Gustav. **Introducción a la filosofía del derecho**. Madri: FCE, 1974.

ROBLES, Gregorio, **Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual**. Madri: Civitas, 1992.

SÓFOCLES. **Antígona**. In: Tragedias (introducción de José S. Lasso de la Vega, traducción y notas de A. Alamillo). Madri: Gredos, 1981.

SQUELLA, Agustín. **“¿Por qué se vuelve a hablar de derecho natural?”**, Anuario de Filosofía Jurídico y Social, 17, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso. Constituicao, Hermeneutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade a necessidade de respostas correctas em Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009.

TINANT, Eduardo. **“La positividad del derecho natural”**, *Boletín de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho*, 2, 13, La Plata, 1984.

Trabalho recebido em 28 de fevereiro.

Aprovado em 28 de fevereiro.