

ANDERSON ORESTES CAVALCANTE LOBATO
JOSÉ LUIZ QUADROS DE MAGALHÃES
JOSIRENE CANDIDO LONDERO
(Organizadores)

**DIREITO E SOCIEDADE NA AMÉRICA
LATINA DO SÉCULO XXI**

Pelotas
Editora e Gráfica Universitária
2009

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 Cabanillas

Introducción: una polémica persistente

Tal vez resulte un tanto sorprendente considerar que, si 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* derecho⁶² al que se puede denominar institucional o, incluso, si se reconoce el gusto por la provocación, “positivo”⁶³. Esa fue la tónica de la tradición greco-romana⁶⁴ y sobre ella, durante largos siglos, se estructuró el *ius commune* que, precisamente, hizo de esa coexistencia su rasgo distintivo, sin que ello, empero, hubiera supuesto algún genero de tensión o disputa con escuela o teoría alguna⁶⁵. Y si bien la denodada búsqueda de positivización del derecho natural por parte de la teoría iusnaturalista “moderna” es consecuencia de una virulenta polémica con el poder político de entonces,

⁶² 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.

⁶³ Cfr mi *Teoría del Derecho*, Ábaco, Buenos Aires, 2008, esp. pp. 216-218, 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.

⁶⁴ Cito, entre otros ejemplos, los siguientes: Aristóteles, *Ética* a Nicómaco, 1134 b 18-32 y *Retórica*, 1373 b 5-13; y Cicerón, *Las Leyes*, 1, 17.

⁶⁵ Cfr por todos Zuleta Puceiro, *Teoría del derecho. Una visión crítica*, Depalma, Buenos Aires, 1987, esp. pp. 109 ss.

ella responde al plano de la fundamentación última del derecho, pero no 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 anterior⁶⁶.

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 completos y perfectos, nada más quedaba por señalar. Ni siquiera el recordatorio de Antígona en Grecia, o la ausencia de consagración legal del delito por violación en Roma en tiempos de Tarquinio, como memora Cicerón⁶⁷, resultan ya pertinentes como consciencia crítica del derecho positivo: es que el derecho positivo de la modernidad no es sólo *legal*; él es, 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”⁶⁸. Pronto, en el propio siglo XIX, se echó de menos el derecho natural o, mejor, la 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 segundos⁶⁹). Y si fue importante, 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,

⁶⁶ Cfr, por todos, Kantarowicz, Hermann, en su recordado opúsculo “Las épocas en la ciencia del derecho”, reproducido en Radbruch, Gustav, Introducción a la filosofía del derecho, FCE, Madrid, 1974, pp. 109 ss.

⁶⁷ Cfr, respectivamente, Sófocles, Antígona, en Tragedias (introducción de José S. Lasso de la Vega, traducción y notas de A. Alamillo), Gredos, Madrid, 3º reimp., 1981, 449-459 y Cicerón, Las Leyes (traducción e introducción por A. D’ Ors), Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1970, 1, 17, 46, p. 123.

⁶⁸ 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.

⁶⁹ 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.

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”.⁷⁰

Es seguro que esta frase no concita la adhesión de todos los teóricos⁷¹ 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 (pero se podrían añadir otros: Estados Unidos en Guantánamo; ex Unión Soviética con los disidentes políticos; Reino Unido con el affaire Malvinas; Camboya y los Kmeres Rouges; etc.) han devuelto actualidad la vieja admonición de Antígona, hace cincuenta años restaurada en Nüremberg, y a la que me referiré aquí: la eterna lucha por el derecho justo.

2. 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 reflexión)⁷²,

⁷⁰ Gadamer, Hans Georg, *Verdad y método*, Fundamentos de una hermenéutica filosófica (del alemán por A. Aparicio y R. de Agapito), Sígueme, Salamanca, 6º, p. 613.

⁷¹ 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).

⁷² 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 Jurídico 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,

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 histórica⁷³.

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 jurídico⁷⁴. Y, en segundo término, como fue señalado por Robles⁷⁵ – en directa respuesta a Bobbio –, resulta inadmisibile que, precisamente un teórico del derecho como el profesor Turines soslaye expresamente 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

Analítica del derecho justo. La crisis del positivismo jurídico y la crítica del derecho natural, UNAM, México, 2005, pp. 99-140.

⁷³ 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.

⁷⁴ 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 de 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.

⁷⁵ Robles, Gregorio, Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual, Civitas, Madrid, 1992, pp. 11 ss.

teorías sobre los derechos *sin* fundamentarlas. Y, por último, la cuarta, porque para llevar a la práctica dichos derechos es preciso, 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”,⁷⁶.

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 Bobbio⁷⁷ – 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?

3. 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”⁷⁸, esto es, que se ha caído en la tan temida inseguridad jurídica. Una vez más, pues, el límite es el derecho “positivo” plasmado por los ya 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,

⁷⁶ Ibid., p. 12 (el énfasis corresponde al original).

⁷⁷ Digo “tal vez” porque, como es sabido, en otro lugar el propio Bobbio ha escrito (Giusnaturalismo e positivismo giuridico, Di Comunità, Milano, 1977, pp. 12-13) que es posible ser positivista desde el punto de vista de la ciencia del derecho e iusnaturalista, desde el ideológico.

⁷⁸ HASSEMER, Winfried, “Derecho natural en el derecho constitucional” (del alemán por J. Brague Camazano), Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, 7, 2003, p. 288.

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 dos distinguidos penalistas que, coincidentemente, intervinieron como jueces de la más alta instancia de sus respectivos países en los trascendentes casos aludidos más arriba: Winfried Hassemer y Eugenio Zaffaroni.

1. El profesor alemán – también catedrático de Filosofía del Derecho – a 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 extrema no es derecho”.⁷⁹ 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 antipositivísticamente” y “se construye” en una clave de derecho natural, horizonte bajo el cual “ha hecho su carrera”.⁸⁰ 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”, y no lo es 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”.⁸¹ Dichos desarrollos se ciñen, brevemente, a la referida positivación de las normas protectorias de los derechos humanos. Para Hassemer, tal es, por lo demás, la respuesta brindada, a propósito de los casos sobre los “guardianes del muro”⁸² – a los que me referiré en seguida – por parte de los tribunales intervinientes. Entre otros, la sentencia del Tribunal Constitucional Federal –suscripta, como se anticipó, por el propio autor –, “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”.⁸³ ¿De qué preceptos se trata?

⁷⁹ 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.

⁸⁰ Hassemer, nota 16, pp. 287 y 289.

⁸¹ *Ibid.*, p. 290.

⁸² 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 Soderó, 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.

⁸³ Hassemer, nota 16, p. 291.

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”.⁸⁴

La cita es rotunda: los documentos que Bobbio entiende que deben concretarse 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 del juez Zaffaroni en la causa “Simón”,⁸⁵ a propósito de la trascendente disputa en torno de la constitucionalidad de las 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 de tales leyes, expresa Zaffaroni “que no han faltado apelaciones abiertas al derecho natural”.⁸⁶ De ahí que, advierte, “la invocación de fuentes jurídicas supralegales siempre obliga a volver la vista al drama alemán de la posguerra y muy especialmente al debate que en su tiempo se generó”.⁸⁷ 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”,⁸⁸ al que ya se había referido Hassemer. Al igual que éste último, Zaffaroni expresa cierto recelo respecto de la apelación a un “derecho supralegal”, 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”.⁸⁹ De cualquier modo, como Hassemer, considera que “cabe advertir que media una notoria diferencia entre el momento en que este debate tuvo lugar y el presente”,⁹⁰ diferencia que viene dada por la expansión del sistema internacional y por la consolidación del sistema nacional de protección de los derechos humanos. Para Zaffaroni, ya “no es necesario perderse en las alturas de la supralegalidad, cuando el derecho

⁸⁴ Ibid., p. 292 (el énfasis se ha añadido).

⁸⁵ CSJN, Fallos: 328:2056 (14/06/2005).

⁸⁶ Ibid, voto del juez Zaffaroni, consid. 25, primer párrafo.

⁸⁷ Ibid., consid. 25, tercer párrafo.

⁸⁸ Ibid., consid. 25, cuarto párrafo.

⁸⁹ Ibid., consid. 25, primer párrafo.

⁹⁰ Ibid., consid. 25, sexto párrafo.

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 cuestión.⁹¹ 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...*”.⁹²

Esta última referencia, tal vez menos contundente que la que Hassemer también efectúa en último término es, no obstante, 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 supralegal”.⁹³

4. 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 en todo caso *legalista* del derecho tal y como es dable advertir de las 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 la de Berghom o la de 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”.⁹⁴

Algún observador, tal vez desprevenido, diría – si se me permite la “herejía” –, que se está ante un “legalismo iusnaturalista”. Sin embargo, si

⁹¹ Ibid., consid. 25, octavo párrafo.

⁹² Ibid., consid. 25, séptimo párrafo.

⁹³ Ibid., consid. 25, loc. cit.

⁹⁴ Tomo las citas de mi Teoría del Derecho, cit. en nota 2, pp. 88-89, nota 8.

bien se mira, no hay ninguna novedad en dicha afirmación pues 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, lo que llevó a Hegel a afirmar – respecto de la declaración francesa, pero su proposición es válida para todo ese movimiento – de que aquella testimonia el “momento en que los filósofos se hacen legisladores”.⁹⁵ Y eso es lo que también transmiten – al cabo de los descalabros del siglo XX que el citado voto de Zaffaroni solo describe 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” a la 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 teórico,⁹⁶ su contenido no puede permanecer disponible para quienes crean las leyes: se está ante un unitarismo de base iusnaturalista.

5. ¿“Victoria” definitiva o “derrota” definitiva del iusnaturalismo?

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 o la lapidación de adúlteras en comunidades saharianas; sudsaharianas y del Golfo Pérsico; las desigualdades hereditarias o en punto a la tenencia de hijos de padres divorciados que perjudican a las mujeres en sociedades influenciadas por diversas interpretaciones del Islam; situaciones carcelarias, tratamiento del no nacido anencefálico o directamente del *nasciturus* en la comunidad Occidental, por no citar sino algunos ejemplos: ¿no plantean, acaso, cuestiones intensamente disputadas en países que suscribieron los referidos textos internacionales de

⁹⁵ Hegel, G.W.F., *Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte*, Fromman, Stuttgart, 1961, p. 556.

⁹⁶ Sumamente ilustrativo al respecto es la reflexión de Kaufmann, cit. nota 7, pp. 360-361

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, en rigor, acaso sella la derrota tal vez “definitiva” de ambas perspectivas.

Es que, si se observa con atención, el iusnaturalismo racionalista quedó inerte 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 alguna.⁹⁷ ¿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 aquellos infravaloraron la “importancia” de la discrecionalidad. Empero, el actual reconocimiento de tal relevancia en modo alguno salva la existencia de aquélla pues, como reconoce ese autor, “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”, aunque, reconoce, ello supone decidir “según sus propias

⁹⁷ 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.

creencias y valores”, los que pueden diferir de otros jueces ante situaciones similares.⁹⁸

Sea, pues, que se esté ante el supuesto de ausencia de 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, en todos los casos, la idea de justicia material que, en definitiva, es la que está detrás de los textos bajo examen, queda a la deriva.

6. 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 leer la anteriormente señalada tradición “clásica” con ojos racionalistas fue siempre una tentación positivista, ya para dejar atrás el tan tratinado debate entre esas escuelas; ya, en algunos casos (por lo demás, no tan infrecuentes), por indisimulable ignorancia. Sin embargo, esto ya no es más posible. No lo es, al menos, desde la “rehabilitación” de los trabajos de la tradición clásica a partir de 1945.⁹⁹ Dicha tradición 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 su cabal comprensión. Es que, por mucho que la referida razón se afane por desarrollar una “metodología”, esto es, una sistematización de las conductas de las personas, este esfuerzo es incapaz de dar acaba 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, por ejemplo, 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 ausenta de la razón práctica, la cual, como escribe Gadamer, fue “deslegitimada”,¹⁰⁰ es decir, perdió el carácter “científico” en el riguroso (y

⁹⁸ 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.

⁹⁹ 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.

¹⁰⁰ Gadamer, nota 9, p. 647.

a la postre estrecho) sentido exigido por el positivismo para gozar de tal estatuto, a partir de los trabajos del iusnaturalismo de factura racionalista.

Por el contrario, el empleo de la razón práctica a través de la emblemáticas figuras greco-romanas del *phronibus-prudente* no solamente evitó, tanto quedar varado sin remisión en los asuntos de la vida, cuanto entregarse al peligroso recurso a la discrecionalidad, sino que, en rigor, dotó a su proceder de un inequívoco carácter científico, en tanto que sede de un obrar moral o virtuoso – el famoso “agere” de los romanos y no, meramente, el “facere” del conocimiento técnico o poiético –, defendible a través de argumentos dotados de plena razonabilidad. 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 básicas y universales de la persona (que el racionalismo y el positivismo, al positivizarlas, habían puesto al final de sus tareas y no al principio de ellas) 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 quien.¹⁰¹

Esta modo de trabajo, ciertamente, no entraña tener *siempre* una respuesta y, menos, la *única* posible porque, aparte de las ya referidas imperfecciones humanas, es determinante, como también se ha anticipado, que la realidad de la vida es, para decirlo con Aristóteles, “irregular”.¹⁰² 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”.¹⁰³ De ahí que si la realidad e la vida es difícil de comprender en su totalidad (y esto también vale, como es claro, para los textos normativos), es no obstante esperable contemplar *variadas* respuestas y todas *posibles* (en el sentido de *razonables, legales y justas*). Y esto, desde la perspectiva de las fuentes del derecho, genera un sistema “abierto”

¹⁰¹ 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.

¹⁰² Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, 1137 b 15-25.

¹⁰³ 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.

porque aquéllas son *plurales*. La positivización es, entonces, siempre *provisoria*.

7. Iusnaturalismo clásico y praxis humana: la búsqueda de la justicia posible

Si la razón práctica es capaz de “legitimarse”, ello es debido, como se anticipó, porque ha sido estructurada sobre la esforzada tarea que, en la praxis humana, acomete el *phronibus*-prudente. Y en este sentido, si hay un campo entre el amplio radio de las ciencias del “espíritu” o “morales” en el que este aspecto se advierte con nitidez, tal es el 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 especialmente disputado: el alcance del principio de no retroactividad de la ley penal.

7.1 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.

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. 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”]¹⁰⁴. 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.”.¹⁰⁵

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’”;¹⁰⁶ 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”;¹⁰⁷ 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”;¹⁰⁸ 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 irrenunciables exigencias del Estado de Derecho contenidas en la Ley Fundamental y la 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

¹⁰⁴ BverGE 95, 96, (24/10/1996), “Mauerschützen” (“Guardianes del Muro”), según la traducción de Eduardo R. Sodero, en Vigo, nota 18, p. 84.

¹⁰⁵ Ibid., p. 88.

¹⁰⁶ Ibid., p. 92.

¹⁰⁷ Ibid., p. 91.

¹⁰⁸ Ibid., p. 92.

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”.¹⁰⁹

7.1 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*”.¹¹⁰

Al igual que lo sucedido en la causa del tribunal alemán, en la presente se advierte una dialéctica entre proposiciones de inocultable raigambre iusnaturalista. En efecto; la regla “*nulla poena sine praevia lege*” constituye, acaso, 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 (en Alemania, el citado art. 102, 2º párr. de la Ley Fundamental, y en Argentina, el art. 18 de su Constitución, según el cual “ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso”).

Pero, al mismo tiempo, también se halla en dichos documentos, y forma parte de una tradición incluso más dilatada en el tiempo, la

¹⁰⁹ Ibid., p. 93.

¹¹⁰ CSJN, Fallos: 327:3294 (24/8/04).

protección de la persona frente a graves delitos. No otra cosa, en efecto, ha sido el “ius gentium” recordado en la sentencia alemana y, como se verá, en la de Argentina, el cual, como escribe tal vez su primer configurador histórico, Gayo, es “aquello que la razón natural estableció entre todos los hombres”.¹¹¹ Andando el tiempo, y tras realizar un sutil cambio a dicha definición para, de tal modo, crear hacia 1532 el derecho internacional, Francisco de Vitoria escribió que el derecho de gentes “es derecho natural o se deriva del derecho natural”.¹¹² 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”.¹¹³ En cuanto concierne a la Constitución argentina de 1853-1860, ésta lo reconoció a través de los arts. 102 y 33.¹¹⁴

Pues bien: a partir de esta última doctrina, 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

¹¹¹ Gayo, Instituciones, I, 2, 1.

¹¹² Vitoria, Francisco de, *Relectio de Indis*, CSIC, Madrid, 1987, p. 102.

¹¹³ 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”

¹¹⁴ El art. 102 – actual 118 –, incorporado en 1853, reza así: “...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 cuanto al art. 33, introducido en 1860, su carácter iusnaturalista es nítido del estudio de los trabajos preparatorios del texto, como he intentado mostrarlo, “El art. 33 de la Constitución Nacional y su interpretación por parte de la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, *Anuario de Derecho*, Universidad Austral, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, pp. 197-224.

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 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”¹¹⁵. 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 índoles, ésta última es, de suyo, siempre inconclusa. Pero es también sencillo advertir (o, cuanto menos, se me torna asaz difícil negar) la presencia de un derecho natural (el “ius praevium” de Alexy) detrás de ese “lex scripta” que era la convención 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. El del juez Belluscio es particularmente incisivo. A su juicio, 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 puede derivarse 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

¹¹⁵ Alexy, nota 18, p. 250.

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.).

Para la disidencia, en definitiva, la apelación de la mayoría a “la conciencia colectiva de los pueblos civilizados” trasunta un “ideal común de justicia”, lo cual, dicho en buen romance, entraña el reconocimiento de “bienes básicos”¹¹⁶ de la persona humana racionalmente cognoscibles, es decir, lo que desde siempre defendieron las diversas teorías del derecho natural más allá de que, pienso, sólo la de la “razón práctica” logró aproximar una respuesta satisfactoria a partir de su metodología dialógica guiada por el *phronibus-prudente*.

Sospecho que bastante de esta última tradición late en el voto mayoritario, pues su razonamiento dista en grado sumo de ser meramente legalista (característica común tanto al positivismo como al 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 praeivum”. 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) “no aparece sólo como punto de partida sino como un momento siempre determinante del contenido de lo general” (los bienes básicos que se procura defender)¹¹⁷.

¹¹⁶ Tomo la expresión de Finnis, John, *Natural law and natural rights*, Oxford University Press, New York, 1980, *passim*.

¹¹⁷ Gadamer, nota 9, p. 648.

Con todo, si bien se mira, y a pesar de las enfáticas palabras de Belluscio, tampoco la disidencia da la espalda a la tradición iusnaturalista, bien que sus referencias 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 pseudo interpretación que puede llevar a excesos insospechados”.¹¹⁸

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.

8. 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, a partir de lo que expresan los textos citados, ¿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 unánime en “Guardianes del Muro” o de la mayoría en “Arancibia Clavel” con él

¹¹⁸ CSJN, Fallos: 318:2148, disidencia de los jueces Belluscio y Levene, consid. 8º.

principio “*nullum crime, nulla poena sine lege praevia*”? Porque si no hay duda de que en ambos casos se configuraron 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. El objetivo de estas líneas, a partir del generoso convite de que he sido objeto, por el contrario, ha procurado señalar lo siguiente:

a) la positivización de los derechos humanos, lejos de lo que muchos creen o aspiran, no cierra ningún debate en torno del origen; 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; el aborto, visto por sociedades –como las influenciadas por el Islam o el budismo e hinduismo– en donde es fuertemente rechazado o por el círculo occidental, dónde existe un fuerte movimiento en favor de una consagración tan amplia como resulte posible); no es menor el que se observa al interior de espacios con valores en líneas generales comunes (como sucede con el recién señalado caso del aborto, el que es tensamente controvertido en Occidente);

b) desde luego, el debate no concluye sino que, antes bien, se actualiza con manifiesto vigor si, como escribe agudamente el juez Zaffaroni en su citado en voto en la causa “Simón”, “el proceso de positivización (...) se revierte en el futuro”. Para este autor, “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”.¹¹⁹ 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 sufluo este mensaje de cualquier Derecho natural: que el derecho positivo siempre debe quedar expuesto a una crítica desde la justicia”.¹²⁰ Sin dejar el ámbito occidental, que es el propio de quienes colaboran en ésta obra colectiva, la conclusión recién expuesta puede rápidamente 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

¹¹⁹ CSJN, Fallos: 328:2056 (14/06/2005), voto del juez Zaffaroni, consid. 25, séptimo párrafo.

¹²⁰ Hassemer, nota 16, p. 293

prácticamente unánime que el caso de la cárcel norteamericana supuso una severa regresión en términos del resguardo de los derechos humanos¹²¹ 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 *in abstracto* a todos los supuestos y 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 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 madre;¹²²

c) dicho debate no puede ser otro que el de una “racionalidad crítica”, para apropiarme de una expresión de autores como Apel o Habermas. Es que ha sido “racionalmente crítico” el proceso que desembocó en la positivización del derecho natural, especialmente durante el siglo XVIII, pero también en los siguientes, y 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 entre derechos competitivos que se observan en la praxis de una “sociedad abierta” a partir de los textos que ofician de referencias normativas, como pueden ser los casos consignados en la letra “a”.

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, a tono con la propuesta de este libro colectivo, 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, en definitiva, se refugiaron en los textos escritos y, en todo caso, 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

¹²¹ 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.

¹²² 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.

determinándose en virtud de ésta”.¹²³ No se trata, por cierto, de una labor sencilla. Ambos elementos (principios generales o, dicho brevemente, 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 Hassemer) 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 – esta vez sin duda –, la única “victoria” que interesa alcanza.

¹²³ Gadamer, nota 9, p. 648.