

EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO Y LAS BASES DEL ORDEN JURÍDICO*

NEW CONSTITUTIONALISM AND THE FOUNDATIONS OF THE LEGAL SYSTEM

Juan Carlos Cassagne**
Estudio Cassagne Abogados

Inside the field of Law, the usual question about the meaning of a determined concept or the question towards what it makes reference to has always been complicated. In the last years, different events have produced that philosophical trends reconsider the understanding of the legal system.

In the present article, the author does a presentation of what new constitutionalism means and its opinion towards it. The author also makes a critical analysis of the positivist and jusnaturalist visions, connecting them with the understanding of Law and the legal system, making an emphasis on Administrative Law.

KEY WORDS: *positivism; jusnaturalism; new constitutionalism; Constitutional Law; Administrative Law.*

En el campo del Derecho, la pregunta sobre qué significa o a qué hace referencia determinado concepto siempre ha sido complicada. En los últimos años diversos acontecimientos han ocasionado que corrientes filosóficas replanteen la forma de entender el orden jurídico.

En el presente artículo, el autor hace una presentación de qué se entiende por nuevo constitucionalismo y su opinión sobre el mismo. Asimismo, realiza un análisis crítico de los planteamientos positivistas e iusnaturalistas, conectando los mismos con el entendimiento del Derecho y del orden jurídico, poniendo énfasis en la rama del Derecho Administrativo.

PALABRAS CLAVE: *positivismo; iusnaturalismo; nuevo constitucionalismo; Derecho Constitucional; Derecho Administrativo.*

* El presente artículo es parte de un trabajo más amplio titulado de la misma manera y publicado originalmente en Brasil, en la Revista de Investigações Constitucionais del Núcleo de Investigações Constitucionais da UFPR. CASSAGNE, Juan Carlos. "El nuevo constitucionalismo y las bases del orden jurídico". En: Revista de Investigações Constitucionais 1 (enero-abril). Volumen 2. 2015. pp. 167-224. Agradecemos al autor por permitirnos la publicación del presente trabajo.

** Abogado. Doctor en Derecho y Ciencias Sociales en la especialidad de Derecho Administrativo y Ciencias de la Administración por la Universidad de Buenos Aires. Profesor titular emérito de la Universidad Católica de Argentina y consulto de la Universidad de Buenos Aires. Director del Instituto de Derecho Administrativo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Socio fundador del Estudio Cassagne Abogados. Contacto: jcc@cassagne.com.ar.

I. UN NUEVO ESCENARIO EN EL DERECHO PÚBLICO

La realidad actual muestra que estamos ante un nuevo escenario jurídico constitucional que se proyecta con intensidad a la mayoría de las instituciones del derecho público, particularmente al Derecho Administrativo. Para explicar lo que acontece, se habla de neoconstitucionalismo¹, y no se puede desconocer que se ha operado un cambio radical en el sistema de las fuentes del derecho, que se refleja tanto en su interpretación como en el papel que cumplen los jueces en el Estado de Derecho.

El fenómeno que se ha generado a través de una transformación paulatina y gradual del sistema del derecho constituye un producto de la propia dinámica del Estado de Derecho, que se va nutriendo de nuevas herramientas para realizar sus fines, en un escenario caracterizado por la aceleración del tiempo histórico.

Basta con advertir que el auge que tuvieron los principios generales en algunos países europeos por obra de la jurisprudencia (como la del Consejo de Estado francés)² y, en otros, a raíz de la sanción de los nuevos textos constitucionales (verbigracia, España, Alemania e Italia), originó un proceso en el que prevalecieron distintas corrientes interpretativas que terminaron desplazando la supremacía de la ley como centro del sistema jurídico junto a una serie de dogmas consecuentes que sostenían el cuadro básico del positivismo legalista.

En ese cuadro figuraban desde la limitación del papel del juez a la mera aplicación de la norma, el rechazo de los valores o de la moral como integrantes del derecho, hasta la idea de que la tarea de interpretación consistía más en una operación lógica de

subsunción antes que en una ponderación basada en el razonamiento práctico o en la argumentación jurídica, como ahora se sostiene. Obviamente, en ese esquema positivista, los principios generales del derecho no tenían cabida y la justicia se consideraba una cuestión metafísica, ajena al mundo jurídico. Los derechos del hombre³ no se fundaban en la ley natural y su vigencia dependía de su reconocimiento por las normas positivas. Sin embargo, al ser el derecho administrativo —en sus orígenes— un derecho especialmente jurisprudencial⁴, fue abriéndose paso mediante la creación pretoriana de sus principios institucionales y sectoriales.

El derecho emanado de los tratados internacionales, en especial sus principios y la doctrina de la convencionalidad, contribuyeron también a sellar el nuevo modelo surgente en el que se afirma la protección de los derechos fundamentales o humanos desde la perspectiva del principio de la dignidad de la persona como centro de un sistema jurídico complejo que prevalece e informa a los demás principios.

La clave que ordena ese sistema jurídico complejo que caracteriza al derecho público utiliza una metodología basada en un enfoque sistémico⁵ —propio de toda ciencia—, que enlaza las partes especiales que forman el conjunto de cada rama del mundo jurídico vinculándolas con los principios generales del derecho⁶. En esa línea⁷, el derecho administrativo constituye —dentro del derecho público— un subsistema jurídico⁸.

II. POSITIVISMO Y NEOCONSTITUCIONALISMO

A partir de la segunda guerra mundial, la mayoría de los antiguos dogmas cayeron en forma bastante generalizada y uniforme en los principales paí-

¹ Para explicar el fenómeno nos parece más adecuado utilizar la expresión nuevo constitucionalismo en vez de "neoconstitucionalismo", por la carga ideológica que suelen contener las posturas de algunas doctrinas —mezcla de falso progresismo y populismo— y por las consecuencias que, para algunos sectores, puede suponer el empleo del elemento compositivo.

² DEBBASCH, Charles. "Droit Administratif". París: Económica. 2002. pp. 115 y siguientes; MORAND-DEVILLER, Jacqueline. "Cours de Droit Administratif". Treceava edición. París: Montchrestien. 2013. pp. 267 y siguientes, expone un nutrido conjunto de principios generales del derecho que resultan aplicables aún en ausencia de texto normativo, desarrollados por el Consejo de Estado a partir de los casos "Dame Trompier-Gravier (1944)" y "Aramú" (1945)".

³ Acerca del significado de los derechos humanos en la Constitución Argentina, véase el trabajo de: SCHIFFRIN, Leopoldo H. "Notas sobre el significado de los derechos humanos en la Constitución Argentina". En: MILLER, Jonathan M., GELLI, María Angélica y Susana CAYUSO (Directores). "Constitución y derechos humanos". Tomo 1. Buenos Aires: Astrea. 1991. pp. 22 y siguientes.

⁴ RODRÍGUEZ R., Libardo. "Derecho administrativo general y colombiano". Bogotá: Temis. 2008. p. 22.

⁵ BUNGE, Mario A. "Memorias. Entre dos mundos". Buenos Aires: Gedisa-Eudeba. 2014. pp. 234-237.

⁶ SCHMIDT-ASSMAN, Eberhard. "La teoría general del derecho administrativo como sistema". Madrid: Instituto Nacional de la Administración Pública, Marcial Pons. 2003. pp. 1-2.

⁷ MONTAÑA PLATA, Alberto. "Fundamentos de derecho administrativo". Bogotá: Universidad del Externado de Colombia. 2010. pp. 25-26.

⁸ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. "Tratado de derecho administrativo". Tomo 1. Primera edición. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia. 2003. pp. 20 y 174-177.

ses europeos⁹. No obstante, no faltaron quienes trataron de rescatar algunos restos del naufragio refugiándose en lo que algunos juristas denominan neoconstitucionalismo, el cual aparece con un rumbo radicalmente opuesto al que practicaban las escuelas positivistas de antaño, a pesar de algunas rectificaciones notables, que se adelantaron a la evolución del pensamiento de esas corrientes filosóficas.

En efecto, en uno de los últimos trabajos de Kelsen, se observa un cambio fundamental en su concepción normativa ya que, contrariamente a lo que había afirmado en la *Reine Rechtslehre* de 1960 (en el sentido de que las normas jurídicas eran juicios hipotéticos), sostuvo que los principios lógicos—fundamentalmente el de no contradicción y el de inferencia— no son aplicables a las normas. Como las normas que crea el juez—en el último esquema kelseniano— son, en definitiva, actos reales de voluntad y no juicios lógicos¹⁰, dada la indeterminación conceptual propia del derecho y del lenguaje, así como los inevitables vacíos normativos, el giro kelseniano implica reconocer que el derecho tiene su fuente más en la voluntad creadora del juez que en la subsunción a un esquema lógico formal, lo que abre un ancho cauce para que en la voluntad del juez se cuelen, aparte de las subsunciones de la lógica abstracta, las valoraciones y principios jurídicos provenientes de la ley natural, determinados conforme a las reglas de la razonabilidad práctica (Finnis).

Encandilados con el nuevo esquema que han propuesto algunos de los teóricos europeos del llamado “neoconstitucionalismo”, son pocos los que han subrayado que la mayoría de los países de América—fieles en este punto a la tradición y al sistema de

la Constitución norteamericana— estuvieron regidos, desde sus orígenes¹¹, por principios de un sistema que, aunque con los vicios y defectos de los nuevos Estados, obedecía a la lógica de una arquitectura constitucional superior que, recién muchos años después, adoptaron las constituciones europeas de posguerra¹².

La superioridad de la concepción americana se basó en cuatro elementos fundamentales que se introdujeron en los marcos de los derechos constitucionales positivos: (i) la concepción de la Constitución como norma suprema¹³ que prevalece sobre las leyes ordinarias en virtud de un pacto—basado en el consentimiento del pueblo— que garantiza la estabilidad de los derechos en el marco de una Constitución rígida; (ii) el reconocimiento en la Constitución de los valores republicanos y derechos fundamentales por encima de la ley ordinaria, sobre la que predominan la dignidad del hombre¹⁴ y sus libertades como objetivo central de la vida política¹⁵; (iii) una justicia imparcial e independiente que aplica e interpreta directamente la Constitución garantizando la limitación de los poderes, que es algo así como la médula del modelo norteamericano; y, (iv) un control de la constitucionalidad de las leyes y de las decisiones administrativas en cabeza del Poder Judicial,¹⁶ que obliga a los jueces a no aplicar las leyes que conculcan la Constitución¹⁷.

Como la obligatoriedad de la Constitución surge, en el sistema norteamericano—seguido en el resto de América—, de una regla que le atribuye a la Constitución el carácter de norma suprema y vinculante, no fue necesario en nuestros países acudir a construcciones como fueron la regla básica de Kelsen o la regla de reconocimiento de Hart¹⁸ para

⁹ KAUFMANN, Arthur. “La filosofía del derecho en la posmodernidad”. Trad. del alemán. Bogotá: Temis. 2007. pp. 11 y siguientes.

¹⁰ LACLAU, Martín. “Relación entre lógica y Derecho en el último período de Kelsen”. LL 1982-B. pp. 699 y siguientes. Los dos últimos trabajos de Kelsen—“Derogación” y “Derecho y Lógica”— fueron traducidos al castellano por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, publicados en el Boletín Mexicano de Derecho Comparado N° 21. México. 1974. pp. 258 y siguientes.

¹¹ Véase: DURAN MARTINEZ, Augusto. “Neoconstitucionalismo y Derecho Administrativo”. Montevideo: La Ley. 2012. pp. 9 y siguientes, especialmente p. 13.

¹² PRIETO SANCHIS, Luis. Constitucionalismo y Positivismos. Segunda edición. México: UNAM-Fontamara. 1997. p. 16, señala dicha circunstancia y, aunque no desarrolla el tema, es uno de los pocos juristas europeos que lo advierte.

¹³ BREWER CARIAS, Alan Randolph. “Principios fundamentales del derecho público”. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana. 2005. pp. 13 y siguientes, apunta que la idea de la Constitución como norma suprema de aplicación inmediata y fundamento del orden jurídico posee una tradición normativa que se remonta a la Constitución venezolana de 1811 (Ibid. p. 19). Véase del mismo autor: “La Constitución de Cádiz y el constitucionalismo americano”. San José de Costa Rica: Editorial Investigaciones Jurídicas. 2012. pp. 21 y siguientes.

¹⁴ Ver: DURAN MARTINEZ, Augusto. Óp. cit. pp. 30 y siguientes.

¹⁵ Cfr. BADENI, Gregorio. “Tratado de Derecho Constitucional”. Tercera edición, Tomo I. Buenos Aires: La Ley. 2010. p. 56.

¹⁶ AMAYA, Jorge Alejandro. “El control de constitucionalidad”. Buenos Aires: Astrea. 2012. pp. 121 y siguientes.

¹⁷ SAGUÉS, Néstor P. “El control de constitucionalidad en Argentina”. En: SABSAY, Daniel (Director). “Constitución de la Nación Argentina”. Buenos Aires: Hammurabi. 2010. pp. 585 y siguientes.

¹⁸ Ver sobre el punto el completo análisis de: ATIENZA, Manuel y JUAN RUIZ MANERO. “Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos”. Segunda edición. Barcelona: Ariel Derecho. 2015. pp. 167 y siguientes. La obligatoriedad de la ley constituye, por otra parte, un principio de derecho natural.

fundar dicha obligatoriedad en elementos extra positivos de lógica formal.

Las bases de ese esquema constitucional permiten afirmar que, para los países americanos, el sistema que los europeos denominan Estado Constitucional de Derecho no es una novedad¹⁹, pues siempre lo tuvieron en sus respectivos ordenamientos desde los comienzos de la Constitución norteamericana. En tal sentido, las nuevas repúblicas de América siguieron este aspecto básico del modelo, no obstante la mixtura con otras fuentes que armonizan con el sistema norteamericano y aún lo profundizan, como la Constitución de Cádiz, que tuvo gran influencia en las constituciones de los países iberoamericanos²⁰.

El peligro de transplantar este nuevo constitucionalismo europeo a América no se encuentra entonces en la raíz del sistema adoptado, sino en la incorporación de otras ideas al proceso de construcción e interpretación del derecho positivo constitucional. Entre ellas, se destacan las basadas en ideologías que conciben el derecho como un mero mecanismo de dominación económica, confundiendo la incuestionable protección de los derechos humanos o fundamentales —en el que la dignidad de la persona constituye el valor supremo— con la socialización del derecho y de la justicia²¹, y una pretendida hegemonía cultural que ahoga el pluralismo.

El grado máximo de esta tendencia, expresada en diferentes visiones, asigna, básicamente, una absoluta preeminencia a lo colectivo sobre lo individual y al Estado sobre el hombre, desplazando el principio de subsidiariedad. En esa línea, si se atribuye irrestricta prevalencia a la igualdad sobre la libertad y la propiedad, el derecho enfrenta el riesgo de nutrirse de una axiología colectivizante que, llevada al extremo, en vez de procurar la cohesión de la sociedad, introduce la confrontación y el conflicto permanente entre los distintos estamentos

sociales, cada uno de los cuales busca aceleradamente crecer a expensas de los otros²².

Lejos de suponer que el papel del Estado deba ser siempre neutro su intervención es, por naturaleza, subsidiaria de las fuerzas naturales de la sociedad, lo que no impide que intervenga, positivamente y en forma razonable, con el fin de evitar los abusos del mercado que impidan la libre competencia, así como para suplir las carencias sociales de los sectores más necesitados de la población, incluso de los desocupados que no consiguen empleo.

A su turno, la justicia social precisa orientarse hacia el bien común, sin discriminaciones irrazonables, mediante una política distributiva destinada a compensar las carencias sociales, de manera de no destruir la espontaneidad de los actores económicos ni la capacidad financiera de cada comunidad. No hay que confundir la política social con los principios generales del sistema jurídico y los derechos fundamentales del hombre, preexistentes a cualquier acto de creación o reconocimiento del Estado o de la sociedad²³.

III. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ORDENAMIENTO Y LOS NUEVOS PROBLEMAS QUE SE PLANTEAN

Como parte de un proceso que parece no detenerse, hay que advertir que el llamado “neoconstitucionalismo”²⁴ irrumpe en el complejo escenario mundial, con tendencias que van de un extremo al otro²⁵, gestadas en el marco de la globalización del derecho.

La aparición de esta corriente responde a variadas causas. Desde los cambios aparentemente neutros provocados en el seno del positivismo y las conversiones transversales de sus antiguos fieles hacia posiciones afines al iusnaturalismo, junto a las matrices puramente ideológicas que impulsan la socialización del derecho, hasta los que desde una

¹⁹ Cfr. SANTIAGO, Alfonso. “Neoconstitucionalismo”. Buenos Aires: Separata de Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas. 2008. p.8. Éste señala que ciertos aspectos del neo-constitucionalismo no constituyen una novedad para los sistemas inspirados en el modelo constitucional norteamericano.

²⁰ Vid nuestro trabajo: “El Bicentenario de la Constitución de Cádiz, sus raíces y sus proyecciones”. LL 2011-F, 1318. Suplemento de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. pp. 1 y siguientes.

²¹ LUQUI, Roberto Enrique. “Socialización de la justicia”. LL 2011-F, 1290.

²² La tendencia hacia la socialización o prevalencia de los derechos colectivos sobre los derechos humanos de toda la población se muestra patente en el abuso que hacen los sectores sindicales al utilizar el derecho de huelga en los servicios públicos o esenciales como un derecho absoluto o ilimitado que conculca otros derechos fundamentales de las personas (trabajar, circular libremente, atender su salud o vida, etc.). Sobre este tema puede verse: KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. “Huelga y Servicios Públicos”. En: GORDILLO, Agustín (Director). “Derecho Administrativo. Doctrinas esenciales”. Tomo III. Buenos Aires: La Ley. pp. 783 y siguientes.

²³ Cfr. ESTRADA, José Manuel. “Curso de Derecho Constitucional”. Segunda edición. Buenos Aires: Científica y literaria argentina. 1927. pp. 47-49.

²⁴ SANTIAGO, Alfonso. Óp. cit. pp. 8 y siguientes, ha hecho una buena descripción del fenómeno.

²⁵ KAUFMANN, Arthur. Óp. cit. p. 9, advierte que es un signo de la modernidad ir de un extremo al otro.

posición trans-positivista intentan diluir la distinción entre positivismo e iusnaturalismo –llevando quizás más agua al molino del primero–, el abanico de posturas filosóficas que abarca ese proceso es prácticamente inagotable.

Son escasos los trabajos que han intentado la sistematización de las teorías²⁶, asumiendo el riesgo inevitable de no incluir muchos de los variados aportes que impulsan las modas de turno, cuyas posturas suelen ser tan opuestas como contradictorias²⁷. Con todo, aun con la relatividad propia de una tendencia que exhibe algunas fisuras por ciertos efectos disvaliosos que es susceptible de producir –fundamentalmente, la socialización extrema y abusiva de los derechos individuales de las personas–, no se puede desconocer que, en el plano del derecho público, viene imponiéndose la llamada constitucionalización del ordenamiento jurídico²⁸, caracterizada por un condicionamiento acentuado de la Constitución sobre la ley ordinaria y la actividad administrativa.

Este proceso supone, como principal efecto, el desplazamiento como dogma absoluto de la presunción de constitucionalidad de las leyes²⁹, lo que implica un aumento de las facultades de los jueces para controlar a los otros poderes.

A. La teoría de la armonización de los derechos para resolver los conflictos

Al circunscribir las objeciones que merece este proceso de constitucionalización –tarea, por cierto, difícil de llevar a cabo en base a un criterio objetivo–, puede decirse que una de las características más cuestionables consiste en elevar la jerarquía de los denominados “nuevos derechos”, oponiéndolos a los derechos fundamentales o humanos clásicos del derecho natural, reconocidos positivamente en la casi totalidad de las constituciones decimo-

nónicas. Una de las técnicas que suelen utilizarse para afirmar esa primacía opera a través del planteamiento radical de los conflictos de derechos.

Esta es la principal dificultad que plantea la línea más extrema del llamado neoconstitucionalismo, ya que el llamado conflicto de derechos, aparte de afectar el principio de no contradicción³⁰, y no obstante la dimensión de peso que puedan tener los respectivos principios generales, no tiene en cuenta que cada uno de ellos juega un papel armónico dentro del sistema jurídico, en el cual, en principio, no hay jerarquías dogmáticas predeterminadas, sean estas positivas o naturales (con excepción del derecho a la vida y sus derivaciones). El desplazamiento de un principio general por otro no debe ser un acto de puro voluntarismo judicial o doctrinario, sino de ponderación de los distintos valores en juego en el caso, conforme a las exigencias de la razonabilidad práctica³¹.

El fundamento de la teoría sobre la armonización de los derechos reposa en que el Derecho, en sentido amplio, es una ciencia social y, como toda ciencia, su conocimiento y práctica deben basarse en un enfoque sistémico para poder alcanzar los fines de justicia y bien común que persigue. La pretensión de imponer, con carácter dogmático, un derecho colectivo sobre un derecho individual, implica una interpretación fragmentaria del derecho y va contra la unidad que predica la visión sistémica.

Incluso para la teoría que postula la naturaleza dual del derecho³², que reconoce su invalidez sólo cuando se supera un umbral extremo o intolerable de injusticia, la prelación de un derecho sobre otro no resulta posible dado que no existe principio alguno que establezca dicha preferencia. Los derechos no se encuentran en conflicto *a priori*, y resulta necesaria su armonización mediante un

²⁶ HALLIVIS PELAYO, Manuel. “Teoría General de la interpretación”. México: Porrúa. 2009. Especialmente, pp. 20 y siguientes, aborda, en forma exhaustiva, la mayoría de los temas y doctrinas sobre la teoría de la interpretación en la filosofía del derecho y en la teoría general.

²⁷ PÉREZ HUALDE, Alejandro. “Reflexiones sobre neoconstitucionalismo y derecho administrativo”. LL 2007-C. pp. 851 y siguientes, apunta, siguiendo a Carbonell, que “bajo el manto del neoconstitucionalismo se cobijan tendencias contradictorias”.

²⁸ GUASTINI, Riccardo. “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”. En la obra: CARBONELL, Miguel (Director). “Neoconstitucionalismo(s)”. Madrid: Trotta, Universidad Autónoma de México. 2006. p. 49.

²⁹ CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo. “Supremacía constitucional e interpretación”. En el libro “Sobre Derecho Administrativo”. Tomo 1. Montevideo: FCU. 2007. pp. 273 y siguientes. Sin embargo, tampoco resulta legítimo sustentar la presunción de inconstitucionalidad de ciertas leyes –relativas a las denominadas categorías sospechosas–, pues la inconstitucionalidad debe siempre acreditarse y/o probarse en el proceso.

³⁰ Como lo ha demostrado TOLLER, Fernando M. en el trabajo “Refutaciones lógicas a la teoría de los conflictos de derechos”. En: CIANCIARDO, Juan (Coordinador). “La interpretación en la era del neo-constitucionalismo”. Buenos Aires: Ábaco. 2006. pp. 138 y siguientes.

³¹ FINNIS, John. “Ley Natural y Derechos Naturales”. Traducción de Cristóbal Orrego S. Buenos Aires: Abeledo Perrot. 2000. pp. 131 y siguientes.

³² ALEXY, Robert. “El concepto y la naturaleza del derecho”. Traducción del alemán de Carlos Bernal Pulido. Madrid: Marcial Pons. 2008. pp. 54 y siguientes, especialmente pp. 73 y siguientes.

método adecuado que permita ponderar y reflexionar con sentido práctico para arribar a una decisión justa.

B. Trascendencia de la ciencia política, de la filosofía del derecho y de su teoría general

Sin embargo, a favor de lo que suele denominarse neoconstitucionalismo, aunque de manera desordenada —con fundamento en las diversas ideologías de sus cultores—, corresponde reconocer que ha sabido conectarse con la ciencia política y con la filosofía y, sobre todo, con la teoría general del derecho, para adoptar las nuevas tendencias y técnicas de interpretación de la ley y del derecho. Dichas técnicas, en cualquier caso, no necesitaban una nueva escuela para desarrollarse, por la sencilla razón que eran y son también sostenidas por los juristas que profesan un iusnaturalismo actualizado y por juristas del derecho público pertenecientes a otras disciplinas³³. Como en toda ciencia, la necesidad de acudir al método sistémico no puede soslayarse.

En efecto, en un escenario caracterizado por la primacía de los principios generales y de la interpretación del derecho, las nuevas tendencias no precisaban un movimiento filosófico-jurídico peculiar o típico para desarrollarse³⁴. A la inversa, puede advertirse que fue un movimiento que se gestó *a posteriori* del proceso de recepción de los principios generales, nutriéndose tanto de tradiciones y principios de derecho público como de los nuevos preceptos constitucionales de la posguerra europea, en medio de un marcado divisionismo filosófico. En ese contexto, entonces, resulta impensable postular la unidad y persistencia de un fenómeno doctrinario que seguramente evolucionará hacia otros rumbos en el futuro que son, por el momento, difíciles de avizorar.

Porque si bien podría decirse que uno de los pocos acuerdos existentes entre todas las teorías de la filosofía del derecho y del derecho público radica en la defensa del Estado de Derecho y en el mantenimiento de un régimen que lo garantice

de una manera efectiva, los desacuerdos surgen, entre otras cosas, en relación: (i) a la determinación del contenido o fines del estado de derecho (liberal, social o benefactor o subsidiario); (ii) a la medida y extensión del régimen garantístico (lo que tiene particular incidencia en el régimen del acto administrativo); y, (iii) a la tendencia hacia la constitución de un complejo sistema de derecho internacional, lejos todavía de alcanzar consenso y uniformidad³⁵.

IV. LAS FRONTERAS ENTRE EL DERECHO PÚBLICO Y EL DERECHO PRIVADO: LA *SUMMA DIVISIO* COMO CATEGORÍA HISTÓRICA

Las diferentes ramas del derecho nunca han tenido una demarcación precisa de sus límites, dado que éstos se mueven al compás de oscilaciones históricas, sociales e, incluso, políticas. Repárese, sin más, en la categorización del derecho constitucional como derecho público a pesar de que su contenido comprende la regulación básica de derechos individuales de naturaleza privada, como el derecho de propiedad.

Por otra parte, la delimitación entre lo público y lo privado y la consecuente sistematización de instituciones y principios no siempre coinciden totalmente en los ordenamientos comparados. Esto obedece a que el derecho público —particularmente el derecho administrativo— constituye una categoría histórica³⁶, al igual que cualquier otra rama del derecho. La historicidad no es patrimonio exclusivo de determinados derechos, sobre todo de los que se gestaron inicialmente como derechos especiales.

Desde una atalaya diferente, la mayoría de los juristas que se ocuparon de esta cuestión en el siglo pasado, probablemente influidos por el prejuicio positivista —Kelsen juzgaba inútil la distinción—, no afrontaron la tarea de profundizar las razones y criterios que justifican la clásica *divisio*.

Más extraño aún fue el hecho de que se diera por sobreentendida una *divisio* no basada en elemen-

³³ Sobre los avances producidos en el seno del derecho procesal con la potencialización del papel de los principios generales, el impulso hacia la tutela judicial efectiva y la protección de los derechos humanos, véase: GOZAINI, Osvaldo A. "Tratado de Derecho Procesal Civil". Tomo I. Buenos Aires: La Ley. 2009. p. 32.

³⁴ Tan es así que dos de las más destacados cultores del movimiento post-positivista como Dworkin y Alexy estuvieron relacionados con la escuela positivista de Hart, y para fundar sus teorías no se apoyaron en el constitucionalismo europeo de posguerra. Igualmente, desde el campo del iusnaturalismo, Finnis, de origen australiano, enseñó en Oxford, donde sobresalía la escuela de Hart.

³⁵ FERRAJOLI, Lucas. "El garantismo y la filosofía del derecho". Bogotá: Universidad del Externado. 2000. p. 178. Por ejemplo, entre los países que no aceptan la jurisdicción del Tribunal Penal Internacional se encuentran las grandes potencias como Estados Unidos y China. En forma paralela, tampoco puede afirmarse que el denominado *ius cogens* se haya totalmente generalizado en el mundo, no obstante que algunos tribunales lo prediquen incluso en contra de preceptos constitucionales expresos (ejemplo, el principio de la irretroactividad de la ley penal).

³⁶ Como pensaba Ascarelli con respecto al derecho mercantil.

tos que permitieran la determinación de los criterios fundamentales de la distinción, los cuales, a la luz de cualquier observador atento y no superficial, resultaba imprescindible determinar para el encuadre de las disciplinas publicistas en los respectivos órdenes jurídicos comparados y en el derecho nacional.

En paralelo, la insuficiencia de las tres principales concepciones que pretendieron fundar la distinción –teoría de los sujetos, del interés público y de los actos de imperio– llevó a algunos autores, como Goldschmidt, a basar la *divisio* en un criterio que tenía como eje el reparto o distribución de los bienes, derechos o ventajas de la relación jurídica, sosteniendo que la adscripción al derecho público se producía cuando el reparto se llevaba a cabo en forma autoritaria mientras que lo típico del derecho privado radicaba en la autonomía de los repartos o atribuciones.

De la simple observación de la realidad se desprende que el derecho civil abarca repartos que no son autónomos (las relaciones de familia, por caso), los cuales, cuando está en juego el orden público, no son intereses o derechos libremente disponibles (por ejemplo, la obligación alimentaria).

A su vez, en el ámbito del derecho administrativo pueden coexistir repartos autónomos y repartos autoritarios, aun en los contratos más típicos que celebra la Administración, qué hacen a su giro o tráfico normal. Por cierto que la autonomía del reparto ocupa un espacio preferente para los contratistas en los acuerdos bilaterales regidos en punto a su objeto por el derecho privado (verbigracia, la compra-venta).

El derecho público y, particularmente, el derecho administrativo, constituyen categorías históricas que se nutren con elementos y circunstancias de cada país. Originada en el derecho mercantil, la idea de la categoría histórica no se proyectó a la *divisio*, y existe cierto desinterés teórico en la búsqueda de criterios definitorios por parte de la doctrina, que suele darlos por sobreentendidos, cuando no niega la división, alegando que la globalización, junto a la influencia del derecho anglosajón, han borrado prácticamente las diferencias entre derecho público y derecho privado³⁷.

Pero esa moda, como toda moda, será probablemente pasajera y habrá que ver si en el futuro desaparecen los códigos civiles de los derechos europeos o se unifican sus instituciones con las categorías del derecho público.

Porque mientras los teóricos del positivismo kelnesiano consideraban inútil la distinción, el derecho público desarrolló un formidable sistema propio y autónomo, basado en la estructuración de grandes principios que fueron adquiriendo operatividad, interrelacionándose con el derecho privado a través de la analogía. Desde luego que no puede desconocerse la influencia que ha tenido el derecho civil en el derecho administrativo, tanto en la génesis de sus instituciones –verbigracia, acto y contrato administrativo– como en su desarrollo ulterior, habiéndose afirmado que creció bajo la sombra del derecho civil³⁸.

Al respecto, puede advertirse que el contenido común del derecho público en el derecho comparado tiene como eje la figura de la potestad pública –descrita por Santi Romano en Italia–, que se afirma como institución central del derecho administrativo, la cual, por su carácter omnicomprensivo, desplaza a la exorbitancia como criterio que identifica al derecho público³⁹. Por ese motivo, actualmente se habla de régimen administrativo como criterio superador de la exorbitancia.

Con todo, la potestad y las consecuentes prerrogativas, que resultan fundamentales para caracterizar categorías transcendentales como el acto administrativo, no agotan el contenido de la disciplina. Basta señalar la cantidad apreciable de meros actos administrativos o declaraciones que emite la administración, incluso desconociendo derechos adquiridos por el administrado, los actos favorables o de fomento, así como las modernas técnicas de participación y consenso en el procedimiento administrativo, para darnos cuenta que el universo del derecho administrativo es más complejo, pues se integra con otros principios y técnicas que no implican el ejercicio de la potestad pública. Hay que recordar, por otra parte, que, como decía Ihering, no todo derecho es coactivo, siendo la teoría de los actos favorables uno de los ejemplos más típicos del derecho administrativo.

³⁷ Sobre los criterios de distinción, ver: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. "Direito Administrativo e o novo Código Civil". Belo Horizonte: Fórum. 2007. pp. 41 y siguientes.

³⁸ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián. "El derecho civil en la génesis del derecho administrativo y de sus instituciones". Segunda edición. Madrid: Civitas. 1996. pp. 15 y siguientes, explica cómo se formaron las instituciones administrativas en torno a las categorías básicas del derecho civil.

³⁹ Véase: UBAUD-BERGERON, Marion. "Exorbitance et droit des contrats: quelques interrogations à propos de la modification non conventionnelle du contrat administratif". En: BIOY, Xavier (Director). "L'identité du droit public". Toulouse: Presses de l'Université. 2011. pp. 229 y siguientes.

Es verdad que la protección de los ciudadanos frente a la arbitrariedad de los poderes públicos continúa siendo uno de los postulados fundamentales del estado de derecho, tras una conquista lograda en una batalla que difícilmente se revierte, especialmente en los derechos americanos y europeos.

No obstante, un derecho público basado exclusivamente en los principios garantísticos se queda corto para cumplir, por sí mismo, con la finalidad de bien común que persigue el Estado, quien tiene que procurar la satisfacción de las necesidades colectivas, con arreglo a los principios de subsidiariedad y de solidaridad, con el objeto de permitir el libre desarrollo de las personas⁴⁰.

En este plano, la conceptualización que brinda la doctrina alemana del derecho administrativo como un derecho constitucional concretizado, representa una suerte de tautología generalizada por cuanto es algo tan obvio que no se puede negar. Lo cierto es que esta definición no permite distinguir el derecho administrativo de otras ramas e instituciones del derecho conectadas también con el derecho constitucional (verbigracia, el régimen de la propiedad en el derecho civil).

Al propio tiempo, los principios de eficacia y de eficiencia desempeñan un papel fundamental en el campo de la organización de la Administración Pública, y al permear en los diferentes procedimientos tienden a mejorar las decisiones, hacerlas, además de razonables, más eficientes, con el objeto de lograr la mayor participación posible de los ciudadanos y los consensos sociales indispensables para una buena Administración.

De ese modo, se abren infinitas posibilidades de regulación e incluso de auto-regulación, que provienen de entidades intermedias cuyas organizaciones actúan de un modo independiente, sin subordinarse al poder político de turno.

En ese escenario sobresalen las funciones que cumplen las llamadas autoridades regulatorias independientes, las cuales muestran un desarrollo más abierto y flexible que amplía el ámbito del principio de separación de poderes, en el marco de una realidad en la que interactúan múltiples organismos públicos de control, a los que se les impone respetar los principios de imparcialidad

e independencia que han pasado a ser principios supra-nacionales (caso *Baena* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos).

En sustitución del antiguo Poder de Policía, sobre el servicio público aparece la regulación económica con el objetivo central de promover la competencia. Del Estado prestador se pasa al Estado regulador y garante, en el que cobra una dimensión activa el principio de subsidiariedad, cuando la iniciativa privada no alcanza a cubrir las necesidades colectivas, sobre todo en el campo de la asistencia y de la previsión social.

Como después de una guerra, las fronteras entre lo público y lo privado se corren. Ello se opera al compás de los nuevos requerimientos de la política económica-social que impulsa el Estado moderno, y los principios de selección peculiares de la contratación pública se extienden a empresas privadas en sus contratos con los particulares para promover la competencia.

V. NOTAS Y CARACTERÍSTICAS PRINCIPALES DEL NUEVO CONSTITUCIONALISMO

Como consecuencia de un conjunto de causas concatenadas que, en forma somera, hemos descrito, no se puede desconocer que el nuevo constitucionalismo ha operado un cambio radical en: (i) el sistema de las fuentes del derecho; (ii) la interpretación y la consecuente metodología que acompaña a la hermenéutica; (iii) la realización efectiva del control de constitucionalidad para afirmar la supremacía constitucional; y, (iv) la consolidación, en algunos Estados, de un derecho supranacional que conlleva la necesidad de efectuar el llamado control de convencionalidad⁴¹.

En ese marco se potencian los sistemas de protección de las personas, que tienen como eje el principio de la dignidad de la persona humana, del cual se derivan una serie de principios o sub-principios (verbigracia, la buena fe, la confianza legítima, la buena administración, la responsabilidad estatal, la participación pública, entre otros).

También aparecen en el escenario constitucional positivo de muchos Estados —entre ellos, en el ordenamiento constitucional argentino tras la reforma de la constitución de 1994— los nuevos derechos o derechos de incidencia colectiva, ta-

⁴⁰ Cfr. RODRÍGUEZ ARANA, Jaime. "Interés general, derecho administrativo y Estado de Bienestar". Madrid: Iustel. 2012. pp. 97 y siguientes, especialmente p. 225.

⁴¹ HALLIVIS PELAYO, Manuel. "Interpretación de tratados internacionales tributarios". México: Porrúa. 2011. Especialmente, pp. 86-98; y el artículo "Elementos para lograr una homologación metodológica del control difuso de constitucionalidad en México". Revista Pro-Homine, año 1, número I. Suprema Corte de Justicia de la Nación. México. 2014. pp. 133 y siguientes.

les como los derechos que protegen el ambiente (artículos 41 y 43 de la Constitución Nacional argentina), la información adecuada y veraz (artículo 41 de la Constitución Nacional argentina), el patrimonio cultural (artículo 41 de la Constitución Nacional argentina) y la competencia (artículo 43 de la Constitución Nacional argentina), los usuarios y consumidores en la relación de consumo (artículo 41 y 43 de la Constitución Nacional argentina), la igualdad real de oportunidades (artículo 75 inciso 23 de la Constitución Nacional argentina) y los derechos de los niños, mujeres, ancianos y personas con discapacidad (artículo 75 de la Constitución Nacional argentina), entre otros, a los que cabe adicionar los reconocidos en los tratados, particularmente los que poseen jerarquía constitucional (artículo 75 inciso 22), como, por ejemplo, el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

En la realización efectiva de los nuevos derechos constitucionales, subyace una tensión entre la libertad y la igualdad que conduce a la generación de los denominados conflictos de derechos. Aun cuando la fuente de esos nuevos derechos tiene basamento en convenciones internacionales que en algunos Estados poseen jerarquía constitucional y superioridad sobre las leyes –por ejemplo, nuestro artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional argentina–, lo cierto es que también los clásicos derechos constitucionales de primera generación –e incluso los derechos sociales de segunda generación– tienen también su anclaje en el derecho supra-nacional de los tratados internacionales (verbigracia, el derecho de propiedad).

Sobre la base del esbozo precedente, veamos ahora qué es lo que se mantiene y cuáles son los cambios que se han producido, cuya captación requiere tener en cuenta los fenómenos históricos –políticos, económicos y sociales–, así como los principios que provienen de la filosofía del derecho y las técnicas interdisciplinarias de interpretación, como la lógica, ya que resulta prácticamente imposible hacer ciencia jurídica sin el acuerdo de una metodología sistemática⁴² y abarcativa de to-

dos los elementos que componen o complementan el conocimiento jurídico.

El nuevo constitucionalismo mantiene a rajatabla el Estado de Derecho, cuyo contenido no es más la ideología liberal de antaño sino que, conservando como principio la protección de la libertad frente a las arbitrariedades de los poderes públicos, se orienta a la realización del Estado Social y Democrático de Derecho o, si se prefiere, el Estado de Justicia. Sin embargo, no es posible soslayar la realidad que exhiben los derechos latinoamericanos como consecuencia de la recepción de los tratados de derechos humanos en sus respectivos ordenamientos, integrando el bloque de constitucionalidad⁴³, lo cual ha venido a ampliar el dogma de la supremacía constitucional.

La democracia pasa a convertirse en un principio general del derecho público, prácticamente absoluto, en sentido contrario al relativismo crítico que sostuvo Kelsen. En efecto, cualquiera fuera el ordenamiento positivo, como éste entraña una verdad relativa, las atrocidades hitlerianas encuentran su justificación en el propio relativismo que cobijaría el principio democrático⁴⁴, aunque sean repugnantes a la ley natural, lo cual constituye un absurdo lógico y político de primer orden.

La afirmación del principio democrático como derivación de la ley natural, en cuanto resulta la forma de gobierno en la que el órgano Ejecutivo y los parlamentarios resultan elegidos por el pueblo, es la que mejor armoniza con la realización del bien común, sin que necesariamente excluya la llamada monarquía constitucional, en la que la figura del Rey simboliza a la Nación a través de la sabia fórmula que prescribe que reina sin gobernar.

Ahora bien, la democracia no funcionaría con justicia y eficacia pudiendo devenir en un gobierno despótico si no tuviera como complemento el principio de separación de poderes y sus corolarios básicos, esto es: (i) el principio de limitación del poder⁴⁵ –como en la Constitución norteamericana, un sistema de poderes limitados–; y, (ii) la

⁴² Ampliar en: CISNEROS FARIAS, Germán. "Derecho sistemático". México: Porrúa. 2005. pp. 239 y siguientes.

⁴³ JINESTA LOBO, Ernesto. "La construcción de un derecho administrativo común. Reformulación de las fuentes del derecho administrativo con las construcciones del derecho internacional de los derechos humanos". ED, Suplemento de Derecho Administrativo, diario del 30 de marzo de 2012. p. 2.

⁴⁴ KELSEN, Hans. "Esencia y valor de la democracia". Traducción del alemán por Rafael Luengo Tapia y Luis Legaz y Lacambra. Barcelona-Buenos Aires: Labor. 1934. pp. 143 y siguientes, especialmente pp. 153 y siguientes. Kelsen llega a decir que la paradoja de la democracia es darse su sentencia de muerte (Ibid. pp. 144 y siguientes), y que todos los metafísicos postulan la autocracia, lo cual es contrario a la verdad histórica ya que basta con el ejemplo que dio la Escuela de Salamanca al rechazar la tesis absolutista sobre el origen divino del poder para demostrar la falsedad histórica en que incurre Kelsen.

⁴⁵ FINNIS, John. Óp. cit. pp. 300 y siguientes; y comentario de Orrego en el Estudio Preliminar a la obra de Finnis (p. 27).

independencia del poder judicial con garantías de inamovilidad e imparcialidad⁴⁶.

Este último principio se ha extendido a otros órganos o entes a los que se les asignan funciones regulatorias, incluso de contenido jurisdiccional, interpretándose que los principios de independencia e imparcialidad se extienden a las llamadas autoridades regulatorias independientes⁴⁷. De ese modo, el campo clásico de la separación de poderes se ha ampliado considerablemente, y el sistema exhibe una suerte de poderes múltiples⁴⁸ que vienen a complementar, con el Ejecutivo, Legislativo y Judicial, el ejercicio de funciones estatales en base a competencias establecidas conforme al principio de especialización.

El nuevo constitucionalismo reafirma la caracterización de la Constitución como norma suprema, y algunos piensan que estamos ante la llamada constitucionalización del ordenamiento, algo que en cierto modo parece redundante en América, en cuyos sistemas se consagró, a partir de la Constitución de los Estados Unidos, el principio de supremacía constitucional.

Por otra parte, con toda la buena intención del mundo muchos sostienen hoy —conforme a la doctrina alemana⁴⁹— que el derecho administrativo constituye un derecho constitucional concretizado, lo que nos parece una generalización excesiva al punto que, de seguirse esa línea de pensamiento, hasta el Derecho Civil sería un derecho constitucional concretizado, habida cuenta que se ocupa de reglamentar, entre otros derechos, el derecho constitucional de propiedad.

En ese esquema, producto de la revalorización constitucional, el derrumbe de los dogmas posi-

vistas ha conducido a la potenciación de la función del juez como creador del derecho y no más como un aplicador mecánico de la ley a través de un proceso de subsunción.

A su turno, el reconocimiento de la prevalencia de los principios generales sobre la ley positiva abrió un ancho cauce para las técnicas propias de la argumentación jurídica y al método interpretativo de la ponderación —justificación interna y externa—, cuyo adalid ha sido, sin duda, Robert Alexy⁵⁰. En este escenario, se desarrolla un proceso interpretativo, primero en Alemania y luego en varios Estados europeos y americanos, en el que se adopta y desarrolla el denominado principio de proporcionalidad, descompuesto en tres tipos de juicio que debe realizar el juez en la búsqueda de la solución justa de cualquier controversia, a saber: (i) el de necesidad; (ii) el de adecuación; y, (iii) el de proporcionalidad en sentido estricto⁵¹.

Para completar el cuadro de las grandes transformaciones que caracterizan el nuevo constitucionalismo, sobre todo en sus derivaciones positivas y jurisprudenciales, hay que tener en cuenta el abandono de una de las premisas del positivismo legalista, que sostenía una separación absoluta entre la moral y el derecho.

VI. LA IRRUPCIÓN Y AUGE DE LAS TENDENCIAS IUSNATURALISTAS: DIVERSOS SENTIDOS DEL CONCEPTO DE DERECHO

La pretensión de reducir el fenómeno jurídico exclusivamente a la ley positiva se ha batido en retirada, y ya no quedan casi juristas que sostengan los dogmas básicos del positivismo puro. Esa corriente ha cedido a raíz del reconocimiento de la prevalencia de los principios generales⁵², fundados

⁴⁶ Vid: VIGO, Rodolfo L. "De la ley al derecho". Segunda edición. México: Porrúa. 2005. pp. 219-220.

⁴⁷ Caso "Baena" de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

⁴⁸ MUÑOZ MACHADO, Santiago. "Tratado de Derecho Administrativo y Público General". Segunda edición. Tomo I. Madrid: Iustel. 2006. pp. 1197 y siguientes, describe la diversidad y múltiples poderes de las agencias o comisiones independientes.

⁴⁹ SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. "Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del derecho administrativo". En el libro: BARNÉS VÁSQUEZ, Javier (Director). "Innovación y Reforma del Derecho Administrativo". Segunda edición. Sevilla: Inap-Global Law Press. Sevilla. 2012. pp. 52 y siguientes.

⁵⁰ ALEXY, Robert. "Teoría de la Argumentación Jurídica. La Teoría del Discurso Racional como Teoría de la fundamentación Jurídica". Traducción por Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1997. pp. 215 y siguientes.

⁵¹ BARNÉS VÁSQUEZ, Javier. "Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario". Revista de Administración Pública 135. Madrid. 1994. pp. 495 y siguientes. Mientras en el juicio de adecuación hay que valorar la idoneidad del fin, en el de necesidad se exige valorar si la medida es la menos restrictiva de los derechos y, por último, el juicio de proporcionalidad supone una valoración entre los medios elegidos, los sacrificios y el interés general, los que deben guardar proporción o, en otros términos, ser razonables.

⁵² Véase: SARMIENTO GARCÍA, Jorge. "Los principios en el Derecho Administrativo". Mendoza: Diké. 2000. pp. 41 y siguientes; VIGO, Rodolfo L. "Los principios generales del derecho". JA 1986-III. p. 860; COVIELLO, Pedro J. J. "Los principios generales del derecho frente a la ley y al reglamento en el derecho administrativo argentino". ReDA 62. Buenos Aires: Lexis-Nexis. 2007. pp. 1088 y siguientes; y nuestro libro: "El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa". Buenos Aires-Madrid: Marcial Pons. 2009. pp. 19 y siguientes.

en principios de la ley natural —la justicia, la equidad y otros valores de naturaleza eminentemente moral— (verbigracia, el principio general de la buena fe). En realidad —como se ha dicho—, las nuevas concepciones jurídicas se concentran más en la cultura del derecho que en la cultura de la ley⁵³; en suma, de un derecho público que no prescinde de los fines que persigue el Estado⁵⁴.

A su turno, la progresiva constitucionalización de los principios generales —que abrió paso a nuevas técnicas de interpretación—⁵⁵ ha ahondado el declive del llamado positivismo excluyente que, en su caída, ha arrastrado antiguos dogmas. En la actualidad, casi nadie sostiene que la interpretación y aplicación al caso sea una operación de pura lógica formal que consista en un proceso de subsunción de los hechos a la norma aplicable.

Ello no implica, desde luego, desconocer la utilidad de los estudios llevados a cabo, desde distintas visiones, para desentrañar aspectos trascendentes de la lógica formal aplicados con frecuencia en el campo de la interpretación normativa, como el concerniente a las relaciones entre el derecho y el lenguaje, y el relativo a los criterios que presiden el razonamiento y la argumentación jurídica.

¿Qué debe entenderse por derecho? Esta es la primera dificultad que afronta cualquier jurista, porque al ser el derecho un concepto multívoco y analógico —que admite varios sentidos no necesariamente distintos ni opuestos— no existe una sola respuesta uniforme que permita establecer un único sentido del concepto, y que éste sea el correcto o verdadero.

Así, cuando el ordenamiento o cualquier persona se refieren al derecho hay que indagar, previamente, el sentido de su uso, ya que puede referirse tanto al *ius* del derecho premoderno —lo justo—, al derecho subjetivo como facultad o poder, a la ley, al orden coactivo o al conjunto del ordenamiento jurídico⁵⁶. A su vez, con referencia al quehacer de los juristas se ha llegado a afirmar que hacer derecho consiste en “dar y exigir razones”⁵⁷. Sin habernos enredado en la discusión filosófica, utilizamos también, desde nuestros primeros análisis, el concepto del derecho como facultad —con fundamento en Suárez—, que, según Finnis, traduce el lenguaje moderno de los derechos no necesariamente opuesto al *ius* de los clásicos sino más bien usando el concepto desde una perspectiva distinta⁵⁸.

En la dimensión del derecho como concepción ordenadora del mundo jurídico se han impuesto las dos tesis centrales del “iusnaturalismo”, que predicán, por una parte, que las fuentes del ordenamiento jurídico no se limitan a las de naturaleza positiva sino que comprenden también las fuentes racionales de contenido normativo-jurídico y, por la otra, que no existen compartimentos estancos entre moral y derecho, habida cuenta que éste último contiene “condiciones de verdad que corresponden a ciertas proposiciones morales”⁵⁹.

Por cierto que el “iusnaturalismo” constituye una tendencia filosófica que ha desarrollado diversas etapas⁶⁰, cuyo análisis escapa al objeto de nuestro estudio, tanto por la extensión que demandaría su tratamiento como porque la tarea excedería los límites del tema central que abordamos.

⁵³ Véase: VIGO, Rodolfo L. “De la ley al derecho”. Óp. cit. pp. 3 y siguientes. Describe muy bien el proceso de cambio de la cultura de la ley a la cultura del derecho, en el mundo occidental.

⁵⁴ MONTAÑA PLATA, Alberto. Óp. cit. pp. 46-50, señala el error en que ha incurrido el positivismo jurídico, de tipo formal, al descuidar la teleología del Estado (Ibid. pp. 49-50).

⁵⁵ CIANCIARDO, Juan (Coordinador). Óp. cit. pp. 7 y siguientes; HALLIVIS PELAYO, Manuel. “Teoría general de la interpretación”. Óp. cit. pp. 304-308.

⁵⁶ El concepto normativo del derecho tiene arraigada tradición y es usualmente empleado por todos los filósofos del derecho y por los juristas dogmáticos, los que, al propio tiempo, utilizan el concepto de derecho como poder o facultad —derecho subjetivo— que refiere a una realidad distinta. Un ejemplo del uso multívoco se advierte en la obra de John Finnis. Óp. cit. pp. 38 y siguientes. De otra parte, la tendencia al empleo de significados unívocos —desechada por Aristóteles— muestra su quiebre en la diferenciación que suele hacerse en modernos sistemas constitucionales, como el español, entre la ley y el derecho. Mientras el término ley se refiere a la legalidad formal y material, el concepto de derecho remite a la justicia o a los principios generales del derecho.

⁵⁷ FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. “Sobre el derecho y el quehacer de los juristas. Dar y exigir razones”. Madrid: Universidad Complutense, Servicio de publicaciones, Facultad de Derecho. 2011. pp. 7 y siguientes, reproducido en LL 2012-B, p. 1150, y en el libro escrito en colaboración con el autor: “Sobre la ley, el poder y el derecho”. Buenos Aires: Abeledo Perrot. 2014. pp. 51 y siguientes.

⁵⁸ FINNIS, John. Óp. cit. pp. 234 y siguientes. Sin embargo, se ha destacado también que el gran profesor australiano emplea una definición “focal” del derecho. Véase: VIGO, Rodolfo L. “El iusnaturalismo actual. De M. Villey a J. Finnis”. México: Distribuciones Fontamara. 2003. pp. 123 y siguientes.

⁵⁹ MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio. “Iusnaturalismo e interpretación jurídica”. En: CIANCIARDO, Juan (Coordinador). Óp. cit. p. 65, con cita de Michael S. Moore (Law as a functional kind).

⁶⁰ Véase: SILVA TAMAYO, Gustavo E. “*Corsi e ricorsi* de los principios generales del derecho”. En: ReDA 79. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 2012. pp. 74-86.

A la vista del nuevo escenario descrito, si bien compartimos los enfoques de la Nueva Escuela de Derecho Natural [en adelante, NEDN], seguimos manteniendo, en lo sustancial, la adhesión a la teoría trialista de Goldschmidt⁶¹, que concibe al mundo jurídico compuesto por las tres dimensiones que se integran respectivamente por las normas, las conductas y los valores⁶².

En la vereda opuesta, militan distintas corrientes filosóficas herederas o emparentadas con el positivismo que han evolucionado fuertemente y que hoy día tienden a hacer más flexible el dogma que reduce el derecho a la norma jurídica, admitiendo que, a la hora de repartir o adjudicar derechos, los jueces no están obligados a una aplicación mecánica de la norma legal o principio constitucional, cuya textura abierta conduce a la interpretación judicial creativa⁶³.

Ha sido el gran filósofo del derecho Finnis –buen conocedor desde las entrañas del positivismo– quien, sin desmerecer el derecho positivo, encabeza con mayor rigor lógico-filosófico el movimiento que propugna los principios del iusnaturalismo, basado principalmente en la ley natural, sus valores básicos⁶⁴ y la aplicación de las exigencias fundamentales de la razonabilidad práctica (que enseña las cosas que moralmente pueden y no pueden hacerse)⁶⁵.

En efecto, aunque pueda parecer algo paradójico, la tradición iusnaturalista no busca desplazar al

derecho positivo sino hacer que éste sea siempre guiado por reglas y principios morales. Las reglas morales “son una cuestión de razonabilidad objetiva, no de capricho, convención o mera decisión [...]”⁶⁶.

Cabe anotar que la obra de Finnis fue elogiada por Hart, y contribuyó en grado sumo a la revalorización del iusnaturalismo por parte de los positivistas⁶⁷. Según Hart, “el mérito principal y muy grande de esta aproximación iusnaturalista, es que muestra la necesidad de estudiar el derecho en el contexto de otras disciplinas y favorece la percepción de la manera en que asunciones no expresadas, el sentido común y los propósitos morales influyen en el derecho e integran su judicación (“*adjudication*”)”⁶⁸.

Hallárase incompleto el análisis que venimos haciendo sin una referencia a la definición del derecho que proporciona Finnis, cuando se explaya sobre el que denomina significado focal del concepto de derecho basado en la descripción de sus facetas centrales que, a su entender, está configurado primariamente “por reglas producidas de acuerdo con reglas jurídicas regulativas por una autoridad determinada y efectiva” para una comunidad completa, apoyada por sanciones dispuestas por instituciones juzgadoras guiadas por prescripciones orientadas a resolver razonablemente cualquiera de los problemas de coordinación de la comunidad para la realización del bien común⁶⁹.

⁶¹ GOLDSCHMIDT, Werner. “Introducción Filosófica al Derecho”. Cuarta edición. Buenos Aires: Depalma. 1973. Especialmente, pp. 8 y siguientes, recoge nuestra opinión en el sentido de que la teoría trialista del mundo jurídico constituye un iusnaturalismo actualizado (Ibid. p. 383).

⁶² Vid: FERRAJOLI, Luigi. “Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia”. Tomo 1. Traducción del italiano. Madrid: Trotta. 2007. pp. 39-40. Así también se desprende del enfoque de Ferrajoli quien, con una acentuada tendencia normativista, se inscribe en la misma línea que el trialismo que unos cuantos años atrás propugnó Werner Goldschmidt en nuestro país. La teoría del derecho puede convertirse en un punto de encuentro “entre el punto de vista interno propio de las disciplinas dogmáticas, el punto de vista empírico externo propio de la sociología del derecho y el punto de vista axiológico externo propio de la filosofía de la justicia” (Ibid. p. 39).

⁶³ Sobre el tema, vid: ZAMBRANO, María del Pilar. “El liberalismo político y la interpretación constitucional”. En: CIANCIARDO, Juan (Coordinador). Óp. cit. p. 85, anota que ya está bastante difundida la distinción entre el positivismo excluyente (el clásico) y el positivismo incluyente (que reconoce el papel activo del juez en la creación del derecho).

⁶⁴ En el mismo sentido, se habla ahora de un iusnaturalismo humanista como síntesis entre el derecho positivo y el derecho natural, que pone el acento más en los principios generales que contienen los valores básicos o fundamentales que en las normas o reglas positivas; sobre el contenido de esta vertiente ver: SILVA TAMAYO, Gustavo E. Óp. cit. pp. 86 y siguientes.

⁶⁵ FINNIS, John. Óp. cit. p. 134.

⁶⁶ Ibid. p. 137, agrega que las exigencias de la razonabilidad práctica ofrecen “una base racional para los legisladores, los jueces y los ciudadanos” (Ibid. p. 317).

⁶⁷ ORREGO, Cristóbal S. “Estudio preliminar”. En la obra de: FINNIS, John. Óp. cit. p. 15.

⁶⁸ HART, H. L. A. “Essays in jurisprudence and philosophy”. Oxford: Oxford University Press. 1983. p. 11, citado por Orrego en el Estudio preliminar a la obra de FINNIS, John. Óp. cit. Loc. cit. donde recuerda que Hart consideró a la obra de Finnis como una interpretación flexible del iusnaturalismo que, en muchos aspectos, resulta complementaria a la teoría jurídica positivista (Ibid. p. 10).

⁶⁹ FINNIS, John. Óp. cit. pp. 304 y siguientes. La definición del derecho de Finnis es multifacética, basándose en una conjunción de reglas e instituciones que interactúan en la realización del bien común, guiadas por características “como la especificidad, la minimización de la arbitrariedad y el mantenimiento de la reciprocidad” entre los ciudadanos entre sí y con las autoridades legítimas. La construcción “finnisiana” encierra un significado focal que se apoya en exigencias de la razonabilidad práctica, en determinados valores básicos y “en ciertas características empíricas de las personas y sus comunidades” (Ibid. p. 304).

El pensamiento “finnisiano” es complejo pero, aun cuando revela solvencia filosófica y lógica notables, no siempre resulta preciso en la terminología⁷⁰, sin desconocer que algunas posturas que adopta en su concepción sobre el derecho se encuentran en discordancia con las bases iusnaturalistas que sustenta en su obra.

Tal ocurre –entre otros aspectos– con el concepto de regla que utiliza, con exclusividad, para la definición del derecho, habida cuenta que al limitarlo a las normas –legales o consuetudinarias–, como resulta del significado que atribuye al término en diversos pasajes de su obra,⁷¹ quedarían fuera del concepto de derecho nada menos que los principios generales, sobre todo los que considera principios de segundo grado que enuncia y enumera en forma abarcativa y precisa⁷².

Por ese motivo, para salir del mar de promiscuidad⁷³ que genera la caracterización de lo que es una regla, parecería más adecuado definirla como un género que comprende tanto a los principios generales como las normas en sentido estricto⁷⁴, cuya configuración jurídica describimos más adelante.

Otro tanto acontece con la nota relativa a que el derecho regula su propia creación, en cuanto ello implica caer en el formalismo jurídico pues si no hay derecho más que cuando se dictan reglas jurídicas regulativas por una autoridad determinada y efectiva, no tendrían cabida en el sistema jurídico los principios generales del derecho fundados en preceptos morales ni la costumbre.

Por otra parte, suponer que el derecho es un sistema basado en la sanción representa una concesión innecesaria al positivismo, ya que quedan afuera del concepto de derecho los repartos autónomos, los actos favorables y los actos de coordinación. Esta postura de Finnis, en muchos pasajes de su conocido libro, no distingue entre sanción y *vis* coactiva. El uso de la fuerza que en-

traña todo orden coactivo es su última *ratio* y no su esencia, ya que el cumplimiento de los actos por los particulares se lleva a cabo, normalmente, sin apelar a la coacción, además de que el uso de la fuerza puede proceder tanto para ejecutar una sanción como para obtener el cumplimiento de un contrato o de un acto jurídico, el cual, en principio y salvo casos de excepción –por ejemplo, demolición de edificios que amenazan ruina–, compete a los jueces⁷⁵.

Más adelante volveremos a ocuparnos de estos aspectos al abordar, con sentido crítico, algunas de las características atribuidas al orden jurídico.

Las críticas precedentes a la definición focal de Finnis no impiden reconocer que el derecho “cuando cada uno de estos términos” –se refiere a los elementos de la significación focal del derecho– “se realiza plenamente”⁷⁶, afirmación que debería limitarse a dos de los componentes centrales de la definición constituidos a nuestro juicio por la exigencia de la razonabilidad práctica cuando se resuelve cualquier problema de coordinación, y por su contenido axiológico, que refiere al bien común como objeto, en definitiva, de la justicia⁷⁷.

El bien común, que se expresa a través de conceptos jurídicos indeterminados –como interés público o bienestar general–, constituye el “conjunto de condiciones que capacita a cada uno de los miembros de la comunidad para alcanzar por sí mismos objetivos razonables o para realizar razonablemente por sí mismos el valor (o los valores) por los cuales ellos tienen razón para colaborar mutuamente (positiva y/o negativamente) en una comunidad”⁷⁸.

En la misma corriente “no positivista” se ubica la tesis de Alexy sobre la naturaleza dual del derecho, que ha retomado, en este punto, las banderas clásicas de la teoría del derecho natural. Con un enfoque moderno, sostiene que existen propiedades necesarias del derecho que pertenecen a

⁷⁰ VIGO, Rodolfo L. Óp. cit. p. 131.

⁷¹ FINNIS, John. Óp. cit. pp. 182, 219, 285, 307-308, entre otros.

⁷² *Ibid.* p. 315.

⁷³ Una prolija descripción de la disparidad existente puede verse en: POZZOLO, Susana. “Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico”. Traducción del italiano. Lima: Palestra. 2011. pp. 75-117. Para un sector de la doctrina, la norma es el género y los principios y las reglas son normas, en cuanto fijan una orientación para la acción o para el juicio. Vid: ZAGREBELSKY, Gustavo. “La ley y su justicia. Tres capítulos de justicia constitucional”. Traducción del italiano. Madrid: Trotta. 2014. p. 183.

⁷⁴ Cfr. VIGO, Rodolfo L. “Los principios jurídicos”. Buenos Aires: Depalma. 2000; y, del mismo autor, “El iusnaturalismo actual. De M. Villey a J. Finnis”. Óp. cit. p. 131, nota 177.

⁷⁵ Cfr. nuestro libro, “El acto administrativo”. Tercera edición. Buenos Aires: La Ley. 2012. pp. 366-367.

⁷⁶ FINNIS, John. Óp. cit. p. 305.

⁷⁷ FINNIS, John. Óp. cit. p. 198; y, VIGO, Rodolfo L. Óp. cit. p. 134.

⁷⁸ *Ibid.* p. 184.

su dimensión real o fáctica –como la coerción–, mientras que otras propiedades, como la pretensión de corrección del derecho –como fuente de la relación entre moral y derecho–, son constitutivas de la dimensión ideal, que permite descubrir los umbrales externos de injusticia –según la conocida fórmula de Radbruch–, los cuales, cuando se traspasan, invalidan el derecho⁷⁹.

VII. LEY NATURAL Y LEY POSITIVA: LA FUENTE DE LA LEY NATURAL Y EL ERROR DE BASE DEL POSITIVISMO

En la actualidad, ya fuera porque resulta evidente para un sector del iusnaturalismo distinguir la ley natural de la ley positiva o bien porque se considere –conforme al positivismo legalista de matriz kelseniana– que la ley natural es de inspiración metafísica que, por fundarse en la naturaleza, es algo extraño al derecho que debe ser depurado de elementos ajenos a la norma legal positiva, lo cierto es que los filósofos del derecho, con excepción de la NEDN y sus seguidores⁸⁰, no han prestado debida atención al examen más o menos exhaustivo de este punto. Sin la pretensión de profundizar en el tema –lo cual excedería el propósito que perseguimos–, haremos una serie de reflexiones básicas con la idea de captar su problemática central en sus grandes rasgos.

Mientras hay bastante acuerdo entre los filósofos del derecho en cuanto a que la ley positiva es la que resulta promulgada por el legislador, en sentido formal y material, y por el ejecutivo, cuando éste ejerce una función materialmente legislativa –por ejemplo, los reglamentos–; para los iusnaturalistas, en la vereda opuesta al positivismo, toda ley positiva debe ser conforme a la ley natural⁸¹.

La diversidad de concepciones formuladas sobre el derecho natural ha sido campo propicio para las críticas que recibió del positivismo, principalmente el propugnado por Kelsen, quien, por no dominar el panorama del derecho natural de la escolástica, generalizó una serie de errores que se gestaron “*a posteriori*” en las tendencias del iusnaturalismo. La mayoría de esos errores y críticas

han sido refutados por la NEDN, particularmente en la obra de Finnis⁸², con una profundidad filosófica y lógica remarcable.

El error básico de Kelsen sobre el derecho natural estriba en sostener que la norma fundante del derecho natural presupone una norma que diga “deben obedecerse las leyes de la naturaleza”⁸³, lo que traduce un juicio equivocado.

Han sido muchos los partidarios del derecho natural que, antes y después de Kelsen, incurrieron en ese error –repárese nada más en Villey–, y carece de sentido criticarlos y traerlos a colación porque, en vez de refutar al gran filósofo austríaco, convalidaron su equívoco.

Los estudios hechos en el marco de la NEDN han revalorizado el pensamiento de Tomás de Aquino sobre el punto, además de actualizarlo y explicarlo en clave entendible por la modernidad.

El Aquinate jamás sostuvo que el derecho o ley natural se fundaba en la naturaleza, ni siquiera en la naturaleza humana en sí misma, sino en el orden impuesto por la razón natural que, en definitiva, se funda en el principio de razonabilidad, habida cuenta que todo hombre posee “la inclinación natural a actuar según razón”, y que esto implica obrar en forma virtuosa⁸⁴.

En ese sentido, la interpretación que hace Finnis sobre los textos de Tomás de Aquino demuestra lo afirmado precedentemente, al señalar que “el criterio de conformidad o contrariedad respecto de la naturaleza es la razonabilidad”⁸⁵: “Y así todo lo que es contrario al orden de la razón es contrario a la naturaleza de los seres humanos en cuanto tal; y lo que es razonable está conforme con la naturaleza humana en cuanto tal. El bien del ser humano consiste en estar conforme con la razón, y el mal humano consiste en estar fuera del orden de la razonabilidad [...]. De modo que la virtud humana, que hace buena a la persona humana y a sus obras, está conforme con la naturaleza humana sólo en cuanto [tantum... in quantum] está conforme con la razón; y el vicio es contrario a la

⁷⁹ ALEXY, Robert. “El concepto y la naturaleza del derecho”. Óp. cit. pp. 89 y siguientes.

⁸⁰ FINNIS, John. Óp. cit. pp. 68 y siguientes.

⁸¹ Véase: GOLDSCHMIDT, Werner. “Introducción filosófica al derecho”. Cuarta edición. Buenos Aires: Depalma. 1973. Con citas de Tomás Aquino y de Suárez.

⁸² FINNIS, John. Óp. cit. pp. 66 y siguientes.

⁸³ KELSEN, Hans. “Teoría pura del derecho”. Traducción del alemán. México: Porrúa. 2011. p. 231.

⁸⁴ S.T. I-II, q. 94, a.3. En: DE AQUINO, Tomás. “Tratado de ley. Tratado de la Justicia. Opúsculo sobre el gobierno de los príncipes”. México: Porrúa. 1975. p. 28.

⁸⁵ FINNIS, John. Óp. cit. p. 69; MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio. “El derecho natural y sus dimensiones actuales”. Buenos Aires: Ábaco. 1999. pp. 34-37, analiza en profundidad los principales errores de Kelsen sobre lo que Tomás de Aquino entendía por ley natural.

naturaleza humana solo en cuanto es contrario al orden de la razonabilidad⁸⁶.

En otras palabras, dice Finnis, “para Tomás de Aquino la manera de descubrir que es moralmente recto (virtud) y desviado (vicio) no es preguntar qué está de acuerdo con la naturaleza humana, sino qué es razonable. Y esta investigación nos conducirá, al final, hasta los primeros principios inderivados de razonabilidad práctica, principios que no hacen ninguna referencia a la naturaleza humana, sino solo al bien humano. Del principio al fin de sus exposiciones sobre ética, las categorías primarias para Tomás de Aquino son lo «bueno» y lo «razonable», lo «natural» es, desde el punto de vista de su ética, un apéndice especulativo añadido a modo de reflexión metafísica, no un instrumento con el cual moverse hacia o desde los primeros principios per se nota prácticos”⁸⁷.

Una interpretación similar sobre el pensamiento tomista en este punto hizo con anterioridad Goldschmidt, aunque el desarrollo que efectuó no puede compararse al rigor argumentativo de Finnis. Señaló que la *lex naturalis* es aquella parte de la ley externa que resulta conocida a los hombres mediante la razón, y que “su principio supremo estatuye: hacer lo bueno y no hacer lo malo”⁸⁸.

Esta coincidencia de Goldschmidt con la interpretación de Finnis⁸⁹ sobre la obra de Tomás de Aquino resulta notable, no solo por haberla efectuado con bastante anterioridad—la primera edición data de 1960— sino por extenderse a la concepción sobre la ley humana o positiva, la cual, según el maestro austríaco y profesor argentino tras la segunda guerra mundial, se desprende de la ley natural “de dos maneras: por conclusión y por determinación. Las

conclusiones deducidas de la «*lex naturalis*» son uniformes [...] las determinaciones, al contrario, conceden un espacio de libertad dentro del cual caben lícitamente diferentes regulaciones”⁹⁰.

Debe quedar claro, entonces, que en el pensamiento de la NEDN la ley positiva deriva siempre del primer principio⁹¹ del derecho natural que manda hacer el bien y evitar el mal⁹², principio que preside un sistema complejo que poco tiene que ver con la norma básica que Kelsen ubicó en la cúspide de su pirámide jurídica. Esta norma de clausura del sistema kelseniano carece por cierto de positividad, ya que su naturaleza es más bien sociológica, como lo reconoce el propio Kelsen al definirla como “el hecho fundante de la producción del derecho”, admitiendo que se trata de una norma presupuesta que puede ser designada “como constitución en sentido lógico jurídico, para diferenciarla de la constitución en sentido jurídico positivo”⁹³.

Como puede advertirse, en el sistema kelseniano, la norma básica no es impuesta sino presupuesta y, por tanto, no tiene nada de positiva, aunque lo peor sea que, a consecuencia de la misma, “cualquier contenido puede ser derecho”⁹⁴ (verbigracia, normas de la dictadura nazi dirigidas al exterminio de judíos). Para el positivismo, la ley no puede ser moral ni inmoral, es amoral; la justicia es lo que la ley positiva estipula y el poder público tiene siempre razón⁹⁵.

En el sistema “no positivista” —en cambio— no tiene cabida una norma opuesta a la justicia, la que se condensa en el primer principio antes señalado⁹⁶ y en los principios generales del derecho de primer y segundo grado⁹⁷, los cuales conforman

⁸⁶ Ibid. p. 69.

⁸⁷ Ibídem.

⁸⁸ GOLDSCHMIDT, Werner. Óp. cit. p. 476.

⁸⁹ FINNIS, John. Óp. cit. pp. 311 y siguientes.

⁹⁰ GOLDSCHMIDT, Werner. Óp. cit. p. 477.

⁹¹ Cfr. PUY, Francisco. “Teoría científica del derecho natural”. México: Porrúa y Universidad Panamericana. 2006. p. 238.

⁹² DE AQUINO, Santo Tomás. Óp. cit. I-II, ej. 94, a. 2. Puntualiza que “[s]obre este precepto se fundan todos los demás preceptos de la ley natural: o sea que todo aquello que ha de hacerse o evitarse cae bajo los preceptos de la ley natural en cuanto la razón práctica puede captar que tales actos son bienes humanos”.

⁹³ Vid: KELSEN, Hans. Óp. cit. p. 206.

⁹⁴ Cfr. Ibid. p. 207.

⁹⁵ Cfr. BUNGE, Mario A. “Filosofía política”. Barcelona-Buenos Aires: Gedisa. 2009. p. 346, anota que tanto Carl Schmidt como Hans Kelsen justificaron el asesinato de Ernst Roehm y sus camisas pardas en el año 1934 por orden de Hitler, y afirma que, pese a su declarada neutralidad, “el positivismo jurídico es crudamente inmoral” y que “esa es la razón de que el positivismo jurídico haya sido la filosofía del derecho oficial de la Alemania nazi como de la antigua Unión Soviética”.

⁹⁶ MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio. Óp. cit. p. 38, afirma el carácter normativo del primer principio del derecho natural, refutando la crítica de la filosofía analítica que suponía que Tomás de Aquino extrapolaba los principios del derecho natural de proposiciones descriptivas basadas en los rasgos de la naturaleza humana. En realidad, señala Massini Correas, la tesis de Hume en el sentido que “de proposiciones meramente enunciativas solo podía seguirse una proposición normativa” fue coincidente con el pensamiento de Tomás de Aquino (Ibídem).

⁹⁷ FINNIS, John. Óp. cit. pp. 131 y siguientes.

un sistema de fuentes que se completa con las normas positivas y no al revés. Los principios generales interactúan sin que exista una prevalencia de unos sobre otros, lo que no obsta a reconocer la distinta dimensión de peso que pudieran tener para poderlos ponderar y armonizar con miras a la realización del bien común, salvo aquellos que se definan como derechos prácticamente absolutos, como el derecho a la vida (ya que, salvo por el ejercicio de legítima defensa, no es lícito provocar la muerte de una persona).

Como conclusión, podemos decir que mientras el positivismo puro encorseta el derecho en un sistema lógico-formal basado en normas positivas, excluyendo del mismo la justicia⁹⁸, la moral y los consecuentes principios generales del derecho, el iusnaturalismo, particularmente a través de la NEDN, se revela como un sistema más amplio y abierto, que se nutre con el aporte interdisciplinario de otras ciencias y disciplinas, permitiendo así enriquecer las determinaciones positivas, a condición de que no trasgredan los principios básicos de la justicia, en suma, del derecho natural.

De ese modo, se acrecienta el papel del juez en la creación del derecho, reafirmandose los principios de independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional, los cuales constituyen principios generales del derecho público que los otros órganos del Estado no pueden alterar con leyes y/o el dictado de actos administrativos de alcance individual o generales (en sentido estricto: reglamentos).

VIII. LA JUSTICIA: DIFERENTES CLASES

La teoría de la justicia constituye una condición esencial para la comprensión y construcción sistémica de la dogmática jurídica, particularmente desde la visión de la nueva escuela de derecho natural –NEDN– a la que adherimos.

De acuerdo con el pensamiento que desarrolla Finnis al seguir y actualizar con un sentido moderno –sin variar lo esencial– las concepciones de Aristóteles y Tomás de Aquino, la justicia se configura como “un conjunto de exigencias de la razonabilidad práctica que existen porque la per-

sona humana debe buscar realizar y respetar los bienes humanos no simplemente en sí misma y en su propio beneficio sino también en común, en comunidad⁹⁹.”

Ahora bien, la justicia constituye un complejo integrado por tres elementos que pasamos a sintetizar: (i) se trata de una relación inter-subjetiva o inter-personal, es decir que revela una orientación hacia otra persona¹⁰⁰; (ii) contiene un deber o el mandato de cumplir lo debido –*debitum*–, o sea lo que es propio, suyo de cada persona o, al menos, lo que se le adeuda en justicia; e, (iii) implica una relación de igualdad en un sentido analógico: igualdad proporcional en relación a la cosa (aritmética), o igualdad en proporción al mérito o necesidad de una persona (geométrica)¹⁰¹.

En la construcción de Tomás de Aquino se reconocen dos grandes especies de justicia, que en sus grandes rasgos se inspiran en la concepción aristotélica (justicia legal y correctiva). En un sentido abarcativo –de ahí su denominación–, la justicia general comprende la ordenación de todas las relaciones humanas al bien común (que no se debe confundir con el patrimonio o acervo común de una determinada comunidad pública o privada). El bien común es el bien de todos y el de cada uno, y por ese motivo todas las especies de justicia –aún la particular– deben orientarse a la realización del bien común.

La otra dimensión de la justicia es la particular, que admite la subdivisión en justicia distributiva y conmutativa. La primera comprende las relaciones que vinculan a una comunidad –pública o privada– con los individuos, e incluye los deberes de los miembros hacia la comunidad –verbigracia, las cargas públicas o la obligación de abonar una cuota social en una asociación privada–, pues el concepto de comunidad no se circunscribe al Estado¹⁰². En estos casos, la relación de igualdad es proporcional al mérito, necesidad u otros criterios distributivos¹⁰³.

La segunda especie de justicia es la conmutativa, que se refiere a los cambios –no sólo a los intercambios– que se producen en las relaciones entre

⁹⁸ Uno de los grandes filósofos argentinos no concibe cómo el positivismo excluye a la justicia de la teoría del derecho, cuando es su principal objeto. Ha señalado también que la ciencia busca la verdad, es explicativa y que “es legal, es decir, esencialista: intenta llegar a la raíz de las cosas”; véase: BUNGE, Mario. “La ciencia, su método y su filosofía”. Buenos Aires: Siglo Veinte. 1975. pp. 28-34.

⁹⁹ FINNIS, John. Óp. cit. p. 191.

¹⁰⁰ GAGLIARDO, Mariano. “Santo Tomás y la justicia”. ED, diario del 9 de agosto de 2012. p. 3.

¹⁰¹ FINNIS, John. Óp. cit. pp. 191-194.

¹⁰² Véase: MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio. Óp. cit. pp. 195-196; y, HERVADA, Javier. “Introducción crítica al derecho natural”. Segunda edición. Bogotá: Temis. 2006. pp. 38-49.

¹⁰³ FINNIS, John. Óp. cit. pp. 195-206, especialmente pp. 202 y siguientes.

dos personas –incluso entre personas públicas y privadas–, y en ellas la igualdad se realiza siempre en proporción a la cosa y no a la persona (proporción aritmética)¹⁰⁴.

Por tales razones, no es posible identificar la justicia legal ni la distributiva con el Estado¹⁰⁵ ni, por derivación, la justicia distributiva con el derecho público¹⁰⁶, confusión que proviene de la clasificación triádica que formuló el Cardenal Cayetano al sostener que la justicia distributiva es la justicia del Estado¹⁰⁷. Ese error en que han caído algunos autores que identifican el derecho público con la justicia distributiva obedece a suponer que cuando Tomás de Aquino se refiere al todo o la comunidad se está refiriendo al Estado¹⁰⁸, cuando la realidad indica que la justicia distributiva –como relación entre el todo y las partes– puede darse en comunidades no necesariamente estatales (verbigracia, asociaciones mutuales, familia, sociedades intermedias, comunidad internacional, entre otros)¹⁰⁹.

Esa realidad demuestra, por otra parte, que las relaciones de justicia particular –distributiva y conmutativa– se presentan y desarrollan en planos distintos al correspondiente al derecho privado y al derecho público y que, en ambas ramas, pueden darse relaciones de justicia distributiva y de justicia conmutativa. Por lo demás, como señaló Tomás de Aquino, la restitución o compensación debida para restablecer la igualdad debe efectuarse con arre-

glo a los criterios de proporción de la justicia conmutativa (verbigracia, expropiación por razones de interés público, responsabilidad por actividad legítima, entre otros).

Esta sucinta explicación que hemos hecho quedaría incompleta de no reconocer que, en el escenario de la justicia, suele utilizarse también la categoría de la justicia social¹¹⁰, la que indica una orientación hacia la realización del bien común –y en esto participa de la justicia general–, a lo debido por la comunidad a otros semejantes que necesitan tener condiciones de vida digna como a las cargas impuestas para satisfacer las necesidades sociales que sean compatibles con el bien del conjunto de la comunidad y de las personas individualmente consideradas; en definitiva, con el bien común, no circunscribiéndose a una sola especie de justicia¹¹¹, sino que las agrupa todas, siendo más bien un criterio de orientación jurídica¹¹² y política.

IX. LA DISTINCIÓN ENTRE MORAL Y DERECHO

Se trata del antiguo y clásico debate entre el positivismo y el iusnaturalismo que dividió durante mucho tiempo a la doctrina jurídica, en el cual, al partir de bases e ideas diferentes, nunca lograron ponerse de acuerdo¹¹³. Los positivistas puros, aunque reconocían la existencia de una moral objetiva o social¹¹⁴, consideraron siempre que el derecho era algo distinto a la moral y, no obstante reconocer que los preceptos positivos se fundaban en

¹⁰⁴ Ibid. p. 216 y siguientes. El autor da como ejemplo de justicia distributiva la institución de la quiebra, que pertenece al derecho privado (Ibid. pp. 216-221). Mientras la justicia distributiva busca compensar a todos los que sufren daños relevantes, el modelo de justicia conmutativa busca compensar a quienes fueron lesionados por el acto de quien no cumplió con sus deberes de cuidado y respeto por la persona dañada (Ibid. p. 209).

¹⁰⁵ Ibid. pp. 213 y siguientes.

¹⁰⁶ BARRA, Rodolfo Carlos. "Tratado de derecho administrativo". Tomo 1. Buenos Aires: Abaco. 2002. pp. 213 y siguientes.

¹⁰⁷ FINNIS, John. Óp. cit. pp. 213 y siguientes. Afirma que "según la opinión de Tomás de Aquino cualquiera que esté a cargo del 'acervo común' tendrá deberes de justicia distributiva; de aquí que cualquier propietario puede tener tales deberes [...]", puntualizando además que también el Estado y sus funcionarios tienen deberes de justicia conmutativa (Ibid. p. 214).

¹⁰⁸ ROSSI, Abelardo F. "Aproximación a la justicia y a la equidad". Buenos Aires: Ediciones de la Universidad Católica Argentina. 2000. p. 22.

¹⁰⁹ *Ibidem*. En la justicia distributiva, dice Rossi, la medida del derecho de la parte no depende de un valor fijo compensatorio proporcional al valor de la cosa o de otro valor fijo, "sino de la proporción entre personas (partes) en el todo y el quantum de los bienes comunes distribuibles" (Ibid en nota anterior, p. 38).

¹¹⁰ Ver y comparar: BARRA, Rodolfo Carlos. Óp. cit. pp. 151-154.

¹¹¹ MESSNER, Johannes. "Ética social, política y económica a la luz del derecho natural". Madrid: Rialp. 1967. p. 505.

¹¹² BARRA, Rodolfo Carlos. Óp. cit. p. 154.

¹¹³ Vid: LECLERK, Jaques. "El derecho y la sociedad". Traducción del francés, *Leçons du droit naturel*. Tomo I. Barcelona: Herder. 1965. pp. 40 y siguientes; GRANNERIS, Giuseppe. "Contribución tomista a la teoría del derecho". Traducción del italiano. Buenos Aires: Eudeba. 1977. pp. 43 y siguientes.

¹¹⁴ La moral y el derecho no se hallan totalmente separados, pues operan como círculos concéntricos. Aún cuando se reconozca la división que hizo Hegel entre moral subjetiva y objetiva, y que el derecho tiene por objeto fundamentalmente ésta última, la protección de la conciencia individual no es ajena al orden jurídico. Es cierto que hay valores que no pueden ser objeto directo de normas jurídicas ni prescribir mandatos positivos, como la amistad y el amor a la patria, pero hay siempre mandatos negativos que los protegen. En definitiva, la integración de la moral en el derecho se lleva a cabo, en la actualidad, a través de la recepción en la dogmática jurídica y en la jurisprudencia de los principios generales del derecho, se encuentren o no incorporados al ordenamiento positivo. La fuente de los citados principios se encuentra tanto en la Constitución y las leyes como en la doctrina, en la costumbre y en la jurisprudencia, y en esto radica la principal diferencia con el positivismo legalista.

principios morales, negaban la configuración de principios generales del derecho como base y fundamento del orden normativo, apoyándose solo sus fuentes formales.

En ese contexto, y frente a la insuficiencia del positivismo legalista para detener los abusos de las dictaduras europeas —que impusieron el nazismo y fascismo sobre la base de un legalismo formal—, fueron muchos los juristas que se convencieron de la necesidad de acudir a los principios generales y de incorporarlos a las constituciones, abriendo así nuevos cauces de creación por parte de la doctrina y de los jueces, que permitieron configurar nuevos principios tanto generales como institucionales o sectoriales.

Paralelamente, el dogma de la plenitud del ordenamiento pronto se agotó en ese esquema y fue reemplazado por el papel creativo del juez, que aplica esos principios generales mediante la técnica de la ponderación.

En definitiva, si la moral o ética¹¹⁵ está ligada al ámbito de los valores, a los cuales se somete, y si el orden jurídico —que no es más solo el orden normativo— acepta la superioridad de principios generales que contienen valores como fundamento del ordenamiento, es evidente que no se puede sostener que el valor sea algo extraño al derecho¹¹⁶.

Ese panorama se proyecta, como no podría ser de otro modo, a la teoría y, consecuentemente, al régimen del acto administrativo, a través de los principios generales que juegan como mandatos que debe acatar la Administración y que están, incluso, por encima del sistema normativo.

Así, la configuración del ordenamiento jurídico cobra una nueva dimensión, al ampliarse significativamente el clásico bloque de legalidad. En efecto, tras la recepción de los principios generales en los derechos públicos internos de los Estados, ya fuere por la jurisprudencia o por las respectivas consti-

tuciones, el fenómeno de la globalización y, en su caso, la prevalencia de los derechos supranacionales, generaliza principios morales¹¹⁷ que pasan a constituir nuevos paradigmas del derecho administrativo y público en general, en el curso de un proceso que favorece la creación por parte de los jueces del derecho, el cual termina caracterizándose por una integración entre elementos estáticos (los principios generales) y dinámicos (los nuevos paradigmas e instituciones).

La aparición de estos nuevos paradigmas, aplicados conforme a las exigencias de la razón práctica, trae consigo la caída de antiguos dogmas que estaban anclados en una concepción autoritaria del derecho público, aunque la tarea de erradicarlos no corra pareja en los diferentes sistemas comparados, ni la transformación se proyecte de la misma manera en cuanto a su intensidad.

X. LA ESTRUCTURA DEL ORDENAMIENTO

El ordenamiento jurídico se compone de normas y principios¹¹⁸. Suele decirse —alguna vez utilizamos esta expresión— que las normas representan la faz positiva del ordenamiento, a cuya cabeza se encuentra la Constitución como norma suprema y obligatoria (artículo 31 de la Constitución Nacional argentina). En realidad, para captar el sentido de dicha expresión hay que definir primero qué es una norma y qué constituye un principio jurídico¹¹⁹. La tarea, si bien puede aparecer dotada de cierta complejidad ante las múltiples concepciones y definiciones existentes, resulta relativamente sencilla si nos atenemos a los conceptos básicos que proporcionan la lógica y la filosofía del derecho.

De ahí en más, cabe advertir que la positividad no es patrimonio exclusivo de la norma legal, habida cuenta que es posible crearla por vía consuetudinaria o jurisprudencial, y algo similar acontece con los principios, que pueden hallarse o no incorporados al ordenamiento legal positivo.

¹¹⁵ Consideramos que la ética y la moral son sinónimos. Conf. COVIELLO, Pedro J. J. "Reflexiones sobre la ética pública". *Revista lus et Veritas* 48. Buenos Aires. 2010. pp. 223 y siguientes, con cita de: MARITAIN, Jacques. "Introducción general a la filosofía". Octava edición. Buenos Aires: Club de Lectores. 1949. pp. 229 y siguientes.

¹¹⁶ DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, Diogo. "Curso de Direito Administrativo". Quinceava edición. Río de Janeiro. 2009. pp. 77 y siguientes, destaca el resurgimiento de los principios y la superación de los errores históricos del positivismo legalista.

¹¹⁷ COVIELLO, Pedro J. J. Óp. cit. p. 225, afirma con razón, la unidad de la moral, y señala que no puede predicarse que entre la ética pública y la ética privada existan ámbitos estancos, sin perjuicio del principio de reserva privada del artículo 19 de la Constitución Nacional argentina.

¹¹⁸ Para un sector de la doctrina española, el ordenamiento se integra también con elementos no normativos de naturaleza sociológica (comportamientos, convicciones sociales, entre otros). Véase: REBOLLO PUIG, Manuel. "Los principios generales del derecho. Atrevimiento atribulado sobre su concepto, función e inducción". ED, suplemento de *Derecho Administrativo*, diario del 10/06/2015. Buenos Aires.

¹¹⁹ Al referirnos a los principios jurídicos, entendemos por tales los principios generales de todo el derecho y los de las distintas ramas, particularmente los pertenecientes al derecho administrativo.

Hay también una jerarquía entre las normas. La norma constitucional prevalece sobre la que tiene su fuente en la ley, y lo mismo acontece con respecto a las normas de los tratados que poseen jerarquía constitucional (artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional argentina), que son obligatorias y vinculantes, al igual que los principios que prescriben.

XI. LAS NORMAS

Toda norma se caracteriza por contener una estructura tripartita, a saber: (i) la descripción del supuesto de hecho; (ii) el mandato —o cópula que expresa el deber ser—; y, (iii) la consecuencia jurídica. Esta es, digamos, la concepción clásica sobre la norma que, desde luego, admite una serie de matizaciones, según el tipo de normas y las características peculiares de cada disciplina. Por ejemplo, el mandato en el derecho penal suele hallarse implícito¹²⁰ y, a su vez, en el derecho administrativo, los mandatos pueden contener conceptos jurídicos indeterminados (verbigracia, el interés público)¹²¹ que deben determinarse en cada caso por los gobernantes o jueces con arreglo a las exigencias de la razonabilidad práctica.

También, sobre todo en el derecho administrativo, es posible atribuir a la Administración, salvo en materia de sanciones de naturaleza penal —o de actos de gravamen, en general—, el poder de utilizar la facultad discrecional con respecto a los tres elementos que componen la estructura de la norma, lo que no siempre se ha percibido hasta ahora con claridad. Por cierto que la atribución legal o reglamentaria de la discrecionalidad de la Administración se encuentra sometida siempre a

un control judicial pleno y efectivo para garantizar los derechos de las personas, que es el fin principal de la separación de los poderes.

XII. LOS PRINCIPIOS GENERALES: SU DIFERENCIA CON LAS NORMAS Y LOS VALORES. LAS DIRECTIVAS POLÍTICAS

Mientras las normas responden a una cierta estructura lógica, donde tanto la proposición jurídica constituida por el supuesto de hecho que ella determina como su consecuencia se encuentran formuladas “con similar propósito de precisión”¹²², los principios aparecen con un margen de indeterminación y abstracción¹²³ que los lleva a requerir siempre de un acto posterior que los precise en una formulación más detallada, ya sea en su incorporación al derecho positivo o, a falta de éste, en su aplicación al caso concreto¹²⁴. Los principios carecen de supuestos de hecho¹²⁵, los que deben ser cubiertos, en principio, por los legisladores o jueces, dadas las restricciones que pesan sobre la Administración para determinar su propia competencia.

Se ha procurado distinguir entre principios y valores en el sentido de que, mientras éstos últimos no permiten especificar los supuestos en que se aplican ni las consecuencias jurídicas que, en concreto, deben seguirse, los principios, sin llegar a ser normas analíticas, traducen un mayor grado de concreción¹²⁶ y resultan vinculantes o exigibles. Como puede apreciarse, el valor, así definido, se parece a la directiva o directriz de Dworkin, en cuanto apunta a un estándar —que, al igual que el principio, debe ser observado— pero que reposa en un objetivo político, económico o social que persigue

¹²⁰ El artículo 79 del Código Penal prescribe que “se aplicara reclusión o prisión de ocho a veinticinco años al que matare a otro siempre que en este Código no se estableciera otra pena”. El supuesto de hecho es la acción de matar a otro —se entiende a una persona—, la consecuencia o sanción jurídica es la pena de reclusión o prisión y el mandato legal implícito es la prohibición de matar a otro. Los mandatos penales son casi siempre negativos, aún cuando prescriben también mandatos positivos como en los llamados delitos de omisión, en los que el sujeto debe actuar por imperio de la ley y omite hacerlo (verbigracia, el delito de abandono de personas prescripto en los artículos 106 y 108 del Código Penal argentino).

¹²¹ Véase: RODRÍGUEZ ARANA, Jaime. Óp. cit. pp. 97 y siguientes.

¹²² Cfr. DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. “Los principios generales del derecho en el derecho administrativo uruguayo. Aplicación por el legislador, el administrador y el juez”. La Coruña: Junta de Castilla y León, Netbilo. 2007. pp. 595-596; VIGO, Rodolfo L. “Los principios generales del derecho”. Óp. cit. p. 864.

¹²³ Para De Diego, la abstracción de los principios es superior a la de las normas, correspondiendo su estudio tanto a los filósofos del derecho como a los juristas prácticos, y en un pasaje del prólogo que hiciera a la obra de Del Vecchio afirma: “Considerados, en efecto, los principios generales del derecho en su más amplio y comprensivo sentido son materia del filósofo del derecho; empero, hallándose ellos en la raíz misma de las instituciones jurídicas particulares no pueden ser extraños al jurista profesional y a éste pertenecen y dentro de su competencia están cuando descienden de aquellas alturas para encarnar en la vida, prestando espíritu, color y base a los preceptos de una legislación positiva. En el tránsito de una a otra esfera lo que ganan en concreción y acaso en intensidad, lo pierden en amplitud y extensión; al fin ese tránsito representa una mayor determinación, un acomodamiento en que la virtud del principio, antes generalísimo, se infunde en términos más particulares que a su modo la encantan y disminuyen deviniendo principios ya menos generales y más limitados”. DEL VECCHIO, Giorgio. “Los principios generales del derecho”. Barcelona: Bosch. 1979. pp. 6-7.

¹²⁴ Cfr. DURAN MARTINEZ, Augusto. Óp. cit. p. 88.

¹²⁵ PRIETO SANCHIS, Luis. Óp. cit. pp. 30-31.

¹²⁶ PEREZ LUÑO, Antonio E. “Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución”. Cuarta edición. Madrid: Tecnos. 1991. pp. 286 y siguientes.

la comunidad. Cuando nos referimos al valor, no lo hacemos en el sentido de algo útil, sino como equivalente a bien, es decir, algo objetivo que resulta estimable por su cualidad intrínseca, que suele ser el centro de un principio jurídico y, en cierto modo, refleja la relación de éste con la ley natural.

En el plano jurídico, la diferencia entre valor y principio dista de ser clara, pues, independientemente de que en algunos principios existe un menor grado de concreción que en otros, los valores siempre deben ser observados cuando razonablemente son susceptibles de ser captados por el sistema jurídico. ¿Podría acaso negarse –por ejemplo– que la justicia, la buena fe, la protección de la libertad y de la igualdad no constituyen principios generales del derecho exigibles?¹²⁷ En suma, todo principio contiene un valor, pero no todo valor configura un principio jurídico exigible como tal (verbigracia, la amistad).

Aunque el positivismo no desconoce los valores –ni por ende la moral–, ellos son sacados, arbitrariamente, del sistema jurídico al que sólo concibe integrado por normas positivas (incluso por la costumbre y la jurisprudencia).

La depuración que pretende hacer el positivismo –por eso Kelsen denominó su concepción como teoría pura–, negando toda relación entre el derecho positivo y el derecho natural, adolece de graves fallas filosóficas, históricas y metodológicas que recién en este siglo –de acuerdo a nuestro criterio– han sido objeto de una refutación completa¹²⁸ de parte del iusnaturalismo (a través de la NEDN).

De ese modo, el afán depurador del positivismo kelseniano no da cabida al principio democrático dentro del sistema constitucional. En efecto, si bien Kelsen reconocía a la democracia como un va-

lor, algo que pertenece a su propia esencia, al sostener que la democracia constituye la expresión del relativismo¹²⁹ y al no atribuir a la democracia la condición de un principio general del derecho –Kelsen no aceptaba incluir a los principios generales del derecho entre las fuentes del ordenamiento– superior a las leyes, termina legitimando cualquier régimen autoritario –nazismo o fascismo– que fuera elegido por la mayoría del pueblo, ya que, siendo todas las verdades relativas, no era posible deslegitimar –en el plano de su teoría– un régimen positivo cuyas teorías y prácticas políticas resultan contrarias a la ley natural (que impone, entre otros, los mandatos de no matar, no torturar, no dañar bienes ajenos, entre otros). En esta concepción no caben derechos absolutos como el derecho a la vida.

La historia, además, demuestra que el auge que tuvo el positivismo para legitimar el régimen nazi ha sido uno de los motivos principales de su decadencia, que ha corrido en forma paralela al triunfo de las tesis iusnaturalistas a partir de la Segunda Guerra Mundial y, al menos, al abandono de los dogmas del positivismo que, durante mucho tiempo, se creyeron irrefutables.

A su vez, uno de los ataques más serios que ha sufrido el positivismo anglosajón¹³⁰ radica en la distinción formulada por Dworkin entre principios, directrices y normas, que, paradójicamente, sirve también para limitar las exageraciones interpretativas en que ha incurrido un sector del neoconstitucionalismo continental y vernáculo cuando asigna plena operatividad a principios y valores que encierran objetivos o directivas políticas a cumplir por los gobernantes de turno por decisión del poder constituyente, que no delegó en el Juez el poder de crear, con carácter general, los mandatos propios de las normas operativas.

¹²⁷ BELADIEZ ROJO, Margarita. “Los principios jurídicos”. Primera edición. Reimpresión. Madrid: Tecnos. 1997. pp. 75 y siguientes.

¹²⁸ FINNIS, John. Óp. cit. pp. 39 y siguientes.

¹²⁹ KELSEN, Hans. “Esencia y valor de la democracia”. Óp. cit. pp. 143 y siguientes, especialmente pp. 153 y siguientes.

¹³⁰ Conf. DWORKIN, Ronald. “Los derechos en serio”. Segunda edición. Barcelona: Ariel. 1989. pp. 72-73, donde señala que: “En la mayoría de los casos usaré el término ‘principio’ en sentido genérico, para referirme a todo el conjunto de los estándares que no son normas; en ocasiones, sin embargo, seré más exacto y distinguiré entre principios y directrices políticas. Aunque ningún punto de mi presente argumentación dependerá de tal distinción, quiero enunciar cómo la establezco. Llamo ‘directriz’ o ‘directriz política’ al tipo de estándar que propone un objetivo que ha de ser alcanzado; generalmente, una mejora en algún rasgo económico, político o social de la comunidad (aunque algunos objetivos son negativos, en cuanto estipulan que algún rasgo actual ha de ser protegido de cambios adversos). Llamo ‘principio’ a un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad. De tal modo, la proposición de que es menester disminuir los accidentes de automóvil es una directriz, y la de que ningún hombre puede beneficiarse de su propia injusticia, un principio. La distinción puede desmoronarse si se interpreta que un principio enuncia un objetivo social (a saber, el objetivo de una sociedad en la que nadie se beneficie de su propia injusticia) o si se interpreta que una directriz enuncia un principio (esto es, el principio de que el objetivo que defiende la directriz es valioso) o si se adopta la tesis utilitarista de que los principios de justicia enuncian encubiertamente objetivos (asegurar la mayor felicidad para el mayor número). En algunos contextos, la distinción tiene una utilidad que se pierde si se deja esfumar de esta manera”.

Esta diferencia reposa en una serie de distinciones de naturaleza lógica¹³¹ que hacen al grado de determinación, generalidad y precisión, que, en definitiva, se traduce en la orientación que se proporciona al juez encargado de dirimir una controversia o al órgano administrativo que aplica o interpreta el derecho, ya fuera para crear una situación de gravamen como de ventaja, respecto de un particular.

XIII. EL CARÁCTER PRECEPTIVO O VINCULANTE DE LOS PRINCIPIOS. LA DISTINCIÓN ENTRE DERECHO Y PRINCIPIO

La mayoría de los autores modernos participan de la tendencia, originada a contramano del positivismo clásico, que atribuye obligatoriedad a la observancia de los principios y superioridad sobre las leyes positivas, cuyo grado de primacía se acentúa en la medida en que se incorporan, en su gran mayoría, a las nuevas constituciones. Incluso los principios contenidos en el preámbulo se consideran operativos¹³². Los principios carentes de supuestos de hecho y de consecuencias jurídicas determinadas, resultan, sin embargo, preceptivos, y se complementan con la garantía pública¹³³ que los protege, lo que tiene particular relevancia en el campo de los derechos humanos.

Se ha sostenido, en el campo de la teoría moderna de Alexy sobre la argumentación jurídica, que se trata de mandatos de optimización¹³⁴ cuando, en realidad, ello es peculiar solo de una clase de principios, que predicen enunciados susceptibles de ser ponderados con gradualidad en un marco abierto e indeterminado de aplicación a los supuestos de hecho o sujetos a las orientaciones, es-

tándares o directrices de naturaleza política, en el sentido empleado por Dworkin.

Por el contrario, basta con reparar en la mayoría de los principios generales para darnos cuenta que no son todos mandatos de optimización¹³⁵, y que hay mandatos de aplicación imperativa, ya sean mandatos negativos o positivos. Hasta existen principios que generan derechos del hombre que tienen primacía sobre otros, como el derecho a la vida¹³⁶, que no pueden ser alterados por los gobernantes (legisladores, jueces o funcionarios públicos).

Esto acontece, por ejemplo, en el campo del derecho público, con el principio de la tutela judicial efectiva, el de la buena fe y el de verdad material, para citar algunos ejemplos en los que no hay optimización posible porque lo óptimo es la realización plena del principio.

En cambio, el mandato de optimización aparece en aquellos supuestos en que, más que principios, se trata de directivas políticas, económicas o sociales tendientes a orientar al legislador o al funcionario en determinado sentido a través de estándares indeterminados con respecto a las decisiones que adopte. Son las que, en la teoría constitucional clásica, se denominaban normas o cláusulas programáticas de la Constitución¹³⁷.

Dadas las múltiples conceptualizaciones que hay sobre el derecho en el mundo jurídico, suelen confundirse o identificarse los principios con los derechos y estos, a su vez, con las garantías constitucionales. El derecho público es proclive al uso promiscuo de estos conceptos, pero lo cierto es que hay una libertad de estipulación en el medio

¹³¹ Dworkin sostiene que: "Ambos conjuntos de estándares apuntan a decisiones particulares referentes a la obligación jurídica en determinadas circunstancias, pero difieren en el carácter de la orientación que dan. Las normas son aplicables a la manera de disyuntivas. Si los hechos que estipula una norma están dados entonces o bien la norma es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada la decisión".

¹³² TAWIL, Guido Santiago. "El Preámbulo de la Constitución Nacional". En: "Estudios de Derecho Administrativo". Buenos Aires: Abeledo Perrot. 2012. pp. 798 y siguientes.

¹³³ Ver: BARRA, Rodolfo Carlos. "El ordenamiento institucional de los derechos humanos". En: "Temas de Derecho Público". RAP. Buenos Aires. 2008. p. 300, puntualiza que la exigibilidad es una cualidad inherente a todo derecho humano que se complementa con la garantía pública.

¹³⁴ ALEXY, Robert. "Teoría de la argumentación jurídica". Traducción del alemán. Lima: Palestra. 2007. pp. 458 y siguientes. Sobre las teorías de la argumentación y su proyección en los fallos judiciales, véase el excelente trabajo de ZACAGNINO, María Eugenia y María Alejandra FERNÁNDEZ. En: SACRISTÁN, Estela B. (Directora). "Manual de jurisprudencia y doctrina". Buenos Aires: La Ley. 2013. pp. 619 y siguientes.

¹³⁵ ATIENZA, Manuel y Juan RUIZ MANERO. Óp. cit. pp. 30-31.

¹³⁶ Véase: FINNIS, John. Óp. cit. p. 251. El autor atribuye el carácter absoluto al derecho a la vida. Pero la ley natural y el derecho positivo consagran excepciones al carácter absoluto del derecho a la vida cuando se trata de la defensa de la propia vida (legítima defensa). Aunque es un tema que exige mayores desarrollos, también cabe admitir que el derecho legitima la defensa colectiva en los supuestos de guerra, habiendo convenciones que regulan diversos aspectos (por ejemplo, las Convenciones de Ginebra).

¹³⁷ Ver: VANOSSI, Jorge Reinaldo. "Teoría constitucional". Tomo II. Buenos Aires: Depalma. 1976. pp. 3 y siguientes. El autor distingue entre cláusulas operativas y cláusulas programáticas no operativas, que cumplen la función de indicar a los poderes públicos ciertas directivas para el accionar de los poderes públicos, o bien establecer reglas de interpretación dirigidas particularmente a los jueces (Ibid. p. 4).

doctrinario favorecida por la textura abierta del lenguaje natural que se utiliza y la variedad de sentidos del término. Sólo el conocimiento teórico-práctico permite saber en qué sentido el juez o el legislador han empleado el concepto –verbi-gracia, como principio, derecho o garantía–, y si el término derecho que utilizamos se refiere al poder jurídico o facultad que habilita la pretensión procesal o a cualquiera de las otras acepciones reconocidas (ejemplo, lo justo o el derecho concebido como ordenamiento).

XIV. EL CARÁCTER ABSOLUTO O RELATIVO DE LOS DERECHOS

La filosofía del utilitarismo¹³⁸ sostenía que no había derechos fundamentales o humanos absolutos, y hasta nuestra Corte Suprema sentó el principio de la relatividad de los derechos al declarar que, conforme al artículo 14, los derechos se gozan de acuerdo a las leyes que reglamentan su ejercicio¹³⁹.

Como una suerte de paradoja, la fuerza de semejante tradición, compatible con la tesis del positivismo legalista –de un modo consciente o inconsciente–, no es absoluta, ya que no puede concebirse la relatividad de los derechos frente a la existencia de bienes básicos.

Se trata de bienes básicos a los que ningún sistema democrático puede limitar ni atribuir carácter relativo o subordinar a la reglamentación y, de hecho, ellos tienen carácter absoluto en aquellos Estados que practican la democracia como forma de gobierno y de vida.

Porque aun cuando haya alguno de estos derechos que no se cumpla en la realidad –como el derecho a que la autoridad no mienta y diga la verdad, o el derecho a no ser condenado por razones políticas o datos falsos–¹⁴⁰, lo cierto es que los derechos públicos de mayor trascendencia para la dignidad del hombre tienen carácter absoluto en los Estados democráticos, lo cual permite descartar algunas teorías recientes que asignan prevalencia a los derechos colectivos sobre los derechos individuales.

Entre estos derechos humanos absolutos se encuentran el derecho a no ser privado de la vida, así como, el derecho a no ser privado de la posibilidad de procrear¹⁴², y el derecho a no ser torturado ni sufrir otros castigos denigrantes de la condición humana¹⁴³.

XV. CARACTERÍSTICAS ATRIBUIDAS AL ORDEN JURÍDICO

El derecho, concebido como orden jurídico, es el instrumento esencial que utiliza la autoridad para resolver los problemas de coordinación que se plantean en el seno de una comunidad. Su fin –aunque no sea realizado en plenitud en cada país– se orienta a la previsibilidad de las relaciones humanas mediante la creación de reglas e instituciones¹⁴⁴.

Como resabios del positivismo, algunos siguen sosteniendo como supuestos axiomas del derecho el de la completitud del ordenamiento –negando la posibilidad de carencias normativas–, del derecho como orden coactivo¹⁴⁵ y del derecho como regulador de su propia creación, no admitiendo la creación de reglas fuera del círculo que crea y permite crear el derecho positivo.

Sin embargo, esos caracteres formales que se atribuyen al derecho pierden consistencia a poco que se los confronte con la realidad en la que operan.

En primer lugar, no es cierto que el ordenamiento constituya un orden jurídico completo y que, por tanto, no existan las llamadas lagunas del derecho, por más que estas puedan siempre cubrirse apelando a la técnica de la analogía. Se trata de un postulado ficticio, como llega a reconocer el propio Finnis¹⁴⁶, y la experiencia muestra que hay infinidad de casos de carencia de normas –la denominada carencia histórica– en que la solución jurídica se alcanza mediante un salto a la justicia material¹⁴⁷, a través de un acto de creación del derecho por parte del juez que perfectamente puede apoyarse en algún principio del derecho natural (no positivo).

¹³⁸ FINNIS, John. Óp. cit. Loc. cit.

¹³⁹ Fallos 136:161 (1922), *in re* “Ercolano c/ Lantieri de Renshaw”.

¹⁴⁰ Finnis, John. Óp. cit. p. 253.

¹⁴¹ MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio. Óp. cit. pp. 212-225.

¹⁴² FINNIS, John. Óp. cit. p. 253.

¹⁴³ Artículo 18 *in fine* Constitución Nacional argentina.

¹⁴⁴ FINNIS, John. Óp. cit. p. 296.

¹⁴⁵ Véase: VIGO, Rodolfo L. “El iusnaturalismo actual. De M. Villey a J. Finnis”. pp. 147 y 174.

¹⁴⁶ FINNIS, John. Óp. cit. p. 298.

¹⁴⁷ GOLDSCHMIDT, Werner. Óp. cit. pp. 294 y siguientes, especialmente p. 299.

Tampoco son consistentes los dos axiomas con que Finnis pretende resumir las características formales del derecho¹⁴⁸. En efecto, el derecho no puede definirse exclusivamente como un orden coactivo, toda vez que normalmente él puede realizarse sin apelar a la coacción. Repárese nada más que en los actos favorables –relaciones de fomento o promoción– y en la serie de vínculos contractuales y aún legales que se cumplen sin coacción –la mayor parte de los repartos autónomos– para demostrar que hay innumerable cantidad de actos jurídicos que se cumplen sin procedimientos coactivos. Que la coacción sea una posibilidad para forzar el cumplimiento de actos frente a un particular recalci-

trante no implica que todo el ordenamiento jurídico sea un orden coactivo.

Por lo demás, la afirmación que el derecho regula su propia creación va en contra del postulado básico del iusnaturalismo que, fuera de todo dogmatismo formal, concibe la posibilidad de que las fuentes del derecho no tengan que provenir, en todos los supuestos, de autoridades sociales “sino que hay ‘algo’ jurídico, cognoscible que vale como tal aunque no se lo haya reconocido o dispuesto socialmente”¹⁴⁹. Ese “algo” jurídico es, para el iusnaturalismo y sus visiones próximas, la ley o el derecho natural y los principios generales del derecho. ¶

¹⁴⁸ FINNIS, John. Óp. cit. pp. 294 y siguientes. En especial, pp. 296-298.

¹⁴⁹ VIGO, Rodolfo L. Óp. cit. p. 156.