

LOS PRINCIPIOS DE LEGITIMIDAD DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

— — — — —
SERGIO RAÚL CASTAÑO*

UNA CUESTIÓN que, sin duda, compromete la legitimidad de los regímenes democráticos vigentes radica en la cada vez mayor pregnancia de criterios ético-jurídicos relativistas, que terminan creando el campo propicio para el imperio de gigantescos intereses, los cuales, desde el momento en que reconocen no fundarse en la verdad, ya sólo pueden hallar respaldo en la fuerza (imperialismo, poderes económicos transnacionales, consensos mayoritarios —reales o supuestos—, etc.). Tal encrucijada histórica motiva nuestra aportación, fundada en los principios de Tomás de Aquino.

I. LOS FUNDAMENTOS DE LA JUSTICIA

I. *Una aclaración terminológica y doctrinal*

El término “derecho”, como afirma la doctrina iusnaturalista clásica, es análogo. Significa, principalmente, conducta jurídica debida, norma y poder jurídico o derecho subjetivo¹. Nosotros, salvo indicación en contrario, lo emplearemos en el sentido de norma u orden normativo.

La noción de derecho se halla indisolublemente unida a la de justicia. Ahora bien, para la tradición iusnaturalista clásica, la virtud de justicia, cuyo objeto es el derecho², es la más importante entre las virtudes cardinales que rectifican el querer del hombre.

II. *La cuestión del valor jurídico. Nuestro punto de partida*

Es un tópico el afirmar que los valores ético-jurídico-económico-políticos se hallan afectados, a lo largo de la historia y a lo ancho de las culturas, por un acentuado relativismo. Quien, como en nuestro caso, plantea una posición objetivista y no relativista del bien humano, y además, lo que ya es mucho más osado, se sirve de la doctrina de filósofo cristiano, corre el riesgo cierto de ser descalificado por recostarse en preconceptos y *aprioris*

*Profesor de Teoría del Estado (Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires). Profesor en la Facultad de Derecho de la USS. Investigador del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas.

¹Cfr. la excelente sistematización realizada por Guido Soaje Ramos en *El concepto de derecho*, Bs. As., mimeo, 1977.

²Cfr. *Summa Theologiae*, II-IIae., c. 57.

basados en alguna forma de acatamiento al dato de fe. Y es verdad que tal situación resulta perfectamente posible. Ahora bien, una indicación del gran iusfilósofo positivista y relativista Alf Ross da la pauta de cuál puede ser el sentido de una recta inspiración en la doctrina tomista. Dice el danés en su obra principal, *Sobre el derecho y la justicia* que el Aquinate “está lejos de un racionalismo abstracto que busca deducir mediante la razón una solución para cada cuestión específica concreta. Hay así mucho lugar en su construcción para una forma sociológico-realista de la política jurídica. Lo mismo ocurre con el tomismo de hoy”³.

Se nos plantea, entonces, la pregunta por la validez de los “valores humanos básicos” o, dicho de otro modo, por el “fundamento de los derechos humanos” o, siguiendo la terminología tomista, por la verdad los primerísimos preceptos de la ley natural –entendida según la tradición platónico-aristotélico-tomista que llega hasta hoy⁴. La cuestión radica en saber si, a partir de la experiencia histórico-cultural de los pueblos, cabe inducir algunos principios universales de rectitud de la praxis. La respuesta, seguramente, debe ser afirmativa. Un escritor mercedamente famoso, cuya vida incluso ha sido llevada al cine (“Tierra de sombras”), Clive Stapleton Lewis, se sirvió de su enjundia filológica para compilar, en unas pocas páginas y nucleados bajo muy pocos principios, los que él llama “ejemplos de la ley natural”, recogidos del acervo tradicional de las más variadas culturas del orbe: indoamericanas, vikingas, babilonias, egipcias, indias, chinas, grecorromanas, etc. Tomemos los ejemplos más significativos de cada uno de esos principios fundamentales. 1) Del respeto a la vida inocente: “Confesión del alma recta”, del *Libro de los Muertos* del Egipto antiguo: “No he asesinado hombres”; *Volospá*, nórdico antiguo: “En el infierno yo vi asesinos”. 2) De la recta vida sexual y familiar, y del cuidado de los hijos: *De Officiis*, de Cicerón: “La Naturaleza y la Razón ordenan que nada inconveniente, nada afeminado, nada lascivo debe ser hecho o pensado”; el nórdico *Volospá*, citado: “En el Infierno vi seductores de esposas ajenas”; *De Officiis*, citado: “La naturaleza produce un especial amor a la prole”; de un testimonio piel roja: “Matar las mujeres y más especialmente los jóvenes varones y niños que constituirán la futura fuerza del pueblo, es lo más triste”. 3) Del dar a cada uno lo suyo: “Lista de pecados”, del babilonio antiguo: ¿ha erigido linderos falsos?; en el mismo texto se elencan los siguientes pecados: “perjudicar, robar, hacer robar” y también “Quien no recibe sobornos, éste complace a Samas”; “Confesión del alma recta”, citada: “no he robado” y también “no he calumniado al esclavo frente a quien lo recibe”. 4) Del buscar la verdad: *Beowulf*, antiguo anglosajón: “no hice juramentos falsos”; Confucio: “El maestro dijo, sed de firme buena fe”; y allí mismo: “El maestro dijo: ama aprender, y si hay ataque está presto a morir por la Buena Senda”; del *Hávamál*, nórdico antiguo: “cualquier cosa es mejor que la traición”. 5) De la amistad social: Confucio: “nunca hagas a otros lo que no te gustaría que te hicieran”; “Leyes de Manú”: “no pronuncies una palabra por la que alguien pudiera ser herido”; “Libro de los muertos”, citado: “He dado pan al hambriento, agua al sediento, ropas al desnudo...”; *Hávamál*, nórdico, citado: “El hombre es la delicia del hombre”. 6) Del valor de la vida política: Cicerón, *De Officiis*: “Parte de nosotros es debida a nuestra patria, parte a nues-

³Trad. G. Carrió, Bs. As., 1977, p. 228.

⁴En efecto, no puede hablarse de ley (o derecho) natural a secas, a riesgo de caer en la equivocidad y las consiguientes contradicciones.

tros padres, parte a nuestros amigos”; Confucio: “Si un gobernante logra la salvación de todo el Estado [...] sería sin duda un sabio divino”; de la *Eneida* de Virgilio: “Vinieron a los campos de dicha, al verde césped de los Bosques Afortunados y las moradas de los benditos... aquí estaba la compañía de aquellos que sufrieron heridas luchando por su patria”.

Lewis aclara que su lista no pretende ser completa. Y, además, puntualiza muy certeramente: “no estoy tratando de probar [la] validez [de tales preceptos] por el argumento del consenso común. Su validez no puede ser deducida. Para aquéllos que no perciben su racionalidad, ni aun el consenso universal se lo probaría”⁵. En efecto, el amplio consenso transcultural de los preceptos primarios de la ley natural no es constitutivo, sino sólo manifestativo, de su verdad práctica.

Tomás de Aquino propone un puñado de primeros preceptos de racionalidad práctica —es decir, principios de rectitud del obrar referidos al ámbito individual, familiar, jurídico, económico y político— con la propiedad de cognoscibles por sí mismos para todo hombre adulto y sano; y de objetiva y absolutamente valiosos para cualquier circunstancia de cualquier época en cualquier cultura. Pero con su propuesta, en buena medida, no hace sino ordenar y perfeccionar doctrinalmente la voz de la conciencia común de la Humanidad; voz que se encuentra conteste con el orden perfectivo de la persona humana. Tales primeros preceptos práctico-normativos —fundados en el principio generalísimo de hacer el bien y evitar el mal— son: el cuidado de la propia integridad y el consiguiente respeto a la integridad del inocente; la unión de los sexos en pareja, y el cuidado de la prole; la recta vida social, que incluye los primeros principios de ley natural jurídica (*suum cuique tribuere*) y de ley natural política (persecución y primacía del bien común político); y la búsqueda de la verdad, que incluye y culmina en la búsqueda de Dios.

Ahora bien, puede decirse que la ley natural posee una estructura compleja, un orden de principios. Esto debe entenderse en dos sentidos. En primer lugar, hay un orden —de prioridad y posterioridad axiológica— en los mismos principios primarios, que resulta consiguiente al orden de las inclinaciones de la naturaleza. De tal suerte, los preceptos normativos específicamente asentados en la espiritualidad del hombre expresan exigencias más valiosas que aquéllos fundados en su condición de substancia. Pero lo que más nos interesa aquí es señalar la existencia de un plano de exigencias normativas que no posee la imprescriptibilidad y la universalidad de los preceptos primarios. Se trata, en efecto, de preceptos secundarios, con la naturaleza de medios —aunque no en el sentido instrumental-utilitario que se asigna habitualmente al término “medio”⁶—; o de vías, o caminos, o modos, ordenados a los preceptos primarios como al fin que les da sentido y racionalidad. Tomás de Aquino los caracteriza como “casi conclusiones” próximas, inmediatamente deducidas de éstos últimos⁷. Se identifican con lo que Graneris llama la “segunda zona” de la esfera jurídica, y que el filósofo italiano ejemplifica con las regulaciones jurídicas del matrimonio, las cuales presuponen el precepto primario de la unión

⁵C. S. Lewis, *La abolición del hombre*, trad., prólogo y notas de J. N. Ferro, Bs. As., 1983, apéndice: Ejemplos del *Tao*.

⁶Buen tratamiento de la naturaleza de los preceptos secundarios en Joaquín García-Huidobro, *Razón práctica y derecho natural*, Valparaíso, 1993, pp. 133 y ss.

⁷*S. Th.*, I-IIae. 94, 4.

de los sexos⁸. A este ámbito de la ley natural pertenece un valor humano alrededor del cual se erige un instituto fundamental de la vida jurídica: la propiedad privada. La propiedad privada es el mejor régimen humano de gerenciamiento de los bienes materiales; ellos, por su parte, se ordenan a la racional satisfacción de las necesidades de todos los hombres. ¿Qué significa que la propiedad privada funda su valor jurídico en un precepto de ley natural secundaria? Precisamente que la propiedad privada no es un valor absoluto, sino que se ordena a otros bienes. Esto, a su vez, implica que en aquellos raros casos en que se produzca una colisión de pretensiones entre la propiedad privada y un interés verdaderamente fundado en un precepto primario de ley natural, como el bien común político o la vida del inocente, primará éste último. Tomás de Aquino, a la zaga de Aristóteles, ejemplificaba lo dicho con el hipotético caso del enemigo que exigía se le devolviera su arma para atentar contra la patria; podríamos pensar, también, en un demente que reclama se le devuelva su arma: quien acceda pone en peligro la vida propia, la de otros y la del demente mismo. No se trata, pues, de que la propiedad privada en esos casos haya sido sin más derogada como instituto jurídico que regula la distribución, explotación y administración de los bienes de la tierra; sino de que su rectitud cede cuando colisiona con intereses superiores, a los cuales la propiedad privada misma se ordena, y gracias a los cuales ella posee racionalidad (=sentido). De allí, por sólo poner un ejemplo, que todos los ordenamientos jurídicos reconozcan la licitud de la expropiación por causa de utilidad pública (art. 2511 y 2512 del C.C. argentino)⁹. Pero repárese desde ya en la diferencia entre la eventual licitud de expropiar un bien material, y la absoluta ilicitud de pretender “expropiar” la vida de un inocente por razón de utilidad pública.

Ahora bien, los preceptos de rectitud práctica que acabamos de aludir informan la inmensa mayoría de las normas positivas de los ordenamientos jurídicos históricos. Si buscamos un ejemplo inmediato a nosotros que abone tal aserto, podemos recurrir a la inducción de los valores jurídicos presentes en el Código Penal chileno. Hagamos un somero repaso de ellos. En el Libro II, títulos I y II aparecen los crímenes contra la seguridad y la soberanía del Estado, y contra su seguridad interior (allí, el bien tutelado es el mismo bien común). Otro aspecto del bien común político aparece resguardado por el título V, N° 5, en que se pena la malversación de caudales públicos; así como en el título VI, N° 14, referido a la preservación de la salud pública. El título IV persigue conservar la fe pública (es decir, vela por el imperio de la verdad en la sociedad). En el título III, aa. 138-140 se tutela la búsqueda de la verdad acerca de Dios. En el a. 145 se subordinan la intangibilidad de la propiedad privada y la privacidad a la conservación de la vida y la integridad de las personas. Asimismo, en el título VIII, aa. 342 y ss., se tutela la vida del inocente. Por su parte, en el título VIII, nn^{os} 1 y 3 se busca preservar la vida y la integridad física de las personas, mientras que en los nn^{os} 6 y 7 se penan faltas contra su integridad espiritual. En los art. 347 y ss. tutela el cuidado de la prole. En el título IX, por último, se tutela la propiedad privada, y se penan, también, los engaños que comprometen tanto la propiedad cuanto la vigencia de la buena fe en la sociedad.

⁸*Contribución tomista a la filosofía del derecho*, trad. C. Lértora, Bs. As., 1977, cap. V “Juridicidad del derecho natural”.

⁹Para una consideración crítica de los criterios ideológicos sesgados con que, en la modernidad, se ha encarado la naturaleza de la propiedad, vid. Juan Antonio Widow, “Ética e ideología”, en *Revista de Filosofía*, a. 1, n° 1, Concepción (2002).

III. LAS PARTES DEL DERECHO. EL DERECHO POSITIVO Y SU NATURALEZA

Postergamos por un momento la demostración dialéctica del carácter substantivo que reviste para el derecho su fundamento de validez, concretamente, su fundamentación en principios prácticos de validez objetiva. Lo que nos interesa poner de manifiesto ahora es la absoluta imposibilidad de erigir un ordenamiento jurídico sobre el solo derecho natural. Consideremos, al respecto, algunos ejemplos ilustrativos. La primacía del bien común legitima la política fiscal del Estado, pero no la determina en concreto. La absoluta disvaliosidad de dañar al inocente en su vida o en sus bienes justifica la existencia del derecho penal, pero no basta para confeccionar el correspondiente código. Y así en todos los órdenes de la vida política. La conclusión es clara: no puede existir un ordenamiento jurídico que no esté positivizado. Todo ordenamiento realmente existente, o incluso meramente posible, debe unir a algún fundamento de valiosidad, un principio de concreción y determinación.

En efecto, y contrariamente a lo que a veces se afirma, la función del derecho positivo no es la coerción. En primer lugar, estrictamente hablando, no es la norma lo que ejerce coacción física. La norma misma, tiene como función propia y específica la dirección de la conducta, de la que es causa formal extrínseca. Pero el precepto en sí mismo se halla desprovisto de fuerza coactiva. El que sí la posee es el aparato militar y policial del Estado.

En segundo lugar, la existencia del derecho positivo –por lo menos, a nivel del conjunto del ordenamiento– no se explica por la necesidad de amenazar, sino por la de precisar el contenido del mandato racional, adaptándolo a la circunstancia histórica, geográfica, cultural, etc. Es decir, se explica por la absoluta necesidad de concreción. El ciudadano debe saber qué tasa impositiva ha de pagar, cuándo y a quién; el abogado debe saber de cuánto tiempo dispone para responder la demanda; el arquitecto debe saber qué disposiciones urbanísticas regulan la construcción de casas en ese barrio; el automovilista debe saber por qué mano deberá circular; el cliente debe conocer el precio del producto que quiere comprar. Todos ellos pueden ser santos varones, pero ninguno de ellos puede prescindir del derecho positivo si quiere realizar la conducta *justa*. Porque lo justo es concreto. No sólo exige un fundamento de valiosidad práctica, sino un principio de determinación. El derecho –ya se trate de una conducta, de una norma o de un poder jurídico– es una totalidad compuesta por dos partes, la natural (fundante) y la positiva (determinante).

IV. LA POLITICIDAD DEL DERECHO COMO CAUSA DE LA POSITIVIDAD DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

IV. 1. *La primacía del bien común*

La propiedad de politicidad del derecho se constata en un doble sentido, que a su vez responde a una doble dinámica etiológica subyacente a la realidad de toda sociedad política histórica. Por un lado, los bienes particulares, y los correspondientes derechos de las partes a su consecución, goce y tutela, reconocen la primacía del bien común. Esto comporta, a su vez, una doble significación. En primer término, los bienes particulares no se darían, o se darían harto imperfectamente, fuera de la participación del bien común. Así, la persona tiene derecho a una vivienda digna, a procurar el sustento de su

familia, a que sus diferendos con los demás sean zanjados con imparcialidad, a la seguridad física, a ser recipiendario y transmisor de un legado espiritual y de un talante cívico determinado, a un ambiente sano, a la educación de su inteligencia, etc. Pero tales exigencias no podrían ser satisfechas –por lo menos, adecuadamente– fuera de la inserción en la comunidad política, que alberga, resguarda y potencia los fines –y los derechos en ellos fundados¹⁰– de individuos y grupos, a la vez que los integra en una empresa común cuya virtualidad perfectiva excede la sumatoria de los bienes asequibles a las sociedades infrapolíticas por sí solas. La realización del fin de éstas es una participación del bien común político, vgr. el bien particular es causado por el bien común.

En segundo término, y como consecuencia de lo anterior, existe un débito de la parte respecto del todo, de suerte que los bienes y derechos de las partes deberán mensurarse a partir de las exigencias del todo. En efecto, un individuo que alcanza la madurez debe su desarrollo humano en alguna medida a lo propio (dotes, esfuerzo, etc.), pero además –y decisivamente– al vasto y plural entramado social en el que ha vivido, el cual ha permitido que esa aportación individual fructificara. Es decir, a partir de su dotación natural (“perfección dada”) el hombre actualiza sus potencialidades humanas (“perfecciones adquiridas”) gracias a la participación de los bienes comunes de la sociedades que integra, familia, club, Universidad, asociación profesional y, máxima por su fin en el plano intramundano, la comunidad política. Aceptado lo cual se sigue la obligación para las partes de la comunidad política de no perseguir sus fines con detrimento del bien común. O, expresándolo en perspectiva jurídica, se sigue la obligación de subordinar los derechos particulares al concreto bien común político y al superior derecho de la comunidad políticamente autárquica, en él fundado.

El principio que acaba de exponerse no es ajeno a la estructura efectiva de los ordenamientos positivos. Al respecto, la Constitución de la República de Chile muestra de modo cabal cómo los derechos fundamentales de individuos y grupos sólo son verdaderamente tales en la medida en que reciben su ajuste definitivo dentro de la comunidad perfecta, y según las exigencias del bien común político. En el cap. I, art. 1º, la Carta reza: “El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común [...]”. Tras tal reconocimiento respecto del fin de la comunidad política y del poder del Estado, la Constitución, en su cap. III (“De los derechos y deberes constitucionales”), enumera un elenco de derechos –y libertades– fundamentales, muchos de los cuales pueden ser considerados auténticos derechos subjetivos naturales, vgr. anclados en exigencias objetivas de la naturaleza humana. Así, entre otros, la libertad de enseñanza, consistente en el “derecho de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales” (11º); el derecho de asociarse (15º); la libertad de trabajo (16º); el derecho a la actividad económica (21º) y el derecho de propiedad (24º). Ahora bien, para el ejercicio de todos y cada uno de esos derechos y libertades la norma constitucional establece un límite en forma explícita. Y dicho límite se halla siempre constituido por valores humanos participables que integran necesariamente el contenido del bien común político: la moral, las buenas costumbres, el orden público, la seguridad nacional, la salubridad pública o el interés nacional. Como conclusión, cabe afirmar que no hay legítimos (verdaderos) derechos fundamentales que atenten contra el bien común político.

¹⁰Para una fundamentación finalista de los derechos humanos como derechos subjetivos naturales, cfr. el amplio y minucioso estudio de Héctor H. Hernández, *Derecho subjetivo. Derechos humanos*, Bs. As., 2000.

Como síntesis del primer sentido de la propiedad del derecho que nos ocupa, podría decirse, jugando con los verbos modales, que el pleno y verdadero bien de la parte no “puede” darse sin el del todo político (primera significación), y que tampoco “debe” darse el primero a costa del segundo (segunda significación). Etiológicamente hablando, el bien particular se ordena al bien común. Nos hallamos en la línea de la causalidad final.

IV. 2. *La determinación autoritativa del derecho positivo*

Por otro lado, la sociedad que tiene como fin la consecución del bien común político será la que determine, a través de sus órganos de dirección, cuáles sean las obligaciones y derechos de los individuos y grupos intermedios. Es decir, la autoridad política concretará el orden del derecho según las exigencias del bien común. Esta segunda dimensión de la politicidad del derecho se funda en la primera, que la causa, explica y legitima. Nos hallamos aquí en la línea de la causa formal extrínseca o ejemplar, que impera normativamente las acciones de los hombres en comunidad –sea por aceptación de la costumbre, sea por conclusión y/o determinación de los principios universales de razonabilidad jurídica–.

El papel de la autoridad pública como causa próxima de la concreción positiva del Derecho no debe atribuirse al giro epocal de la vida política moderna, signado por la concentración del poder y la uniformización jurídica, y sintetizado en el “Estado nacional” postrevolucionario. Antes bien, la historia y la doctrina muestran en qué medida incluso en las épocas de mayor descentralización política y pluralismo jurídico, como el Medioevo, la función específica de la potestad política se identificaba con la facultad de establecer, reconocer, conservar y proteger el derecho: el *ius dicere*. Resulta hartamente ilustrativo el hecho de que el nombre de la potestad política, para el medioevo y la tradición secundoescolástica, fuera el de *potestas jurisdictionis*¹¹.

II. LA JUSTICIA DEL DERECHO

Nos parece que una buena guía para justipreciar la rectitud del Derecho consiste en analizar las normas jurídico-positivas desde la perspectiva de las partes que las componen. Esto es, y ateniéndonos a la distinción *supra* mencionada, sopesar la justicia de las normas desde un doble punto de vista, el de su fundamento natural y el de su concreción positiva. Y detectar, de tal modo, algunos de los principales defectos en la juridicidad del Derecho, y la problemática que ellos originan.

I. *La transgresión al fundamento natural primario de las normas*

Los preceptos primarios de la ley natural constituyen la regla directiva más fundamental del obrar humano. Tal sentido, el positivo, posee un reverso negativo, consistente en la

¹¹Tratamos este tema en nuestro libro *El Estado como realidad permanente*, Bs. As., 2003, especialmente cap. VI.

absoluta disvaliosidad de su transgresión. La contradicción de una norma positiva respecto de un precepto primario de ley natural representa la manifestación más acabada del derecho injusto o, para mejor decirlo, de la corrupción o subversión del derecho. Hemos hablado de contradicción y, en efecto, en sede lógica, la clase de contrariedad que suele revestir la norma insanablemente injusta es la máxima, o sea la contradicción. Si el precepto dice: “La vida de todo inocente debe ser siempre respetada” (universal afirmativa), la ley injusta dice: “La vida de algunos inocentes no debe ser siempre respetada” (particular negativa). Observemos que esta contradicción lógica refleja la realidad del derecho injusto, pues ninguna sociedad podría establecer que la vida de cualquier (todo) inocente no debe ser siempre respetada, o sea que todos los miembros de la población podría ser eliminados sin que mediara culpa alguna¹². En efecto, la negación de los valores humanos absolutos se corresponde habitualmente con alguna forma de afirmación, tácita o explícita, de la llamada ley del más fuerte. Esto se verifica en la historia del pensamiento político y jurídico. En efecto, así como fue Platón quien afirmó la existencia de bienes humanos objetivos fundados en la misma esencia del hombre, así también sus principales contendores fueron quienes afirmaban que la ley se identifica con la voluntad del más fuerte: los sofistas. Pero también se verifica en la historia misma. Ilustrémoslo con el mismo precepto del derecho a la vida del inocente. Siempre que se reconoció la licitud de transgredirlo, las actuales víctimas de tal transgresión fueron una minoría, en general constituida por un sector particularmente débil de la población. El nacionalsocialismo, por poner un caso, persiguió a sectores de la población o minorías nacionales en ese momento débiles, como era el caso de los judíos. Hoy ningún Estado del mundo podría repetir semejante persecución, no sólo por una mayor conciencia de los derechos humanos, sino, ante todo, porque el pueblo judío posee un poder económico, político y mediático incontrastable.

La razón que explica este carácter marginal y/o excepcional del derecho insanablemente injusto tiene que ver con la naturaleza máximamente valiosa del contenido de la ley natural. Dado su carácter de primeros principios, los preceptos primarios de ley natural admiten una defensa de naturaleza dialéctica, no estrictamente demostrativa, que muestre las dificultades insalvables de su negación. En esa línea, cabe sostener que, tanto a nivel colectivo, cuanto a nivel individual, resulta imposible la transgresión constante de todos o siquiera de uno de los primeros preceptos. Una comunidad política que permitiese la liquidación de todos sus miembros (en el mismo momento); o donde tuviese amplia vigencia social y jurídica la homosexualidad, o la infidelidad a la patria, no existiría por mucho tiempo. Aun sin llegar a tales hipótesis extremas, resulta ejemplificador el caso histórico del régimen marxista ruso: ante el peligro que significaban para la sociedad el divorcismo y las uniones libres, promovidos en la primera época soviética, Stalin, a partir de 1936, las combatió y fortaleció a la familia¹³; después, cuando llegó el momento de enfrentar al antiguo enemigo nacional alemán, la propaganda comunista imprimía afiches donde una madre con su hijo en brazos le decía a los soldados: “¡sálvanos!” Por su parte, ya en el plano individual, piénsese en la calificación humana que merecería un ciudadano por cierto patriota y amante de su familia, pero que trabajase como asesi-

¹²Pensando en la posibilidad del establecimiento de la eutanasia obligatoria para los ancianos y/o enfermos (¿una fantasía, hoy?), habría que agregar a esta cláusula “simultáneamente”, o “en el mismo momento”.

¹³Dario Composta, *La famiglia nella repubblica*, Roma, 1987, p. 104.

no a sueldo (transgresión del derecho a la vida); o un honesto trabajador y correcto ciudadano, que violase a sus hijos (transgresión del cuidado de la prole); o un esposo y padre amante, incapaz de dañar físicamente a nadie, pero que tuviese una gran fortuna ganada a costa de una flagrante traición a su país (transgresión del servicio al bien común).

II. ¿Hacia un esclarecimiento de la conciencia moral universal en la época contemporánea?

Tomás de Aquino ofrece otra sugerencia importante cuando alude a la posibilidad de adición o aumento en el contenido de la ley natural¹⁴. Por nuestra parte, la entenderíamos sobre todo referida al mejor conocimiento de ciertas exigencias axionormativas fundadas en la naturaleza humana. Es decir, no a un acrecentamiento de la rectitud de los preceptos primarios mismos, ni a un aumento de su número, sino a una mayor conciencia de la valiosidad y de la comprensión de ciertos preceptos, tanto primarios cuanto secundarios. Al respecto, la cuestión de la esclavitud constituye un buen ejemplo.

La esclavitud conlleva, en general, la suposición de que algunas personas no son verdaderamente tales, razón que permite su utilización como bienes útiles, y/o la licitud de privarlas de su libertad física. Todo lo cual vendrá acompañado del consiguiente menosprecio a que puede hacerse acreedor un *Untermensch*, un *shandala*. Ahora bien, en la época moderna la institución de la esclavitud ha estado acompañada, en general, por el fenómeno del racismo. Al considerar este fenómeno, nosotros distinguimos un racismo de impronta teológica, que abreva sobre todo en el calvinismo y se desarrolla desde el s. XVII hasta nuestros días, y un racismo con pretensiones científicas, de raigambre biológica, que hizo eclosión en el s. XX. La esclavitud moderna se vincula con la primera forma de racismo. En efecto, en occidente los esclavos han sido, de preferencia, individuos de raza negra. Y el ámbito cultural en que mayor vigencia ha tenido la mezcla de racismo y esclavitud (o, si no esclavitud, por lo menos desconocimiento de derechos iguales para los no europeos) es el calvinista. Un buen ejemplo de su manifestación jurídica lo ofrece el caso "Scott vs. Stanford", decidido en EUA en 1857, en que se falló que el negro Scott era un ser humano, pero no una persona con derecho a ser considerado ciudadano ni persona en los términos de la Constitución¹⁵. Hemos aquí frente a otro ejemplo de derecho injusto, subsumible, como el aborto, en la no extensión de una exigencia axionormativa señalada por la ley natural a la totalidad de los individuos de la especie humana. En este campo se ha producido un objetivo avance en la justicia; en efecto, los principales Estados calvinistas, EUA y Sudáfrica, han ido lentamente derogado sus legislaciones racistas a lo largo del s. XX.

Con todo, parece arriesgado afirmar un avance en la vigencia de la ley natural a nivel universal. Baste mencionar, por ejemplo, que en los EUA mismos son legales las prácticas abortivas, incluso rayanas en el infanticidio ("aborto de nacimiento parcial"). Sin hablar de la impresionante contrariedad jurídica, también vigente allí, de tutelar los derechos sucesorios del *nasciturus*, de permitirle tener pólizas de seguro, y simultáneamente,

¹⁴S. *Th.*, I-IIae., c. 94, a. 6.

¹⁵Hermes Navarro del Valle, pról. a *Derechos Humanos. Siete casos controversiales en América Latina*, San José de Costarrica, s/f., p. 11.

esgrimir un pretendido derecho humano “a la privacidad” que permite el homicidio premeditado del nonato¹⁶. Y el aborto legal, promovido por instancias privadas y públicas, nacionales e internacionales, se extiende progresivamente por el mundo entero.

III. *El valor jurídico de la norma que contradice un precepto primario de ley natural*

Nuestro mentor, el Aquinate, dice que todo mandato que va en contra de la ley divina no debe ser obedecido, e incluso debe ser resistido¹⁷. Ahora bien, nosotros pensamos que la obligatoriedad de la desobediencia se hace necesariamente extensiva a la violación de la ley natural primaria. En efecto, si la parte natural del derecho (o sea, la ley natural) es la fuente de su valiosidad, luego, al contrariarse formalmente el mandato de la ley natural se extingue todo valor jurídico; es más, en realidad debe decirse que se origina un antivaleor. En otros términos, deja de haber un mandato que apunta a la tutela de un bien humano debido y aparece un mandato ordenado a la comisión de una conducta intrínsecamente injusta. Para el ciudadano ya no hay un bien que deba ser promovido, sino, por el contrario, un mal que debe ser evitado. Cesa, entonces, la obligación de acatamiento; y, además, nace la obligación contraria¹⁸.

La tematización de la delicadísima cuestión de la *obediencia debida* del ciudadano nos abre un panorama más amplio —porque político— de lo que se acaba de decir. En efecto, la obligación jurídica u obligación de justicia consiste en un débito (en el fuero interno de la persona) de obediencia a la autoridad. Luego, debemos preguntar: ¿cuál es el fundamento de tal débito del ciudadano? El pleno desarrollo de las potencialidades del hombre no se alcanza sino por la participación del conjunto ordenado de bienes que sólo es capaz de alcanzar la comunidad política. Pero la comunidad perfecta —que se propone ese fin, el bien común político— no puede existir sin alguna instancia de dirección, a la que llamamos autoridad, autoridad cuya razón de ser y principio primario de legitimidad es, precisamente, el fin al que debe conducir a la comunidad: el bien común político. Así, pues, la autoridad, en la medida en que cumple la función por la cual y para la cual existe, posee *títulos* para mandar, o sea, para exigir obediencia en su tarea de conducción al fin. Sobre esos títulos la autoridad funda su *derecho* a exigir obediencia, y el ciudadano tiene, correspondientemente, un *débito* respecto de la autoridad: el *débito (obligación) de obediencia*. Ahora bien, dado que el fin político es y debe ser causa del perfeccionamiento de todos los hombres nucleados en una comunidad histórica determinada, luego la consecución del fin político supondrá necesariamente —ante todo para la autoridad política, pero también para el ciudadano común— el estricto cumplimiento de todos aquellos mandatos prepositivos ordenados a la consecución y tutela de los máximos bienes humanos; los cuales mandatos, además, precaven contra los mayores males humanos: es decir, el estricto cumplimiento de los preceptos primarios de la ley natural. La naturaleza del bien común político, que no consiste en una sumatoria de ventajas

¹⁶Cfr. Aurelio García Elorrio, “Protección de los niños no nacidos en el sistema jurídico interamericano de derechos humanos”, en *Derechos humanos...*, cit.

¹⁷*S. Th.*, I-IIae, 96, 4.

¹⁸Como es obvio, la inmutabilidad y universalidad se predica de los preceptos naturales, y no de las normas positivas que los concretan. Si bien la permanencia de la ley positiva no es indiferente no sólo respecto de su eficacia, sino también de su legitimidad, el derecho positivo mismo es, *per se*, variable.

particulares o circunstanciales, sino en la máxima perfección intramundana participable, explica por qué tal bien jamás podrá albergar (en lo que tiene de tal, o sea, de verdadero bien) una transgresión a los principios básicos de rectitud práctica. Luego, ante una norma ordenada a la promoción de una injusticia –contradictoria del bien común político– cesa la obligación, para el ciudadano, de obedecer a la autoridad del Estado. Y nace la obligación contraria.

IV. El “mal menor”

Lo planteado hasta aquí permite hacer una rápida incursión –pues no tenemos tiempo ahora para un desarrollo más pormenorizado– en el también espinoso tema del “mal menor”. Reduciéndolo a su núcleo más esencial, cabe decir que si no están en juego bienes imperados por preceptos primarios, tanto el gobernante cuanto el mero ciudadano puede efectuar una ponderación de las alternativas posibles y elegir el mal menor. Pongamos un ejemplo: si un gobierno fuertemente endeudado con el poder económico-financiero transnacional es presionado para privatizar sus principales empresas públicas de modo claramente desventajoso para el interés nacional, a cambio de una reducción substantiva de los intereses y del monto del capital adeudado, el camino estaría abierto para la difícil decisión prudencial que adopte el mejor camino (o sea, el camino *menos malo* para el bien común). Pero si a ese gobierno se lo presionase, siempre a cambio de gracias en su deuda, para que sancionase una ley de aborto y/o esterilización compulsiva y subrepticia de las mujeres humildes, estaríamos seguramente ante un bien político-jurídico no negociable. No hay ponderación lícita posible entre los males en juego: lo intrínsecamente injusto debe ser rechazado, malgrado las terribles consecuencias que ello pudiera acarrear (consecuencias que nunca serán peores que la injusticia, en la medida en que se originen en conductas desordenadas del otro).

V. La mutabilidad de los preceptos secundarios y la excepcionalidad en el orden jurídico

Sobre la base de lo dicho en la primera parte, cabe señalar que los institutos jurídicos y las normas que descansen en principios secundarios de la ley natural, en aquellos excepcionales casos en que se desajusten en su papel de medios necesarios para la consecución de los fines irrenunciables, pueden cesar en su obligatoriedad. Y esto a causa de un defecto en su validez (= valiosidad), ya que no son fines absolutos sino medios (casi únicos, salvo casos anormales) ordenados a fines. Luego, si el fin se hallare comprometido gravemente por la observancia del medio, éste, en tanto principio secundario –y la norma en él fundada– se subsumirán en el principio primario. Es decir que el valor del principio secundario cede ante el del primario, pero sólo en el caso en que –excepcionalmente– el principio secundario deje de ser un camino conmensurado al fin (principio primario), o entre en contradicción con él. Habíamos citado el ejemplo de la expropiación por causa de utilidad pública. Podemos agregar otro, correspondiente al nivel de las relaciones entre los Estados. El derecho internacional público reconoce, como restricción del principio *pacta sunt servanda*, la cláusula tácita pero siempre vigente del *rebus sic stantibus*, que pone límites, ante el surgimiento de situaciones imprevistas, a la obliga-

ción de observar *sine die* los tratados internacionales¹⁹. “La necesidad [de preservar el bien común] no se subordina a la ley”, dice Tomás de Aquino —y no Carl Schmitt...— cuando sintetiza su argumentación sobre la licitud de obrar, en circunstancias excepcionales, en contra de lo mandado por una norma²⁰.

VI. *Autarquía y autarjía como fundamentos de la politicidad —y de la positividad— del derecho. Algunos cuestionamientos a la llamada “cesión de soberanía” judicial. El ejemplo de la Corte Penal Internacional*

Hay una nota específica de la vida política que contribuye decisivamente a perfilar el valor de la autodeterminación jurídica de los Estados. Se trata del carácter de empresa social participativa de lo político, en cuyo sentido y razón de ser ocupará un lugar protagónico la salvaguarda de un estilo y un talante aquilatados por la historia. Allí se conjugan una manera de ver el mundo, una proximidad determinada y un horizonte geográfico amado como propio. La autarquía, precisamente, comporta la recepción, el cultivo y la transmisión de un modo humano de la perfección, es decir, de un modo concreto de acceder a los fines humanos. Ahora bien, la noción clásica de autarquía no significa disfrute pasivo de un orden de bienes materiales y culturales. En efecto, ella implica la necesidad de disponer de lo propio, precisamente porque la responsabilidad sobre ese destino colectivo recae sobre la sociedad misma que se propone el fin, es decir, sobre la sociedad política (“sociedad perfecta”). Pero “perfecta” no por hallarse enclaustrada en un aislamiento hostil, ni por poder prescindir de la colaboración de otras sociedades, sino por ser el punto de intersección en que la inclinación política del hombre y las circunstancias históricas producen un marco *concreto* capaz de albergar todas las dimensiones naturales humanas llamadas a perfeccionarse. Aclaremos este punto.

Si el bien común completo se halla también concretamente conmensurado a los hombres que buscan y deben buscar su realización de la mejor manera que les sea posible; es decir, si la consecución del fin depende de la concreción de un orden que exprese el modo propio en que a esa comunidad mejor le sienta organizarse con miras al fin; será necesaria, entonces, la determinación de un orden axionormativo (ético-político-jurídico). Ahora bien, ¿a quién le incumbirá esa determinación? Y esto en el doble sentido de: quién estará en mejores condiciones para saber dónde reside lo justo concreto (constitucional, legislativo, jurisdiccional, administrativo, etc.); y quién arriesgará más en esa determinación. La respuesta es obvia: a la propia sociedad convocada por el bien humano completo y concreto. Así pues, la autarquía comporta, como una propiedad, la capacidad y el derecho de la propia sociedad para determinar imperativamente su orden al fin político. O, lo que es lo mismo, para organizar concretamente su orden al fin. La autarquía implica, en efecto, un *cierre* práctico, porque la sociedad definida por esa nota específica, o sea, la sociedad política, se propone y logra por sí misma el bien común político. “Por sí misma” significa que —en tanto *autárjica*— tiene el derecho a señalar, por medio de sus órganos como última instancia de decisión, cuál sea su concreto modo de

¹⁹Sobre la cláusula *rebus sic stantibus* ver Alfred Verdross, *Derecho Internacional Público*, trad. A. Truyol y Serra, Madrid, 1974, pp. 122-125.

²⁰*S. Th.*, I-IIae., c. 96, a. 6.

existencia política²¹. Ésa, precisamente, es la *nota de cierre* de la autarquía, que se identifica con la *autarjía*. El orden de esa comunidad es *su* orden y, en tal medida, también, *su* camino al fin. Y la columna vertebral del orden comunitario es el orden jurídico. Como corolario: si existe la comunidad política, el ejercicio de la modernamente llamada función jurisdiccional —no menos que el del poder constituyente, el de la legislación ordinaria y el del gobierno— integra de manera necesaria el ámbito de gestión de sus propios asuntos que la comunidad ejerce a través de sus órganos de dirección. Poner en tela de juicio ese derecho significa comprometer la existencia de la sociedad autárquica y autárjica como tal.

Dicho lo anterior, parece oportuno asentar una breve consideración acerca de un fenómeno político-jurídico contemporáneo de la mayor envergadura, como es la conformación de tribunales penales internacionales, cuyo ejemplo más serio y acabado lo constituye la Corte Penal Internacional. Ella, como es sabido, no ha comenzado aún a funcionar, pero el Estatuto de Roma, aprobado en julio de 1998, por el que se rige, ha sido ratificado ya por numerosos Estados, entre los cuales la República Argentina. El Estatuto de Roma se inscribe dentro de un proceso de progresivo repudio por parte de la comunidad internacional de algunos crímenes particularmente lesivos de la dignidad humana, causados por la acción directa o indirecta del Estado. Tales delitos han sido agrupados en tres grandes tipos: el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra; y su persecución penal ha pasado a ser considerada como de interés de la comunidad internacional en su conjunto²². Ahora bien, el análisis del Estatuto ofrece algunas aristas cuestionables, si de propender a la justicia —integral y concretamente considerada— se trata. Sólo mencionaremos aquí algunas de las que se vinculan más ostensiblemente con la autarjía de la comunidad política.

Antes que nada, debe remarcarse que la naturaleza del instrumento jurídico que daría origen a la Corte es la de un tratado entre Estados independientes que a él adhieren. De allí que la jurisdicción del tribunal se extienda a los Estados partes o a aquéllos que la hayan aceptado explícitamente (artículo 12). Es decir, su creación no altera la estructura de la comunidad internacional, que ha sido, desde siempre, un pluriverso de unidades políticas.

Con todo, la adhesión al Estatuto implica también suscribir la imprescriptibilidad de los delitos mencionados (art. 29). Algunos de ellos, por cierto graves, se han producido no pocas veces en la historia como consecuencia de un enfrentamiento civil. Ahora bien, en la medida en que esa imprescriptibilidad vete la legítima (y muchas veces legalmente reconocida) facultad de amnistiar a los responsables de tales actos, cabe decir que la propia comunidad política se está vedando la posibilidad de arbitrar el que puede ser un recurso decisivo en la tarea de acallar los odios generados por una guerra civil; es decir, en la tarea de combatir al peor enemigo del bien común: la discordia. Porque, en la medida en que las disensiones no hubieran destruido a esa comunidad política como tal, es ella —a través de sus órganos— la verdaderamente interesada en restaurar el vínculo social, así como la más idónea para hallar los concretísimos medios; medios que pueden consistir en castigar inapelablemente, o en proclamar “ni vencedores ni vencidos”. Al respecto, no

²¹La afortunada expresión —referida a la constitución política— fue acuñada por Joseph de Maistre (cfr. *Estudio sobre la soberanía*, cap. IX). Carl Schmitt la retoma en *Verfassungslehre* (Berlín, 1993, p. 75).

²²Cfr. Juan Manuel Gramajo, *El Estatuto de la Corte Penal Internacional*, Bs. As., 2003, cap. I.

es ocioso señalar la diferencia entre el deber de no cometer ciertos actos y el deber de perseguir penalmente a sus responsables hasta el fin de los tiempos. El primer deber es absoluto, el segundo no; es pasible, en efecto, de ponderación prudencial, y su ejercicio no puede primar sobre la preservación del bien común.

Otra disposición del Estatuto refuerza la presunción de que el establecimiento de la Corte colisionaría con legítimos fueros de las comunidades políticas. El artículo 1° determina que la Corte “tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales”. Esto significa que ella no actuará “si el asunto [es] objeto de una investigación o enjuiciamiento por un Estado que tenga jurisdicción sobre él [...]” (art. 17). Sin embargo, su competencia no se ejercerá de modo consensuado con la autoridad de los Estados partes, sino que la Corte es árbitro para decidir cuándo el Estado *no puede o no quiere* llevar adelante la investigación o el enjuiciamiento. Así pues, resolverá si hay “disposición para enjuiciar” sobre la base de parámetros tales como “que haya habido una demora injustificada [...] incompatible con la decisión de hacer comparecer a la persona de que se trate”; o también “que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial, [o en forma de que] sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate”. Por otro lado, la Corte decidirá si hay “incapacidad para investigar o enjuiciar” juzgando, por ejemplo, si el Estado “no dispone de las pruebas y los testimonios necesarios o no está por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio”. Circunstancias tan abiertamente descriptas, pasibles de variadas interpretaciones y relativas a los particulares usos institucionales y sociales de cada comunidad del orbe —como lo son las citadas—, quedan, entonces, sujetas a la discrecionalidad decisoria de un organismo internacional. Ámbito éste, el de las organizaciones internacionales, donde las ONGI, de escasa o cuestionable representatividad, suelen tener un peso significativo.

No criticamos la loable intención de no dejar impune ningún crimen grave sobre la faz de la tierra, pero... ¿las pretensiones ideales de justicia absoluta no son propicias para provocar el *summum ius, summa iniuria* de la tradición clásica?