

Escenario actual y nuevos paradigmas en el Derecho, una visión iusfilosófica:

El eje central del presente artículo y que muy escuetamente me voy a proponer reflejar en el mismo, tiene su base y sustento en el abandono decimonónico de la esquizofrenia dogmática por el escenario actual y vigente de un derecho natural resplandeciente, donde una de las claves para entender este nuevo escenario es poner el acento en los principios jurídicos como más adelante se explicitará.-

Es decir, se advierte la aparición de una serie de características que ofrece hoy el Derecho y la cultura jurídica, que difieren sustancial y significativamente de aquella que imperó pacíficamente en Europa continental durante el siglo XIX y hasta mediados del XX, produciéndose desde la Revolución Francesa un nuevo y peculiar modo de comprender y operar en el Derecho que constituye un auténtico paradigma (Kuhn) que pone en crisis el corazón mismo de las enseñanzas decimonónicas que alcanza su punto de ebullición con el simbólico Nuremberg donde se juzgó por violar al “derecho” a aquellos que habían cumplido con la “ley válida”, quedando entonces realmente señalado y destacado un verdadero cambio en la cultura jurídica comprobable.-

Para comprenderlo entonces se requiere al menos de una semi apertura mental a ideas innovadoras que nos permitan despojarnos de rigorismos y ritualismos jurídicos adquiridos mediante conceptos universitarios que cedan frente al pragmatismo.-

De ese modo, se nos presenta el escenario actual del Derecho y sus tendencias respecto al principialismo, la crisis del sistema, la constitucionalización de las ramas del derecho, que la ciencia del derecho no se reduce sólo a lo jurídico sino que se necesita del aporte de la sociología, economía, psicología y otras, que el valor seguridad jurídico cede ante el valor Justicia, la complejidad de la actividad judicial en cuanto al control judicial de constitucionalidad, el traspaso del saber jurídico netamente teórico al saber jurídico práctico; en definitiva se trata de una visión del derecho como unidad sin compartimentos estancos, se trata de la aplicación de un derecho que es naturalmente Derecho implícito, (Rodolfo L. Vigo con meridiana claridad expone en su libro “De la Ley al Derecho”) ¹, se trata de un derecho como medio para el hombre y la vida en general.-

Otro argumento que refleja el escenario actual del Derecho, es el aforisma ilustrativo y muy indicativo *“dime que piensas del derecho y te diré que clase de Juez eres y/o puedes llegar a ser; siempre que actúes con coherencia”*, que nos hace pensar que la sujeción del Juez a la ley, ya no es como en el viejo paradigma, sujeción a la letra fría de la ley, sino sujeción a la ley en cuanto válida, coherente con la Constitución Nacional y los principios y espíritu que la inspiran, dando y reafirmando la certeza de un derecho naturalmente amplio.-

Derecho – Derecho Positivo – Derecho Natural:

El término *“derecho”* no es unívoco sino que es multívoco, policémico, es decir, tiene diversas acepciones, significaciones, como por ejemplo los términos *“dolo”* (no es lo mismo dolo penal, dolo civil), *“acción”* (no es igual acción procesal, que acción comercial o que acción penal). Derecho deriva del latín *“directum”*: directo, *“rectum”*: correcto, lo contrario a *“tortus”*: torcido. Podemos definirlo desde un punto de vista amplio, como *“un ordenamiento social justo”* ². Puesto que el ser humano y el hombre es en definitiva el titular natural de dicho ordenamiento, también podemos conceptualizarlo desde una óptica subjetiva como *“la facultad o prerrogativa por la cual una persona puede exigir de otra una determinada conducta”* como por ej: exigir el cumplimiento de una obligación, gozar de una cosa, poder formar actos jurídicos y ejercicio de derechos políticos, es decir, siguiendo a Hermogeniano *“por causa del hombre existe el derecho, y este es el poder concedido por el ordenamiento jurídico, que sirve para la satisfacción de intereses humanos”*. Mas allá de la clásica división en Derecho Público y Privado, con sus correspondientes ramas y para adentrarnos en el tema, en el amplio campo jurídico (derecho entendido como unidad, haciendo hincapié en el sustantivo y no en el adjetivo) se distinguen como posturas antagónicas, el iuspositivismo y el iusnaturalismo.

El Iuspositivismo llevado a su plenitud por el maestro vienés Hans Kelsen concibe al derecho como conjunto de normas dictadas por el soberano, aquello sancionado por el legislador sin importar si se adecua o no a la moral, si es o no justo. El **hombre** para esta corriente existe por que la ley le confiere su existencia; hace al hombre un mero reconocimiento jurídico, el derecho es lo puesto, lo escrito, la letra fría de la ley. Ya nos decía Montesquieu: *“El legislador por principio no se equivoca, prevé todos los casos. El jurista es la boca de la ley”* y reafirmando esta tesis Kelsen concluye *“si el derecho esta en la ley y la ley la dicta el legislador, el derecho es una soberanía estatal”*. En conclusión siguiendo esta línea de pensamiento y en este orden de ideas se admitiría la validez y obligatoriedad de una ley injusta.

¹ Rodolfo L. Vigo, “De la ley al Derecho”, Ed. Porrúa.-

² Borda, “Manual de Derecho Civil, Parte General, Ed. Abeledo Perrot.-

El **Derecho Natural** no admite leyes injustas, equipara la ley con lo justo, de allí que reconoce el derecho a desobedecer tales normas (leyes injustas). El Derecho surge de la naturaleza humana y es revelado al hombre por la razón. Reconoce al **hombre** como un “ser trascendental”, “creado a imagen y semejanza de Dios”, como el ser terreno que mayor participación tiene de la Naturaleza Divina, un ser de carne y hueso que piensa, sufre lucha por la vida, y “lucha por el derecho”. **En la tesis Iusnaturalista el derecho esta constituido también por lo puesto por la autoridad (derecho positivo) pero además esta constituido por un derecho dado que es indisponible, que si se viola se pone en una antijuridicidad.** El jurista, que es un hombre común debe conocer y operar todo lo puesto y lo no puesto, **los jueces (como dice el estatuto Iberoamericano) deben resolver con equidad y atemperar según circunstancias del caso, encontrando fundamento para sus sentencias en la justicia, equidad y en los principios generales del derecho.-**

Ejemplo de ello, son los principios puestos de manifiesto en la jurisprudencia in re “**Barros c/ Nación Argentina**”, y “**Guardianes del Muro**” donde se adhiere a una tesis no positivista – iusnaturalista refiriendo a la protección integral de instituciones como la familia, finalidad y espíritu de la ley, naturaleza de las cosas, examen y análisis de la ley vigente dejando de lado ritualismos y rigorismos y estando a favor de la pretensión, evitando formalismos paralizantes, aludiendo a un derecho “indisponible” y a un “imperativo de humanidad”.-

Que el Iusnaturalismo brinda al Juez o abogado una respuesta jurídica coherente frente a la necesidad y obligación de dilucidar un conflicto intersubjetivo de intereses y o colisión de normas aplicables a un caso, ya que “*el juez no puede juzgar sólo por normas, leyes, sino que para ser coherente debe juzgar con un saber jurídico científico filosófico y prudencial*”. Esto no es así en la escuela positivista que promueve un saber teórico, objetivo sacando de lado todo lo que tiene que ver con el “ser”, su “naturaleza”, y quedándose solo con el deber ser; haciendo así una injusta depuración de los valores que impregnan un saber jurídico práctico y que tiene una contaminación moral, ingrediente este indispensable para el derecho y que no puede ser dejado de lado. Con relación a la estructura del Derecho vemos también que **existe una preeminencia de la tesis Iusnaturalista por sobre el concepto sistémico fuerte piramidal cerrado** (que a criterio del suscripto es insuficiente y débil de respuesta jurídica) **verificándose así un traspaso a un sistema jurídico débil, poroso, light, donde es posible ordenar al derecho positivo vigente, conforme a criterios establecidos en base a principios.** Como dije arriba, estas directrices, premisas o máximas que se encuentran implícitamente en el derecho positivo y que se denominan *principios* son aquellos a los que acude el Juez en aras de una sana Jurisdicción y de la protección de bienes individuales y colectivos. Sobre este punto, existen argumentos a favor y en contra, polémicas entre normativistas y principalistas, basta con mencionar la disputa entre Kelsen y Esser, el rechazo empecinado del autor de “la teoría pura del derecho” negando el contenido de los principios dado que importaban la introducción en el derecho de la moral o los valores y con ello la imposibilidad de un saber jurídico riguroso y verdaderamente científico. La rivalidad entre Hart y Dworkin, éste rechazando que el derecho fuera un “system of rules” y postulando un “system of principles”, advirtiendo que éstos desbordaban a cualquier “regla de reconocimiento” en tanto no se los podía someter a ningún test de origen o pedigree. Finalmente y siguiendo a Aristóteles en su convencimiento de que si sabemos los “principios” sabremos más del derecho, en tanto que junto a las repuestas jurídicas derivadas de las normas contaremos con aquellas obtenidas desde los principios y sólo abriéndonos a éstos podremos reconocer **la juridicidad de fallos que excepciones por razones de equidad la aplicación de una ley**, como sucede en “**Vera Barros C.S.J.N. 14.12.93**” donde se declara la antijuridicidad de aquellas soluciones normativas que resultan absurdas axiológicamente, en consonancia con la Corte Suprema que destacara que “**las leyes son inconstitucionales cuando se apartan manifiestamente del texto de la Constitución o cuando consagran una inequidad o irrazonabilidad manifiesta**”.

Que a los fines de ilustrar lo antes expuesto me remito a la jurisprudencia emergente del caso “**Ekmedjian c/ Sofovich C.S.J.N. 7/7/92**”, donde el sistema jurídico implícito es débil, dado que en el caso existen dos bienes jurídicos protegidos – valores positivizados que están en pugna (libertad de prensa y su consecuente y emergente derecho de réplica y derecho a la intimidad, privacidad, honor y dignidad por lo cual la Corte Suprema de Justicia de la Nación, adhiriendo a un sistema jurídico poroso y débil, recurre a normas y principios con el objeto de asegurar un “**derecho natural primario elemental**”.

Esto también nos induce a pensar que las fuentes del derecho no son mínimas, estadísticas exhaustivas sino que “rebalsan” o se “desbordan” del ordenamiento jurídico por encontrarse en muy diversos lugares ya lo decía Aarnio “*son los argumentos jurídicos utilizados por los jueces para dictar sentencias válidas*” y que también a los fines y efectos de ejemplificar lo antes expuesto basta con remitirse al caso “**Bahamondez C.S.J.N. 6/4/93 Fallos: 316:479**” donde además de la nómina mínima de fuentes: **Constitución Nacional – Ley - costumbre**, encontramos los **principios generales del derecho, la jurisprudencia, tratados internacionales, pactos, decretos, resoluciones ministeriales, registrales, técnicas, etc.**

En consecuencia del análisis realizado y enfoques respecto al derecho como ciencia, se desprende “naturalmente” la existencia de un derecho en sustancia, despojado de adjetivaciones, con un marcado protagonismo del sustantivo derecho y no en el adjetivo que lo accede, confirmando el protagonismo de un derecho natural en esencia que nos lleva a concluir lo siguiente: **se debe aplicar un derecho que sea naturalmente Derecho implícito**, un *derecho intrínsecamente válido*, un derecho racional, *derecho filosófico descubierto por la razón humana y no puesto por una voluntad*, un derecho *supralegal no escrito*, derecho universal conforme a la naturaleza específica de todos los hombres que es la misma, derecho inmutable, inderogable e indispensable que parafraseando a **Cicerón**: *“la recta razón es la verdadera ley conforme a naturaleza, difundida en todo, constante, eterna, que llama al hombre al deber con sus mandatos y lo aleja de la injusticia con sus prohibiciones. No puede ser anulada por otras leyes, ni es lícito derogar ninguna parte de ella, ni tampoco abrogarla por completo, ni el senado ni el pueblo pueden librarnos de su imperio... no habrá una en Atenas y otra en Roma, ni una hoy y otra en el futuro, si no que una misma ley eterna e inmutable, rige a todos los pueblos de todos los tiempos”*³.-

Conclusión:

En síntesis y para concluir, el nuevo escenario del Derecho se verifica y se pone de manifiesto en: a) el traspaso del paradigma normativista al principialista, b) del sistematismo a la crisis del sistema, c) del legalismo a la vigencia del constitucionalismo, d) del cientificismo a los otros saberes jurídicos, e) de la vieja nómina exhaustiva de las fuentes del derecho a su “desbordamiento”, f) de la seguridad jurídica a la reinante Justicia, g) de la irrelevancia y facilidad de la actividad judicial a su complejidad y trascendencia, h) de la soberanía nacional al derecho globalizado supranacional, i) del saber jurídico como saber teórico al saber jurídico práctico, j) de la enciclopedia a la unidad del derecho, haciendo hincapié en el sustantivo derecho y no en el adjetivo que lo accede y j) del derecho como fin al derecho como medio para el hombre y la vida en general.-

Dr. José Agustín Ruta

³ Cicerón, “De la República”, 1. III en Lactancio, Inst. Div. 6,8,7.-