

# La vigencia del derecho natural en el derecho positivo de todas las comunidades



Tale, Camilo

**Camilo Tale** camilotale@gmail.com  
Investigador Independiente, Argentina

**Prudentia Iuris**  
Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires, Argentina  
ISSN: 0326-2774  
ISSN-e: 2524-9525  
Periodicidad: Semestral  
núm. 97, 2024  
prudentia\_iuris@uca.edu.ar

Recepción: 07 Febrero 2024  
Aprobación: 16 Febrero 2024

URL: <http://portal.amelica.org/amei/journal/797/7974948009/>

DOI: <https://doi.org/10.46553/prudentia.97.2024.9>

**Resumen:** El artículo se dedica a mostrar que, aunque en las diversas comunidades políticas el ordenamiento legal y las decisiones judiciales contravienen las exigencias del derecho natural en diversos puntos, o no las reconocen, el derecho natural rige en parte importante de la legislación y jurisprudencia de todas las sociedades. El desarrollo del escrito expone cinco modos de vigencia del derecho natural: en la creación de los preceptos legales, en la interpretación de los textos legales, en la integración del sistema legal, en la invalidación de la ley injusta que realizan los aplicadores del derecho, y en la aplicación de penas por las conductas que, aunque autorizadas por el ordenamiento legal del lugar y de la época, constituyen graves transgresiones del derecho natural. Se hace notar también que generalmente la locución “derecho natural” no se usa en el léxico jurídico, pero se recurre a sus principios y normas particulares.

**Palabras clave:** Derecho Natural, Principios del derecho, Derechos humanos, Razonabilidad.

## LA VIGENCIA DEL DERECHO NATURAL EN EL DERECHO POSITIVO

### DE TODAS LAS COMUNIDADES

(Cinco modos de vigencia)

Camilo Tale[1]

Investigador independiente

Contacto: camilotale@gmail.com

Recibido: 7 de febrero de 2024

Aprobado: 16 de febrero de 2024

Para citar este artículo:

Tale, Camilo. “La vigencia del derecho natural en el derecho positivo de todas las comunidades”. *Prudentia Iuris*, 97 (2024):

DOI: <https://doi.org/10.46553/prudentia.97.2024.9>

**Resumen:** El artículo se dedica a mostrar que, aunque en las diversas comunidades políticas el ordenamiento legal y las decisiones judiciales contravienen las exigencias del derecho natural en diversos puntos, o no las reconocen, el derecho natural rige en parte importante de la legislación y jurisprudencia de todas las sociedades. El desarrollo del escrito expone cinco modos de vigencia del derecho natural: en la creación de los preceptos legales, en la interpretación de los textos legales, en la integración del sistema legal,

en la invalidación de la ley injusta que realizan los aplicadores del derecho, y en la aplicación de penas por las conductas que, aunque autorizadas por el ordenamiento legal del lugar y de la época, constituyen graves transgresiones del derecho natural. Se hace notar también que generalmente la locución “derecho natural” no se usa en el léxico jurídico, pero se recurre a sus principios y normas particulares.

**Palabras clave:** Derecho Natural; Principios del derecho; Derechos humanos; Razonabilidad

#### **The validity of natural law in the positive law of all communities**

**Abstract:** The article shows that, although in the various political communities the legal system and judicial decisions oppose the imperatives of natural law at various points, or do not recognize them, natural law prevails in an important part of the legislation and in judicial decisions in all societies. The development of the paper exposes five modes of presence of natural law: in the creation of legal precepts, in the interpretation of legal texts, in the integration of the legal system, in the invalidation of the unjust law carried out by the applicators of the law, and in the application of penalties for conduct that, although authorized by the legal system of the particular place and time, entails serious transgressions of natural law. Each of these modes of presence of the imperatives of natural justice is illustrated with examples of application of Argentine law. It is also noted that generally the term “natural law” is not used in the legal lexicon, but resort is made to its particular principles and norms, which are called by substitute terms, for example, “human rights”, “legal principles”, “reasonableness”.

**Keywords:** Natural Law; Principles of law; Human rights; Reasonableness

#### **La validità del diritto naturale nel diritto positivo di tutte le comunità**

**Sommario:** L'articolo evidenzia il fatto che, sebbene nelle diverse comunità politiche l'ordinamento legale e le decisioni giudiziarie si oppongano alle esigenze del diritto naturale o non le riconoscano in vari punti, il diritto naturale prevale in gran parte della legislazione e della giurisprudenza di tutte le società. Lo scritto espone e spiega cinque modalità di presenza imperativa del diritto naturale: nella creazione dei precetti giuridici, nell'interpretazione dei testi giuridici, nell'integrazione del sistema legale, nell'invalidazione della legge ingiusta operata dagli applicatori del diritto e nell'applicazione di sanzioni per condotte che, pur autorizzate dall'ordinamento giuridico del luogo e del tempo, costituiscono gravi trasgressioni del diritto naturale. Ognuna di queste modalità di presenza delle esigenze della giustizia naturale è illustrata con esempi di applicazione del diritto argentino. Si nota inoltre che generalmente nel lessico giuridico non viene utilizzato il termine “diritto naturale”, ma vengono frequentemente invocati i suoi principi e norme particolari, che vengono chiamati con termini sostitutivi, ad esempio “diritti dell'uomo”, “principi giuridici”, “ragionevolezza”.

**Parole chiave:** Legge naturale; Principi di diritto; Diritti umani; Ragionevolezza

## **Introducción**

El concebir el derecho natural como un ordenamiento *meramente “ideal”*, en el sentido de un derecho deseable para todos los pueblos, y que sirve de modelo para

la legislación, pero que no tiene mucha mayor realidad actual que esa[2], es una representación que no concuerda con los hechos.

Por el contrario, el derecho natural es, en cierta medida, un derecho vigente en la realidad legislativa y judicial de todos los países de la Tierra. Muchos de sus principios y normas particulares (aunque no todos) constituyen un derecho reconocido en las instituciones de los Estados; otros de sus principios y normas, aunque no estén incorporados en la legislación, tienen una presencia decisiva en la aplicación del derecho. Si por derecho vigente se entienden las reglas que realmente hacen regir los tribunales, los funcionarios públicos, y los demás aplicadores del derecho, en verdad el derecho natural es derecho vigente (aunque no lo sea respecto de la totalidad de sus imperativos).

El derecho natural rige de cinco maneras, que exponemos seguidamente.

## I. Vigencia por medio de la legislación positiva

### 1. Incorporación en las leyes civiles

Una cantidad importante de las normas del ordenamiento legal instituido en un Estado nacional o en una comunidad local son reglas que expresan los comportamientos *exigidos por la razón como necesarios en todo tiempo y lugar para que reine la justicia en las relaciones humanas*, o sea, que son al mismo tiempo preceptos de derecho natural. Mencionaremos algunos ejemplos: la norma que manda a los padres proveer alimento, educación y asistencia en sus enfermedades, peligros y necesidades a los hijos menores de edad, la que instituye la tutela para los menores huérfanos, las que prohíben el homicidio y las agresiones al prójimo en su integridad física, su salud, su honor, etc., la que exige cumplir con lo dispuesto en el contrato que no tenga un objeto prohibido ni vicio alguno, la que manda que el vendedor manifieste al comprador los vicios ocultos de la cosa que vende, la que permite anular o conseguir el ajuste de un contrato a la parte que ha sido perjudicada por la otra que se ha aprovechado del estado de necesidad o de inferioridad de la primera, la que ordena reparar el daño intencionalmente causado a otro... En estos preceptos, y en muchísimos otros, se trata de derecho natural "positivizado".

Además, la legislación contiene muchas reglas que, sin ser la reproducción exacta de un imperativo captado con evidencia por la razón natural, consisten en una aplicación particular de una norma de esa clase. Cuando hay que formular una regla legal, con frecuencia sucede que el legislador no puede extraer del derecho natural un modo único de regular las acciones con justicia, una única solución acorde con las exigencias de la razón, y entonces debe decidirse por una de las varias maneras posibles de regular la conducta, dentro de ciertos límites marcados por la razonabilidad. Así, por ejemplo, el precepto legal que manda que quien es convicto de haber cometido robo sea castigado con un mes a seis años de prisión (art. 164 del Código Penal argentino) es una aplicación particular de la regla de justicia natural que exige que quienes se apropien injustificadamente de lo ajeno sean punidos. Que el máximo del castigo que se aplique para esa especie de delito, para que sea justo, deba ser de cinco, seis, siete u ocho años de prisión, no es algo que pueda ser puntualmente determinado como conclusión de un razonamiento. Claro está que no sería justo que la ley estableciese que el autor de un robo padeciese veinticinco años de prisión, y tampoco sería justo

que dispusiera un máximo de cuatro meses de presidio por grave que fuese el despojo que sufrió la víctima. La regla de la ley positiva que establece una cantidad determinada de pena dentro de los márgenes razonables es un ejemplo de lo que se denomina “derecho positivo que es *determinación* del derecho natural”. Así, también, las normas que fijan la edad mínima para la capacidad de celebrar contratos y otros actos jurídicos válidos son derecho positivo “por *determinación*”; la exigencia del derecho natural es que mientras el ser humano carezca de la discreción y madurez suficientes para dirigir su persona y administrar sus bienes, sea representado por sus padres o por otros, pero el derecho natural no señala una edad puntualmente determinada como límite entre la minoridad y la mayoría, y así el legislador argentino dispuso originariamente que fuese la edad de veintidós años; y en 1968 que fuese la edad de veintiún años como regla general y de dieciocho años en ciertos casos muy limitados; y en 2009 modificó la norma, estableciendo la mayoría de edad a los dieciocho años. De acuerdo con el derecho natural, los miembros de la comunidad política deben contribuir al sostenimiento de los tribunales, ejército, policía, caminos y otras obras y servicios públicos, etc.; pero la cantidad concreta que cada uno debe aportar como impuesto para cumplir con este imperativo debe ser determinada por el derecho positivo, cuyas reglas fijan las diversas clases de tributos, los supuestos en que deben pagarse (“hechos imponibles”), la cantidad, el plazo, los casos de exención, etc.

Se distingue el derecho positivo que se elabora *por deducción* a partir de un principio de derecho natural (así, por ej., a partir del principio que manda no dañar injustamente a otro se instituyen, por deducción, los diversos preceptos que mandan evitar perjuicios a la vida, la integridad, salud, el honor, etc., del prójimo) y el derecho positivo que se crea *mediante determinación*, como sucede en los ejemplos mencionados en el párrafo anterior<sup>[3]</sup>.

Conforme al juicio de la recta razón, para disminuir choques entre automotores y para una circulación conveniente de ellos (fluidez del tránsito), es necesario que los vehículos transiten siempre por uno de los lados de las calles y caminos; pero el que se haga por el lado izquierdo o por el lado derecho no es algo que pueda concluirse mediante una demostración, sino que el autor del reglamento de tránsito debe determinar, de modo arbitrario, la norma de que los automotores avancen por la mano derecha o que lo hagan por la mano izquierda. Este es otro ejemplo de derecho positivo creado por *determinación*[4].

Según puede verse en lo expuesto, el ordenamiento legal de cualquier comunidad humana contiene –explícita o implícitamente– muchas normas de derecho natural.

Claro está que también se incluyen en dicho ordenamiento reglas de derecho *puramente positivo*, o sea, preceptos que no se derivan de exigencias de justicia universales y necesarias. Son ejemplos de esto: la ley de un país que establece el pago de una pensión mensual a las madres que tengan más de tres hijos; la resolución del Ministerio de Cultura que crea un premio determinado para la mejor obra que se presente acerca de determinado tema hasta el quince de junio; el precepto de la ley que concede derecho de recompensa al hallador de cosa ajena (art. 2533 CC y art. 1956 CCyC)<sup>[5]</sup>.

Armonizan con lo dicho las definiciones de derecho natural y de derecho “puramente legal” o “convencional” que presentara Aristóteles al enseñar la distinción entre ambos en la *Ética a Nicómaco*. Allí se dice que *son dos partes que se hallan reunidas en un mismo ordenamiento*: “En cuanto a lo justo de la comunidad, en parte es natural y en parte es legal: es natural aquello que en todos los lugares tiene la misma validez, y no depende de las resoluciones que los hombres puedan adoptar en un sentido o en otro; lo puramente legal es aquello que es originariamente indiferente que sea de un modo o de otro, pero después que es establecido, ya deja de ser indiferente”<sup>[6]</sup>.

El sabio macedonio describió en el texto citado una realidad que era así en su época y ha sido así en todo tiempo y lugar: que dentro del derecho vigente en una comunidad hay una parte que tiene necesidad (en el sentido filosófico del término, o sea, que tiene que ser así y no puede ser de otra manera –en este caso, para que se cumpla la justicia–) y universalidad.

No se trata tan solo de que el derecho positivo “aspire” o “tienda” a la justicia. Rudolf Stammler concebía lo justo como una estrella polar que guía a la humanidad; según el pensador germano, el derecho positivo se va acercando cada vez más a esta idea de la justicia (de conformidad con la concepción evolucionista del autor), sin poder alcanzarla nunca<sup>[7]</sup>. Esta tesis es errónea porque la justicia no es extrínseca al derecho, sino que una parte importante de ella está incorporada al conjunto del derecho positivo. Aunque ningún derecho positivo ha alcanzado a receptor la totalidad de las reglas de justicia, sí ha incluido una parte importante de ellas. Todo sistema legal contiene una cantidad considerable de normas que se conforman a exigencias de justicia de validez universal, o sea, exigencias de derecho natural, de las cuales hemos mencionado algunos ejemplos *supra*. Gran parte de lo justo natural está incorporado en la legislación de las comunidades actuales.

## 2. Derecho natural que no está reconocido en el derecho positivo de una comunidad

Lo expuesto en el apartado anterior no significa que el derecho natural solamente exista como algo incorporado en el derecho positivo. Al contrario: si bien hay muchos imperativos del derecho natural presentes en la legislación (como hemos dicho e ilustrado con ejemplos) y en la costumbre jurídica, hay también otros que no están receptados en ellas.

Las normas del derecho natural existen, y son derecho, antes de que sean receptadas en el derecho positivo, y mantienen su calidad jurídica, aunque no sean incorporadas en este.

Una buena parte de las exigencias del derecho natural, como señalamos, se hallan en el ordenamiento legal de cada país, pero no se ha incorporado allí la totalidad del derecho natural. En el régimen jurídico positivo de cada Estado nacional, provincia, ciudad o comuna, faltan diversas exigencias de derecho natural, a veces omitidas, y a veces contrariadas por las reglas jurídicas positivas. Paulatinamente, se van reconociendo e instituyendo normas del derecho natural en las leyes y sentencias judiciales de todos los países. Así, por ejemplo, durante mucho tiempo las legislaciones civiles admitieron la esclavitud, que el derecho natural reprueba. Vigente en los tiempos antiguos –y también muy practicada durante la Edad Moderna, y en algunos países hasta muy avanzada la segunda

mitad del siglo XIX–, fue una institución del derecho positivo contraria a las exigencias del derecho natural; ya señalaba el jurisconsulto romano Florentino, en un fragmento recogido en el *Digesto*, que “la esclavitud es una institución del derecho de gentes por la cual alguien está sujeto, contra el derecho natural, al dominio ajeno”<sup>[8]</sup> y en la *Instituta* (texto de introducción al derecho usado en aquel tiempo por los estudiantes) se enseñaba que “las esclavitudes son contrarias al derecho natural, pues por derecho natural en un principio todos los hombres nacían libres”<sup>[9]</sup>.

Asimismo, suele suceder que ciertas reglas del derecho natural, que se hallan receptadas en el ordenamiento jurídico de un Estado, en un momento determinado se eliminan de allí, y se sustituyen por normas contrarias. Ejemplo palmario de esto son las reglas legales vigentes en Holanda desde 1993, que autorizan el homicidio de personas con enfermedades incurables y muy dolorosas, a pedido de ellas, y las leyes sancionadas en Holanda y Bélgica en 2002, que permiten el homicidio, no solo de personas con enfermedades incurables, sino también de aquellas que padezcan graves dolores físicos o padecimientos psíquicos constantes, aunque se trate de enfermedades curables. Y en nuestro tiempo, en los ordenamientos legales de casi todos los países europeos se ha ido desalojando, desde 1967 en Gran Bretaña y luego en los demás países de ese continente, la regla de derecho natural que prohíbe atentar directamente contra la vida del prójimo inocente antes de su nacimiento; y lo mismo ha sucedido en los Estados Unidos desde 1973.

En otros casos, aunque el ordenamiento legal haya incorporado el imperativo de derecho natural, el encargado de aplicarlo omite hacerlo. Un ejemplo de esto en nuestro país es la norma que manda que el salario mínimo de todo trabajador sea suficiente para la satisfacción de las necesidades de una vida digna, que es una exigencia de derecho natural, reconocida en la Constitución Nacional (“Las leyes asegurarán al trabajador [...] retribución justa; salario mínimo vital móvil”, art. 14 bis, incorporado en la reforma constitucional de 1957, antecedido por el art. 37.I.2 de la Constitución de 1949[10]). Sin embargo, las resoluciones del órgano legalmente encargado de determinar el importe del salario mínimo, el Consejo Nacional del Empleo, la Productividad y el Salario Mínimo, Vital y Móvil, siempre ha fijado una cantidad muy inferior a la necesaria para la subsistencia y vida digna del trabajador.

En síntesis, en las legislaciones de los pueblos ocurren ausencias de reglas del derecho natural, y también se contienen algunas normas contrarias a ellas. Esto resulta a veces del error, ignorancia o falta de convicción suficiente de los legisladores u otras autoridades públicas acerca de las exigencias universales de la razón en determinada materia, y otras veces de su deliberada intención de favorecer acciones contrarias a la justicia (movida por pasiones o por intereses inícuos), o también puede provenir de una actitud de cobardía ante presiones de grupos económicos, o periodísticos, etc., o de desinterés por el bien del prójimo...

Según lo expuesto, si queremos representar gráficamente la relación de contenidos entre ambos ordenamientos –el derecho natural y el derecho positivo de una comunidad–, tenemos que trazar dos círculos en intersección; la zona de superposición representa precisamente el conjunto –bastante numeroso– de reglas que son al mismo tiempo derecho natural y derecho positivo; las dos

medialunas restantes de los círculos representan la una el derecho natural que no ha sido receptado en dicho derecho positivo, y la otra, el derecho puramente positivo de esa asociación política.

Hay que acotar, además, que no es conveniente que el derecho positivo de una sociedad política reproduzca todas las exigencias del derecho natural. Hay comportamientos contrarios a la razón natural que sin embargo el gobernante debe abstenerse de perseguir con sanciones, porque de ello resultaría un mal mayor para la comunidad, lo cual se opone al deber primordial del gobernante, que es precisamente conservar el bien común de la comunidad política y promoverlo, o sea, aumentarlo. Para ilustrar esto consideremos la lesión en los contratos, o sea, la desigualdad lograda por uno de los contratantes en el acuerdo, mediante el aprovechamiento de un estado de inferioridad del otro, por ejemplo, su estado de necesidad que lo llevó a consentir la venta de una cosa a precio vil; un contrato de esta índole es violatorio de una norma de derecho natural: la que establece que en los contratos de intercambio, debe haber equivalencia en el valor de las contraprestaciones, salvo real voluntad de una de las partes de beneficiar a la otra (“principio de la justicia conmutativa” o “principio de equivalencia”). El derecho positivo de casi todos los países ha incluido esta regla, de modo que establece la facultad del perjudicado de demandar la anulación o el ajuste entre las contraprestaciones en los contratos lesivos; sin embargo, en la regulación respectiva, el legislador suele exigir que la desigualdad de valor entre las contraprestaciones tenga cierta importancia, como requisito para que se pueda reclamar en juicio la nulidad del contrato o el ajuste; así lo hacen el artículo 954 del Código Civil argentino derogado y el artículo 332 del Código Civil y Comercial vigente. Por consiguiente, para las lesiones que a juicio del juez no sean suficientemente graves, no se admite la revisión judicial. Se trata de una aplicación de la doctrina de la tolerancia del mal menor: el legislador ha preferido tolerar una cantidad de injusticias (desigualdades entre las contraprestaciones que no sean muy graves), para evitar un mal mayor, que sería un aluvión de pleitos, algunos movidos por reales lesiones en el acuerdo contractual, pero otros suscitados por contratantes arrepentidos que no habrían padecido lesión, pero que echarían mano de este recurso. Nunca el legislador ha de autorizar, aprobar o declarar lícitas las acciones que violen el derecho natural; pero a veces deberá tolerar determinada clase de transgresiones contra el orden jurídico natural, o sea, dejarlas sin consecuencias legales, para evitar injusticias mayores o perjuicios al bien común político, como se ha dicho<sup>[11]</sup>.

Otro ejemplo es la regla del originario artículo 166 del Código Civil argentino que denegaba toda indemnización por daños derivados de la ruptura del compromiso matrimonial, aunque fuese hecha de modo intempestivo y precedido de actitud maliciosa. Dicha norma se opone al imperativo de justicia que manda que quien cause un daño a otro mediante su comportamiento culpable debe indemnizar al damnificado; pero ella puede justificarse para evitar las extorsiones a que podría dar lugar la admisión del resarcimiento en ese caso, y para que no se limite mediante la amenaza de una demanda indemnizatoria de un novio contra otro la plena libertad para el consentimiento matrimonial, que es exigida por el derecho natural para la celebración de este contrato de tan importantes consecuencias; este fue el designio del legislador.

Otro ejemplo: conforme al derecho natural los padres tienen la grave obligación de cuidar a sus hijos menores; sin embargo, en muchos lugares el derecho positivo deja sin sanción graves infracciones contra dicho deber jurídico, pues tolera que los progenitores abandonen a sus hijos recién nacidos o pequeños en hospicios, “casas cunas”, etc.; de tal manera, el legislador prefiere que la conducta de tales progenitores quede sin castigo, con la finalidad de evitar un resultado más injusto, el cual sería el asesinato de tales niños por sus propios padres, o la muerte de ellos por inanición, o que padezcan un grave daño a su salud si son abandonados clandestinamente.

Por lo expuesto, no puede compartirse la siguiente afirmación de Jorge Llambías (en la segunda parte del enunciado): “El perfeccionamiento del derecho positivo es una progresiva invasión de normas de derecho natural; el desiderátum sería que *todo* el derecho natural estuviese transvasado en normas de derecho positivo”<sup>[12]</sup>. Al contrario, pensamos con el belga Jean Dabin que “el orden jurídico positivo perfecto no es de ninguna manera aquel que intentara en todas las cosas realizar la justicia perfecta”<sup>[13]</sup>. Y que “precisamente la autoridad violaría el derecho natural político, y, por consiguiente, la regla moral que se le impone en su actividad política, si a la norma del bien común pretendiese sustituir, en la elaboración de las reglas de derecho, la norma de la moralidad, pues el derecho no es el duplicado sancionado (*doublure sanctionnée*) de la moral”<sup>[14]</sup>. Al respecto, enseñaba Tomás de Aquino que “en el gobierno humano, los que gobiernan rectamente toleran cosas malas para que no se impidan ciertas cosas buenas, y para que no ocurran algunas cosas peores”<sup>[15]</sup>.

## II. Vigencia en la integración del sistema legal

El derecho natural también rige *en la integración de los vacíos o lagunas de la legislación*, puesto que a menudo estas se colman con las reglas de justicia natural que ya conoce el aplicador, o con las reglas de justicia que excogita por primera vez con su razón natural, mediante estudio y reflexión, para resolver el caso con justicia<sup>[16]</sup>.

En las situaciones de lagunas en el ordenamiento legal, que no son raras, sino más o menos corrientes en la vida jurídica, intérpretes y aplicadores deben necesariamente incorporar elementos axiológicos provenientes de fuera del sistema legal, puesto que para tales casos no existe en dicho sistema, ni puede obtenerse de él de modo inequívoco, la regla aplicable. Las lagunas se colman mediante recursos diversos, como son la aplicación analógica de reglas instituidas en la ley para otros supuestos, o la aplicación de un principio jurídico (“principio general del derecho”). Pero en lo que respecta al primer recurso de integración, ¿cuál regla hemos de aplicar por analogía al supuesto X? ¿Esta regla legal, prevista para el supuesto Y?, ¿esta otra, prevista para el supuesto Z?, ¿o aquella, que dispone la ley para el supuesto W?; en un supuesto de contrato de *leasing* que no está previsto en la regulación legal de dicho contrato, ¿se debe aplicar por analogía la regla legal para esa situación, presente en la regulación del contrato de compraventa?, ¿o la que se ha instituido para el contrato de locación de cosa? ¿Debemos hacer aplicación analógica al caso Z de lo previsto para S, o más bien,

en lugar de hacer una aplicación analógica, debemos resolver *a contrario sensu*, argumentando que lo que no es S, no debe recibir la solución prevista para S, aunque S tenga semejanzas con Z, reputando que el legislador quiso (o la ley quiere) que los que no son S no tengan la solución que se dio para S, aunque sean semejantes a S en cierto aspecto? Para decidir, aunque utilicemos recursos del sistema legal, *necesitamos introducir criterios externos de selección o preferencia* (preferencia entre la aplicación analógica de esta regla o la aplicación de aquella; preferencia entre la aplicación analógica o el argumento *a contrario*), criterios que al fin y al cabo son los que determinan la norma a aplicar a la situación, norma que el sistema legal de suyo no nos da, ni directa, ni indirectamente (valga esta explicación contra la falsa idea según la cual, mediante la aplicación analógica, el solo sistema de derecho positivo provee indirectamente la norma aplicable en todo caso de laguna).

Lo mismo sucede cuando nos valemos de principios generales del derecho. Se suele pensar: un “principio general del derecho” se induce del ordenamiento legal a partir de una o más normas particulares que son aplicación o concreción de tal principio; por lo tanto, la solución es producida por el solo ordenamiento jurídico positivo. Es verdad que la obtención por inducción del principio pertinente casi siempre es posible, pues a esta altura del desarrollo legislativo es raro el caso en que se necesite acudir a un principio general que no tenga alguna aplicación particular en algún sector del ordenamiento. Pero en todo caso, lo que tiene presencia en el sistema legal –ese modo de presencia implícita– es el principio, pero no está en el sistema la norma particular que se requiere para resolver el caso; y esta norma debe ser dada por el aplicador. Además, hay que considerar que a veces dos diversos principios generales del derecho se presentan *prima facie* como aplicables para resolver una cuestión. En tal caso, ¿a cuál principio recurrir para colmar el vacío legal, si dos principios generales del derecho positivo argentino, que son *prima facie* aplicables en el supuesto que hay que resolver, llevan cada uno a soluciones diversas, e incluso contrarias entre sí? Parece que en tal caso lo sensato es que el aplicador opte por el principio que lleve al resultado más justo, conforme lo conciba su razón, y allí está el derecho natural.

### III. Vigencia en la interpretación de los enunciados de la ley

Cuando se trata de interpretar textos legislativos, o sea, determinar su sentido y alcance, si el intérprete realiza su labor concienzudamente, escoge, de entre los dos o más sentidos posibles que consiente el texto, aquel que sea (o que le parezca) más justo, equitativo, razonable. Lo más común es que la interpretación se haga con criterios de justicia o razonabilidad y de este modo hace regir normas jurídicas no positivas, o sea, normas de derecho natural. Por tanto, el intérprete introduce criterios de razonabilidad, que son pautas axiológicas, para decidirse por uno de los dos o más sentidos posibles de un enunciado legal. Un ejemplo muy claro del papel del derecho natural en la interpretación de las reglas legales, y que pertenece a la materia de la responsabilidad civil, es el que mencionaba Carlos Cossio, sobre la interpretación del artículo 1113 del Código Civil derogado (vigente hasta agosto de 2015), en cuanto se refiere a la responsabilidad del principal por los hechos del dependiente (y que nos recuerda Héctor H. Hernández en un artículo intitulado *Acción y norma jurídica*, y que tiene el subtítulo *Qué “normas”*

*aplican los jueces*): “La ley expresa circunstancias, pero los jueces, llevados por criterios valorativos, agregan otras, v. gr. la ley dice que el principal es responsable por el hecho ilícito cometido por su dependiente, y no dice nada más. Pero los jueces agregan de su interior este requisito: ‘que obre en ejercicio de sus funciones’. Este criterio no está en la ley, ni surge de nuestro Código por mucho que se lo exprima”, señalaba el iusfilósofo nicoleño[17]. Esto tiene que ver con la razonabilidad. Es razonable atribuirle al empleador el deber de resarcir los perjuicios que causa el obrero o empleado mientras cumple las funciones pertinentes para utilidad del empleador, pero no es razonable atribuirle ese deber indemnizatorio por cualquier acto del dependiente, realizado en cualquier ocasión. Y ese es precisamente el concepto de derecho natural: normas jurídicas que no han sido puestas por una voluntad, pero que son cognoscibles (ya sea inmediatamente, ya sea después de un proceso discursivo) por la razón humana.

Karl Bergbohm, el más acérrimo adversario de la doctrina del derecho natural en el siglo XIX, luego de una investigación sobre trabajos de unos 250 juristas, llegó a la conclusión de que todos ellos, en la interpretación, aplicaban principios de derecho natural[18].

#### **IV. Vigencia del derecho natural en la invalidación de reglas de derecho positivo**

##### *1. La jurisprudencia correctora de la ley. Ejemplos*

Hay un cuarto modo de vigencia del derecho natural, en el comportamiento de los tribunales, de los funcionarios públicos y de los demás aplicadores del derecho cuando, ante un precepto legal injusto, lo dejan de lado. Lo que a menudo sucede en estos casos es que, en lugar de la norma que no se aplica, en realidad se hace regir una norma que logra la justicia, que posee validez universal, y que, por ende, es una norma del derecho natural. Aunque no siempre los tribunales actúan de esta manera ante un precepto legal inicuo, con frecuencia lo hacen. En la historia del derecho patrio (y en la de cualquier otro Estado) pueden hallarse muchísimos ejemplos de esto. Mencionaremos algunos.

El artículo 43 del Código Civil, en su redacción originaria (o sea, antes de la reforma de 1968), decía que “no se puede ejercer contra las personas jurídicas, acciones criminales o civiles de indemnización de daños, aunque sus miembros en común, o sus administradores individualmente, hubiesen cometido delitos que redunden en beneficio de ellas”. Los tribunales resistieron la aplicación de esta regla tan injusta, y con diversas construcciones argumentales, ordenaron a la persona jurídica demandada la reparación civil que la ley le impedía obtener a la víctima. Un jurista publicó un libro de 500 páginas con argumentaciones con el fin de concluir que la ley argentina imponía la responsabilidad civil de las personas jurídicas[19], lo cual obviamente no era una interpretación correcta, ante la categórica regla del artículo 43 y la inexistencia de alguna norma legal que estableciera de modo específico el deber de indemnizar de tales entes.

Otro ejemplo: Vélez Sarsfield, redactor de ese Código, para no limitar la libertad de los contratantes había rehusado incorporar reglas que permitieran la corrección judicial de los contratos lesivos (aquellos en que una de las partes, aprovechándose de la situación de necesidad o de inferioridad de la otra parte, obtuviese en el cambio una prestación de mayor valor que ella da);

pero la jurisprudencia, aplicando un principio de justicia natural, el principio de equivalencia que rige en los contratos de intercambio, anuló o reajustó los contratos lesivos, desde mucho antes de que esto fuese legalmente permitido por la reforma de 1968 en el nuevo artículo 954 del Código Civil.

Según los artículos 1066 y 1074 de dicho Código, en el tenor que conservaron hasta que fue derogado en 2015, no basta que uno haya causado un daño con culpa, por grave que sea el perjuicio, para que tenga el deber de indemnizar, sino que se requiere que la acción de la que ha resultado el daño haya sido un hecho contrario a una prohibición específica de la ley o la omisión de un acto específicamente mandado por la ley. Pero los jueces a menudo condenaron a resarcir el perjuicio a quien lo causó con su culpa, aunque no hubiese infringido ninguna regla legal en su acción dañosa.

## 2. Medios que suelen usar los tribunales para no aplicar normas legales injustas

Hay diversos recursos técnicos que usan los jueces para dejar de lado las reglas inicuas de la ley. Uno de ellos es el *control de constitucionalidad*. Así, por ejemplo, en el caso de la ley que regula las indemnizaciones de daños derivados de accidentes y enfermedades sufridos por el trabajador en relación de dependencia (Ley de Riesgos del Trabajo N° 24.557, con posteriores modificaciones y reglamentaciones), los jueces declararon la inconstitucionalidad de varias de sus normas, que en su redacción originaria perjudicaban injustamente al trabajador. Un ejemplo era la regla que establecía, dentro del artículo 39, que los empleadores que contrataran un seguro con una empresa aseguradora de riesgos del trabajo se eximían de toda responsabilidad civil frente a sus trabajadores por daños resultantes de accidentes de trabajo o enfermedades contraídas por causa del trabajo, y a los derechohabientes de estos –los familiares en caso de muerte del trabajador–, excepto que el empleador hubiese causado intencionalmente el daño al trabajador. Los tribunales dijeron que dicha norma del artículo 39 era inconstitucional porque se oponía a los “derechos sociales” reconocidos por la Constitución Nacional (especialmente en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, incorporado a la Constitución Nacional en la reforma de 1994). Y también dijeron que dicha ley transgredía el “principio ‘constitucional’ de igualdad”[20], que según la doctrina y la jurisprudencia está reconocido en el artículo 16 de la Constitución Nacional, ya que la referida norma establecía discriminaciones muy arbitrarias, pues si, por ejemplo, desde un alto balcón cae una maceta sobre un transeúnte y le ocasiona graves lesiones, este tiene derecho al pleno resarcimiento de los daños que resulten; en cambio, si desde una altura semejante cae una maceta sobre un operario de una fábrica de macetas, aun en el caso de que ello resulte de culpa –inclusive grave– del empresario, la indemnización es mucho menor y pagadera en mensualidades, de acuerdo con el texto primitivo de la ley. Las normas referidas fueron derogadas por la Ley N° 26.773 de 2012, que modificó la Ley N° 24.557.

A veces los tribunales admiten explícitamente que deciden *contra legem*. Así, por ejemplo, la Corte Suprema argentina ha dicho, en diversas sentencias: “El natural respeto de la voluntad del legislador no requiere la admisión de soluciones notoriamente injustas”[21], expresión que se ha reiterado en muchas sentencias de otros tribunales[22]. Pero en la mayoría de los casos, el apartamiento de la ley positiva no se hace explícitamente, sino bajo el ropaje de aplicación del propio derecho positivo; y la forma más común para esto es el *control de*

*constitucionalidad*: una norma injusta es declarada “inconstitucional” por el tribunal; y para fundar esta declaración dice que tal norma viola cierta regla de la Constitución (a menudo, en realidad, dicha regla no está en ninguna parte de la Constitución, sino que se la “encuentra” allí por “interpretación” de algún texto constitucional). Un ejemplo ha sido la declaración de inconstitucionalidad de varias reglas de la Ley de Riesgos del Trabajo, que hemos mencionado en el párrafo anterior, para lo cual se invocaron textos de pactos internacionales de derechos humanos que en realidad no eran contrariados por las normas de dicha ley. Hay muchos otros ejemplos: uno de ellos, que hallamos en los tribunales argentinos, italianos, alemanes, españoles, y quién sabe en cuántos otros, es el caso de que los jueces dejan de lado una norma penal que impone un castigo que juzgan muy excesivo en relación con la gravedad de la falta cometida; las cortes judiciales para ello han apelado al principio “constitucional” de proporcionalidad de las penas, aun cuando en ninguna de las Constituciones de los Estados mencionados hay una norma que expresa tal principio. Sin embargo, el principio es “hallado” en la Constitución, mediante una serie de “interpretaciones” o de construcciones argumentales.

Dentro de los varios medios del “control de constitucionalidad” de que suelen valerse los tribunales para evitar la aplicación de una regla legal injusta, están:

- la oposición real de la norma a una norma de la Constitución;
- la contrariedad entre la norma y un texto constitucional “elásticamente” interpretado, o sea, haciéndole decir a este algo que no concuerda ni con sus palabras ni con la intención del autor del enunciado, o sea del legislador constituyente; se realiza una “interpretación” o construcción argumental mediante la cual, con mayor o menor forzamiento, se hace aparecer una inconstitucionalidad que en realidad no hay;
- la vulneración de uno de los “derechos constitucionales no enumerados”; este recurso se apoya en el artículo 33 CN, que expresa: “Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”; este texto ha servido para que cualquier pretensión que sea un “derecho fundamental” o un derecho de gran importancia, a juicio del tribunal, aunque no esté mencionado en la Constitución, se considere que es un derecho constitucional; ejemplos de aplicación de esto fueron el derecho de reunión y el derecho de creación artística[23]; también el derecho de la persona a conocer su identidad de origen, cuando ninguna norma legal y ningún artículo de Convención internacional lo reconocía –o sea, antes de que el gobierno argentino aprobara la Convención sobre los Derechos del Niño, en setiembre de 1990, que reconoce este derecho en su artículo 7º–;
- el “principio de igualdad”;
- el “principio de razonabilidad”; y
- el recurso al preámbulo de la Constitución Nacional.

Conforme al principio “constitucional” de igualdad, al legislador le está prohibido crear para situaciones semejantes soluciones jurídicas diferentes sin razón que justifique ese trato desigual. Se dice que este principio está enunciado en el artículo 16 CN, pero en realidad dicho texto constitucional no lo dice, ni tampoco dice nada parecido a ello, sino que manda que las leyes no deben ser

distintas para diversas categorías de personas, por ejemplo, nobles y plebeyos, proclama que en la república no hay títulos de nobleza y dispone que el único requisito para ser designado en un cargo público es la idoneidad y que los que se hallan en la misma situación deben pagar los mismos impuestos.

El principio “constitucional” de razonabilidad manda que las reglas de la ley deben ser razonables[24]. Se dice que este principio está en el artículo 28 CN y que, por consiguiente, el precepto legal que sea irrazonable es inconstitucional. En rigor, dicho texto de la CN no expresa el principio de razonabilidad de las leyes, sino que solo dice que las leyes que se dicten para reglamentar el ejercicio de los derechos constitucionales no deben alterarlos.

Mencionemos ejemplos de aplicación del principio “constitucional” de razonabilidad invocado para evitar la aplicación de reglas injustas de la ley: se declaró inconstitucional, por ser irrazonable, la norma de la Ley N° 21.580 que establecía, para empleados de empresa estatal de ferrocarril que fueron cesanteados por ser prescindibles, una indemnización que era insuficiente para satisfacer las necesidades básicas de una vida digna durante un tiempo razonablemente previsible hasta que consiguieran un nuevo empleo[25]. También la regla vigente en las Universidades nacionales según la cual los jurados de concursos de profesores se integran con un estudiante con derecho a voto[26]. Y la resolución del Ministerio de Educación que prohibía el ingreso para estudiar en el profesorado de matemática y astronomía a quienes tuviesen estatura de menos de 1,60 m.

El argumento para concluir la inconstitucionalidad de cualquier norma legal injusta con fundamento en el preámbulo de la Constitución, alega la expresión “afianzar la justicia”, que allí se menciona entre los objetivos que declaran los constituyentes que guiaron su obra. Esa frase se refiere, en realidad, a la creación de tribunales federales y la organización de la administración de justicia en el ámbito federal, que no existían en el momento de redactarse la Constitución; pero desde hace mucho se ha interpretado que la frase se refiere también al contenido de justicia de las leyes[27].

Al respecto ha señalado el iusfilósofo argentino Héctor H. Hernández: “Un criterio invalidante de sentencias según la Corte Suprema es: ‘prescindir del texto legal *sin dar razón plausible* alguna”. Cuando la Corte dice esto, quiere decir que aprueba que los jueces dejen de lado textos legales si expresan “razones plausibles para hacerlo”. Y sigue Hernández: “El medio para prescindir ‘plausiblemente’ suele ser la oposición a la Constitución Nacional. Pero sería largo extenderse en mostrar cómo la irrazonabilidad de cualquier solución es fácilmente considerada inconstitucional y cómo a dicha ley [la Constitución] se le asignan por extensión interpretativa contenidos que de ningún modo figuran en ella. *En rigor, lo que aquí se aplica es la norma que dice que el hombre debe regularse según su recta razón*”[28].

En los escritos forenses se afirma machaconamente que nunca los jueces pueden resolver *contra legem*, y que el único modo legítimo de apartamiento de la norma legal es su declaración de inconstitucionalidad; pero a menudo los tribunales operan con un concepto muy amplio de inconstitucionalidad, que tacha de inconstitucional lo que sea injusto.

Es muy común que se le atribuyan a las Constituciones normas y principios que ellas no expresan, con el fin de hacer prevalecer una norma de justicia por encima

de una regla de la ley que el tribunal estima que es inicua[29]. Con frecuencia es verdadero lo que señalaba Tomás Casares, quien fue iusfilósofo y juez de la Corte Suprema de Justicia de nuestro país: que en las decisiones que resuelven un recurso de inconstitucionalidad muchas veces sucede que la Corte Suprema en realidad no juzga si la ley se adecua a las normas de la Constitución, sino que “la Corte Suprema en realidad enjuicia la justicia de la ley, que consiste en su conformidad con el derecho natural”[30].

## V. Un quinto modo de vigencia del derecho natural

Finalmente, hay otro modo de vigencia del derecho natural, mucho menos frecuente, pero que importa mayor grado de intervención de este. Sucede cuando los tribunales no solo hacen prevalecer un principio natural de justicia sobre una regla de la ley positiva que es inicua, sino que además aplican una pena a quien ha violado un imperativo del derecho natural mediante una conducta ordenada o autorizada por un precepto injusto de la ley positiva, o sea, que se aplica pena de prisión por acciones que no estaban prohibidas por la ley positiva en el momento en que se realizaron. Para ilustrar esto con casos que han adquirido difusión internacional, es oportuno mencionar las sentencias de los conocidos juicios de Núremberg emitidas en 1946 y en las que se condenó con graves penas a altos oficiales alemanes por haber cometido homicidios contra civiles no beligerantes y por otros crímenes durante la Segunda Guerra Mundial, así como a médicos y científicos germanos, porque habían aplicado, en la época del Tercer Reich, la eutanasia a enfermos mentales y porque habían realizado experimentos mortales o riesgosos sobre personas sanas con el fin de obtener conocimiento científico que de ningún modo beneficiaría a las personas que eran sujetos del ensayo y, además, sin que ellas hubiesen dado su consentimiento para ello. Aunque varias de estas prácticas no estaban prohibidas por la legislación que regía en Alemania en el tiempo en que se efectuaron, sino que estaban autorizadas por las leyes de ese país, los dos tribunales internacionales (el que enjuició a los militares y el que juzgó a los médicos y científicos) resolvieron que los acusados habían violado principios de un derecho “supralegal”, como es el principio que prohíbe atentar contra la vida de personas inocentes. Podemos ver, entonces, que los jueces consideraron que tales principios “supralegales” son jurídicamente obligatorios, y por ello entendieron que era gravemente reprochable el comportamiento de los acusados y les aplicaron severas penas, aunque las reglas legales de la época en que se habían cometido los hechos permitieran o incluso mandaran realizar las conductas criminales mencionadas. Estas condenas, que en general fueron aprobadas por la opinión pública jurídica universal, dejaron de lado el “principio de legalidad”, o principio *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*. Hicieron regir, por encima de normas legales y constitucionales vigentes en el momento de los hechos juzgados, dos principios de derecho natural: a) que es ilícito causar directamente la muerte de un ser humano inocente y b) que el autor de un homicidio debe ser castigado.

Otro ejemplo semejante y más reciente, sucedido en el mismo país, ha sido el juicio de 1996 en el que se juzgó y condenó a los guardianes del muro de Berlín, cuando cayó el régimen comunista de tipo soviético que había regido en Alemania Oriental desde 1945 hasta 1989[31]. Los acusados, que habían disparado u

ordenado disparar armas de fuego contra ciudadanos que intentaban huir del régimen tiránico y totalitario de Alemania Oriental hacia Alemania Occidental, cuando eran dos Estados distintos, y otros que habían ordenado colocar minas en el lugar, que causaron la muerte de otros ciudadanos que querían huir, fueron condenados por homicidio. Los acusados alegaban que su conducta no era delito porque la Ley sobre la Frontera Estatal y normas reglamentarias de ella prohibían el cruce del límite entre ambos Estados y que los funcionarios del Ministerio de Defensa habían emitido órdenes escritas que expresaban que, para evitar la fuga, los centinelas debían “capturar inmediatamente o aniquilar” a quienes la intentaran. Las sentencias condenatorias fueron apeladas, con fundamento en el artículo 103 de la Ley Fundamental, cuyo 2º párrafo establece que “un acto sólo podrá ser penado si estaba establecido como delito por la ley antes de realizarse”. Tanto el Tribunal Supremo alemán como el Tribunal Constitucional del mismo país confirmaron la sentencia. En la resolución de la primera corte mencionada se dice que, aunque las acciones por las cuales se los juzgaban estaban autorizadas por la ley que regía en Alemania Oriental al tiempo de los hechos, ellas vulneraron un “derecho más alto” (*höherrangiges Recht*), que prohíbe atentar contra la vida de personas que tratan de atravesar la frontera desarmados y sin poner en peligro ningún bien jurídico. Además, la sentencia del Tribunal Supremo citó al iusfilósofo Gustav Radbruch, precisamente su artículo *Injusticia legal y derecho supralegal*, en el que este enseñaba que cuando la injusticia de la ley civil superara cierta medida, el “derecho incorrecto” (*unrichtiges Recht*) debía ser desplazado por las exigencias de la justicia[32]. Varios de los condenados presentaron recurso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el cual rechazó las demandas en sentencias de 2001, aunque no invocó el fundamento iusnaturalista mencionado, sino una interpretación de la Constitución y de la legislación vigentes en la Alemania Oriental en la época de los hechos[33].

## VI. Reafirmación de las conclusiones

De conformidad con lo expuesto en los apartados anteriores, el derecho natural es un derecho vigente en la praxis corriente de los tribunales, los cuales normalmente suelen aplicar directamente principios y normas de aquel, incluso aquellos que no están receptados en la legislación. Por ende, no puede compartirse la afirmación de Jorge Paolinelli de que “el derecho natural no es de aplicación directa e inmediata”[34]. Y también es contraria a la realidad forense la aseveración que hacía Frédéric Mourlon: “La distinción entre el derecho natural y el derecho positivo no tiene en jurisprudencia ningún aspecto práctico. Para el juriconsulto, para el abogado, para el juez, un solo derecho existe, el derecho positivo”[35]. Y también es contraria a la realidad palmaria la afirmación de Ricardo Guibourg de que los abogados, cualquiera sea su convicción doctrinaria, “ejercen cotidianamente el positivismo [jurídico]”, o sea, la concepción que limita el derecho al solo derecho positivo[36].

En suma, la operatividad de los imperativos del derecho natural sucede en los dos momentos: antes y después de la sanción de la ley civil. Es un gran error el pensar que los principios y reglas del derecho natural operan solo en el momento legislativo –presencia del derecho natural que se ha mencionado en la primera sección de este artículo–. Ellos también cumplen un importante papel en la

aplicación judicial y administrativa del derecho –según hemos explicado en las secciones siguientes–.

Algunos pueden objetar que estas reglas de justicia con las que se colman las lagunas o se reemplazan los preceptos legales que el juzgador reputa injustos, en realidad, son reglas de derecho positivo, porque están puestas o establecidas por el tribunal (derecho “positivo” significa derecho “puesto”). En verdad, ellas constituyen derecho positivo (derecho positivo judicial) *después de la sentencia*; pero antes de esta, han sido derecho natural que el juez decidió aplicar. En el momento de emitirse la sentencia, la norma de derecho natural es instituida por el juez como norma para ser aplicada a quienes son partes en el juicio, o sea, que se hace derecho positivo judicial singular; si además después sucede que tal norma es seguida como precedente por otros tribunales, será una norma jurídica positiva general (la jurisprudencia como fuente de derecho positivo). Pero antes de la sentencia, insistimos, ha sido puro derecho natural, y ha sido la norma jurídica que el tribunal ha reconocido y aplicado.

Norberto Bobbio, ex profesor de Turín y conocido representante del positivismo jurídico, decía que “la doctrina jurídica hoy predominantemente tiende a disciplinar los casos no previstos a través de *los principios generales deducidos del ordenamiento positivo tomado en su conjunto*”, y de allí concluía que “el derecho natural ha quedado hoy totalmente fuera de uso”[37]. Al respecto, hay que señalar que, aunque el aplicador, para llenar un vacío legal, recurra a un principio general que puede inducirse o deducirse del ordenamiento legal, ello no significa que se baste con las disposiciones de dicho ordenamiento. Como dijimos *supra*, ante dos o más principios que se tomen del ordenamiento jurídico positivo y que *prima facie* sean ambos aplicables y que conduzcan a soluciones diversas, el aplicador debe decidir cuál de ellos ha de aplicar en la cuestión que tiene que resolver, y el ordenamiento positivo no le dice cuál es el que debe prevalecer; esta elección a menudo es guiada por un sentido de justicia, o sea, por un juicio de la razón que determina lo justo con necesidad universal, es decir, lo que es conforme con las exigencias del derecho natural. Además, hay que considerar las diversas situaciones en que los principios generales del derecho se utilizan no ya para colmar reales lagunas, sino para dejar de lado reglas del derecho positivo que repugnan al sentido de justicia del aplicador –que es la situación considerada *supra* en la sección IV–. Aun en el caso de que para dejar de lado el precepto injusto el aplicador haga regir un principio que esté incorporado en el ordenamiento jurídico positivo, el mismo ordenamiento ha dispuesto que en tal supuesto no rija dicho principio, sino una regla contraria a él; por tanto, el aplicador, en tal caso, no extrae la solución del derecho positivo, sino de un imperativo de justicia, captado por la razón, para hacer regir, el cual deja de lado la norma particular instituida; se aparta de la regla hermenéutica que indica que si hay contrariedad entre una norma más general (en este caso, el principio jurídico) y una norma más particular, prevalece la segunda. De modo contrario a la regla que manda *lex specialis derogat lex generalis*, el aplicador suele dejar de lado la regla más particular y hace regir la regla más general, el principio jurídico, porque este expresa lo que es conforme a la recta razón y aquella expresa algo contrario al juicio de la recta razón.

Los jueces permanentemente usan normas suprapositivas, explícitas o implícitas, en los considerandos de sus sentencias.

La *aplicación directa* de principios y reglas de derecho natural es actividad corriente de los operadores jurídicos. El derecho natural es tenido en cuenta no solamente en el momento de la creación de reglas legales, sino que opera cotidianamente en la interpretación e integración de los textos legislativos, y también a veces en la corrección de ellas, cuando su aplicación importaría injusticia.

Por consiguiente, casi todos los juristas teóricos (tratadistas, publicistas, conferencistas) y juristas prácticos (jueces, fiscales, asesores, etc.) son iusnaturalistas en su modo de interpretar y aplicar el derecho (o suelen serlo frecuentemente), aunque no empleen la expresión “derecho natural” para fundar sus resoluciones. Algunos de ellos lo son sin saberlo, y en algunos casos, “a pesar suyo” (*malgré eux*). En el discurso fundamentador de las conclusiones jurídicas suelen usarse términos sucedáneos de la expresión “derecho natural”, como son, por ejemplo, “derechos humanos”, “principios generales del derecho” o “principios jurídicos”, “razonabilidad”, entre otros.

Un abogado, para ser abogado exitoso, no solamente debe tener cierto dominio del derecho positivo –sustancial y procesal–, sino también cierto conocimiento de principios y cierto “buen sentido” para asumir criterios, para realizar interpretaciones y para argumentar eficazmente en las demandas, en los alegatos y otros escritos forenses, y muy especialmente en el recurso que en nuestro país se denomina “recurso extraordinario de inconstitucionalidad”. Es cosa corriente de que en las argumentaciones se intenta persuadir al juez para que su decisión sea equitativa y a menudo en el recurso de inconstitucionalidad se trata de principios de derecho natural mediante los cuales se impugnan preceptos de leyes nacionales o provinciales, decretos, resoluciones ministeriales, etc.

Aunque un juez se proponga fundar todas sus resoluciones exclusivamente en reglas del derecho positivo, le es imposible hacerlo, por causa de la insuficiencia de dicho ordenamiento para proveer solución jurídica para todas las situaciones. Y no nos referimos solo a la insuficiencia para dar todas las soluciones conforme a la justicia, sino que a menudo no se halla en él ninguna norma precisa aplicable, independientemente de su contenido de justicia. La existencia de lagunas en el sistema legal y las vaguedades, imprecisiones y ambigüedades de muchos textos hacen necesario recurrir a elementos normativos exteriores al ordenamiento legal positivo, como se ha mostrado en los apartados anteriores.

Herbert Lionel A. Hart, que fue catedrático de Teoría del Derecho en la Universidad de Oxford, y que es tenido como el principal representante del “positivismo jurídico metodológico” en los últimos sesenta años, o sea, de la tesis de que, aunque exista derecho natural, el aplicador del derecho debe bastarse con el derecho positivo, ha reconocido esto, volviendo sobre sus pasos: “El juez debe algunas veces salir fuera del derecho [se refiere al derecho positivo] y ejercer un poder de creación para llegar a una decisión en los ‘casos difíciles’, es decir, en los casos en los que el derecho existente resulta ser indeterminado”<sup>[38]</sup>. Transcribimos otro texto de Hart en el mismo sentido: “[...] en cualquier ‘caso difícil’, principios distintos apoyando analogías en discusión pueden presentarse a sí mismos y el juez *tendrá que* elegir entre ellos, fiándose como un legislador *concienzudo* en su *sentido de qué es mejor* y no en algún orden de prioridades establecido entre principios ya prescriptos para él por la ley”<sup>[39]</sup>.

El iusfilósofo germano-argentino Werner Goldschmidt ilustraba con la siguiente metáfora el recurso al derecho natural de que necesariamente hace uso, algunas veces, todo operador jurídico, aunque él crea que puede bastarse con los elementos del derecho positivo para todas las soluciones: “Un jurista que niegue la aplicación del derecho natural opinando que le basta el derecho positivo, se asemeja al morador de una vivienda que rechaza el respirar aire de fuera, creyendo que vive del aire de dentro: ambos ignorarían, respectivamente, que el derecho natural y el aire de la naturaleza penetran en los espacios cerrados [aparentemente cerrados herméticamente] por todos los intersticios y que los moradores de aquéllos no viven sino gracias a esta invasión continua e incontenible”<sup>[40]</sup>.

Al respecto, el mencionado iusfilósofo Héctor H. Hernández, quien además era Defensor Oficial ante los Tribunales de San Nicolás, señaló, en la conferencia que pronunciara en las I Jornadas Nacionales de Derecho Natural, celebradas en la ciudad de San Luis: “El iuspositivismo como doctrina que tenga alguna mínima vigencia en los tribunales estrictamente no existe, pues no hay jueces que funden *todas sus resoluciones* de conformidad con esta tesis; porque en la vida y en la vida de los tribunales todos somos suscriptores de alguna forma de legalidad suprapositiva”<sup>[41]</sup>.

Y ha hecho notar el mismo autor: “Al ‘hombre jurídico’ lo han educado en el iuspositivismo. Por ello, podemos hablar de un ‘iuspositivismo putativo’, de modo semejante a como se habla de ‘matrimonio putativo’ [la situación de quien cree haber celebrado un matrimonio válido, pero que no existe, porque ha sido nulo]. El ‘hombre jurídico’ cree que es iuspositivista y es tenido por tal. Inclusive muchos iusnaturalistas despistados entienden [erróneamente] que en la vida jurídica ‘solamente se aplica el derecho positivo’”<sup>[42]</sup>.

Claro está que en lo que concierne a la aplicación de principios y normas de derecho natural para colmar lagunas del sistema legal, o para interpretar los textos de la ley, o para corregirlas o dejarlas de lado, las decisiones de los tribunales no son coincidentes en todos los casos. Por ello, como advierte Helen Silving, “el proceso de incorporación [del derecho natural en el derecho positivo] puede ser gradual, y el estado exacto de la transformación del derecho natural en derecho positivo puede ser incierto. A menudo es difícil discernir si una regla de derecho natural ha sido aceptada por el derecho positivo, y en qué medida”<sup>[43]</sup>. Además, no siempre se expresa con claridad en los considerandos de las resoluciones judiciales el fundamento en el cual ellas se sustentan.

Una última consideración. Norberto Bobbio dijo: “[...] ninguna de las grandes transformaciones ni experiencias políticas y sociales que han tenido lugar en nuestro tiempo invocan, entre sus principios, el derecho natural”<sup>[44]</sup>. Hay que refutar la afirmación del publicista italiano, porque la experiencia muestra que muy frecuentemente en tales transformaciones se invocan, como fundamento o bandera, exigencias del derecho natural (ya sea de un verdadero derecho natural, ya sea de un falso derecho natural), *aunque no se lo haga con dicha denominación, sino con otros nombres*, que pueden ser sinónimos o sucedáneos, v. gr. el término “justicia” (por ejemplo, se fustiga la injusticia del régimen contra el cual se combate y se intenta derrocar), o la expresión “derechos humanos” (se dice que tal régimen, o tales instituciones, o tal medida política, o tales normas legales, violan los derechos humanos).

## Notas

### Notas

[1] \* Profesor titular de Filosofía del Derecho y Profesor titular de Derecho de daños en Universidad Católica de Cuyo, Argentina. Profesor titular de Obligaciones, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina.

[2] Así se lo representaba, entre otros muchos autores, Francesco Ferrara: “Aquello que se denomina derecho natural no es otra cosa que un conjunto de aspiraciones, de concepciones, de deseos, que tienden a querer conformar el derecho [positivo] según un cierto ideal ético, según cierta exigencia de justicia”. *Trattato di Diritto Civile italiano*, T. I (Roma: Athenaeum, 1921), 33.

[3] “Una cosa puede derivarse de la ley natural de dos modos: primero, como las conclusiones se derivan de los principios; segundo, por vía de determinación (determinatio), como determinaciones de ciertas nociones comunes [...]. Y así, el principio ‘no se debe matar’ puede derivarse como una conclusión de aquel que se enuncia ‘no se debe hacer mal a otro’. Otras cosas se derivan por vía de determinación; así, por ej., la ley natural ordena que quien delinque sea castigado; pero que se deba castigar a tal hombre con tal pena, es una determinación de la ley natural”. (Tomás de Aquino, *Summa Theologiae*, 2-2, 95, 2 c).

Una explicación semejante sobre el derecho positivo que es determinación de reglas del derecho natural leemos en Hegel, aunque expresada con términos menos claros: “La determinación del concepto da sólo un límite general, dentro del cual tienen lugar variaciones. Éstas deben, sin embargo, interrumpirse con motivo de la realización, con lo que penetra en el interior de aquel límite una decisión contingente y arbitraria. En este aguzamiento de lo universal [...] es donde se encuentra lo puramente positivo de la ley. No se puede determinar racionalmente ni decidir por la aplicación de una determinación proveniente del concepto si para un determinado delito lo justo es una pena corporal de cuarenta golpes o de cuarenta menos uno, ni si corresponde una multa de cinco táleros o de cuatro táleros y veintitrés centavos, o una pena de prisión de un año o de trescientos sesenta y cuatro días, o de un año y uno, dos o tres días; y sin embargo un golpe de más, un tálero o un centavo, una semana o un día de prisión de más o de menos, son una injusticia. La razón misma reconoce que la contingencia [...] tiene su esfera y su derecho, aunque limitados [...]. Aquí únicamente está presente el interés de la realización, el interés de que se determine y decida [dentro de un límite]”. *Principios de la Filosofía del Derecho*, trad. Juan Luis Vermol (Barcelona: Edhasa, 1988), § 214, y § 214. *Observ.*

[4] Que la regla sea el deber de conducir por la mano derecha o el deber de hacerlo por la mano izquierda es indiferente para la estimación de la pura razón en relación con las circunstancias actuales. Pero puede ser que en otro tiempo haya existido un fundamento de razonabilidad para determinar el lado de la marcha obligatoria. Al respecto, los historiadores han expresado diversas opiniones para explicar por qué desde la antigüedad la regla que predominó es la que manda avanzar por la mano izquierda, norma que ha permanecido en Gran Bretaña, Australia, India, Japón, Tailandia, Kenia, Malasia y otros sesenta países.

[5] Esto no quiere decir que reglas de derecho positivo como las mencionadas carezcan de toda relación con el derecho natural. Así, por ejemplo, los incentivos

que se establecen para estimular que haya familias numerosas o para fomentar los trabajos de investigación científica se relacionan con el principio que manda procurar el bien común político.

La conducta de los seres humanos es disímil: unos se apropian de la cosa perdida con la cual se han topado; otros la devuelven al dueño o a quien pueda dárselo a este; otros se abstienen de toda acción, dejando abandonado el objeto, con total indiferencia. El autor de la norma legal que atribuye recompensa ha querido estimular la restitución de las cosas perdidas, a su propietario. Claro está que para que dicha regla sea eficaz, es menester la suficiente publicidad de ella; pero la mayoría de las personas que encuentra objetos perdidos de mayor o menor valor en nuestro país ignora que existe el referido premio legalmente establecido.

[6] Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, L. V, cap. 10, 1134 b 24-35.

[7] En Rudolf Stammler, *La doctrina del derecho justo (Die Lehre von dem richtigen Rechte)* (Berlín: J. Guttentag, 1902).

[8] “*Servitus est constitutio iuris gentium, qua quis dominio alieno contra natura subiicitur*” (*Digesto*, I, 5, 4, 1; es un fragmento tomado de las *Instituciones de Florentino*, L. IX).

[9] “[...] *servitutes, quae sunt naturali iure contrarie (iure enim naturali omnes homines ab initio liberi nascebantur)*” (*Instituta*, I, 2, 2).

[10] “La Comunidad debe organizar y reactivar las fuentes de producción en forma de posibilitar y garantizar al trabajador una retribución moral y material que satisfaga sus necesidades vitales y sea compensatoria del rendimiento obtenido y del esfuerzo realizado” (art. 37.I.2).

[11] “En el gobierno humano, los que gobiernan rectamente toleran cosas malas, para que no se impidan ciertas cosas buenas, y para que no ocurran algunas cosas peores” (Tomás de Aquino, *Suma Theol.*, 2-2, 10, 11).

“Como se ha dicho antes, la ley humana es dada al pueblo en el cual muchos carecen de virtud, y por ello no se da sólo para los virtuosos. Por lo tanto, la ley humana no puede prohibir todo lo que sea contra la virtud, sino que basta que prohíba aquellas cosas que destruyen la convivencia de los hombres, teniendo como si fueran lícitas otras cosas, no porque las apruebe, sino porque no las castiga. De acuerdo con esto, se tiene como lícito, o sin imponerle castigo, que el vendedor –mientras no cometa fraude– venda una cosa en más de su precio, o que el comprador la adquiera por menos de su valor, salvo cuando la diferencia sea bastante excesiva (*nimius excessus*), en cuyo caso la ley humana manda restituir, por ej., si uno de los contratantes es perjudicado en una cantidad mayor que la mitad del justo precio, como establece el *Corpus iuris*, *Cód.*, l. IV, tít. 44, ley 2 [...]” (*Suma Theol.*, 2-2, 77, 1 ad 1). La misma doctrina en 1-2, 96, 2 c.

[12] Jorge Joaquín Llambías, *Tratado de Derecho Civil, Parte general*, T. I, 4ª ed. (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1983), 352, nota 78.

[13] Jean Dabin, *Philosophie de l'ordre juridique positif, spécialement dans les rapports de droit privé* (París: Recueil Sirey, 1929), 684.

[14] Dabin, *Philosophie de l'ordre juridique positif...*, 684.

[15] Enseñaba Tomás de Aquino: “Los que gobiernan en el régimen humano rectamente toleran algunos males, para que no se impidan bienes o para evitar males mayores” (*Summa Theol.*, 2-2, 10, 11 c). Y sigue: “Decía al respecto San Agustín en el segundo capítulo de su libro *Sobre el Orden*: ‘Quita a las prostitutas de entre los hombres y habrás turbado todas las cosas con lujuria’”.

[16] Decía Jean Etienne Portalis, jurista y el principal redactor del Código Civil francés: “Cuando no puede dirigirnos nada de lo que está establecido, cuando se trata de un hecho absolutamente nuevo, nos remontamos a los principios del derecho natural” [Discurso preliminar del primer proyecto de Código Civil 24/11/1801 (México: UNAM, 2018)].

[17] Cossio, Carlos, *El derecho en el derecho judicial*, 3ª ed. (Buenos Aires, 1967), 95 ss., cit. en Héctor Humberto Hernández, “Acción y norma jurídica (Qué ‘normas’ aplican los jueces)”, en AA. VV. (dir. Camilo Tale), *Persona, sociedad y derecho. Temas actuales de Filosofía Jurídica y Política* (Córdoba: Edic. del Copista, 1998), 30 s.

[18] Cfr. Alfred Verdross, *La Filosofía del Derecho en el mundo occidental* (México: Universidad Autónoma de México, 1962), 270.

[19] Cfr. Arturo Barcia López, *Las personas jurídicas y su responsabilidad civil por actos ilícitos: evolución histórica y derecho moderno* (Buenos Aires: Valerio Abeledo, 1922).

[20] La doctrina constitucionalista de los juristas y de los tribunales ha desarrollado una teoría del “principio de igualdad”, con pretendido fundamento en el art. 16 de la CN, que ha ido mucho más lejos que lo que este expresa, pues en verdad tal artículo prohíbe que se dicten leyes que establezcan desigualdades entre las personas por motivo de abolorio o de nacimiento.

[21] “El natural respeto de la voluntad del legislador no requiere la admisión de soluciones notoriamente injustas, que no parecen compatibles con el fin, común a la tarea legislativa y judicial, de la determinación de principios acertados para la adjudicación del derecho de los litigantes en las causas concretas a decidir” (CSJN, 23/7/62, “Fromageries Bel S.A. c/ Enrique Ivaldi”, Fallos, 253:280, consid. 2º).

En este pleito una sociedad francesa fabricante de productos lácteos demandó que se anulara la inscripción de una marca en el Registro respectivo argentino (“La vaca que ríe”), pues se había plagiado el nombre registrado treinta años antes en Francia (“La Vache qui Rit”); además, el demandado la usaba en varias especies de quesos, y no solo la denominación, sino también el dibujo muy semejante al de la marca extranjera originaria, en todos sus detalles. El demandado se opuso a la demanda, invocando el art. 41 de la Ley de Marcas N° 3.975, vigente en la época, que exigía que las empresas extranjeras registraran sus marcas en nuestro país para gozar de protección legal. El tribunal de primera instancia rechazó la demanda, con fundamento en dicha norma legal. Esta resolución fue apelada, y la Cámara la revocó, juzgando que la registración de la marca por el fabricante argentino había sido un plagio, a pesar de que ello no estaba prohibido por la ley referida. La Corte Suprema confirmó el fallo de la Cámara, diciendo que “la copia de una marca extranjera, con posibilidad de aprovechamiento del prestigio de los productos distribuidos por ella, no es lícita”.

La posterior Ley de Marcas N° 22.362, que rige actualmente, dispone que es nulo el registro de una marca “por quien, al solicitar el registro, conocía o debía conocer que ella pertenecía a un tercero” (art. 24, inc. 2º).

[22] Así, por ej., CNApel. Com. en pleno 13/4/77, La Ley, Buenos Aires, 1977-B-187; CApelCCom. Concordia, s. III, 15/6/2000, La Ley-Litoral, 2000-1042.

Esta expresión se ha usado mucho en los últimos años para fundar la reducción de los honorarios que establece la ley para remunerar a abogados, contadores, peritos, e incluso para disminuir el mínimo que ella prescribe, si el importe resulta exorbitante respecto de la naturaleza, complejidad, duración, calidad y eficacia de la actividad profesional realizada (cfr. CNTrab., s. VII, 29/4/2022, “Moyano, Juan José c/ Galeno ART S.A.”, S.J.A., 24/6/2022; D.T. 2022 (jul.), p. 206; CNTrab., s. VI, 6/8/2021, “Espinosa, Juan Ariel c/ ART Interacción S.A.”, La Ley Online, TR LALEY AR/JUR/115065/2021; CNTrab., s. VI, 29/12/2022, “Benjamín, Sergio Gustavo c/ Galeno ART S.A.”, La Ley Online, TR LALEY AR/JUR/186634/2022; CNTrab., s. VII, 29/5/2020, “Seijas, Sergio Andrés / ISS Facility Services S.A.”, La Ley Online, TR LALEY AR/JUR/18527/2020; CNTrab., s. V, 11/4/2014, “Ojeda, Ninfa c/ Assistem Servicios S.A. y otros”, La Ley Online, TR LALEY AR/JUR/12606/2014).

[23] CSJN, 29/6/76, “Colombres c/ Estado nacional”, Fallos, 295-I: 217.

[24] “El mérito o la conveniencia de las soluciones legislativas no son asuntos sobre los que al Poder Judicial le incumba pronunciarse. Sólo casos que trascienden ese ámbito de apreciación, para internarse en el campo de lo irrazonable, inicuo o arbitrario, habilitan la intervención de los jueces” (CSJN, 5/4/90, “Carlos Augusto Cook. vocal de Cámara de Apelaciones de Concepción del Uruguay”, Fallos, 313-420). “Desde antiguo este Tribunal ha establecido que las leyes son susceptibles de cuestionamiento constitucional cuando resultan irrazonables, o cuando los medios que arbitran no se adecuan a los fines cuya realización procuran, o cuando consagran una manifiesta iniquidad” (CSJN, 28/12, Fallos, 299-430). “El Congreso cuando legisla, el Poder Ejecutivo cuando administra, los jueces cuando dictan sentencia, deben hacerlo en forma razonable; el contenido de sus actos debe ser razonable. El acto irrazonable o arbitrario es inconstitucional” (CFed. Mendoza, s. B, 21/10/83, LL, 1984-A, p. 69).

[25] CSJN, 1/1/84, “Serantoni, José Américo y otros c/ Empresa Ferrocarriles Argentinos”, Fallos, 306:1946.

[26] CSJN, 4/11/ 97, “Mocchiuti, Juan c/ Universidad Nacional de Córdoba”.

[27] Decía Tomás Casares, iusfilósofo y presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: “Hay un propósito general y esencial de la Constitución que está expresado en la frase del Preámbulo según la cual uno de los fines de ella es ‘afianzar la justicia’. Esto no significa solamente afianzar el Poder Judicial, constituyéndolo según las exigencias de la colectividad en la que debe actuar, y consagrando su indispensable independencia. Una magistratura judicial sabiamente organizada, obligada a aplicar sin recurso alguno leyes inicuas no afianza la justicia sino la iniquidad. [...] No le es permitido al juez juzgar de la perfección de la ley, de su conveniencia o inconveniencia circunstanciales, de su mayor o menor bondad, teniendo en cuenta el fin que se propone; pero de la justicia, cuyos principios están por encima de toda consideración circunstancial, de la justicia de la ley, no sólo puede, sino que debe juzgar, porque va en ello un problema de conciencia que al juez no le es lícito resolver remitiéndose desaprensivamente al texto de la ley para consagrar la iniquidad, y porque la Constitución, que debe ser aplicada antes que las leyes (art. 31 CN), manda que la justicia sea afianzada. ¿Cómo? Sancionando el Estado leyes justas, aplicándolas los

jueces estrictamente cuando son justas, y negándose éstos mismos a aplicarlas, por respeto a la justicia, que es, en esto, respeto a la Constitución, cuando violan los principios esenciales del orden justo que no es el que establezca un Estado, por el hecho de que el Estado lo haya establecido [...] Por eso no hay en la Constitución más profunda y explícita expresión de su esencial finalidad que aquello de su Preámbulo en donde se dice que se la sanciona con el objeto de ‘afianzar la justicia’” [Tomás D. Casares, “El orden de justicia y los recursos extraordinarios por inconstitucionalidad y arbitrariedad”, apéndice en Tomás D. Casares, *La justicia y el derecho*, 3ª ed. (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1974), 235 ss.].

“El juez no puede dejar aplicar una ley por ser injusta, sin más. Pero sí puede dejar de aplicarla si la declara inconstitucional por causa de su injusticia. ¿Cómo se logra? Debe procurar encontrar en la Constitución algún principio o artículo a los que la norma transgreda. Y si no lo logra, basta que invoque el Preámbulo, puesto que una norma injusta vulnera el mandato de ‘afianzar la justicia’” [Germán Bidart Campos, *Manual de la Constitución reformada* (Buenos Aires: EDIAR, 1998), 318 y 369].

“[...] Afianzar la justicia en un doble sentido: realizar el valor justicia y tutelar una recta administración de ésta. Como consecuencia, se desprende la inconstitucionalidad de normas y sentencias injustas. El comportamiento estatal injusto es, simultáneamente, inconstitucional” [Néstor Sagués, *Elementos de Derecho Constitucional*, T. II (Buenos Aires: Astrea, 1977), 202 ss.].

Muchas sentencias de la Corte Suprema han invocado el Preámbulo para justificar la inaplicación de determinada norma legal. Así, por ej., leemos en una de ellas: “El propósito de afianzar la justicia enunciado en el Preámbulo de la Constitución Nacional, propósito liminar y de por sí operativo [...] no sólo se refiere al Poder Judicial, sino a la salvaguarda del valor justicia en los conflictos jurídicos concretos que se plantean en el seno de la Comunidad” (CSJN, 6/11/80, “Claudia Saguir Dib”, Fallos, 302:1284).

[28] Hernández, “Acción y norma jurídica...”, 27.

[29] Cfr. *Ibid.*, p. 28.

[30] Cfr. Tomás D. Casares, “El orden de la justicia y los recursos...”, 242.

[31] Entre 1949 y 1961, 2.500.000 personas, aproximadamente, escaparon de la Alemania Comunista e inmigraron en Alemania Occidental. Para detener este éxodo el gobierno de aquel país construyó el largo paredón de cemento que dividió en dos la ciudad a lo largo de más de 40 km de longitud, con alambres de púa, perros de ataque, 55.000 minas para que los ciudadanos no pudieran cruzar y centinelas encargados de impedir el paso. Muchas personas en los años posteriores intentaron cruzar la frontera, escalando el muro mencionado o de otras maneras, no solo por Berlín, sino por otros puntos; algunos pocos lo lograron, pero otros fueron detenidos, y casi 600 de ellos fueron abatidos por las balas o murieron por accidentes sufridos en el intento.

[32] Cfr. Tribunal Constitucional Federal de Alemania, 24/10/96, “Guardianes del muro” (Mauerschützen), BVerfGE 95, 96, en AA. VV. (Rodolfo L. Vigo, dir.), *La injusticia extrema no es derecho* (de Radbruch a Alexy) (Buenos Aires: Facultad de Derecho. UBA-La Ley, 2004), 73 ss.

[33] Cfr. las sentencias del Trib. Europeo de Derechos Humanos en AA. VV., *La injusticia extrema...*, 101 ss. Para el análisis doctrinario relativo al caso, cfr. Eduardo R. Soderó, “El caso de los guardianes del muro: una aproximación desde

la Filosofía del Derecho”, en *El Derecho* (Buenos Aires: Serie Especial de Filosofía del Derecho, n° 3, 16/7/02), 14 ss.; *El Derecho*, T. 213, 557 ss.; también artículos de varios autores en AA. VV., *La injusticia extrema...*, 167 ss.

[34] Jorge Paolinelli, *El hombre y el derecho* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998), 191.

[35] Frédéric Murlon, *Répétitions écrites sur le Code Civil*, T. I, 3ª ed. (París: Garnier Frères, 1896), 1, 8.

[36] Ricardo Guibourg, “La identificación del fenómeno jurídico”, en Ricardo Guibourg, *El fenómeno normativo* (Buenos Aires: Astrea, 1987), 99.

[37] Norberto Bobbio, “Algunos argumentos contra el derecho natural”, en AA. VV., *Contra el derecho natural* (Madrid: Taurus), 1966, 225.

[38] Herbert Lionel Adolphus Hart, *El nuevo desafío al positivismo jurídico*, trad. L. Hierro, F. Laporta y J. R. Páramo (Madrid: Sistema), n° 13, 8, cit. por Renato Rabbi-Baldi Cabanillas, “Estudio introductorio. El derecho natural como núcleo de racionalidad de la realidad jurídica”, en AA. VV. (dir. Renato Rabbi-Baldi Cabanillas), *Las razones del derecho natural* (Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma, 1998), 32.

[39] Herbert Lionel Adolphus Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (Oxford: Oxford University Press, 1983), 7, cit. por John Finnis, *La verdad en el positivismo jurídico*, trad. Diego Ruffet y Carlos Isler Soto (Buenos Aires: Anuario de Filosofía Jurídica y Social, 2002), 200, nota.

[40] Werner Goldschmidt, “El estado de necesidad ante el derecho natural”, en Werner Goldschmidt, *Justicia y verdad* (Buenos Aires: La Ley, 1978), 305.

[41] Héctor Humberto Hernández, *Interpretación, principios y derecho natural*, conferencia inaugural de las I Jornadas Nacionales de Derecho Natural, dictada en la Universidad Católica de Cuyo, Sede San Luis, San Luis, 12/6/01, inéd. El intercalado es añadido nuestro, para dejar en claro el sentido del texto transcripto.

[42] Héctor Humberto Hernández, *Clases de Filosofía del Derecho* (Rosario), inéd., s/f., 23 s.

[43] Helen Silving, *Derecho positivo y derecho natural*, trad. Genaro Carrió (Buenos Aires: Eudeba, 1966), 16.

[44] Bobbio, “Algunos argumentos...”, 236.

### *Bibliografía*

AA. VV. (Rodolfo L. Vigo, dir.). *La injusticia extrema no es derecho (de Radbruch a Alexy)*. Buenos Aires: Facultad de Derecho. UBA-La Ley, 2004.

Aristóteles. *Ética a Nicómaco*, ed. bilingüe y trad. de María Araujo y Julián Marías. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

Aristóteles. *Ética nicomaquea*, trad. Eduardo Sinnott. Buenos Aires: Colihue, 2007.

Barcia López, Arturo. *Las personas jurídicas y su responsabilidad civil por actos ilícitos: evolución histórica y derecho moderno*. Buenos Aires: Valerio Abeledo, 1922.

Bidart Campos, Germán. *Manual de la Constitución reformada*. Buenos Aires: EDIAR, 1998.

Bobbio, Norberto. “Algunos argumentos contra el derecho natural”. En AA. VV. *Contra el derecho natural*, trad. Eías Díaz. Madrid: Taurus, 1966.

Casares, Tomás D. “El orden de justicia y los recursos extraordinarios por inconstitucionalidad y arbitrariedad”. Apéndice en Tomás D. Casares. *La justicia y el derecho*, 3ª ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1974.

Cossio, Carlos. *El derecho en el derecho judicial*, 3ª ed. Buenos Aires, 1967.

Cuerpo del Derecho Civil Romano, edic. bilingüe. Barcelona: Jaime Molinas, 1889-1998.

Dabin, Jean. *Philosophie de l'ordre juridique positif, spécialement dans les rapports de droit privé*. París: Recueil Sirey, 1929.

Ferrara, Francesco. *Trattato di Diritto Civile italiano*, T. I. Roma: Athenaeum, 1921.

Finnis, John. *La verdad en el positivismo jurídico*, trad. Diego Ruffet y Carlos Isler Soto. Buenos Aires: Anuario de Filosofía Jurídica y Social, Abeledo-Perrot, 2002.

Goldschmidt, Werner. “El estado de necesidad ante el derecho natural”. En Werner Goldschmidt. *Justicia y verdad*. Buenos Aires: La Ley, 1978.

Guibourg, Ricardo. “La identificación del fenómeno jurídico”. En Ricardo Guibourg, *El fenómeno normativo*. Buenos Aires: Astrea, 1987.

Hart, Herbert Lionel Adolphus. *El nuevo desafío al positivismo jurídico*, trad. L. Hierro, F. Laporta y J. R. Páramo. Madrid: Sistema, vol. 36, 1980.

Hegel, Georg Wilhelm. *Principios de la Filosofía del Derecho*, trad. Juan Luis Vermol. Barcelona: Edhasa, Barcelona, 1988.

Hernández, Héctor Humberto (h.). “Acción y norma jurídica (Qué ‘normas’ aplican los jueces)”. En AA.VV. (dir. Camilo Tale). *Persona, sociedad y derecho. Temas actuales de Filosofía Jurídica y Política*. Córdoba: Edic. del Copista, 1998.

Hernández, Héctor Humberto (h.). *Clases de Filosofía del Derecho*. Rosario, inéd., s/f.

Hernández, Héctor Humberto (h.). *Interpretación, principios y derecho natural*. Conferencia inaugural de las I Jornadas Nacionales de Derecho Natural, dictada en la Universidad Católica de Cuyo, Sede San Luis, San Luis, 12/6/01, inéd.

Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil, Parte general*, T. I, 4ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1983.

Mourlon, Frédéric. *Répétitions écrites sur le Code Civil*, T. I, 3ª ed. Paris: Garnier Frères, 1896.

Paolinelli, Jorge. *El hombre y el derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.

Portalís, Jean Etienne Marie. *Discurso preliminar del primer proyecto de Código Civil*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2018.

Rabbi-Baldi Cabanillas, Renato. “Estudio introductorio. El derecho natural como núcleo de racionalidad de la realidad jurídica”. En AA. VV. (dir. Renato Rabbi-Baldi Cabanillas). *Las razones del derecho natural*. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma, 1998.

Sagués, Néstor. *Elementos de Derecho Constitucional*, T. II. Buenos Aires: Astrea, 1977.

Silving, Helen. *Derecho positivo y derecho natural*, trad. Genaro Carrió. Buenos Aires: Eudeba, 1966.

Sodero, Eduardo R. “El caso de los guardianes del muro: una aproximación desde la Filosofía del Derecho”. En *El Derecho*. Buenos Aires: Serie Especial de Filosofía del Derecho, nº 3, 16/7/02; *El Derecho*, T. 213.

Tomás de Aquino. *Summa Theologiae*, ed. Bilingüe. Madrid: BAC, 1964.

Verdross, Alfred. *La Filosofía del Derecho en el mundo occidental*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1962.