



ÍNDICE GENERAL

Palabras preliminares para la cuarta edición	11
Proemio a la tercera edición	17
Prólogo a la segunda edición	23
Reconocimientos a la primera edición de 2008	29
Introducción	41
Capítulo Primero	
LA PERSONA, FUNDAMENTO DEL DERECHO	
1. Introducción	55
2. Análisis etimológico de la voz “persona”	59
3. La concepción greco-romana (estamental) de persona	61
4. La configuración histórica del concepto de persona como ser substancial y digno	64
a) El planteamiento de los primeros teólogos y filósofos cristianos	64
b) El alumbramiento de la noción de “dignitas hominis”	68
1. Edad Media y Renacimiento	68
2. El planteamiento en el horizonte de la Modernidad	71
I. La universalización fáctica del concepto de persona como ser substancial y digno en Francisco de Vitoria	71
II. La saga doctrinaria posterior a Vitoria	76
III. La postura de Immanuel Kant	77
5. Los conceptos filosófico y jurídico de persona	80
a) La dimensión filosófica de la noción de persona	80
b) La dimensión jurídica de la noción de persona	84
1. Introducción	84
2. El origen natural del concepto de persona	85
3. Todos los hombres son persona	86
c) Síntesis conclusiva	87
6. La recepción del concepto de persona en el derecho positivo nacional	90
a) El derecho constitucional	90
b) El derecho infraconstitucional	93
1. El Código Civil de Vélez	93
2. El vigente Código Civil y Comercial	98
7. La recepción del concepto de persona en la jurisprudencia	100
a) Introducción	100
b) Supuestos de personas con pleno discernimiento	100
c) Supuestos de personas con ausencia o disminución del discernimiento	104
1. Las personas por nacer	104
I. El caso de los embriones y del ovocito pronucleado	105
i. La causa “Davis v. Davis” (1989)	105
ii. El caso “R., R. s/medidas precautorias” (1999)	107
iii. La causa “R., N. F. c/Obra Social del Poder Judicial de la Nación” (2010)	108
iv. El caso “Artavia Murillo y ot. c/Costa Rica” (2012)	111
II. El supuesto del feto anencefálico	118
2. Los menores de edad	121
3. Los discapaces	124

Capítulo II

LA TENSIÓN ENTRE EL DERECHO NATURAL Y EL POSITIVISMO JURÍDICO

8. Introducción	127
9. La tensión entre las teorías del derecho natural y del positivismo jurídico	130
a) El alcance de la “positividad” del derecho	132
b) El distingo “cognitivismo-no cognitivismo”	132
10. La teoría del derecho natural. Algunos textos y argumentos clásicos	135
a) Sófocles	136
b) Aristóteles	139
c) Cicerón	146
11. La teoría del positivismo jurídico. Algunos textos y argumentos clásicos	149
a) La posición de Cábeles en el “Gorgias” de Platón	149
b) Thomas Hobbes	152
c) El concepto de naturaleza en las leyes “eugenésicas”	155
d) El “derecho natural” en el nacionalsocialismo	157
e) El “escepticismo ético”: Hans Kelsen y Eugenio Bulygin	158
12. Propuestas de superación de la dialéctica “derecho natural-positivismo jurídico”	161
a) El llamado “dritter Weg” (“tercer camino”) y su crítica	161
b) El aporte de Llompart	164
13. Reflexiones finales a la vuelta del “tercer camino”	168

Capítulo III

“TÍTULOS” Y “MEDIDAS” NATURALES Y POSITIVOS DEL DERECHO

14. Introducción	175
15. Los “títulos” naturales	177
a) Discernimiento a partir de la “naturaleza humana”	177
b) Clases de derechos naturales	178
c) Los derechos “humanos” como derechos naturales	180
d) Los derechos “constitucionales” como derechos naturales	182
1. La interpretación del constituyente de 1860	182
2. La interpretación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación	184
e) Un ejemplo: la causa “Saguir y Dib”	188
16. Las “medidas” naturales	193
a) Discernimiento a partir de la “naturaleza de las cosas”	193
b) Factores que determinan las “medidas” naturales. Aplicación legislativa y jurisprudencial	193
1. Finalidad	196
2. Cantidad y calidad	200
3. Relación	203
4. Tiempo	205
17. “Títulos” y “medidas” positivos	209
a) Introducción	209
b) Los “títulos” positivos	211
c) Las “medidas” positivas	212
18. Relaciones entre el derecho natural y el derecho positivo	214

Capítulo IV

LAS FUENTES DEL DERECHO

19. Introducción	221
20. Etimología. Significaciones diversas	222
21. Clases de fuentes	223
22. Las fuentes del derecho en la historia	226
a) El “derecho común”	226
b) La Codificación	228
c) La sistematización teórica de las fuentes del derecho en la Modernidad	230

d) La reacción por parte de la práctica legislativa y de la doctrina	233
1. Ejemplos eclécticos de codificación	233
2. La propuesta de Gény	235
e) Hacia la superación del distingo entre fuentes “formales” y fuentes “materiales”	238
23. Las fuentes del derecho de la “post-codificación”	240

Capítulo V EL SISTEMA JURÍDICO

24. Introducción	249
25. El planteamiento del positivismo jurídico	250
26. Las aporías del sistema jurídico positivista	250
a) Vaguedad	251
b) Ambigüedad	253
c) Contradictoriedad o inconsistencia	257
d) Redundancia	259
e) Lagunas	260
27. Hacia una superación de la propuesta sistemática del positivismo jurídico	262
a) Insoslayabilidad de la idea de sistema	262
b) Sistema jurídico “abierto” y pensamiento “problemático”	264
c) Sistema jurídico “abierto”: la reacción legislativa y su influencia en la jurisprudencia	266
d) Sistema jurídico “abierto”: reglas y principios	273
28. La configuración del sistema jurídico	279
a) Introducción	279
b) Concepto de “positivación” y de “formalización”	281
c) Unidad de la “positivación-formalización” de los elementos del sistema jurídico “abierto”	283
d) El tema de la no positivación del derecho natural. El distingo entre “validez” y “vigencia”	285
e) Vicisitudes de la “positivación-formalización” del derecho natural	287
1. El progresivo conocimiento y “positivación” del derecho natural	288
2. Integración explícita e implícita del derecho natural en el sistema jurídico	290
3. “Eficacia” del derecho natural en el sistema jurídico	293
f) Naturaleza e historia: la cuestión del “ejercicio” de los derechos naturales	295

Capítulo VI LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA

29. Introducción	305
30. Una breve ojeada histórica al tema de la interpretación: la tensión entre “cetética” (o “finalismo”) y “dogmática” (o “formalismo”)	308
a) La compilación de Justiniano	311
b) Los Glosadores	311
c) Los Post-Glosadores (o “Consultores”)	312
d) El Humanismo	313
e) La teoría moderna o racionalista del derecho natural	314
f) La Escuela Histórica	317
g) La “nueva” Escuela Histórica: Rudolf von Ihering	319
31. La teoría de la interpretación en el positivismo jurídico	320
a) Introducción	320
b) Configuración histórica	321
c) La interpretación como “aplicación” (o el canon interpretativo positivista por autonomas)	322
d) La interpretación “admitida” por el positivismo jurídico	324

e) Empleo de las directrices interpretativas de cuño positivista por parte de la jurisprudencia de la Corte Suprema	327
1. La interpretación de la “voluntad del legislador”	327
2. La interpretación “histórica”	328
3. La interpretación “sistemática”	329
32. El aporte del movimiento del “Derecho Libre” al fenómeno interpretativo	333
33. La perspectiva iusnaturalista de la razón práctica sobre la interpretación	336
a) Introducción	336
b) Notas características de la teoría de la razón práctica sobre la interpretación	339
1. La valoración de la realidad de las cosas	339
2. De la aporía de la aplicación a la interpretación como “puesta en correspondencia” de norma y caso	340
3. La apertura del sistema jurídico y el ingreso de los principios	343
4. La centralidad del intérprete en la determinación del derecho	350
c) Empleo de las directrices interpretativas iusnaturalistas por parte de la jurisprudencia de la Corte Suprema	350
1. Introducción	350
2. Pautas de interpretación intranormativas	351
I. Directriz de la “epikeia” griega	351
II. Directriz del control de constitucionalidad de las leyes	353
III. Directriz teleológica	354
3. Pautas de interpretación extranormativas	357
I. Directriz de autoridad	357
II. Directriz de la “aequitas” romana	360
III. Directriz de la “aequitas” judeo-cristiana	362
IV. Directriz por las consecuencias	365
4. Pautas de interpretación extra e intranormativas	370
I. Directriz del derecho natural	370
II. Directriz de los principios	371
34. Un ejemplo integrador de las pautas interpretativas examinadas: la directriz de la “totalidad”	376

Capítulo VII LA JUSTICIA Y EL DERECHO

35. Introducción	379
36. La tesis de Hans Kelsen sobre la noción de justicia y su crítica	382
37. Materiales para la configuración de una teoría sobre la justicia	387
a) Sobre la triple clasificación de la justicia y su influencia en la realidad de la vida	387
b) El vínculo entre justicia y derecho	388
c) La tríada justicia, derecho y ley	391
d) Fortuna histórica de esta tríada	395
e) Clasificación de las teorías de la justicia	398
f) El “dar a cada uno su derecho” en el horizonte de una teoría “normativo-material-procedimental” de la justicia	403
38. Un estudio de la fórmula de la justicia	404
a) La justicia como virtud: el aporte de Sócrates	404
b) La clasificación de la virtud de la justicia según Aristóteles	409
1. La justicia “perfecta” y su concreción en la “legal”	409
2. La justicia “particular”	412
I. La justicia “distributiva”	413
II. La justicia “correctiva”	414
39. Análisis de la fórmula de la justicia	417
a) Dar	417
b) A cada uno	419
c) Su derecho	421

40. Las clases de justicia y su repercusión en la legislación y en la jurisprudencia	426
a) Las relaciones entre particulares, materia de la justicia comutativa	426
b) Las relaciones entre la comunidad y los particulares materia de las justicias “distributiva” y “legal”	429
1. Introducción	429
2. La justicia “distributiva”	430
I. Planteamiento	430
II. Aplicaciones	432
3. La justicia “legal”	438
I. Concepto y aplicación	438
II. La excepción a la ley: de nuevo sobre la “epikeia”	440
41. Apuntes conclusivos: de la integración de las clases de justicia en la vida social a una definición aproximativa de derecho	442
BIBLIOGRAFÍA	449
ÍNDICE DE FALLOS CITADOS	471
1. Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación	471
2. Sentencias de la Cámara Federal de Apelaciones de Salta	478
3. Sentencias de otros tribunales nacionales	480
4. Sentencias de tribunales provinciales	482
5. Sentencias de tribunales extranjeros	483
ÍNDICE DE AUTORES	485