

ÍNDICE GENERAL

NOTA A LA SEXTA EDICIÓN.	11
PRÓLOGO A LA QUINTA EDICIÓN	15
INTRODUCCIÓN	27

CAPÍTULO PRIMERO

LA PERSONA, FUNDAMENTO DEL DERECHO

1. Introducción.	41
2. Análisis etimológico de la voz “persona”.	45
3. La concepción greco-romana (estamental) de persona.	47
4. La configuración histórica del concepto de persona como ser substancial y digno.	50
a) El planteamiento de los primeros teólogos y filósofos cristianos.	50
b) El alumbramiento de la noción de “dignitas hominis” . . .	54
1. Edad Media y Renacimiento.	54
2. El planteamiento en el horizonte de la Modernidad . .	57
i. La universalización fáctica del concepto de persona como ser substancial y digno en Francisco de Vitoria. . .	57
ii. La saga doctrinaria posterior a Vitoria.	62
iii. La postura de Immanuel Kant	63
5. Los conceptos filosófico y jurídico de persona	67
a) La dimensión filosófica de la noción de persona. Digresión sobre el estatus jurídico de los animales	67
b) La dimensión jurídica de la noción de persona	70
1. Introducción.	70
2. El origen natural del concepto de persona	72
3. Todos los hombres son persona	73
c) Síntesis conclusiva	74
6. La recepción del concepto de persona en el derecho positi- vo nacional.	76

a) El derecho constitucional	76
b) El derecho infraconstitucional	84
1. El Código Civil de Vélez	84
2. El vigente Código Civil y Comercial	88
3. Normas y documentos formulados ante la pandemia por COVID-19	90
4. La protección de la vida y sus excepciones en el Código Penal argentino (ley 11179, 1921) y en la propuesta de reforma a dicho digesto (Expte. 52/2019)	94
5. Ley 27611, de Atención y Cuidado Integral de la Salud durante el Embarazo y la Primera Infancia	100
6. Los proyectos de leyes de “interrupción voluntaria del embarazo” de 2018 y 2019	103
7. La ley 27610 de acceso a la interrupción voluntaria del embarazo	110
7. La recepción del concepto de persona en la jurisprudencia	120
a) Introducción	120
b) Supuestos de personas con pleno discernimiento	121
c) Supuestos de personas con ausencia o disminución del discernimiento	124
1. Las personas por nacer	125
i. El caso de los embriones y del ovocito pronucleado	126
i. La causa “Davis v. Davis” (1989)	126
ii. El caso “R., R. s/medidas precautorias” (1999)	127
iii. La causa “R., N. F. c/Obra Social del Poder Judicial de la Nación” (2010) y otras de la Cámara Federal de Apelaciones de Salta	129
iv. El caso “Artavia Murillo y ot. c/ Costa Rica” (2012)	133
v. Tratamiento legislativo sobre el estatus de los embriones	138
ii. El supuesto del feto anencefálico	144
2. Los menores de edad	146
3. Los discapaces	149

CAPÍTULO II

LA TENSIÓN ENTRE EL DERECHO NATURAL
Y EL POSITIVISMO JURÍDICO

8. Introducción	153
9. La tensión entre las teorías del derecho natural y del positivismo jurídico	156
a) El alcance de la “positividad” del derecho	158
b) El distingo “cognotivismo-no cognotivismo”	158

10. La teoría del derecho natural. Algunos textos y argumentos clásicos.....	161
a) Sófocles	162
b) Aristóteles	165
c) Cicerón.....	172
11. La teoría del positivismo jurídico. Algunos textos y argumentos clásicos	175
a) La posición de Calicles en el “Gorgias” de Platón	175
b) Thomas Hobbes.....	178
c) El concepto de naturaleza en las leyes “eugenésicas”	181
d) El “derecho natural” en el nacionalsocialismo	183
e) El “escepticismo ético”: Hans Kelsen y Eugenio Bulygin .	184
12. Propuestas de superación de la dialéctica “derecho natural-positivismo jurídico”	187
a) El llamado “dritter Weg” (“tercer camino”) y su crítica ..	187
b) El aporte de Llompарт	190
13. Reflexiones finales a la vuelta del “tercer camino”	194

CAPÍTULO III

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

14. Introducción.....	201
15. Los “títulos” naturales	203
a) Discernimiento a partir de la “naturaleza humana”	203
b) Clases de derechos naturales.....	205
c) Los derechos “humanos” como derechos naturales	206
d) Los derechos “constitucionales” como derechos naturales	208
1. La interpretación del constituyente de 1860	208
2. La interpretación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación	210
e) Un ejemplo: la causa “Saguir y Dib”.....	214
16. Las “medidas” naturales	219
a) Discernimiento a partir de la “naturaleza de las cosas” ..	219
b) Factores que determinan las “medidas” naturales. Aplicación legislativa y jurisprudencial.....	222
1. Finalidad	222
2. Cantidad y cualidad	227
3. Relación	229
4. Tiempo	231
17. “Títulos” y “medidas” positivos	236
a) Introducción.....	236
b) Los “títulos” positivos.....	238
c) Las “medidas” positivas	239

18. Relaciones entre el derecho natural y el derecho positivo . .	241
---	-----

CAPÍTULO IV

LAS FUENTES DEL DERECHO

19. Introducción.	249
20. Etimología. Significaciones diversas.	250
21. Clases de fuentes	251
22. Las fuentes del derecho en la historia	254
a) El “derecho común”.	254
b) La Codificación	256
c) La sistematización teórica de las fuentes del derecho en la Modernidad.	258
d) La reacción por parte de la práctica legislativa y de la doctrina	261
1. Ejemplos eclécticos de codificación	261
2. La propuesta de Génys.	263
e) Hacia la superación del distingo entre fuentes “formales” y fuentes “materiales”.	266
23. Las fuentes del derecho de la “post-codificación”.	268

CAPÍTULO V

EL SISTEMA JURÍDICO

24. Introducción.	277
25. El planteamiento del positivismo jurídico	278
26. Las aporías del sistema jurídico positivista	278
a) Vaguedad.	279
b) Ambigüedad.	281
c) Contradictoriedad o inconsistencia	286
d) Redundancia	288
e) Lagunas	289
27. Hacia una superación de la propuesta sistemática del positivismo jurídico	291
a) Insoslayabilidad de la idea de sistema	291
b) Sistema jurídico “abierto” y pensamiento “problemático”	293
c) Sistema jurídico “abierto”: la reacción legislativa y su influencia en la jurisprudencia.	295
d) Sistema jurídico “abierto”: reglas y principios	303
28. La configuración del sistema jurídico	308
a) Introducción.	308
b) Concepto de “positivación” y de “formalización”.	311

c) Unidad de la “positivación-formalización” de los elementos del sistema jurídico “abierto”	312
d) El tema de la no positivación del derecho natural. El distingo entre “validez” y “vigencia”	314
e) Vicisitudes de la “positivación-formalización” del derecho natural	317
1. El progresivo conocimiento y “positivación” del derecho natural.	318
2. Integración explícita e implícita del derecho natural en el sistema jurídico	319
3. “Eficacia” del derecho natural en el sistema jurídico. .	322
f) Naturaleza e historia: la cuestión del “ejercicio” de los derechos naturales	324

CAPÍTULO VI

LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA

29. Introducción.	335
30. Una breve ojeada histórica al tema de la interpretación: la tensión entre “cetética” (o “finalismo”) y “dogmática” (o “formalismo”)	338
a) La compilación de Justiniano	341
b) Los Glosadores	342
c) Los Post-Glosadores (o “Consultores”)	342
d) El Humanismo	343
e) La teoría moderna o racionalista del derecho natural ...	344
f) La Escuela Histórica.	347
g) La “nueva” Escuela Histórica: Rudolf von Ihering	349
31. La teoría de la interpretación en el positivismo jurídico ...	350
a) Introducción.	350
b) Configuración histórica.	351
c) La interpretación como “aplicación” (o el canon interpretativo positivista por antonomasia)	352
d) La interpretación “admitida” por el positivismo jurídico .	354
e) Empleo de las directrices interpretativas de cuño positivista por parte de la jurisprudencia de la Corte Suprema ..	357
1. La interpretación de la “voluntad del legislador”	357
2. La interpretación “histórica”	358
3. La interpretación “sistemática”	359
32. El aporte del movimiento del “Derecho Libre” al fenómeno interpretativo	363
33. La perspectiva de la razón práctica sobre la interpretación. .	366
a) Introducción.	366

b) Notas características de la teoría de la razón práctica sobre la interpretación.	369
1. La valoración de la realidad de las cosas	369
2. De la aporía de la aplicación a la interpretación como “puesta en correspondencia” de norma y caso	371
3. La apertura del sistema jurídico y el ingreso de los principios.	374
4. La centralidad del intérprete en la determinación del derecho.	380
c) Empleo de las directrices interpretativas de la razón práctica por parte de la jurisprudencia de la Corte Suprema	381
1. Introducción	381
2. Pautas de interpretación intranormativas	381
I. Directriz de la “epikeia” griega	381
II. Directriz del control de constitucionalidad de las leyes	383
III. Directriz teleológica	385
3. Pautas de interpretación extranormativas	388
I. Directriz de autoridad.	388
II. Directriz de la “aequitas” romana	391
III. Directriz de la “aequitas” judeo-cristiana	393
IV. Directriz por las consecuencias	396
4. Pautas de interpretación extra e intranormativas.	400
I. Directriz del derecho natural.	400
II. Directriz de los principios.	402
34. Un ejemplo integrador de las pautas interpretativas examinadas: la directriz de la “totalidad”.	408

CAPÍTULO VII

LA JUSTICIA Y EL DERECHO

35. Introducción.	411
36. La tesis de Hans Kelsen sobre la noción de justicia y su crítica.	414
37. Materiales para la configuración de una teoría sobre la justicia	419
a) Sobre la triple clasificación de la justicia y su influencia en la realidad de la vida	419
b) El vínculo entre justicia y derecho	420
c) La tríada justicia, derecho y ley	423
d) Fortuna histórica de esta tríada	427
e) Clasificación de las teorías de la justicia	430

f) El “dar a cada uno su derecho” en el horizonte de una teoría “normativo-material-procedimental” de la justicia	435
38. Un estudio de la fórmula de la justicia	436
a) La justicia como virtud: el aporte de Sócrates	436
b) La clasificación de la virtud de la justicia según Aristóteles	441
1. La justicia “perfecta” y su concreción en la “legal”	441
2. La justicia “particular”	444
i. La justicia “distributiva”	445
ii. La justicia “correctiva”	446
39. Análisis de la fórmula de la justicia	449
a) Dar	449
b) A cada uno	451
c) Su derecho	453
40. Las clases de justicia y su repercusión en la legislación y en la jurisprudencia	458
a) Las relaciones entre particulares, materia de la justicia conmutativa	458
b) Las relaciones entre la comunidad y los particulares, materia de las justicias “distributiva” y “legal”	461
1. Introducción	461
2. La justicia “distributiva”	462
i. Planteamiento	462
ii. Aplicaciones	464
3. La justicia “legal”	470
i. Concepto y aplicación	470
ii. La excepción a la ley: de nuevo sobre la “epikeia”	472
41. Apuntes conclusivos: de la integración de las clases de justicia en la vida social a una definición aproximativa de derecho	474
BIBLIOGRAFÍA	481
ÍNDICE DE FALLOS CITADOS	507
1. Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación	507
2. Sentencias de la Cámara Federal de Apelaciones de Salta	514
3. Sentencias de otros tribunales nacionales	517
4. Sentencias de tribunales provinciales	519
5. Sentencias de tribunales extranjeros	520
ÍNDICE DE AUTORES	521