

# El valor de la ley positiva\*

---

Camilo Tale\*\*

## RESUMEN

El artículo es una reafirmación del valor intrínseco del contenido de las reglas de la ley positiva en general, elaborado en un ambiente de transgresión generalizada, y frente a concepciones que al acentuar la primacía de la jurisprudencia o de los principios jurídicos como fuentes del Derecho, deprimen la autoridad de las leyes civiles. Se recuerda la concepción clásica que no reduce la ley a su papel represor, sino que también reconoce su función pedagógica de la conducta correcta y de lo conducente al bien común. Se comparan las doctrinas de Tomás de Aquino, Holmes, Hart, Raz y Finnis al respecto. El autor trata de la razonabilidad del contenido de las leyes: Existen preceptos irrazonables e injustos, y hay doctrina tribunalicia acertada y arraigada que las declara “inconstitucionales” e inaplicables por violar el “principio de razonabilidad”; pero la mayoría de las leyes son razonables. Señala luego dos causas doctrinarias de la desvalorización de las leyes y su desprecio práctico en nuestro tiempo: la idea de la separación entre lo moral y lo jurídico, y la doctrina que concibe la libertad individual como el bien máximo del hombre (como enseñara, entre otros, W Goldschmidt). Finalmente, bajo el título “Doctrinas favorables a la desobediencia judicial de las leyes civiles”, el autor desaprueba: a) el iusnaturalismo mal entendido que bajo el nombre de equidad exagera el alcance de la discreción del juez; b) el positivismo jurídico “judicialista” (Holmes, Ross, Kelsen), que ha sido la modalidad de positivismo jurídico predominante en el s. XX; c) el abuso de la interpretación “sistémica” y de la “constitucionalización” del derecho, que ocurre cuando mediante falsas interpretaciones “constitucionales” se pretende legitimar la inobservancia de la ley; y d) la aplicación de falsos principios en sustitución de los preceptos legales.

## PALABRAS CLAVE:

Obediencia de la ley, razonabilidad, funciones del Derecho; ley injusta.

- 
- \* El artículo es una ampliación de los conceptos de la disertación que con el título El valor de la ley positiva en la enseñanza de las asignaturas básicas, integrales y formativas de la Facultad de Derecho, el autor expuso en el Primer Encuentro de Profesores de Introducción al Derecho de las Universidades Nacionales de la República Argentina, realizado en Vaquerías, Prov. de Córdoba, el 3 y 4 de noviembre de 2.000.
  - \*\* Abogado y doctor en Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba (Argentina). Profesor en las universidades Nacional de Córdoba, Católica de Cuyo, y Escuela Superior de Turismo y Hotelería de la Provincia de Córdoba. Antigüedad en la enseñanza universitaria: 20 años. Correo electrónico: [camilotale\(5\)onenet.com.ar](mailto:camilotale(5)onenet.com.ar)

## ABSTRACT

The article is a reassertion of the intrinsic worth of the most of rules of positive law, issued in an environment of generalized transgression and in opposition to the views which on account of emphasize the value of judge sentences or principles as sources of law, depress the civil laws authority. The classical conception of the rule of law, which not only conceives it as a way for refrain the men, but also affirms its pedagogical function in order to the right behavior and conducive to common good actions is remembered. Respective Aquinas, Holmes, Hart, Raz and Finnis theories about the point are compared. The author deals with the reasonableness in the rules of law contents: There are unreasonable and unjust precepts, and there is a wise and fixed courts of justice doctrine that declares them “unconstitutional” and inapplicable, because of the violation of the “reasonableness principle”; however most of the rules of law are reasonable. Then the author points out two doctrinal causes of the theoretical unworthiness of the rules of law and its nowadays practical contempt: the idea of the separation between morals and law, and the doctrine that assumes the individual freedom as the greatest human good (as W Goldschmidt taught, among others). Finally, the author disapproves, under the title “Theories that favourish the judicial disobedience of civil laws”: a) an erroneous thought which in the name of natural law an equity exaggerates the scope of the admissible judge discretion; b) the “judicialist” juridical positivism (Holmes, Ross, Kelsen), which has been the prevailing mode of positivism in the 20th century; c) the abuses of “systemical” interpretation and “constitutionalization” of law, which seek to legitimate the disregarding of the law rules, through pseudo-constitutional interpretations of it; d) the application of false principles instead of the legal precepts.

## INTRODUCCIÓN

Entre las características actuales de nuestro pueblo, como se ha notado muchas veces, y lo muestra la experiencia, está la generalizada conducta de transgredir las leyes<sup>1</sup>, arraigada ya con la estabilidad propia del hábito.

Este importante fenómeno social ha suscitado análisis de sociólogos y reflexiones de ensayistas<sup>2</sup>, y su dramática realidad se advierte con respecto a los más diversos sectores de la ordenación jurídica a los cuales dirijamos nuestra atención. En el ámbito del Derecho Penal, la impunidad domina y no se limita a los ilícitos de los ricos y famosos, los cuales son sólo la cresta visible de un témpano inmenso. Las transgresiones del Derecho Laboral, la evasión tributaria y el fraude fiscal, las violaciones de las normas sobre incompatibilidades en el ejercicio de empleos públicos, las transgresiones de los códigos de edificación y de las leyes del tránsito automotor, los millones de infracciones a la ley de lealtad comercial que se cometen a la plena luz ... son solamente algunas pocas muestras de un mal extendidísimo en todo el cuerpo social. Legiones de personas, de las más diversas ocupaciones y estratos socioeconómicos, actúan cotidianamente al margen de las leyes de la comunidad.

Tal indisciplina sucede también en el comportamiento de los más altos funcionarios del Estado y alcanza al mismo Ministerio Público, cuya razón de ser se identifica precisamente con el celoso

control de la observancia de las leyes y el derecho. Inclusive no faltó, en nuestra misma Provincia, hace diez años, el caso de un Gobernador que se hizo reelegir por un tercer periodo consecutivo de gobierno, y con el total apoyo de los dirigentes de su partido político, poco tiempo después de sancionarse la Constitución local que establece un máximo de dos períodos continuos en el ejercicio de la gobernación.

Y en el terreno de las ideas, la observancia de las leyes es estimada diversamente en nuestros días: alguna vez se afirma la obediencia ciega a cualquier mandato del poder legisferante independientemente de su contenido y de las circunstancias; en otros casos se deprime paladinamente la autoridad de los preceptos legales para preferir una regla contractual o una norma de creación judicial o un principio jurídico, real o supuesto.

La ocasión es oportuna, por lo tanto, para reflexionar acerca del valor que hayamos de reconocer a la institución de la ley.

## FUNCIÓN COHIBIDORA Y FUNCIÓN PEDAGÓGICA DE LA LEY

La dignidad de la ley no está exclusivamente en su función de prevenir los comportamientos injustos o contrarios a la utilidad común. Función muy importante es ésta, sin duda, y a ella atienden la conminación y la aplicación ejemplar de las sanciones, de la cual puede depender en cierta medida la pacífica convivencia; pero no se agota en este objetivo la finalidad de las leyes humanas.

Desde antiguo se ha puesto de resalto que la ley civil tiene también la aptitud de enseñar al hombre la conducta correcta en las relaciones con el prójimo y con el todo comunitario. En tal sentido, San Basilio decía que *“la ley es doctora y maestra”*.

Santo Tomás de Aquino, al tratar de la utilidad de las leyes, explica que han sido necesarias para contener a unos hombres por el temor a la sanción y para que así dejen vivir tranquilamente a los demás, pero que también son necesarias para acostumar a los hombres a obrar correctamente, y así concluye que en la obra del legislador hay un doble cometido: *“por lo tanto, para la paz y para la virtud de los hombres, fue necesaria la institución de leyes”*<sup>3</sup>.

La ley jurídica positiva, aun con todas sus limitaciones y con las imperfecciones que necesariamente la acompañan como ocurre con toda obra humana, suele ser algo que concierne a la orientación del ser humano hacia su fin último. Véase que el Aquinate, en la estructura metódica de su obra magna, la Suma theologiae, emplazó el Tratado de la ley (constituido en su mayor parte por cuestiones acerca de las leyes civiles) dentro de la Ética general, y como uno de los medios para que el hombre alcance el último fin de su vida. En la arquitectura de esta obra monumental, el tratado de la ley se ubica, junto con el tratado de los actos libres, el tratado de los actos involuntarios o afectividad, el tratado de los hábitos y el tratado de la gracia divina, dentro de la teoría de los medios que conducen al fin último de la vida humana, que es la materia de la Parte I-II de la Suma.

Sin embargo, la historia de la filosofía jurídica registra también una concepción diametralmente opuesta. En la Antigüedad, y concretamente en la sofística griega, se expresó la idea de que la ley civil es un mero instrumento para contener exteriormente a los hombres en sus límites, y sólo para

ello. Así, Licofrón decía: *“La ley es una convención que se ha hecho para garantizar los derechos recíprocos, pero no para hacer ciudadanos buenos, y ni siquiera justos”*<sup>4</sup>.

Consideremos ahora el asunto en pensadores más recientes. H. L. Hart, iusfilósofo inglés y profesor en Oxford, aun dentro de la estrecha concepción de la legislación como “medio de control social” que él profesara, reaccionó contra la visión reduccionista de Oliver Wendell Holmes (que fue iusfilósofo y juez de la Corte Suprema de los EE.UU.), quien había limitado la función de la ley civil a la eficacia que puede tener para contener al “hombre malo”. En cambio, defendió Hart el concepto del derecho como *guía para la conducta de los ciudadanos ordinarios*. Objetó Hart que se definiese la obligación jurídica principalmente en términos de lo que ella implica para el “hombre malo” (bad man), como decía Holmes, y señaló: *“¿Por qué el derecho no habrá de preocuparse igual, si no más, del “hombre desconcertado” o del “hombre ignorante”, que está dispuesto a hacer lo que corresponde, con tal que se le diga en qué consiste?”*<sup>5</sup>. En armonía con lo expuesto, también sostuvo Hart que “las principales funciones del derecho como medio de control social no han de ser vistas en los litigios privados o en las causas penales que representan provisiones vitales pero accesorias, sólo para las fallas del sistema, sino que han de ser vistas en las diversas formas en que el derecho es usado para controlar, guiar y planear la vida fuera de los tribunales”<sup>6</sup>.

Y todavía en el mismo terreno de la analytical jurisprudence, también John Raz hubo enfatizado la función del derecho como guía para la conducta: *“La coordinación, la solución de las disputas y el resarcimiento de los daños haría necesario un orden legal aun en una “sociedad de ángeles” que no requiriera hacer uso de sanciones”*<sup>7</sup>.

John Finnis, el iusfilósofo australiano ejerciente en la Universidad de Oxford, que abandonó la filosofía jurídica “analítica” que había profesado en su primera época, para desarrollar luego una filosofía fuertemente influida por Santo Tomás y con notables desarrollos personales, fue aún más lejos que Raz en este punto, ya que para Finnis el fin de la ley no se queda en la mera conservación de la sociedad política, y así fue más allá de los objetivos que le reconociera Raz: *“La ley es una respuesta humana a necesidades humanas, ella, no es un instrumento creado sobre el modelo de una campaña de defensa social contra una plaga de langostas. Es la necesidad de todos los miembros de una sociedad de ser enseñados sobre cuáles son las exigencias del camino elegido para alcanzar el bien común”*<sup>8</sup>.

En síntesis, allí donde Hart y Raz habían retornado unos palmos hacia la concepción clásica -de la filosofía, griega y del pensamiento jurídico medieval; Finnis hace un camino mayor, y asume la tesis de la ley como medio necesario para que las personas alcancen su bien.

## LEY Y RAZÓN. RAZONABILIDAD DE LA LEY

Lo dicho hasta aquí nos lleva, como de la mano, al tema de la razón en la ley. La utilidad que comporta la ley civil para enseñar al hombre la justicia y procure su propio bien, supone la valiosidad intrínseca del contenido de la ley. Al fin y al cabo, si hablamos de pedagogía de la ley, necesariamente hablamos también de verdades, ya que no puede haber una enseñanza valiosa dirigida al intelecto si no es una enseñanza de verdades. Las leyes, por tanto, suelen entrañar juicios de valor, juicios de valor verdaderos. Aun cuando un precepto de la ley, por ser un imperativo no equivalga

a una proposición susceptible de ser calificada como verdadera o falsa, sin embargo *el precepto legal supone normalmente un juicio de valor, el cual, como todo juicio, tiene un valor de verdad.*

Tal juicio de valor es que la conducta mandada o prohibida en el precepto es el medio que conduce adecuadamente al fin de justicia en la relación de la cual se trate. Ahora bien, pertenece a la razón el disponer los medios que conducen al fin. Por tanto, la ley civil es una ordenación de la razón acerca de los medios que son adecuados al fin de justicia en las relaciones entre los hombres, y de los medios conducentes al bien común político.

Entre los romanos, Cicerón concebía la ley como *“la recta razón aplicada a mandar y prohibir”*<sup>9</sup>. Esta idea se mantuvo en la tradición filosófica. Pero luego Thomas Hobbes enseñó una doctrina diametralmente antitética: *“El poder, y no la razón, hace la ley”*, escribió el pensador británico en el *Leviathan*. Y pudiera pensarse: ¿Acaso no es verdad lo que ha dicho Hobbes? ¿No son sancionadas las leyes por el “poder” legislativo? Y dejando a un lado el poder “formal”, no impulsan e, incluso, deciden la aprobación de ciertas leyes, diversos grupos políticos, sindicales, industriales, bancarios, y aún a menudo, sujetos poderosos extranjeros o de índole trasnacional? A esto se responde: Primeramente, que hay que distinguir: a) la legislación que se hace con el objetivo de beneficiar a una parte de la comunidad o a grupos foráneos, con detrimento y aún opresión de otros, o en desmedro del bien común y, b) la legislación que se hace con fines de justicia y utilidad general. Lo primero, que obviamente existe, es lo patológico, y representa sólo una porción de la obra legislativa, aun cuando comprende leyes importantes, y además tiende a aumentar, en nuestro país y en el mundo en general. Con respecto a lo segundo, la voluntad de los sujetos con poder político es obviamente causa de las leyes, pero ello no quita que la recta razón, la razón ordenadora de medios al fin de justicia (ya la razón de los mismos legisladores formales, ya de los asesores de los legisladores, ya del autor del anteproyecto de ley, ya la razón del autor de la ley extranjera que se adoptó o que se siguió como modelo, etc.) sea también causa de dichas leyes, o de parte importante de ellas, en cuanto tal recta razón haya determinado su contenido.

Por lo dicho, la razonabilidad de lo mandado o prohibido suele caracterizar las leyes, Y así la ley civil *en general* (puesto que hay importantes excepciones, como se ha dicho) se ofrece como fuente privilegiada de conocimiento del derecho natural, que no es otra cosa que el plexo de exigencias universales de la razonabilidad en el obrar en las relaciones de alteridad. Precisamente, el derecho natural en gran medida se halla presente en el derecho positivo, aunque no totalmente encerrado en él. El derecho natural y el derecho positivo son dos órdenes de la normativa jurídica de la conducta humana discernibles en el análisis, pero no existen como dos ordenamientos separados o paralelos.

Tan cierta es esta íntima relación entre la ley civil y la razonabilidad, que los tribunales del país, especialmente la Corte Suprema, han justificado expresamente su apartamiento de lo establecido en preceptos legales, en muy diversos casos, cuando han entendido que lo dispuesto en las leyes se oponía al “principio de razonabilidad”, principio que de acuerdo con la doctrina jurisprudencial, debe respetar siempre el legislador. Asimismo, en muchos otros casos, se rechazó la impugnación de la ley que hiciera uno de los justiciables, por entender el tribunal que la ley cumplía con el requisito de la razonabilidad, de lo cual se colige que la habría dejado de lado si ella fuese irrazonable. Tal doctrina jurisprudencial, afirmada en muchas sentencias desde hace años, se

ha usado para invalidaren sede judicial preceptos legales que limitan derechos fundamentales de las personas, cuando tales limitaciones son irrazonables, o también para declarar inaplicable una ley administrativa o una la ley penal cuando la sanción que imponían era desproporcionada<sup>10</sup>. Asimismo la Corte Suprema y otros tribunales han reputado irrazonables y por tanto las han dejado de lado, varias normas legales que establecían indemnizaciones insuficientes para empleados públicos cesanteados”, o que disponían una inadecuada reparación de los daños<sup>12</sup>. En tales casos, la Corte se ha expresado en los siguientes términos: “La razonabilidad de las leyes depende de su adecuación a los fines que determinaron su concreción y de la ausencia de iniquidad manifiesta”. “Desde antiguo, el Tribunal ha establecido que *las leyes son susceptibles de cuestionamiento constitucional cuando resultan irrazonables, o sea cuando los medios que arbitran no se adecúen a los fines cuya realización procuren, o cuando consagren una manifiesta iniquidad*”<sup>13</sup>. La misma doctrina, expresada en términos aún más amplios, vemos en la siguiente resolución judicial: “El Congreso cuando legisla, el Poder Ejecutivo cuando administra, los jueces cuando dictan sentencia, *deben hacerlo en forma razonable: el contenido de los actos debe ser razonable. El acto irrazonable o arbitrario es afectuoso, y es inconstitucional*”<sup>14</sup>. En fin, como también ha dicho la Corte Suprema, “*el natural respeto de la voluntad del legislador no requiere la admisión de soluciones notoriamente injustas*”<sup>15</sup>.

Este breve recorrido por los repertorios de sentencias nos recuerda la advertencia aleccionadora de Georges Renard: “*Los tribunales son un laboratorio admirable a disposición de los filósofos, que quizás no hacen de ellos el uso que debieran*”<sup>16</sup>.

Como enseña Juan Francisco Linares en obra dedicada especialmente al tema, en las leyes “la razonabilidad equivale a justicia”<sup>17</sup>. Lo mismo surge, como se ha visto, de la doctrina jurisprudencial.

Hay situaciones en que la desobediencia de la ley, y aun la resistencia activa contra quien trate de imponerla, es en realidad “*una lucha por el derecho, un derecho que es atacado por la legalidad*”<sup>18</sup>. Sin embargo, las leyes inicuas son escasas, dentro del vastísimo conjunto de la legislación. Se hacen más frecuentes, claro está, en los regímenes tiránicos u opresivos. En tal sentido, ha surgido en la última década en muchos países del mundo el Estado oligárquico, en el cual gran parte de las decisiones políticas (entre ellas, ciertas leyes), lejos de dirigirse al bien común, se adoptan en el mero interés de grupos locales o multinacionales. Se va gestando una legislación que contiene preceptos notoriamente injustos, como ha sucedido en la Argentina en los últimos diez años en el campo del derecho laboral y en la regulación de los accidentes del trabajo, por ejemplo.

Hemos mencionado el asunto de las leyes injustas, pero sería un despropósito desarrollar aquí, siquiera brevemente, la cuestión de la conducta debida del súbdito y del juez ante los preceptos de esta índole, de lo cual hemos tratado en obras anteriores<sup>19</sup>. En esta ocasión, no consideramos lo patológico de la legislación, sino lo sano, que es lo más corriente; y al respecto, lo importante es que así como la ley inicua carece de suyo de autoridad para obligar, la ley justa, que es algo mucho más frecuente, es moralmente obligatoria, y tiene especial dignidad en virtud de la razón de la cual participa<sup>20</sup>.

## ¿LEY INJUSTA NO ES LEY?

En relación con lo expuesto, es oportuno preguntarse: ¿Debe decirse que hay leyes justas y leyes injustas, o estas segundas no son genuinas leyes, en tanto no son ordenaciones de la razón dirigidas al bien común?

Si tenemos en cuenta el sentido para el cual está la cosa que consideramos, decimos que el sentido de la leyes jurídicas positivas es regular las conductas de manera que resulte un trato justo entre los hombres, en las diversas relaciones que los vinculan. La ley está para ordenar los comportamientos según fines de justicia. Cuando esto no sucede, falta el sentido esencial de esta institución, y eso significa la expresión “ley injusta no es ley”<sup>21</sup>.

Pero si en lugar de reparar en el referido sentido esencial, tenemos en cuenta los aspectos fenoménicos que caracterizan a las leyes positivas, esto es, que son prescripciones generales, dadas por una autoridad pública (v. gr. el Congreso de la Nación, o el Gobernador de una Provincia), con pretensión de que obliguen, dirigidas a personas, para regular sus acciones exteriores...; entonces el mandato injusto o la prohibición injusta puede denominarse válidamente ley, sin pecar contra las reglas de la semántica, y en tal caso se puede hablar de “leyes injustas”, y de que “la ley injusta es ley”.

De manera totalmente semejante nos expresamos con respecto a muchos términos: hablamos de “alimento contaminado o tóxico” para nombrar una sustancia que en muchos aspectos exteriores coincide con el alimento; pero, si nos expresamos con propiedad, al no cumplir tal cosa con la finalidad propia del alimento, que es servir a la conservación y crecimiento del viviente, sino que por el contrario, lejos de alimentar, envenena, entonces es correcto decir que “el alimento tóxico no es alimento”.

De manera semejante, tenemos el caso del “extintor vencido”: no es ya un extintor si se considera su función o razón de ser esencial, pues es un artefacto que ya no extingue el fuego, y en tal caso, ¿cómo denominar “extintor” a lo que no extingue? Pero, en cuanto exhibe las características exteriores de los extintores en su forma, y fue elaborado por una fábrica de extintores, etc. se lo puede designar como “extintor (y así se dice “extintor vencido””, atendiendo a tales apariencias y aspectos accidentales.

## CAUSAS INTELECTUALES DE LA DESVALORIZACION DE LAS LEYES Y DE SU DESPRECIO PRÁCTICO

En distintas épocas ciertas contingencias han erosionado el prestigio de las leyes. Cuando la legislación ha sido abundante sin necesidad, o con excesivo reglamentarismo, con derogaciones o cambios muy seguidos, ello le ha restado autoridad. También ha sucedido esto, por supuesto, cuando el legislador ha defecionado, y servido a intereses particulares en perjuicio del bien común, y tanto más cuando ha instituido leyes francamente opresivas. E independientemente del contenido de las diversas leyes, lo cierto es que el desprestigio contemporáneo de los legisladores en la Argentina, que ha sido el resultado de sus comportamientos censurables, apetito de riquezas, irresponsabilidad en el voto de leyes “por bloque” o por orden del jefe del partido, obsecuencias con el Poder Ejecutivo, etc., también ha contribuido a la devaluación de la ley en el espíritu de la gente.

Pero también ciertas concepciones acerca de la ley civil pueden influir negativamente en el respeto por las reglas jurídicas.

- 1) Al respecto, la doctrina y prédica de la *separación entre lo moral y lo jurídico, o de la distinción conceptual total entre lo moral y lo jurídico*, lleva a la desvalorización de la ley.

Sería obviamente un error afirmar la identidad total del orden moral y el orden jurídico. Ya los antiguos advirtieron que no todo lo que es permitido en el derecho es honesto (*Non omne quod licet honestum est*). En verdad hay varios deberes morales que no constituyen imperativos jurídicos e, incluso, con respecto a algunos de ellos no sería razonable que se convirtiesen en imperativos jurídicos; y también hay conductas mandadas por el derecho positivo que de suyo no son exigidas por ninguna regla moral<sup>22</sup>. Pero hay además un campo muy amplio del comportamiento humano que es preceptuado al mismo tiempo, y con el mismo contenido, por el orden moral y por el orden jurídico. Al fin y al cabo, el principio fundamental del derecho, que es el que manda no dañar a otro (*alterum non laedere*), es un principio moral. Y no nos referimos sólo a los preceptos morales que se han instituido como preceptos jurídico-positivos, sino también a la presencia integradora de la moral en el sistema jurídico que es necesariamente abierto, y de acuerdo con lo cual, las normas morales tienen juridicidad, en el sentido de exigibilidad jurídica y vigencia jurídica, sin ningún acto de recepción, institución o reconocimiento legal. Ejemplo de esto son las normas de ética profesional que se refieren al ejercicio de la medicina (v. gr. de la Confederación Médica Argentina, o de la Sociedad Argentina de Cirugía, o de la Asociación de Anestesiología de Buenos Aires, etc.), las cuales son aplicadas por los tribunales para determinar la conducta debida del profesional de la salud, y con base en ella se han dictado sentencias que han mandado indemnizar daños, a los médicos que no han obrado de conformidad con ellas, aun cuando tales normas no hubieran sido aprobadas por ninguna ley positiva, ni la ley positiva remitiera a ellas<sup>23</sup>.

Por consiguiente, hay que decir que entre lo moral y lo jurídico *hay solamente distinción parcial*.

Ahora bien, la supuesta separación o la distinción total entre ambos órdenes normativos, que muchas veces se afirma, no sólo es un error, sino que además lleva a consecuencias prácticas disvaliosas. De una parte socava el imperio de las exigencias fundamentales de la moralidad en las instituciones y en las decisiones jurídicas; pero también, de otra parte, en cuanto se dice que una cosa es lo jurídico y otra cosa es lo moral, *tal resitura* despoja a las leyes positivas de su autoridad y prestancia, *ya que no se las reputa obligatorias para el comportamiento del hombre honesto*.

Concebidos como dos ámbitos normativos netamente distintos, aunque se admitan vinculaciones entre ellos, la consecuencia práctica no puede ser otra que la más arbitraria libertad para fijar autoritativamente el contenido del derecho en el momento de su institución legislativa y la indiferencia con respecto a la justicia del resultado en el momento de su aplicación judicial. Pero también de aquel yerro doctrinario se deriva otra consecuencia tan importante como la anterior: la formación de una conciencia moral laxa con respecto a los deberes impuestos por la legislación, concebida ésta como mero producto convencional de la sociedad, o como una técnica social del gobernante para lograr ciertos objetivos sociales o sectoriales, indiferente para la moralidad.



En suma, a partir de tal doctrina, de un lado se reconoce la soberanía absoluta de los poderes legisferantes, aun para cualquier capricho, despojo o explotación del hombre; de otro lado, la vía libre para cohonestar fácilmente en el foro de la conciencia, la transgresión de las leyes civiles. En síntesis, la doctrina de la separación viene así a quitar eficacia en la vida social, tanto a los imperativos éticos, como a los preceptos jurídico-positivos.

- 2) Otra causa, también de índole intelectual, de la devaluación de la ley civil en el pensamiento contemporáneo, está en *la desorbitada idea de libertad, puesta como fin último o desiderátum primordial del hombre*, en lugar de concebirse la libertad como útil medio para la consecución de los bienes humanos, sea singulares, sea comunes. La ley limita la libertad, y entonces se ve como un mal. El asumir, aunque sea de manera implícita, la libertad exterior de las acciones como el bien supremo del ser humano, genera una concepción de la ley como “mal necesario”, o sea un mal necesario para evitar otros males mayores, los males que resultarían de la falta de leyes, o sea de la anarquía. Algunos, como el filósofo británico Bentham, lo dijeron expresamente: “*Toda ley es un mal, pues toda ley es una violación de la libertad*”<sup>24</sup>. Y ello también es capaz de alimentar la actitud interior de desprecio de las leyes y la conducta exterior de violarlas.

Como aplicación de lo dicho, puede mencionarse la concepción de Werner Goldschmidt, quien califica lo dispuesto por la ley civil como algo que de suyo siempre entraña injusticia. De conformidad con el léxico creado por este autor, los “*repartos*” de “*potencia*” e “*impotencia*” se distinguen en “*repartos autoritarios*” (los realizados por alguien que tiene autoridad sobre los beneficiarios) y “*repartos autónomos*”, y los primeros son menos valiosos que los segundos, pues –según Goldschmidt– siempre están intrínsecamente viciados de injusticia, por el mero hecho de ser impuestos a los individuos. Escribió el mencionado profesor: “*En el reparto autónomo los repartidores actúan justamente como repartidores; pero en el reparto autoritario, los repartidores siempre cometen una injusticia: la de invadir la esfera de actividad de los beneficiarios gravados*”<sup>25</sup>. Expresó el mismo autor: “*Todo reparto autoritario cuesta una injusticia, pues constituye una intervención en la esfera de la libertad de los interesados. Con ello no se ha afirmado todavía la injusticia del reparto en su totalidad, ya que el empleo de la coacción puede ser justificado si resulta necesario para fomentar el libre desenvolvimiento de la personalidad de los beneficiarios gravados: de todos modos, hay que destacar que el reparto autoritario comienza con una injusticia*”<sup>26</sup>.

Al respecto, hay que señalar:

- a) Que el término “autoritario”, usualmente es entendido en el sentido de exceso o abuso de la autoridad, por lo cual es un vocablo que porta una *carga emotiva* desfavorable, y por tanto predispone a una conclusión desaprobatoria de la cosa a la cual se aplica (en este caso, Goldschmidt lo aplicó a las disposiciones del legislador).
- b) La insólita tesis de Goldschmidt (de que el legislador, por el solo hecho de dar la ley, comete una injusticia), se deriva de la falsa premisa que asume explícitamente: que el principio supremo de justicia es el respeto de las libertades individuales; afirma Goldschmidt en otro lugar: “*El principio supremo de justicia consiste en asegurar a cada cual una esfera de libertad dentro de la cual sea capaz de desarrollar su personalidad*”<sup>27</sup>. De acuerdo con esto, la ley civil es de suyo un mal, aunque sea un mal necesario, porque la libertad es el máximo bien.

Al respecto, también se ha señalado que la repulsa de la ley en nombre de la libertad es un elemento presente en la cultura contemporánea: *“Desde el Renacimiento, la historia del pensamiento ha caminado en el sentido de un progresivo descubrimiento y de una exaltación de la libertad, individual o colectiva (...) Así que al hombre moderno le cuesta trabajo comprender que pueda estar interiormente sujeto a una obligación legal cualquiera, que se le impondría desde el exterior y pretendería ligar su conciencia; sólo se siente obligado en la medida en que ha contraído libremente un vínculo moral. En una palabra, la noción misma de ley le parece más o menos extraña al dominio interior de los valores morales (...) Esta evolución característica de los tiempos modernos acaba a menudo en nuestros días en verdadera rebeldía de la libertad personal contra toda pretensión de la sociedad de imponer obligación o coacción alguna. Así, el existencialismo ha consumado el divorcio entre la ley y la vida humana, que sería pura libertad, sin reconocimiento de otras normas que ella misma. Como ha dicho Sartre: “Ya no hay nada en el cielo, ni bien ni mal, ni nadie que me dé órdenes. Porque yo soy un hombre, Júpiter, y cada hombre debe inventar su camino”<sup>28</sup>.*

## UNA ACOTACIÓN: LA REVALORIZACIÓN CONTEMPORÁNEA DE LA LEY VERSUS LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD CONTRACTUAL

Me permitiré traer a cuento una consideración del derecho civil y comercial. Se trata de las estipulaciones que en la doctrina y en la Ley de protección del consumidor 24.240 se llaman *cláusulas abusivas* y se reputan inválidas, aunque hayan sido convenidas sin error, dolo ni violencia. Al respecto, hay una tendencia creciente en los juristas en tener por abusivas y, por ende, ineficaces aquellas cláusulas que sean contrarias a los preceptos de la ley (por ej. del Código civil o del Código de comercio), salvo que la restricción de los derechos del consumidor o de la parte débil del contrato que resulte de la cláusula, se compense con otras ventajas reales o resulte de algún modo justificada.

Hay así un cambio importante con respecto a la doctrina que se había enseñado antes, según la cual sólo las normas de la ley que fuesen “de orden público” tenían carácter absolutamente imperativo y prevalecían sobre las estipulaciones contractuales que las contrarioran, y las otras normas, denominadas “derecho dispositivo” o “derecho supletorio” sólo regían -se decía- cuando las partes no hubiesen previsto nada al respecto. Ahora, por el contrario se admite, con acierto, que el terreno del “derecho supletorio” no es tan amplio. Y esto es porque el legislador, cuando ha determinado las reglas para los negocios jurídicos, generalmente ha instituido aquello que es más equitativo o razonable<sup>29</sup>.

En algunos países la ley misma ha establecido, como norma general en materia de contratos de adhesión, el carácter imperativo y no supletorio de las reglas de la ley. Así, por ejemplo, en el nuevo Código civil de Perú (de 1984), su art. 1399 dispone: *“En los contratos nominados celebrados por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, carecen de eficacia las estipulaciones contrarias a normas establecidas para el correspondiente contrato, a no ser que las circunstancias de cada contrato particular justifiquen su validez”:*

Por lo dicho, hay en esta doctrina que desapueba el injustificado apartamiento contractual de las reglas de la ley, una revalorización de la ley positiva, pues asume que ésta suele ser expresión de

justicia y causa de equilibrio en la vida social. Y esto es verdad, aun cuando haya también algunas lamentables excepciones, ya provenientes del error humano, ya de la defección del legislador.

Se explica esta revalorización del derecho positivo, porque el derecho positivo no es puramente positivo: gran parte de su contenido es simultáneamente derecho natural o, para decirlo en otros términos, “exigencias evidentes de la razonabilidad de alcance universal” o “concreción de principios de justicia”. Ya Aristóteles, en el conocido texto de su *Ética a Nicómaco* en el cual el sabio griego caracteriza el derecho natural, explica que “en el derecho de toda comunidad política se puede distinguir lo que es natural y lo que es puramente convencional. Es natural aquello que en todas partes tiene el mismo valor, y no depende de las decisiones que los hombres puedan tomar en un sentido o en otro (...)”<sup>30</sup>. Y precisamente, al ser el derecho positivo (puesto en una comunidad) un derecho que no es puramente positivo, entonces no son todas sus reglas supletorias y derogables por pactos de los particulares, sino que muchas de ellas son imperativas. Y no nos referimos sólo a las reglas denominadas de “orden público”, sino a gran parte de los imperativos del que suele llamarse “derecho dispositivo”.

## DOCTRINAS FAVORABLES A LA DESOBEDIENCIA JUDICIAL DE LAS LEYES CIVILES

1º) *Un iusnaturalismo mal entendido*, puede servir de pretendida justificación para la inobservancia de los preceptos legales en las decisiones judiciales. Y esto puede suceder de dos modos: Uno cuando se eclipsa el valor de la ley positiva en la preocupación por exaltar la existencia, vigencia y operatividad de la ley natural, o la justicia, o los “principios”, los “valores” o comoquiera se le llame. Otro es la exageración del alcance que se atribuye a la discreción del juez, aunque sea bajo el nombre de prudencia judicial o de equidad.

En cuanto a lo primero, tal iusnaturalismo parece ignorar que una de las normas del derecho natural es precisamente la que manda obedecer las leyes civiles<sup>31</sup>, salvo que sean manifiestamente injustas, y aun en este lamentable caso, la desobediencia se admite con cierto requisito (que el apartamiento de la ley no sea especialmente dañoso al bien común, v. gr. por el escándalo o desorden que pueda causar, en cuyo caso el hombre debe ceder de su derecho)<sup>32</sup>.

Y con respecto a la benemérita prudencia, es un grave error pensarla como sustitución de la ley civil. Platón, como es muy sabido, en su primer proyecto de república ideal, expuesto en la *Politeia*, prácticamente había suprimido las leyes civiles, con el fundamento de que en una comunidad gobernada por hombres sabios como era el régimen de su propuesta, ellos sabrían determinar en cada caso concreto lo justo, mejor que las leyes. Más tarde, convencido el gran filósofo por la crítica y desengañado por las experiencias que viviera, cambió diametralmente su idea, y ya en la última de sus obras, intitulada precisamente *Las leyes*, las ensalzó sobremanera, en muchos pasajes como éste: “A los que ahora se dicen gobernantes, los llamaré servidores de las leyes, no por introducir nombres nuevos, sino porque creo que ello, más que ninguna otra cosa, determina la salvación o perdición de la polis; pues en aquella donde la ley no tenga fuerza, veo venir la destrucción sobre ella-, y en aquella otra, en cambio, donde la ley sea señora de los gobernantes y los gobernantes siervos de ella, veo realizada la salvación y todos los bienes que otorgan los dioses a una polis. Éste es el modo como yo veo las cosas”<sup>33</sup>.

- 2º) El positivismo jurídico contemporáneo. Las modalidades de positivismo jurídico más difundidas en el siglo XX centraron su atención en el momento de la aplicación autoritativa del derecho por los tribunales, y redujeron el derecho positivo al derecho positivo judicial.

Para los autores del positivismo jurídico, en la versión que ha sido predominante en los últimos treinta años, las normas legales no son de suyo derecho, sino que para ser derecho requieren vivir a través de las sentencias judiciales; sólo son normas jurídicas las que efectivamente influyen en las decisiones de los jueces. Esta concepción está representada, entre otros, por el danés Alf Ross<sup>34</sup>, y ya mucho antes se expresaba en aquellas palabras del famoso ministro de la Corte Suprema estadounidense, Oliver W. Holmes, quien enseñaba: *“el derecho es lo que los jueces dicen que es”*.

Este modo de concebir el derecho, aun cuando trasunta cierto realismo, obviamente deprime e incluso aniquila la autoridad de las leyes civiles. De acuerdo con este pensamiento jurídico, el valor de las normas de la ley está sólo en que pueden influir, y de hecho suelen influir, en las decisiones de los jueces.

La teoría de Hans Kelsen, otro nombre muy importante dentro del positivismo jurídico, en este aspecto se asemeja bastante a la concepción que acabamos de mencionar, aunque a primera vista parezca ser muy diferente. Según escribiera el ex-profesor de Viena en su *Teoría pura del derecho*, las normas jurídicas que existen en un sistema jurídico son aquellas que los órganos de aplicación del derecho dicen que existen<sup>35</sup>, y también ha afirmado Kelsen que no tiene sentido hablar de sentencias que “en sí” sean legales o ilegales; quien determina si una sentencia es ilegal es sólo un tribunal de apelación<sup>36</sup>. Y de acuerdo con su modo de concebir el ordenamiento jurídico, “los órganos aplicadores del derecho están autorizados no sólo a crear una norma individual que concuerde con una norma general que determina su contenido a través de una ley, sino también a crear una norma individual que no concuerde con aquella norma general”<sup>37</sup>. Los textos son muchos y coincidentes; finalmente, citamos el siguiente: “(...) Si la autoridad competente ha declarado que tal ley es constitucional, el jurista no puede considerarla desprovista de efectos jurídicos (...) La ciencia del derecho no tiene competencia para decidir si un Estado ha violado el derecho internacional o si un órgano de la comunidad internacional no ha cumplido con las normas del tratado que lo instituyó. La ciencia jurídica solamente puede describir el derecho *tal como ha sido creado y aplicado por los órganos competentes*”<sup>38</sup>.

Hemos considerado el sedicente “realismo norteamericano”, el sedicente “realismo escandinavo” y la doctrina kelseniana, es decir las manifestaciones más conspicuas del positivismo jurídico del siglo XX. ¿Qué respeto a lo preceptuado por la ley puede derivarse de estas teorías acerca del derecho?

- 3º) *El abuso del concepto de “sistema” y de la “interpretación sistémica”. La denominada “constitucionalización” del derecho.* Muchas veces la apelación al derecho como “sistema” y a la denominada “interpretación sistémica” encubren una decisión que no es meramente interpretativa de la ley, ni integradora de ella, sino claramente contraria a la ley.

No cuestionamos el concepto de “sistema” jurídico, ni tampoco la idea de tal interpretación integral, pues como bien dice Rodolfo Vigo, “*a los fines de facilitar la inteligibilidad de un cuerpo normativo, resulta imprescindible comprobar que el mismo no es un mero agregado caótico, sino una totalidad ordenada o sistémica*”<sup>39</sup>. Pero cuestionamos el abuso de esta idea. Bien está el invalidar una regla legal, restringir o ampliar su alcance por imperio de una regla de más jerarquía presente en el sistema jurídico; y también es correcto resolver mediante una “interpretación sistémica” las contradicciones, vaguedades y ambigüedades de los textos legales, o aun oponer a un precepto legal otro de pareja jerarquía y especialidad, también perteneciente al ordenamiento y preferido por el intérprete y aplicador del derecho. Pero muchas veces, bajo la invocación del “sistema”, lo que realmente se hace es dejar de lado una norma clara, vigente, no contrariada por ninguna otra de pareja jerarquía ni de mayor especialidad. Cuando esto se hace para hacer regir la justicia, en buena hora que se haga (ya nos hemos referido supra al caso de las leyes injustas o irrazonables); pero muchas veces el juzgador lo hace por seguir una mera preferencia personal, o la norma que le gustaría que estuviese en la ley, o para conformarse a la opinión pública, o por otros motivos.

Una de las maneras comunes de efectuar esta “interpretación sistémica” que en realidad importa una derogación judicial de la ley vigente es mediante la “constitucionalización” del derecho. Las normas de la Constitución nacional y de las Constituciones provinciales que se ubican dentro de la sección declarativa de derechos y garantías son con frecuencia muy amplias, vagas; sin embargo suele atribuírseles sentidos determinados, que en realidad suelen ser las preferencias de los intérpretes y aplicadores del derecho; luego se apela a la superior jerarquía de las normas constitucionales sobre las normas legales ordinarias, y de esta manera se deja de lado un precepto de la ley que no se quiere aplicar, o se lo interpreta en un sentido peculiar, que no es obviamente el que tiene, y se presume así que la solución decidida resulta “del ordenamiento”.

4º) *Los falsos principios*. En el primer punto, bajo la rúbrica de “iusnaturalismo mal entendido”, nos hemos referido a una tesis errónea con respecto al valor del derecho positivo en general y al acatamiento que le es debido. Pero ahora nos referimos a los contenidos particulares erróneos o disvaliosos que algunas veces se asumen en resoluciones judiciales, y a los que se les atribuye el valor de *principios supralegales*, o se los hace funcionar como tales.

Muy diversos ejemplos pueden darse de sentencias claramente violatorias de la ley vigente, cuyo fundamento reposa en un principio extralegal que no goza de la veracidad de los genuinos principios del derecho natural, sino que, por el contrario, es un principio opuesto a las exigencias de la justicia o de la razonabilidad. Mencionaremos solamente un par de casos ilustrativos, referidos al deber de respetar la vida humana del ser humano antes de su nacimiento.

a) El supuesto “derecho de abortar”, o eufemísticamente denominado a veces “derecho de libertad de elección” de la mujer, suele usarse para sacar soluciones de lege lata a favor de la impunidad del aborto, en sistemas legales en que hay preceptos específicos no derogados que prohíben atentar contra la vida del ser humano por nacer. Así sucedió con la sentencia de tanta trascendencia de la Corte Suprema de los EE.UU. de 1973 (pues cambió diametralmente el derecho de dicho país), en la causa *Roe vs. Waée*. En dicha

sentencia el supuesto principio jurídico de la libertad de la mujer de disponer libremente del fruto de la concepción humana, con pretendida base en el principio de respeto de la privacidad, se hizo prevalecer no sólo por encima del imperativo del derecho natural que manda respetar la vida ajena inocente, sino también por sobre las leyes de todos los Estados de ese país, las cuales penalizaban el aborto voluntario.

- b) Otro ejemplo, pero más próximo a nosotros en el espacio y en el tiempo: Se trata de un fallo de la Cámara Federal de Córdoba<sup>40</sup>, de marzo de 2.000, en un juicio de amparo colectivo de derechos difusos, incoado por una asociación para la defensa de la vida humana, que pidió se ordenara la cancelación de la autorización para la fabricación y comercialización de un producto que se indica y vende para la destrucción del embrión humano durante las primeras dos semanas de vida en el cuerpo materno, antes de su implantación en el útero. La sentencia de primera instancia hizo lugar a la demanda, pero luego fue revocada. Entre los pretendidos fundamentos que se expresan en el fallo de la segunda instancia, en los tres votos se hace referencia a que es cuestión discutida cuándo comienza a existir persona humana; y en uno de dichos votos se razona que por tanto se deja en libertad a la madre en lo que concierne a la destrucción del embrión antes de su anidación en el útero. El juez asumió así un falso principio: Que ante la duda de si la víctima es o no es persona humana, es lícita su destrucción (In dubio, contra hominem)<sup>41</sup>. Y este falso principio se hizo prevalecer por sobre la clara norma de la ley vigente, la Convención sobre los derechos del niño. Expresa ésta en su art. 6º: “Los Estados reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida”, y en la reserva que realizara la República Argentina al tiempo de la ratificación de la Convención, se dispone que las reglas de ella “deben interpretarse (...) en el sentido de que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de la concepción”<sup>42</sup>.

## NOTAS

- <sup>1</sup> En todo el artículo se emplea el término “ley” en sentido propio amplio, que comprende todo precepto emitido por una autoridad política (leyes en “sentido formal” emanadas de los Poderes Legislativos, decretos, resoluciones ministeriales, ordenanzas municipales, etc.).
- <sup>2</sup> Por ejemplo, Carlos Niño, *Un país al margen de la ley*, Emecé, Bs. As., 1992.
- <sup>3</sup> Tomás de Aquino, *Summa theol.*, I-II, 95, 1 c. También I-II, 92, 2, ad 4.
- <sup>4</sup> De acuerdo con la referencia de Aristóteles, en la *Política*, L. III, cap. 9, n. 1280 b 8. Cfr. Licofrón, en Hermann Diels - Walter Kranz, *Die Fragmente der Vorsokratiker*, Weidmannsche Verlagsbuchhandlung, Berlín, 1959, p. 307, fragm. 83, 3.
- <sup>5</sup> Herbert L. Hart, *The concept of law*, Oxford, 1961. Citamos según la trad. castellana de Genaro Carrió, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1968, p. 50.
- <sup>6</sup> Herbert L. Hart, *The concept of law*, *ibid.*
- <sup>7</sup> Joseph Raz, *Practica! reason and norms*, Londres, 1975, p. 159. También véase pp. 136 ss.
- <sup>8</sup> John Finnis, *Natural law and natural rights*, Oxford Clarendon Press, N. York, 1986, p. 262. El subrayado es nuestro. Hay traducción castellana de la obra, por el profesor chileno Cristóbal Orrego S., ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 2000.
- <sup>9</sup> Cicerón, *De legibus*, L. II, c. 4, I, cap. 12.

- <sup>10</sup> CS. 12/3/87, en LL 1987-C-151; LL 1994-A-484.
- <sup>11</sup> CS 11/12/84, en LL 1985-D-572.
- <sup>12</sup> LL 1983-A-281.
- <sup>13</sup> C.S., 28/12/77, en Fallos 299-430. Véase también Fallos 296-22; 304-1259 y 1416.
- <sup>14</sup> Cám. Fed. Mza., s. B, 21/10/83, en LL 1984-A-69.
- <sup>15</sup> Fallos 253-280.
- <sup>16</sup> Georges Renard, *Introd. filosófica al derecho*, Desclée de Brouwer, Bs. As., 1947, p. 190.
- <sup>17</sup> Juan F. Linares, *Razonabilidad de las leyes*, 2a ed., Astrea, Bs. As., 1989, p. 109.
- <sup>18</sup> Cfr. Marco A. Risolía, *Grandeza y desprestigio de la ley*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1961, pp. 18 s.
- <sup>19</sup> Camilo Tale, *Compendio de derecho natural*, Ed. del autor, Córdoba, 1991, pp. 159-68. También en *Lecciones de filosofía del derecho*, Alveroni, Córdoba, pp. 62-71.
- Sobre el tema, Jean Dabin, *La philosophie de l'ordre juridique positif*, París, 1929, ns. 204/28; Francois Géný, *Science et technique en droit privé positif*, París, 1924, Nº 297;
- <sup>20</sup> Como profesor de derecho de obligaciones, y después de casi veinte años de antigüedad en el estudio de dicha disciplina, puedo dar el testimonio de que a lo sumo dos o tres normas legales de dicha materia en el Código civil argentino vigente son impugnables por injustas; una de ellas es la regla del art. 759, 2a parte.
- <sup>21</sup> En relación con esto, es interesante ver que este sentido estrictísimo del término es el significado de "ley" que expresa el Dice, de la lengua de la Real Academia Española. Allí leemos: "Ley. Precepto dictado por la suprema autoridad, en que se manda o prohíbe una cosa en consonancia con la justicia y para el bien de los gobernados" (20a ed., Madrid, 1984). Se expresan allí otras catorce acepciones del término, ninguna de las cuales puede aplicarse a la regla inicua emitida por el gobernante.
- <sup>22</sup> Claro está que de todos modos es un deber moral acatar tal precepto jurídico positivo cuyo contenido sea indiferente para la moralidad.
- <sup>23</sup> Así por ej. en CSJN, 29/3/84, González Oronó de Leguizamón, Norma el Fed. de Trabajadores Jaboneros y Afines, en LL 1984-B-388: "Respecto de la actuación de los médicos deben ponderarse ciertas reglas aceptadas por los colegios y organizaciones profesionales (...) para juzgar adecuadamente el comportamiento de quienes tuvieron a su cargo la atención de un paciente, ya que tales directivas constituyen criterios idóneos e imprescindibles para apreciar la diligencia debida...". Y en la misma sentencia: "No cabe restringir en lo que a la actuación de los médicos se refiere, el alcance de las normas éticas aceptadas por los colegios y organizaciones profesionales, ni privarlas de toda relevancia jurídica; antes bien, se impone garantizarles un respeto sustancial para evitar la deshumanización del arte de curar". La misma doctrina sostuvo la CSJN en Amante, Leonor y otros c/ Asoc. Mutual del Tpte. Automotor, 24/10/89, en JA 1990-11-125. Ver también CNCiv. S. I, 27/8/91, Cotos, Antonio c/ Centro Asistencial Sindicato de Perfumistas.
- "Dice el art. 13 del Código de ética de la especialidad, que es deber inexcusable del anestesista estudiar al enfermo, prepararlo y vigilarlo en forma permanente durante toda la anestesia, así como controlar el postoperatorio, constituyendo falta grave abandonarlo en cualquier momento del intraoperatorio, así como descuidar la observación continua e ininterrumpida del paciente anestesiado" (Quintero de Berrueta c/ Asoc. Obrera de Socorros Mutuos, en JA 1990-1-221).
- La Corte Suprema habla de la "exigibilidad jurídica del deber de asistencia al enfermo que prescriben las normas contenidas en el Código Internacional de Ética Médica, el Código de Ética de la Confederación Médica Argentina, y la Declaración de Ginebra" (CSJN 24/10/89, Amante, Leonor y otros..., cit, JA 1990-11-126).
- "La abstención -en el caso de un médico- compromete su responsabilidad no solamente cuando una disposición expresa ordena que se obre, sino también en todos aquellos casos en que hay una "obligación jurídica de obrar". No resulta necesario que exista un precepto legal expreso que ordene la acción que alguien se haya abstenido de ejecutar" (Capel. CivCom. San Martín, s. I, 28/9/79, S., Julio A. y otra c/ Thompson., Luis y otro, en LL 1980-A-413).
- "En el campo de la responsabilidad del médico frente al enfermo y en especial frente al caso de culpa por omisión, la interpretación legal ha llevado a crear el concepto de "obligación jurídica de obrar", entendiéndose por tal, no sólo la que

la ley consagra, sino también la impuesta por la razón, por el estado de las costumbres y por la práctica de los hombres probos" (SCBA, 20/5/80, Silvestre, Julio A. y otro el Thompson., Luis y otro, en LL 1980-A-413; ED 91-374.).

<sup>24</sup> Jeremy Bentham, Principes de législation, cap. X.

<sup>25</sup> Werner Goldschmidt, Introd. filos., Nº 73.

<sup>26</sup> Werner Goldschmidt, Introd. filos., Nº 439.

<sup>27</sup> Werner Goldschmidt, Introd. filosófica al derecho, 4a ed., Depalma, Bs. As., 1973, nº 435. Del mismo autor, La ciencia de la justicia (Dikelogía), Depalma, 1976, pp. 270 ss.

<sup>28</sup> Hemos considerado especialmente el punto en El pensamiento filosófico-jurídico de Werner Goldschmidt (Exposición y comentario crítico), en Prudentia iuris, Fac. de Derecho de la U.C.A., Bs. As., Nº 38, 1995; publicado también en Rev. Notarial, del Colegio de Escribanos de la Prov. de Córdoba, Nº 68, 1995-1.

<sup>29</sup> Jean Aubert. Ley de Dios, leyes de los hombres, Herder, 2a ed., 1979, Barcelona, p. 20.

<sup>30</sup> L V, cap. 7, 1134 b.

<sup>31</sup> El fundamento es obvio: El hombre debe vivir en sociedad política con sus semejantes, tal asociación requiere de una autoridad y de normas generales emitidas por ésta.

<sup>32</sup> Tomás de Aquino, Sum. theol., M-II, 60, 5 ad 1; I-II, 96, 4 c.

<sup>33</sup> Platón, Las leyes, 715 d.

<sup>34</sup> "Un orden jurídico nacional, considerado como un sistema vigente de normas, puede ser definido como el conjunto de normas que efectivamente operan en el espíritu del juez, porque éste las vive como socialmente obligatorias y por eso las obedece" (Alf Ross, Sobre el derecho y la justicia, Eudeba, Bs. As., trad. por Genaro Carrió, Eudeba, 1963, p. 34). El resaltado es nuestro.

<sup>35</sup> Hans Kelsen, Teoría pura del derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1979, V, Nº 35.

<sup>36</sup> Hans Kelsen, op. cit. en nota anterior, V, Nº 35 j.

<sup>37</sup> Hans Kelsen, El concepto de orden jurídico, en Contribuciones a la teoría pura del derecho, Bs. As., 1969.

<sup>38</sup> Hans Kelsen, Teoría pura del derecho (trad. abreviada de la versión francesa), Eudeba, Bs. As., 1975, cap. II). El resaltado es nuestro.

<sup>39</sup> Rodolfo Vigo, interpretación consttucional, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1993, p. 116.

<sup>40</sup> CFed.Cba. s. B, Cba., 23/3/00, Portal de Belén Asoc. Civil s/ fines de lucro el Minist. de Salud y Acción Social de la Nación - Amparo.

<sup>41</sup> Voto del Dr. Luis Rueda. En los otros dos votos, se desestimó la pretensión sobre la base de una razón formal: que Ja cuestión no podía discutirse adecuadamente en un juicio de amparo.

<sup>42</sup> La sentencia de primera instancia se halla publicada en Semanario jurídico, Córdoba, Nº 1280, 2/3/00, tº 82, 2.000-A, p. 266. El fallo de la Cámara, en la misma revista, Nº 1301, 27/7/00, tº 83, 2.000-B, p. 115, con sustancioso comentario de Héctor Hernández, intitulado Fallo inconstitucional.

En el voto firmado por el juez Rueda se reproduce el siguiente texto de A. Garapón, que allí se cita en sentido aprobatorio: "(Antes) no se suponía que el juez fuese otra cosa que la "boca de la ley", según la conocida expresión de Montesquieu. Pero esta ley tan esencial para la separación de los poderes ya no es suficiente para guiar al juez en su decisión. El juez ha de recurrir a fuentes exteriores para "decir" el derecho. La ley no se confunde con el derecho; mantiene por supuesto una importancia esencial pero ya no puede pretender que se base en ella todo el sistema jurídico" (Juez y democracia, Flor del viento, España, 1997, p. 33). El pensamiento es verdadero, y es pertinente para el caso de un precepto legal injusto, para dejarlo de lado y hacer regir en su lugar un principio de justicia. Pero de ninguna manera esta idea puede servir para avalar la transgresión de una norma legal justa, sustituyéndola por un principio inadmisibles, como se hizo en esta argumentación.