
La concreción legal y jurisprudencial de la teoría del derecho natural de Javier Hervada

Algunas notas desde el derecho argentino, a partir del factor «tiempo»

The Legal and Jurisprudential Determination of Javier Hervada's Natural Law Theory

Some Remarks from the Argentine Juridical System, taken the «Time Factor» as an Example

Renato RABBI-BALDI CABANILLAS

Catedrático de Teoría General y Filosofía del Derecho
Universidad de Buenos Aires

renatorabbibaldi@gmail.com

<https://orcid.org/0000-0001-7347-4205>

RECIBIDO: 04/02/2021 / ACEPTADO: 10/12/2021

Resumen: Javier Hervada se ha destacado por sus investigaciones en torno de la historia del derecho natural; su teoría y su aplicación. Los dos últimos aspectos devienen inescindibles y conducen a las siguientes tres funciones del derecho natural: como fuente del Derecho «positivo» o, más propiamente, «institucional»; como instancia crítica de aquél y como parte integrante del ordenamiento jurídico. Este papel se ocupa de este último aspecto por dos razones: es el menos conocido en el ámbito de la teoría del derecho natural comparada, y es en el que el aporte de Hervada es más original. A tal fin se efectuará una presentación de la teoría hervadiana de la unidad de la realidad jurídica, la que se compone de «títulos» y «medidas» naturales y de «títulos» y «medidas» positivas; de seguido, dentro de las primeras, se examina uno de sus componentes o factores, el «tiempo», el que da palmaria cuenta de esa *integración* de lo natural en el sistema jurídico y de la referida tarea de contribuir a garantizar la justicia material del Derecho «institucional». Por último, se ilustra dicha noción con ejemplos legislativos y jurisprudenciales del derecho de mi país, pero, es claro, el ejercicio es perfectamente extrapolable a cualquier ordenamiento comparado.

Palabras clave: derecho natural; derecho positivo; naturaleza de las cosas; factor «tiempo»; derecho argentino; jurisprudencia; legislación.

Abstract: Javier Hervada has been outlined for his research in natural law history; its theory and its application. The last two aspects become inseparable and lead to the following three functions of natural law: as a source of «positive» law or, more properly, «institutional» law; as a critical instance of positive law, and as an integral part of the juridical system. This paper deals with this last aspect for two reasons: it is the least well known in the field of comparative natural law theory, and it is where Hervada's contribution is most innovative. For this purpose, a presentation will be made of the Hervada's theory that there is a single juridical system, that is composed of natural «titles» and «measures» and positive «titles» and «measures»; then, within the first above-mentioned, it is considered one of its components or factors, «time», that recognized this *integration* of natural law in the juridical order and, also, the aforementioned duty to guarantee the material justice of the «Institutional» law. Finally, this notion is illustrated with legislative and jurisprudential cases of Argentine law, although, the exercise is perfectly applied to any comparative juridical system.

Keywords: natural law; positive law; nature of things; time factor; Argentine law; judicial cases; legislation.

I. INTRODUCCIÓN

La contribución científica de Javier Hervada a la teoría del derecho natural puede ser examinada desde múltiples lugares, consecuencia de su sagaz; sugerente; en muchos aspectos original y también prolífica consideración del tema. En otro lugar esboqué una breve síntesis de las tres facetas desde la que, a mi juicio, cabe examinar su aporte: como «historiador»; como «teórico» y como «práctico» (es decir, quien «aplica» tales principios a los diversos y complejos supuestos de la vida social), siendo las dos últimas perspectivas –que actúan de modo inescindibles– las que reúnen lo esencial de su pensamiento¹.

Para Hervada el centro neurálgico de su teoría consista en considerar que lo jurídico resulta una única realidad, en parte natural; en parte positiva. El Derecho, en efecto, constituye un todo estructurado por elementos o factores que proceden de la naturaleza humana y de la naturaleza de las cosas (lo «natural»; lo *dado* del derecho), y por elementos o factores que se originan en el acuerdo o convenio humano (lo «puesto» discrecionalmente por las personas en su vida de relación). Derecho natural y derecho positivo, pues, van a vertebrar el único Derecho con el que se cuenta y que algunos autores –persuasivamente, cuando no con cierta provocación– consideran que es «positivo» sin más², en tanto quien esto escribe piensa que resultaría más pertinente denominar «institucional». Como quiera que se lo enuncie («positivo» o «institucional»), algo parece seguro: se integra de piezas en parte dadas (derecho natural); en parte acordadas (derecho positivo propiamente dicho).

El autor presenta y desarrolla las notas más características de la tesis recién referida en un ensayo breve, bien que meduloso, llamado a tener una enorme repercusión teórico-práctica posterior³. Ahora bien; conviene discutir por partes a fin de no escamotear el sofisticado aporte hervadiano en la cuestión.

Así, y contrariamente a un extendido malentendido procedente, en general, pero no exclusivamente, del positivismo jurídico, el derecho natural no

¹ Cfr. «Javier Hervada, teórico del derecho natural», *La Ley*, Buenos Aires (7/8/2020), pp. 1 y 6.

² Cfr. SERNA, P., «Sobre las respuestas al positivismo jurídico» y OLLERO, A., «La eterna polémica del derecho natural. Bases para una superación», ambos en RABBI-BALDI, R. (coord.), *Las razones del derecho natural. Perspectivas teóricas y metodológicas ante la crisis del positivismo jurídico*, Ábaco, Buenos Aires, 2ª, 2008, pp. 115/116 y 441/444, respectivamente.

³ Cfr. *Introducción crítica al derecho natural*, Eunsa, Pamplona, primera edición de 1981, posteriormente ampliada y reeditada (en lo sucesivo, se cita por la 6ª de 1990).

es (*o no es solo*) un conjunto de postulados teóricos; de carácter puramente abstracto. Por de pronto, se sitúa en un estadio, si cabe la expresión, anterior y superior respecto del Derecho «institucional» en tanto que plantea los fundamentos de éste último y, al mismo tiempo, actúa como su instancia cognocitiva crítica. Una rápida mirada a la historia (que no es motivo de este estudio) da cuenta de esa doble función, desde el relato de Antígona hasta las finas reflexiones de Aristóteles y Cicerón en la antigüedad, pasando por las penetrantes consideraciones de Tomás de Aquino en el Medioevo; de Francisco de Vitoria o Luis de Molina, en la temprana modernidad; incluso de Christian Wolff en la modernidad madura y, por cierto, en toda la saga de declaraciones y tratados de derechos humanos de los siglos XVIII, XIX y XX y, también, del presente⁴.

Empero, con lo expuesto el derecho natural no concluye su tarea, cambiando añadir algo más. Se trata de un dato de la realidad jurídica que resulta insoslayable; acaso autoevidente y, no obstante, algo sobre lo que no se ha reparado lo suficiente: el derecho natural no está «fuera» sino que se *integra* en el Derecho «institucional», siendo parte constitutiva y constituyente de éste. Dicho de otro modo, no hay desde el punto de vista de su estructura, un Derecho («institucional») que no *contenga* elementos del derecho natural, los que actúan de modo constante y promiscuo en su desenvolvimiento y concreción. Como es obvio, la trascendencia de este dato es fecundo porque, en gran medida, «civiliza», como dice Hervada, el contenido de este último Derecho, nutriéndolo de respuestas y propuestas cara a su ínsito desarrollo y, de paso, desmonta el referido prejuicio de un derecho natural que circula por las «alturas», alejado de todo vínculo con las variadas alternativas de la vida social.

Sintetizando; más allá de su tarea como historiador del tema, aquí mencionada de rondón en la nota 4; el aquí homenajeado ha dejado oír su voz clara y penetrante sobre estas, si cabe así llamarlas, tres funciones o tareas del derecho natural: como fuente nutricia del Derecho «institucional» (básicamente a través del reconocimiento de los derechos que inhieren en la naturaleza humana y el despliegue que de allí emana); como instancia crítica de aquél (examinando, ya normas que, en parte, recuerda la labor que asumen los constitucionalismos modernos y contemporáneos cuando plantean el control o test de constitucionalidad de aquellas; ya supuestos de ordinario «difíciles»

⁴ Cfr, por todos, RABBI-BALDI, R., *Teoría del Derecho*, Ábaco, Buenos Aires, 6ª, 2021, *passim*. Para HERVADA, J., cfr. *Historia de la ciencia del derecho natural*, Eunsa, Pamplona, 1987, *passim*.

de la peripiecia contemporánea –transplantes de órganos; objeción de conciencia; función de la medicina, etc.–), y, finalmente, como parte integrante del ordenamiento jurídico⁵.

En lo que sigue, deseo ocuparme de este último aspecto por un doble orden de razones: es el menos conocido en el ámbito de la teoría del derecho natural comparada, y es en el que el aporte de Hervada es más original y sólido. A tal fin se efectuará una muy breve presentación del corazón de la teoría hervadiana de la unidad de la realidad jurídica, la que se compone de «títulos» y «medidas» naturales y «títulos» y «medidas» positivas del derecho (II); de seguido, dentro de «medidas» naturales, examinaré uno de sus componentes o factores, el «tiempo», el que da cuenta, como los demás, de esa *integración* de lo natural en lo positivo y de esa referida tarea de contribuir a garantizar la justicia material del Derecho «institucional». Por último, ilustraré dicha integración y justicia con ejemplos legislativos y jurisprudenciales, tomando algunos supuestos del derecho de mi país pero, es claro, el ejercicio es perfectamente extrapolable a cualquier ordenamiento comparado (III).

II. TÍTULOS Y MEDIDAS NATURALES Y TÍTULOS Y MEDIDAS POSITIVAS DEL DERECHO

La teoría de la unidad de la realidad jurídica precedentemente presentada se estructura a través de dos nociones fundamentales: las de «títulos» y «medidas» las que, obviamente, poseen ese doble «pedrigue» ya de origen natural, ya de origen positivo que –y esto es lo decisivo–, articulan o interactúan establemente entre sí. Si la idea de «título» es conocida en la doctrina⁶, la de «medidas» posee una impronta muy hervadiana, las que, como se verá, muestran un aspecto sumamente dinámico de la realidad jurídica, en el que la razón de justicia resulta clave. Se principiará por los elementos «positivos» del Derecho institucional, para luego pasar a los «naturales».

⁵ Además de la obra mencionada en la nota 3, que aquí se sigue, cfr., entre otros, *Escritos de derecho natural*, Eunsa, Pamplona, 1986, *passim*, o *Cuatro lecciones de derecho natural*, Eunsa, Pamplona, 2^a, 1990, *passim*.

⁶ Cfr., por todos, SOAJE RAMOS, G., *El concepto de derecho*, vol. IV, INFIP, Buenos Aires, 1977, *passim*, y MASSINI CORREAS, C. I., *Filosofía del Derecho. El derecho y los derechos humanos*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, esp. pp. 69 a 71.

II.1. *Títulos y medidas positivos*

Como se ha anticipado, «[p]ositivo quiere decir puesto por el hombre, constituido por voluntad humana»⁷. En este horizonte, «el título positivo da origen a un verdadero derecho, hace suya la cosa respecto de su titular, generando la correspondiente deuda de justicia»⁸. A su turno, en general, las «medidas» constituyen «el ajustamiento entre lo debido y lo dado»; la «delimitación del derecho y de la deuda»⁹. Sobre tales bases, y en cuanto concierne a las de índole positiva, «la voluntad humana es capaz de *ajustar* bienes y valores entre sí y entre personas y cosas», por lo que «el sentido radical de la medida positiva del derecho –o, en otras palabras, del ajustamiento entre cosas o entre personas y cosas– es el de responder a una opción –elección–»¹⁰.

Ahora bien: conviene reparar que no se está ante una voluntad arbitraria en tanto, como reiteradamente expone HERVADA, el derecho es el «sistema racional de las relaciones humanas»¹¹ y lo racional no es sinónimo de prepotencia, violencia o pura arbitrariedad. Bajo tal prisma, la «elección –u opción– (...) generadora de la medida de lo justo positivo es un acto (...) dotado de racionalidad (...), pues sólo la opción racional es verdadero ejercicio de un poder»¹².

Por otra parte, «la medida positiva es posible porque se basa en una *indeterminación* del ajustamiento natural entre personas y cosas o entre las cosas, siempre en relación al derecho». En efecto, «allí donde la naturaleza determina la esfera de acción del hombre –tanto en el plano moral como en el físico– no hay para el hombre posibilidad de elección que se sustituye por la necesidad (física o moral)»¹³. Es claro: la persona no puede –físicamente– por sí sola volar y no debe –moralmente–, en línea de principio, matar a sus semejantes. Sobre estos tópicos, pues, no existe indeterminación sino necesidad. Por el contrario, «la medida positiva representa un ajustamiento» que alude a «todos aquellos casos en los que no hay por naturaleza una medida determinada, lo

⁷ HERVADA, J., ob. cit. nota 3, p. 107.

⁸ *Ibid.*, pp. 108 y 109.

⁹ *Ibid.*, p. 87.

¹⁰ *Ibid.*, p. 109 (destacado del original).

¹¹ *Ibid.*, loc. cit.

¹² *Ibid.*, loc. cit. (énfasis del original).

¹³ *Ibid.*, p. 110 (destacado del original).

que significa que el ajustamiento depende de factores variables entre los cuales la voluntad elige y el poder decide»¹⁴.

Así, un contrato de compra y venta que originó el «título» positivo del comprador fue consecuencia de «un ajustamiento positivo o convencional» medido en valores. Como dice HERVADA, «los *valores* suponen apreciaciones estimativas de orden subjetivo que se ajustan por medio del convenio o, en su caso, por la apreciación general de la colectividad (valor medio) o por fijación de la ley (valor legal)»¹⁵. El primer supuesto alude a cuando las partes acuerdan una medida o precio de conformidad con estimaciones subjetivas. Lo segundo, cuando deciden concretar la operación en una suma determinada de conformidad con un «valor medio» que surge de la «apreciación general de la colectividad» y según la cual, por ejemplo, determinadas zonas de una ciudad son más apreciadas que otras con arreglo a innúmeras motivaciones. El tercer supuesto sucede cuando las leyes aplican baremos «mínimos» y «máximos» dentro de los cuales cabe fluctuar (las tasas de interés, la regulación de honorarios profesionales o la imposición de multas).

Sin embargo, como se anticipó, el límite de lo voluntario lo constituye la «racionalidad» de la decisión, de modo que cuando ésta aparece dotada de aquella característica no cabe predicar su injusticia¹⁶. El autor ejemplifica: «si vista la situación general de la economía (...) un gobierno opta por unos baremos salariales, tales baremos señalarán verdaderamente lo justo, aunque suponga un sacrificio para patronos u obreros (...) siempre que se trate de una medida racional». En ese horizonte, dichos «sacrificios no constituyen en sí una injusticia (...) sino, en todo caso, una posible desventaja» y «resolver esas desventajas no es un caso de justicia –de derecho– sino de política, o sea es un supuesto de colisión de intereses, no de derechos en sentido estricto». Por el contrario, si la elección de los mentados baremos lesiona derechos naturales en sentido propio y estricto, resulta indudable que aquella no se ha mantenido «dentro de los límites de la indeterminación de la medida [positiva] del derecho»¹⁷ sino, antes bien, ha afectado el núcleo de determinación o de necesidad que reposa en la condición de persona propia del hombre (por ejemplo, si los sueldos no cubren

¹⁴ *Ibid.*, p. 110.

¹⁵ *Ibid.*, p. 88 (el énfasis es del original). La jurisprudencia también ha establecido medidas, tal el caso de las tasas mínimas y máximas de interés fijadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación de la Argentina en la conocida causa «Longobardi» (*Fallos*, 330:5345).

¹⁶ Confr. HERVADA, J., ob. cit. nota 3, p. 110.

¹⁷ *Ibid.*, pp. 110 y 111.

las exigencias de supervivencia y desarrollo mínimos de conformidad con la dignidad humana), ante la cual el baremo es claramente irracional en tanto afecta una medida natural de lo justo y un título de esa índole.

Lo recién expuesto muestra que «la medida positiva está en no pocas ocasiones limitada por una medida natural»¹⁸ que es cuando se afecta el núcleo natural de los «títulos» y «medidas» del Derecho sin más (o «institucional»). Lo expuesto revela la ya aludida unidad del ordenamiento jurídico recién expuesta, abriendo las puertas para la consideración de los «títulos» y «medidas» naturales.

II.2. *Títulos y medidas naturales*

El título «natural» reposa sobre el estatus de la persona, la que se halla entitativamente dotada de una *eminencia* o *excelencia* que la tradición filosófico-jurídica; legislativa y jurisprudencial comparada ha tematizado bajo la idea de *dignidad*. Para Hervada la persona es un «ser que domina su propio ser», lo que entraña que es acreedor de ciertos derechos que le corresponden en virtud de esa condición que, como enseña la semántica de los tratados internacionales de protección de los derechos humanos sobre lo que tanto ha trabajado el autor aquí estudiado, resultan «inherentes» a aquella¹⁹. Dicho de otro modo: una persona es *digna* en razón de ser portador, por su propia condición de tal, de ciertos «bienes»; «títulos» o «derechos» (las expresiones son sinónimas) que le pertenecen a partir del conocimiento de la *naturaleza humana*. Como enseña el homenajeador, «como intensidad de ser que es, la personalidad atañe a la misma esencia del hombre y, en cuanto se refiere al obrar humano –que es lo que tiene relación directa con el derecho– concierne a la esencia como principio de operación. Pues bien, la esencia como principio de operación es lo que llamamos naturaleza humana»²⁰.

En efecto; el ser o la esencia del hombre no es una realidad concluida, sino que se halla en permanente desarrollo hasta obtener su consecución plena, lo que ocurre cuando se alcanza «la naturaleza de la cosa»²¹. Así, al tratarse

¹⁸ *Ibid.*, p. 88.

¹⁹ Cfr, por todos, HERVADA, J., «Problemas que una nota esencial de los derechos humanos plantea a la filosofía del derecho», *Persona y Derecho*, IX (1982), pp. 243-256.

²⁰ HERVADA, J., ob. cit. nota 3, p. 89.

²¹ ARISTÓTELES, *Política*, 1252 b 32 (según la traducción de J. Tricot, Vrin, París, 1987).

de «títulos» que «pertenecen a la persona por ser integrantes de su ser (...) engendran en los demás el deber de respeto y, en caso de daño o lesión injustos, el deber de restitución (v. gr. la reparación de la buena fama) y, de no ser posible, el de compensación»²².

A su turno, en relación con las «medidas» naturales, el autor citado precisa que al implicar lo justo «una relación de igualdad entre cosas (justicia conmutativa) o entre cosas y personas (justicia distributiva)», dicha igualdad no puede referirse, puramente, a la «naturaleza humana» sino, de manera más amplia, a la «naturaleza de las cosas»²³. En HERVADA, bajo esta idea se alude al ajustamiento o igualación de «dimensiones *valorables o medibles*», ilustrando esa idea las notas características de las recién mencionadas clases de justicia ya que, como añade el autor, «la identidad y la cualidad son realidades *objetivas* que se miden y comparan de por sí, que se *ajustan* naturalmente» dando lugar, en consecuencia, a una «medida» *natural*²⁴.

En efecto: en relación con la justicia «conmutativa», expresa HERVADA que es inexorable que el préstamo gratuito (comodato) mediante el cual «una onza de sal engendr(a) una onza de sal como deuda, no es cuestión de concierto humano, sino de la naturaleza del contrato –el mutuo consiste en dar una cosa para que se devuelva al que la presta– y de una igualdad natural: una onza de sal es igual a una onza de sal»²⁵. El Código Civil y Comercial argentino refleja esta idea cuando, en el art. 1533, expresa que «hay comodato si una parte se obliga a entregar una cosa no fungible, mueble o inmueble, para que se sirva gratuitamente de ella y restituya la misma cosa recibida», la que lleva aneja, como es obvio, la devolución de la cosa (y no de otra), en los términos del acuerdo.

A su vez, si se tiene en cuenta la justicia «distributiva», «que el trato proporcional entre dos enfermos consista en dar a uno el medicamento A y al otro el medicamento B no es un acuerdo humano, sino una proporción que viene dada por la distinta enfermedad o la distinta reacción del cuerpo a los medicamentos»²⁶. La Constitución argentina refleja esta idea a propósito de la materia tributaria: el art. 4º, expresa que «el Gobierno federal provee a los gastos de la Nación con (...) las demás contribuciones que *equitativa y proporcionalmente* a la población imponga el Congreso general» (énfasis añadido). Es obvio:

²² HERVADA, J., ob. cit. nota 3, p. 83.

²³ *Ibid.*, pp. 88, 90 y 91.

²⁴ *Ibid.*, p. 89 (el énfasis se ha añadido).

²⁵ *Ibid.*, p. 88.

²⁶ *Ibid.*, loc. cit.

la carga tributaria no puede determinarse «en abstracto» sino en atención a las concretas circunstancias de las personas de modo que, por caso, el impuesto a las rentas en la Argentina varía según el ingreso de los contribuyentes. Como es claro, dichas alícuotas son fruto, tal y como expresa invariablemente la Corte Suprema de Justicia de la Nación, del «mérito, oportunidad o conveniencia» del legislador, pero tal «medida» (evidentemente *positiva* en el contexto de lo que aquí se estudia) reconoce un insoslayable *dato previo*: los *diversos ingresos* de los contribuyentes. Se trata, pues, de una «medida» *natural* en tanto le viene *impuesta* al legislador desde una doble perspectiva: en primer lugar, porque quien menos gana, menos tributa (y no al revés) y, en segundo término, porque las diversas alícuotas consecuencia de los distintos ingresos no pueden ser el fruto de una conveniencia arbitraria sino, como manda la Constitución, de criterios basados en los principios de «equidad» y «proporcionalidad». Afirmar lo contrario resulta cercenatorio de la misma naturaleza del tributo bajo examen (esto es, contrario a la «naturaleza de las cosas») y, por tanto, revelaría una conclusión contradictoria con lo dispuesto por el citado art. 4º.

Como se observa de las precedentes consideraciones, parece claro que las «medidas» naturales de derecho no son la consecuencia del «ajustamiento» o igualación de la sola naturaleza humana. Según precisa HERVADA, «la expresión naturaleza de las cosas no designa, en este caso, la esencia como principio de operación –aunque la incluya–, sino que su significación es más amplia, pues las cosas se miden no solo por su esencia sino también por otros factores ontológicos», a saber, la «finalidad», la «cantidad», la «cualidad», la «relación» y el «tiempo»²⁷.

Antes de concentrarme en este último factor, sintetizaré, siguiendo a Hervada, el concepto de los restantes. La finalidad puede estudiarse desde una doble perspectiva: «mide las cosas en sí misma, porque la estructura de éstas se mide por el fin» (por ejemplo, las tasas retributivas de servicios se justifican si, efectivamente, sirven a dicha finalidad); «es medida de las cosas entre ellas», lo que sucede ya cuando «son complementarias en orden a obtener un fin» (por ejemplo, derechos-deberes de asistencia entre cónyuges); ya cuando «se cambia la especie de los actos»²⁸ (v. gr., la autorización del transplante de órganos

²⁷ *Ibid.*, p. 91. El empleo de la voz «naturaleza de las cosas» (tanto semántica como conceptualmente) por parte de la jurisprudencia de los tribunales es por demás frecuente. Para la Corte Suprema de Justicia de la Argentina, cfr., entre muchos otros, *Fallos*, 151:92; 157:62; 198:18; 252:310; 266:53; 302:1223 o 306:1887.

²⁸ *Ibid.*, loc. cit.

entre vivos, por razón de salud del transplantado). A su turno, la «cantidad» y la «calidad» «son criterios de ajustamiento de las cosas»: la primera «ajusta cosas por igualdad numérica»; la segunda «igualda las cosas»²⁹ (ejemplo de lo primero: «probado el deterioro de la moneda no queda otra alternativa que la adecuación de la cuota»; de lo segundo: «a efectos de estimar las necesidades de los menores, debe tenerse en cuenta el nivel socio económico y cultural del que éstos gozaban hasta el momento en que se desencadenó el conflicto paterno»³⁰). Asimismo, la «relación» «mide ciertos derechos y deberes que nacen de la posición relativa de unos sujetos con otros o de unas cosas con otras»³¹ (v. gr. «aunque el deber alimentario pesa sobre ambos padres, el que corresponde a la madre debe sopesarse con (...) el cotidiano aporte en especie, que se traduce en la supervisión y control de sus hijos de muy corta edad»³²).

III. EL FACTOR «TIEMPO» COMO MEDIDA NATURAL DEL DERECHO. APLICACIÓN LEGISLATIVA Y JURISPRUDENCIAL

Escribe HERVADA que «los derechos y deberes pueden tener como factor de ajustamiento natural el tiempo», el cual es «inherente a los bienes que, en cada caso, constituyen los derechos naturales»³³, señalando que «pueden surgir como derechos o deberes temporales (v. gr., los deberes de los padres suelen decaer o aminorarse con la mayoría de edad del hijo)» o «puede estar sometido al tiempo el comienzo del disfrute del derecho (v. gr., el derecho a casarse), etc.»³⁴.

III.1. *Aplicación legislativa*

Estos criterios han sido ampliamente positivados por las legislaciones comparadas. Así, y para seguir con los ejemplos hervadianos, en cuanto concierne al derecho argentino, los deberes derivados de la patria potestad de-

²⁹ HERVADA, J., ob. cit. nota 3, p. 92.

³⁰ Cfr. Cám. Nac. Civ., Sala A, «S. M. c/A. S.», sent del 17/2/97, AR/JUR/4347/1997.

³¹ HERVADA, J., ob. cit. nota 3, p. 92.

³² Cfr. causa citada en la nota 31.

³³ HERVADA, J., ob. cit. nota 3, p. 92.

³⁴ *Ibid.*, loc. cit.

finida en el art. 638 del Código Civil y Comercial subsisten mientras el hijo sea «menor de edad y no se haya emancipado». A su vez, el derecho a casarse opera, como regla general, a partir de los 18 años tanto para el hombre como para la mujer (cfr. art. 403, inc. f), salvo que acaeciere una dispensa judicial en las condiciones previstas por el art. 404 de dicho cuerpo.

De lo expuesto se obtiene que si bien las «medidas» recién precisadas son de indudable índole *positiva* en tanto resultan de la determinación *discrecional* del legislador, tal concreción en modo alguno luce *arbitraria* sino, más bien, la consecuencia de un *dato previo* que la *condiciona*: el hecho (la capacidad o condición, para decirlo de modo gráfico, *física* y *metafísica*) de poder ejercer en los ejemplos suministrados (mayoría de edad y casamiento) las facultades y responsabilidades inherentes a tales estatutos. En efecto, si bien el legislador puede «ajustar» (es decir, «medir») la mayoría de edad sin mayores ataduras, una decisión que la sitúe a los 10 años («medida» *positiva*) sería absurda desde la clave de la «naturaleza de las cosas». Y otro tanto cabe decir del restante ejemplo, del cual la célebre polémica entre «sabinianos» y «proculeyanos» que ilustra el derecho romano tiene siempre como fundamento la posibilidad de la comprensión psicológica (*metafísica*) de los cónyuges del acto matrimonial y la capacidad *física* para llevarlo a cabo (y que entonces se denominó «pubertad»)³⁵.

Un supuesto de especial interés que, es claro, incide directamente sobre el factor «tiempo», lo constituye el art. 665 del citado Digesto Civil y Comercial. Bajo el título «mujer embarazada», estipula que ésta «tiene derecho a reclamar alimentos al progenitor presunto con la prueba sumaria de la filiación alegada». Al respecto, la doctrina ha disentido en cuanto al titular de dichos alimentos: algunos consideran que corresponde a la mujer embarazada por lo que «cuando los reclama contra el presunto progenitor lo hace por derecho propio»; otros estiman que son de la persona por nacer con sustento en que, como de conformidad con el art. 19 de ese cuerpo, «la existencia de la persona comienza con la concepción», desde ese momento «surgen los deberes de asistencia y de cuidados propios de la responsabilidad parental», de donde, al reclamar los alimentos, la madre «no actúa por derecho propio sino en representación de su hijo». Por mi parte, siguiendo a Olmo, considero que «ambos gozan de un derecho alimentario autónomo y diferenciado», por

³⁵ Cfr. respecto de lo último, D'ORS, Á., *Derecho privado romano*, Eunsa, Pamplona, 1986, p. 285 y RABINOVICH-BERKMAN, R. D., *Derecho romano*, Astrea, Buenos Aires, 2001, pp. 286 y 287.

lo que el reclamo se funda en las necesidades alimentarias (la expresión debe entenderse en sentido amplio) que caben, paralela y complementariamente, a la madre y al *nasciturus*³⁶. Ahora bien; sea como fuera el alcance que se asigne al ejercicio de la acción, una cosa parece incontrovertida: el «tiempo» en que ésta debe verificarse principia con la concepción del vástago que, es obvio, coincide con el embarazo de la gestante. Este factor, pues, que no procede del acuerdo humano sino de la *naturaleza de las cosas* (el momento de la concepción y/o embarazo), es el que determina el inicio del derecho alimentario sea en cabeza de la madre; del hijo o, como pienso, de ambos. Y esto último es también consecuencia de la *naturaleza de las cosas*: la recepción de los alimentos, aun exclusivamente para la madre (si se admitiera la primera tesis), impacta inexorable y benéficamente sobre el hijo. El «tiempo», pues –no la voluntad humana– «mide» y determina el inicio de un derecho de origen netamente *natural* (además, positivado o «institucionalizado»), en el caso, el alimentario.

III.2. *Aplicación jurisprudencial*

En este ámbito las referencias son constantes. Obsérvese, en primer término, algunos supuestos que se vinculan con el tema alimentario recién aludido.

En un caso en que la actora pedía que se los suministrara no desde el momento del reclamo judicial (como lo estipulaba, entonces, el art. 644 del Cód. Civ. y Com. de la Nación) sino a partir del nacimiento del fruto de la relación, los jueces Cavagna Martínez y Boggiano expresan, en cuanto aquí interesa, que «tratándose del derecho alimentario de los hijos respecto de los padres, cuya raigambre constitucional es innegable, las normas de fondo que lo reconocen y la misma *naturaleza de las cosas*, determinan su existencia desde el nacimiento»³⁷.

El *dictum*, a partir de lo reclamado por la actora y que constriñe la capacidad de respuesta del tribunal, adopta la postura más amplia que, a su juicio, mejor consulta la «naturaleza de las cosas»: el débito alimentario tiene un

³⁶ Cfr. OLMO, J. P., «Aspectos procesales de los alimentos durante el embarazo», *La Ley* (16-11-2018), pp. 1 y 2.

³⁷ Cfr. CSJN, «Pazos, María Rosa c/Trejo, Néstor», sent. del 11/3/1993, *in re*, consid. 4.

punto de inicio que *condiciona* por completo la voluntad humana: no el momento de la demanda, sino el del nacimiento mismo de la persona, más allá de que, en puridad, tal deber principia –como se vio en el apartado anterior–, incluso antes, desde la concepción. Se trata, entonces, de un *dato* que «ajusta» o «mide» la existencia y, en su caso, el ejercicio de un derecho y que, como expresa el voto citado, no solamente es consagrado por el ordenamiento jurídico³⁸, sino que fluye de la «naturaleza de las cosas», a saber, el «tiempo», el que es medido a partir del alumbramiento del hijo de la relación. De ahí que –y esto es lo relevante– el derecho positivo no está *creando* el derecho alimentario, sino que *asume* ese dato, el cual tiene su origen, de manera *objetiva*, en lo que la vida misma indica, es decir, en lo que aquí se llama la «naturaleza de las cosas».

De modo análogo, en otra causa en la que lo reclamado es la adecuación de la cuota alimentaria, se consideró que ésta se debe desde que se pidió la mediación exigida por la ley 24573 (de mediación y conciliación) y no, ante su fracaso, desde la fecha de interposición de la demanda, tal y como lo disponía el citado art. 644 del Digesto adjetivo³⁹. Se señaló entonces que «darle otra inteligencia erigiría al procedimiento de mediación en una verdadera carga para el actor, conspirando seriamente con los fines del instituto», los que consisten en cubrir una necesidad básica que, como se anticipó, por la propia «naturaleza de las cosas» se entiende que se debe desde el momento en que se la solicita. Precisamente en razón de lo expuesto, con posterioridad, la ley 26589 modificatoria de la antes nombrada 24573, adecuó el mencionado art. 644 a la nueva realidad generada por la necesidad de la mediación *previa* a toda acción judicial, disponiendo que la percepción de los alimentos se retrotrae al

³⁸ Los jueces, en efecto, aluden a una «innegable raigambre constitucional» que no es otra, según surge del considerando 3º, que el art. 33 de la Ley Fundamental por el que se consagra que la enumeración de los derechos constitucionales «no serán entendidos como negación de otros no enumerados...». Se trata de un señalamiento importante, pues resalta el vínculo entre los bienes connaturales a las personas (como el derecho a los alimentos) con las garantías constitucionales. Acaso con esta referencia, el voto bajo análisis desplaza la aplicación del citado art. 644 que a la fecha en que se resolvió la contienda disponía que «admitida la pretensión, el juez fijará la suma que considere equitativa y la mandará abonar (...) desde la fecha de interposición de la demanda». Como se anticipó, también la actora había objetado la aplicación de esa norma, al retrotraer la demanda de alimentos «a partir del nacimiento». De alguna manera, su alteración posterior y el tenor del art. 669 del nuevo Cód. Civ. y Com. de la Nación, que se examinan enseguida, avanzan en el sentido de que, en rigor, los alimentos se deben desde la concepción.

³⁹ Cfr. Cám. Nac. Civ., Sala G, «A. L.», sent. del 22/2/12, LL, t. 2012-D, p. 221.

momento «de interposición de la mediación»⁴⁰. Nuevamente, pues, el factor «tiempo», que halla su origen en la «naturaleza de las cosas», «mide» o precisa el derecho –y correlativo deber– del supuesto bajo análisis.

Aún más amplio es el reconocimiento alimentario en otra causa en la que se los retrotrae al momento de la concepción, en línea con la solución legal más arriba referida. En efecto; la madre de una persona por nacer solicitó la fijación de una cuota de alimentos provisionales a favor del menor en gestación luego del abandono del hogar del padre y marido de aquella. El magistrado de primera instancia expresó que «si bien el por nacer es un incapaz» –art. 54, Cód. Civ., entonces vigente–, dicha circunstancia «no puede ser tomada como excusa para no reconocérsele sus derechos por la propia existencia como persona que le reconoce el codificador desde la concepción en el seno materno, art. 63, Cód. Civ.», pudiendo «adquirir derechos por medio de sus representantes –art. 56 del mismo ordenamiento– teniendo sus padres (...) ese carácter legal, art. 57, inc. 1º, Cód. Civ.». Recordando la discusión legal transcrita más arriba, se lee que la decisión «tiende a cubrir las necesidades imprescindibles de la persona por nacer e, indirectamente, a la madre durante el curso del juicio», bien que, a tenor de lo procesalmente requerido, fija la «cuota alimentaria provisional a favor de la persona por nacer»⁴¹.

El pronunciamiento es hondo en consecuencias tanto de carácter dogmático (como ha sido resaltado por la doctrina⁴²), como iusfilosófico. Aquí solo deseo puntualizar la inequívoca asunción de un concepto de persona que recuerda el ya mencionado del ser «que domina su propio ser», de donde ese dominio de sí, «que lo hace radicalmente incapaz de pertenecer a otro ser»⁴³, «en su radicalidad ontológica», es el «distintivo del ser personal y el fundamento de su dignidad»⁴⁴. Desde esa perspectiva, los alimentos se imponen a partir de la concepción, tal y como, de hecho, fueron pedidos, aspecto éste último que devuelve al tópico bajo tratamiento: el factor «tiempo» y su incidencia en el goce y ejercicio de los derechos. En el caso, el derecho natural alimentario

⁴⁰ El Código Civil y Comercial vigente desde 2015 asume, en lo esencial, ese criterio disponiendo en el art. 669 que «los alimentos se deben desde el día de la demanda o desde la interpelación del obligado por medio fehaciente...» (énfasis añadido).

⁴¹ Cfr. Tribunal Colegiado en lo Civil de 5ª Nominación, Rosario, «G., B. P. c/M., H. H.», sent del 6/8/2008 (LL, t. 2008-F, p. 34).

⁴² Cfr. el esclarecedor comentario de CÓRDOBA, M. M., «Derechos de las personas humanas no nacidas», *La Ley*, t. 2008-E, p. 1144.

⁴³ HERVADA, J., ob. cit. nota 3, p. 116.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 64.

(¿qué más objetivo e incuestionado que mentarlo como un título procedente de la naturaleza humana?), tiene como principio de ejecución (como «medida», obviamente natural de derecho), el momento de la concepción. Desde ese momento —«tiempo»— queda delimitada la deuda y el correlativo derecho del caso bajo examen.

Ahora bien; si el «tiempo» mide el ejercicio de los derechos desde el *inicio* mismo del recorrido vital de la persona, también está presente en situaciones de *edad avanzada* de aquella, tanto más si media una situación de vulnerabilidad, en la que el «dominio» ínsito al estatuto ontológico de la persona requiere, como recuerda Hervada, de una especial protección⁴⁵. Ilustran el tema los siguientes dos ejemplos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación —distan-ciados secuencialmente, lo que refuerza la pervivencia del factor en estudio— que se vincula con la aplicación de la ley 23982 que establece el procedimiento de ejecución de sentencias contra el Estado Nacional.

En el primero, se declaró la inconstitucionalidad de la ley de emergencia 23982 en cuanto «consolidaba» (es decir, retrasaba su cumplimiento) las deudas del Estado Nacional vencidas o de causa o título anterior al 1° de abril de 1991 que «consistan en el pago de sumas de dinero cuando el crédito haya sido reconocido por un pronunciamiento judicial», y ordenaba su pago en bonos a 16 años de plazo⁴⁶. Al respecto, el Tribunal entendió que la norma afectaba irremediabilmente el derecho constitucional de propiedad de la actora, una mujer de 91 años a quien el Estado había reconocido la deuda por diferencia de haberes jubilatorios. Así, el juez de primera instancia expresó que las normas «resultan inaplicables en las especialísimas circunstancias del caso», pues al tener la actora 91 años de edad, «darle a su crédito el tratamiento de consolidación allí instrumentado, importaría, *en los hechos—esto es, en el desenvolvimiento natural de éstos—*, la negativa implícita al pago, contrariando la voluntad del legislador (...) que, en definitiva, parte de reconocer la voluntad de pago del Estado Nacional» (el énfasis es mío). Por su parte, la Corte Suprema, lue-

⁴⁵ Cfr. la penetrante distinción entre «uso del dominio y dominio en su radicalidad» que se lee en *ibid.*, pp. 64-65, nota 20.

⁴⁶ Cfr. CSJN, *Fallos*, 316:779. Sobre esta causa, cfr. mi exposición en «Derechos previsionales, emergencia social y equidad», en RABBI-BALDI, R. (coord.), *Los derechos individuales ante el interés general. Análisis de casos jurisprudenciales relevantes*, Ábaco, Buenos Aires, 1998, esp. pp. 251 a 258. Cfr. más recientemente, MÜLLER, N., «Títulos y medidas naturales y positivos del derecho y la cuestión de su 'límite extremo'», en RABBI-BALDI, R., *Lecciones de teoría del derecho. Una visión desde la jurisprudencia constitucional*, Ábaco, Buenos Aires, 2ª, 2019, pp. 162-173.

go de recordar que en materia de emergencia económica si bien los derechos constitucionales pueden ser «temporalmente» restringidos, en ningún caso deben cercenar la «sustancia» de aquellos derechos, afirma que la norma impugnada no respeta la suspensión «temporal» de los derechos, ya que «*resulta virtualmente imposible que la señora Iachemet, conforme el desenvolvimiento natural de los hechos, llegue a percibir la totalidad del crédito reconocido*» (énfasis añadido).

Como surge de lo recién expuesto, es palmario que un factor que en modo alguno procede del acuerdo humano ha sido decisivo para «medir» o «ajustar» el ejercicio de un determinado derecho; en el caso, el derecho de propiedad de la actora. La Corte, en efecto, examinó una «medida» *positiva* (el plazo de 16 años establecido por el legislador a fin de gozar de los créditos reconocidos), concluyendo que dicha «medida» era *irrazonable*, en definitiva, *injusta* y, por tanto, inconstitucional. ¿Cuál fue, pues, la razón que determinó tal parecer? La respuesta es clara: un factor que se le *impone* a los jueces y *condiciona* su obrar, a saber, los 91 años de edad de la actora, que exigían una solución acorde con la «naturaleza de las cosas». Como parece evidente, este factor «tiempo» *forma parte* del ordenamiento jurídico como una «medida» *natural* que permitió otorgar el uso y disfrute *inmediato* del derecho de propiedad, desplazando a la «medida» *positiva* originariamente prevista por la ley⁴⁷.

En el segundo se discutió el régimen legal según el cual debía abonarse una indemnización laboral al actor, de 70 años, con certificado de discapacidad acreditado y quien padece una enfermedad cuyo cuadro es «evolutivo, invalidante e irreversible». La Cámara, al resolver el caso en 2017, consideró aplicable el art. 22 de la citada ley 23982 según el cual se posterga la satisfacción del crédito «por un lapso que podría prolongarse hasta el año 2021 inclusive». Ante ello, el Alto Tribunal afirma –en semántica y significado que recuerda a Hervada– que «el hombre es el eje y centro de todo el sistema jurídico y, en tanto fin en sí mismo, la inviolabilidad de la persona constituye un valor fundamental». Además, recuerda «la obligación [constitucional] de instrumentar

⁴⁷ Cfr. en sentido análogo, CSJN, «Ríos, Juan c/ANSes s/reajuste», sent. del 18/12/2007, *Fallos*, 330:5342, en el que se revocó la decisión que había reenviado la causa, por razones procesales, a primera instancia con sustento en que dado que el actor cuenta con 85 años, el criterio adoptado «puede volver ilusorio –por el *natural desenvolvimiento de los hechos*– el cobro de los créditos (...) ante la eventualidad –nada incierta en reclamos de esta naturaleza– de no poder afrontar por razones biológicas o económicas un nuevo proceso judicial» (énfasis añadido). Sobre esto cfr. también Cámara Federal de Apelaciones de Salta, *in re*, «Solá, Jaime c/Anses s/amparo», sent. del 10/2/2016.

acciones positivas en tutela de los ancianos y las personas con discapacidad». Sobre tales bases, expresa que «al confrontar esta realidad del actor con el esquema normativo de ejecución de sentencias dinerarias contra el Estado que no contempla excepciones aplicables al caso, surgen dos alternativas...»: declarar la inconstitucionalidad «de un sistema que iguala irrazonablemente situaciones que en la realidad se presentan diferentes» o «a la luz de los principios constitucionales expuestos y teniendo en cuenta los valores en juego (...) considerar a la situación aquí planteada como un *caso no previsto* que debe ser resuelto por disposiciones análogas» (énfasis del original).

La mayoría adopta esta última postura; el voto concurrente, la primera. Este aspecto –que hace a la teoría interpretativa– no interesa aquí. Sí importa la común respuesta de ambos votos en cuanto al objeto de este papel: «sujetar a una persona que padece un grave y progresivo deterioro funcional a un plazo de espera que, conforme el *desenvolvimiento natural de los hechos*, implicaría frustrar la *sustancia* de su derecho, puede encontrar *sustento formal en la letra de la ley, pero jamás en la impronta humana y realista que exige la Constitución Nacional*» (voto mayoritario; énfasis añadido)⁴⁸.

La determinación del derecho, en el caso, nuevamente es «medido» por un factor extraño al convenio humano pero que *integra* el ordenamiento jurídico a través de, en el caso, las sentencias, fuentes privilegiadas del sistema, sean o no reconocidas por éste como «fuentes» del derecho: dicho factor –el «tiempo»– procede de la «naturaleza de las cosas» que impone resguardar, por encima de formalismos, en el caso, el derecho (*natural* y, además, «institucional», más concretamente, constitucional) de propiedad; salud y vida del actor.

IV. CONCLUSIÓN

Estas páginas buscan mostrar la «cercanía» y vitalidad del derecho natural en los ordenamientos jurídicos. Más precisamente: la *integración* de éste en los sistemas de derecho, de modo que lo natural y lo convencional constituyen una intrínseca unidad. «Títulos» y «medidas» naturales y positivos interactúan, de ordinario de modo indiferenciado, en leyes y sentencias. Los ejem-

⁴⁸ Cfr. CSJN, «C., J. C. c/E.N.», sent. del 30/4/20. El voto concurrente dice: «la espera legal que impone el régimen cuestionado torna virtualmente imposible que, conforme al *desenvolvimiento natural de los hechos*, el actor llegue a percibir en vida el crédito reconocido...». (énfasis añadido).

plos traídos del sistema argentino son solo eso, pudiendo extenderlos, según se anticipó, a cualquier otro. Desde luego, esa interrelación contribuye a dotar al Derecho (con mayúsculas, aquí denominado «institucional») de superiores cotas de justicia material y, cuando ello no resulta posible, permite corregir el defecto. Detectar esa interrelación y las demás funciones que de allí se siguen a través de una red conceptual completa y sistemática es obra de Javier Hervada. Teóricos (filósofos y dogmáticos) y prácticos de lo jurídico deben mucho a las intuiciones y propuestas por él legadas, cuya profundidad y actualidad no dejan de enseñarnos de tantos modos. Aquí he deseado rendir justo homenaje al maestro y «padre doctor» (como llaman los alemanes a los directores de tesis), escogiendo una de esas nociones que integran dicha red conceptual (el factor tiempo), y observando su virtualidad en el Derecho de mi país.

V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARISTÓTELES, *Política* (según la traducción de J. Tricot, Vrin, París, 1987).
- CÓRDOBA, M. M., «Derechos de las personas humanas no nacidas», *La Ley* (2008), p. 1144.
- HERVADA, J., *Introducción crítica al derecho natural*, Eunsa, Pamplona, 1.ª ed. 1981, posteriormente ampliada y reeditada.
- HERVADA, J., *Escritos de derecho natural*, Eunsa, Pamplona, 1986.
- HERVADA, J., *Historia de la ciencia del derecho natural*, Eunsa, Pamplona, 1987.
- HERVADA, J., *Cuatro lecciones de derecho natural*, 2ª ed., Eunsa, Pamplona, 1990.
- HERVADA, J., «Problemas que una nota esencial de los derechos humanos plantea a la filosofía del derecho», *Persona y Derecho*, IX (1982), pp. 243-256.
- MASSINI CORREAS, C. I., *Filosofía del Derecho. El derecho y los derechos humanos*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994.
- OLLERO, A., «La eterna polémica del derecho natural. Bases para una superación», en RABBI-BALDI CABANILLAS, R. (coord.), *Las razones del derecho natural. Perspectivas teóricas y metodológicas ante la crisis del positivismo jurídico*, 2.ª ed., Ábaco, Buenos Aires, 2008.
- OLMO, J. P., «Aspectos procesales de los alimentos durante el embarazo», *La Ley* (2018).
- D'ORS, Á., *Derecho privado romano*, Eunsa, Pamplona, 1986.
- RABBI-BALDI CABANILLAS, R., *Los derechos individuales ante el interés general. Análisis de casos jurisprudenciales relevantes*, Ábaco, Buenos Aires, 1998.
- RABBI-BALDI CABANILLAS, R., «Javier Hervada, teórico del derecho natural», *La Ley* (2020), pp. 1-6.
- RABBI-BALDI CABANILLAS, R., *Teoría del Derecho*, 6.ª ed., Ábaco, Buenos Aires, 2021.
- SERNA, P., «Sobre las respuestas al positivismo jurídico», en RABBI-BALDI CABANILLAS, R. (coord.), *Las razones del derecho natural. Perspectivas teóricas y metodológicas ante la crisis del positivismo jurídico*, 2ª ed., Ábaco, Buenos Aires, 2008.
- RABINOVICH-BERKMAN, R. D., *Derecho romano*, Astrea, Buenos Aires, 2001.
- SOAJE RAMOS, G., *El concepto de derecho*, vol. IV, INFIP, Buenos Aires, 1977.