

## INTRODUCCIÓN CRÍTICA AL DERECHO NATURAL

por Javier Hervada Xiberta, 1ª y 10ª edición, EUNSA, Pamplona, 1981 y 2001.

*Esteban J. Mosquera Cabrera\**

---

**Resumen:** La presente reseña ofrece una comparación entre las diferentes ediciones de la famosa obra de Hervada, aquí comentada. Del resultado de este análisis surgen cinco nuevas reglas hermenéuticas que analizan cómo debe interpretarse la ley positiva o el negocio jurídico que eventualmente atente contra el derecho natural. Se evidencia también que los principios propuestos por Hervada son una buena base para la hermenéutica jurídica general.

**Palabras clave:** Hermenéutica jurídica, principios, Derecho, ley positiva, Derecho natural

---

**Abstract:** *This review provides a comparison between the different editions of the famous work of Hervada, discussed here. The outcome of this analysis arise five new hermeneutical rules that analyze how to interpret positive law or agreement that eventually undermine the natural law. It is also evident that the principles proposed by Hervada are a good basis for general legal hermeneutics.*

**Key words:** *Legal interpretation, principles, law, positive law, natural law*

---

---

\* Abogado por la Universidad de las Américas, Quito, 2007. Actualmente se encuentra realizando una Especialización Superior en Derecho de la Empresa, en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. [ab.estebanmosquera@gmail.com](mailto:ab.estebanmosquera@gmail.com)

**Fecha de recepción:** 27-03-2010

**Fecha de aceptación:** 11-04-2010

## **1. LAS DIFERENTES EDICIONES DEL LIBRO**

He tenido ocasión de leer este preciado libro varias veces en la vida. La primera vez fue en el primer año de carrera, cuando había ya estudiado Introducción al Derecho y Filosofía del Derecho. Debo confesar que me confirió una serie de conocimientos de los que carecía, que no había recibido en las materias donde usualmente se habla de Derecho natural. Con lo cual, esa primera vez el aporte proporcionalmente fue sumo.

Con los años, al dedicarme a las labores profesionales y de investigación, he vuelto a tomar el libro repetidas veces para encontrar en él un buen apoyo a los argumentos de derecho natural que aparecen en ramas como las del derecho constitucional y los derechos humanos. He de decir que de todos los libros de Derecho natural que he leído, varios del mismo Hervada, éste es, a mi juicio, su mejor obra.

Por último, con ocasión de mis últimos estudios también he vuelto a leer de tapa a tapa la primera versión del libro de 1981 para confrontarla con la versión del año 2001. Esto lo he hecho porque me percaté que desde la quinta versión de 1988, Hervada hace algunas matizaciones, revisa sus posturas y amplía temas tan importantes como la interpretación jurídica del Derecho. Ésta última lectura me ha proporcionado una visión peculiar que intentaré explicar a continuación.

## **2. COMENTARIO GENERAL**

Quizá el cambio más significativo que introduce Hervada en la década de los noventa es la eliminación de un párrafo, para convertirlo en cinco nuevas reglas hermenéuticas. El párrafo

eliminado, olvidado absolutamente en las siguientes ediciones, es el siguiente:

3ª La ley positiva injusta sólo tiene, jurídicamente, una interpretación: *lex iniusta, lex nulla*; es la antigua regla romana, a la que hemos acudido varias veces: la ley positiva no puede prevalecer sobre los derechos naturales. La solución ante una ley tal es –lo decimos una vez más– la desobediencia cívica, la resistencia pasiva o activa y, en los casos extremos, la rebelión.

Tanto éste párrafo, como las cinco (5) nuevas reglas hermenéuticas analizan cómo debe interpretarse la ley positiva o el negocio jurídico que eventualmente atente contra el derecho natural. En 1981 hablaba de “resistencia pasiva o activa” e incluso de “rebelión”. Luego calla.

De lo silenciado me parece interesante rescatar –aunque posteriormente el autor no lo haya desarrollado<sup>1</sup>– tres ideas. Primero, que es doctrina adquirida que el atropello generalizado, grave y prolongado a los derechos humanos fundamentales perpetrado por el tirano –generalmente a través de actos de autoridad, de leyes– da derecho a la rebelión en tanto exista posibilidad de éxito y el bien conseguido sea proporcionalmente mayor a la inestabilidad y daños ocasionados. Segundo, que siempre ha de salvarse el derecho a la “resistencia pasiva” a través de la cláusula de conciencia, máxime en los atentados contra el derecho natural. Tercero, que la ley nula por naturaleza sí surte efectos jurídicos, aunque contrarios a los previstos por el legislador, es decir, no obliga al ciudadano, sino a la autoridad que debe respetar las conciencias de los ciudadanos<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> De pasada, en algunos capítulos del mismo libro se mencionan algunas cuestiones como la cláusula de conciencia, pero propiamente no se desarrollan.

<sup>2</sup> Éste último tema de los efectos jurídicos contrarios de la *lex iniusta* Hervada sí lo desarrolla en otra parte del libro. Los otros dos temas no los niega, pero tampoco los desarrolla. Pienso que la eliminación del párrafo se debe, no a un cambio de posición, sino a un encuadrarse más estrictamente a las cuestiones

Los aportes que trajeron los cambios de la década de los noventa son significativos; pienso que en general reflejan mejor cómo se interpreta ordinariamente el Derecho. Ante una norma o negocio jurídico aparentemente *contra natura*, lo que primero debe buscarse es su interpretación *natural útil*, no su nulidad e inutilidad. La nulidad siempre es una excepción, no deseable, además de ser muchas veces de difícil reconocimiento judicial, social y político. Si la norma puede salvarse –cosa a la que tienden las nuevas reglas– debe salvarse. ¿Cómo? El tema es delicado, difícil. Hervada ha dado varios pasos adelante.

Recordando varios ejemplos del derecho romano, el autor propone tres principios escalonados para reconducir la norma al derecho natural: 1º) interpretar la norma positiva a la luz del derecho natural, en los términos de la norma positiva; 2º) reconceptualizar lo positivo con la concepción natural del Derecho; y, 3º) ante la imposibilidad de aplicar los anteriores principios, hacer prevalecer al derecho natural, dentro de los límites de la norma positiva. En caso contrario la norma ha de tenerse por nula<sup>3</sup>.

Estos principios representan una buena base hermenéutica para todo el Derecho. Además, pueden y deben conjugarse con otros criterios que también aparecen en el libro, pero fuera del capítulo VII: por ejemplo, la forma en que son eficaces históricamente los derechos naturales originarios y primarios, frente a los derivados y subsiguientes, que aceptan condicionamientos mayores por parte de la norma positiva. Lo mismo aplica a los preceptos originarios y subsiguientes, necesarios y contingentes.

Menos trabajado veo el tema del vacío formal de derecho, en el que Hervada se limita a señalar un criterio más bien general.

---

hermenéuticas de las que trata el capítulo; la resistencia y la rebelión propiamente no son cuestiones hermenéuticas.

<sup>3</sup> Sé que estoy simplificando un poco las cosas, pero lo hago para ir directamente al punto central.

Al respecto dice que “cuando una situación injusta se debe a que el legislador no ha ejercido una función de su *exclusiva* competencia, se produce un vacío que no puede ser colmado por el jurista (aunque sea juez)” (6ª regla). En mi opinión, convendría analizar con más cuidado qué vacíos sí pueden ser llenados por otros operadores del derecho, aunque sea de forma parcial. En concreto, el caso que Hervada trae a colación ha sido resuelto de forma distinta primero por la jurisprudencia constitucional alemana, a la que luego han seguido otros Estados; ahí se aclara que cuando el legislador incumple con su deber de legislar sobre una materia determinada (v. gr. por así disponerlo la Constitución o un pacto de derechos humanos), si ha pasado un tiempo prudencial y las condiciones del caso están suficientemente determinadas, el juez puede suplir tal omisión legisferante<sup>4</sup>.

### **3. PERSPECTIVAS**

Decía que los principios propuestos por Hervada son una buena base para la hermenéutica jurídica general. Probablemente son el mayor aporte práctico que la obra ofrece al jurista<sup>5</sup>. Si se aplicaran, muy distinta sería la jurisprudencia, no solo en la parte resolutive, sino principalmente en la considerativa.

Sin embargo, observo que son sólo una base que aún puede desarrollarse, tanto a nivel teórico como práctico, bajo los mismos parámetros esbozados por Hervada. Por ejemplo, las reglas hermenéuticas pueden conciliarse con el principio de totalidad o indivisión de los actos o negocios, y con el análisis de los

---

<sup>4</sup> Básicamente son casos de inconstitucionalidad por omisión. Ciertamente el tema admite un enfoque distinto en donde se observa que el juez tiene potestad legislativa. Sin embargo, pienso que tal enfoque olvidaría cuál la razón de fondo por la que tal juez termina teniendo potestad legislativa *ad casum*.

<sup>5</sup> El mismo Hervada llama a la hermenéutica “el punto culminante de la ciencia jurídica, aquello que constituye su tarea medular”.

elementos naturalmente esenciales de cada acto o institución natural.

Así, en ocasiones se ha dicho que resulta posible reconducir al derecho natural una parte de una norma positiva, aunque no toda: solo aquella parte que es conforme con la naturaleza. ¿Pero hasta qué punto esto es posible? Hasta el punto en que la norma respete los elementos naturalmente esenciales del acto o institución natural. Así, si no se respeta la noción de matrimonio en sus elementos esenciales, la ley que lo regula carecerá de fuerza en todo lo que dependa de tal concepto.

## **ANEXO: COMPARACIÓN TEXTUAL DE LAS EDICIONES**

Desde 1981 el libro ha tenido más de diez ediciones. A partir de la 5ª edición sufrió un cambio de fondo en algunos contenidos. Básicamente hasta la páginas 176 permanece igual, con cambios solo de estilo. Más adelante, sin embargo cambia una de las partes más útiles de la obra para el jurista. Estos son los cambios que aquí se recogen.

El texto normal (color negro) indica que aquello recogido todas las versiones (hasta el 2001). El **sombreado** indica el texto nuevo que se encuentra en la 5ª versión de 1988 y siguientes. El **tachado** lo escrito solo en la antigua. La numeración de las páginas corresponde a la 10ª versión del año 2001.

[pág. 176 (en ambas versiones)] § 2. **El sistema jurídico**

Toda sociedad organizada tiene un *sistema jurídico* o sistema de derecho. Analizando este sistema jurídico advertimos en él un conjunto de normas y una trama de relaciones jurídicas, que contienen una serie de poderes, derechos y deberes, todo lo cual forma –visto unitariamente– la estructura jurídica de la sociedad u ordenamiento jurídico. Estos factores o elementos van acompañados de un conjunto de medios para hacer efectivo el derecho: unos tribunales, unos recursos (...)

1. *La unidad entre el derecho natural y el derecho positivo.* El derecho natural y el derecho positivo se integran en un único sistema jurídico, el cual es en parte natural y en parte positivo.

[pág. 177] El principio de unidad entre el derecho natural y el derecho positivo es triple: 1º) En primer lugar, como antes indicábamos, la ley positiva se genera –deriva– a partir de la ley natural por determinaciones en el orden de los medios convenientes y útiles para los fines naturales del hombre; el derecho natural es la base del derecho positivo y entre ambos existe una unidad de derivación. 2º) En segundo término, la potestad de dar normas positivas es de origen natural, pues del derecho natural derivan el poder social y la capacidad de compromiso y de pacto. Y, 3º) las relaciones jurídicas básicas y fundamentales, de las que las demás son derivación, complemento o forma histórica, son naturales.

En virtud de este triple principio, el derecho natural y el derecho positivo forman un único sistema jurídico el cual es en parte natural y en parte positivo.

[pág. 177] 2. *Positivación y formalización del derecho natural.* Por la unidad del sistema jurídico y en la conexión entre el elemento natural y el elemento positivo del derecho aparece la cuestión de la *positivación* y de la *formalización* del derecho natural.

a) *Positivación.* El derecho pertenece al orden *práctico* de la vida humana y es objeto de un arte o ciencia práctica. Para que algo sea practicable debe ser conocido; mientras sea desconocido permanece impracticable. Esto supuesto, parece claro que el derecho natural requiere ser conocido para que esté integrado en el sistema jurídico aplicable en cada momento histórico (*vigencia histórica* del derecho natural). En tanto que existe la persona humana, el derecho natural es un derecho *válido*, esto es, su contravención constituye de suyo una injusticia. Pero no es menos cierto que, en la medida en la que unos factores de derecho natural (normas, derechos, principios, etc.) no sean conocidos, no podrán estar integrados en el sistema jurídico aplicable en cada momento histórico. Pues bien, denominamos *positivación* al paso a la *vigencia histórica* (integración en el sistema jurídico aplicable) de una norma natural de derecho o de un derecho natural.

[pág. 178] Como ya hemos visto antes, el conocimiento del derecho natural *originario* es en parte –y sólo en parte– progresivo; si bien hay un núcleo básico de derecho natural que es conocido por todos, no faltan sectores del derecho natural originario que se van desvelando progresivamente, a medida que la naturaleza del hombre y la dignidad humana son mejor conocidas. Así ha podido constatararse modernamente con ciertos derechos humanos. Por otra parte, el derecho natural *subsiguiente* constituye el orden

jurídico natural inherente a las nuevas situaciones históricas; por lo tanto, se va desvelando a medida que van surgiendo nuevas formas de convivencia o que se van produciendo los hechos o situaciones históricas. Este *develamiento* del derecho natural y su consiguiente averiguación constituye el proceso de positivación del derecho natural y lo que produce su paso a la *vigencia histórica*.

Los modos de positivación son varios; ahora bien, como la positivación produce la integración del derecho natural en el sistema jurídico vigente aplicable en cada momento histórico, todos los modos de positivación se enlazan con el sistema de *fuentes del derecho*: la ley, la costumbre, la conciencia jurídica de la comunidad, la jurisprudencia, los actos administrativos, la doctrina jurídica, etc.

La positivación no da al derecho natural su índole jurídica –que tiene por sí mismo–, ni se debe confundir con el cumplimiento del derecho natural por parte de los ciudadanos. Ni el cumplimiento es la positivación, ni el rechazo la anula, pues una cosa es la validez y la vigencia del derecho y otra su cumplimiento o incumplimiento.

En principio la positivación se limita a ser un proceso de conocimiento, pero hay algunos supuestos en los que tiene carácter autoritativo, o sea, requiere que se efectúe a través de los actos dotados de autoridad (ley, sentencias judiciales, etc.). En efecto, junto a un núcleo de derecho natural que abarca de modo completo una relación social o un aspecto de ella, existen otros dos tipos [pág. 179] de factores o principios naturales: a) el derecho natural propio de una relación jurídica genérica, que debe ser concretada por el derecho positivo; y b) aquellos principios y exigencias de derecho natural inherentes a realidades que pertenecen a la historicidad de la sociedad, a su ámbito evolutivo y al surgir de nuevas situaciones. En todos estos casos se da una constante: un orden natural que debe ser completado por el derecho positivo.

En los dos supuestos examinados la positivación es propiamente autoritativa:

1° porque completa, mediante factores positivos, el orden natural, que sin este complemento no regularía plenamente las relaciones sociales a causa de su indeterminación (v. gr. existe el derecho natural al trabajo, pero este derecho no es ejercible dentro del sistema jurídico –acción ante los tribunales, recursos administrativos, etc.– si no es a través de su concreción en relaciones jurídicas individualizadas por medios de derecho positivo: contratos, convenios colectivos, legislación, etc.);

2° porque –y esto es válido sólo en el caso de una situación nueva o transformada– la autoridad social tiene la misión de regular la vida social y, por consiguiente, de reconocer jurídicamente las nuevas situaciones, cuyo origen es cultural (por ejemplo, en los contratos de seguro hay factores de derecho

natural, pero si los seguros estuviesen prohibidos o no se reconociesen en un ordenamiento jurídico, no habría lugar a aplicar ese derecho natural, al no reconocerse la materia sobre la que versa). En virtud de este principio, el orden incoado en dichas situaciones es una exigencia de justicia que vincula al derecho positivo en el momento de regular las nuevas situaciones, pero no adquiere la perfección o plenitud de su carácter jurídico, si no es por el reconocimiento de la situación nuevamente creada. Antes del reconocimiento podrá hablarse de un principio de derecho, pero no de derecho en la plenitud de su desarrollo.

En estos supuestos, la positivación es necesaria y autoritativa; pero es *perfeccionadota* (completa el orden) e [pág. 180] *integradota* (las exigencias o principios naturales quedan integrados en la norma completa), de suerte que el núcleo de derecho natural que pueda existir, tiene la fuerza propia de este derecho.

b) *Formalización*. Un sistema jurídico ya formado no es sólo un conjunto disperso y confuso de distintos factores jurídicos; hay en él principios directivos o informadores, normas de diverso tipo y fuerza, mecanismos de aplicación de las leyes, formas de aparición de cada uno de los actos que inciden en él, exigencia de requisitos para la validez de los distintos elementos que integran el sistema jurídico o para el otorgamiento a ellos de un valor determinado, etc. Se trata de un sistema técnicamente estructurado que condiciona y modaliza, a través de sus mecanismos técnicos, la vigencia y la aplicación del derecho. En suma, un sistema jurídico ya formado es un sistema *formalizado*. ¿En qué consiste la *formalización*? Consiste en la tecnificación de los distintos factores y elementos que integran el derecho, mediante el recurso de darles una forma, atribuirles una precisa eficacia, en sí mismos y en relación con los demás, prever los instrumentos técnicos para realizar y garantizar su eficacia, establecer las condiciones y requisitos para que sean válidos o eficaces, etc. Con ello, se tiende a garantizar con seguridad y certeza la función y el valor de cada factor o elemento jurídico en el contexto de un sistema concreto.

Ante esta realidad, que se origina en virtud de las necesidades de certeza, seguridad y justicia del orden jurídico, la positivación debe ser completada con la *formalización*. Por eso, el derecho natural, una vez positivado, debe ser integrado por la formalización mediante normas por las cuales se complete, se establezcan los mecanismos que garanticen su aplicación, etc. Así, por ejemplo, el *ius connubii* (el derecho a contraer matrimonio), derecho natural, está formalizado en un ordenamiento jurídico al establecerse sus límites (capacidad), requisitos de ejercicio, la forma de celebración del matrimonio y las oportunas anotaciones registrales para su prueba, procesos de nulidad y de separación, etc. Sin la oportuna formalización,

el derecho natural sólo imperfectamente está integrado en el sistema jurídico, al quedar condicionada su efectiva fuerza social a la buena voluntad y al sentido de justicia de quienes deben cumplirlo y aplicarlo. La formalización, al integrarlo en todo el mecanismo de tecnificación del derecho, pone a su servicio todos los recursos para su debida aplicación.

De lo dicho se desprende que no debe confundirse el derecho natural no positivado con el derecho natural no formalizado, y que es posible la existencia de un derecho natural positivado preformalizado, esto es, sin la adecuada y deseable formalización.

[págs. 181-183 (177-179 en edición de 1981)] 2. **3. El derecho natural y el sistema de garantía de efectividad del derecho. (...)**<sup>6</sup>

[pág. 183 (179 en la edición de 1981)]

3. *El derecho natural y la interpretación del derecho.* El punto culminante de la ciencia jurídica, aquello que constituye su tarea medular, a la que se ordenan sus principios metódicos y sus recursos técnicos, es la *interpretación del derecho*. Sin entrar en las múltiples distinciones sobre esta operación básica del arte jurídico, podemos describirla como la operación dirigida a encontrar la solución jurídica del caso concreto: cuál sea el derecho – qué sea lo justo– en el caso planteado.

Es en esta operación donde, de modo principal, el derecho natural ha de ser aplicado como lo que es: una parte del derecho vigente que rige las relaciones humanas. En otras palabras, siendo el derecho en parte natural y en parte positivo, el derecho constituye, junto con el derecho positivo, factor integrante de la solución al caso concreto. El jurista, al dar solución al caso, ha de combinar, armonizándolas, aquella parte de derecho natural y aquella parte de derecho positivo que integren el derecho propio del caso.

Para conjugar el derecho natural con el derecho positivo deben tenerse presente dos exigencias: a) El derecho positivo, como dijera Gayo (*Instituciones*, I, 158) no puede lesionar los derechos naturales; es decir, el derecho natural [pág. 184] prevalece sobre el derecho positivo; b) el derecho natural opera como vigente en la medida de su positivación –a través del sistema de fuentes del derecho ya aludido– y de su formalización; esta segunda exigencia lo es de la unidad del orden jurídico y de los principios de seguridad y certeza.

Al respecto, pueden darse las siguientes reglas:

1ª El derecho positivo –y los actos de la autonomía– debe interpretarse según el derecho natural. Así, por ejemplo, si se trata del derecho penal, la

---

<sup>6</sup> Aquí sólo cambia el número “2” por el “3”: de resto es igual.

imputabilidad y la culpabilidad deben entenderse conforme a las reglas naturales que rigen la voluntariedad de los actos humanos; cuando están en juego los valores morales, la moral aplicable no es otra que la moral objetiva o conjunto de preceptos de la ley natural, etc. Como aspecto importante de esta regla podemos decir que el derecho positivo debe ser interpretado de acuerdo con los derechos naturales del hombre (derechos humanos naturales). Esta regla es lógica consecuencia, tanto de que el derecho positivo deriva del derecho natural, como de la unidad del ordenamiento jurídico. Es asimismo la regla más general y de mayor aplicación, pues la gran mayoría de las normas positivas no ofrecen contraste con el derecho natural.

2ª El derecho natural que esté recogido en normas de derecho positivo permanece siendo derecho natural y debe interpretarse conforme a su índole propia. La inclusión del derecho natural dentro del derecho positivo –caso muy frecuente– no lo transforma en positivo aunque pueda añadirle el vigor propio de la ley positiva; como sigue siendo derecho natural, debe interpretarse conforme a las reglas propias de conocimiento y aplicación del derecho natural.

~~3ª La ley positiva injusta sólo tiene, jurídicamente, una interpretación: *lex injusta, lex nulla*; es la antigua regla romana, a la que hemos acudido varias veces: la ley positiva no puede prevalecer sobre los derechos naturales. La solución ante una ley tal es –lo decimos una vez más– la desobediencia cívica, la resistencia pasiva o activa y, en los casos extremos, la rebelión.~~

3ª Cuando se observa un posible contraste entre los términos de la ley positiva –o de un negocio jurídico– y el derecho natural, la norma positiva –o en su caso el negocio jurídico– debe interpretarse de acuerdo con [pág. 185] el derecho natural, en los términos de la norma positiva. La reconducción de la ley positiva a la ley natural es resultado de la unidad del ordenamiento y de la prevalencia del derecho natural; la limitación a los términos de la ley positiva es exigencia de la formalización.

A modo de ejemplo, podemos fijarnos en el art. 147 del Código Civil mexicano: «Cualquier condición contraria a la perpetuación de la especie o a la mutua ayuda que se deben los cónyuges, se tendrá por no puesta». De acuerdo con los términos del artículo, cabe interpretarlo bien como una presunción *iuris et de iure* de validez del matrimonio (o una declaración imperativa de tal), o bien como una presunción *iuris tantum* que admite prueba en contrario. La presunción *iuris et de iure* (*a fortiori* si el artículo se entiende como una declaración de validez lisa y llana) estaría en contraste con el derecho natural, según lo que se dijo al hablar de las relaciones entre derecho natural y derecho positivo (regla 3ª, b), dado que el consentimiento aparece viciado en un elemento esencial y por lo tanto el matrimonio con esa condición es nulo por derecho natural. Luego debe interpretarse como una presunción *iuris tantum*.

4ª A veces el posible contraste entre el derecho positivo –o un acto de la autonomía privada– y el derecho natural puede salvarse mediante una correcta conceptualización. Por ello, una cuarta regla será conceptualizar el derecho positivo de acuerdo con el derecho natural. Un ejemplo de aplicación de esta regla lo encontramos en el derecho romano; así leemos en D. 7,5,2: «Por este senadoconsulto no se dio vida a un propio usufructo de cantidad, ya que la autoridad del senado no pudo cambiar la razón natural, pero, introducido el remedio, comenzó a admitirse un cuasiusufructo».

5ª Si las dos reglas anteriores no pueden aplicarse, la interpretación del derecho debe hacerse con prevalencia de la norma natural sobre la positiva, dentro de los límites de la formalización y la positivación. Dos textos [pág. 186] romanos pueden servir para ilustrar esta quinta regla. D. 4,5,8: «Es evidente que aquellas obligaciones que contienen una prestación natural no se extinguen por la capitisdiminución, porque el derecho civil no puede alterar los derechos naturales; así, la acción de dote subsiste aún después de la capitisdiminución, porque está referida a lo que es bueno y justo». D. 12,6,64: «Si un dueño pagó su deuda a su esclavo después de manumitido, aunque lo hiciera creyendo que se le podía reclamar aquella deuda por alguna acción, sin embargo, no podrá repetir, pues cumplió una obligación natural. Como la libertad es de derecho natural y la esclavitud ha sido introducida por el derecho de gentes, en la condición [sic] la razón de lo debido o indebido debe entenderse por naturaleza».

6ª Cuando una situación injusta se debe a que el legislador no ha ejercido una función de su *exclusiva* competencia, se produce un vacío que no puede ser colmado por el jurista (aunque sea juez). Hay vacíos y lagunas del ordenamiento que pueden ser llenados por el juez o por la doctrina; no nos referimos a estos supuestos, sino a aquellos que dependen de una competencia exclusiva del legislador. Un caso posible puede encontrarse en la falta de penalización o despenalización de una conducta injusta. Estando en vigor el principio de legalidad, que es justo, si una injusticia no está tipificada como delito, no puede el juez castigarla, aunque por derecho natural sea punible.

7ª Cuando una ley positiva discordante con la ley natural no puede ser reconducida al derecho natural mediante las reglas expuestas (imposibilidad que sólo puede suceder en casos extremos), debe tenerse por nula; es la antigua regla romana, a la que hemos acudido varias veces: la ley positiva no puede prevalecer sobre los derechos naturales y la razón natural. Lo mismo debe decirse de los negocios jurídicos; si no son justos, v. gr., por desigualdad o desproporción en las prestaciones, [pág. 187] han de considerarse nulos, a no ser que sean parcialmente reconducibles al derecho natural según las reglas antes expuestas, en cuyo caso son válidos en los límites de esa reconducción.

Este conjunto de reglas ayudan a comprender que el oficio de jurista no es declarar *lo legal*, sino declarar *lo justo*. No se comprende la enemiga que algunos tiene a esta función del jurista. La injusticia y lo injusto deben estar desterrados de la sociedad y desde siempre el jurista ha tenido este oficio en una perspectiva técnica y científica; en ello está su utilidad y servicio a la sociedad.

Ni hay en esto ningún quebranto de los principios de seguridad y certeza, garantizados por la formalización. Además ambos principios – seguridad y certeza– valen para lo justo, no para lo injusto; no se ve qué provecho trae a la sociedad dar seguridad y certeza a lo injusto. Por lo demás, el conjunto de reglas expuestas proceden de ambos principios –en relación con la formalización del derecho natural– y los respetan, igual que el resto de los recursos técnicos de la ciencia jurídica.

5. *Ciencia jurídica crítica.* (...)