

RENATO RABBI-BALDI CABANILLAS

Abogado, Universidad de Buenos Aires. Doctor en Derecho, Universidad de Navarra. Ex Becario en el Seminario Filosófico, Universidad de Münster. Profesor Titular Regular de Teoría General y Filosofía del Derecho, Universidad de Buenos Aires. Profesor Titular Regular de Introducción al Derecho, Universidad Católica de Salta. Ex Secretario Letrado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Juez de la Cámara Federal de Apelaciones de Salta

# Teoría del derecho

*3ª edición, corregida, aumentada  
y actualizada*

*con el Proyecto de Código Civil y Comercial  
de la Nación, Decreto 191/2011*



**Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma**

CIUDAD DE BUENOS AIRES

## ÍNDICE GENERAL

PROEMIO A LA TERCERA EDICIÓN . . . . .	11
PRÓLOGO A LA SEGUNDA EDICIÓN . . . . .	17
RECONOCIMIENTOS A LA PRIMERA EDICIÓN DE 2008 . . . . .	23
INTRODUCCIÓN . . . . .	35

### CAPÍTULO PRIMERO

#### LA PERSONA, FUNDAMENTO DEL DERECHO

1. Introducción . . . . .	47
2. Análisis etimológico de la voz “persona” . . . . .	51
3. La concepción greco-romana (estamental) de persona . . . . .	53
4. La configuración histórica del concepto de persona como ser substantial y digno . . . . .	56
a) El planteamiento de los primeros teólogos y filósofos cristianos . . . . .	56
b) El alumbramiento de la noción de “dignitas hominis” . . . . .	59
1. Edad Media y Renacimiento . . . . .	59
2. El planteamiento en el horizonte de la Modernidad . . . . .	63
I. La universalización fáctica del concepto de persona como ser substantial y digno en Francisco de Vitoria . . . . .	63
II. La saga doctrinaria posterior a Vitoria . . . . .	67
III. La postura de Immanuel Kant . . . . .	68
5. Los conceptos filosófico y jurídico de persona . . . . .	72
a) La dimensión filosófica de la noción de persona . . . . .	72
b) La dimensión jurídica de la noción de persona . . . . .	74
1. Introducción . . . . .	74
2. El origen natural del concepto de persona . . . . .	76
3. Todos los hombres son persona . . . . .	77
c) Síntesis conclusiva . . . . .	78

6. La recepción del concepto de persona en el derecho positivo nacional .....	80
a) El derecho constitucional .....	80
b) El derecho infraconstitucional .....	83
7. La recepción del concepto de persona en la jurisprudencia ..	89
a) Introducción .....	89
b) Supuestos de personas con pleno discernimiento .....	89
c) Supuestos de personas con ausencia o disminución del discernimiento .....	92
1. Las personas por nacer .....	92
I. El caso de los embriones y del ovocito pronucleado ..	93
II. El caso del feto anencefálico .....	103
2. Los menores de edad .....	106
3. El caso de los discapaces .....	109

## CAPÍTULO II

LA TENSIÓN ENTRE EL DERECHO NATURAL  
Y EL POSITIVISMO JURÍDICO

8. Introducción .....	113
9. La tensión entre las teorías del derecho natural y del positivismo jurídico .....	115
a) El alcance de la "positividad" del derecho .....	117
b) El distingo "cognotivismo-no cognotivismo" .....	118
10. La teoría del derecho natural. Algunos textos y argumentos clásicos .....	121
a) Sófocles .....	121
b) Aristóteles .....	124
c) Cicerón .....	131
11. La teoría del positivismo jurídico. Algunos textos y argumentos clásicos .....	134
a) La posición de Calicles en el "Gorgias" de Platón .....	135
b) Thomas Hobbes .....	137
c) El concepto de naturaleza en las leyes "eugenésicas" .....	140
d) El "derecho natural" en el nacionalsocialismo .....	143
e) El "escepticismo ético": Hans Kelsen y Eugenio Bulygin ..	144
12. Propuestas de superación de la dialéctica "derecho natural-positivismo jurídico" .....	147
a) El llamado "dritter Weg" ("tercer camino") y su crítica ..	147
b) El aporte de Llompart .....	150
13. Reflexiones finales a la vuelta del "tercer camino" .....	154

## CAPÍTULO III

"TÍTULOS" Y "MEDIDAS" NATURALES Y POSITIVOS  
DEL DERECHO

14. Introducción .....	161
15. Los "títulos" naturales .....	163
a) Discernimiento a partir de la "naturaleza humana" .....	163
b) Clases de derechos naturales .....	165
c) Los derechos "humanos" como derechos naturales .....	166
d) Los derechos "constitucionales" como derechos naturales ..	168
1. La interpretación del constituyente de 1860 .....	168
2. La interpretación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación .....	170
e) Un ejemplo: la causa "Saguir y Dib" .....	174
16. Las "medidas" naturales .....	179
a) Discernimiento a partir de la "naturaleza de las cosas" ..	179
b) Factores que determinan las "medidas" naturales. Aplicación legislativa y jurisprudencial .....	182
1. Finalidad .....	182
2. Cantidad y cualidad .....	187
3. Relación .....	188
4. Tiempo .....	190
17. "Títulos" y "medidas" positivos .....	195
a) Introducción .....	195
b) Los "títulos" positivos .....	197
c) Las "medidas" positivas .....	198
18. Relaciones entre el derecho natural y el derecho positivo ..	200

## CAPÍTULO IV

## LAS FUENTES DEL DERECHO

19. Introducción .....	207
20. Etimología. Significaciones diversas .....	208
21. Clases de fuentes .....	209
22. Las fuentes del derecho en la historia .....	212
a) El "derecho común" .....	212
b) La Codificación .....	214
23. Hacia una sistematización de las fuentes del derecho .....	216
a) Introducción .....	216
b) El planteamiento originario .....	217
c) La reacción por parte de la práctica legislativa y de la doctrina .....	219

1. Ejemplos eclécticos de codificación .....	219
2. La propuesta de Gény.....	221
d) Hacia la superación del distingo entre fuentes "formales" y fuentes "materiales".....	224
e) Las fuentes del derecho de la "post-codificación".....	226

## CAPÍTULO V

## EL SISTEMA JURÍDICO

24. Introducción .....	233
25. El planteamiento del positivismo jurídico .....	234
26. Las aporías del sistema jurídico positivista.....	234
a) Vaguedad .....	235
b) Ambigüedad.....	237
c) Contradictoriedad o inconsistencia .....	241
d) Redundancia .....	243
e) Lagunas .....	244
27. Hacia una superación de la propuesta sistemática del positivismo jurídico .....	245
a) Insoslayabilidad de la idea de sistema .....	245
b) Sistema jurídico "abierto" y pensamiento "problemático" .....	247
c) Sistema jurídico "abierto": la reacción legislativa y su influencia en la jurisprudencia .....	249
d) Sistema jurídico "abierto": reglas y principios .....	256
28. La configuración del sistema jurídico .....	262
a) Introducción .....	262
b) Concepto de "positivación" y de "formalización".....	264
c) Unidad de la "positivación-formalización" de los elementos del sistema jurídico "abierto" .....	266
d) El tema de la no positivación del derecho natural. El distingo entre "validez" y "vigencia" .....	268
e) Vicisitudes de la "positivación-formalización" del derecho natural .....	271
1. El progresivo conocimiento y "positivación" del derecho natural .....	272
2. Integración explícita e implícita del derecho natural en el sistema jurídico .....	273
3. "Eficacia" del derecho natural en el sistema jurídico..	276
f) Naturaleza e historia: la cuestión del "ejercicio" de los derechos naturales .....	278

## CAPÍTULO VI

## LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA

29. Introducción .....	289
30. Una breve ojeada histórica al tema de la interpretación: la tensión entre "cetéctica" (o "finalismo") y "dogmática" (o "formalismo").....	292
a) La compilación de Justiniano .....	295
b) Los Glosadores .....	295
c) Los Post-Glosadores (o "Consultores").....	296
d) El Humanismo .....	297
e) La teoría moderna o racionalista del derecho natural ...	298
f) La Escuela Histórica .....	301
g) La "nueva" Escuela Histórica: Rudolf von Ihering .....	303
31. La teoría de la interpretación en el positivismo jurídico ...	304
a) Introducción.....	304
b) Configuración histórica.....	305
c) La interpretación como "aplicación" (o el canon interpretativo positivista por antonomasia) .....	306
d) La interpretación "admitida" por el positivismo jurídico .	308
e) Empleo de las directrices interpretativas de cuño positivista por parte de la jurisprudencia de la Corte Suprema ..	311
1. La interpretación de la "voluntad del legislador".....	311
2. La interpretación "histórica" .....	312
3. La interpretación "sistemática" .....	313
32. El aporte del movimiento del "Derecho Libre" al fenómeno interpretativo .....	317
33. La perspectiva iusnaturalista de la razón práctica sobre la interpretación .....	320
a) Introducción.....	320
b) Notas características de la teoría de la razón práctica sobre la interpretación .....	323
1. La valoración de la realidad de las cosas .....	323
2. De la aporía de la aplicación a la interpretación como "puesta en correspondencia" de norma y caso .....	324
3. La apertura del sistema jurídico y el ingreso de los principios .....	327
4. La centralidad del intérprete en la determinación del derecho.....	332
c) Empleo de las directrices interpretativas iusnaturalistas por parte de la jurisprudencia de la Corte Suprema .	333
1. Introducción .....	333
2. Pautas de interpretación intranormativas .....	333

I. Directriz de la "epikeia" griega .....	333
II. Directriz del control de constitucionalidad de las leyes .....	335
III. Directriz teleológica .....	337
3. Pautas de interpretación extranormativas .....	339
I. Directriz de autoridad .....	339
II. Directriz de la "aequitas" romana .....	341
III. Directriz de la "aequitas" judeo-cristiana .....	343
IV. Directriz por las consecuencias .....	346
4. Pautas de interpretación extra e intranormativas .....	350
I. Directriz del derecho natural .....	350
II. Directriz de los principios .....	352
34. Un ejemplo integrador de las pautas interpretativas examinadas: la directriz de la "totalidad" .....	357

## CAPÍTULO VII

## LA JUSTICIA Y EL DERECHO

35. Introducción .....	359
36. La tesis de Hans Kelsen sobre la noción de justicia y su crítica .....	362
37. Materiales para la configuración de una teoría sobre la justicia .....	367
a) Sobre la triple clasificación de la justicia y su influencia en la realidad de la vida .....	367
b) El vínculo entre justicia y derecho .....	368
c) La tríada justicia, derecho y ley .....	371
d) Fortuna histórica de esta tríada .....	374
e) Clasificación de las teorías de la justicia .....	378
f) El "dar a cada uno su derecho" en el horizonte de una teoría "normativo-material-procedimental" de la justicia .....	382
38. Un estudio de la fórmula de la justicia .....	384
a) La justicia como virtud: el aporte de Sócrates .....	384
b) La clasificación de la virtud de la justicia según Aristóteles .....	389
1. La justicia "perfecta" y su concreción en la "legal" .....	389
2. La justicia "particular" .....	392
I. La justicia "distributiva" .....	393
II. La justicia "correctiva" .....	394
39. Análisis de la fórmula de la justicia .....	397
a) Dar .....	397
b) A cada uno .....	399
c) Su derecho .....	401

40. Las clases de justicia y su repercusión en la legislación y en la jurisprudencia .....	406
a) Las relaciones entre particulares, materia de la justicia conmutativa .....	406
b) Las relaciones entre la comunidad y los particulares, materia de las justicias "distributiva" y "legal" .....	409
1. Introducción .....	409
2. La justicia "distributiva" .....	410
I. Planteamiento .....	410
II. Aplicaciones .....	412
3. La justicia "legal" .....	418
I. Concepto y aplicación .....	418
II. La excepción a la ley: de nuevo sobre la "epikeia" .....	420
41. Apuntes conclusivos: de la integración de las clases de justicia en la vida social a una definición aproximativa de derecho .....	422

BIBLIOGRAFÍA .....	429
--------------------	-----

ÍNDICE DE FALLOS CITADOS .....	447
1. Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación .....	453
2. Sentencias de la Cámara Federal de Apelaciones de Salta .....	455
3. Sentencias de otros tribunales nacionales .....	456
4. Sentencias de tribunales provinciales .....	456
5. Sentencias de tribunales extranjeros .....	456

ÍNDICE DE AUTORES .....	457
-------------------------	-----