

RENATO RABBI-BALDI CABANILLAS

Abogado, Universidad de Buenos Aires. Doctor en Derecho, Universidad de Navarra. Exbecario 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. Exsecretario Letrado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Juez de la Cámara Federal de Apelaciones de Salta

Teoría del derecho

*5ª edición, corregida, aumentada y actualizada
con el Anteproyecto de reformas al Código Civil
y Comercial (Decreto 182/2018) y el Proyecto
de reformas al Código Penal de la Nación
(Expte. 52/19)*



Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma

CIUDAD DE BUENOS AIRES

ÍNDICE GENERAL

PRÓLOGO A LA QUINTA EDICIÓN	11
INTRODUCCIÓN	23

CAPÍTULO PRIMERO

LA PERSONA, FUNDAMENTO DEL DERECHO

1. Introducción.	37
2. Análisis etimológico de la voz "persona".	41
3. La concepción greco-romana (estamental) de persona.	43
4. La configuración histórica del concepto de persona como ser substantial y digno.	46
a) El planteamiento de los primeros teólogos y filósofos cristianos.	46
b) El alumbramiento de la noción de "dignitas hominis" . . .	50
1. Edad Media y Renacimiento.	50
2. El planteamiento en el horizonte de la Modernidad . .	53
i. La universalización fáctica del concepto de persona como ser substantial y digno en Francisco de Vitoria. . .	53
ii. La saga doctrinaria posterior a Vitoria.	58
iii. La postura de Immanuel Kant	59
5. Los conceptos filosófico y jurídico de persona	63
a) La dimensión filosófica de la noción de persona	63
b) La dimensión jurídica de la noción de persona	66
1. Introducción.	66
2. El origen natural del concepto de persona	68
3. Todos los hombres son persona	69
c) Síntesis conclusiva	70
6. La recepción del concepto de persona en el derecho positi- vo nacional.	72
a) El derecho constitucional.	72
b) El derecho infraconstitucional.	75

1. El Código Civil de Vélez	76
2. El vigente Código Civil y Comercial	80
3. El vigente Código Penal Argentino: su propuesta de reforma de 2019 y los proyectos de leyes de "interrupción voluntaria del embarazo"	83
7. La recepción del concepto de persona en la jurisprudencia .	93
a) Introducción	93
b) Supuestos de personas con pleno discernimiento	94
c) Supuestos de personas con ausencia o disminución del discernimiento	97
1. Las personas por nacer	98
I. El caso de los embriones y del ovocito pronucleado .	98
i. La causa "Davis v. Davis" (1989)	98
ii. El caso "R., R. s/medidas precautorias" (1999) .	100
iii. La causa "R., N. F. c/Obra Social del Poder Judicial de la Nación" (2010) y otras de la Cámara Federal de Apelaciones de Salta	102
iv. El caso "Artavia Murillo y ot. c/Costa Rica" (2012)	106
v. Tratamiento legislativo sobre el estatus de los embriones	111
II. El supuesto del feto anencefálico	115
2. Los menores de edad	117
3. Los discapaces	120
 CAPÍTULO II LA TENSION ENTRE EL DERECHO NATURAL Y EL POSITIVISMO JURÍDICO 	
8. Introducción	125
9. La tensión entre las teorías del derecho natural y del positivismo jurídico	128
a) El alcance de la "positividad" del derecho	130
b) El distingo "cognitivismo-no cognitivismo"	130
10. La teoría del derecho natural. Algunos textos y argumentos clásicos	133
a) Sófocles	134
b) Aristóteles	137
c) Cicerón	144
11. La teoría del positivismo jurídico. Algunos textos y argumentos clásicos	147
a) La posición de Calicles en el "Gorgias" de Platón	147
b) Thomas Hobbes	150
c) El concepto de naturaleza en las leyes "eugenésicas"	153
d) El "derecho natural" en el nacionalsocialismo	155

e) El "escepticismo ético": Hans Kelsen y Eugenio Bulygin .	156
12. Propuestas de superación de la dialéctica "derecho natural-positivismo jurídico"	159
a) El llamado "dritter Weg" ("tercer camino") y su crítica ..	159
b) El aporte de Llompart	162
13. Reflexiones finales a la vuelta del "tercer camino"	166

CAPÍTULO III

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

14. Introducción	173
15. Los "títulos" naturales	175
a) Discernimiento a partir de la "naturaleza humana"	175
b) Clases de derechos naturales	176
c) Los derechos "humanos" como derechos naturales	178
d) Los derechos "constitucionales" como derechos naturales	180
1. La interpretación del constituyente de 1860	180
2. La interpretación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación	182
e) Un ejemplo: la causa "Saguir y Dib"	186
16. Las "medidas" naturales	191
a) Discernimiento a partir de la "naturaleza de las cosas" ..	191
b) Factores que determinan las "medidas" naturales. Aplicación legislativa y jurisprudencial	194
1. Finalidad	194
2. Cantidad y cualidad	199
3. Relación	201
4. Tiempo	203
17. "Títulos" y "medidas" positivos	208
a) Introducción	208
b) Los "títulos" positivos	210
c) Las "medidas" positivas	211
18. Relaciones entre el derecho natural y el derecho positivo ..	213

CAPÍTULO IV

LAS FUENTES DEL DERECHO

19. Introducción	221
20. Etimología. Significaciones diversas	222
21. Clases de fuentes	223
22. Las fuentes del derecho en la historia	226
a) El "derecho común"	226

b) La Codificación	228
c) La sistematización teórica de las fuentes del derecho en la Modernidad	230
d) La reacción por parte de la práctica legislativa y de la doctrina	233
1. Ejemplos eclécticos de codificación	233
2. La propuesta de Gény	235
e) Hacia la superación del distingo entre fuentes "formales" y fuentes "materiales"	238
23. Las fuentes del derecho de la "post-codificación"	240

CAPÍTULO V

EL SISTEMA JURÍDICO

24. Introducción	249
25. El planteamiento del positivismo jurídico	250
26. Las aporías del sistema jurídico positivista	250
a) Vaguedad	251
b) Ambigüedad	253
c) Contradictoriaidad o inconsistencia	258
d) Redundancia	259
e) Lagunas	260
27. Hacia una superación de la propuesta sistemática del positivismo jurídico	262
a) Insoslayabilidad de la idea de sistema	262
b) Sistema jurídico "abierto" y pensamiento "problemático"	264
c) Sistema jurídico "abierto": la reacción legislativa y su influencia en la jurisprudencia	266
d) Sistema jurídico "abierto": reglas y principios	274
28. La configuración del sistema jurídico	280
a) Introducción	280
b) Concepto de "positivación" y de "formalización"	282
c) Unidad de la "positivación-formalización" de los elementos del sistema jurídico "abierto"	284
d) El tema de la no positivación del derecho natural. El distingo entre "validez" y "vigencia"	286
e) Vicisitudes de la "positivación-formalización" del derecho natural	288
1. El progresivo conocimiento y "positivación" del derecho natural	289
2. Integración explícita e implícita del derecho natural en el sistema jurídico	291
3. "Eficacia" del derecho natural en el sistema jurídico	294

f) Naturaleza e historia: la cuestión del "ejercicio" de los derechos naturales	296
---	-----

CAPÍTULO VI

LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA

29. Introducción	307
30. Una breve ojeada histórica al tema de la interpretación: la tensión entre "cetética" (o "finalismo") y "dogmática" (o "formalismo")	310
a) La compilación de Justiniano	313
b) Los Glosadores	313
c) Los Post-Glosadores (o "Consultores")	314
d) El Humanismo	315
e) La teoría moderna o racionalista del derecho natural	316
f) La Escuela Histórica	319
g) La "nueva" Escuela Histórica: Rudolf von Ihering	321
31. La teoría de la interpretación en el positivismo jurídico	322
a) Introducción	322
b) Configuración histórica	323
c) La interpretación como "aplicación" (o el canon interpretativo positivista por antonomasia)	324
d) La interpretación "admitida" por el positivismo jurídico	326
e) Empleo de las directrices interpretativas de cuño positivista por parte de la jurisprudencia de la Corte Suprema	329
1. La interpretación de la "voluntad del legislador"	329
2. La interpretación "histórica"	330
3. La interpretación "sistemática"	331
32. El aporte del movimiento del "Derecho Libre" al fenómeno interpretativo	335
33. La perspectiva de la razón práctica sobre la interpretación	338
a) Introducción	338
b) Notas características de la teoría de la razón práctica sobre la interpretación	341
1. La valoración de la realidad de las cosas	341
2. De la aporía de la aplicación a la interpretación como "puesta en correspondencia" de norma y caso	342
3. La apertura del sistema jurídico y el ingreso de los principios	345
4. La centralidad del intérprete en la determinación del derecho	352
c) Empleo de las directrices interpretativas de la razón práctica por parte de la jurisprudencia de la Corte Suprema	352
1. Introducción	352

2. Pautas de interpretación intranormativas	353
I. Directriz de la "epikeia" griega	353
II. Directriz del control de constitucionalidad de las leyes	355
III. Directriz teleológica	357
3. Pautas de interpretación extranormativas	359
I. Directriz de autoridad	359
II. Directriz de la "aequitas" romana	362
III. Directriz de la "aequitas" judeo-cristiana	364
IV. Directriz por las consecuencias	367
4. Pautas de interpretación extra e intranormativas	372
I. Directriz del derecho natural	372
II. Directriz de los principios	373
34. Un ejemplo integrador de las pautas interpretativas examinadas: la directriz de la "totalidad"	379

CAPÍTULO VII

LA JUSTICIA Y EL DERECHO

35. Introducción	381
36. La tesis de Hans Kelsen sobre la noción de justicia y su crítica	384
37. Materiales para la configuración de una teoría sobre la justicia	389
a) Sobre la triple clasificación de la justicia y su influencia en la realidad de la vida	389
b) El vínculo entre justicia y derecho	390
c) La tríada justicia, derecho y ley	393
d) Fortuna histórica de esta tríada	397
e) Clasificación de las teorías de la justicia	400
f) El "dar a cada uno su derecho" en el horizonte de una teoría "normativo-material-procedimental" de la justicia	405
38. Un estudio de la fórmula de la justicia	406
a) La justicia como virtud: el aporte de Sócrates	406
b) La clasificación de la virtud de la justicia según Aristóteles	411
1. La justicia "perfecta" y su concreción en la "legal"	411
2. La justicia "particular"	414
I. La justicia "distributiva"	415
II. La justicia "correctiva"	416
39. Análisis de la fórmula de la justicia	419
a) Dar	419
b) A cada uno	421
c) Su derecho	423

40. Las clases de justicia y su repercusión en la legislación y en la jurisprudencia	428
a) Las relaciones entre particulares, materia de la justicia conmutativa	428
b) Las relaciones entre la comunidad y los particulares, materia de las justicias "distributiva" y "legal"	431
1. Introducción	431
2. La justicia "distributiva"	432
I. Planteamiento	432
II. Aplicaciones	434
3. La justicia "legal"	440
I. Concepto y aplicación	440
II. La excepción a la ley: de nuevo sobre la "epikeia"	442
41. Apuntes conclusivos: de la integración de las clases de justicia en la vida social a una definición aproximativa de derecho	444

BIBLIOGRAFÍA	451
--------------------	-----

ÍNDICE DE FALLOS CITADOS	475
1. Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación	475
2. Sentencias de la Cámara Federal de Apelaciones de Salta	482
3. Sentencias de otros tribunales nacionales	485
4. Sentencias de tribunales provinciales	486
5. Sentencias de tribunales extranjeros	487

ÍNDICE DE AUTORES	489
-------------------------	-----