

RENATO RABBI-BALDI CABANILLAS

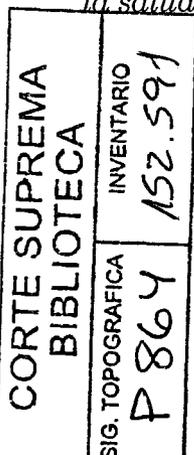
Abogado, Universidad de Buenos Aires. Doctor en Derecho, Universidad de Navarra. Exbecario en el Seminario Filosófico, Universidad de Münster. Profesor Titular Regular de Teoría General y Filosofía del Derecho, Universidad de Buenos Aires. Profesor Titular Regular de Introducción al Derecho, Universidad 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

6ª edición, corregida, aumentada y actualizada

con el Anteproyecto de reformas del Código Civil y Comercial (Decreto 182/2018); normas sobre COVID-19 y leyes 27610 (Acceso a la interrupción voluntaria del embarazo) y 27611 (Atención y cuidado integral de la salud durante el embarazo y la primera infancia)





ÍNDICE GENERAL

NOTA A LA SEXTA EDICIÓN	11
PRÓLOGO A LA QUINTA EDICIÓN	15
INTRODUCCIÓN	27

CAPÍTULO PRIMERO

LA PERSONA, FUNDAMENTO DEL DERECHO

1. Introducción	41
2. Análisis etimológico de la voz "persona"	45
3. La concepción greco-romana (estamental) de persona	47
4. La configuración histórica del concepto de persona como ser substancial y digno	50
a) El planteamiento de los primeros teólogos y filósofos cristianos	50
b) El alumbramiento de la noción de "dignitas hominis"	54
1. Edad Media y Renacimiento	54
2. El planteamiento en el horizonte de la Modernidad	57
I. La universalización fáctica del concepto de persona como ser substancial y digno en Francisco de Vitoria	57
II. La saga doctrinaria posterior a Vitoria	62
III. La postura de Immanuel Kant	63
5. Los conceptos filosófico y jurídico de persona	67
a) La dimensión filosófica de la noción de persona. Digresión sobre el estatus jurídico de los animales	67
b) La dimensión jurídica de la noción de persona	70
1. Introducción	70
2. El origen natural del concepto de persona	72
3. Todos los hombres son persona	73
c) Síntesis conclusiva	74
6. La recepción del concepto de persona en el derecho positivo nacional	76

a) El derecho constitucional.....	76
b) El derecho infraconstitucional.....	84
1. El Código Civil de Vélez.....	84
2. El vigente Código Civil y Comercial.....	88
3. Normas y documentos formulados ante la pandemia por COVID-19.....	90
4. La protección de la vida y sus excepciones en el Código Penal argentino (ley 11179, 1921) y en la propuesta de reforma a dicho digesto (Expte. 52/2019).....	94
5. Ley 27611, de Atención y Cuidado Integral de la Salud durante el Embarazo y la Primera Infancia.....	100
6. Los proyectos de leyes de “interrupción voluntaria del embarazo” de 2018 y 2019.....	103
7. La ley 27610 de acceso a la interrupción voluntaria del embarazo.....	110
7. La recepción del concepto de persona en la jurisprudencia .	120
a) Introducción.....	120
b) Supuestos de personas con pleno discernimiento.....	121
c) Supuestos de personas con ausencia o disminución del discernimiento.....	124
1. Las personas por nacer.....	125
I. El caso de los embriones y del ovocito pronucleado.	126
i. La causa “Davis v. Davis” (1989).....	126
ii. El caso “R., R. s/medidas precautorias” (1999) .	127
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.....	129
iv. El caso “Artavia Murillo y ot. c/ Costa Rica” (2012)	133
v. Tratamiento legislativo sobre el estatus de los embriones.....	138
II. El supuesto del feto anencefálico.....	144
2. Los menores de edad.....	146
3. Los discapaces.....	149

CAPÍTULO II

LA TENSIÓN ENTRE EL DERECHO NATURAL
Y EL POSITIVISMO JURÍDICO

8. Introducción.....	153
9. La tensión entre las teorías del derecho natural y del positivismo jurídico.....	156
a) El alcance de la “positividad” del derecho.....	158
b) El distingo “cognotivismo-no cognotivismo”.....	158

10. La teoría del derecho natural. Algunos textos y argumentos clásicos.....	161
a) Sófocles.....	162
b) Aristóteles.....	165
c) Cicerón.....	172
11. La teoría del positivismo jurídico. Algunos textos y argumentos clásicos.....	175
a) La posición de Calicles en el “Gorgias” de Platón.....	175
b) Thomas Hobbes.....	178
c) El concepto de naturaleza en las leyes “eugenésicas”....	181
d) El “derecho natural” en el nacionalsocialismo.....	183
e) El “escepticismo ético”: Hans Kelsen y Eugenio Bulygin .	184
12. Propuestas de superación de la dialéctica “derecho natural-positivismo jurídico”.....	187
a) El llamado “dritter Weg” (“tercer camino”) y su crítica ..	187
b) El aporte de Llompart.....	190
13. Reflexiones finales a la vuelta del “tercer camino”.....	194

CAPÍTULO III

“TÍTULOS” Y “MEDIDAS” NATURALES
Y POSITIVOS DEL DERECHO

14. Introducción.....	201
15. Los “títulos” naturales.....	203
a) Discernimiento a partir de la “naturaleza humana”....	203
b) Clases de derechos naturales.....	205
c) Los derechos “humanos” como derechos naturales.....	206
d) Los derechos “constitucionales” como derechos naturales	208
1. La interpretación del constituyente de 1860.....	208
2. La interpretación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.....	210
e) Un ejemplo: la causa “Saguir y Dib”.....	214
16. Las “medidas” naturales.....	219
a) Discernimiento a partir de la “naturaleza de las cosas”..	219
b) Factores que determinan las “medidas” naturales. Aplicación legislativa y jurisprudencial.....	222
1. Finalidad.....	222
2. Cantidad y cualidad.....	227
3. Relación.....	229
4. Tiempo.....	231
17. “Títulos” y “medidas” positivos.....	236
a) Introducción.....	236
b) Los “títulos” positivos.....	238
c) Las “medidas” positivas.....	239

18. Relaciones entre el derecho natural y el derecho positivo . . . 241

CAPÍTULO IV

LAS FUENTES DEL DERECHO

19. Introducción. 249
 20. Etimología. Significaciones diversas. 250
 21. Clases de fuentes 251
 22. Las fuentes del derecho en la historia 254
 a) El "derecho común". 254
 b) La Codificación 256
 c) La sistematización teórica de las fuentes del derecho en la Modernidad. 258
 d) La reacción por parte de la práctica legislativa y de la doctrina 261
 1. Ejemplos eclécticos de codificación 261
 2. La propuesta de Gény. 263
 e) Hacia la superación del distingo entre fuentes "formales" y fuentes "materiales". 266
 23. Las fuentes del derecho de la "post-codificación". 268

CAPÍTULO V

EL SISTEMA JURÍDICO

24. Introducción. 277
 25. El planteamiento del positivismo jurídico 278
 26. Las aporías del sistema jurídico positivista 278
 a) Vaguedad. 279
 b) Ambigüedad. 281
 c) Contradictoriedad o inconsistencia 286
 d) Redundancia 288
 e) Lagunas 289
 27. Hacia una superación de la propuesta sistemática del positivismo jurídico 291
 a) Insoslayabilidad de la idea de sistema 291
 b) Sistema jurídico "abierto" y pensamiento "problemático" 293
 c) Sistema jurídico "abierto": la reacción legislativa y su influencia en la jurisprudencia. 295
 d) Sistema jurídico "abierto": reglas y principios 303
 28. La configuración del sistema jurídico 308
 a) Introducción. 308
 b) Concepto de "positivación" y de "formalización". 311

- c) Unidad de la "positivación-formalización" de los elementos del sistema jurídico "abierto" 312
 d) El tema de la no positivación del derecho natural. El distingo entre "validez" y "vigencia" 314
 e) Vicisitudes de la "positivación-formalización" del derecho natural 317
 1. El progresivo conocimiento y "positivación" del derecho natural. 318
 2. Integración explícita e implícita del derecho natural en el sistema jurídico 319
 3. "Eficacia" del derecho natural en el sistema jurídico. 322
 f) Naturaleza e historia: la cuestión del "ejercicio" de los derechos naturales 324

CAPÍTULO VI

LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA

29. Introducción. 335
 30. Una breve ojeada histórica al tema de la interpretación: la tensión entre "cetéctica" (o "finalismo") y "dogmática" (o "formalismo"). 338
 a) La compilación de Justiniano 341
 b) Los Glosadores 342
 c) Los Post-Glosadores (o "Consultores"). 342
 d) El Humanismo 343
 e) La teoría moderna o racionalista del derecho natural 344
 f) La Escuela Histórica. 347
 g) La "nueva" Escuela Histórica: Rudolf von Ihering 349
 31. La teoría de la interpretación en el positivismo jurídico 350
 a) Introducción. 350
 b) Configuración histórica. 351
 c) La interpretación como "aplicación" (o el canon interpretativo positivista por antonomasia) 352
 d) La interpretación "admitida" por el positivismo jurídico 354
 e) Empleo de las directrices interpretativas de cuño positivista por parte de la jurisprudencia de la Corte Suprema 357
 1. La interpretación de la "voluntad del legislador". 357
 2. La interpretación "histórica" 358
 3. La interpretación "sistemática" 359
 32. El aporte del movimiento del "Derecho Libre" al fenómeno interpretativo 363
 33. La perspectiva de la razón práctica sobre la interpretación. 366
 a) Introducción. 366

b) Notas características de la teoría de la razón práctica sobre la interpretación.	369
1. La valoración de la realidad de las cosas	369
2. De la aporía de la aplicación a la interpretación como "puesta en correspondencia" de norma y caso	371
3. La apertura del sistema jurídico y el ingreso de los principios.	374
4. La centralidad del intérprete en la determinación del derecho.	380
c) Empleo de las directrices interpretativas de la razón práctica por parte de la jurisprudencia de la Corte Suprema	381
1. Introducción.	381
2. Pautas de interpretación intranormativas	381
I. Directriz de la "epikeia" griega	381
II. Directriz del control de constitucionalidad de las leyes	383
III. Directriz teleológica	385
3. Pautas de interpretación extranormativas	388
I. Directriz de autoridad.	388
II. Directriz de la "aequitas" romana	391
III. Directriz de la "aequitas" judeo-cristiana	393
IV. Directriz por las consecuencias	396
4. Pautas de interpretación extra e intranormativas.	400
I. Directriz del derecho natural.	400
II. Directriz de los principios.	402
34. Un ejemplo integrador de las pautas interpretativas examinadas: la directriz de la "totalidad".	408

CAPÍTULO VII

LA JUSTICIA Y EL DERECHO

35. Introducción.	411
36. La tesis de Hans Kelsen sobre la noción de justicia y su crítica.	414
37. Materiales para la configuración de una teoría sobre la justicia	419
a) Sobre la triple clasificación de la justicia y su influencia en la realidad de la vida	419
b) El vínculo entre justicia y derecho	420
c) La tríada justicia, derecho y ley	423
d) Fortuna histórica de esta tríada	427
e) Clasificación de las teorías de la justicia	430

f) El "dar a cada uno su derecho" en el horizonte de una teoría "normativo-material-procedimental" de la justicia	435
38. Un estudio de la fórmula de la justicia	436
a) La justicia como virtud: el aporte de Sócrates.	436
b) La clasificación de la virtud de la justicia según Aristóteles	441
1. La justicia "perfecta" y su concreción en la "legal"	441
2. La justicia "particular"	444
I. La justicia "distributiva"	445
II. La justicia "correctiva"	446
39. Análisis de la fórmula de la justicia	449
a) Dar	449
b) A cada uno.	451
c) Su derecho.	453
40. Las clases de justicia y su repercusión en la legislación y en la jurisprudencia	458
a) Las relaciones entre particulares, materia de la justicia conmutativa	458
b) Las relaciones entre la comunidad y los particulares, materia de las justicias "distributiva" y "legal".	461
1. Introducción	461
2. La justicia "distributiva".	462
I. Planteamiento.	462
II. Aplicaciones	464
3. La justicia "legal"	470
I. Concepto y aplicación.	470
II. La excepción a la ley: de nuevo sobre la "epikeia"	472
41. Apuntes conclusivos: de la integración de las clases de justicia en la vida social a una definición aproximativa de derecho.	474

BIBLIOGRAFÍA	481
------------------------	-----

ÍNDICE DE FALLOS CITADOS	507
1. Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación	507
2. Sentencias de la Cámara Federal de Apelaciones de Salta	514
3. Sentencias de otros tribunales nacionales	517
4. Sentencias de tribunales provinciales.	519
5. Sentencias de tribunales extranjeros	520

ÍNDICE DE AUTORES	521
-----------------------------	-----