

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

*4ª edición, corregida, aumentada y actualizada
con el Código Civil y Comercial de la Nación,
Ley 26994*



Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma

CIUDAD DE BUENOS AIRES

ÍNDICE GENERAL

PALABRAS PRELIMINARES PARA LA CUARTA EDICIÓN	11
PROEMIO A LA TERCERA EDICIÓN	17
PRÓLOGO A LA SEGUNDA EDICIÓN	23
RECONOCIMIENTOS A LA PRIMERA EDICIÓN DE 2008	29
INTRODUCCIÓN	41

CAPÍTULO PRIMERO

LA PERSONA, FUNDAMENTO DEL DERECHO

1. Introducción.....	55
2. Análisis etimológico de la voz “persona”.....	59
3. La concepción greco-romana (estamental) de persona.....	61
4. La configuración histórica del concepto de persona como ser substantial y digno.....	64
a) El planteamiento de los primeros teólogos y filósofos cris- tianos.....	64
b) El alumbramiento de la noción de “dignitas hominis” ...	68
1. Edad Media y Renacimiento.....	68
2. El planteamiento en el horizonte de la Modernidad ..	71
I. La universalización fáctica del concepto de persona como ser substantial y digno en Francisco de Vitoria.....	71
II. La saga doctrinaria posterior a Vitoria.....	76
III. La postura de Immanuel Kant.....	77
5. Los conceptos filosófico y jurídico de persona.....	80
a) La dimensión filosófica de la noción de persona.....	80
b) La dimensión jurídica de la noción de persona.....	83
1. Introducción.....	83
2. El origen natural del concepto de persona.....	85
3. Todos los hombres son persona.....	86

c) Síntesis conclusiva	87
6. La recepción del concepto de persona en el derecho positivo nacional.	90
a) El derecho constitucional	90
b) El derecho infraconstitucional	93
1. El Código Civil de Vélez	93
2. El vigente Código Civil y Comercial	98
7. La recepción del concepto de persona en la jurisprudencia .	
a) Introducción	100
b) Supuestos de personas con pleno discernimiento	100
c) Supuestos de personas con ausencia o disminución del discernimiento.	103
1. Las personas por nacer	104
I. El caso de los embriones y del ovocito pronucleado.	104
i. La causa "Davis v. Davis" (1989)	104
ii. El caso "R., R. s/medidas precautorias" (1999) ..	106
iii. La causa "R., N. F. c/Obra Social del Poder Judicial de la Nación" (2010)	108
iv. El caso "Artavia Murillo y ot. c/Costa Rica" (2012) ..	110
II. El supuesto del feto anencefálico	117
2. Los menores de edad	120
3. Los discapaces	123

CAPÍTULO II

LA TENSIÓN ENTRE EL DERECHO NATURAL
Y EL POSITIVISMO JURÍDICO

8. Introducción	127
9. La tensión entre las teorías del derecho natural y del positivismo jurídico	130
a) El alcance de la "positividad" del derecho	132
b) El distingo "cognotivismo-no cognotivismo"	132
10. La teoría del derecho natural. Algunos textos y argumentos clásicos	135
a) Sófocles	136
b) Aristóteles	139
c) Cicerón	146
11. La teoría del positivismo jurídico. Algunos textos y argumentos clásicos	149
a) La posición de Calicles en el "Gorgias" de Platón	149
b) Thomas Hobbes	152
c) El concepto de naturaleza en las leyes "eugenésicas"	155
d) El "derecho natural" en el nacionalsocialismo	157
e) El "escepticismo ético": Hans Kelsen y Eugenio Bulygin .	158

12. Propuestas de superación de la dialéctica "derecho natural-positivismo jurídico"	161
a) El llamado "dritter Weg" ("tercer camino") y su crítica ..	161
b) El aporte de Llompart	164
13. Reflexiones finales a la vuelta del "tercer camino"	168

CAPÍTULO III

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

14. Introducción	175
15. Los "títulos" naturales	177
a) Discernimiento a partir de la "naturaleza humana"	177
b) Clases de derechos naturales	178
c) Los derechos "humanos" como derechos naturales	180
d) Los derechos "constitucionales" como derechos naturales ..	182
1. La interpretación del constituyente de 1860	182
2. La interpretación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación	184
e) Un ejemplo: la causa "Saguir y Dib"	188
16. Las "medidas" naturales	193
a) Discernimiento a partir de la "naturaleza de las cosas" ..	193
b) Factores que determinan las "medidas" naturales. Aplicación legislativa y jurisprudencial	193
1. Finalidad	196
2. Cantidad y cualidad	196
3. Relación	200
4. Tiempo	203
17. "Títulos" y "medidas" positivos	205
a) Introducción	209
b) Los "títulos" positivos	209
c) Las "medidas" positivas	212
18. Relaciones entre el derecho natural y el derecho positivo ..	214

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 Géný..... 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) Contradictoriedad o inconsistencia 257
 - 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 273
- 28. La configuración del sistema jurídico 279
 - a) Introducción..... 279
 - b) Concepto de “positivación” y de “formalización”..... 281
 - c) Unidad de la “positivación-formalización” de los elementos del sistema jurídico “abierto” 283
 - d) El tema de la no positivación del derecho natural. El distingo entre “validez” y “vigencia”..... 285
 - e) Vicisitudes de la “positivación-formalización” del derecho natural 287
 - 1. El progresivo conocimiento y “positivación” del derecho natural..... 288
 - 2. Integración explícita e implícita del derecho natural en el sistema jurídico 290
 - 3. “Eficacia” del derecho natural en el sistema jurídico.. 293

- f) Naturaleza e historia: la cuestión del “ejercicio” de los derechos naturales 295

CAPÍTULO VI

LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA

- 29. Introducción..... 305
- 30. Una breve ojeada histórica al tema de la interpretación: la tensión entre “cetética” (o “finalismo”) y “dogmática” (o “formalismo”)..... 308
 - a) La compilación de Justiniano 311
 - b) Los Glosadores 311
 - c) Los Post-Glosadores (o “Consultores”)..... 312
 - d) El Humanismo 313
 - e) La teoría moderna o racionalista del derecho natural ... 314
 - f) La Escuela Histórica 317
 - g) La “nueva” Escuela Histórica: Rudolf von Ihering 319
- 31. La teoría de la interpretación en el positivismo jurídico ... 319
 - a) Introducción..... 319
 - b) Configuración histórica..... 321
 - c) La interpretación como “aplicación” (o el canon interpretativo positivista por antonomasia) 322
 - d) La interpretación “admitida” por el positivismo jurídico . 323
 - e) Empleo de las directrices interpretativas de cuño positivista por parte de la jurisprudencia de la Corte Suprema .. 327
 - 1. La interpretación de la “voluntad del legislador”..... 327
 - 2. La interpretación “histórica” 328
 - 3. La interpretación “sistemática” 329
- 32. El aporte del movimiento del “Derecho Libre” al fenómeno interpretativo 333
- 33. La perspectiva iusnaturalista de la razón práctica sobre la interpretación 336
 - a) Introducción..... 336
 - b) Notas características de la teoría de la razón práctica sobre la interpretación..... 338
 - 1. La valoración de la realidad de las cosas 338
 - 2. De la aporía de la aplicación a la interpretación como “puesta en correspondencia” de norma y caso 340
 - 3. La apertura del sistema jurídico y el ingreso de los principios..... 343
 - 4. La centralidad del intérprete en la determinación del derecho..... 349

c) Empleo de las directrices interpretativas iusnaturalistas por parte de la jurisprudencia de la Corte Suprema	349
1. Introducción	349
2. Pautas de interpretación intranormativas	350
I. Directriz de la "epikeia" griega	350
II. Directriz del control de constitucionalidad de las leyes	352
III. Directriz teleológica	354
3. Pautas de interpretación extranormativas	356
I. Directriz de autoridad	356
II. Directriz de la "aequitas" romana	359
III. Directriz de la "aequitas" judeo-cristiana	361
IV. Directriz por las consecuencias	364
4. Pautas de interpretación extra e intranormativas	369
I. Directriz del derecho natural	369
II. Directriz de los principios	370
34. Un ejemplo integrador de las pautas interpretativas examinadas: la directriz de la "totalidad"	375

CAPÍTULO VII

LA JUSTICIA Y EL DERECHO

35. Introducción	379
36. La tesis de Hans Kelsen sobre la noción de justicia y su crítica	382
37. Materiales para la configuración de una teoría sobre la justicia	387
a) Sobre la triple clasificación de la justicia y su influencia en la realidad de la vida	387
b) El vínculo entre justicia y derecho	388
c) La tríada justicia, derecho y ley	391
d) Fortuna histórica de esta tríada	395
e) Clasificación de las teorías de la justicia	398
f) El "dar a cada uno su derecho" en el horizonte de una teoría "normativo-material-procedimental" de la justicia	403
38. Un estudio de la fórmula de la justicia	404
a) La justicia como virtud: el aporte de Sócrates	404
b) La clasificación de la virtud de la justicia según Aristóteles	409
1. La justicia "perfecta" y su concreción en la "legal"	409
2. La justicia "particular"	412
I. La justicia "distributiva"	413
II. La justicia "correctiva"	414

39. Análisis de la fórmula de la justicia	417
a) Dar	417
b) A cada uno	419
c) Su derecho	421
40. Las clases de justicia y su repercusión en la legislación y en la jurisprudencia	426
a) Las relaciones entre particulares, materia de la justicia conmutativa	426
b) Las relaciones entre la comunidad y los particulares, materia de las justicias "distributiva" y "legal"	429
1. Introducción	429
2. La justicia "distributiva"	430
I. Planteamiento	430
II. Aplicaciones	432
3. La justicia "legal"	438
I. Concepto y aplicación	438
II. La excepción a la ley: de nuevo sobre la "epikeia"	440
41. Apuntes conclusivos: de la integración de las clases de justicia en la vida social a una definición aproximativa de derecho	442

BIBLIOGRAFÍA	449
------------------------	-----

ÍNDICE DE FALLOS CITADOS	471
1. Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación	471
2. Sentencias de la Cámara Federal de Apelaciones de Salta	478
3. Sentencias de otros tribunales nacionales	480
4. Sentencias de tribunales provinciales	482
5. Sentencias de tribunales extranjeros	483

ÍNDICE DE AUTORES	485
-----------------------------	-----