

estar celebrando un contrato, por ejemplo: el hecho de no salir desnudos a un lugar público, es una conducta obligatoria que trasciende nuestra moral, ya que su respeto atenta contra la moralidad pública que se encuentra regulada por diversas ordenanzas; el no molestar a los vecinos con ruidos molestos especialmente en determinadas horas del día, es una conducta que se encuentra también reglamentada por ordenanzas de tipo municipal; la constante celebración de diversos contratos (compra-venta) para proveernos de bienes y servicios, tales como compra de alimentos, vestimentas, cigarrillos, periódicos, etc.; (transporte) tomar un colectivo o un taxi para dirigimos diariamente al trabajo, escuela, universidad; (locación de obra) llevar la ropa a la tintorería, arreglar un calzado; (donación) cuando se regala un obsequio a alguna persona por algún evento social, tal como cumpleaños, casamiento, etc.

Si nos atenemos a la etimología de la palabra, "derecho" alude a "*directum*", "*dirigido*", con lo que se indica sujeción a una regla, imagen que aparece constantemente en todas las lenguas europeas derivadas del latín: "*droit*", "*right*", "*diritto*", etc. A continuación, y como prueba de lo que estamos expresando, detallamos una serie de conceptos respecto de lo que algunos autores entienden por derecho:

Para Arauz Castex, "el derecho es la coexistencia humana normativamente pensada en función de justicia".²

Para Borda, "es el conjunto de normas de conducta humana establecidas por el Estado con carácter de obligatorio y conforme a la justicia".³

Para Salvat, "es el conjunto de reglas establecidas para regir las relaciones de los hombres en sociedad, en cuanto se trate de reglas cuya observancia puede ser coercitivamente impuesta a los individuos".⁴

Lo cierto es que la convivencia de los hombres en sociedad exige inexcusablemente la vigencia de las normas a las cuales deban ajustar su conducta; de lo contrario reinaría el caos y la vida en común sería imposible. Tal es así, que

² Arauz Castex, M. "*Derecho Civil*. (Parte General). Tº I, Nº 1 – pág. 11

³ Borda, G. "*Derecho Civil*. (Parte General), Tº I, Nº 1 – pág. 12

⁴ Salvat, R. "*Derecho Civil*, (Parte General). Nº 1 y 4 – pág. 1-2

hasta en las comunidades más primitivas, siempre existieron normas de conductas (escritas o no) que regulaban la convivencia.

1.2. Derecho Objetivo y Derechos Subjetivos

Independientemente de la postura que se asuma respecto del derecho, a esta altura podemos comenzar a diferenciar al "derecho" visto desde una óptica objetiva y una subjetiva.

Objetivamente, podemos caracterizar al derecho, como "el ordenamiento social justo". Es decir, como una regla de conducta exterior al hombre a quien se dirige, y que arrojan las siguientes expresiones: "el derecho prohíbe apoderarse de lo ajeno", o "el derecho impone a los esposos los deberes de asistencia, fidelidad y cohabitación", etc. Por ello, el derecho objetivo no es otra cosa que conjunto de normas que rigen las relaciones de las personas en una comunidad.

En otro sentido, cual es el subjetivo (visto desde el sujeto) el "derecho" alude a las prerrogativas que tiene una persona para exigir de los demás un determinado comportamiento. Así, "la facultad del propietario de usar y disponer de la cosa", "la facultad del acreedor para ejecutar los bienes del deudor", etc. Algunos autores, imprimen un sentido más amplio a los derecho subjetivos, *"Hemos dicho que el derecho objetivo lo constituye la norma, o mejor, el conjunto de normas (ordenamiento jurídico). Parece lógico que el derecho subjetivo esté constituido, correlativamente, por la relación jurídica o el conjunto de relaciones jurídicas, cada una de las cuales se integra con facultades y deberes. Pero sucede que la doctrina tradicional ha acuñado la expresión "derecho subjetivo" refiriéndola solamente a uno de los ingredientes de la relación jurídica: la facultad jurídica. Se hace necesario entonces tener presente que la expresión derecho subjetivo admite un sentido amplio (relación jurídica) y un sentido estricto (facultad jurídica)..."*⁵

Ambas nociones de derecho no son antagónicas, sino que se corresponden y exigen recíprocamente. En efecto el derecho objetivo consiste en un ordenamiento social justo, pero por eso mismo, es decir, en cuanto justo ha de reconocer a las personas humanas la posibilidad de obrar en vista de sus propios fines. De aquí se

⁵ Aftalión, E. *Introducción al Derecho* – pág. 494.

sigue que el derecho objetivo existe para el derecho subjetivo, y a su vez éste encuentra en aquél la fuente inmediata de su existencia.⁶

1.3. Derecho Natural y Derecho Positivo

El extenso periodo que va desde la antigüedad hasta la constitución de la ciencia jurídica abarca más de dos milenios. En él, el pensamiento sobre el Derecho tuvo un marcado carácter filosófico. Durante ese periodo los autores se ocuparon del Derecho Natural, el cual constituiría un "Derecho" al que se le atribuyen las siguientes características:

- Sus principios son válidos para todo tiempo y lugar.
- Estos principios encuentran su fundamento en algo superior al hombre, por la cual los hombres no podrían cambiarlo aunque se lo propusieran.
- En consecuencia, los principios y contenidos del llamado "Derecho Natural" no estarían sujetos a las vicisitudes de la Historia.

El fundamento de este pretendido Derecho Natural es diferente para cada una de las principales escuelas que defienden su existencia. Para la escuela católica ese fundamento está en la voluntad o en la inteligencia de Dios; para la corriente protestante clásica, el mismo se encuentra en la naturaleza humana; y para el pensamiento racionalista el Derecho Natural se fundamentaría en la Razón, la cual es concebida como parte principal de la naturaleza humana.⁷

El "derecho natural" está conformado por el núcleo del ordenamiento que conforme a la naturaleza humana tiende a la instauración de la justicia en la sociedad, y el "derecho positivo", es la concreción del derecho natural, es decir, la traducción del derecho natural y su adaptación a las circunstancias sociales concretas de un momento histórico determinado.

El derecho natural ejerce sobre el derecho positivo una doble acción. Una acción negativa que tiene el sentido de una barrera: significa la paralización del

⁶ Llambías, J. *Derecho Civil. (Parte General)*. Tº I, nº 13 – pág. 24

⁷ Aftalión, E. *Introducción al Derecho* – pág. 177.

sigue que el derecho objetivo existe para el derecho subjetivo, y a su vez éste encuentra en aquél la fuente inmediata de su existencia.⁶

1.3. Derecho Natural y Derecho Positivo

El extenso periodo que va desde la antigüedad hasta la constitución de la ciencia jurídica abarca más de dos milenios. En él, el pensamiento sobre el Derecho tuvo un marcado carácter filosófico. Durante ese periodo los autores se ocuparon del Derecho Natural, el cual constituiría un "Derecho" al que se le atribuyen las siguientes características:

- Sus principios son válidos para todo tiempo y lugar.
- Estos principios encuentran su fundamento en algo superior al hombre, por la cual los hombres no podrían cambiarlo aunque se lo propusieran.
- En consecuencia, los principios y contenidos del llamado "Derecho Natural" no estarían sujetos a las vicisitudes de la Historia.

El fundamento de este pretendido Derecho Natural es diferente para cada una de las principales escuelas que defienden su existencia. Para la escuela católica ese fundamento está en la voluntad o en la inteligencia de Dios; para la corriente protestante clásica, el mismo se encuentra en la naturaleza humana; y para el pensamiento racionalista el Derecho Natural se fundamentaría en la Razón, la cual es concebida como parte principal de la naturaleza humana.⁷

El "derecho natural" está conformado por el núcleo del ordenamiento que conforme a la naturaleza humana tiende a la instauración de la justicia en la sociedad, y el "derecho positivo", es la concreción del derecho natural, es decir, la traducción del derecho natural y su adaptación a las circunstancias sociales concretas de un momento histórico determinado.

El derecho natural ejerce sobre el derecho positivo una doble acción. Una acción negativa que tiene el sentido de una barrera: significa la paralización del

⁶ Llambías, J. *Derecho Civil. (Parte General)*. Tº I, nº 13 – pág. 24

⁷ Aftalión, E. *Introducción al Derecho* – pág. 177.

sigue que el derecho objetivo existe para el derecho subjetivo, y a su vez éste encuentra en aquél la fuente inmediata de su existencia.⁶

1.3. Derecho Natural y Derecho Positivo

El extenso periodo que va desde la antigüedad hasta la constitución de la ciencia jurídica abarca más de dos milenios. En él, el pensamiento sobre el Derecho tuvo un marcado carácter filosófico. Durante ese periodo los autores se ocuparon del Derecho Natural, el cual constituiría un "Derecho" al que se le atribuyen las siguientes características:

- Sus principios son válidos para todo tiempo y lugar.
- Estos principios encuentran su fundamento en algo superior al hombre, por la cual los hombres no podrían cambiarlo aunque se lo propusieran.
- En consecuencia, los principios y contenidos del llamado "Derecho Natural" no estarían sujetos a las vicisitudes de la Historia.

El fundamento de este pretendido Derecho Natural es diferente para cada una de las principales escuelas que defienden su existencia. Para la escuela católica ese fundamento está en la voluntad o en la inteligencia de Dios; para la corriente protestante clásica, el mismo se encuentra en la naturaleza humana; y para el pensamiento racionalista el Derecho Natural se fundamentaría en la Razón, la cual es concebida como parte principal de la naturaleza humana.⁷

El "derecho natural" está conformado por el núcleo del ordenamiento que conforme a la naturaleza humana tiende a la instauración de la justicia en la sociedad, y el "derecho positivo", es la concreción del derecho natural, es decir, la traducción del derecho natural y su adaptación a las circunstancias sociales concretas de un momento histórico determinado.

El derecho natural ejerce sobre el derecho positivo una doble acción. Una acción negativa que tiene el sentido de una barrera: significa la paralización del

⁶ Llambías, J. *Derecho Civil*. (Parte General). Tº I, nº 13 – pág. 24

⁷ Aftalión, E. *Introducción al Derecho* – pág. 177.

derecho positivo en la medida que éste contradice sustancialmente al derecho natural, por resultar un derecho injusto. Y una acción positiva en cuanto el derecho natural es un manantial de orientación del derecho positivo, del que no organiza soluciones pero al que imparte directivas.

La doctrina del derecho natural, da un fundamento firme del orden jurídico que consiste en la comprensión de la naturaleza racional y social del hombre y no en la pura voluntad de éste, la cual es inepta para justificar la imperatividad de la norma.

Al ordenar las costumbres y acciones de los hombres, coopera al logro del fin último, que es el bien común. Se ve claro, pues, que el Derecho está inserto en un orden más vasto, el moral, fuera del cual carece de sentido. Desde el momento que una ley contradice el bien común o la justicia, deja de ser Derecho en sentido propio; en otras palabras, esta concepción implica negar categoría jurídica a las leyes injustas, lo que lleva implícito el derecho a negar obediencia a tales normas. Se comprende así toda la gravedad que encierra esta cuestión y, por ende, la importancia del siguiente interrogante: ¿cuál es el criterio que, dentro de las complejísimas cuestiones jurídicas, ha de permitirnos distinguir lo justo de lo injusto?

Ese criterio no es otro que el derecho natural. Si la ley es conforme a él, es justa; si es incompatible con él, es injusta. Entiéndese por derecho natural aquel que surge de la naturaleza humana y que es revelado al hombre por la razón. Por esa circunstancia de provenir de la naturaleza misma del hombre, es inmutable y universal.⁸ Este concepto fue muy bien expresado por Cicerón, en su Tratado de República: "Hay una ley verdadera, la recta razón inscrita en todos los corazones, inmutable, eterna, que llama a los hombres al bien por medio de sus mandamientos y los aleja del mal por sus amenazas; pero que sea que ordene o que prohíba, nunca se dirige en vano a los buenos ni deja de impresionar a los malos. No se puede alterar por otras leyes, ni derogar algunos de sus preceptos, ni abrogarla por entero; ni el Senado ni el pueblo pueden liberarnos de su imperio; no necesita intérprete que la explique; es la misma en Roma que en Atenas, la misma hoy que mañana y siempre una misma ley inmutable y eterna que rige a la vez a todos los pueblos y en todos los

⁸ Borda, G. *Tratado de Derecho Civil. (Parte General)*, Tº I, nº 8 – pág. 21

tiempos. El universo entero está sometido a un solo amo, a un solo rey supremo, al Dios todopoderoso que ha concebido, meditado y sancionado esta ley: desconocerla es huirse a sí mismo, renegar de su naturaleza y, por ello mismo, padecer los castigos más crueles, aunque se escapara a los suplicios impuestos por los hombres".⁹

Dice Zorraquín Becú que "hay normas superiores a la voluntad humana y a la misma comunidad que deben guiar el establecimiento del derecho sirviéndole de fundamento racional. Y la conformidad entre éste y aquéllas torna obligatorio el derecho positivo, que de otro modo sería la imposición de una voluntad sobre otra. A la fuerza como base del derecho se sustituye ese fundamento legítimo que a la vez permite encauzarla y limitar sus posibles excesos".¹⁰

Los principios del derecho natural no son el producto de una interpretación subjetiva sino un conocimiento objetivo que obtiene la razón de la consideración de la naturaleza racional y social del hombre. Hay una primera intuición en nuestra conciencia que nos permite discernir el bien y el mal y la consiguiente ordenación de la razón que nos urge a hacer lo primero y eludir lo segundo.

I.4. Diversas Concepciones del Derecho

I.4.1. Iusnaturalismo y Positivismo

Las raíces de la expresión "Derecho Natural" se remontarían al despertar de la Ilustración griega en el siglo V a.C.

Natural es lo que regularía al hombre por "naturaleza", y "convencional" lo que lo regula en virtud de lo que él "conviene" con otros hombres. Pero es necesario advertir que la palabra convencional incluye los usos y costumbres, a pesar de que los mismos no son establecidos por el mecanismo formal de una convención de tipo contractual.

⁹ Lib. III, XXII, cit. por Zorraquín Becú, *El Derecho y la Justicia*. en Rev. Fac. Der. de Bs. As., julio, 1950 - pág. 903.

¹⁰ Zorraquín Becú, R. *El Derecho y la Justicia*. en Rev. Fac. de Derecho y C. Soc., julio, agosto, 1950 - pág. 904.

El llamado "Derecho Natural" nace con la expresión de ser Derecho vigente: los principios de ese pretendido Derecho aspiran a regir los casos jurídicos concretos. Pero esa misma pretensión la tienen las normas jurídicas emanadas de los órganos competentes (ej: Poder Legislativo); de esta manera se abre la posibilidad de una colisión o contradicción entre ambos órdenes normativos: el Derecho Natural y el Derecho Positivo. Como ambos aspiran a regular concretamente la conducta, en caso de conflicto por fuera una ha de prevalecer sobre el otro. A partir de ese conflicto pueden diseñarse dos posiciones iusfilosóficas contrapuestas: el iusnaturalismo y el positivismo.

El **iusnaturalismo** sostiene que el Derecho Positivo está subordinado al Derecho Natural. Según esta posición en caso de conflicto entre ambos debe sacrificarse al Derecho Positivo. Por el contrario, el Positivismo considera como verdadero y único Derecho al que históricamente hacen los hombres, que es un hecho social a partir del cual se constituyó la Ciencia Jurídica en Roma primero y en Inglaterra, en Francia y en Alemania después.

Las diversas escuelas y direcciones del "Positivismo" en general se mueven dentro de esa actitud, aunque se distinguen mutuamente en cuanto cada una de ellas intenta precisar a su modo esa dirección general hacia el derecho positivo. Esta actitud originariamente se concretó, vagamente, como un rechazo a la especulación filosófica acerca del Derecho ideal (tal como debería ser en todo tiempo y lugar) y por su sustitución por una indagación metódica, fundada y sistemática acerca del Derecho real (tal como se da en un lugar y en un tiempo determinado).

Mientras la ciencia jurídica en estricta actitud positivista se limita a comentar y sistematizar las normas que encuentran en las fuentes positivas del Derecho, el Iusnaturalismo pretende determinar cómo el Derecho creado por los hombres *debe ser*, así "verdadero" Derecho. Con esta pretensión consigue cumplir, en realidad, una función que ha sido denunciada como ideológica. Al proponer un ideal como modelo permanente en muchos casos habrá de contrariar a los contenidos concretos que tiene el Derecho Positivo, y con ello estará contrariando al sistema político, social y económico, afectando su pretensión de legitimidad, pudiendo, inclusive, llegar a ponerlo en crisis. En este caso la pretensión iusnaturalista cumple una función *revolucionaria*, como sucedió con la escuela clásica, o protestante, del Derecho Natural que animó a la Ilustración y dio fundamento ideológico a la Revolución Francesa al cuestionar el origen divino del

poder real y propiciar formas democráticas de gobierno e igualitarias de aplicación de la ley.

Pero el mismo iusnaturalismo puede cumplir una función conservadora y ponerse al servicio de la preservación del orden establecido, como fue el caso de la escuela católica al legitimar la esclavitud, oponerse al divorcio, etc. En ambos casos los ideales propiciados por el iusnaturalismo como modelo para todo orden jurídico pueden ser estudiados como propuestas al poder político para la reforma del Derecho vigente (de *lege ferenda*) o para resistir a su modificación (de *lege servanda*).

En algunos casos los iusnaturalistas consiguieron difundir y esclarecer propuestas de ideales que se incorporaron como ideales permanentes para el mundo civilizado, los cuales deben considerarse como definitivamente adquiridos en la medida en que ese grado de civilización se constituye en un hecho históricamente irreversible para una civilización determinada. Entre los casos de ideales irreversibles podemos citar la noción aristotélica de justicia sinalagmática, que establece como modelo ideal de los cambios la paridad o la igualdad de los valores intercambiados. Del mismo modo, el principio kantiano de la humanidad como un fin en sí mismo, que requiere que se considere al prójimo también de ese modo y nunca solamente como un medio, parece ser un principio permanente para todos los países que alcanzaron cierto grado de civilización. Igualmente sucede con la noción de derechos humanos, que son intangibles por el poder político.¹¹

Para el **positivismo**, como concepción filosófica del derecho, el único Derecho que existe es el "derecho positivo", un derecho histórico, hecho por los hombres que varía con las modificaciones y diferencias que una sociedad tiene en relación a su propio pasado o a otras sociedades. En este sentido, el Positivismo se contrapone al Iusnaturalismo, para quien, el Derecho emana de ciertas leyes o principios inmutables para todo tiempo y lugar.

Así, la constitución moderna de la ciencia jurídica presenta dos vertientes: la anglosajona, que preserva el carácter fundamental de la costumbre, y la continental-romanista en la cual, el derecho tiende a identificarse con las leyes, u otras prescripciones escritas, emanadas de los órganos del Estado.

¹¹ Aftalión, E. *Introducción al Derecho* - pág. 179.

Podemos reconocer como iniciadores del positivismo a Bentham y Austin (Escuela analítica inglesa de Jurisprudencia), quienes proponían el estudio de las leyes positivas prescindiendo en forma metódica de consideraciones de índole moral y el análisis de los conceptos más básicos o elementales del derecho positivo. Así Austin, concibe a las normas jurídicas como órdenes emanadas del soberano. En el sistema continental-romanista la teoría general positivista se desarrolla en autores como Bergbohm, Bierling y Merkl y culmina en la obra de Kelsen. Su máxima obra "Teoría Pura del Derecho", tiene como noción central la *validez* de las normas y campea en ella un formalismo que no parece adecuarse a la concepción positivista que pretende ver el Derecho en los hechos. Luego, éste autor, en la última versión de su teoría pura, concebiría a las normas como actos de voluntad (de los órganos estatales), entendiendo que la ciencia tiene como tarea, describir el sentido objetivo de tales actos.

El **realismo** es, en cambio, la nota dominante de la escuela de Upsala en la cual la vigencia (o efectividad) pasa a ocupar el lugar central en la consideración del Derecho como medio o sistema de control social. H.L. Hart es considerado el máximo exponente contemporáneo del Positivismo, y entiende que el sistema que forman las reglas jurídicas es identificado sobre la base de ciertos usos o prácticas sociales. Esta corriente en su versión extrema, sostiene que el Derecho es lo que los jueces hacen, y la misión de la ciencia es predecir la conducta de los jueces.

Para la egología, en cambio, la conducta humana no puede asimilarse a un puro hecho (como sostienen el resto de los Positivistas). La *comprensión* es el método propio de las ciencias socioculturales y, entre ellas, el de la ciencia jurídica. Para su máximo exponente Carlos Cossio, el Derecho no son las normas jurídicas sino la conducta humana, y ésta última es concebida como libertad metafísica.

1.5. El Common Law

A principios del siglo XIX, la sanción de los códigos y la tarea de la ciencia jurídica se limitaba al comentario de los mismos, especialmente en Francia. Detrás de los códigos, se encontraba la voluntad del legislador. En Alemania, se recepcionó el Derecho Romano, así también, el Derecho derivaba de una autoridad estatal y se encontraba plasmado en leyes. En Inglaterra, en cambio, no existía un derecho determinado, -sea codificado como en Francia o recopilado en leyes como en

Alemania- que permitiera derivar de él todo un sistema de leyes, aceptándolo dogmáticamente y concretando así en dichas leyes la dirección iuspositivista impresa a la ciencia por el siglo XIX.

El derecho inglés surgía de toda su historia, vivía en el "espíritu del pueblo" con formas e instituciones propias, primero en las costumbres y luego en los estrados de los tribunales, independientemente de toda legislación estatal. El common law no deriva de acto estatal, cual es la legislación; no existe para ese Derecho un acto formal de producción centralizada por un órgano determinado. Los jueces deben extraer el fundamento de sus sentencias de otras sentencias pronunciadas en casos similares por otros jueces y, en última instancia, de los antecedentes más remotos. El common law rige desde tiempo inmemorial - se confunde en sus orígenes con la costumbre- y es declarado por los jueces en cada caso concreto, con el que a la vez se va a enriquecer ese acervo jurídico indefinido. Incluso cuando se dicta una ley sobre determinada materia no se considera que desplaza al common law sino, más bien, que lo integra. Por otra parte, en el derecho anglosajón las leyes cobran su alcance efectivo cuando los jueces lo definen en sus casos y en la medida en que lo hacen. El derecho consuetudinario judicial, sigue, así, teniendo una importancia mayor que la del legislador. Así emergente de los casos concretos, con la plenitud emocional valorativa que se encuentra en ellos, sin cristalizar en normas abstractas, sin derivar formalmente del Estado ni de autoridad constituida determinada, remitido en su fundamento a un pasado inmemorial en cuyo trasfondo alentaba la encarnación viva de los grandes principios del Derecho Natural, la positividad del Derecho inglés asumió características muy peculiares y no podía reducirse a la aceptación dogmática de ciertas leyes o autoridad. La dirección positivista de la ciencia jurídica, el iuspositivismo con el que se instaura en el siglo XIX la ciencia jurídica, no podía, en consecuencia, adoptar en Inglaterra los caracteres de estatal y legalista que presentaba en Francia.¹²

¹² Aftalión, E. *Introducción al Derecho* - pág. 234.

1.6. Fuentes del Derecho

Al hablarse de "fuentes" del Derecho se parte, desde el comienzo, de una expresión equívoca: "fuente" es a la vez origen, causa o nacimiento, y también manifestación o exteriorización de algo preexistente.

La palabra "fuente" indica el manantial de donde surge o brota el agua de la tierra. En la ciencia jurídica, se designa con esta voz, a los medios de donde se origina el derecho, aunque también algunos autores prefieren referir a los "medios de expresión del derecho".

Coincidiendo con Aftalión, quien expresa que la correcta investigación del tema debe hacerse presentando un acto mediante el cual se trata de determinar el sentido jurídico de la conducta, por ejemplo una sentencia judicial, un dictamen del fiscal, un escrito de los litigantes, etc., y destacar en él qué es lo que, en última instancia, se invoca como derecho aplicable. En otros términos, el tema de las "fuentes" del Derecho es el de la determinación de normas generales (como determinarlas, cómo fundamentar esa determinación, a dónde nos dirigimos para encontrarlas), para fundamentar en ellas los fallos o, en general, para asignarles sentido jurídico a los casos individuales.¹³

Se tienen por fuentes del derecho, las siguientes: la ley, la costumbre, la jurisprudencia y la costumbre.

1.6.1. La Ley

La palabra "ley" tuvo originariamente un sentido preciso en el Derecho Romano. La vida del pueblo romano estaba regida en sus primeros tiempos por la costumbre, las *mores maiorum*, que venían de tiempo inmemorial. Más tarde surgió, tímidamente primero, pero notoriamente ya a partir de la Ley de las XII Tablas (304 A.C.), la Ley. El pueblo, reunido en los *comicios* votaba afirmativa o negativamente la propuesta de un senador romano y se obtenía así una ley válida para todo el pueblo.

¹³ Aftalión, E. *Introducción al Derecho* - pág. 557.

Las leyes jurídicas, también denominadas reglas o normas de conducta, no expresan como las Leyes Naturales (según Montesquieu, son las relaciones necesarias que derivan de la naturaleza de las cosas) algo que *necesariamente es o será*, ni expresan como las Leyes Sociales (los hombres se comportan en forma llamativamente semejante ante condiciones idénticas y, si bien esta semejanza de comportamiento no puede dar a una certeza absoluta, sí puede darle referida a un número elevado de casos) algo que *probablemente es o será*. No dicen, en suma, que algo es (o será), sino que *debe ser*. El "ligamen" al que alude la ley no se encuentra aquí en el plano del ser, sino en el plano del deber. Es notorio que sólo la conducta humana en su libertad puede ser objeto de normación y que no tiene sentido predicar un deber ser de los fenómenos de la naturaleza (como si dijésemos, por ej: dado el otoño debe ser la caída de las hojas). Así, existen leyes morales, religiosas, jurídicas, técnicas, etc; interesándonos solamente las jurídicas. Definidas por algunos autores, como, *la regla general que rige un número indeterminado de hechos, expresando las relaciones en que dichos hechos se encuentran*.¹⁴

Las leyes, son las reglas generales, abstractas y obligatorias emanadas de la autoridad pública autorizada al efecto (Poder Legislativo y Poder Ejecutivo en nuestro caso), que rigen la conducta de las personas.

1.6.1.1. Caracteres

Socialidad: se dicta para el hombre en cuanto miembro de la sociedad, y se dirige a gobernar las relaciones interindividuales.

Obligatoriedad: supone una voluntad superior que manda y una inferior que obedece (artículo 1º del Código Civil).

Origen Público: la ley debe emanar de una autoridad pública en la línea de la soberanía política, diferenciándose de las reglas impuestas por poderes privados, tales como la patria potestad.

Coactividad: no se deja al arbitrio de las personas su cumplimiento, sino que dependiendo del tipo de ley cuyo mandato no se cumpla, deviene una sanción.

¹⁴ Aftalión, E. ob cit. - pág. 586.

Así, las sanciones de la ley puede ser resarcitorias o represivas: las primeras procuran un restablecimiento de la situación precedente a la infracción, ej: resarcimiento de daños y perjuicios; las segundas, se inspiran en el castigo corrector del infractor.

Normatividad: pues abarca un número indeterminado de hechos y rige a quienquiera quede comprendido en el ámbito de su aplicación, lo cual distingue a la ley de otras expresiones del poder público, tales como los actos administrativos.

General y Abstracta: ya que por lo general no se dirige a una persona determinada, tampoco es necesario que rija para todos los habitantes, pero sí que su aplicabilidad a los sujetos contemplados sea indefinida.

Hay autores que entienden que es importante diferenciar entre ley en sentido material y ley en sentido formal. La primera es la norma escrita, sancionada por la autoridad pública competente, tales como: Constitución Nacional y constituciones provinciales; leyes dictadas por el Congreso Nacional y por las legislaturas provinciales; los Decretos del Poder Ejecutivo Nacional y Provincial; Ordenanzas Municipales; Edictos de Policía. En tanto, que la ley en sentido formal, el acto emanado del Poder Legislativo que en el orden nacional se elabora a través de lo dispuesto por la Constitución Nacional. En el orden provincial las leyes, en sentido formal son dictadas por las legislaturas de cada provincia.

Actualmente la ley constituye la fuente de derecho más importante, situación distinta a la ocurrida en tiempos primitivos, en que la ley cedía en importancia a la costumbre.

Nuestro ordenamiento jurídico tiene una complejidad enorme en cuanto a "convivencia" de normas, ya que por el sistema federal adoptado por nuestra Constitución Nacional, conviven ordenamientos jurídicos yuxtapuestos. Así la cima de las jerarquías de las leyes se encuentra la Constitución Nacional, que es la ley fundamental del Estado que organiza la forma de gobierno y las atribuciones y deberes de los gobernantes así como también las garantías que deben respetarse a los ciudadanos. Ninguna norma dictada en el país puede contradecir a la Constitución Nacional (art. 5º Constitución Nacional). Luego, como se dijo, existen leyes y decretos nacionales; Constitución, leyes, decretos provinciales; y ordenanzas de tipo municipal.

Tal como se dijo, las leyes son obligatorias para todas las personas que habitan o transitan el territorio argentino, ello en un todo de acuerdo con el artículo 1º del Código Civil: "Las leyes son obligatorias para todos los que habitan el territorio de la República, sean ciudadanos o extranjeros, domiciliados o transeúntes".

La entrada en vigencia de las leyes está determinada por el artículo 2º del mismo código: "Las leyes no son obligatorias sino después de su publicación, y desde el día que determinen. Si no designan tiempo, serán obligatorias después de los ocho días siguientes al de su publicación oficial".

I.6.2. La Costumbre Jurídica

La Costumbre, es por definición, la *conducta repetida*.

La costumbre jurídica es la forma espontánea de expresión del derecho, en tanto que la ley es la forma reflexiva y consciente. Históricamente la costumbre ha precedido a la ley en la organización jurídica de los pueblos: las sociedades primitivas se rigen por la costumbre y no conocen la ley escrito. Solo cuando las relaciones sociales adquieren cierta complejidad aparece la necesidad de fijar la norma jurídica en un texto escrito.¹⁵

De ahí que es de vital importancia diferenciar la *costumbre jurídica* de los *usos sociales*, *reglas de cortesía*, etc., que denominaremos a secas. Tales son, el saludo, la vestimenta especial para determinados eventos, etc., estos, a los cuales las personas a veces nos creemos "obligados" a realizar no constituyen costumbre jurídica, puesto que no definen derechos y deberes correlativos. Tanto en la *costumbre jurídica* como en la *simple costumbre*, existe una conducta repetida, pero se diferencian en que en la primera existe una conciencia de obligatoriedad (jurídica), y en la simple costumbre, lo que parecía obligatorio no lo es en sentido jurídico, sino que es algo meramente facultativo (ej: nadie será penado por la ley por no saludar, o por concurrir a un evento social con vestimenta inadecuadas, etc.).

¹⁵ Llamblas, J. *Derecho Civil*. (Parte General). Tº I, nº 64 – pág. 68

Para Ruggiero, "La costumbre consiste en la observancia constante y uniforme de un cierto comportamiento por los miembros de una comunidad social, con la convicción de que responde a una necesidad jurídica".

Conforman a la costumbre dos elementos, uno objetivo y otro subjetivo.

- *Elemento Objetivo:* está constituido por la serie de actos semejantes uniformes y constantemente repetidos.
- *Elemento Subjetivo:* radica en la convicción de que la observancia de la práctica responde a una necesidad jurídica. Este elemento psicológico, es lo que diferencia a la costumbre jurídica de la mera costumbre, tales como el saludo, u otros actos de buenos modales.

El Código Civil se ha ocupado del tema, en su artículo 17: "*Los usos y costumbres no pueden crear derechos sino cuando las leyes se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente*". Esta norma, en forma sintética expresa que la costumbre no puede derogar la vigencia de una ley, pero que una ley puede perfectamente derogar una situación amparada por la costumbre.

Prueba de la Costumbre: Se ha discutido si la costumbre debe ser o no probada por la parte que la alega. Se aduce a favor de la exigencia de la prueba, que se trata de hechos y que, como tales, deben probarse. Por nuestra parte, pensamos que tal punto de vista es erróneo. La costumbre importa una norma jurídica y por consiguiente el juez puede y debe aplicarla, si tiene conocimiento de ella, sin necesidad de prueba alguna. Pero ocurre con frecuencia que aquél no conoce personalmente la costumbre; en ese caso, es natural que debe exigir la prueba. Así lo han resuelto numerosos tribunales. De lo dicho se desprende que esa prueba puede ser ordenada de oficio por el juez. En cuanto a los medios de prueba, debe aceptarse cualquiera que, a criterio del magistrado, ofrezca la seriedad necesaria.¹⁶

De acuerdo con lo que hemos visto, el juzgador o intérprete reconoce a la costumbre como fuente cuando, para alcanzar la objetividad de su sentencia o conocimiento, muestra la conducta individual que le es sometida como un nuevo caso de ese núcleo ideal y genérico que se encuentra en esa repetición de conducta que es la costumbre. La costumbre es fuente toda vez que en ella encuentra el

¹⁶ Borda, G. *Manual de Derecho Civil. (Parte General)* – pág. 46

EDUARDO ANTINORI

intérprete lo que necesita para afirmar la objetividad de su interpretación del caso: la existencia de un sentido genérico coincidente aceptado colectivamente por la comunidad.

1.6.3. **Jurisprudencia**

La palabra jurisprudencia se emplea en dos acepciones: la primera es equivalente a ciencia o conocimiento del derecho; la segunda, que hoy puede considerarse prevalente (y la que nos referiremos) al sentido concordante de las resoluciones de los órganos jurisdiccionales del Estado. Por ello, debe buscarse en las decisiones de los órganos jurisdiccionales del Estado, y se manifiesta *como una repetición, como una forma habitual o uniforme de pronunciarse, forma que denota influencia de unos fallos sobre otros.*

Es la fuente del derecho que resulta de la fuerza de convicción que emana de las decisiones judiciales concordantes sobre un mismo tema. Debe considerarse, que cada fallo debe tener un asidero jurídico sobre el conflicto que resuelve, y dicho asidero jurídico está constituido por una doctrina que será luego influyente en casos similares.

En todos los países se advierte la tendencia de los tribunales de justicia a seguir los precedentes, y de ahí que luego de haberse dictado una serie de fallos coincidentes sobre una misma cuestión jurídica, brota de ese hecho una gran fuerza de convicción para lo futuro.

En nuestro país nadie puede discutir el peso cada vez más importante que tiene la jurisprudencia como fuente del derecho, y ese peso es mayor cuanto más prestigioso es el Juez o la Cámara que lo emite, no obstante que cualquier otro Juez o Cámara pueda fallar en un caso idéntico de forma distinta.

Sin perjuicio de lo apuntado en el párrafo que antecede, existen en el ámbito nacional los llamados fallos plenarios, estos son las sentencias que dictan las Cámaras Nacionales de Apelaciones, que están integradas por Salas, cuando se reúnen en pleno, ya por propia iniciativa, ya para sustanciar algún recurso de inaplicabilidad articulado respecto de la sentencia dictada por una Sala del Tribunal. Los disidentes, como antes se ha dicho, puede dejar a salvo su opinión, pero deben ajustar las ulteriores decisiones a la doctrina del fallo plenario.

Por esto, la sentencia plenaria resulta obligatoria para lo futuro en cuanto a la doctrina legal que ella ha definido. De ahí que constituya una verdadera fuente formal de derecho de la que emana una norma jurídica válida para todas las situaciones posteriores.

1.6.4. La Doctrina

Observa Planiol, que la doctrina juega en la ciencia del derecho el mismo papel que la opinión pública en la política, el que es muy considerable, pues orienta la interpretación que cuadra efectuar del derecho y prepara, por su labor crítica y por el valor de la enseñanza, muchos cambios en la legislación y en la jurisprudencia.

Respecto del derecho positivo vigente, la doctrina es un elemento capital de su conocimiento, porque la jurisprudencia que hace vivir el derecho, suele tomar los principios de sus decisiones de la cantera inagotable que le proporciona la doctrina de los autores.¹⁷

En nuestro tiempo la doctrina de los autores no constituye una fuente formal del derecho, porque ella no impera en virtud de una autoridad que se imponga al intérprete independientemente del asentimiento intelectual de éste. La doctrina vale como expresión o traducción del derecho por la fuerza de convicción que ella es capaz de transmitir. Coincidimos con Géný en que la doctrina, es más una fuente científica del derecho, ya que es innegable por el sistemático conocimiento del ordenamiento jurídico que ella proporciona, al mostrar al intérprete todas las posibilidades del derecho positivo. Por lo demás, de ordinario, las cuestiones dudosas o controversias se deciden por la postura que frente a ellas asume la doctrina.

Como antes se dijo, la doctrina es invocada por los jueces para fundar en ella no solo sus sentencias sino cualquier resolución que emitan (autos, decretos, etc.). No obstante ello, debe admitirse que la doctrina carece de la obligatoriedad propia de la ley y de la costumbre y en la que participa también, en cierta medida, la jurisprudencia. En aquellas fuentes, el sentido general que goza de acatamiento comunitario está directamente dado en la comunidad (costumbre) o en sus órganos

¹⁷ Llambías, J. *Derecho Civil*. (Parte General), Tº I, nº 80 – pág. 88

(de la 20
06/26 -
reprise bre.)

CAPITULO I EL DERECHO

I.1. Concepto

El derecho es probablemente una de las ciencias que mayor dificultad han tenido sus estudiosos para conceptualizar o definir, lo cual ha producido como una lógica consecuencia de ello, que aquellos que han esbozado algún concepto han sido discrepantes entre sí. Esto a su vez ha sido producto de distintas tendencias que han seguido sus autores, que dieron origen a diversas posturas doctrinarias.

El Dr. Hart, uno de los máximo exponentes de la ciencia jurídica de todos los tiempos, comienza una de su obras máximas (El Concepto de Derecho) de la siguiente forma: "Pocas preguntas referentes a la sociedad humana han sido formuladas con tanta persistencia y respondidas por pensadores serios de maneras tan diversas, extrañas, y aún paradójicas, como la pregunta ¿qué es derecho?...No hay una vasta literatura consagrada a contestar las preguntas ¿qué es química? o ¿qué es medicina?, como la hay para responder a la pregunta ¿qué es derecho?"¹

Como primera medida, debemos tener presente que el derecho está presente en todos lados y en todo momento, resulta imposible imaginar una sociedad sin su presencia. Así, muchos actos que a priori parecen irrelevantes se encuentran en pleno contacto con el derecho, por ser una conducta regulada por el mismo o por

¹.Hart, H.L.A. *El Concepto de Derecho* - pág. 1.