Resumen de Teoría del derecho. Primer parcial.

* Capítulo 1: La persona. Fundamento del derecho.

El derecho únicamente existe y tiene sentido en razón del ser humano. Las esferas de la inteligencia y de la voluntad, de la racionalidad y de la libertad, son propia y exclusivamente características humanas. El desconocimiento y el desprecio de los derechos humanos originaron actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad. La existencia de la sociedad supone la presencia de personas susceptibles de pautar compromisos y de obligarse a su cumplimiento y de otras capaces de “decir el derecho” de cada quien. Los romanos llamaron a esta actividad “ius dicere” (decir el derecho) y la pusieron a cargo de expertos a los que se denominó “iurisprudentes” (jurisperitos o jurisprudentes) cuyo caudal de conocimientos quedo sintetizado en la iurisprudentia (“jurisprudencia”). Entonces, “decir el derecho” constituyo la antesala de darle a aquel a quien corresponde su derecho, es decir, poner en acto la virtud de la justicia.

El derecho supone la existencia de una sociedad sin la cual carecen de sentido los vínculos entre dos o mas personas y toda exigencia o reclamo derivados del mismo. Afirmar que la persona es el fundamento del derecho invita a considerar, su misma “Personeidad” es decir, los elementos cualificantes primordiales del ser humano mediante los que según TRIGEAUD, la persona se constituye en un ser “universal-singular” por cuanto si el derecho quiere ser fiel a aquella habrá de reconocer dichos elementos y de resguardarlos y desarrollarlos en orden a la obtención de su máxima plenitud posible. El derecho ostenta como tarea principal el reconocimiento de la persona con todo lo que la caracteriza y por tanto con todo lo que le es propio o suyo. Si la justicia es “dar a cada uno su derecho”, el primer y más importante derecho que debe resguardarse es lo suyo personal, de modo que si el derecho existe por el hombre, existe a fin de reconocer lo propio de cada uno de ellos.

**Análisis etimológico de la voz “persona”.**

Hay tres teorías para explicarlo:

1. Persona proviene del griego “próspon” que designaba el rostro o faz del hombre y por extensión, la máscara.
2. Persona tiene origen etrusco, de la palabra “phersu” por la diosa Perséfone en cuyas fiestas se usaban mascaras.
3. Aulio Gelio, dice que persona deriva del verbo “personare” que significa resonar con fuerza y por ello se aplicó a las mascaras que, en las representaciones teatrales, utilizaban los actores, los cuales, por su concavidad aumentaban la voz del autor.

Las tres teorías se relacionan con la mascara porque indican algo exterior al hombre, con el que este se cubre la cabeza y con ello se presenta ante los demás con una figura o cara exterior, que no es la natural o propia. Entonces una cosa es el ser humano y otra es la persona. Persona tuvo, desde sus origines un sentido social y relacional: el hombre en un contexto social de relación. El contenido de ese sentido social y relacional ha variado a lo largo de las épocas.

**La concepción greco-romana (estamental) de persona.**

Para la realidad greco-romana no todos los seres humanos son personas. Puntualizan el papel, la función, la capacidad o el estado de cada quien en la vida. Tienen una concepción estamental de la sociedad que se extendió también a otros ámbitos por ejemplo: seres libres y esclavos; nobles, libres y siervos. Estamental es toda concepción de la sociedad según la cual los hombres son considerados desiguales en valor y dignidad, de modo que la sociedad se constituye por estratos de personas o estados. La participación en la vida social depende de la condición o estado en el que el hombre está inserto y es desigual en función de dichos estados o condiciones.

Del paisaje de la sociedad romana se observan ciudadanos, esclavos, libertos, extranjeros, mujeres o menores de edad, quienes desempeñan un papel en la escenografía de la vida, y les es atribuida su respectiva situación o su “posición jurídica” es decir su ius derecho entendido como una facultad o potestad (derecho subjetivo) cuanto como una carga o deber (derecho objetivo). Hervada manifiesta que persona era el nombre de la función social que ejercía un hombre o el puesto que ocupaba en la sociedad; así la expresión persona senatoris (persona del senador) quería decir función o papel del senador.

**La configuración histórica del concepto de persona como ser substancial y digno.**

1. El planteamiento de los primeros teólogos y filósofos cristianos.

El empleo de la voz “persona” bajo una connotación universal, esto es, ajena a su posición o estado, de forma de referir al hombre o ser humano aparece mas visible en el periodo posterior a Augusto. Pero este no es un concepto filosófico ni jurídico. La expresión persona es infrecuente entere los juristas romanos, quienes acudieron a las voces “caput” o “status” para referir al sujeto tributario del conjunto de derechos que le son debidos en razón de su especifica “cabeza”, “capacidad” o “estado”. Con el advenimiento del cristianismo los concilios celebrados en Oriente establecieron la fórmula de la consustancialidad: padre, Hijo y Espíritu Santo. Se reconocen dos naturalezas: divina y humana. Surge la idea de una persona creada a imagen y semejanza de Dios y una historia de Salvación para el pueblo en la Iglesia.

Sobre tales bases, la personalidad humana encuentra una doble fundamentación: teológica y filosófica o metafísica. En la primera, comprendido el mundo como creación, su principio es el Creador del cual, responsablemente, es decir a título de decisión personal, procede. La criatura requiere el principio de la libertad. Se concebirá a la persona como aquella forma de ser que se explica por si misma, es decir, que tiene consistencia independiente y es principio y fin de su ser y de su obrar, de modo que encuentra en si su razón de existencia. Boecio dice que la persona es un ser completo, independiente e intransferible. Hervada dice que el significado filosófico de persona encierra en si, como dimensión propia de la persona, la socialidad o racionalidad: la persona no es un ser aislado, sino un ser en relación: “el Padre en relación al hijo, y ambos en relación al Espíritu Santo”. La persona no actúa en soledad sino que vive en sociedad. Su incomunicabilidad es fácticamente imposible y espiritualmente empobrecedor pues la esencia humana reclama un permanente desarrollo y perfeccionamiento imposible de alcanzar sin el concurso de los demás a los que, en el ejercicio de tales fatigas, se debe un respeto absoluto basado en su pareja incomunicabilidad.

1. El alumbramiento de la noción de “dignitas hominis”

Edad media y renacimiento: el concepto de persona profundiza su desarrollo acuñando una idea llamada a tener una notable repercusión posterior y que resulta especialmente significativa para el derecho: la de dignidad humana. Hay conexión entre el hombre y Dios. El hombre es a imagen y semejanza de Dios. Para Tomas de Aquino, la persona es lo mas perfecto y lo mas digno en toda la naturaleza, lo cual es debido a su subsistencia en la naturaleza racial. Persona es la hipótesis distinguida por la propiedad relativa a la dignidad de modo que si “lo mas digno es subsistir en la naturaleza racional, todo individuo de naturaleza racional se llama persona”. La persona es un ser “indistinto en si mismo, pero distinto de los demás” y lo mismo sucede con su dignidad.

Con la llegada a fines del S XIV con la filosofía del Humanismo que desemboca en el Renacimiento, se inicia la modernidad. Surgen teorías como la de Marsilio Finicio que dice que el hombre no desea ni superiores, ni iguales, ni que nada se le excluya de su dominio. Estado semejante es únicamente el de Dios. En consecuencia, busca el estado divino: el hombre tiene una posición preeminente sobre la faz de la tierra en razón de ser “imagen y semejanza de Dios”, de modo que busca el estado divino, es decir, imitar a su Creador para parecérsele en sus virtudes y en su sabiduría.

Castañeda expresa que la dignidad humana es absoluta porque en tanto la persona es un todo, no es más que la propia especie a la que pertenece. El carácter absoluto de la dignidad significa que el ser del hombre es espiritual. La dignidad humana tiene fundamento ontológico. La dignidad no depende únicamente de su obrar, sino que se fundamenta en su ser.

Hervada dice que este concepto de persona tiene una doble consecuencia. Una negativa: el ser subsistente no es esclavo de nadie ni puede pertenecer a otra; una positiva: el ser subsistente es el centro y el sujeto de un entramado de relaciones y también de relaciones jurídicas.

El planteamiento en el horizonte de la modernidad: se universaliza fácticamente el concepto de persona como ser substancial y digno. Francisco de Vitoria dice que el orbe todo constituye en cierta medida una república, de la que emana, un derecho natural de comunicación entre los pueblos. Esta postura es una ampliación del reconocimiento de la igualdad ontológica de todos los seres humanos. Había también teóricos que consideraban que los esclavos, pecadores, infieles, creaturas irracionales o dementes carecen de dominio sobre si y sobre su entorno y por lo tanto no ostentan condición de persona. Ejemplo: indios de América. Vitoria explica que publica y privadamente los indios estaban en pacifica posesión de bienes y no se les puede despojar de ellos.

Considera que la capacidad de dominio de los aborígenes sobre si y sobre sus posesiones reside en la condición de Imago Dei propia del hombre, con arreglo a lo establecido en Genesis, en la Biblia. Esta afirmación no vincula solo a los cristianos, sino que según Vitora incluye a todo hombre sin distinción ya que este es imagen de Dios por naturaleza, por sus potencias naturales, y no lo pierde por el pecado mortal. La fe no quita el derecho natural ni el humano. No se pierde por falta de fe. Expresa también que los indios están lejos de ser niños o incapaces ya que tienen ciudades establecidas ordenadamente, matrimonios bien definidos, magistrados, señores, leyes, industrias, comercio y todo aquello que requiere uso de razón. También tienen una religión.

La saga doctrinaria posterior a Vitola: Surge la escolástica renacentista o segunda escolástica. Se tiene ya el despunte de la noción moderna de persona y de subjetividad es decir, el ser humano como sujeto autónomo cognoscitivo y sobre todo moral. La modernidad recoge y desarrolla la idea de la persona.

Descartes pone a la persona en función del pensamiento. La considera como una res cogitans, como una substancia pensante. John Locke dice que la persona es un ser inteligente pensante, dotado de razón y reflexión y que puede considerarse a si mismo como el mismo, la misma cosa pensante en diferentes tiempos y lugares. Surge la Escuela Moderna del Derecho Natural con el aporte de Imannuel Kant.

La postura de Imannuel Kant: distingue entre los seres cuya existencia no descansa en nuestra voluntad, sino en la naturaleza, los cuales si son seres irracionales tienen un valor relativo como medio y por ello se llaman cosas, de los seres racionales a los que se llama personas porque su naturaleza los distingue ya como fines en sí mismos, esto es, como algo que no puede ser usado meramente como medio y por tanto limita en este sentido todo capricho. El hombre, no es una cosa, no es un medio, sino que debe ser considerado en todas las acciones como fin en sí.

Se reprocha a la tesis kantiana que la decisión personal de cada quien no encontraría en las exigencias que dimanan de la naturaleza humana el punto de referencia a partir del cual desarrollarse, con lo que la subjetividad perdería la objetividad y por ende la universalidad ambicionada por Kant. Detrás de tal interpretación fluye la idea de anteponer la autonomía frente a cualquier otro bien fundamental, de forma que suele postularse un irrestricto derecho al desarrollo de la personalidad individual aun en detrimento de otros derechos. El alegato kantiano culmina el recorrido iniciado por los primeros teólogos y filósofos cristianos en torno de la construcción de un concepto de persona que repose sobre la substancialidad del ser humano con entera prescindencia de sus accidentes, esto es, al margen de las circunstancias de sexo, raza o religión o de la capacidad u operatividad de hecho de cada individuo. Para Beuchot la persona al ser substancia de naturaleza racional y volitiva tiene una gran dignidad, la mas excelente que se da en la creación. Al ser la persona “ontológicamente completa e incomunicable” es un sujeto de derechos y un ser que domina su propio ser y las operaciones que de el dimanan en orden a logro de su pleno desarrollo.

**Los conceptos filosóficos y jurídicos de persona.**

1. La dimensión filosófica de la noción de persona:

Hay un “dominio ontológico” y un “dominio moral” todo lo cual necesariamente repercute en un dominio jurídico. En la medida en que el ser y los actos de la persona, por pertenecerle, son derecho suyo frente a los demás. Dicho dominio engendra el dominio sobre cuanto le constituye (su vida, su integridad física, su pensamiento, su relación con Dios, etc.); su dominio se extiende a la apertura y tensión a obtener sus fines propios. La capacidad de dominio se extiende a aquel circulo de cosas que se encuentra en el Universo y que, por no ser personas, son seres que no poseen el dominio sobre su propio ser y en consecuencia son radicalmente dominables.

Hervada dice que si se piensa en los animales, se advierte que se dan ciertos fenómenos que en apariencia recuerdan el dominio del hombre y sus capacidades de apropiación. Tienen guaridas, nidos, territorios propios, forman unidades entre progenitores y crías. Pero todo esto es instinto y fuerza. Es una pieza porque puede ser reemplazada, desplazada, etc. El hombre no es pieza de un conjunto, sino protagonista de la historia por medio de decisiones libres; cada hombre es señor de si, de modo que la sociedad humana es la armónica conjunción de libertades. En el universo humano la razón sustituye a la fuerza, porque es un universo libre. Donde hay libertad no hay fuerza sino, obligación, que es algo propio del ser racional.

1. La dimensión jurídica de la noción de persona:

El alcance jurídico de la persona esta connotado al hombre; al ser humano, al que el Código de Vélez denominaba en los artículos 31 y 51 “persona de existencia visible”. La reflexión científica caracterizo a dicho concepto alternativamente como el “sujeto capaz de derechos y obligaciones” como el sujeto titular de derechos y deberes o como la muy sugestiva idea de “ser ante el derecho”.

Hervada dice que “persona en sentido jurídico es un concepto que esta contenido radicalmente en el de persona en sentido ontológico” entonces se relacionan el concepto filosófico con el jurídico.

El origen natural del concepto de persona: La persona no tiene un origen positivo, es decir, no es una mera creación humana, sino que tiene su fuente extramuros de ese artificio intelectual que es el derecho, en tanto es una realidad previa a aquel.

Todos los hombres son persona: esta tesis está defendida por la concepción estamental de la sociedad, aunque también por el positivismo jurídico. La personalidad jurídica es una creación del derecho positivo de modo que solo son personas aquellos hombres a quienes el derecho positivo reconoce como tales, por lo que el hombre no seria de por si sujeto de relaciones jurídicas, ni titular de derechos naturales. Se despoja a la persona humana de toda juridicidad inherente a ella, es decir, se la priva de derechos suyos por el solo hecho de ser persona, lo cual además de contradecir el referido hecho de experiencia desvirtúa que el derecho se apoya en un dato natural, en esa juridicidad natural de la persona sin la cual el “fenómeno jurídico no existiría por imposibilidad de existencia.” En segundo lugar, se destruye cualquier dimensión natural de justicia, que queda reducida a mera legalidad.

1. Síntesis.

El concepto de persona con el que trabaja la ciencia jurídica es el resultado de un dilatado proceso signado por el objetivo de universalizar un reconocimiento igual a todos los seres humanos respecto de ciertos bienes inherentes a su persona. de lo que se trata es de garantizar ese mínimo haz de exigencias que caracterizan al ser del hombre, sin lo cual nada de su ulterior desarrollo en el especifico contexto social en el que se halla resulta posible. Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre si. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso.

Entonces ni la antigua concepción estamental de la sociedad ni el positivísimo jurídico entendido en el sentido más clásico y estricto resguardan adecuadamente la condición personal del hombre que la “Declaración Universal de Derechos Humanos” en su articulo 6 al decir que “todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”. La persona es portadora de bienes propios que la tornan intocable, incomunicable, y de este modo, digna, presentándose ante el derecho como otro que merece un respeto incondicionado.

Son estos atributos la razón o fundamento de los derechos esenciales, es decir, inherentes, que os estados “reconocen” esto es, que no crean.

**La recepción del concepto de persona en el derecho positivo nacional.**

1. El derecho constitucional.

Los textos pertenecientes a los dos tratados internacionales de protección de DDHH integran desde la reforma constitucional de 1994 nuestra Carta Magna a través de su inclusión en el artículo 75 inc. 22. La Constitución nacional de 1853 inscribe las primeras grandes declaraciones de derecho ocurridas a fines del S. XVII y que testimonian la victoria de las ideas de la teoría moderna del derecho natural.

Se reputó que mediante la sola fuerza de la razón resultaba posible conocer los derechos naturales o inherentes propios de cada quien. Quedaba cancelada la concepción estamental propia del Ancien Regime, que había dividido a la sociedad en nobles, libres y siervos conformándose a partir de entonces una sociedad de iguales cuyo ultimo horizonte normativo reposa en la razón natural de las personas, como se había comenzado a perfilar a partir de principios del siglo XVI.

Son otros ejemplos la Declaración de Derechos del pueblo de Virginia y la declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789.

En la Constitución Argentina de 1853 el preámbulo dice que hay que afianzar la justicia, consolidar la paz interior, proveer a la defensa común, promover el bienestar general y asegurar los beneficios de la libertad; a nosotros, a muestra posteridad y a todos los hombres del mundo. La CN estipula que la Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre ni de nacimiento, y no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Dice que en la Argentina no hay esclavos y los pocos que existen quedan liberados desde la jura de la CN. Los que se introduzcan quedan libres por pisar el suelo argentino. Todo contrato de compraventa de personas será un crimen. Todos los habitantes son iguales ante la ley.

La reforma de 1860 incorporo el actual articulo 33 en el que se establece que “las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derecho y garantías no enumeradas”. Existen derechos no enumerados, los cuales, a juicio de la norma, tienen su fuente en el principio de la soberanía del pueblo y la forma republicana de gobierno.

1. El derecho infraconstitucional.

El código civil de Vélez: habla de las personas jurídicas y de las de existencia visible. Ambas clases de personas son todos los entes susceptibles de adquirir derechos, o contraer obligaciones. Las personas de existencia visible son todos los entes que presentasen signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes. Se pone de relieve que lo importante es la substancialidad o esencialidad y por lo tanto la dignidad de la persona.

El articulo 70 decía que desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas. El 72 decía tampoco importara que los nacidos con vida tengan imposibilidad de prolongarla, o que mueran después de nacer, por un vicio orgánico interno o por nacer antes de tiempo.

Entonces Vélez Sarsfield abraza el concepto de persona fundado en la substancialidad o esencialidad de todos los antes con entera prescindencia de su mayor, menor, o incluso nula operatividad pies la capacidad de derecho, es decir, la capacidad basada en el ser del hombre y no la capacidad de hecho basada en su obrar es inherente al hecho de la existencia de una criatura humana. Toda persona humana se pertenece a si misma y en virtud de su misma ontología es incapaz radicalmente de pertenecer a otra persona. esta manifestación puede venir obstaculizada por enfermedades y defectos; en estos casos cabe una tutela al cuidado pero no un dominio. Así en estos casos la persona no puede ejercitar su dominio debido a su incapacidad por lo que esta imposibilitada de hacer uso de su razón.

* Capitulo 2: La tensión entre el derecho natural y el positivismo jurídico.

**¿Qué es el positivismo jurídico?**

Según Robles, el positivismo jurídico supone la ruptura con la metafísica, para quedarse en a física; la ruptura con el ser ideal y la reivindicación a ultranza de lo real y sus leyes. El positivismo es el triunfo de las ciencias de la naturaleza y de sus presupuestos epistemológicos. Radbruch dice que el positivismo jurídico es la corriente de la ciencia jurídica que cree poder resolver todos los problemas jurídicos que se planteen a base del Derecho positivo, por medios puramente intelectuales y sin recurrir a criterios de valor. Y añade que esta concepción se gobierna por principios jurídicos. La misión de crear Derecho esta reservada a la representación popular. La ciencia jurídica es una ciencia practica: no puede alegar que la ciencia no ha resuelto todavía el problema planteado; hay que dar por descartada la posibilidad de un non liquet en lo que a la cuestión jurídica se refiere. La prohibición de crear Derecho y la de negarse a fallar solo pueden conciliarse entre sí si se arranca de un tercer supuesto, a saber: que la ley carece de lagunas, no encierra contradicciones, es completa y es clara. Es el postulado a ficción consistente en afirmar que la ley, o el orden jurídico forma una unidad cerrada y completa.

1. El alcance de la positividad del derecho.

La persona es un ser que se domina a si mismo. Esto implica reconocer que los seres humanos poseen derechos y deberes innatos o connaturales con su personalidad, de modo que tales derechos acompañan siempre a la persona; resultan universales y cognoscibles, mas allá de que un ordenamiento jurídico desconozca tales derechos, no los reconoce adecuadamente o que por razones económicas o por circunstancias políticas determinadas, algunos derechos no puedan ejercerse. Por el contrario, para la filosófica jurídica positivista, el haz de derechos y de deberes de las personas depende de lo que al respecto disponga un ordenamiento jurídico de las naciones, entre otras cosas porque solo es posible un conocimiento científico del derecho.

1. El distingo “cognostivismo- no cognostivismo”.

La oposición entre ambas corrientes atraviesa los planos tanto metodológico como gnoseológico, ya que la disputa en torno de los alcances de la positividad es para inteligir la razón ultima y no meramente fenoménica de el sentido de las cosas. La teoría del derecho natural se ha inclinado de modo unánime en favor de la tesis “cognostivista”. Para algunos la fuente última del conocimiento debe remitirse a Dios, para otros en la Razón y para otros en la historia. El positivismo jurídico abona la posición “no congnositiva”. Para esta postura, la posibilidad de identificar un sistema normativo justo y universalmente valido queda descartada sea porque un “tal sistema” no existe o porque no es accesible a la razón. Lo dicho es perfectamente valido para otra de las clásicas versiones del positivísimo, el llamado científico, que surge con el desarrollo de las ciencias experimentales y adquiere configuración definitiva con COMTE. Esta corriente precisamente por anclar su fuente de conocimiento en las matrices de la ciencia moderna, y por tanto, seguir el método inductivo y resolutivo- compositivo, proporciono una respuesta de índole cognitiva aunque tal conocimiento excluye por completo el recurso a los juicios de valor: se está, ante un conocimiento débil, ceñido al conocimiento de datos respecto de los cuales no se dudo que podían, ser sensorialmente observados, verificados y clasificados de modo de elevarlos al rango de ley general a fin de describirlos y aplicarlos. El derecho es lo que lo hechos de la vida social científicamente describen, conclusión que explica el apogeo de la sociología del Derecho y la tenaz critica de sus defensores a la denominada Dogmática Jurídica, a la que se acusó de “no científica”.

**La teoría del derecho natural.**

La idea de un derecho natural esta desde que el hombre tiene registros de su existencia y por lo tanto atraviesa todas las culturas. Mientras que, en occidente, desde el S XVI se enfatiza el tema de los “derechos”, en Oriente se pone acento en los “deberes”.

1. Sófocles.

Se basa en una obra de teatro en la que un Rey se rige por el derecho positivo y una mujer del pueblo se rige por el derecho natural, dado por los dioses. Creonte el rey solo se repara en la existencia de la norma positiva y en la obligación de su cumplimiento. No hay juicio sobre la moralidad o la justicia de la norma. Antígona expresa que las proclamas del rey no pueden transgredir las leyes no escritas e inquebrantables de los dioses. Estas leyes son de siempre y nadie sabe de dónde surgieron. Entonces se puede concluir: en la sociedad griega religión, moral y derecho no ocupan compartimientos estancos, se reivindica la existencia de una justicia divina; Zeus o los dioses proporcionaron al hombre leyes no escritas, inquebrantables y atemporales las cuales no superan a los humanos y ningún mortal tiene el poder para transgredirlas; si esto ultimo acontece se castiga al que lo hace.

La legislación no es la ultima ratio del ordenamiento jurídico, sino que existe una instancia critica en condiciones de juzgar su bondad o maldad: su acierto o desacierto. Sófocles se ubica en un termino medio entre la ilusión del racionalismo filosófico que se creyó capaz de dar respuesta a todo y la desilusión del escepticismo filosófico incapaz de responder a nada. El hombre es el que tiene la mayor razón, pero sin embargo no siempre tiene la verdad al alcance de la mano.

1. Aristóteles.

Entre 350 y 355 a.C. profundiza la enseñanza de Sófocles. Al aludir a la ley, distingue entre la “particular” y la “común”. Es ley particular la que cada pueblo se ha señalado para si mismo, y de estas unas son no escritas y otras escritas. Común es la conforme a la naturaleza. Pues existe algo que todos en cierto modo adivinamos, lo cual por naturaleza es justo e injusto en común, aunque no haya ninguna mutua comunidad ni acuerdo, tal como aparece diciendo la Antígona de Sófocles que es justo, aunque esté prohibido. Sófocles no tenía a través de la elaboración de sus piezas teatrales ninguna pretensión filosófica, sino puramente recreativa. Se obtienen seis conclusiones: no solo existen las leyes positivas, sino que junto a estas está la ley común; la ley “particular” es dividida en “escrita” que es la positiva en sentido estricto, y en “No escrita “que constituye las costumbres.; se redondea la naturaleza el fundamento de la ley común y que en el autor teatral quedaba en el contexto de la divinidad; se reitera la idea de que esa ley común es capaz de proporcionar criterios de justicia objetiva desde los cuales someter a juicio a la ley positiva, ya que existe algo que todos en cierto modo adivinamos, lo cual por naturaleza es justo e injusto en común.

Para Aristóteles es posible establecer desde la vía de la naturaleza una instancia o juicio critico a la ley positiva. Si la ley escrita es contraria al hecho, hay que aplicar además de la ley común, los argumentos de equidad, ya que tanto aquellos como estos, al contrario de la ley positiva que cambia muchas veces, permanece siempre y no cambia nunca, máxime si la común es conforme a la naturaleza. Aristóteles denomina a la ley común como la ley “no escrito”, en cuanto a la equidad escribe que es equitativo lo justo mas allá de la ley escrita, lo cual acaece unas veces con voluntad y otras sin voluntad de los legisladores. En relación con los supuestos que ocurren con voluntad, Aristóteles plantea dos hipótesis: de un lado, si el legislador no puede definir por causa de su infinitud una determinada situación; y de otro, si directamente no se puede definir pero es forzoso hablar en absoluto o con el valor mas general.

A su vez, en cuanto concierne a los casos que ocurren involuntariamente el autor alude a cuando se le ha pasado inadvertido al legislador, cuando no previó una determinada solución jurídica ante un caso de la vida. En Aristóteles el legislador, como todo ser humano, tiene una observación de la realidad de la vida condicionada por la riqueza de ella y por la imperfección del hombre. Es menester ser indulgente con las cosas humanas. La ley es siempre un enunciado general, por lo que solo se toma en consideración los casos que suceden con mas frecuencia, sin ignorar, empero, los posibles errores que ello pueda entrañar y que son debidos a la naturaleza de las cosas, ya que por su misma esencia, la matearía de las cosas de orden práctico reviste un carácter de irregularidad. En este contexto, concluye el autor, si se planteara un caso que no alcanza a ser captado por la generalidad de la norma, se está legitimado para corregir dicha omisión a través de la interpretación de aquello que el legislador mismo hubiera dicho de haber estado presente en ese momento, y de lo que hubiera puesto en la ley de haber conocido el caso en cuestión.

Refiriéndose a la justicia política, que es la que “existe entre personas libres e iguales que participan de una vida común para hacer posible la autarquía” Aristóteles expresa que esta se divide en “justicia natural” que es la que tienen en todas partes la misma fuerza, independientemente de lo que parezca o no y “legal” que alude a aquello que en un principio da lo mismo que sea así o de otra manera, pero que una vez establecido ya no da lo mismo.

Conclusiones: no es correcto que se diga que el derecho sea solo derecho positivo, pues existe un derecho natural, aun cuando este varié; dicha variación es probable incluso entre los dioses, en sintonía con aquella pregunta sin respuesta formulada por Antígona; dicha variación es absolutamente segura entre los hombres; si el derecho natural es variable, a fortiori lo es el derecho positivo; no obstante lo anterior, existe una justifica natural entre los hombres y; sobre tales bases, es posible discernir cuales elementos susceptibles de mutar tienen su raíz en la justicia natural y cuales por el contrario encuentran dicha raíz en una fuente legal o convencional.

Tomás de Aquino dice que es de equidad natural el que se devuelva siempre a otro lo que se ha prestado, de donde se infiere que si bien pueden existir leyes positivas que digan lo contrario, tales normas son insanablemente injustas pues, para seguir las palabras de las fuentes hay una justifica natural o es de equidad natural la devolución del propósito al depositante y ello, conceptualmente, siempre es así.

**La teoría del positivismo jurídico.**

1. El concepto de naturaleza en las leyes eugenésicas.

La idea de una naturaleza concebida en clave física y por tanto de un derecho natural fundado en la ley del mas fuerte que se ha visto planteada en Calicles y en Hobbes, se halla nuevamente presente en el pensamiento occidental con particular intensidad al promediar el siglo XIX y durante las primeras décadas del siglo XX a través de las célebres leyes eugenésicas promulgadas en los principales países europeos, en los Estados Unidos de América y en Australia.

¿Qué es la eugenesia? Según Eduardo Soria, durante décadas muchos estuvieron de acuerdo en que el hombre debía favorecer la proliferación de los integrantes mas aptos de su raza y debía condicionar el desarrollo de la raza mas débil. De esta forma, defendían que el hombre corregiría el error, producto del avance de la ciencia y la medicina, que posibilito a los enfermos de cuerpo y mente continuar con su vida mas de lo que la naturaleza les permitió, que permitió que los débiles pudieran reproducirse y engrosar la especie humana negativamente. Algunos de os que argumentaban esto concluían en que se debía eliminar al enfermizo, al deforme y al menos veloz y potente y así se impide toda degeneración de la raza por la multiplicación de sus representantes menos valiosos.

Se debe al inglés Galton el origen de la teoría eugenésica, vocablo de origen griego que significa individuos bien nacidos de noble origen y de buena raza. Esta tesis se conjuga con la teoría de Mendel y de Darwin.

Karl Binding y Hoche dicen que es un esfuerzo enorme mantener y cuidar existencias que carecen de todo valor deben ser consideradas negativas. Soria dice que se realizaron congresos y publicaciones manifestando la necesidad de la implementación de medidas y programas desde el estado, para realizar control sobre ítems como la actividad sexual y reproductiva de la población o la mezcla racial producto de la inmigración, pero también la necesidad de trabajar sobre la eliminación de la pobreza como foco de enfermedades, el alcoholismo, y la pereza. Asi se reglamento el examen prenupcial, la esterilización de criminales, el aborto eugenésico, las restricciones a inmigrantes, control de natalidad, examen físico escolar, etc. Nuestra CN lo incluye en el articulo 86 del Código penal de 1916. Se legitima el aborto eugenésico, según Eusebio Gómez, para evitar que una mujer idiota, enajenada o de un incesto nazca un ser anormal o degenerado. La doctrina delineada anteriormente alcanza su cénit con la tiranía nacionalsocialista en la Alemania de la década del treinta.

1. El derecho natural en el nacionalsocialismo.

Eberhard expresa: “el derecho natural de cuño nacionalsocialista no quiere inferir la idea del derecho, de la razón común a todos los hombres o de la esencia común humana sino de la sangre, de la raza noble del pueblo alemán. Se trata de un derecho natural biológico, que obedece las leyes de la raza”. La idea del derecho racial es una idea que se basa en una legalidad natural un pueblo que no conozca ninguna legalidad natural tampoco podrá concebir en su esencia al derecho ético. Esto es la antítesis de Cicerón, aquí la idea de naturaleza humana no reposa en la existencia de una razón, y por lo tanto, de una esencia común a todos los hombres lo que revela la presencia de una realidad substancial propia del genero humano, sino en una nota meramente accidental e aquel, a saber la raza.

1. El escepticismo ético: Hans Kelsen y Eugenio Bulygin.

Se postula la inviabilidad de un conocimiento objetivo de la realidad, es decir, el descreimiento de que la razón pueda proporcionar siquiera alguna noción posible de naturaleza. Esta postura es el “escepticismo ético”. Bulygin reconoce que el iusnaturalismo ha contribuido a obligar al positivismo jurídico a revisar alguna de sus posiciones, a raíz de esa revisión han surgido algunas propuestas que no pueden considerarse como pertenecientes a esta escuela. Entre ellas, el “positivismo conceptual”, que se asienta sobre dos afirmaciones: la primera es la existencia de normas universalmente validas y cognoscibles que suministran criterios para la justicia de instituciones sociales; la segunda es el reconocimiento de que un sistema normativo que desconoce tales normas universalmente validas pueden, no obstante, alcanzar el titulo de derecho.

El escéptico según Nino no cree en la posibilidad de identificar un sistema normativo justo y universalmente valido (llámese derecho natural o moral ideal) sea porque tal sistema no existe (escepticismo ontológico), sea porque no es accesible para la razón humana (escepticismo gnoseológico). Para Bulygin la nota escéptica es un elemento definitorio del positivismo jurídico, valiéndose, de varias tesis: todo derecho es positivo (Creado por los hombres); distinción tajante entre proposiciones descriptivas y prescriptivas (ser y deber); la concepción no cognoscitiva de las normas, que no pueden ser verdaderas ni falsas. Estas tres tesis implican que no puede haber normas verdaderas ni falsas (ni jurídicas, ni morales) y por consiguiente no hay derecho natural. Si no hay normas morales absolutas tampoco puede haber derechos morales absolutos y en particular derechos humanos universalmente válidos.

Entonces si bien no es posible conocer la realidad de las cosas, y por tanto las de mundo jurídico, ello no impide exigir al ordenamiento jurídico la incorporación de determinados valores los cuales no son consecuencia de una decisión racional, ni tampoco, tienen pretensión de universalidad: se trata de opciones subjetivas, emocionales y relativistas.

Hans Kelsen expresa que: “el problema de los valores es en primer lugar un problema de conflicto de valores, y este problema no puede resolverse mediante el conocimiento racional. La respuesta a estas preguntas es un juicio de valor determinado por factores emocionales y, por tanto, subjetivo de por sí, valido únicamente para el sujeto que juzga, y en consecuencia, relativo.”

**Propuestas de superación de la dialéctica “derecho natural – positivismo jurídico”.**

1. El llamado “tercer camino” y su crítica.

El fin de la Segunda Guerra Mundial representó un quiebre para el pensamiento iusfilosófico occidental. Hasta ese momento, había prevalecido el ideal del positivismo jurídico. Los crímenes del régimen nacionalsocialista y la dictadura marxista en la Unión Soviética hicieron retornar al derecho natural de raíz religiosa y al racional.

Entonces disgustó la consideración positivista de que el derecho fuera solo la ley positiva porque así existe siempre la posibilidad de que legisladores inescrupulosos dicten normas aberrantemente injustas. Y por otra, se siguió desconfianza de la tesis iusnaturalista de la existencia de normas universales, y por tanto validas fuera de todo tiempo y lugar porque resultaban inhallables y porque aquellas normas o principios elementales solo poseen incuestionable “vigencia absoluta” en su formulación mas abstracta, pues si se les da contenido, estos pierden su vigencia general, es decir, pierden su vigencia mas allá del tiempo y del espacio, no pudiendo ser entonces fundamentadas.

Surgió entonces la idea de desandar un tercer camino superador de ambas corrientes, pero no llego a ningún resultado.

1. El aporte de Llompart.

Postula que el iusnaturalismo y el iuspositivismo no son proposiciones contrarias (esto es azul-esto es rojo) sino contradictorias (esto es verde-esto no es verde) y por esto no se puede llegar a un tercer camino.

Adopta el iusnaturalismo en sentido jurídico, el que describe del siguiente modo: “yo también creo en un derecho natural inmutable y universal, innegable y evidente, pero creo también que las exigencias jurídico-sociales pueden ser muy distintas en diversas épocas y en diversos países y no son necesariamente inmutables y completamente universales. Lo importante en nuestros días no es repetir lo evidente, sino elaborar un derecho natural en sentido jurídico que, sin caer en el relativismo, no deje de lado la historicidad y la integre de modo conviene en su teoría a in de que se puedan satisfacer las exigencias del derecho viviente y no solamente las de la idea del derecho”.

Entonces formula un tripe orden de distinciones: en primer lugar, reconoce la existencia de un derecho positivo fruto de la voluntad de los individuos, “ocurre no pocas veces que es necesario tomar una decisión, pero ni la razón ni los valores ni los principios eternos ni la experiencia nos pueden ayudar indicándonos concretamente lo que debemos tomar. Entonces no es la indisponibilidad sino la voluntad del legislador la que tiene la palabra.”; En segundo término, no hace falta ni se puede abdicar de unos principios inmutables y universales. La justicia, el respeto a la persona y la dignidad humana, la convivencia pacífica, el bien común y la seguridad jurídica continúan siendo lo mas importante y lo que hay que realizar a toda costa; en tercer lugar, el derecho natural en sentido jurídico no se puede contentar con formular los principios inmutables y universales que en sí son muy pocos. Aquella también contiene unos principios que tienen en cuenta ciertas circunstancias y elementos que pueden en absoluto darse o no darse, pero cuando se dan en un determinado lugar o un determinado tiempo, no pueden ser ignoradas, pues son condición de su validez y normatividad.; por último, Llompart afirma que el concepto de indisponibilidad solo tiene una función negativa y represiva a imponer límites al poder estatal que este no puede sobrepasar, sino también una función imperativa y estimulante, cuando el poder estatal es reacio o no se preocupa por cambiar lo que debía ya estar cambiado.

* Capítulo 3: títulos y medidas naturales y positivos del derecho.

**Los títulos naturales**

1. Discernimiento a partir de la “naturaleza humana”.

Afirmar que la persona es un ser que domina su propio ser quiere decir que es acreedora de ciertos derechos que le corresponden en virtud de su esencia. La posesión de tales derechos “inherentes” a ella es lo que la torna un ser digno, ya que la voz “dignidad” entraña la connotación de “excelencia”. Dicho de otro modo: una persona es digna o excelente en razón de ser portador, por su propia condición de tal, de ciertos bienes o títulos que le pertenecen naturalmente, esto es, a partir de la observación y conocimiento de la naturaleza humana. El ser o la esencia del hombre se halla en permanente desarrollo hasta obtener su consecución plena, lo que ocurre cuando se alcanza “la naturaleza de la cosa”. Biológicamente, es decir, físicamente, desde la concepción, la persona inicia un derrotero vital que concluirá en algún momento. A su vez, espiritualmente, es decir, metafísicamente, la persona día a día procura completar o colmar su naturaleza. La naturaleza humana es concreta; pertenece a una persona en particular, la que actúa en un tiempo histórico y en un contexto social del que recibe bienes, pero al que también exige que los propios sean respetados, es decir, que emerjan como derechos o títulos, ya que, si así no fuera, no podrían las personas poner en marcha el despliegue de su personalidad y menos aun concluirla, esto es, alcanzar su naturaleza.

Hervada señala que todos los bienes inherentes a su propio ser son objeto de su dominio, son suyos en el sentido mas propio y estricto, de modo que los demás no pueden interferir, ni menos apropiarse a menos que se emplee la violencia la cual lesiona irremediablemente el estatuto o condición de persona. se emplea de manera sinónima las expresiones “derechos”, “bienes” y “títulos.”

1. Clases de derechos naturales.

Tienen una doble clasificación. En primer lugar, se trata de títulos “originarios” y “subsiguientes”. Los primeros son aquellos que proceden de la naturaleza humana considerada en si misma, y por tanto, son propios de todos los hombres en cualquier estadio de la historia humana. A su vez, los segundos son los que dimanan de la naturaleza humana en relación a situaciones creadas por el hombre.

La segunda clasificación concierne a los títulos “originarios” los que se dividen en “primarios” y “derivados”. Los derechos naturales primarios son aquellos que representan los bienes fundamentales de la naturaleza humana y los que corresponden a sus tendencias básicas” como el derecho a la vida. Los derechos naturales derivados son manifestaciones y derivaciones de un derecho primario como por ejemplo los derechos a medicarse.

**Las medidas naturales.**

1. Discernimiento a partir de la naturaleza de las cosas.

Hervada expresa que la noción de medida es el ajustamiento entre lo debido y lo dado, la delimitación del derecho y de la deuda. En relación con las medidas naturales, el autor citado precisa que al implicar lo justo “una relación de igualdad entre cosas (justicia conmutativa) o entre cosas y personas (Justicia distributiva) dicha igualdad no puede referirse, puramente a la naturaleza humana sino de manera más amplia a la naturaleza de las cosas. A su juicio, bajo la idea de la “naturaleza de las cosas” se alude al ajustamiento o igualación de dimensiones valorables o medibles. La identidad y la cualidad son realidades objetivas que se miden y comparan de por sí, que se ajustan naturalmente dando lugar, en consecuencia, a una medida natural.

Nuestro CCYCN expresa que hay comodato si un parte se obliga a entregar una cosa no fungible, mueble o inmueble, para que se sirva gratuitamente de ella y restituya a misma cosa recibida, la que lleva aneja, como es obvio, la evolución de la cosa (y no de otra) en los términos del acuerdo. El articulo 1525 dentro del titulo relativo al “mutuo” señala que habrá tal contrato cuando el mutante se compromete a engregar al mutuario en propiedad, una determinada cantidad de cosas de la misma especie y calidad.

El articulo 4 de la CN expresa que el gobierno federa provea los gastos de la Nación con las demás construcciones que equitativamente y proporcionalmente a la población imponga el congreso general. La carga tributaria no puede determinarse “en abstracto” sino en atención a las concretas circunstancias de las personas de modo que, por caso, el impuesto a las ganancias varía según el ingreso de los contribuyentes, tal y como surge de la ley 20628 que, con sus sucesivas modificaciones, regula este tema en nuestro país. En efecto, la norma mencionada reconoce un mínimo “en concepto de ganancias no imponibles” (articulo 23) y diversas exenciones en grupos según los montos, en función de los cuales se atribuyen alícuotas crecientes. Se trata de una medida natural en tanto le viene impuesta al legislador desde una doble perspectiva: en primer lugar, porque quien menos gana, menos tributa y en segundo lugar porque las diversas alícuotas consecuencia de los indistintos ingresos no pueden ser el fruto de una conveniencia arbitraria sino, como manda la CN, de criterios basados en los principios de “equidad” y “proporcionalidad”.

1. Factores que terminan las medidas naturales.

Finalidad: mide las cosas en si mismas, porque la estructura de estas se mide por el fin, del que depende la perfección de la cosa. Se está ante la clásica tesis aristotélica según la cual las cosas se especifican por su fin, de modo que solo cuando estas “colman su naturaleza” es decir, únicamente cuando alcanzan su perfección puede decirse que completan su finalidad, su esencia o razón de ser; en definitiva, aquello que justifica su existencia. Dentro del genero de los tributos se distingue a los impuestos de las tasas, ya que mientras los primeros se perciben coactivamente con la finalidad de utilidad pública que dispongan los presupuestos de los estados, las segundas se cobran con un propósito especifico y en la medida necesaria para el logro de tal finalidad. Expresa la Corte que es un requisito fundamental de las tasas que a su cobro debe corresponder siempre la concreta, efectiva e individualizada prestación de un servicio relativo a algo no menos individualizado del contribuyente, de modo que aun cuando no es necesario que exista una equivalencia estricta y matemática entre el monto de la tasa y el costo del servicio prestado, si cabe observar, cuanto menos, una razonable proporción entre ambos baremos.

En segundo lugar, la finalidad es medida de las cosas entre ellas, la que, según Hervada, puede suceder en dos supuestos: El primero acaece por la relación ontológica entre las cosas como es el caso de aquellas que son complementarias en orden a obtener un fin. Se trata del variado conjunto de relaciones sociales en las que los fines que las gobiernan requieren del actuar complementario de las partes comprometidas y que van desde las relaciones conyugales o paterno-filiales a las de tipo laboral (relación entre empleado y empleador) o político (relación entre representado y representante).

A su vez, el segundo supuesto acaece cuando la finalidad cambia la especie de los actos. Hay dos ejemplos: el aborto y el trasplante de órganos en personas vivas. El primero en tanto atentado a la vida humana es ética y jurídicamente reprochable. Pero la afectación del bien jurídica vida es justificada si existe otra vida (la de la madre) es decir, otro bien jurídico de igual rango, en peligro y naturalmente siempre que no puedan salvaguardarse ambos bienes. En segundo lugar la afectación del derecho natural a la integridad física también es reprochable pero la ley 24193 autoriza las daciones entre vivos como ultimo recurso, si no hay un grave perjuicio a la salud del dador y si se trata de parientes muy cercanos.

Cantidad y cualidad: Para Hervada, cantidad y cualidad son criterios de ajustamiento de las cosas. Así la primera ajusta cosas por igualdad numérica, en tanto que la segunda igual a las cosas. La medida es consecuencia primariamente de un conjunto de factores o elementos que proceden de la naturaleza de las cosas y que condicionen o predeterminan el eventual acuerdo o la decisión judicial. Tales elementos ajustables, medibles o comparables como expresa Hervada, son, pues, un dato de la realizad y por tanto se imponen a las partes, quienes, ante su existencia, se ven compelidos a modificar una medida positiva, reajustándola de conformidad con tales elementos. La alteración no debe ser arbitraria, si no equitativa o proporcional. De ahí que debe ser lo estrictamente necesario para que sirva a la finalidad a la que se destina.

Relación: por relación se miren ciertos derechos y deberes que nacen de la posición relativa de unos sujetos con otros o de unas cosas con otras; por ejemplo, los derechos inherentes a las relaciones paterno filiales. La posición relativa de cada uno de los sujetos puede dar lugar a diversas maneras de ejercitar los derechos-deberes respectivos. El factor ontológico relación como criterio de ajustamiento o de igualación del variado haz de vínculos que ofrece la vida asume manifestaciones diversas que, si bien terminan siendo positivadas por el legislador o por la jurisprudencia, son el resultado de determinaciones que vienen dadas por la propia índole de la relación, esto es, por la misma “naturaleza de las cosas” que mide los términos de una relación según criterios de dinero o de valor que fluyen de la cosa misma y a raíz de lo que esta significa mas allá o en ausencia de la intervención positiva.

Tiempo: finalmente, escribe Hervada que los derechos y deberes pueden tener como factor de ajustamiento natural el tiempo, el cual es inherente a los bienes que constituyen los derechos naturales. En cuanto concierne a la primera, el autor citado señala que pueden surgir como derechos o deberes temporales o puede estar sometido al tiempo el comienzo del disfrute del derecho etc., criterios que han sido ampliamente positivados por las legislaciones comparadas. Los deberes derivados de la patria potestad definida en el artículo 638 del CCYCN subsisten mientras el hijo sea menor de edad y no se haya emancipado, esto es, en cuanto a los primero, hasta cumplir 18 años (art 25) y en lo relativo a lo segundo, siempre que no procedan las reglas previstas (art 27 a 30). A su vez, el derecho a casarse opera, como regla general, a partir de los 18 años tanto para el hombre como para la mujer (art 403) salvo que haya algo especial. De lo expuesto surge con claridad que si bien las medidas son de indudable índole positiva tales se pueden ajustar por el legislador.

**Títulos y medidas positivas.**

1. Los títulos positivos.

Escribe Hervada que el titulo positivo es un verdadero título, pues tiene la virtud de atribuir las cosas. En efecto, hay cosas que por naturaleza le están atribuidas al hombre y estas originan según se vio, lo justo o derecho natural. Pero existen otras muchas sobre las que la persona tiene solo una capacidad natural de dominio o posesión, lo que implica la facultad de recepción y apoderamiento, además de la disposición. El conjunto de las transacciones mediante las cuales los seres humanos se atribuyen distribuye y disponen bienes y servicios da lugar a lo justo o derecho positivo. El titulo positivo da origen a un verdadero derecho, hace suya la cosa respecto de su titular, generando la correspondiente deuda de justicia. Por lo que atañe a la fuerza del titulo y de la deuda, no hay distinción entre el derecho natural y el derecho positivo; en ambos casos, la cosa es igualmente suya en relación con el sujeto y le es igualmente debía. Un ejemplo es el titulo de propiedad de un inmueble. El artículo 1123 del CCYCN expresa que hay compra y venta di una de las partes se obliga a transferir la propiedad de una cosa y la otra a pagar un precio de dinero, consumada la operación, es decir, abonado el precio y entregada la cosa, el comprador se transforma en titular de ella, es decir, asume un derecho positivo sobre la cosa producto de una decisión voluntaria que lo conjunto, por las razones que sea, a comprar el inmueble de referencia del cual el titulo de propiedad es exteriorización de su derecho.

1. Las medidas positivas.

Enseña Hervada que la voluntad humana es capaz de ajustar bienes y valores entre si y entre personas y cosas. El sentido radical de la medida positiva del derecho es el de responder a una opción. Se trata, pues, de una correlación elegida y en su caso, de un ajustamiento de elecciones, ejemplificando que el ajustamiento de precio en una compraventa supone un ajustamiento de elecciones. La medida positiva es posible porque se basa en una indeterminación del ajustamiento natural entre personas y cosas o entre las cosas, siempre en relación al derecho.

La medida positiva representa un ajustamiento que alude a todos aquellos casos en los que no hay por naturaleza una medida determinada, lo que significa que el ajustamiento depende de factores variables entre los cuales la voluntad elige y el poder decide. Según Hervada, los valores suponen apreciaciones estimativas de orden subjetivo que se ajustan por medio del convenio o en su caso, por la apreciación general de la colectividad (valor medio) o por fijación de la ley (valor legal).

* Capitulo 4: Las fuentes del derecho.

**Etimología. Significaciones diversas.**

Llambías expresa que la palabra “fuente” se usa para designar el origen de donde proviene eso que llamamos derecho. Rúa expresa que la palabra fuente es multívoca, con ella se puede aludir al origen del derecho, es decir, a las causas que lo han creado o configurado tal cual es. También se ha interpretado la misma palabra en el sentido de manifestación del Derecho, es decir, como la expresión visible y concreta del Derecho mismo. Entonces las fuentes serían las normas jurídicas superiores en la que se subsumen otras de jerarquía normativa inferior para ganar validez formal.

**Clases de fuentes.**

Rúa puntualiza que las fuentes son el ámbito al que abogados, jueces, legisladores y juristas han acudido históricamente en busca d respuesta para sus dudas.

¿Cuáles son tales fuentes? La tradición histórica reconoció cuatro: leyes, costumbres, jurisprudencia y doctrina. Las fuentes del derecho son los criterios de objetividad del que disponen jueces, abogados, y juristas para alcanzar respuestas a los interrogantes de la vida social que sean susceptibles de ser compartidos por los integrantes del núcleo. Los criterios de objetividad son los valores jurídicos como los de justicia, seguridad, orden y paz. Las valoraciones se rigen por valores objetivos y estos le dan fuerza de convicción a las sentencias. La exigencia de fuerza de convicción también vale para la ley, la doctrina y las costumbres, pues también ellas resultan ser hechos sociales, susceptibles de valoración directa, en los que se traduce un determinado criterio para la solución de los conflictos de intereses. Así respecto de las leyes, están remiten al punto de vista de los legisladores, traducidos en conceptos normativos, en tanto que la doctrina “suministra otro criterio de objetividad, el que surge de la enseñanza de los especialistas, de los llamados jurisprudentes o juristas o científicos del derecho”. La costumbre señala cual ha sido la reacción espontanea e intuitiva de los integrantes del grupo social ante un conflicto que exigía la elección de un determinado rumbo. La objetividad aquí es la que suministra la conducta social en su acaecer. Y a menudo, ese testimonio es mucho mas elocuente que el voto de un juez o la página de un jurista, o la formación de un legislador.

No siempre se ha acudido a todas estas fuentes. Ello ha dependido del grupo social, pueblo o comunidad de que se tratase, y del momento histórico en que surgieron los interrogantes. No existe entre las fuentes de un orden fijo de prelación. Cual sea la más importante, es también algo referido a la peculiar situación histórica de que se trate. La mayor o menor gravitación de las fuentes depende también de la naturaleza del sujeto que se dirige a ellas en busca de respuesta a sus interrogantes.

**Las fuentes del derecho en la historia.**

1. El derecho común.

Las fuentes del derecho aparecen en la Modernidad. La inserción del derecho romano en la Europa medieval tendrá una doble apoyatura: por un lado, su misma sabiduría, y por otro, su empleo político. Hernández Gil y Cienfuegos explica “la expansión del derecho romano, mas que a las protestas, fue debido a su auctoritas asentada en la nobleza de los jurisconsultos romanos. Era, ante todo, una auctoritas que reflejaba la racionalidad, la ductilidad, la equidad, la sutileza y la bondad del derecho romano como creación del espíritu humano. A su vez, lo segundo se aprecia porque hacia el siglo XI se abre camino a la convicción de que el imperio alemán es el sucesor de los emperadores romanos, por lo cual el derecho romano, como derecho del imperium romanum, el derecho imperial y, como tal, derecho propio del Imperio de Occidente.

Los textos de derecho romano se consideran nutridos de buena razón y de equidad en cuanto no contradigan los preceptos de la religión y los primeros principios del derecho natural. De ahí a falta de disposiciones se estiman como fuente de derecho supletorio con preferencia a las deducciones propias del razonamiento jurídico. Entonces en el modelo del derecho común, las fuentes se articulan en un conjunto dinámico en el cual de ningún modo podría reconocerse la imagen estática de la pirámide normativa postulada por la teoría moderna. La perspectiva de la acción imprime al conjunto, como rasgo esencial, la centralidad de la función jurisprudencial. La tensión entre lex e interpretación se resuelve a favor del segundo de los términos, quedando así esbozado el perfil del primer modelo de resolución al problema de las fuentes en la experiencia de los sistemas continental- romanista.

1. La codificación.

El proceso de conformación de los estados nacionales europeos que tiene en la unidad de los reinos de España su primera gran concreción política a fines del siglo XV ostenta una influencia decisiva en el plano del derecho. En la concepción filosófico-política entonces dominante, la unidad de los estados requería de una religión, una lengua, una administración pública y un único ordenamiento jurídico dotado de una sistematización, completitud y claridad definitivamente crecientes. Había llegado entonces la racionalización dl derecho, lo que supone una teoría y una práctica jurídica que llegaría a favor de la teoría de la división de los poderes. Esto se ve en el Código francés de 1804. Se reconocen los derechos fundamentales de las personas a través de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. La racionalización del derecho es obra de la Escuela Alemana, la que se estructura sobre dos ejes: “la historificacion del concepto de derecho positivo y el método dogmático.”

En cuanto a lo primero, los conceptos acuñados por la cultura romana recibida serán absolutizados y proyectados a un nuevo ámbito histórico, cobrando el carácter de categorías lógicas universales, destinadas por un lado a posibilitar la sistematización científica según los cánones de la nueva ciencia y por otro lado, a concretar la tarea política de unificar y homogeneizar la estructura del poder mediante el derecho.

En relación con lo segundo, favorecido por un clima preparado para la laicización del pensamiento jurídico, el individualismo de raíz de Hobbes, la duda cartesiana, el protestantismo y el racionalismo filosófico, el Estado moderno esta preparado, hacia las últimas décadas del S XVIII para producir una revolución pacífica y brutal, según los casos, que en el campo de lo jurídico se concretará en la formulación de una teoría sistemática de las fuentes del derecho. Nada existe fuera de la teoría de las fuentes del derecho. El código de Vélez Sarsfield solo tiene en cuenta las leyes las cuales cubren nuestra realidad jurídica y son diáfanas. No hay espacio para la costumbre.

1. Hacia la superación del distingo entre fuentes formales y fuentes materiales.

Rúa manifiesta que las fuentes materiales son todos aquellos factores reales que gravitan sobre el animo de los jueces, los legisladores, los funcionarios administrativos, inclinando su voluntad en un sentido determinado en el acto de crear una norma jurídica. Las leyes y las costumbres no operan simplemente en el plano lógico-formal como pareciera darlo a entender el hecho de que se las clasifique como fuentes formales, ya que el órgano no recurre a las fuentes solamente por una necesidad lógica, sino por una exigencia de otra índole: orientación y criterio de objetividad para determinar el sentido preciso de un fenómeno de conducta humana. Las leyes y costumbres son útiles como fuentes porque suministran apoyo lógico a la decisión que se adopte en definitiva y porque suministran un criterio material para discernir el sentido del caso en discusión y resolverlo de una manera que sea considerada valiosa por una pluralidad de los integrantes del grupo social. Es que las llamadas fuentes formales son también fuentes materiales.

La ley constituye una fuente de Derecho idónea para la resolución de los conflictos jurídicos. La costumbre es la reiteración prolongada de cierto procedimiento que surge un entendimiento societario silencioso que facilita la coordinación de las conductas, de modo que aquella no es solo una fuente formal del Derecho, sino también lo es material. La jurisprudencia precisa que esta cumple la inestimable función de otorgar progresivamente un sentido concreto a las abstracciones de las normas generales, al tiempo que también perfila una conducta humana como debida, en función de consideraciones axiológicas. En estas condiciones se hace muy difícil negarle al carácter fe fuente formal como material. La doctrina, es la que acomete la tarea de analizar leyes, costumbres y jurisprudencia explicitando sus posibilidades lógicas, desentrañando su sentido, anticipando imaginativamente situaciones para incluirlas o excluirlas en el contexto normativo, y adelantando esquemas de integración y coordinación con sus respectivos argumentos.

**Las fuentes del derecho de la “post-codificación.”**