

ENRIQUE R. AFTALIÓN
JOSÉ VILANOVA

INTRODUCCION AL DERECHO

CONOCIMIENTO Y CONOCIMIENTO CIENTIFICO
HISTORIA DE LAS IDEAS JURIDICAS
TEORIA GENERAL DEL DERECHO
TEORIA GENERAL APLICADA

NUEVA VERSION
con la colaboración de
JULIO RAFFO

SEGUNDA EDICION
REIMPRESION



ABELEDOPERROT
BUENOS AIRES

INDICE GENERAL

PRIMERA PARTE

(Propedéutica)

CONOCIMIENTO Y CONOCIMIENTO CIENTIFICO

I. Introducción	9
II. Notas explicativas	10

Capítulo 1

ENFOQUE EXISTENCIAL: EL CONOCIMIENTO EN LA VIDA COTIDIANA

1.1. Introducción	15
1.2. Descripción del saber espontáneo del hombre común: el mundo familiar, la penumbra, lo desconocido	18
1.3. Practognosis. Contenido elemental del saber practognóstico. Verdad o falsedad como alternativas de la opinión o del discurso de correspondencia	20
1.3.1. Orientación temporoespacial	21
1.3.2. Resultados del ensayo y error	21
1.3.3. Adiestramiento	21
1.3.4. Imitación	22
1.3.5. Habilidades	22
i) Habilidades comunes	22
ii) Habilidad pos-reflexivas	22
iii) Habilidades en el manejo de símbolos	23
1.4. Opinión	23
1.4.1. Practognosis y opinión	23
1.4.2. Del ente intramundano al objeto de conocimiento ..	24
1.4.3. Noción de verdad. La verdad como aspiración (y no como posesión segura) del conocimiento. Crítica de la noción de conocimiento como discurso verdadero	25
1.5. Caracterización del conocimiento como actitud	27
1.5.1. La actitud de ignorancia. La negación de lo desconoci-	

	do como estrechamiento del Mundo. Decadencia y declinación del carácter protagónico en la asunción de la ignorancia como actitud (descanso en la especialización y/o en los dogmas)	27
1.5.2.	La actitud dogmática. La opinión sobre lo desconocido sustentada por el propio proyecto. Las ideologías	30
1.5.3.	La actitud cognoscitiva. Aceptación de la ignorancia como hecho y su rechazo como actitud. Elevación de la Razón a instrumento primordial en la apertura del Mundo	33

Capítulo 2

ENFOQUE BIOLÓGICO: EL CONOCIMIENTO INNATO Y LA ADQUISICIÓN PRIMARIA DEL CONOCIMIENTO

2.1.	Introducción	37
2.1.1.	Notas explicativas	38
2.2.	Adquisición del conocimiento por el genoma: "ensayo" al azar y éxito	39
2.3.	Conocimiento innato y conducta instintiva	40
2.4.	Conocimiento aprendido	41
2.4.1.	Facilitación motriz por el ejercicio	42
2.4.2.	Acostumbramiento	42
2.4.3.	Troquelado (<i>imprinting</i>)	42
2.4.4.	Realimentación del éxito o fracaso (condicionamiento propiamente dicho) o ensayo y supresión de errores	42
2.4.5.	Comprensión gestáltica de la situación	44

Capítulo 3

CULTURA, LENGUAJE Y CONOCIMIENTO

3.1.	Introducción	47
3.1.1.	Notas explicativas	48
3.2.	El conocimiento científico en la tradición cultural	49
3.3.	Ciencia y tradición cultural	50
3.4.	La tradición cultural en el hombre y sus antepasados	51
3.5.	Transmisión extrabiológica del conocimiento. Papel del lenguaje hablado y escrito	52
3.6.	Conocimiento socialmente definido como tal y conocimiento científico	54

Capítulo 4

COMIENZO DE LA TRADICION CIENTIFICO-FILOSOFICA
EN NUESTRA CULTURA

4.1.	El despertar de la razón	57
4.1.1.	Comienzo de la tradición filosófica	58
4.1.2.	El pensamiento mítico-dogmático	59
4.1.3.	La revolución de Tales	60
4.1.4.	El punto de vista de los jónicos y los principios del racionalismo crítico	61
4.2.	Razón crítica y razón fundante	63
4.2.1.	Razón crítica	63
4.2.2.	Razón fundante	65
4.3.	El método general y los métodos particulares	67
4.3.1.	El método general y los métodos particulares. Conocimiento y método	67
4.3.2.	Ensayo y supresión de errores	69
4.3.3.	Conjeturas y refutaciones	70
4.3.4.	El "método" de aciertos o confirmaciones	72

Capítulo 5

LENGUAJE Y LENGUAJE CIENTIFICO

5.1.	Introducción	77
5.1.1.	Lenguaje y lenguaje humano	77
5.1.2.	El lenguaje de las ciencias	78
5.1.3.	Notas explicativas	78
5.2.	La semiótica	79
5.2.1.	Signo (en general)	80
5.2.2.	Signo natural	81
5.2.3.	Signo artificial no arbitrario	83
5.2.4.	Signo artificial arbitrario	83
5.2.4.1.	La fenomenología del acto significativo	84
5.2.5.	Lenguaje natural. La lingüística general	84
5.2.5.1.	Lenguaje (<i>langue</i>) y habla (<i>parole</i>)	85
5.2.5.2.	Sincronía y diacronía	85
5.3.	Semiótica de las lenguas	86
5.3.1.	Sintaxis	86
5.4.	Semántica	88
5.4.1.	Semántica de enunciados: la verdad	89
5.4.2.	Semántica de palabras. El significado	91
5.4.2.1.	Nombres y nombres propios	91
5.4.2.2.	Vaguedad	92
5.4.2.3.	Ambigüedad o polisemia	93

5.5.	Pragmática	95
5.5.1.	El nivel sublingüístico	95
5.5.2.	Del nivel prelingüístico al lingüístico	96
5.5.3.	Funciones del lenguaje	97
5.5.3.1.	Función expresiva	97
5.5.3.2.	Función motivadora	98
5.5.3.3.	Función operadora (o preformativa)	99
5.5.3.4.	Función descriptiva o informativa	100
5.5.3.5.	Función argumentadora	100
5.5.4.	Niveles del lenguaje	101
5.5.5.	Lenguajes artificiales (jergas)	102
	i) Lenguajes especiales técnicos	102
	ii) Notaciones (lenguajes simbólicos). Lenguajes formales	103
5.5.6.	Definiciones	104
5.5.7.	Las modalidades aléticas	106
5.6.	Verdad y conocimiento. La concepción semántica de la verdad y sus consecuencias epistemológicas	107
5.6.1.	Introducción	107
5.6.2.	La noción de sentido común de 'verdad'. Aristóteles y la teoría de la 'correspondencia'. Dificultades ..	108
5.6.3.	La concepción semántica de la verdad	110
5.6.3.1.	Una versión remozada de la teoría aristotélica	110
5.6.3.2.	Una consecuencia de la teoría: las equivalencias de tipo "T"	110
5.6.3.3.	Advertencia sobre enunciados, oraciones y proposiciones	112
5.6.3.4.	La antinomia del mentiroso y la incoherencia de los lenguajes semánticamente cerrados	113
5.6.3.5.	Lenguaje objeto y metalenguaje	114
5.6.3.6.	Bosquejo de construcción de la definición	115
5.6.3.7.	La concepción semántica de la verdad: ¿es la correcta?	116
5.6.3.8.	Eliminación de términos semánticamente redundantes	116
5.6.3.9.	La definición y las corrientes filosóficas y gnoseológicas	117
5.6.4.	Consecuencias epistemológicas de la concepción semántica de la verdad	118
5.6.4.1.	Aplicaciones de la semántica a las ciencias deductivas	118
5.6.4.2.	Aplicabilidad de la semántica a la metodo-	

logía de las ciencias empíricas. El falsacionismo	119
5.6.4.3. Aplicabilidad de la semántica a las humanidades	120

Capítulo 6

EL METODO EN LAS CIENCIAS NATURALES Y FORMALES

6.1. Introducción	125
6.1.1. Notas explicativas	124
6.2. El verificacionismo y el método deductivo	124
6.3. El falsacionismo y el método hipotético deductivo	125
6.4. Las teorías científicas: base empírica, términos teóricos y reglas de correspondencia	127
6.5. Los hechos o estados de cosas concretos como ingredientes últimos de la base empírica. Explicación de los mismos como <i>desideratum</i> de las ciencias empíricas	128
6.5.1. Introducción	128
6.5.2. Notas explicativas	129
6.5.3. El modelo nomológico-deductivo de la explicación. Explicación y predicción	130
6.5.4. Modelo estadístico	131
6.6. El método en las ciencias formales	132
6.6.1. Las Ciencias formales y el Conocimiento jurídico	134

Capítulo 7

EL METODO EN LAS CIENCIAS SOCIALES

7.1. Introducción	137
7.2. Notas explicativas	139
7.3. La versión clásica del dualismo metodológico	140
7.4. Unidad o pluralidad del método científico	141
7.5. Metodología de las ciencias sociales sobre la base fenomenológica	142
7.5.1. Fenomenología y metodología científica	142
7.5.2. Última etapa de la fenomenología: el mundo de la vida	144
7.5.3. Papel de la comprensión en la experiencia socio-cultural	144
7.5.4. Estructuras del mundo de la vida	146
7.5.5. Construcciones de sentido común	147
7.5.6. El aspecto interno de la acción: la intencionalidad	148
7.5.7. Desplazamiento de la intencionalidad	149
7.5.8. Motivos "para" y motivos "porque"	151
7.5.9. Las ciencias sociales como construcciones de segundo grado	152

7.5.10. Las ciencias naturales y las construcciones de sentido común	152
7.5.11. Las ciencias sociales y las construcciones de sentido común	153
7.6. Aportes de von Wright	155
7.7. Las fuentes y el método jurídico	159

Capítulo 8

DISCIPLINAS QUE ESTUDIAN EL FENOMENO JURIDICO

8.1. Nociones previas	163
8.1.1. El conocimiento vulgar	163
8.1.2. El conocimiento científico-filosófico	165
8.1.3. Ciencia y filosofía	167
8.2. Ciencia del derecho	168
8.2.1. Denominación y concepto	168
8.2.2. Ciencia del derecho y filosofía jurídica	169
8.2.3. Su carácter dogmático y el llamado carácter 'reproductivo'	170
8.3. Filosofía del derecho	174
8.3.1. Concepto	174
8.3.2. Filosofía del derecho y ciencia jurídica	175
8.3.3. Los temas de la filosofía jurídica	175
8.4. Historia del derecho	179
8.5. Sociología del derecho	180
8.6. El derecho comparado	182
8.7. La introducción al derecho	183
8.7.1. Carácter	183

SEGUNDA PARTE

HISTORIA DE LAS IDEAS JURIDICAS

Introducción: <i>El Derecho natural y el Derecho positivo</i>	
I. Iusnaturalismo, Iuspositivismo y Ciencia jurídica	189
II. El Derecho natural y su pretensión de ser fuente del derecho	190
III. Notas explicativas	191
1) Aristóteles y el iusnaturalismo	191
2) Origen de la expresión "Derecho Natural"	192
3) El iusnaturalismo y el aporte de ideales para conservar ó modificar el derecho	194
4) El Derecho Natural no es fuente del Derecho: la doctrina de los iusnaturalistas sí puede serlo	195
5) El objeto Derecho preexiste a la ciencia que lo estudia, pero la doctrina puede modificarlo	197

6). La concepción estoica del Derecho Natural y su recepción en Occidente	198
Capítulo 9	
EL PENSAMIENTO JURIDICO DESDE LA ANTIGÜEDAD HASTA LA CONSTITUCIÓN DE LA CIENCIA JURIDICA	
9.1. El Derecho primitivo	203
9.1.1. El carácter sagrado del Derecho primitivo	203
9.1.2. El <i>pseudoproblema</i> del origen del Derecho primitivo	204
9.1.3. La costumbre primitiva. La venganza	205
9.1.4. El Talión. La composición	207
9.1.5. El carácter religioso de las normas primitivas	208
9.1.6. El Derecho primitivo preexiste a toda forma de ciencia jurídica	209
9.2. La Justicia en Platón y Aristóteles	210
9.2.1. La Justicia y el Estado en Platón	210
9.2.2. La Justicia en Aristóteles: la alteridad	211
9.2.3. La justicia distributiva	211
9.2.4. La justicia sinalagmática	212
9.3. La ciencia en Roma y en el Medioevo	213
9.3.1. Las fuentes del Derecho positivo en Roma	213
9.3.2. El edicto del pretor y el edicto perpetuo, los juriscónsultos. Las recopilaciones	214
9.3.3. Escuela de los glosadores y postglosadores	215
9.4. La escuela tradicional católica del Derecho Natural. Santo Tomás	217
9.4.1. La escuela tomista. Su teoría de la ley y de la justicia. El iusnaturalismo tomista	217
i) Aparición de la escolástica	217
ii) El pensamiento de Santo Tomás	218
9.4.2. Los continuadores	224
9.5. La escuela clásico-protestante sobre el Derecho Natural	226
9.5.1. Origen de la escuela	226
9.5.2. Grocio	227
9.5.3. Continuadores	229
9.5.4. Locke y Hobbes	230
9.5.5. Conclusiones	232
9.6. La escuela racional o formal del Derecho. Rousseau y Kant	233
9.6.1. Rousseau	233
9.7. Kant	235
9.7.1. Su obra	235
9.7.2. Su filosofía: el conocimiento. El criticismo. Fenómeno y nómeno	236
9.7.3. Ética (filosofía práctica). Moral, derecho y política	241

9.7.4.	El primado de la razón práctica: la ley moral del deber	243
9.7.5.	La ética formal: de la noción de buena voluntad al imperativo categórico de la moral	244
9.7.6.	El principio del hombre como fin en sí	246
9.7.7.	La distinción entre Moral y Derecho	247

Capítulo 10

CONSTITUCION DE LA CIENCIA JURIDICA

10.1.	La constitución de la ciencia jurídica en Inglaterra. El Common Law	255
10.2.	La constitución de la ciencia jurídica en Alemania	258
10.2.1.	La escuela histórica. Los orígenes. Gustavo Hugo	259
10.2.2.	Federico Carlos de Savigny. Su polémica con Thibaut	261
10.2.3.	Los continuadores	265
10.2.4.	Dogmática jurídica. Jurisprudencia de conceptos. Examen crítico	265
10.3.	La constitución de la ciencia jurídica en Francia: escuela de la exégesis. Examen crítico	277
10.4.	Escuelas modernas	280
10.4.1.	Jurisprudencia de intereses	280
10.4.2.	Solidarismo	281
10.4.3.	Movimiento del derecho libre	283
10.4.4.	Geny y la escuela científica francesa	284
10.4.5.	Escuela alemana del derecho libre. Examen crítico	288

Capítulo 11

ESCUELAS IUSPOSITIVISTAS QUE HAN DESARROLLADO UNA TEORÍA GENERAL DEL DERECHO

11.1.	Introducción	297
11.1.1.	La teoría general positivista del derecho	297
11.1.2.	Notas explicativas	300
11.1.3.	El iuspositivismo, escuelas positivistas y la teoría general positivista del derecho	302
11.1.4.	Clasificación de las escuelas iuspositivistas	303
11.1.5.	El método en la escuela analítica de jurisprudencia y en la teoría general del derecho	304
11.2.	Escuela analítica de jurisprudencia	306
11.3.	Escuela de Upsala: Alf Ross	308
11.4.	Escuela analítica del lenguaje común. H. L. Hart y G. Carrío	311

11.5.	Holmes y el realismo norteamericano	313
11.6.	La escuela pragmaticosociológica de Pound	315
11.7.	La teoría pura del Derecho (Hans Kelsen) en su primera versión	317
11.7.1.	Hans Kelsen	317
11.7.2.	La pureza metódica	319
	a) Primera purificación: de la política, la moral, la justicia y toda ideología	319
	b) Segunda purificación: de la ciencia natural y en particular de la sociología jurídica	320
11.7.3.	Hecho natural (acto) y significación	320
11.7.4.	Ser y deber ser. Causalidad e imputación	321
11.7.5.	La teoría pura como residuo	323
11.7.6.	La norma jurídica	323
11.7.7.	El ordenamiento jurídico	324
11.7.8.	El derecho subjetivo. Su reducción al objetivo	325
11.7.9.	La persona. Persona natural y persona jurídica	327
11.7.10.	El orden jurídico nacional (Estado)	329
	a) Derecho y estado	329
	b) Comunidades jurídicas preestatales	330
	c) Los "elementos" del Estado y la soberanía	331
11.7.11.	El orden jurídico internacional (derecho internacional)	332
	a) Planteo y objeciones	332
	b) La sanción internacional y la doctrina del " <i>bellum iustum</i> "	332
	c) Conexión del derecho nacional y el internacional	333
	d) Primado del orden jurídico internacional	334
	e) El punto de conexión: el principio de efectividad	335
	f) Definición de Estado por el derecho internacional	336
	g) Gradación del orden internacional. Su norma fundamental	336
11.7.12.	Sumaria apreciación de conjunto. Sentido metodológico de la teoría pura	337
11.8.	Egología (Carlos Cossio)	341
11.8.1.	Sus fundamentos	341
11.8.2.	El derecho como objeto	344
11.8.3.	El conocimiento jurídico. Papel de las normas	346
11.8.4.	La lógica jurídica formal	348
11.8.5.	La lógica jurídica trascendental	349
11.8.6.	La axiología jurídica	351
11.8.7.	El juez en el conocimiento jurídico	354
11.8.8.	Análisis de la experiencia jurídica según Carlos Cossio	356

a)	Materia y forma en Kant	357
b)	Análisis de la experiencia natural	358
c)	La idea kantiana llevada al derecho	358
d)	Análisis de la experiencia jurídica	359
11.8.9.	Síntesis global de la Teoría egológica	361
a)	El derecho es conducta en interferencia intersubjetiva	361
b)	El derecho considera todas las acciones humanas	361
c)	El derecho se interesa por el acto humano en su unidad	361
d)	El derecho supone la posibilidad de actos de fuerza	361
e)	La libertad es ineliminable contenido del derecho	362
f)	Las normas jurídicas conceptualizan la conducta	363
g)	Las normas jurídicas imputan sanciones y son disyuntivas	364
11.8.10.	Examen crítico	365
11.9.	Neogología	367
11.9.1.	Punto de vista de la neogología	367
11.9.2.	Fundamentos filosóficos	368
11.9.3.	Ontología jurídica	369
11.9.4.	Las normas	370
11.9.5.	Las fuentes	371
11.9.6.	La ciencia jurídica	371
11.10.	Evolución posterior del pensamiento de Kelsen	372
11.10.1.	Introducción	372
11.10.2.	La polémica Kelsen-Cossio: norma y regla de derecho. Las normas como "órdenes"	373
11.10.3.	Aplicación de los principios lógicos	373
11.10.4.	La contradicción entre normas	374
11.10.5.	La Teoría General de las Normas	375
11.11.	La Reacción Antipositivista	376
11.11.1.	Radbruch, Welzel y otros	376
11.12.	Ronald Dworkin	377
11.12.1.	Introducción	377
11.12.2.	Qué es el Derecho	378
i)	Normas, directrices y principios	378
ii)	Derecho y Moral	379
iii)	La respuesta correcta única	379
iv)	Los derechos individuales	380
v)	Papel de los jueces y de la doctrina	380
11.12.3.	Cómo debe ser el Derecho. El ideal político de la igualdad	382
11.13.	Escepticismo (Genaro Carrió)	383

TERCERA PARTE

(Sistemática)

TEORIA GENERAL

Introducción	387
Capítulo 12	
EL DERECHO COMO CONDUCTA (ONTOLOGIA JURIDICA)	
12.1. La libertad	391
12.1.1. Introducción	391
12.1.2. Determinismo e indeterminismo	393
12.1.3. La causalidad	396
12.1.4. La libertad como dato	397
12.1.5. Los límites de la libertad	399
12.1.6. Noción formal y material de la libertad	403
12.1.7. La decisión. La preferencia y la opción	405
12.1.8. La reflexión y la deliberación	406
12.1.9. Querer y desear	408
12.1.10. Lo inmediato y lo mediato en la voluntad. Los "fines" de la acción	410
12.2. La acción (tramo de conducta)	412
12.2.1. Conducta y acción	412
12.2.2. El conocimiento de la acción. Insuficiencia de la consideración casual	414
12.2.3. Conceptualización de la acción	416
12.3. Técnica y ética	419
12.3.1. Conceptualización ética y técnica de la conducta ..	419
12.3.2. Sentido temporal de la conceptualización ética y técnica de la conducta	420
12.3.3. Técnica y practognosis	422
12.3.4. Las normas técnicas y las normas éticas en Kant. La estructura de la acción	422
12.4. Moral y derecho	425
12.4.1. Cuadro general	425
12.4.2. Distinción entre derecho y moral (Del Vecchio) ..	426
12.4.3. Antecedentes históricos y revista doctrinaria	430
12.4.4. Tomasio. Kant	435
12.4.5. Discusión crítica sobre las doctrinas de Kant y Tomasio	434

12.4.6.	Crítica de la tesis que considera al derecho como un mínimo de ética	437
---------	--	-----

Capítulo 13

LAS NORMAS JURIDICAS

13.1.	Planteo general	441
13.2.	La norma según Kelsen	442
13.2.1.	Estructura	442
13.2.2.	La doble purificación kelseniana	443
13.2.3.	Las normas no son órdenes	445
13.2.4.	La norma como juicio hipotético	447
13.2.5.	La norma jurídica es coactiva	448
13.2.6.	Las sanciones jurídicas son coercibles y están específicamente previstas	449
13.2.7.	La heteronomía de las normas jurídicas	451
13.2.8.	Los conceptos jurídicos fundamentales	452
	a) La sanción	452
	b) Transgresión, hecho antijurídico (ilícito) o entuerto	452
	c) Responsable	453
	d) El deber jurídico (Prestación)	453
13.2.9.	Norma primaria y norma secundaria	454
13.2.10.	El derecho subjetivo: remisión	456
13.2.11.	La noción de persona o sujeto de derecho	456
13.3.	La norma según Cossio	459
13.3.1.	Crítica a Kelsen. Estructura	459
13.3.2.	Los conceptos jurídicos incluidos en la estructura de la norma según Cossio	462
13.4.	El ser de las normas	467
13.4.1.	Las normas como órdenes. Crítica. Intención y logros de la escuela analítica	467
13.4.2.	Las normas como juicios o proposiciones. Problemática de lo mentado por tales juicios y de una relación gnoseológica no descriptiva	471
13.4.3.	Norma y regla de derecho en Kelsen. Las normas como órdenes "despsicológizadas"	473
13.5.	Estructura lógica de los enunciados normativos generales	477
13.5.1.	Las normas como juicios categóricos (Kelsen) y como juicios disyuntivos (Cossio)	477
13.5.2.	Aportes de la lógica simbólica proposicional y relativización de esos modelos de juicios	480
13.5.3.	Tablas de verdad	482
13.5.4.	Aclaración y superación del modelo kelseniano	486

13.6.	La norma como parte de la proyecto-programación de la conducta común y su estructura lógica	491
13.6.1.	El concepto central de deber. El programa común. Facultamiento, deber y deber en sentido estricto o propiamente dicho	491
13.6.2.	El programa común y las normas jurídicas	494
13.6.3.	El deber jurídico en sentido estricto y la programación subsidiaria de la conducta. El concepto de sanción	495
13.6.4.	Estructura lógica de las normas jurídicas que imponen deberes. Síntesis final	497
13.6.5.	Normas de facultamiento o "normas que confieren facultades"	501

Capítulo 14

EL ORDENAMIENTO JURIDICO

14.1.	Las relaciones entre normas	507
14.1.1.	Aspecto lógico-sistemático del conjunto de normas	507
14.1.2.	La relación de fundamentación	508
14.1.3.	Derivación normativa estático-material (moral) y derivación dinámica-formal (derecho positivo)	510
14.1.4.	Fundamentación formal y fundamentación material de las normas jurídicas	511
14.2.	Primera Constitución y norma fundamental	516
14.2.1.	Primera Constitución y Primer Constituyente	516
14.2.2.	Acatamiento general y norma fundamental concreta	518
14.2.3.	La norma fundamental abstracta	521
14.2.4.	Precisiones sobre la norma fundamental y la Primera Constitución	523
14.2.5.	El principio de efectividad	525
14.2.6.	¿Es necesaria la norma fundamental? Criterios idealista, empirista y existencial	526
14.2.7.	El principio de efectividad y la norma fundamental concreta	530
14.2.8.	El principio de efectividad y el fenómeno "revolución"	531
14.3.	Lineamientos generales de la gradación normativa (la pirámide jurídica)	533
14.4.	La creación graduada del derecho y la pirámide jurídica	534
14.5.	La interpretación. Intelecto y voluntad	537
14.6.	Conflicto entre normas	539

14.6.1.	Conflicto entre normas de diversa jerarquía. La habilitación	539
14.6.2.	Norma de habilitación y cosa juzgada	543
14.6.3.	Conflicto entre normas de igual jerarquía: "lex posterior derogat priori"	544
14.7.	El ordenamiento como conceptualización efectiva de la conducta. Validez y vigencia	546

Capítulo 15

DERECHO SUBJETIVO

15.1.	Planteo actual del tema	553
15.2.	Derecho objetivo y subjetivo. Unidad o distinción	556
15.3.	Diferentes acepciones de la expresión "derecho subjetivo"	557
15.4.	Naturaleza del derecho subjetivo en sentido estricto. Doctrinas tradicionales y modernas	558
15.4.1.	Doctrinas tradicionales	559
15.4.2.	Teorías modernas	560
	i) Teoría pura del derecho	560
	ii) Teoría egológica (Cossio)	561
	iii) Teoría del interés	562
	iv) Crítica	563
15.5.	Desigualdad subjetiva e igualdad objetiva del derecho	565
15.5.1.	La desigualdad subjetiva en el derecho	565
15.5.2.	La igualdad del derecho objetivo. La generalidad de las leyes y la igualdad ante la ley	568
15.5.3.	La igualdad ante la ley como caso de razonabilidad de las leyes	569
15.5.4.	Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre la igualdad ante la ley	571
15.5.5.	Tesis de Juan Francisco Linares	572
15.6.	Clasificación de los derechos subjetivos	575
15.6.1.	Clasificación de los derechos subjetivos privados	576
15.6.2.	Derechos subjetivos públicos	584

Capítulo 16

LA POSITIVIDAD Y LAS FUENTES

16.1.	Introducción	593
16.2.	Notas explicativas	594
16.2.1.	Positividad y vigencia	594
16.2.2.	Positividad y fuentes	595
16.2.3.	La teoría tradicional y aún prevaleciente sobre la costumbre	596

16.2.4.	Algunas deficiencias de la teoría sobre la costumbre	597
16.2.5.	El origen de la costumbre y la constitución originaria de sentidos	598
16.2.6.	La constitución originaria y el sentido de "permitido"	600
16.2.7.	La constitución originaria en los sistemas de autoridad	601
16.3.	El formalismo y el realismo: precisiones necesarias	602
16.4.	Positividad y fuentes	605
16.5.	El Derecho como sistema	607
16.5.1.	Sistemas normativos en la sociedad	608
16.5.2.	Subsistemas normativos informales	609
16.5.3.	La sanción y el premio como términos relativos	611
16.6.	La positividad del Derecho	612
16.6.1.	La positividad y la constitución de la ciencia jurídica	612
16.6.2.	Esencia y existencia del derecho	614
16.6.3.	Casos críticos: Derecho positivo versus Derecho natural. Ley versus proyecto de ley. Derecho histórico (derogado)	616
16.6.4.	Aporía del pensamiento dominante	617
16.6.5.	La solución aparente de la doctrina tradicional. La "positividad" como el carácter de ser "puestas" que tienen las normas. Objeciones	619
16.6.6.	Solución egológica	622

Capítulo 17

LAS FUENTES DEL DERECHO

17.1.	Introducción	627
17.2.	La tesis de Savigny	628
17.3.	Desvío posterior de la doctrina	631
17.4.	Fuentes "formales" y "materiales"	632
17.5.	Replanteo egológico	633
17.5.1.	Exigencia de objetividad en la asignación de sentidos jurídicos	633
17.5.2.	La exigencia de objetividad comporta la exigencia de conceptualización. El caso individual desde el punto de vista general	636
17.5.3.	Las fuentes como hechos que denotan la aceptación comunitaria de sentidos jurídicos	638
17.5.4.	Sentidos jurídicos no precisados en normas: valores o ideales y fuentes "materiales" (Estándares valorativos, "fines" etc.)	639
17.5.5.	Norma general y fuente formal	640

17.5.6. Obligatoriedad de las fuentes	642
15.5.7. Concepto final de fuentes	643

Capítulo 18

LAS FUENTES DEL DERECHO EN PARTICULAR. LA LEY

18.1. Antecedentes históricos y precisiones terminológicas previas	647
18.1.1. Origen y etimología	647
18.1.2. Diversas acepciones	648
i) Leyes naturales	649
ii) Leyes sociales	649
iii) Leyes, reglas o normas de conducta	650
18.1.3. Ley y costumbre	651
18.2. Definición de ley	654
18.2.1. Consecuencias y aclaraciones marginales	656
18.3. Procedimiento legislativo	658
a) Iniciativa	659
b) Discusión	660
c) Sanción	662
d) Aprobación por el Ejecutivo. Derecho de veto. Promulgación	663
e) Publicación	666
18.4. Derogación de la ley. La desuetudo	669
a) Derogación de una ley por otra	670
b) Derogación de una ley por la costumbre (desuetudo)	672
18.5. Clasificación de las leyes	675
18.5.1. Leyes imperativas y supletorias. La voluntad de las partes y el orden público	675
18.6. La codificación	677
18.6.1. Orígenes	677
18.6.2. La codificación moderna. El Código Napoleón. Ventajas e inconvenientes de la codificación	680
18.7. La ley en la tradición romanista y en la anglosajona	683

Capítulo 19

LAS FUENTES EN PARTICULAR, LA COSTUMBRE, LA JURISPRUDENCIA Y LA DOCTRINA

19.1. La costumbre jurídica (derecho consuetudinario)	689
19.1.1. Concepto	689
i) Costumbre jurídica y usos sociales	690
ii) Lo individual y lo genérico en la costumbre	691
19.1.2. La costumbre como fuente de Derecho	693

i)	Descentralización en la formulación de la norma general y en su aplicación	694
ii)	Centralización jurisdiccional	695
iii)	Centralización legislativa	698
19.1.3.	Caracterización y elementos	700
19.1.4.	Relación entre la costumbre y la ley	702
i)	El racionalismo	703
ii)	La escuela histórica	703
iii)	El positivismo legalista	705
iv)	Estado actual del problema	706
19.1.5.	La costumbre en nuestro Derecho	708
19.1.6.	Papel fundamental de la costumbre	713
19.2.	La jurisprudencia	714
19.2.1.	Concepto	714
19.2.2.	La jurisprudencia como fuente del derecho. Análisis de su obligatoriedad	716
i)	Grado de obligatoriedad de la jurisprudencia con relación a la costumbre y a la ley	717
ii)	Panorama de las fuentes de derecho desde el punto de vista del juez	719
19.2.3.	Common Law y el sistema continental romanista ..	726
i)	Common Law	726
ii)	Sistema continental romanista	729
19.2.4.	Valor de la jurisprudencia como fuente en nuestro derecho	731
i)	El planteo en nuestros tribunales: la jurisprudencia y el efecto liberatorio del pago	731
ii)	Diversas doctrinas sobre dichos pronunciamientos	734
iii)	Nuestras conclusiones	738
iv)	Valor de la jurisprudencia en nuestro país según un juez norteamericano	740
19.2.5.	Procedimientos para unificar la jurisprudencia ..	742
i)	El recurso de casación	744
ii)	El recurso extraordinario	747
iii)	Acuerdos plenarios	753
19.3.	La doctrina como fuente	757

Capítulo 20

LA JUSTICIA

20.1.	Elementos de una teoría general de los valores	761
20.1.1.	¿Qué son los valores?	761
i)	Los valores y la filosofía existencial	761

ii) La intuición emocional de Scheler	767
iii) Los valores como cualidades irreales	769
iv) Objetivismo versus subjetivismo. Relativismo Elemento emocional y elemento racional	770
20.1.2. Caracteres de los valores. Polaridad. Jerarquía. Ta- bla de valores	772
20.1.3. Bases existenciales de una axiología	775
i) Relatividad del valor a la existencia	776
ii) El presente como trascendencia a la historia La situacionalidad	777
iii) Crítica a la concepción de una situación origi- naria como fundamento de un valor absoluto superior a la historia	779
iv) Lo "mejor" en la situación. Norma y juicio de valor. El valor como reificación de la libertad	781
v) La "intensidad emocional" como elemento de la captación de valores	783
vi) El trabajo como situación fundamental	785
20.2. La justicia	790
20.2.1. El sentimiento de lo justo: carácter absoluto de la justicia, distinto del interés y de la norma	790
20.2.2. Delimitación del tema de la justicia: no es un fin, no es una virtud	792
20.3. Elaboración histórica de la doctrina sobre la justicia	795
20.3.1. Platón	796
20.3.2. Aristóteles	797
20.3.3. Ulpiano	800
20.3.4. Santo Tomás	800
20.3.5. La escuela clásica del derecho natural (Groccio, Tomasio, etc.)	802
20.3.6. Kant	802
20.3.7. Historicismo y positivismo jurídico	803
20.3.8. Rodolfo Stammler	803
i) Doctrina del concepto del derecho	805
ii) Doctrina sobre la idea del derecho	806
iii) Doctrina sobre el derecho justo	808
iv) Crítica de Stammler al materialismo histórico	809
v) Apreciación crítica	810
20.3.9. Radbruch	812
20.3.10. Pound	818
20.3.11. Cossio. Remisión	819
20.3.12. Rawls	821
i) Introducción	821
ii) Cooperación, sociedad y justicia	823
iii) El objeto de la justicia	823

iv) Idea principal de la teoría de la justicia	824
v) Los principios de justicia	825
vi) La igualdad democrática y el principio de diferencia	826
vii) Equilibrio reflexivo	827
viii) Apreciación crítica	828

Capítulo 21

EL METODO JURIDICO Y LA INTERPRETACION

21.1. Introducción	833
21.1.1. La sistemática	835
21.1.2. La interpretación	836
21.2. Sumaria historia de los métodos de interpretación	838
21.2.1. El método gramatical	838
21.2.2. De la codificación napoleónica a la escuela de la exégesis	839
21.2.3. La escuela dogmática	846
21.2.4. La jurisprudencia de conceptos y la de intereses	850
21.2.5. Geny y la libre investigación científica	851
21.3. Valoración crítica de los métodos de interpretación. Intelectualismo y voluntarismo. La posición de la Teoría pura del derecho	854
21.3.1. La pretensión de los métodos. Crítica	854
21.3.2. Aportes de la Teoría egológica	856
21.4. La valoración judicial en la interpretación. La intersubjetividad como condición de objetividad de la valoración. Importancia de la jurisprudencia	859
21.4.1. Carácter necesario de la valoración	859
21.4.2. Utilidad de los "Métodos": la fuerza de convicción de la decisión judicial	860
21.4.3. El juez y la interpretación	862
21.5. Carácter necesario de la interpretación	865
21.5.1. Fundamento ontológico: la conducta es siempre individual	866
21.5.2. Fundamento axiológico de la interpretación	868
21.5.3. Fundamento gnoseológico de la interpretación	869
21.5.4. Fundamento lógico de la interpretación	870
i) El carácter de tipos empíricos de los conceptos normativos (textura abierta del lenguaje)	871
ii) La inclusión expresa o implícita de elementos valorativos	872
iii) La pluralidad de normas aumenta el área de in-	

determinación (procedimientos de compatibilización sistemática de diversas normas)	873
iv) El razonamiento mediante ejemplos	874
v) Sistemática e interpretación	875

CUARTA PARTE

TEORIA GENERAL APLICADA AL DERECHO ARGENTINO

Capítulo 22

APLICACION DE LA LEY EN RELACION AL TERRITORIO Y AL TIEMPO

22.1. Aplicación de la ley en relación al territorio	879
22.1.1. Generalidades	879
22.1.2. Planteo general del tema. Elementos extranjeros en la relación jurídica	881
22.1.3. Evolución de los sistemas	882
i) Sistema de la personalidad de la ley	882
ii) Sistema de la territorialidad de la ley	883
iii) Sistema estatutario	884
iv) Sistema de la comunidad de derecho	886
22.2. Aplicación de la ley en relación al tiempo	887
22.2.1. Principios generales	887
a) Planteo tradicional	887
b) Planteo egológico	888
22.2.2. La irretroactividad y sus excepciones	891
i) El principio de irretroactividad	891
ii) Excepciones al principio de irretroactividad	893
22.2.3. Concepción formal de Roubier	894
22.2.4. Los contratos sucesivos	895
22.2.5. Conclusiones	896
22.2.6. Principios admitidos en nuestro derecho	897
i) Derecho penal	897
ii) Derecho civil	898

Capítulo 23

DERECHO PUBLICO Y PRIVADO. LAS RAMAS DEL DERECHO.
EL DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO

23.1. Derecho público y privado. Las ramas del Derecho	903
23.1.1. Derecho público y privado. Distinciones sustanciales y formales entre ambas	903
i) Las distinciones sustanciales. Teoría del interés	903

	ii) Las distinciones formales	905
	iii) Conclusiones. Nuestra opinión	906
23.1.2.	Las ramas del derecho positivo: su origen y fundamento	908
23.1.3.	El proceso de la división del derecho en ramas; las relaciones entre las mismas y los diversos planos en que se plantea la cuestión de la autonomía	911
23.2.	El Derecho internacional público	916
23.2.1.	Antecedentes históricos y doctrinarios	916
23.2.2.	Concepto	921
23.2.3.	El derecho internacional, ¿existe como derecho? ..	923
	i) Argumentos generales:	924
	ii) La cuestión esencial: la sanción. La comunidad jurídica internacional	924
23.2.4.	El derecho internacional como derecho primitivo ..	927

Capítulo 24

	DERECHO POLITICO. DERECHO CONSTITUCIONAL	
	DERECHO ADMINISTRATIVO. DERECHO FINANCIERO	
24.1.	Derecho político	933
24.1.1.	Concepto	933
24.1.2.	Derecho político y derecho constitucional. Ubicación del derecho político	933
24.1.3.	Teoría del Estado	937
24.1.4.	La soberanía	940
24.1.5.	Teoría del poder constituyente	942
24.1.6.	Las formas de gobierno	943
24.1.7.	Fines del Estado	945
24.1.8.	Noticia histórica sobre las formas del Estado y las ideas políticas	951
24.2.	Derecho constitucional	952
24.2.1.	Concepto. Constitución en sentido propio	952
24.2.2.	Constitución en sentido histórico restringido, "técnico" o impropio. Constitución y Estado de derecho	954
24.2.3.	Doctrina de la separación de poderes	957
24.2.4.	Democracia	959
24.2.5.	Contenido de las constituciones modernas	961
24.2.6.	Antecedentes históricos y orígenes del constitucionalismo	962
24.2.7.	Tipos de constituciones	965
24.2.8.	El sistema constitucional argentino	967
	i) Supremacía de la Constitución	967
	ii) Fuentes del derecho constitucional	970

	iii) Sistema federal	971
24.3.	El Derecho administrativo	973
	24.3.1. Concepto y definición	973
	24.3.2. Derecho administrativo y derecho constitucional ..	985
	24.3.3. Fuentes	986
	24.3.4. Contenido	987
	24.3.5. Contencioso administrativo	991
24.4.	Derecho financiero. Concepto y temas fundamentales ..	995

Capítulo 25

DERECHO PENAL

25.1.	Definición del derecho penal, el delito y la pena	999
	25.1.1. Entuerto y sanción como conceptos jurídicos funda- mentales, universales y necesarios	999
	25.1.2. Delitos y penas (criminales) como conceptos jurí- dicos dogmático-contingentes	999
	25.1.3. La fallida teoría del "delito natural"	1001
	25.1.4. El fracaso de las teorías que aspiran a establecer dis- tinciones esenciales, absolutas, entre las sanciones penales y civiles	1002
	25.1.5. Caracterización dogmática, contingente, realista del derecho penal, el delito y la pena	1004
	25.1.6. Inclusión del elemento pena en la definición del de- lito: Análisis y minimización de la noción de tipi- cidad	1007
25.2.	Evolución histórica del Derecho penal y de las doctrinas penales	1010
	25.2.1. El derecho penal primitivo y el romano	1010
	25.2.2. El derecho penal germánico y el canónico	1013
	25.2.3. El iluminismo	1014
	25.2.4. Las escuelas penales. La escuela clásica	1015
	25.2.5. La escuela positiva	1017
	25.2.6. Orientaciones contemporáneas	1021
25.3.	Bases constitucionales del derecho penal argentino	1022
25.4.	Fuentes del derecho penal	1023

Capítulo 26

DERECHO PROCESAL

26.1.	Generalidades	1027
	26.1.1. Concepto	1027
	26.1.2. Derecho procesal y teoría general del derecho ..	1031

26.1.3.	Jurisdicción y proceso. Acción	1032
26.1.4.	Jurisdicción	1034
26.1.5.	Proceso	1035
26.1.6.	Acción (naturaleza jurídica y orígenes del derecho procesal civil)	1037
26.1.7.	Bases de la organización del proceso (principios procesales)	1044
26.2.	Leyes procesales	1050
26.2.1.	Codificación del derecho procesal en la esfera nacional	1051
26.3.	Jurisdicción y competencia	1053
26.3.1.	Jurisdicción	1053
	i) Concepto de jurisdicción	1053
	ii) Divisiones de la jurisdicción	1055
26.3.2.	Competencia	1056
26.4.	Noción de la organización judicial	1058
26.4.1.	Jerarquía constitucional	1060
26.4.2.	Facultad de declarar la inconstitucionalidad de leyes, decretos u ordenanzas sancionadas por los otros poderes	1060
	1) Recurso extraordinario por sentencia arbitraria	1061
	2) Acción de amparo	1061
26.5.	Justicia nacional y provincial (federal y ordinaria)	1062
26.6.	Poder judicial de la Nación	1066
26.6.1.	Corte Suprema de Justicia	1066
26.6.2.	Tribunales nacionales de la Capital Federal. En la Capital de la República todos los tribunales tienen el mismo carácter "nacional"	1068
26.7.	Caracteres del procedimiento según los distintos fueros	1068
26.7.1.	Procedimiento civil	1070
26.7.2.	Procedimiento penal	1072
26.8.	Concepto sumario sobre la prueba y sus diferentes modos	1073
26.8.1.	Apreciación	1074
26.8.2.	Carga de la prueba	1075
26.8.3.	Medios	1075

Capítulo 27

DERECHO CIVIL Y COMERCIAL

27.1.	Derecho civil	1081
27.1.1.	Antecedentes históricos	1081
27.1.2.	Definición y contenido	1083

27.1.3.	Instituciones del derecho civil	1087
	i) Personas o sujetos de derecho	1087
	ii) Hechos y actos jurídicos	1090
	iii) Capacidad de hecho y de derecho; ejemplos	1094
27.2.	Derecho comercial	1095
27.2.1.	Antecedentes históricos	1095
27.2.2.	Concepto del derecho comercial. Criterios doctrinarios	1097
27.2.3.	Instituciones del derecho comercial	1101
	i) Letra de cambio y papeles del comercio en general	1101
	ii) Sociedades comerciales	1102
	iii) Bolsas y mercados	1103
	iv) Quiebras	1104
27.2.4.	Relaciones con el derecho civil	1104

Capítulo 28

DERECHO DEL TRABAJO (SOCIAL)

28.1.	Concepto y terminología	1113
28.2.	Locación de servicios y contrato de trabajo. Definición del derecho laboral	1117
28.3.	Fuentes	1120
28.4.	Caracteres	1122
28.5.	Antecedentes históricos	1123
28.6.	Instituciones del derecho del trabajo	1127
28.6.1.	Derechos fundamentales	1127
28.6.2.	Principales leyes de aplicación obligatoria y de oficio por las autoridades administrativas. Policía del trabajo	1128
28.6.3.	Ley de accidentes del trabajo	1129
28.6.4.	Contrato de trabajo	1130
28.6.5.	Asociaciones profesionales (gremiales)	1130
28.6.6.	Tribunales del trabajo	1131
28.6.7.	Convenios colectivos (remisión)	1131

APENDICE I

Los decretos de necesidad y urgencia	1133
Fundamento de estos decretos	1133
Crítica	1134

APENDICE II

Jurisdicción de la Corte <i>Per Saltum</i>	1135
1. La avocación <i>per saltum</i>	1135
2. La jurisdicción de la Corte Suprema antes de este caso	1135
3. El caso "Aerolíneas" y su tramitación	1136
4. Los antecedentes: <i>el writ of certiorari</i> y el caso "Margarita Belén"	1137
Indice analítico	1141
Indice general	1153

Se terminó de imprimir en el mes de julio de 1994,
 en Editorial Presencia Ltda. Bogotá, Colombia.