

# PRINCIPIOS DEL DERECHO CON ORIENTACIÓN AL DERECHO CIVIL

*Carlos A. Carranza Casares*  
*Profesor Titular Ordinario*  
*de Principios de Derecho Privado*  
*y de Instituciones de Derecho Civil*  
*Facultad de Derecho*  
*Universidad Católica Argentina*  
*Buenos Aires, 14 de abril de 2020*

## 1. Dimensiones del mundo jurídico

Si se trata de comenzar por el principio, parece elemental preguntarse qué es esa “cosa” llamada derecho<sup>1</sup>.

Todos tenemos alguna noción sobre su significado. Quien se dispone a estudiar derecho<sup>2</sup> e ingresa en una facultad de derecho evidentemente tiene una cierta idea de qué se trata, pues está claro que tal elemental noción es el presupuesto necesario para adoptar esa decisión.

Esta idea -tal vez vaga e imprecisa- suele relacionarse en primer término con el estudio de leyes, decretos y reglamentos. Efectivamente el derecho tiene un fuerte componente normativo o legal cuyo origen -en la actualidad- responde a las instituciones propias de la democracia representativa. Las normas son creadas por quienes han sido elegidos por el voto popular<sup>3</sup>. Existen normas internacionales, nacionales, provinciales y municipales. Y

---

<sup>1</sup> He intentado ser claro y llano en el lenguaje y en los ejemplos. Dice Rabinovich-Berkman que nadie ha demostrado jamás que haya nada de malo en ser comprendido (*Derecho Civil, Parte General*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2007, p. XII).

<sup>2</sup> La palabra proviene del latín *directus* (recto), participio del verbo *dirigere*.

<sup>3</sup> Dice el art. 22 de la Constitución Nacional que el pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por la Constitución.

también las contractuales a las que se ha dado carácter de ley para las partes que conciertan tales acuerdos<sup>4</sup>.

El aspecto normativo o legal, sin embargo, no agota la realidad del mundo jurídico<sup>5</sup>. Conocer las leyes de un país no alcanza para saber sobre el comportamiento de sus ciudadanos respecto de ellas o sobre la justicia de sus soluciones. Goldschmidt decía que las normas son de cierto modo una novela rosa comparada con la realidad social<sup>6</sup>. Lo que ocurre es que las leyes son ni más ni menos que el sueño del legislador o, como se ha dicho, la realidad social proyectada<sup>7</sup>.

Por ejemplo, quien se tome el trabajo de examinar las normas jurídicas aplicables a la problemática de las personas que están padeciendo una enfermedad mental, fácilmente se podría convencer de que nuestro país constituye un lugar ideal para ellas. Tal vez debería ser así; pero la realidad -lo sabemos- no presenta un panorama tan alentador<sup>8</sup>.

El ámbito de las conductas es entonces, en segundo lugar, parte necesaria del derecho. Aquí pueden ubicarse la costumbre y la jurisprudencia. El derecho es un saber ordenado a la acción y un obrar ordenado a un fin. Comprende el comportamiento jurídico que de manera informal o formal lleva a cabo la gente y la respuesta que, a través de los jueces, da la comunidad organizada a ese desempeño<sup>9</sup>.

Las costumbres constituyen conductas tan uniformes y generalizadas en la sociedad que los que las cumplen consideran que son

---

<sup>4</sup> Ver art. 1197 del Código Civil y 959 del Código Civil y Comercial de la Nación.

<sup>5</sup> El Código Civil y Comercial de la Nación en su título preliminar distingue claramente entre derecho (capítulo 1) y ley (capítulo 2).

<sup>6</sup> Goldschmidt, *Introducción Filosófica al Derecho*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1973, p. 14.

<sup>7</sup> Ver Ciuro Caldani, *Neoconstitucionalismo, finalidades, principios, valores y trialismo*, en La Ley 2016-A, 1008.

<sup>8</sup> Ver Carranza Casares, *Salud Mental y Derechos Humanos a concretar*, Buenos Aires, 2007, EDUCA, p.9.

<sup>9</sup> Este tópico incluye también el control constitucional y convencional de las normas, es decir el control que deben efectuar los jueces sobre si una ley no contradice la Constitución o algún Tratado Internacional que haya aprobado el país.

obligatorias aunque no exista una ley que las regule (hasta no hace mucho tiempo, lo era el uso de saco y corbata en los tribunales). Tal es su relevancia que muchas veces las leyes se remiten a ellas, o se utilizan para dar respuesta frente a vacíos legales o, incluso, en algunos casos, hasta se aplican aunque sean contrarias a leyes formales.

Respecto de la jurisprudencia (lo que deciden los jueces sobre la conducta de los ciudadanos) se ha llegado a sostener que el derecho o la Constitución o las leyes son “lo que los jueces dicen que es” (Charles Evans Hughes<sup>10</sup>); o que el derecho no es nada más pretencioso que la profecía de lo que habrán de hacer los tribunales (Oliver Wendell Holmes<sup>11</sup>)<sup>12</sup>.

Pero normas y conductas tampoco bastan para describir la totalidad del fenómeno jurídico. Así, como una tercera dimensión, se debe atender a la crítica que a las dos primeras se les formula desde la perspectiva de la justicia, al entender al derecho, precisamente, como lo debido, lo suyo, la cosa justa<sup>13</sup>.

En este sentido, ha afirmado reiteradamente nuestra Corte Suprema que los jueces no pueden dejar de lado el propósito irrenunciable de “afianzar la justicia” que se halla en el preámbulo de la Constitución<sup>14</sup>; como así también que “la admisión de soluciones notoriamente disvaliosas no resulta compatible con el fin común de la tarea legislativa como judicial”<sup>15</sup>.

En un reducido número de aspectos esenciales, como el derecho a la vida o a la libertad entre otros, resulta particularmente gravitante lo que surge de los primeros principios del obrar humano, como el mandato de hacer el bien y

---

<sup>10</sup> Hughes, Charles Evans, *La Corte Suprema de los Estados Unidos*, Fondo de Cultura Económica, 1946, prólogo de Carrillo Flores, p. 7.

<sup>11</sup> Holmes, Jr., Oliver Wendell, *The Path of Law*, 10 Harvard Law Review 457 (1897).

<sup>12</sup> En las antípodas, Montesquieu afirmaba que “el juez es una boca muda que pronuncia las palabras de la ley”. *Del Espíritu de las Leyes*, Tecnos, Madrid, 1995, 112.1

<sup>13</sup> Si se parte de que el derecho es un término análogo, este sería el primer analogado.

<sup>14</sup> Fallos: 342:343; 327:5118;3852 y 2321, entre otros.

<sup>15</sup> Fallos: 329:2890 y 2419; 317:1440; 311:255; 302:1284, entre otros.

evitar el mal o el de no dañar a otro (derecho natural, derechos fundamentales, principios generales del derecho, derechos humanos)<sup>16</sup>.

Y aun en la generalidad de los casos, la legislación vigente y las decisiones judiciales así como la conducta de los ciudadanos, son pasadas por el tamiz crítico de los valores existentes en la comunidad<sup>17</sup>.

De tal manera, norma, conducta y valor constituyen las tres facetas con las que se presenta el mundo jurídico, de las que no se puede prescindir sin peligro de incurrir en una visión estrecha o reduccionista del derecho.

## **2.Fundamento del derecho. La dignidad humana**

Esta presentación del mundo jurídico como normas, hechos y valores (en especial esta última dimensión), conduce a la pregunta por el fundamento del contenido del derecho. ¿Qué principios que en última instancia lo justifican y orientan? ¿Cuál es el sustento por el que debe respetarse a una persona y sus derechos?

Aunque el desarrollo de este tema es propio de otras materias,<sup>18</sup> resulta necesario reflexionar -brevemente- sobre el fundamento del sistema jurídico<sup>19</sup>.

Los derechos fundamentales hoy en día se encuentran recogidos en los principales tratados y declaraciones internacionales. Pero esos instrumentos, a su vez, expresan que esos derechos humanos les son preexistentes. No se trata de una mera creación o invención de ellos, sino de un reconocimiento de algo que ya estaba dado con anterioridad.

---

<sup>16</sup> Ello sin perjuicio de que estas nociones constituyan el soporte de todo derecho.

<sup>17</sup> Es importante que en el estudio del derecho la incorporación del bagaje normativo no aplaste los reflejos valorativos con los que cuenta toda persona antes de emprenderlo.

<sup>18</sup> Este tema se desarrolla en las materias Introducción al Derecho y Filosofía del Derecho.

<sup>19</sup> Existen, claro está, muchas teorías y perspectivas de fundamentación pero su abordaje excedería, obviamente, el propósito de este trabajo.

Esta preexistencia radica en que, más allá de su consagración normativa, los derechos fundamentales tienen como principio la dignidad de la persona, que constituye el valor inherente a todo ser humano. Es algo inseparable de su naturaleza, una cualidad ligada directamente al ser que no admite gradaciones. Expresa un descansar-en-sí-mismo, una independencia interior<sup>20</sup>.

Todo ser humano siempre vale. Toda persona merece un respeto incondicionado. Tiene un valor intrínseco, en virtud de lo que es en sí misma<sup>21</sup>. Existe como un fin y no puede ser tratada como un medio. Siempre es alguien y no algo.

En este contexto tiene sentido afirmar, como ha hecho la Corte Suprema, que el hombre es el eje y centro del todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo -más allá de su naturaleza trascendente- su persona es inviolable y constituye un valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental<sup>22</sup>.

Jacques Maritain, que mucho tuvo que ver en la preparación de los primeros tratados de derechos humanos, decía “sabemos que el aspecto esencial de una civilización, digna de tal nombre, es el sentido del respeto hacia la dignidad del ser humano; también sabemos que para defender estos derechos, como para defender la libertad, conviene estar pronto a dar la vida. ¿Cuál es pues, el valor que encierra la personalidad del hombre para merecer estos sacrificios?”<sup>23</sup>.

De alguna manera también respondía “persona es lo más noble y lo más perfecto de la naturaleza”<sup>24</sup>. Efectivamente, en sí mismo, en cuanto persona,

---

<sup>20</sup> Spaemann, *Sobre el concepto de dignidad humana*, Revista Persona y Derecho, Universidad de Navarra, XIX, 1988, p. 13.

<sup>21</sup> Esta es la dignidad ontológica que tiene hasta el más abyecto criminal.

<sup>22</sup> Fallos: 316:479, *Bahamondez*, voto de los jueces Barra y Fayt; 323:3229; 325:292; 327:3753.

<sup>23</sup> Maritain *Principios de una política humanista*, Ed. Difusión, 1969: 12.

<sup>24</sup> Maritain, *La persona y el bien común*, Club de Lectores, Buenos Aires, 1968, p. 46.

sin perjuicio de sus particularidades, el ser humano tiene un valor eminente, en el sentido de elevado, que descuella entre lo que lo rodea<sup>25</sup>.

La dignidad humana desempeña la función de un sismógrafo que registra aquellos derechos que los ciudadanos de una comunidad política deben concederse a sí mismos si son capaces de respetarse entre sí, como miembros de una asociación voluntaria entre personas libres e iguales<sup>26</sup>.

Después de las atrocidades vividas durante la Segunda Guerra Mundial que terminó en 1945, los Estados consideraron imprescindible celebrar tratados internacionales de derechos humanos con el objeto de afianzar esos derechos fundamentales que habían sido trágicamente desconocidos<sup>27</sup>.

Dicen los Considerandos de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948) y el Preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) que los derechos humanos no nacen del hecho de ser nacionales de un determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana.

De igual modo, expresan el Preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966) que todo el orden del Derecho Internacional de los Derechos Humanos encuentra su fundamento en la dignidad humana, en el valor intrínseco del ser humano. De ella se desprende, derivan o emanan los derechos de toda persona.

---

<sup>25</sup> Diccionario de la Lengua Española.

<sup>26</sup> Habermans, *El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos*, Diánoia vol.55 no.64 México may. 2010.

<sup>27</sup> Expresa el Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad, y que se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias. Ver asimismo el Preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La Constitución Nacional alude a la moral en el trascendente art. 19 que dispone que las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados.

En el Código Civil y Comercial de la Nación también existen importantes alusiones a la dignidad en los arts. 51 (inviolabilidad de la persona humana), 52 (afectación de la dignidad), 279 (objeto del acto jurídico), 1004 (objeto de los contratos) y 1097 (trato digno en los contratos de consumo).

Por otra parte, esa dignidad humana, constituida así en principio del derecho (base, origen y razón fundamental), entraña una inequívoca preferencia por las personas en situaciones de vulnerabilidad, a quienes les resulta más dificultoso hacer valer sus derechos.

De allí que, por ejemplo, cuentan con esta dignidad quienes por motivos de edad o salud mental no pueden razonar, como los concebidos aún no nacidos, o los se hallan en una etapa avanzada de deterioro cognitivo; o quienes se encuentran en situación de extrema pobreza, entre otros.

En todos ellos su dignidad está en carne viva y reclama una especial atención.

La lucha por el derecho radica en no tolerar el avasallamiento de quienes no lo pueden defender adecuadamente. A su respecto es preciso distinguir jurídicamente para igualar fácticamente. No en vano la Corte Suprema ha llamado a la justicia social, que procura atender estas situaciones, como la justicia en su más alta expresión<sup>28</sup>.

### **3.Finalidad del orden jurídico. El bien común**

---

<sup>28</sup> Ver Gialdino, *Dignidad Humana y Derechos Humanos*, en *Investigaciones de Derecho Comparado*, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2/3 (2000), p. 563.

La dignidad humana constituye el soporte del derecho en el doble sentido de ser un piso que no se debe perforar y de ser la plataforma sobre la cual construir. Y esta construcción que efectúa el derecho se encamina a crear las condiciones para la realización de un sugestivo proyecto de vida en común<sup>29</sup>.

Esta es precisamente la noción clásica de bien común expresada como el conjunto de aquellas condiciones de la vida social, con las cuales los hombres, las familias y las asociaciones pueden lograr con mayor plenitud y facilidad su propia perfección<sup>30</sup>.

El bien común resulta complementario de los derechos humanos, en cuanto éstos atienden a una perspectiva personal y aquél a una social. A su vez ambos se hallan íntimamente vinculados, pues la concreción de los derechos humanos requiere de la existencia de las condiciones sociales que provee el bien común.

No se trata de la suma de bienes individuales, como un cuadro no es solo la suma de las figuras y colores que lo forman. Los diversos aspectos del bien común integran una estructura unitaria y han de estar concatenados, equilibrados y armonizados de modo tal que pueda hablarse de un único bien común<sup>31</sup>.

Tampoco es un conglomerado de muchos “yo”, sino la ecuánime construcción de un “nosotros”, en el cual cada uno, a través de las relaciones interpersonales, contribuye y disfruta de la colaboración social, y alcanza de tal manera los objetivos que considera valiosos<sup>32</sup>.

---

<sup>29</sup> Ortega y Gasset, *España invertebrada*, Alianza Editorial, Madrid. Dice Ortega que no viven juntas las gentes sin más ni más y porque sí; esa cohesión a priori sólo existe en la familia. Los grupos que integran un Estado viven juntos para algo: son una comunidad de propósitos, de anhelos, de grandes utilidades. No conviven por estar juntos, sino para hacer juntos algo.

<sup>30</sup> *Gaudium et Spes*, 26. Ver asimismo *Mater et Magistra* 65 y *Pacem in Terris* 42. La Corte Suprema también lo ha descripto como el conjunto de condiciones de la vida social que posibilitan a la comunidad y sus miembros el logro más fácil y más pleno de su propia perfección en Fallos: 296:65.

<sup>31</sup> Santiago, Alfonso, *El concepto de bien común en el sistema constitucional argentino. El personalismo solidario como techo ideológico de nuestra Constitución*, Revista Colección, Escuela de Ciencias Políticas, UCA, año VII, n° 12, p. 239.

<sup>32</sup> Ver asimismo Sen, Amartya, *La idea de la Justicia*, Taurus, Madrid, capítulos 11 y 12.

El contenido del bien común puede consistir en bienes materiales como alimentos y vivienda, o intangibles como la seguridad y la paz.

Aunque la Constitución Nacional no hace expresa referencia al bien común, su contenido en buena medida se halla descrito en su texto. En el Preámbulo se mencionan bienes comunitarios como “constituir la unión nacional, afianzar la justicia, consolidar la paz interior, proveer a la defensa común, promover el bienestar general, y asegurar los beneficios de la libertad. Y otro tanto ocurre con los incisos 18 y 19 del art. 75<sup>33</sup>.

De igual modo, en los Considerandos de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948) se manifiesta que “las instituciones jurídicas y políticas, rectoras de la vida en sociedad, tienen como fin principal la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritualmente y materialmente y alcanzar la felicidad” (esto equivale a una definición convencional del bien común). Y de manera más explícita el art. 32 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) dice que “los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”<sup>34</sup>.

Es importante observar, por fin, que como el derecho constituye un ordenamiento social, su finalidad se dirige a lograr el bien de esa sociedad. De

---

<sup>33</sup> En el art. 75, inc. 18 se contempla proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias, y al progreso de la ilustración, dictando planes de instrucción general y universitaria, y promoviendo la industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad nacional, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la exploración de los ríos interiores, por leyes protectoras de estos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo. Y en el art. 75, inc. 19 se prescribe proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, a la formación profesional de los trabajadores, a la defensa del valor de la moneda, a la investigación y al desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento.

<sup>34</sup> En el Código Civil y Comercial de la Nación las referencias al bien común se circunscriben a los arts. 168 (objeto de las asociaciones civiles), 170 (destino de sus bienes), 193 (finalidad de las fundaciones) y 217 (destino de sus bienes).

allí que no podrían concebirse normas que resulten contrarias al bien común<sup>35</sup>. Las leyes en sentido amplio o material no podrían tener por objeto el exclusivo beneficio de un particular<sup>36</sup>.

#### **4.Noción de derecho natural y derecho positivo**

La idea de dignidad humana expresada precedentemente como una realidad inherente al ser humano y preexistente a la legislación y su consideración como fundamento del derecho, señala la existencia de un punto de partida o de un orden común a todos los seres humanos<sup>37</sup>.

Aquí la deuda de la cual es acreedora la persona viene por lo que se le ha dado desde el comienzo de su existencia. Es el capital jurídico con el cual ha venido al mundo. En esta instancia, lo debido, lo suyo, lo propio de cada uno -de esto se trata el derecho- viene de lo originariamente dado.

Si consideramos algo así como una esencia o naturaleza compartida que permite calificarnos a nosotros y a nuestros congéneres como seres humanos y no otra cosa, podemos derivar de allí algunas nociones elementales que necesariamente nos acompañan y son asequibles por la razón. Son derechos que se reconocen por el absurdo que importaría no hacerlo.

Como se trata de consecuencias básicas, necesariamente predicables de toda persona, su contenido es forzosamente acotado. Son de tal tenor -si bien no exclusivamente- el derecho a conservar la vida, la integridad, la

---

<sup>35</sup> La definición clásica de ley, en sentido general, es la de prescripción de la razón, en orden al bien común, promulgada por aquel que tiene el cuidado de la comunidad (Santo Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, I-II, q. 90, a 4).

<sup>36</sup> Una de las acepciones del vocablo corrupción en el Diccionario de la Lengua Española es “en las organizaciones, especialmente en las públicas, práctica consistente en la utilización de las funciones y medios de aquellas en provecho, económico o de otra índole, de sus gestores”.

<sup>37</sup> Sófocles hacía decir a su heroína que existen “leyes no escritas e inquebrantables de los dioses” que no son de hoy ni de ayer sino de siempre y nadie sabe de dónde surgieron” (Sófocles, *Antígona*, v.453-459, Ed. Gredos Madrid, 2000). Aristóteles explicaba que lo que es por naturaleza es inmutable y tiene en todas partes idéntica fuerza, como el fuego que quema aquí lo mismo que en Persia (*Ética a Nicómaco*, libro V, capítulo VIII).

intimidad, el honor, a la libertad, al culto, a formar una familia, a trabajar, a asociarse, a expresarse.

La afirmación de este derecho primordial no es baladí. Cumple una insustituible función positiva y negativa.

Por una parte, permite y urge a aunar inteligencias y voluntades, aun en tiempos de individualismo y de diversidad cultural, en torno a cuestiones trascendentales de la vida, como los actuales desafíos del medio ambiente y de la biología.

Por la otra, constituye un freno a la, también actual, prepotencia de la autoridad o del poder económico. No cualquier contenido es derecho. La injusticia extrema no lo es<sup>38</sup>. Hay límites infranqueables.

Estos pocos derechos, naturales a la persona, constituyen principios sobre los cuales se puede edificar un ordenamiento jurídico elocuentemente justo<sup>39</sup>.

De esto último se trata el denominado derecho positivo (de *positivus*, puesto), que consiste en el derecho de una comunidad determinada legislado por quien tiene autoridad para hacerlo<sup>40</sup>. A través del derecho positivo se concretan los derechos fundamentales que lo preceden.

## **5.Moral y Derecho**

Todos tenemos o seguimos una moral<sup>41</sup>. Ser amoral no es precisamente un elogio. Ahora bien, si esa moral se circunscribe a cada individuo estaríamos renunciando a emitir juicios de valor que lo trasciendan. Por ejemplo,

---

<sup>38</sup> Las leyes antijudías nazis habían sido sancionadas formalmente por el Parlamento Alemán. Ver Vigo, *La injusticia extrema no es derecho (de Radbruch a Alexy)*, Fontamara, México, 2004.

<sup>39</sup> Estos derechos fundamentales, en gran medida, se hallan consagrados de manera positiva en los tratados internacionales de derechos humanos.

<sup>40</sup> Para los positivistas, negadores de derechos que surjan de la naturaleza humana, ni siquiera tiene sentido hablar de derecho positivo, sino de derecho a secas.

<sup>41</sup> A los fines de este trabajo se utilizan los términos moral y ética como conceptos similares. Hay que destacar, en tal sentido, que moral viene del latín *mos* (costumbre) y ética del griego *ethos* (costumbre).

no podríamos sostener, más que como una opinión personal, que la tortura es aberrante.

¿Existe una moral que resulte válida para toda una comunidad o para todas las personas? Aquí nuevamente debemos visitar nuestros orígenes. Lo propio de la especie humana accesible a la razón. Allí vamos a encontrar una moral básica vinculada con el fondo común que permite reconocernos como pertenecientes a ella<sup>42</sup>.

Forzoso es decir, una vez más, que la moral de la que hablamos es por demás acotada. Se ciñe a elementales preceptos que conforman un núcleo duro que coincide en cierta forma con los primordiales derechos humanos. Esta moral social puede ser considerada como principio o fundamento del orden jurídico<sup>43</sup>.

A medida que nos alejamos de ese centro axiológico (moral fundamental, si se quiere) los preceptos de la moral se tornan cada vez contingentes y dependientes del lugar y el tiempo en el cual son formulados (más vinculada a lo sociológico).

Así, ha señalado la Corte Suprema que el límite impuesto por el respeto de “la moral y las buenas costumbres” es de por sí impreciso y variable, pues se nutre en otras áreas de la realidad según ésta evoluciona; la realidad viviente de cada época perfecciona el espíritu remanente de las instituciones de cada país, o descubre nuevos aspectos no contemplados antes, sin que pueda oponérsele el concepto medio de una época en que la sociedad actuaba de distinta manera, pues el control judicial no puede desentenderse de las transformaciones históricas y sociales<sup>44</sup>.

---

<sup>42</sup> Existen numerosos abordajes sobre el fundamento y alcance de la moral que obviamente van más allá de las acotadas pretensiones de este trabajo.

<sup>43</sup> Aquí radican los primeros principios del obrar como el hacer el bien y evitar el mal. Su contenido ha de ser discernido con un saber prudencial.

<sup>44</sup> Fallos: 313:173.

Es interesante observar el registro de la moral fundamental (como principio), que se encuentra en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), cuyo Preámbulo expresa que “Los deberes de orden jurídico presuponen otros, de orden moral, que los apoyan conceptualmente y los fundamentan...”; y agrega que “puesto que la moral y las buenas maneras constituyen la floración más noble de la cultura, es deber de todo hombre acatarlas siempre”.

Esta moral social es reconocida, de tal manera, como soporte del derecho. La dimensión valorativa o axiológica constituye, como hemos visto, parte fundamental del mundo jurídico.

En el Código Civil y Comercial de la Nación -como ocurría con el Código Civil ahora derogado- se hallan numerosas referencias a la moral y a las buenas costumbres, término este último que se asimila al primero. Es una moral a cuya solución remite la ley y en cuya interpretación habrá de tenerse en cuenta tanto los aspectos fundamentales como contingentes.

De esta manera aluden a “la moral y las buenas costumbres” los arts. 10 (ejercicio abusivo del derecho) y 958 (libertad de contratar); a “la moral o las buenas costumbres” los arts. 55 (consentimiento para disponer de derechos personalísimos), 56 (actos de disposición sobre el propio cuerpo), 386 (nulidad absoluta) y 398 (transmisibilidad); a “la moral y a las buenas costumbres” el art. 344 (condiciones prohibidas); a “la moral” los arts. 279 (objeto del acto jurídico), 1004 (objeto de los contratos), 1014 (causa de los contratos), 2047 (destino de la unidad en el consorcio) y 2468 (cargo en el testamento); y, por fin, a “las buenas costumbres” los arts. 151 (nombre de las personas jurídicas), 279, 1014 y 1743 (dispensa de responsabilidad).

Asimismo, el citado código hace referencia a la “idoneidad moral” en el art. 139 (personas que pueden ser curadores), al “deber moral” en los arts. 431 (fidelidad matrimonial) y 728 (irrepetibilidad de lo entregado), al “motivo

inmoral” en el art 1014 y, finalmente, a “la causa inmoral” en el art 1796 (pago indebido).

Estas cuantiosas e importantes referencias ponen de manifiesto una fecunda interrelación entre el derecho y la moral.

## **6.Derecho subjetivo y objetivo**

El derecho al que fundamentalmente nos estamos refiriendo, que podemos sintetizarlo como el orden social justo<sup>45</sup>, es el denominado derecho objetivo, que también podría calificarse como derecho-norma, entendida esta última en sentido amplio. A la par, existe otro, llamado derecho subjetivo, que puede categorizarse como un derecho-facultad, que es con el que cuenta quien quiere hacer valer un derecho objetivo. Como vemos son realidades complementarias. A través de este derecho-facultad se concreta el derecho-norma.

Esta es la noción que emana de las expresiones “voy a hacer valer mi derecho” o “tengo derecho a algo”.

El derecho subjetivo puede definirse como la facultad de obrar para obtener su propio interés o la prerrogativa de una persona para exigir de otra una determinada conducta. Esa otra persona puede ser un particular o el Estado y la conducta puede ser de comisión u omisión. A todo derecho subjetivo le corresponde un deber jurídico.

Esta idea de derecho subjetivo ha tenido importantes detractores. Desde una perspectiva de positivismo sociológico Duguit ha afirmado que el hombre no tiene el derecho a ser libre; sólo tiene el deber social de obrar, de desenvolver su individualidad y de cumplir su misión social; nadie tiene más

---

<sup>45</sup> Llambías, *Tratado de Derecho Civil, Parte General*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, t. I, p. 22. Esta definición reconoce las tres dimensiones del orden jurídico mencionadas.

derecho que cumplir siempre con su deber<sup>46</sup>. Y desde el positivismo normativista Kelsen ha sostenido un derecho subjetivo no sería más que la norma objetiva en relación con el sujeto cuya voluntad es decisiva para que se aplique la sanción ante una conducta prohibida y hablar en términos de derechos subjetivos no es más que describir la relación que tiene el ordenamiento jurídico con una persona determinada<sup>47</sup>. Se trata, a su entender, de un concepto superfluo, si bien aclaratorio de una situación jurídica en la que el único sujeto que existe es el individuo obligado, pues el titular del derecho es tan solo objeto de la conducta de aquél<sup>48</sup>.

Éstas no han sido las únicas críticas que ha recibido la noción de derecho subjetivo<sup>49</sup>. Sin embargo, sin pretender minimizar los debates que se han desarrollado en torno a este concepto, ponderando en lo que ha ocurrido y ocurre cuando los Estados no reconocen facultades a sus ciudadanos para hacer valer lo que les corresponde, como así también que los derechos humanos importan consagrar verdaderos derechos subjetivos, no podemos sino concluir que resulta crucial para quienes integran la comunidad política que no sea desconocida esta prerrogativa a través de la cual cada uno puede reclamar lo suyo.

## **7. Derecho público y privado**

A nadie se le escapa que existe una diferencia entre lo público y lo privado. Nos molesta que alguien, un vecino, una empresa o el Estado, se entrometa en nuestra vida personal o familiar o en nuestras relaciones con otros

---

<sup>46</sup> Duguit, *Las transformaciones generales del Derecho Privado desde el Código de Napoleón*, Trad. Carlos G. Posada, Librería Francisco Beltrán, Madrid, 1912, página 18; Jorge Agudo González, *Evolución y negación del derecho subjetivo*, Revista digital de Derecho Administrativo, n.º 5, primer semestre/2011, pp. 9 y ss.

<sup>47</sup> Kelsen, *Teoría General del Derecho y del Estado*, UNAM, México, 1995, p. 87 y ss.; Federico Leandro De Fazio *La filosofía positivista, el derecho y las relaciones laborales en Argentina a principios del siglo XX*, Revista de Estudios Jurídicos, San Pablo, Brasil, 2011 a. 15, n. 22.

<sup>48</sup> Kelsen, Hans (1991), trad. esp. Roberto J. Vernengo, *Teoría Pura del Derecho*, México, Porrúa, 1991.

<sup>49</sup> Montora Ballesteros, *Sobre la revisión crítica del derecho subjetivo desde los supuestos del positivismo lógico*, Revista de la Facultad de Derecho, Universidad de Murcia, 1983

particulares. A la vez, reconocemos que hay cuestiones como la elección de las autoridades locales o nacionales, o las medidas que se tomen ante una pandemia, que nos atañen a todos y hacen al interés de toda la comunidad.

Esta distinción se ve reflejada en el mundo jurídico que se divide en derecho público y derecho privado.

Después de recordar con citas del Digesto<sup>50</sup> la superioridad del derecho público sobre el privado, Bobbio explica que la dicotomía entre ambos se advierte en las relaciones de subordinación (entre desiguales) y coordinación (entre iguales) que se dan recíprocamente; el primero es el ámbito de la sociedad política y el segundo de la sociedad económica; la fuente preponderante en uno es la ley y en el otro el contrato; en el primero campea la justicia distributiva y en el segundo la conmutativa<sup>51</sup>. En estos criterios está también incluida la distinción, entre el interés público y el privado y entre el Estado y los particulares.

De todos modos, los expuestos no constituyen criterios de distinción exhaustivos, pues, por ejemplo, en el derecho público también existen relaciones de coordinación (entre Estados) y el Estado puede celebrar contratos civiles (locación); por otra parte, en el ámbito del derecho privado puede existir interés público (orden público) y relaciones de subordinación (relación de dependencia).

Además, ha dicho la Corte Suprema que todos los principios jurídicos -entre los que se encuentra el de la responsabilidad y el resarcimiento por daños ocasionados- aunque puedan estar contenidos en el Código Civil, no son patrimonio exclusivo de ninguna disciplina jurídica<sup>52</sup>, menos aún del derecho

---

<sup>50</sup> Digesto 38, 2, 14 y 45, 50, 17.

<sup>51</sup> Bobbio, *Estado, gobierno y sociedad, Por una teoría general de la política*, México, Fondo de Cultura Económica, p. 11 y ss.

<sup>52</sup> Fallos: 332:1528 *Castelucci*.

privado, pues constituyen principios generales del derecho aplicables a cualquiera de ellas<sup>53</sup>.

De la mano del proceso que le atribuye amplio valor normativo -no solo político- a las constituciones se ha dado uno denominado, precisamente, constitucionalización del derecho privado, en el sentido de reconocer que este último debe coincidir con los principios de la Constitución y ha de constituir un instrumento para su concreción. Este proceso evidencia la primacía del derecho público sobre el privado.

En este orden de ideas, en los Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación, la Comisión que lo redactó expresó que la mayoría de los códigos existentes se basan en una división tajante entre el derecho público y privado. El Anteproyecto, en cambio, toma muy en cuenta los tratados en general, en particular los de Derechos Humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto innova profundamente al receptor la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina.

Comprenden el derecho público, el derecho constitucional, administrativo, financiero, penal, internacional público, ambiental, procesal.

En tanto que forman parte del privado el derecho el derecho civil, comercial, laboral, agrario.

## **8.Derecho civil**

Todos tenemos un nombre, un domicilio, algún patrimonio, una filiación determinada, vínculos de familia, capacidad de derecho y de hecho.

---

<sup>53</sup> Fallos: 329:759 *Barreto*. En este precedente la Corte señala además que “causa civil”, constituye una calificación atribuida a los casos en que están en juego disposiciones de derecho común, o sea el régimen de legislación contenido en la facultad del art. 75, inc. 12, de la Constitución Nacional.

También tenemos derechos personalísimos a la vida, al honor, a la intimidad, a la integridad física, a expresarnos, a asociarnos, libertad de conciencia y culto. Solemos celebrar contratos para aprender o para comprar o alquilar un departamento o una casa. Formamos parte o somos beneficiarios de alguna asociación o fundación. Además, queremos que se nos resarza de los daños injustos que nos provoquen; e igualmente queremos poder disponer de nuestros bienes para después de nuestra muerte, así como heredar a quienes nos corresponda.

Pues bien, todas estas son relaciones comprendidas dentro del amplio concepto del derecho civil que, de todos modos, es difícil de definir con precisión. Su carácter esquivo deriva de su condición de ser un derecho residual, en el sentido de parte o porción que queda de un todo.

En efecto, el derecho civil (del latín *civile*, ciudadano) era originariamente el derecho de los ciudadanos romanos (diferente del derecho de gentes), que constituyó una obra monumental elaborada a lo largo de diez siglos<sup>54</sup> e incluía tanto el derecho público como el privado.

Con la caída del Imperio Romano de Occidente en el año 476 de nuestra era, los aspectos públicos de ese derecho hasta entonces omnicomprendivo, fueron en gran medida suplantados por derecho consuetudinario de los pueblos germánicos y celtas que se enseñorearon de Europa (derecho penal y político). Iniciada la Edad Media la regulación del matrimonio y la filiación fue relegada por el derecho canónico desarrollado por la Iglesia.

En la baja Edad Media (siglo XII) el auge de las ciudades y del comercio (mercados y ferias) tornó insuficiente la normativa del derecho romano. Los comerciantes se agruparon y se fueron dando sus propias instituciones

---

<sup>54</sup> La Ley de las XII Tablas datadas cerca del 450 AC y el denominado *Corpus Iuris Civile* del año 533 DC.

jurídicas y hasta su propia jurisdicción. Este fue el origen del derecho comercial (*lex mercatoria*).

En la llamada Edad Moderna tuvo lugar otro desmembramiento al dejar de aplicarse el *ius civile* al procedimiento que se llevaba a cabo ante los jueces para reemplazarlo por las prácticas forenses que fueron poniéndose por escrito y dando lugar, con el tiempo, al Derecho Procesal.

Ya en el siglo XIX, se desgajó del tronco común del derecho civil la normativa atinente a las relaciones que surgieron del desarrollo industrial entre empresarios y obreros, constituyéndose el derecho laboral. Y en siglo XX lo hizo el denominado Derecho Agrario.

¿Qué ha quedado de aquel *ius civile* original?

El derecho civil en la actualidad contiene los principios del derecho privado y comprende el derecho de la persona y sus atributos, el derecho de familia, la regulación de los hechos y actos jurídicos, el derecho patrimonial de las obligaciones y los contratos, el derecho de propiedad y los otros derechos reales y el derecho sucesorio.

Rivera y Covi consideran que la mejor definición del derecho civil es la dada por Felipe Clemente De Diego, como conjunto de las normas reguladoras de las relaciones ordinarias y más generales de la vida en que el hombre se manifiesta como tal, es decir como sujeto de derecho y de patrimonio, y miembro de la familia, para el cumplimiento de los fines individuales de su existencia, dentro del concierto social. Y explican que es la rama del derecho privado que se ocupa del hombre como sujeto de derecho sin distinción de calidades accidentales, y de las relaciones jurídicas patrimoniales y familiares que lo tienen como sujeto, regulando las instituciones básicas y sirviendo por lo tanto como punto de conexión de las demás ramas de derecho privado<sup>55</sup>.

---

<sup>55</sup> Rivera y Covi, *Derecho Civil, Parte General*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2016, ps. 16 y 47.

## **9.Situación actual del derecho civil**

En la actualidad el derecho civil se enfrenta a diversos desafíos que, a su vez, le presentan oportunidades.

Uno de ellos es la reclamada coherencia con los derechos humanos y la relevancia de los principios jurídicos<sup>56</sup>, lo que se advierte en los derechos personalísimos y más allá de ellos.

Otro es el que generan los descubrimientos de la biología y biotecnología que repercuten en el origen y final de la vida, en la fecundación asistida y la filiación, en los trasplantes y la muerte digna, en el consentimiento informado y los tratamientos invasivos.

También interpelan al derecho civil las personas en condiciones de vulnerabilidad, como los niños, las mujeres discriminadas o víctimas de violencia, los migrantes o pertenecientes a minorías o comunidades indígenas o quienes se hallan en situación de pobreza o discapacidad, o aún los privados de libertad<sup>57</sup>; o los consumidores o usuarios de bienes producidos o brindados.

De igual modo origina importantes desafíos la pluralidad cultural y su repercusión, en especial, en el derecho de familia.

Asimismo, y sin agotar la nómina, la globalización y la digitalización presentan importantes novedades en la celebración de los actos jurídicos.

## **10.Relación jurídica**

Fruto de nuestra naturaleza social, todos mantenemos varios tipos de relaciones, familiares, laborales, vecinales, de amistad. Estas relaciones muchas veces muy importantes en nuestra vida pasan desapercibidas para el

---

<sup>56</sup> Ver Fundamentos del Anteproyecto citado.

<sup>57</sup> Ver 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condiciones de vulnerabilidad, XIV Cumbre Judicial Iberoamericana (2008). Ver acordada 5/2009 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que dispuso que debían ser seguidas -en cuanto resulte procedente- como guía en los asuntos a que se refieren.

mundo del derecho. Es lo que ocurre precisamente con la amistad que transcurre usualmente bajo el radar de lo jurídico.

La relación jurídica es el vínculo entre dos o más personas regulado por el derecho. Vale decir que es el ligamen respecto del cual se prevén consecuencias jurídicas (el matrimonio, el contrato de compraventa, el enlace entre embestidor y accidentado). Son sus elementos los sujetos, el objeto y la causa<sup>58</sup>.

Los sujetos de la relación son las personas, humanas o jurídicas. Se trata de quienes pueden ser titulares de derechos (los contrayentes, los contratantes, los involucrados en un hecho generador de daños). Asumen los roles de sujetos activos y pasivos.

El objeto es el ente, material o inmaterial, hacia la cual está orientado el interés del sujeto. Está constituido por los bienes perseguidos (los derechos personales y patrimoniales de los cónyuges, el precio y la cosa, la indemnización).

La causa consiste en la fuente de la cual dimana la relación jurídica. Son los hechos y actos a los cuales atribuye consecuencias el ordenamiento jurídico (la celebración del matrimonio, el contrato, el accidente).

El contenido de la parte general del derecho civil comprende una introducción a los principios del derecho privado en general y posteriormente el desarrollo de los elementos de la relación jurídica, esto es, la persona y sus atributos, el objeto y la causa.

De esta manera dejamos expuestos los principios sobre los cuales hemos de desarrollar el curso introductorio del derecho privado en general y del civil en particular.

---

<sup>58</sup> La situación jurídica es el determinado modo o manera de estar las personas en la vida social regulado por el derecho (mayoría de edad, condición de comerciante, propiedad sobre una cosa), ver Rivera, Covi, *Derecho Civil, Parte General*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2016, p.168.