

# CONCEPTO Y SENTIMIENTO DEL DERECHO Y DE LA JUSTICIA

Abog. JOSE MARIA LOPEZ OLACIREGUI

*Profesor de Derecho Civil - Parte General*

*Advertencia:* Acompañamos el desarrollo de ideas al que ajustamos nuestra clase inaugural del curso de Parte General de Derecho Civil en el presente año. Está dirigido a estudiantes que inician sus estudios de derecho, y que por tanto ha de suponerse no han cursado aún —pues los cursan simultáneamente en el actual plan de estudios— los programas de Introducción al Derecho y de Derecho Romano.

## 1. — ¿QUE ES EL DERECHO CIVIL? ¿QUE ES EL DERECHO?

Nuestra primera preocupación debe ser la de conocer el concepto y contenido de nuestra materia. Hemos de preguntarnos: ¿qué es el derecho civil? Y para ello debemos previamente aclarar: ¿qué es el derecho?

### 2. — PROBLEMA GRAMATICAL PREVIO. TRES ACEPCIONES.

Y no podemos contestar esta pregunta sin previamente aclarar que en castellano la palabra *derecho* tiene tres acepciones.

Esto es un problema de lenguaje y resulta previo al problema científico propiamente dicho.

La pregunta: ¿qué es derecho?, no tiene una contestación única sino una respuesta triple: en la primera acepción gramatical de la palabra, *derecho* es tal cosa. En la segunda acepción es tal otra cosa, y en la tercera, tal otra.

### 3. — PRIMERA ACEPCION: EL DERECHO COMO SISTEMA DE LEYES Y PRINCIPIOS.

En primer término el derecho se nos aparece como un conjunto de leyes, es decir, las leyes de un país organizado. Lo que se llama su *derecho positivo*.

Pero esas leyes, según veremos más adelante, no resuelven por sí solas todos los problemas de la sociedad a que corresponden, sino que están completadas por una serie de principios que no son leyes pero que son derecho.

Entonces resulta que el derecho, así en general, comprende tanto las leyes como los principios.

#### 4.—ESTA PRIMERA ACEPTACION CORRESPONDE A LO QUE SE LLAMA EL DERECHO OBJETIVO O DERECHO NORMAL.

El derecho a que se refiere esta primera aceptación es lo que se llama el *derecho objetivo*, o bien el *derecho norma*.

Una y otra expresión pueden ser consideradas como sinónimas, siendo la primera más usual.

#### 5.—SEGUNDA ACEPTACION: EL DERECHO CIENCIA.

Derivada de la anterior, pero distinta de ella es una segunda aceptación, según la cual el conjunto de estudios sistemáticos sobre las leyes y los principios jurídicos, se llama también *derecho*.

Así, por ejemplo, un curso de derecho es un estudio científico sobre las leyes.

De modo que tanto se denomina *derecho* al conjunto de leyes, como la ciencia que las estudia.

Esta segunda aceptación corresponde a lo que habitualmente suele llamarse el *derecho-ciencia* (<sup>1</sup>).

#### 6.—TERCERA ACEPTACION: EL DERECHO SUBJETIVO O DERECHO FACULTAD

Y hay por último una tercera aceptación que se mueve en un plano de pensamiento distinto.

Veamos: la ley es un mandato, una orden, por la cual el legislador dispone que un sujeto debe *hacer tal cosa*, o no debe hacer tal otra, o bien que *puede hacer tal cosa*.

Cuando la ley establece que un sujeto *puede hacer tal cosa* y que los demás sujetos deben abstenerse de todo impedimento para que la haga, la ley está asignando a ese sujeto una *facultad*, una atribución: *la de hacer tal cosa, la de pretender tal cosa*.

Y bien: esa facultad de hacer tal cosa que la ley le reconoce a ese sujeto, le permite al mismo, en sus relaciones con los demás sujetos, *exigir que le respeten tal facultad*.

Y esa facultad de hacer tal cosa y de exigir a los demás respeto, se llama también *derecho*.

Es el *derecho subjetivo*, el que la ley reconoce al sujeto.

Así: la ley que dispone que el propietario puede usar y gozar de la cosa es *derecho objetivo* y la facultad de uso y goce que en virtud de esa ley tiene el propietario es *derecho subjetivo*.

La ley que dispone que los padres deben alimentar y educar a sus hijos menores es *derecho objetivo* (código civil, artículo 365), y la facultad

<sup>1</sup> Para una diferenciación entre *derecho-norma* y *derecho-ciencia*, puede verse Carlos O. Ruge, "El derecho", Introducción, n.º 3 y 4.

dad que tienen los hijos menores de exigir que sus padres los alimenten y eduque es *derecho subjetivo*.

El *derecho subjetivo* aparece así como una emanación del *derecho objetivo*. (Aclarando sin embargo que hay *derechos subjetivos* que están en la naturaleza misma de las cosas y que la ley no los podría negar: por ejemplo, ese *derecho a alimentos* de los hijos menores frente a los padres).

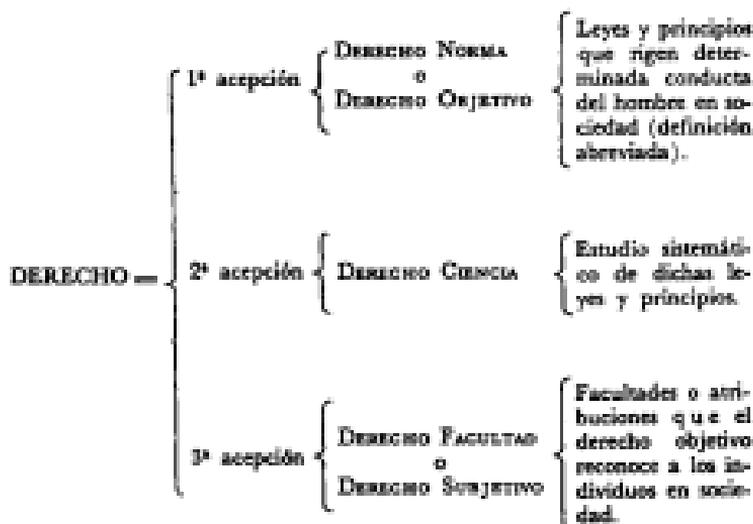
En conclusión: el *derecho subjetivo* siempre es una *facultad*, una *pretensión*.

Es una *pretensión* de un sujeto frente a otro sujeto o frente al Estado.

Los términos *derecho subjetivo* y *derecho facultad*, son —por tanto— *síntimos*.

## 7. — RESUMEN SOBRE LAS ACEPCIONES Y TERMINOLOGIA

Gráficamente representadas, tenemos entonces las siguientes conclusiones:



## 8. — ACLARACION.

La materia de los números precedentes pertenece por igual a los cursos de Parte General y de Introducción al Derecho. Puede ser objeto de ampliación en los buenos textos sobre esta última materia.

## 2.—UBICACION DE NUESTRO CURSO.

El curso de Parte General de Derecho Civil, así como los sucesivos cursos de Derecho Civil, constituyen un estudio sistemático de las leyes y principios que rigen en materia civil. (Ya veremos más adelante cuál es el sentido de esta expresión, pero por ahora señalamos que es la relativa a las relaciones de los diversos sujetos de derecho entre sí).

Nuestro curso es, pues, una forma de *derecho ciencia* aplicada al estudio de una determinada zona del *derecho norma* o *derecho objetivo*.

## 10.—EL INTENTO DE UN CURSO DE DERECHO CIVIL: HACER CIENCIA SOBRE LA BASE DE UN CUERPO DE LEYES SISTEMATIZADAS.

El intento de un curso de derecho civil es hacer el estudio científico de un sistema de leyes.

Ese sistema de leyes está contenido en un cuerpo orgánico llamado el *código civil*.

Se trata pues de *hacer ciencia*, o sea estudiar científicamente, sobre la base del código civil.

Los dos sucesivos momentos del estudio son pues:

1º Estudiar el código civil.

2º Hacer ciencia sobre ese código: sobre sus reglas y principios, y sobre otras reglas y principios que son de derecho pero que no están contenidos en él.

## 11.—QUE SIGNIFICA HACER CIENCIA: ES ALGO MAS QUE ESTUDIAR LEYES.

Hacer ciencia sobre una materia es tanto como estudiarla sistemáticamente, ubicándola en el campo general del conocimiento, descubriendo sus principios internos y sus conexiones con otras formas de conocimiento.

En la historia de la ciencia del derecho privó un tiempo la idea de que todo el derecho estaba expresado en el código, y por tanto los autores que respondían a esa tendencia, a la que luego aludiremos como *escuela exegética*, se limitaban a estudiar el código.

Pero en la actualidad esa idea puede considerarse superada, y por nuestra parte, colocándonos en la línea que creemos acertada del pensamiento de nuestra época, no pensamos que el estudio deba limitarse al código, ni tampoco pensamos que todo el derecho esté comprendido en el código.

Por eso, en la definición provisoria que del derecho estamos ensayando de nuestra época, no pensamos que el estudio deba limitarse yando, no decimos que sea sólo un conjunto de leyes, o de códigos, sino que decimos que es un conjunto de leyes y de principios.

Incluimos, pues, los principios que están más allá de las leyes, y que llegan allí donde no llegan las leyes.

La ciencia del derecho —por tanto— no es sólo una ciencia de leyes, sino también una ciencia de leyes y de principios.

## 12.—PERO HAY QUE EMPEZAR POR LAS LEYES.

El estudio del derecho no debe limitarse a un estudio de las leyes, pero debe comenzar por un estudio de las leyes.

Las leyes no son todo el derecho, pero son la forma más desarrollada del derecho.

Por eso la ciencia del derecho debe comenzar por el estudio de las leyes. De ahí pasar al estudio de los principios y en base a éstos juzgar si las leyes son buenas o malas, e indicar la forma de mejorarlas.

Pero no se podrá hacer ciencia sobre lo bueno o malo de un sistema de leyes, si previamente no se lo conoce a fondo como tal, es decir, como sistema.

## 13.—UNA INDICACION PRACTICA: ESTUDIAR SOBRE EL CODIGO.

Y de esta observación metodológica en cuanto al concepto del estudio mismo se deriva una observación práctica dirigida al estudiante: *debe estudiar su derecho civil teniendo siempre a la vista su Código Civil*, que es la expresión legalizada del derecho civil argentino.

No ha de limitarse al estudio del código, pero debe conocerlo y conocerlo a fondo. Es la única forma de elevarse por encima de él.

Nuestro curso no aspira a una ciencia desinteresada sino a una ciencia aplicada.

La Facultad no sólo prepara científicos sino también profesionales.

Y para el profesional el código es la base misma de su actuación y conocimiento.

Nunca se podrá prescindir del código en la misma forma que nunca el estudio se deberá limitar al código.

## 14.—OTRA INDICACION PRACTICA: "EL DERECHO SE APRENDE ESTUDIANDO Y PENSANDO".

Un eminente jurista uruguayo recientemente fallecido —el doctor Eduardo J. Couture— habrá una frase que es interesante que el estudiante de derecho grave en su memoria desde el comienzo mismo de sus estudios:

**"EL DERECHO SE APRENDE ESTUDIANDO Y PENSANDO".**

Saber derecho es saber leyes y saber juzgarlas. Saber apreciarlas.

Y esto es trabajo de propia reflexión, de propio pensamiento.

El primer paso es saber la ley. El segundo es formarse un criterio general para juzgarla a la luz de los principios generales.

Y esto último es el fin del estudio del derecho. La formación del criterio jurídico.

El criterio jurídico, que es lo que queda cuando se haya olvidado todo lo que tiene sentido circunstancial y contingente dentro de la ley.

Si todas las leyes fueran derogadas en un momento dado y fueran

reemplazadas por otras, el saber de los juristas no por eso quedaría aniquilado, pues su saber substancial radicaría en que ellos —y únicamente ellos— estarían en condiciones de juzgar la bondad de las nuevas leyes.

#### 15.— UNA ÚLTIMA INDICACION: VER LEYES Y VER CASOS.

Por último: no basta estudiar leyes y saber leyes. Hay que estudiarlas en su aplicación a los casos prácticos.

En este sentido podemos comparar el estudio del derecho al estudio de un idioma.

No basta aprender de memoria una gran cantidad de palabras sino que el aprendizaje consiste en saber emplearlas.

Y lo mismo ocurre con el derecho: saber derecho no es sólo conocer muchas leyes, sino que implica además saber aplicarlas. Adentrarse en su sentido, juzgar la forma de llevarlas a la realidad.

#### 16.— VOLVIENDO AL DESARROLLO DEL TEMA.

Las observaciones de los números 9 al 15 nos han apartado del desarrollo del tema, pero eran indispensables porque hay ciertas cosas que es necesario decirles en algún momento. Así como en una visita a un museo, es necesario interrumpir continuamente la muestra de cuadros para hacer anotaciones incidentales sobre sus antecedentes, sobre la forma de su confección, etc., así en estas clases iniciales que son algo así como la primera visita al museo viviente que es el derecho, se hacen necesarias estas aclaraciones incidentales para dar sentido a la exposición.

Retomando la línea de la exposición volvemos al concepto del derecho objetivo, o derecho norma, que habíamos definido provisoriamente como *sistema de leyes y principios que rigen la conducta del hombre en sociedad*.

Es una definición provisoria sobre la cual debemos realizar dos trabajos: *analizarla en sus términos, y complementarla*.

#### 17.—ANÁLISIS DE LA DEFINICION PROVISIONAL: POR QUE SE DICE QUE ES UN SISTEMA.

Decimos que el derecho es un sistema de leyes y principios.

Utilizamos la palabra *sistema* para indicar que las diversas leyes y principios que constituyen la materia del derecho, responden a una idea final.

Están insertados en esa idea.

Son un conjunto de piezas que forman un todo único, así como las piezas de un motor están estructuradas en forma que se complementen las unas a las otras, y no simplemente están acumuladas al azar.

Un *sistema normativo* es algo así como un motor social: es el instrumento del orden en la sociedad.

Un *sistema* supone una agrupación de leyes ordenadas en miras a un fin.

## 18.—POR QUE SE DICE "SISTEMA DE LEYES".

Al hablar de un derecho como un *sistema de leyes* nos estamos refiriendo a un tipo determinado de derecho: el que rige en países de legislación escrita.

Hay que hacer una aclaración, sobre esto, porque en el mundo actual hay un grupo de países, cuyo derecho no está fundamentalmente estructurado sobre un *sistema de leyes*, sino sobre un sistema distinto. Es lo que ocurre con los países del grupo anglosajón (Inglaterra, Estados Unidos, etc.), que tienen el régimen jurídico llamado del *common law*.

Por ahora no podemos entrar a explicar en qué consiste, pero sólo diremos una cosa: en el *common law* el derecho no aparece fundamentalmente expresado en leyes, sino en otro tipo de mandatos jurídicos. (Hay ciertamente leyes en Inglaterra y Estados Unidos, pero la mayor parte del derecho no está contenido en esas leyes sino en otros preceptos que no dictó el legislador, sino que se han ido imponiendo desde tiempo inmemorial por las sentencias de los jueces.)

Prescindiendo de esa particularidad, en nuestro régimen, que es el de la mayoría de los países europeos (con las excepciones anotadas), el derecho consiste en un sistema de leyes —principalmente— porque la mayor parte del derecho está contenido en la ley.

## 19.—POR QUE SE AGREGA: "SISTEMA DE LEYES Y PRINCIPIOS".

El derecho —decimos— está principalmente contenido en las leyes, pero no está exclusivamente contenido en las leyes.

También hay un derecho que está consagrado por principios no legislados, es decir, por principios que no son leyes.

Ya hemos anticipado esta observación al referirnos a la materia de nuestro curso (ver nº 11). La ciencia del derecho no consiste sólo en estudiar leyes, sino también implica estudiar los principios que las informan.

Y lo mismo que ocurre con la ciencia del derecho (o derecho-ciencia) ocurre con el derecho-norma.

## 20.—EL MISMO CODIGO CIVIL CONFIRMA QUE NO TODO EL DERECHO ESTA CONTENIDO EN LAS LEYES. LA REGLA DEL ARTICULO 16.

En efecto: el artículo 16 del Código Civil al establecer las bases a que debe ajustarse el juez para decidir los casos sometidos a su resolución, dispone:

"Si una cuestión civil no puede resolverse ni por las palabras ni por el espíritu de la ley se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho teniendo en consideración las circunstancias del caso".

El juez, pues, debe resolver aplicando los principios generales del

derecho en aquellos casos en que no pueda resolver por aplicación de la ley.

Vale decir que el propio código deja establecido que el derecho no siempre está contenido en la ley. Que hay principios generales de derecho que están fuera de la ley y que la ley llama en su ayuda para la solución de los conflictos jurídicos.

## 22.—NO ES UNA NORMA PROPIA DE NUESTRO CÓDIGO SINO COMÚN A LOS DIVERSOS CÓDIGOS.

Esta norma —por otra parte— con formulaciones variables, aparece en los distintos códigos.

Es —ella misma— un principio general de derecho. Es decir: es un principio general de derecho el que la ley sea complementada por otros principios y reglas.

## 23.—PROSIGUIENDO CON LA DEFINICIÓN: "LEYES Y PRINCIPIOS QUE RIGEN LA CONDUCTA DEL HOMBRE EN SOCIEDAD".

Las leyes y principios que constituyen el contenido del derecho o rigen aquella acción externa de cada hombre, que puede afectar a los otros hombres o a la colectividad.

El derecho no rige la conducta humana que no tiene relevancia social.

La Constitución Nacional, consagra este principio en su artículo 19:

"Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofenden 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."

## 24.—OTROS ELEMENTOS PARA AMPLIAR LA DEFINICIÓN.

Diciendo que el derecho es sistema de normas y principios que rigen la conducta humana con relevancia social tenemos una visión general del concepto del derecho.

Sin embargo para que la definición sea completa habría que añadir otros elementos que hagan *af como* la rige, y *af fin* con que la rige.

## 25.—EL "COMO LA RIGE": LA COERCION.

Es característica de la norma de derecho que su mandato sea estrictamente una orden que se deba acatar y que el hecho de que un individuo no la acate traiga una consecuencia inconveniente para ese individuo, dispuesta por la ley que le había impartido la orden. Esa consecuencia inconveniente, en términos generales, se llama la sanción, y el hecho de que la norma esté respaldada por esa sanción constituye la *coerción* propia de la norma de derecho.

En base a este elemento añadiríamos a la definición provisoria un nuevo término. El derecho sería el sistema de normas y principios que rigen la conducta del hombre en sociedad, *con un respaldo de coerción*.

#### 20. — ¿DEBE MENCIONARSE LA IDEA DE JUSTICIA EN LA DEFINICION DEL DERECHO?

Y entramos finalmente a un último elemento cuya precedencia es discutida en el campo teórico: a saber, si la idea de justicia debe mencionarse en la definición del derecho.

#### 21. — LA OPINION NEGATIVA.

Una tendencia entiende que los problemas lógico-conceptuales no deben confundirse con los problemas de valoración.

El derecho es algo que debe definirse en base a elementos conceptuales, y la justicia no es elemento conceptual sino valorativo.

Estos autores admiten —como no podía menos de ocurrir— que el derecho debe ser justo, pero esto como aspiración, en la misma forma en que el hombre debe ser bueno. Pero esas calificaciones no hacen a su esencia, y así como el hombre malo no deja de ser por ello hombre, así el derecho injusto no dejaría de ser derecho.

#### 22. — PARTIDARIOS DE ESTA TESIS.

Sería difícil enumerar siquiera someramente a todas las corrientes de pensamiento involucradas en esta tendencia.

Diremos solamente que en los últimos tiempos quien más la ha prestigiado ha sido el desarrollo del autor austriaco Hans Kelsen, en su "Teoría pura del derecho".

#### 23. — LA OPINION QUE INCLUYE EL ELEMENTO JUSTICIA.

Otra tendencia considera que en el derecho no se puede separar algo que es inseparable.

Que el derecho es necesariamente una idea con contenido o aspiración de justicia, y que al definirlo no se puede prescindir de ese contenido.

#### 24. — NUESTRO PENSAMIENTO: DEBE EXIGIRSE UNA CLERA PRETENSION DE JUSTICIA.

Nos inclinamos a sostener que en la definición del derecho, debe incluirse en alguna medida el factor justicia.

No llegaremos a decir que el derecho es el sistema de normas que realiza totalmente un ideal de justicia, porque la justicia es algo que depende de una apreciación sumamente difícil de precisar —en algunos casos— y lo que unos consideran justo otros lo consideran injusto.

Pero, no obstante esa dificultad, y precisamente para salvarla, deci-

mos que el derecho debe contener una cierta *pretensión de justicia*.

### II. — RAZONAMIENTO QUE NOS LLEVA A ESTA AFIRMACIÓN. EL DECRETO DE HERODES

Cuenta una tradición que Herodes el Grande, al tener conocimiento del nacimiento del Mesías, se propuso exterminarlo y a tal efecto ordenó que se diera muerte a todos los niños de Belén, menores de dos años.

No nos incumbe ahora referirnos al contenido histórico de esta tradición relacionada con el degüello de los santos inocentes (tema preferido de algunos artistas para la representación de cuadros de desesperación y crímenes), pero traemos a colación el caso a los efectos del ejemplo que queremos ilustrar. Supongamos que se deba analizar el carácter jurídico de aquella orden, o de cualquier otra disposición de un soberano malvado que dispusiera: Los padres deben matar a sus hijos, o bien: Los hijos deben matar a sus padres.

Frente a una tal orden emanada de autoridad competente, nos preguntamos: ¿cabría afirmar que tal orden es derecho?

La respuesta es comprometedora.

Quiénes prescinden de introducir en la definición del derecho la noción de justicia, deberán admitir que formalmente esa orden ES DERECHO, pero a renglón seguido deberán agregar que es un derecho que no debe ser obedecido. (Naturalmente que en el planteo de estos autores, el problema de si debe o no ser obedecido, será algo distinto e independiente de la definición misma o problema conceptual). La conclusión será pues: Técnicamente, es decir, en un terreno de técnica de definiciones jurídicas, esa orden es derecho.

En cierto sentido ese planteo tiene una explicación, porque lo que se busca es fijar meramente conceptos o formas o estructuras, sin entrar en valoraciones que pueden crear confusión.

Pero esto tiene un inconveniente y es que hay que admitir que en ciertos casos *el derecho debería ser desobedecido* o bien, que en ciertos casos *el derecho puede ser inícuo*.

Y esta conclusión viene a provocar una confusión quizá más grave que las que se querían evitar.

Por eso pensamos que están más acertados aquellos que consideran que la noción misma de derecho es inseparable de un cierto contenido de justicia. Piensan que si se separa ese contenido de justicia de la idea de derecho se viene a dejar ésta tan vacía que prácticamente carecería de interés.

El mandato de un soberano que dispusiera "Los padres deben matar a sus hijos" estaría refutado contra los sentimientos más elementales de la naturaleza y de la razón. Por eso, a nuestro juicio, nunca puede decirse que ese mandato sea derecho.

Y para llegar a esta conclusión ha de admitirse entonces que el derecho debe contener una cierta *pretensión de justicia*, estar dirigido en al-

guna medida a la realización de la justicia. La orden del gobernante no ha de ser derecho por la sola razón de que provenga del gobernante, pues un capricho arbitrario y desalmado de un déspota perverso no podría recibir la calificación de derecho.



**22.—AL DECIR "PRETENSION DE JUSTICIA" SE LO HACE EN SENTIDO AMPLIO COMPRENSIVO DEL ORDEN Y DE LA SEGURIDAD.**

Una simple aclaración queremos hacer: al mencionar la idea "justicia" comprendemos la palabra en un sentido amplio que abarca las ideas de orden, de seguridad, etc.

Hay mandatos jurídicos que en realidad no plantean problemas de justicia. Por ejemplo, la ley que dispone que el tránsito de los vehículos circule en las calzadas por la mano derecha no responde estrictamente a una idea de justicia. Igual pudo disponerse que circulara por la izquierda. Pero hay una cuestión de orden (o sea que debe circular por una mano), y dentro de ella una cuestión de conveniencia (es ventajoso que en todos los países se circule por la misma mano, porque así los conductores de uno pueden desenvolverse mejor en otro, los vehículos construidos en uno tienen una disposición que los hace aptos para circular en otros, etc.).

**23.—DEFINICION ELABORADA. DERECHO OBJETIVO.**

Con los elementos de juicio que quedan resñados, ofrecemos la siguiente definición que puede servir para fijar los conceptos fundamentales de la materia:

**EL DERECHO OBJETIVO ES:**

**UN SISTEMA DE NORMAS Y PRINCIPIOS  
QUE RIGEN LA CONDUCTA DEL HOMBRE EN SOCIEDAD  
CON UN RESPALDO DE COERCION  
Y UNA PRETENSION DE JUSTICIA, ORDEN O SEGURIDAD.**

**24.—DEFINICION DEL DERECHO CIENCIA.**

Señalámos inicialmente que tanto se usa la palabra derecho para designar las normas como la ciencia que las estudia (ver núms. 4 y 5).

Por eso, ya definido el derecho objetivo o derecho norma, pasamos a definir el derecho-ciencia:

Su característica es que estudia las normas que rigen en un país determinado o en el mundo entero (ciencia del derecho comparado), pero no se limita a estudiar como son, sino que se propone un estudio crítico de ellas, buscando destacar sus méritos y sus defectos. Podríamos dar, entonces, la siguiente definición:

*El derecho en cuanto ciencia es:*

*Estudio crítico de las normas jurídicas,  
dirigido a conocer su sentido  
y a destacar sus méritos y sus defectos.*

### 35. — DEFINICION DEL DERECHO SUBJETIVO.

Por último nos referimos a la tercera acepción: el derecho subjetivo. Ya señalamos que son facultades o atribuciones del sujeto. Lo característico en ellas es: a) que en algunos casos las leyes crean esas facultades y en otros casos simplemente las consagran (caso del derecho de los hijos a recibir alimentos de sus padres, o del derecho de los padres a exigir respeto a sus hijos); b) pero en uno y otro caso las leyes garantizan esa facultad.

Podríamos pues definirlo:

*El derecho subjetivo es:*

*Cada una de las facultades o atribuciones que un sujeto tiene  
frente a otros sujetos o frente al estado,  
creada o consagrada por la ley  
y garantizada por ella.*

### 36. — UN REPASO SOBRE OTRAS DEFINICIONES DEL DERECHO OBJETIVO.

Volviendo a la materia del n° 33, consignaremos varias definiciones que son conocidas a través de la historia del derecho, y que se refieren al derecho objetivo o a algunos de sus aspectos.

#### a) DEFINICIONES ROMANAS

Institutas de Justiniano:

*Jurisprudencia es el conocimiento de las cosas divinas y humanas,  
la ciencia de lo justo y de lo injusto.*

Definición del jurista Cneo transcripta en el Digesto de Justiniano: "jus" (o sea el derecho) es el arte de lo bueno y lo equitativo.

#### b) DEFINICION DE UN FILOSOFO MEDIEVAL: SANTO TOMAS DE AQUINO

La ley es:

*ordenación indicada por la razón para asegurar el bien común,  
impuesta por quien tiene a su cargo el cuidado de la comunidad,  
y suficientemente promulgada.*

c) DEFINICION DE UN CIVILISTA DEL SIGLO XIX: AUBRY Y RAU (FRANCESES)

En su "Cours de droit civil" estos autores consignan la siguiente definición:

Derecho es:

el conjunto de preceptos o reglas de conducta  
a cuya observancia es permitido constreñir al hombre  
por una coacción exterior o física.

d) DE UN AUTOR DE TEORIA GENERAL DEL DERECHO DEL SIGLO XIX: PICARD (BELGA)

En su obra "Le droit pur" Picard menciona la siguiente definición:

Derecho es:

el conjunto de deberes al cumplimiento de los cuales  
se puede ser constreñido por la fuerza social organizada.

e) DE UN AUTOR DE FILOSOFIA DEL DERECHO DEL SIGLO XX: DEL VECCHIO (ITALIA)

En sus "Lecciones de Filosofia del derecho" define:

Derecho es:

la coordinación objetiva de las acciones posibles entre varios sujetos,  
según un principio ético que las determina,  
excluyendo todo impedimento.

f) DE UN CIVILISTA DEL SIGLO XX: RENE SAVATIER (FRANCES)

En su reciente "Cours de droit civil" (Paris, 1947):

El derecho es la adaptación humana de la justicia.

La justicia es regla absoluta, superior, imperativa, que da a cada uno aquello que le es debido.

El derecho es su adaptación humana y por ende debilmente relativa: porque se aplica por hombres y porque se aplica a hombres.

37.— COMO EN ESTAS DEFINICIONES PREVALECN DIVERSOS ENFOQUES.

Si se comparan estas diversas definiciones, se advierte que cabe agruparlas en dos categorías:

*Primer grupo:* Definen el derecho en función de una finalidad exterior al derecho mismo (justicia, bien común). Tales la de las Institutas, la de Celso, la de Santo Tomás, la de Del Vecchio, la de Savatier.

*Segundo grupo:* Definen al derecho en función de un elemento inter-

no: su coerción o facultad de constreñimiento. Tales las de Pisard y de Aubry y Rau.

Encontramos, pues, reproducida la misma diferencia que señalábase en los números 26 y siguientes.

### III.—UNA OBSERVACIÓN ETIMOLÓGICA QUE CONFIRMA ESOS DISTINTOS ENFOQUES.

Es interesante hacer una observación final: la etimología de la palabra derecho ha dado lugar a diversas opiniones y entre ellas existe la misma divergencia que la que apunta en las definiciones precipitadas.

Para algunos, *derecho* proviene de *dirigere*, sea, dirigir, mandar, ordenar. El derecho sería en tal forma una orden, con prescindencia de su justicia o injusticia.

Para otros proviene de *directus*, *rectus*. Es decir lo que es correcto, lo que está de acuerdo a la rectitud de conducta, eso es "derecho".

## APÉNDICES A LA LECCIÓN PRIMERA.

Hay ciertas partes de la enseñanza que no pueden incluirse en el desarrollo de la clase teórica, pero que sin embargo son indispensables para la comprensión de la materia.

Se trata a veces de ordenación de textos legales; otras de comentarios sobre autores o libros; otras versarán sobre leyes de otros países, o sobre formas o métodos de estudiar, o contendrán trozos selectos de lectura para la formación del estudiante.

Todos estos contenidos han de ser incluidos en apéndices, puestos al final de cada lección.

Allí mismo se señalará lo que ha de ser objeto de elaboración por el propio estudiante, ya que el estudio de una materia que consiste en la aplicación práctica de ideas teóricas tiene que contener en determinada medida un aprendizaje práctico.

### Apéndice N° 1. - Textos del Código Civil considerados en esta clase

#### a) El artículo 16.

Es uno de los textos fundamentales del Código. Interesa considerarlo desde varios aspectos y por eso volveremos sobre él en clases siguientes. Por su importancia lo transcribimos íntegramente:

"Si una cuestión civil

"no puede resolverse ni por las palabras ni por el espíritu de la ley

"se resolverá por los principios generales del derecho teniendo en consideración las circunstancias del caso."

b) *¿Qué aspecto del artículo 16 nos interesa para la clase de hoy?...*

El artículo 16 contiene diversos puntos relativos a las fuentes del derecho. Ellos no interesan al planteo que hoy queremos desarrollar. Pero si nos interesa destacar lo siguiente: si el propio código dispone que a falta de solución en la letra de la ley o en su espíritu o en las leyes análogas hay que recurrir a los principios generales de derecho, ello nos demuestra que no todo el derecho está en la ley; que hay principios generales que llegan y se aplican allí donde no hay ninguna ley que aplicar. El derecho, por tanto, no es sólo un sistema de leyes, sino un sistema de leyes y principios que las complementan. Queda así justificada la definición provisoria que de él hemos dado siguiendo las corrientes modernas de pensamiento en el nº 19.

#### Apéndice N° 2 - Sobre el modo de estudiar una norma

Es conveniente que el estudiante que se inicia en el estudio del derecho positivo se acostumbre a saber "leer" los textos legales.

Debe habituarse a verlos en forma que le permita discernir lo substancial de cada norma.

En ese sentido puede adoptarse como método la siguiente fórmula. Siempre una ley dispone para un caso dado, una solución dada.

Son, pues, dos elementos: A) el caso que se prevé. B) La solución que se le da.

En el supuesto del artículo 15, tenemos:

#### A) CASO PREVISTO POR LA LEY:

que una cuestión civil no pueda resolverse ni por las palabras ni por el espíritu de la ley.

#### B) SOLUCION QUE SE LE DA:

Das soluciones sucesivas:

1º) Atender a los principios de leyes análogas.

2º) Si aún así la cuestión fuere dudosa, resolverla por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso.

En cada uno de esos elementos, a su vez, se incluyen diversas exigencias cuyo conjunto nos da el panorama total de la norma. En el precedente examen hemos ido subrayándolas y así tenemos los siguientes datos:

1º) Que un Juez deba resolver una cuestión civil. (Este se surge propiamente del artículo 16, pero si de su contenido artículo 15 que lo precede y que se refiere a la forma en que deben actuar los jueces).

- 2º) Que esa cuestión sea civil (es decir, sea una cuestión de derecho civil).
- 3º) Que esa cuestión civil no pueda resolverse por las palabras de la ley.
- 4º) Que tampoco puede resolverse por el espíritu de la ley.
- 5º) Que en tal caso debe recurrirse a los principios de leyes análogas. (Obedécese: no se dice a la letra de leyes análogas sino a sus principios).
- 6º) Que si tampoco los principios de leyes análogas la resuelven debe recurrirse a los principios generales del derecho.
- 7º) Que esos principios generales del derecho deben ser aplicados teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

Todos estos varios elementos nos dan lugar a su vez a todo un desarrollo de problemas. Así por ejemplo:

- ¿Qué es una cuestión civil?
- ¿Qué significa la expresión "palabra de la ley"?
- ¿Y la expresión "espíritu de la ley"?
- ¿Qué son los principios de leyes análogas?
- ¿Qué son los principios generales del derecho?
- ¿Qué significa tener en consideración las circunstancias del caso?

El conjunto de estos problemas serán estudiados en las clases sucesivas a medida que entremos al desarrollo completo de las clases.

# EL CONTRATO DE HOSPEDAJE Y SU RESCISIÓN ANTE LAS LEYES LOCATIVAS DE EMERGENCIA

Dr. MIGUEL ECHEGARAY

## Síntesis:

- 1) Generalidades. — 2) Legislación Positiva y Reseña jurisprudencial. — 3) El caso en estudio.

## I. — GENERALIDADES

Desde las épocas más lejanas de la historia, la prestación onerosa de morada y alimento, ha sido actividad específica y habitual de determinadas personas. La vinculación entre los pueblos del orbe, siempre en aumento, y aún más, acrecentada por el Cristianismo y su afán solidarista, introdujo la figura del peregrino, viajero incansable, ávido siempre de albergue y sustento.

Plena se halla la literatura universal de narraciones en las que se describen: mesones y ventas, paradores y hosterías, presentadas siempre como marco y escenario de sucesos diversos. Cervantes, (Cap. II<sup>o</sup>) comienza su obra inmortal citando una de ellas, donde su personaje tuviera su primera aventura.

Esa explotación mercantil, en sus comienzos casi doméstica y familiar; y hoy día, desarrollada por la gran empresa, ofrece a la consideración jurídica una figura peculiar: el contrato de hospedaje.

Nace éste, de la mutua vinculación entre huésped y hotelero, engendrándose desde ese momento diversas obligaciones a cargo de uno u otro, y además, los correlativos derechos como consecuencia lógica de un deber hacia alguien. Al huésped corresponde el pago del precio, en monto y oportunidad pactada, debiendo además, respetar aquellas reglamentaciones impuestas por el segundo para facilitar la convivencia y el adecuado goce de los servicios acordados. El hotelero —por su parte— ha de proporcionar habitación; alimento a las horas que por el pacto o la costumbre corresponde; algunos otros servicios complementarios, como ser: ropa limpia, elementos necesarios para el aseo diario, servicio de mucama, conserje, teléfono, guarda de vehículos, etc. Además, como obligación accesoria, el hospedero se constituye en

depositario y guardián de los efectos que el huésped introduzca en la casa.

Esta relación tan sencilla y habitual en la práctica, ¿cómo podríamos calificarla desde el punto de vista jurídico?, ¿cuáles son sus caracteres peculiares?

Demás está decir que se trata de un contrato, o bien de una convención, ya que este último término ofrece un significado mucho más amplio según algunos tratadistas y encerraría dentro de sí a la denominación "contrato", como el género a la especie (Salvat. Contratos. T. 1<sup>o</sup>, págs. 28 a 31. Edición 1950). Surge además claramente, el carácter de contrato o el de convención, por exteriorizarse en el hospedaje la existencia de varias voluntades que regulan los derechos de los individuos que en él intervienen (art. 1137 del C. Civ.), lo cual pone de manifiesto al instante esa figura jurídica, producto de un "modus vivendi" ancestral, nacido de la inclinación sedentaria y social del ser humano.

Nuestras leyes positivas (Cód. Civil y de Comercio) no se refieren en forma expresa al hospedaje. La omisión, que no creo involuntaria, ha debido obedecer a la complejidad de sus caracteres, que no se presentan como típicos sino adaptados y extraídos de otros modelos de contrato. Me atrevo entonces, aplicando la norma tan clara y categórica del art. 1143 del Cód. Civil, a incluir al hospedaje dentro de la categoría de los contratos innominados.

No escapa, sin embargo, a mi observación, que pese al carácter enunciado y casi impuesto por la disposición legal citada, podríamos encasillar al hospedaje dentro de una situación intermedia entre aquellos contratos que expresamente la ley considera y aquellos otros que sólo reciben el amparo del principio de la libertad de las convenciones, sujetos al capricho de los contratantes y únicamente restringidos por el respeto al orden público y las buenas costumbres (arts. 993 y 1197 del Cód. Civil). Estos últimos, pueden presentar modalidades infinitas, mientras que el hospedaje, tiene aspectos que le son característicos y de los cuales no podría desprenderse so pena de perder su condición de tal.

El contrato que nos ocupa, pone de manifiesto una serie de caracteres peculiares. Esa combinación de prestaciones a cargo del hotelero, lo distingue como contrato autónomo, dándole ese sabor peculiar que lo aparta marcadamente del arrendamiento, no obstante nutrirse en su substancia. Asimismo, fija aún más su carácter complejo, combinando los caracteres ya indicados con algunos otros extraídos del contrato de depósito.

Vemos pues, que el hospedaje se nos presenta con marcada autonomía y sin admitir —en su estructura básica— profundas alteraciones que pudieran hacer perder su típico sabor. Sólo puede hallarse algunas modificaciones derivadas de la importancia de la explotación comercial, que se manifiestan en lo relativo a la amplitud o restricción de los servicios otorgados al huésped.

El pago de una determinada suma de dinero en concepto de precio (art. 1493 del Cód. Civil), se mantiene en el hospedaje como característica invariable. Y así, si pudiéramos suponer que en casos especialísimos, esa prestación fuera substituida por alguna otra, podríamos advertir de inmediato, que no se nos presentaría un típico contrato de hospedaje, sino otra figura innominada, con cierta semejanza, pero no idéntica. Como antes hemos dicho, las prestaciones establecidas como obligación del hospedero, si bien pudieran sufrir algunas modificaciones, o restricciones, no cabría alterarlas fundamentalmente, y una de ellas hasta podría decirse que debe permanecer intangible. Me refiero al otorgamiento de techo, morada, habitación, albergue o como quiera llamársele. Sin ella, el hospedaje perdería su carácter de tal, pues, aún cuando se concediese al huésped alimento y atención, el contrato podría equipararse al que celebra cualquier individuo cuando concurre a un restaurant o casa de comida, pero no un clásico contrato de hotelería.

No cabe duda alguna acerca de la existencia de una semejanza entre hospedaje y locación, parecido tal, que hasta podría llamarse al primero como una "locación compuesta". Fese a ello, ha de entenderse categóricamente, que si bien existe parecido, no hay identidad, y si pueden aplicarse al hospedaje ciertas normas concernientes al arrendamiento, no puede pensarse que ello constituya una obligación legal que impida reglar aquel por las disposiciones correspondientes a los contratos en general.

Luego de estas consideraciones, podemos analizar brevemente cuales son los caracteres del contrato que nos ocupa. La mención ha de ser breve y casi sin hesitación podemos decir que el hospedaje es un contrato: consensual, bilateral, oneroso, comutativo, principal, complejo, mercantil y de ejecución sucesiva.

En cuanto a sus elementos, son los mismos de todos los contratos: consentimiento, capacidad y objeto lícito. No cabe —además— estimarlo como un contrato solemne dadas las circunstancias en que comúnmente se origina y la manera hasta tácita en que ambas partes prestan su consentimiento. No creo tampoco, que el registro de nombres, firma o datos personales constituya una modalidad que otorgue carácter formal a la convención, toda vez que dichas exigencias —impuestas por la autoridad policial o comunal— son una consecuencia de la existencia del contrato.

## 2. — LEGISLACION POSITIVA Y RESERVA JURISPRUDENCIAL

Según dijimos precedentemente, nuestros códigos de fondo no hacen mención expresa del contrato de hospedaje, únicamente, en forma circunstancial se hacen referencias del mismo en los arts. 2187, 2227, 2229 a 2237, 3886 y 4005 inc. 1.º del Cód. Civil.

Además, algunos decretos o resoluciones ministeriales, relacio-