

JORGE JOAQUÍN LLAMBIAS

Profesor Titular de Derecho Civil en la Universidad Nacional de Buenos Aires. Profesor emérito en la Universidad Católica Argentina. Ex Juez de la Cámara Nacional de Apelaciones de la Capital Federal. Premio Nacional de Derecho, años 1967-1972.

**T R A T A D O
D E
DERECHO CIVIL
PARTE GENERAL**

T O M O I

**NOCIONES FUNDAMENTALES
PERSONAS**

DECIMOSEXTA EDICIÓN

Actualizada con las leyes 23.264 y 23.515 por
PATRICIO RAFFO BENEGAS



**EDITORIAL PERROT
BUENOS AIRES**

social del hombre, pero exagera esa calidad en desmedro de la substancia personal del ser humano y de la dignidad de los fines de éste.

Sin duda el hombre está tomado en el engranaje social, familia, profesión, vecindad, clase social, nacionalidad, religión, etc. Son solidaridades de ideales y de intereses materiales, solidaridades regionales e internacionales. "Este embrollo de solidaridades es el hecho social. La sociedad nos lleva. La vida social acarrea nuestras existencias y nuestras actividades en su formidable rodar".⁶ Y entonces, la regla de derecho, ¿no habrá de ser inmanente en la vida social?

10. CRÍTICA. — ¡El derecho es la vida! He aquí una fórmula brillante y misteriosa que expresa una confianza cuasi-religiosa en los recursos desconocidos de la vida para engendrar su propia regla. Pero, ¿cuál es la significación conceptual de la fórmula? Renard discierne tres: el derecho es una noción de la *conciencia social*, o lo que la *masa de los individuos* considera como tal en un momento dado, o lo que emana de la *opinión pública*, pero en cualquiera de sus significaciones equivale al *derecho es la fuerza*. Consideremos, por ejemplo, la opinión pública que por ser noción más concreta que las otras permite fijar mejor la dilucidación del asunto. Si se atiende a su génesis aparece como la opinión de los cabecillas y de los adiestrados de la multitud, no pudiéndose negar que sea un factor del derecho positivo como fuerza que presiona. Pero de ahí a que sea la fuente y razón de ser del derecho hay mucha distancia. Ciertamente es un factor a combinar, a veces a contrarrestar, y siempre a equilibrar con muchos otros y especialmente con los principios del derecho natural.

La tesis de la inmanencia es falsa. Si la vida no tiene reglas fuera de sí misma, todo resulta lícito y bueno desde que es un brote de la vida. Todo freno a lo vital es reprobable, toda disciplina es injusta. Pero como el derecho es inexcusablemente una disciplina, un ordenamiento, esta explicación no es admisible porque viene a contradecir la esencia innegable de lo jurídico.

11. NOCIÓN VERDADERA DEL DERECHO. — El derecho es el *orden social justo*. Tal la tesis de Renard, a la que nosotros adherimos.

La existencia del hombre es consecuencia del amor de Dios. Él, la felicidad indeficiente, quiso en la efusión de su generosidad volcar su misma felicidad en otros seres a los que creó destinándolos a participar de su vida eterna. Pero no los

⁶ G. Renard, *op. cit.*, p. 58.

creó necesariamente sujetos a esa gloria, sino que aún para aumentarla si cabe, hizo Dios a los hombres inteligentes para que con la luz de la mente lo conocieran a Él, los dotó de voluntad para que lo amaran y tendieran a Él, los dotó de libertad para que conociéndolo y amándolo lo sirvieran y con ello conquistaran su felicidad eterna participando de la vida divina. Tal el fin último o sobrenatural del hombre.

Pero en tanto dura su travesía por la tierra, el hombre, como se dijo, está tomado en el engranaje social. Es que encuentra en la raíz de su ser una tendencia o apetito de sociabilidad que le comunica su propia naturaleza. Es en la "convivencia", en el vivir con otros, donde encuentra el ambiente propicio para el despliegue de las potencias que anidan en la intimidad de su ser, en consecución de su fin último y de los fines intermedios o naturales que la criatura humana se propone continuamente y que le proporcionan una cierta felicidad temporal: satisfacción de aspiraciones, necesidades, placeres, cumplimiento de deberes.

Ahora bien, como los fines naturales del hombre son múltiples como múltiples son las solidaridades que fomentan la vida social, en vista de la libertad, presente siempre en el hombre, que mal usada podría hacer fracasar toda suerte de convivencia, surge la necesidad imperiosa de disciplinar la conducta de los hombres para lograr un orden resultante que favorezca la obtención de los fines intermedios o naturales y no cohíba ni dificulte el acceso al fin último o sobrenatural de la persona humana.

Ese ordenamiento de la vida social, que es la única manera de existir la vida humana, es el derecho. Pero para que el derecho sea verdaderamente tal y no una mera fachada externa, el orden impuesto ha de ser *justo*, es decir "ajustado" a las características propias de lo ordenado, que es la conducta humana. Así como el conocimiento es la adecuación de la cosa al intelecto agente, "adequatio rei et intellectus", el derecho es la adecuación o ajuste de la vida a la regla que

le es propia, como dice Santo Tomás.⁷ Se trata pues de descubrir cuál es la regla que se adapta convenientemente a las exigencias propias de la vida humana y a la dignidad de sus fines, lo que se reconoce por la idea a la que la norma sirve. Pues una regla suscita un cierto orden y todo orden importa la realización de un designio, un tema, una idea dominante. Ahora bien, ¿cuál es el tema de la regla de la vida que la constituye en "derecho"? Ese tema es la "justicia" entendida como la proporción entre las exigencias de la persona humana y los bienes aptos para proveer a dichas exigencias en vista de la consecución de los fines humanos. El bien —define Aristóteles— es lo que los seres apetecen. Así, pues, un orden social será justo y por tanto verdaderamente *derecho*, no remedo de tal, cuando instaure una disciplina de la conducta humana que tome en cuenta al hombre como realmente es, criatura racional dotada de inteligencia y voluntad que se propone con sujeción a la moral los fines más diversos que la vida permite alcanzar, y en vista de ello le provea de un ambiente social, apto en su organización, para el logro de tales fines.

12. CONCEPTO DE DERECHO. — Como surge de los desarrollos precedentes entendemos que *el derecho es el ordenamiento social justo*.

Para Arauz Castex el derecho es la coexistencia humana normativamente pensada en función de justicia.⁸

Para Borda es el conjunto de normas de conducta humana establecidas por el Estado con carácter obligatorio y conforme a la justicia.⁹

Para Enneccerus y Nipperdey es el ordenamiento autárquico obligatorio, que se basa en la voluntad de una colectividad, de la conducta externa de los hombres en sociedad, mediante mandatos y concesiones.¹⁰

Para Salvat es el conjunto de reglas establecidas para regir las

⁷ S. Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, II^o IIae, Cuestión LVII, art. 1^o.

⁸ M. Arauz Castex, *Derecho Civil, Parte General*, ed. 1955, t. I, n^o 1, p. 11.

⁹ G. A. Borda, *Derecho Civil, Parte General*, ed. 1953, t. I, n^o 1, p. 12.

¹⁰ L. Enneccerus y H. Nipperdey, *Derecho Civil, Parte General*, Barcelona, 1934, vol. 1^o, párr. 30, ps. 126 y ss., I.