



LA ENSEÑANZA DEL DERECHO PRIVADO: UN APORTE DESDE EL REALISMO JURÍDICO

GABRIEL LIMODIO

*El principio que me ha guiado en mi compromiso
es que la persona humana es el fundamento y el fin
de la vida social, a la que el derecho civil debe servir.*

JUAN PABLO II

Discurso durante el acto académico de concesión
del título de Doctor “Honoris Causa” en Derecho.
Universidad de La Sapienza 17/05/03.

I. Preliminar

En la Facultad de Derecho de la Universidad Católica, durante el período que abarcó los años 2001/2004 se trabajaron temas vinculados a la enseñanza del Derecho Privado.

Esto último se hizo fundamentalmente en el ámbito de las Jornadas de conmemoración del bicentenario del Código Napoleón, donde se debatieron cuestiones vinculados a la formación del *Code* como asimismo la formulación de los códigos americanos.

En el ámbito de las tres Jornadas Anuales que se propusieron para estudiar *El Código Napoleón Raíces y Prospectiva*, se trabajó intensamente en una propuesta destinada a formar un criterio para la enseñanza.

Lo que se buscó definitivamente fue trazar un diagnóstico sobre la diversas modalidades de proponer la formulación del derecho pri-



vado, su enseñanza, y de alguna forma saber dentro de que proyecto se encamina una adecuada presentación del derecho para que lo comprendan los alumnos.

Se propuso una instancia de diálogo donde los resultados fueron menos predecibles, la prospectiva de la codificación en el derecho privado. El tema no ha sido menor en cuanto a que se invitó a reflexionar sobre el ordenamiento jurídico, y las respuestas se orientaron a la forma de pensar y de enseñar para lograr que efectivamente nuestro ordenamiento privado guarde coherencia con aquellos principios que le dan sentido y que tienen que ver con la noción de justicia conmutativa y con criterios de objetividad que es posible discernir en el entramado de las concretas relaciones jurídicas en las que se hallan inmersas las personas en la vida social.

Si se trata de proponer una respuesta, aunque la misma resulte provisoria al problema de la enseñanza del derecho privado, nunca es desdeñable partir de los datos de la realidad. Quizá uno de los mayores problemas en los temas vinculados a la enseñanza es que no siempre se acepta el dictado de la realidad de las cosas, por lo cual se proponen soluciones que distan mucho de realizar razonables aportes para resolver las cuestiones.

Una adecuada respuesta al problema de la enseñanza no puede sino partir de un adecuado análisis de la realidad. Asimismo debe ponderarse el marco cultural desde el cual cabe hacer el análisis.¹ Así

¹ Como puede advertirse desde el inicio se hará referencia a los tres tomos de esta obra colectiva que quedan mencionados con la siguiente nomenclatura AA.VV. *La Codificación Raíces y Prospectivas. El Código Napoleón*, t. I, Educa, Buenos Aires, 2003. AA.VV., *La Codificación Raíces y Prospectivas. La Codificación en América*, t. II, Educa, Buenos Aires, 2004. AA.VV., *La Codificación Raíces y Prospectivas*, t. III, Educa, Buenos Aires, 2005. Por otra parte, en varios lugares de este trabajo se vuelve sobre uno de los temas que se presentaron para la confección del tercer tomo de la serie referida que será citado como “La enseñanza del derecho privado en la tensión modernidad ilustrada-posmodernidad”.

Asimismo para el tema cosmovisional puede consultarse Eduardo Quintana, *Visión de la cultura y de la historia*, Cooperadora F.D.S.C., Buenos Aires, 1975. AA.VV. *Un diagnóstico para la nueva evangelización –Los orígenes de la Postmodernidad Fundar*, Buenos Aires, 1995. Kenneth Clark, *Civilización*, Alianza Editorial Madrid 1979. Finalmente en lo que hace al problema del realismo puede verse Etienne Gilson, *El realismo metódico*, Rialp, Madrid, 1974. Pieper Josef, *El descubrimiento de la realidad*, Rialp, Madrid, 1974.



es necesario partir de una noción general del momento histórico en el cual se forjan los modelos de estudio que todavía padecemos, y por otra parte el momento cultural dentro del cual estamos obligados a diseñar un nuevo modelo. De allí que sea necesaria una breve referencia a la modernidad, a la modernidad ilustrada y a la posmodernidad. En este aspecto, si bien el tema del trabajo gira en torno a una respuesta a la enseñanza desde el realismo jurídico, se entiende necesario volver a plantear el problema de la tensión modernidad ilustrada-posmodernidad, como se ha hecho en otro trabajo.²

Esto es así porque al ser el derecho un saber práctico –prudencial y eminentemente relacional se necesita ubicarlo en un contexto cultural. Estas ideas son las de universalidad y orden que razonablemente se refieren a una actitud que debe trascender a las mismas.

Así el concepto de cultura abarca una dimensión humanística y socio-histórica. Con la palabra genérica cultura se indica todo aquello con lo que la persona desarrolla sus innumerables cualidades espirituales y corporales.³

No pueden dejar de citarse aquí dos trabajos que arrojan luz sobre esta cuestión por lo menos a partir del marco conceptual como son la obra de Karol Wojtyla en *Memoria e identidad*, Planeta, 2005, y la de Joseph Ratzinger, *Iglesia y Modernidad*, Paulinas, 1991, traducción del original *Wendenzzeit für Europa?*.

En este mismo sentido cobra vigencia la formulación que ha hecho el Cardenal Ratzinger en su conferencia sobre “Fundamentos espirituales de Europa”, acerca de la herencia cultural que forma a Europa y presenta su tema diciendo “Europa no es un continente netamente determinado en términos geográficos sino más bien es un concepto cultural e histórico” (conf. Joseph Ratzinger, *Fundamentos espirituales de Europa*, puede consultarse en la página Zenit ZSI04052201).

Dentro de esta mismo plexo de lecturas puede consultarse Pedro Morande, “Balance de un siglo y perspectivas para una nueva fase histórica”, en Revista *Humanitas*, n° 24, pp. 597 y sgts., Santiago de Chile, 2001.

Giandomenico Mucci, “La postmodernidad buena” en Revista *Humanitas*, n° 9, pp. 14-23, Santiago de Chile, 1998.

Pedro Morande Court, “Claves para una comprensión cristiana de la crisis de la Modernidad”, en revista *Vertebración*, n° 40, p. 29, Puebla, México 1997.

Fabio Duque Jaramillo, *Cristianismo y Mundo Contemporáneo*, idem anterior p. 10 Puebla México 1997.

² “La enseñanza...”, citado en AAVV, “La Codificación...”, t. III.

³ Conf. Concilio Vaticano II, Constitución Pastoral *Gaudium et Spes* n. 53, AAS 58 (1966) 1075.





De esta manera se considera que si de alguna manera no se pueden explicar ese desarrollo de potencialidades dentro de un marco cosmovisional será muy difícil entender porque se ha enseñado el derecho dentro de determinados parámetros.

La cultura significa, en un medio social determinado, el modo de expresión y de realización de la persona. Así, si por trabajo que es acción transformadora de la naturaleza, el hombre se perfecciona y expresa su personalidad, es necesario que este trabajo represente tanto por su esfuerzo como por sus resultados, una imagen que permita al trabajador reconocerse a si mismo.⁴

Puede entonces concluirse desde esta perspectiva que la cultura es el factor que marca a un pueblo, al permitirle expresarse y fortalecer su conciencia colectiva.⁵ Por otra parte en esta línea de pensamiento debe recordarse que es prácticamente imposible ofrecer una respuesta al problema de la enseñanza sino se la inserta dentro de un ámbito espacial y existencial.

Se debe una vez más fijar un punto de referencia para plantear la cuestión que se quiere resolver, y esto es así porque el fin del siglo XX ha permitido observar el derrumbe de las denominadas ideologías antropocéntricas, lo cual por una parte obliga a referirse a cual ha sido el origen de las mismas, y por otra parte cuando se busca la respuesta deberá formularse desde un humanismo que signifique una superación de las mismas.⁶

Difícilmente exista otro momento en el cual se advierte la clara convicción de la dificultad por la cual atraviesa la cultura de la humanidad producto de la fragmentación a que se ha visto sometida por el fracaso del proyecto ilustrado.

Es claro que en el siglo XX se verificó la derrota del positivismo jurídico, que fue el que inspiró el modelo a partir del cual se ha enseñado el derecho privado basado en la Escuela de la Exégesis, por lo cual la cuestión cobra una vigencia aún mayor si se trata de la formulación del derecho y la enseñanza del mismo. En este sentido la derrota del positivismo merece ser analizado desde la pers-

⁴ Paul Poupard, *Iglesia y Culturas*, EDICEP, Valencia, 1985, traducción del libro *Chiesa e cultura vita e pensiero* versión por Manuel Ureña Pastor.

⁵ Paul Poupard, *idem* anterior, p. 17.

⁶ Alejandro Llano, "Actualidad del humanismo clásico", en *Humanitas*, Chile, 2001, n° 21, pp. 21 y sgts.





pectiva que el mismo fue el modelo que para el derecho diseñó la Ilustración.

Lo dicho obliga a realizar una referencia a lo que significó la modernidad como proyecto y sobre todo la diferencia que debe hacerse respecto del proyecto de la ilustración que es el que con toda propiedad sustenta la manera de estudiar a la que aquí se hace mención.

Cabe entonces referirse primeramente al modelo en el cual se desarrolla la denominada “cultura del código”, por lo cual es ineludible hacer una análisis de la tensión modernidad-posmodernidad para partir de un marco conceptual.

Esto es así si se toma en cuenta que el proyecto de la modernidad ilustrada debe ser analizado como el momento en el cual apareció la figura de la codificación.⁷

II. El modelo que se abandona

La tensión modernidad posmodernidad

Como se ha dicho más arriba es necesario presentar ciertos sistemas de pensamiento para explicar determinadas consecuencias en materia de formación y deshechar modelos que sólo presentan una sociedad acéntrica en la cual sólo cabría resignarse al hecho de que no existe más centro, como de alguna manera sostiene cierta parte de la posmodernidad. Como se verá al final de este trabajo lo más razonable será adherir a una visión que pretende recuperar la idea de unidad y de jerarquización, pero eso deberá hacerse descubriendo primero donde radica el origen del modelo que pretende formular una utopía abstracta fundada en el dominio de la razón radicalmente emancipadora, y esto ha sido lo que llamamos la modernidad ilustrada.⁸

Resulta menester aclarar que no se insistirá en la distinción entre modernidad y modernidad ilustrada, ya que es un tema que

⁷ Eduardo Ventura, Prólogo a la obra *Codificación Raíces...* ya citada, en su t. I. En el mismo sentido y en mismo tomo los trabajos de Leocata y de Quintana, titulados, respectivamente, “Las Ideas Filosóficas de la Ilustración”, “El Código Civil Francés”, “La Ilustración y el Positivismo Jurídico”, p. 115 y sgts.

⁸ Robert Spaemann, *Crítica de las utopías políticas*, EUNSA, Pamplona, 1980. Pedro Morande Court, “La unidad de la persona en un mundo secularizado”, *Humanitas*, n° 33, 2004, p. 10 y sgts.



excede largamente la intención de este trabajo que lo único que pretende es proponer una alternativa al modelo que ya está agotado y presentar la respuesta desde el realismo jurídico, para la enseñanza del Derecho Privado.

Es por eso que se evitará hablar de la que se ha denominado tensión modernidad-posmodernidad, para no incluir una referencia al verdadero sentido de la modernidad, ya que a fin de cuentas lo que importa es enjuiciar al modelo de enseñanza que se traduce en el immanentismo del pensamiento ilustrado.

Para comprender el verdadero sentido del humanismo quizá lo que hace falta es entender que la modernidad bien pudo ser conducida dentro de un proyecto trascendente y con reconocimiento a la objetividad de los valores sin tener que ser leída desde el presupuesto de la “minoría de edad” estigmatizada a partir de la fórmula kantiana. El vigor demostrado por la revolución que significó la Escolástica del siglo XIII había puesto el germen de una cierta secularización, aceptando lo que luego bien pudo llamarse la legítima autonomía de los saberes temporales, lo cual no implica que se analizasen todos esos elementos a la luz de una verdad trascendente.⁹

Puede decirse que de alguna manera “el drama” del mundo moderno ha consistido en que este proceso de comprensión de la cultura no se haya producido como un desarrollo no conflictivo a partir de la rebelión de la razón radicalmente emancipadora.¹⁰

Dentro de este contexto es que debe leerse lo que sigue respecto de la modernidad y la modernidad ilustrada.

A. *La modernidad*

La modernidad ha sido entendida generalmente como un proceso de mundanización o secularización, así cabe analizar la aparición de los humanismos renacentistas, una mayor reflexión sobre la razón

⁹ Ver Francisco Leocata, “Dimensión temporal y dimensión trascendente del hombre”, en AA.VV., *Recrear el humanismo cristiano*, Buenos Aires, Paulinas, 2005. pp. 75 y sgts.

¹⁰ Además de la obra de Leocata mencionada en el punto anterior, puede analizarse el capítulo de la obra de Michel Sciacca, *La Hora de Cristo*, Luis Miracle, Barcelona, 1961, “Laicismo y humanismo laico”, pp. 37 a 58.



del hombre y el dominio sobre el mundo que abre la ciencia positiva, lo cual permite pensar en una interpretación de la cosas como una toma de conciencia de su singularidad en contraste con la filosofía medieval.¹¹

Algunos autores creen ver en este proceso una suerte de distinción de la conciencia frente al mundo. En el inicio programático de la modernidad se ubica la crítica como herramienta, de suerte tal que cabe concebir la misma como un proceso de racionalización encaminado al desencantamiento del mundo, tras haberse agotado en la edad media las concepciones metafísicas y religiosas que daban explicación acerca de éste y permitían abarcarlo en su totalidad.

Sin abrir juicios de valor sobre esta corriente de pensamiento cabe consignar que sin duda la modernidad es una vía de reflexión a partir del hombre, pero entendiendo al hombre no como creatura sino como centro del universo, y siguiendo el proceso de la misma puede identificarsela con una suerte de racionalización de la subjetividad.¹²

A. 1. Desarrollo histórico

Hecha una semblanza acerca de lo que entendemos por modernidad cabe ahora situarla en el momento histórico.

Por lo general y a partir de la necesidad de identificar a la historia en diversas etapas, podríamos decir que la modernidad comienza a fines del siglo XV. Es en esa época en la que se producen determinados cambios históricos tales como los avances de la ciencia, los descubrimientos geográficos, la aparición de la filosofía racionalista, la ruptura del orden de la Cristiandad. Lo cierto es que a nuestro entender todos esos hechos no marcan sino una tendencia que se produjo por lo menos un siglo antes, de allí que nos parece adecuado determinar el origen de la modernidad en la Edad Nueva.

Desde esta perspectiva podemos decir sin que pretenda esto ser una definición pacífica que la modernidad, que la misma comienza a

¹¹ Florencio, Hubeñák, *Formación de la Cultura Occidental*, Ciudad Argentina, 1999, p. 420/421. Carlos Valverde, *Génesis, Estructura y Crisis de la Modernidad*, BAC, 1996, cap. II, pp. 25 y sgts.

¹² En este tema resulta de interés la lectura de la obra de Daniel Innerarity, *Dialéctica de la Modernidad*, Rialp, Madrid.



plasmarse casi dos siglos antes que el inicio cronológico de lo que dio en llamarse la Edad Moderna desde la perspectiva de estudio de los historiadores.¹³

Siempre se debe observar como clave de bóveda de lo que se está diciendo la síntesis que se expusiera más arriba respecto de la distinción tratada por Leocata respecto a la modernidad y la modernidad ilustrada.

A.2. Características

Tal como se dijo más arriba esta edad nueva presenta una serie de caracteres, entre los más destacados encontramos el subjetivismo, el laicismo y una revalorización del individuo.

En cuanto al laicismo no debe entenderse esta referencia como un sinónimo peyorativo, sino tal como se expuso en el punto anterior es decir una reafirmación de la subjetividad.

En lo que hace a las otras dos características, para una mejor comprensión cabe analizar que contra la autoridad y la jerarquía se levanta la razón individual, que busca en sí misma y en la naturaleza de las cosas los fundamentos de su propia filosofía. El individuo vive más para sí que para la comunidad, supeditando el bien ajeno al propio, en la vida religiosa se empieza a buscar la relación del hombre con Dios directamente, sin intermediarios humanos, se ve la propensión a una piedad o devoción más individualista. Por otra parte se hace del individuo el criterio de todos los valores y se exalta la personalidad humana. Así se abre camino al subjetivismo religioso, al racionalismo y finalmente, al naturalismo. En otro orden de ideas, los

¹³ Respecto de esta aseveración siempre es prudente analizarla desde la perspectiva que se ha mencionado más arriba, en cuanto a que es probable que deba distinguirse dentro del proceso de la Modernidad el que ha correspondido a un verdadero humanismo pero si es altamente probable que la edad nueva signifique el comienzo de la Modernidad. A este respecto, para formar criterio es interesante analizar el libro de Ernest Cassirer, *Filosofía de la Ilustración*, Fondo de Cultura Económica México, 1950, las obras de Leocata ya mencionadas y también Del iluminismo a nuestros días, panorama de las ideas filosóficas en relación con el cristianismo, Ediciones Don Bosco, Buenos Aires 1979. En el mismo sentido también resulta de interés la colaboración de Alfredo Zecca, “*El despertar de un nuevo humanismo*”, en AA.VV., *Recrear el humanismo cristiano*, Buenos Aires, Paulinas, 2005, pp. 7/48.



filósofos del siglo XIV se rebelan contra los grandes sistemas metafísicos, que admitían conceptos universales e indagaban la ciencias de las causas, y en su lugar propugnaban el nominalismo que niega realidad objetiva a los conceptos y estudia el mundo subjetivo mas que el mundo objetivo.¹⁴

Hasta aquí un somero análisis de lo que ha significado la modernidad como proyecto, en si para analizar el modelo de enseñanza del derecho privado que aún nos rige lo que corresponde es situarse en lo que ha sido la modernidad ilustrada. No escapa a estas breves líneas que no es pacífica la polémica acerca de si la modernidad debe ser juzgada como un conjunto monolítico o por el contrario es posible hablar de modernidad “clásica” y modernidad “ilustrada”.

En este sentido cabe citar los trabajos de Leocata y Quintana en las Primeras Jornadas sobre la Codificación a los cuales se hizo referencia más arriba y dar por sentado que existe un momento que distingue a la modernidad de la modernidad ilustrada, sin perjuicio que no puede dejarse de reconocer que en los orígenes de dicha modernidad existen elementos que permiten advertir cual será el resultado final del pensamiento.

A salvo debe dejarse entonces la opinión de Leocata cuando dice “por lo general esta diferencia no suele reconocerse, y muchas veces se habla indistintamente de pensamiento moderno y de pensamiento ilustrado. En el campo de la ontología, de la teoría del conocimiento y aún de las ideas morales, muchas investigaciones han confirmado ya que el pensamiento moderno es más amplio y más rico que la mentalidad de la Ilustración, por ejemplo que muchas ideas nacidas en el Renacimiento o en el siglo XVII no tuvieron el carácter vehemente-

¹⁴ Conf B. Llorca, J.I.R. García Villoslada, S.I.F.J. Montalban, *Historia de la Iglesia Católica*, t. III, BAC, 1967, pp. 8 y sgts.

Asimismo puede consultarse el capítulo pertinente a la Edad Nueva en la obra de Etienne Gilson, *La Filosofía en la Edad Media*, Gredos, Madrid, 2da. edición 1982.

A este respecto cabe citar un texto del Papa Wojtyla que se mencionó en notas anteriores en cuanto propone la explicación ciertas raíces del mal en el occidente actual y se remonta al pensamiento ilustrado y antes al racionalismo asi dice, “Para esclarecer mejor este problema hay que remontarse al período anterior a la Ilustración y, específicamente, a la revolución que supuso el pensamiento de Descartes en la filosofía, el cogito ergo sum (pienso luego existo) comporta una inversión en el modo de hacer filosofía...”. *Memoria e Identidad*, Planeta, 2005.



mente crítico de la tradición cristiana, ni el rechazo programático de la metafísica, que fueron dos de los recursos programáticos de la Ilustración.¹⁵

En suma es importante tener en claro lo que significa este momento de la modernidad, porque ha sido a partir del mismo en que se ha generado el modelo dentro del cual se forjó la manera de enseñar que fue diseñada a partir del modelo denominado exegético-dogmático-iuslegalista.¹⁶

A.3. Síntesis

Corresponde entonces hacer una suerte de síntesis de lo que se ha dicho hasta aquí en cuanto a lo que significa la modernidad ilustrada y su influencia en el modelo que entendemos es necesario desentrañar en el marco de la enseñanza.

Desde este punto de vista, la modernidad ilustrada generó el modelo que se ha mencionado más arriba.

Este fue el modelo que empieza a prepararse a partir del racionalismo del siglo XVII y termina con la formulación positivista de principios del siglo XX.

Sin embargo es necesario hacer dos consideraciones, en primer lugar la importancia del modelo exegético dogmático, y por otro lo que ha significado el mismo como paradigma de la modernidad ilustrada.

Se tratarán ambas ideas por separado, pero siempre observando que el problema de fondo radica en la versión realista que puede darse a la enseñanza del derecho, sobre lo cual se tratará en la conclusión del trabajo.¹⁷

¹⁵ Francisco Leocata, “La Ilustración...”, en AA.VV., *La codificación...*, citado.

¹⁶ Si bien el proyecto puede ser nominado de diversas maneras, se elige la que propone Rodolfo Vigo, en este caso si bien el autor la desarrolla en varias de sus obras, se ha tomado la que sugiere en *De la ley al derecho*, Porrúa, México, 2002.

¹⁷ A este respecto resulta de interés citar desde ya el libro de Alascáir MacIntyre *Justicia y racionalidad*, que en versión española publicó EUNSA en 1994, (aquí se ha trabajado con la edición de 2001). A este respecto cabe recomendar la lectura del capítulo “La racionalidad de las tradiciones” en el que aborda el pensamiento liberal y su origen crítico cuando dice “y así el liberalismo que comenzó como un repudio de la tradición en nombre de los principios abstractos y universales de la razón, se volvió el mismo un poder políticamente incorporado, cuya incapacidad de llevar adelante sus debates sobre la naturaleza y el contexto de estos principios universales a una conclusión ha tenido el efecto no-intencionado de transformar el liberalismo en una

III. El modelo exegetico dogmatico iuslegalista.

Cabe recordar que en materia de derecho privado, el pensamiento de la modernidad ilustrada sin lugar a dudas se ve reflejado en la impronta de la Codificación. Cuando se menciona el término codificación no puede olvidarse que estamos hablando de un neologismo al decir de Guzman Brito, ya que no se compadece con los cánones de la idea de Codex, desde la perspectiva clásica.¹⁸

Ya se ha hablado de la manera en que se plasmó el proyecto de la modernidad ilustrada. Es decir que ha llegado el momento de preguntarse como este modelo alcanzó su punto culminante y ha servido para formular una manera de enseñar, que de alguna forma perdura hasta estos días.

Se ha hablado ya del itinerario de la modernidad y de su influencia a partir de un momento especial de la historia en la cual la subjetividad provoca un desplazamiento que hará que las soluciones jurídicas dejen de verse objetivamente y el centro de la cuestión se desplace a favor del individuo.

Ya se ha visto, en otra parte de este trabajo, como a partir de la Edad Nueva se generó una filosofía que primero con el nominalismo, luego con el contractualismo de carácter hobbesiano, logró modificar la estructura de la sociedad política, haciendo que el hombre se transforme en el actor principal y por momentos excluyente de esta nueva sociedad, que mucho tiene de artificial.¹⁹

tradición” (p. 333). Resulta interesante la mención a este autor porque se considera al mismo como un tomista “particular”, pero coinciden los que han estudiado su pensamiento en cuanto que el mismo es el que ha llegado a la conclusión de que el relato más aceptable sobre como se justifican los primeros principios se encuentra en el tomismo. (Desde esta perspectiva es interesante la consulta del trabajo “El tomismo de Alasdair MacIntyre”, de Juan Carlos Pablo Ballesteros, en *Philosophia*, revista publicada por el Instituto de Filosofía de la Facultad de Filosofía y Letras de Universidad Nacional de Cuyo, Mendoza 2000, p. 11-20).

¹⁸ Alejandro Guzmán Brito, “Codex”, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, nº 10, Valparaíso, Chile 1985.

¹⁹ Sin intención de avanzar sobre temas, que superan el presente trabajo cabe recordar de que manera Aristóteles inaugura su libro sobre la Política al decir “Toda ciudad se ofrece a nuestros ojos como una comunidad, y toda comunidad se constituye a su vez en vista de algún bien...si pues todas las comunidades humanas apuntan



Este modelo político necesitó generar una herramienta jurídica, que fue precisamente creada a partir de la noción de derecho subjetivo que ocupó el centro de la escena en todo lo que tiene que ver con una primera explicación respecto de que es el derecho.²⁰

Cuando este modelo buscó consolidarse miró a la razón y concluyó que mediante la misma puede formularse totalmente el derecho. Aquí subyace la idea del positivismo y de la codificación, entendida esta última como solución de todos los problemas jurídicos.

De esta manera, se produce un proceso de racionalización que se compadece con este nuevo sistema, en el cual no importa tanto la realidad sobre la cual se trabaja. Así dice Wieacker “la alianza del derecho natural con la planificación política de la Ilustración produjo, a comienzos del siglo XIX, la primera oleada de codificaciones modernas en los grandes estados autoritarios del centro de Europa y en el occidente europeo, siguiendo el ejemplo de la Francia Revolucionaria. Esta contiene, junto a toda la diversidad de sus condiciones, comunes rasgos intelectuales y de estilo. Se distinguen de todas las anteriores fijaciones escritas del Derecho en que no pretenden consignar el derecho existente, ni recopilarlo o mejorarlo, ni continuarlo, como las reformas alemanas o las ordenanzas de los reyes franceses, sino que tiende a planear extensamente la sociedad mediante nuevas ordenaciones sistemáticas y creadoras. El supuesto íntimo de estas empresas políticas era la convicción propia de la época de la Ilustración, de que la actividad libre, conforme a razón y ética del gobernante (esto en el centro de Europa) o la común voluntad nacional (en Francia) podían construir una sociedad mejor.”²¹

a algún bien es manifiesto que al bien mayor entre todas estará enderezada a la comunidad suprema entre todas y que comprende a todas las demás, ahora bien esta es la comunidad política que comprende a las demás (se toma la traducción de Gomez Robledo para la edición de Porrúa, México, 1967, pág. 157). Dentro de la misma reflexión puede ubicarse a Hobbes, quien desde las antípodas se refiere a si mismo como el fundador de la ciencia política corresponde consultar un interesante texto de Bobbio (Conf. Norberto Bobbio, *Thomas Hobbes*, Paradigma, Madrid, 1991, traducción de Manuel Escrivá de Romani, p. 150).

²⁰ Para decirlo desde la perspectiva del realismo lo que cabe es presentarlo como un corrimiento de la identificación del analogado principal en favor de la subjetividad y no de aquello que es justo.

²¹ Franz Wieacker, *Historia del Derecho Privado en la Edad Moderna* (traducción del alemán por Francisco Fernández Jardón), Comares, Granada, 2003, p. 303.





La generalidad derivada de la racionalidad formal de la ley convierte al derecho codificado en algo necesario y universal, frente al “caos” presumible de lo particular y concreto que no garantiza la ausencia de contradicción y el azar. Además, el formalismo racionalista vincula a la característica de generalidad la de abstracción, que hace posible la regulación de situaciones típicas, y que da al derecho una apariencia de regulación técnica, ausente de valores, e igualitaria.

La abstracción era ya una característica lógica de las teorías del derecho de los juristas-filósofos racionalistas; pero se le suma ahora, un fundamento político: la destrucción de los derechos feudales y comunitarios. Esto es importante para releer el tema de la codificación a la luz de la última enseñanza, haciendo aquí abstracción de las virtudes o defectos que acarrea el hecho de reunir toda la legislación vigente en un cuerpo normativo. Como queda claro entonces, más allá de la figura de la Codificación y de su necesidad, de lo que se está hablando es de una manera de utilizar al derecho como herramienta política, sin perjuicio de lo necesario que sea un repertorio de normas, y a continuación utilizar también el modelo para enseñar a partir de él.

Aquí vuelve a aparecer la noción de codificación como neologismo ideológico en cuanto que no importa referirse a la misma desde la perspectiva de la recopilación ordenada de normas sino que la mirada debe posarse sobre el “espíritu innovador” que ella comporta.²²

²² Para un comprensión del término codificación más allá de lo que significa un conjunto de normas, sino en su sentido ideológico y su exacta ubicación histórica puede consultarse Alejandro Guzmán Brito, en su trabajo “Codex” publicado en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, n° 9, (Valparaíso), 1984, pp. 107 y sgts. Así concluye el autor citado diciendo “durante la alta edad media, la palabra continuó siendo utilizada en su significación de libro, pero jamás con el sentido de “libro compilador de leyes”. En la baja edad media sucede lo propio, pero el último sentido indicado quedó reservado para el Codex Iustinianus, considerado el codex por antonomasia. En la época moderna recuperase el sentido de codees como compilación de leyes, pero normalmente reservado para las compilaciones privadas y raramente para las oficiales. Paralelamente, la palabra empieza a adquirir el sentido de un cuerpo sistemático, no recopilador de leyes preexistentes, sino de materiales jurídicos reelaborados y refundidos en una unidad nueva, sobre todo bajo la inspiración del yusnaturalismo racionalista. Iniciado el nuevo uso en la doctrina, en el siglo XVIII es adoptado por los legisladores para intitular sus obras legislativas más o menos obedientes a este ideal (p. 144).





Lo dicho, da la idea que no es estrictamente la codificación lo que impide una adecuada mirada del derecho, sino el modelo que intenta explicarlo como un todo hermético y autosuficiente.²³

Cabe recordar los postulados del método de la exégesis, en cuanto a que su sustento es más político (o ideológico) que jurídico, basado en los principios de la soberanía popular y en el de la división de los poderes.

Tomando pie en esos fundamentos, el método de la exégesis realizó una notable reducción de los predicados jurídicos mediante la creación de figuras jurídicas abstractas, las más significativas de las cuales son el de la propiedad y el contrato. Se produce de esta manera una gran simplificación técnica del propio derecho privado, lo cual pasa a ser considerado como una de las principales características de los códigos.

Pero la igualdad formal tiene también otra consecuencia técnica importante. La “ideología igualitarista” ilustrada, sobre todo cuando se complementa con el desarrollo revolucionario de estas ideas, va a manifestarse sustancialmente como una igualdad formal, la igualdad del “hombre abstracto”, del “hombre en general”. Aquí no puede sino recordarse una vez más todo lo que se ha hablado acerca del mito del “derecho como prisionero de las palabras”.²⁴

²³ A este respecto resulta interesante citar un párrafo de un trabajo del Profesor Xavier Martín cuando establece: El código Napoleón, cuando nace en 1800-1804, tiene en el espíritu de sus autores una acentuación política marcada. Este fenómeno tiene dos niveles 1) La redacción del Código Civil pretende ser, por una parte, una respuesta directa a problemas de orden concreto nacidos del descalabro psico-político de gran envergadura ocasionado por la Revolución después de muchos años. El Código Civil constituye entonces, a los ojos de los que legislan (empezando por Bonaparte) un elemento determinante para la recuperación eficaz, por parte de la entidad social francesa de bases políticas estabilizadas. 2) En sus grandes líneas, la redacción del código civil está mentalmente teorizada, por sus autores, a partir de categorías que hay que señalar que son menos jurídicas que políticas. Estas categorías son evidentemente el legado de las Luces, con apenas algunas inflexiones nacidas del desconcierto revolucionario”. En “Fundamentos Políticos del Código Napoleón”, en AA.VV., t. I, *La Codificación*, citado, p. 158.

²⁴ Marcel Thomann, *Histoire de l' Ideologie Juridique au XVIII siecle ou le droit prisonnier des mots*, en *Archives de Philosophie du droit*, nº 19, Sirey, Paris, 1974. Del mismo autor resulta sumamente importante a los fines que se está tratando analizar su tesis de doctorado titulada “Christian Wolff et son temps (1679-1754) Aspects de sa pensee morale et juridique”, edición policopiada de la Universidad de Estrasburgo del año 1963, especialmente pp. 238 y sgts., “La methode juridique et son application”, pp. 262 y sgts., donde el autor hace una conclusión respecto de la influencia de Wolff sobre los enciclopedistas y, a su través en la codificación de Babiera, Prusia, Austria, etc.





Aparece una vez mas el fuerte contenido ideológico que ha motivado todo el proceso que empieza con la Edad Nueva y alcanza su punto más alto en la Modernidad Ilustrada.²⁵

El método que propicia este modelo se vale, de una herramienta que permite la simplificación unitaria del sujeto de derechos sobre la que se apoya la generalidad de las leyes; pero al mismo tiempo facilita el recurso que permite identificar plenamente esa igualdad formal como una mera “igualdad ante la ley”.

El formalismo jurídico contribuye, así, a dotar definitivamente al derecho que emana de las construcciones de los siglos XVII, XVIII y XIX, de su carácter ideológico, esto es, lo convierte en una forma capaz de enmascarar la realidad social presentándola como un reino “juridificado” y carente de conflictos o compromisos materiales. Una instancia neutral que garantizaría el libre juego de las leyes naturales de la vida social. La racionalidad formal de los Códigos contribuye definitivamente a crear la imagen de un derecho abstracto y formal, carente de valores y encaminado a garantizar el libre juego de los intereses privados de una forma segura. La abstracción y generalidad de las leyes, los conceptos de ley y persona jurídica, mas concretamente, constituyen la base del “estado de derecho” sobre el que se asienta la transformación definitiva de la sociedad medieval en un sistema social “moderno”: la sociedad capitalista. Un sistema social que garantiza la seguridad jurídica y la igualdad formal que instauran definitivamente las condiciones válidas del calculo como fundamento de las relaciones económicas y jurídicas; un sistema que garantiza, en definitiva, la libertad y la propiedad desde una particular visión, que se puede llamar liberal.²⁶

²⁵ Cabe recordar aquí en que sentido se utiliza el término ideología, tal como se ha señalado al citar la obra de Marcel Thomann.

²⁶ No puede dejarse de señalar aquí la interesante y novedosa teoría de Villey cuando analiza el pensamiento de Hobbes, y resalta que su figura no debe ser tomada como el pensador del absolutismo sino por el contrario como uno de los fundadores del derecho liberal, asi dice el autor citado: “y Yo pienso que tocamos aquí el fin mismo del sistema de Hobbes, él está esencialmente dirigido hacia la consolidación efectiva de los poderes del individuo. Los que leen a Hobbes desde el punto de vista de las ideas políticas, dicen que su fin es la instauración de la Paz, y yo así lo deseo, pero desde el punto de vista de la Historia del pensamiento jurídico y en un sentido más positivo, nosotros diremos más bien: promoción, realización, seguridad de los





Como puede advertirse sin demasiada dificultad el sustento del modo que se ha denominado como dogmático es esencialmente racionalista e ideológico.

III. A. Los componentes del modelo. La aparición del sistema

Ha señalado Vigo que “aquel iusnaturalismo que confió en una razón de ideas claras y distintas exigida por Grocio antes que Descartes, encontrará en la Revolución su alianza con el poder de la burguesía y confiará en el derecho la concreción de un nuevo orden”.²⁷ En suma este modelo exegético–dogmático esconderá detrás del Código el racionalismo en su triple dimensión, un racionalismo utópico que apuesta a crear, sin condicionamiento alguno, un racionalismo político posibilitador de la unificación de la nación y de la edificación del Estado y un racionalismo burgués preocupado por una sociedad profana, libre e igualitaria.²⁸

En esta misma línea cabe recordar que la ciencia jurídica moderna, configurada en el siglo XIX aspiró a una comprensión del derecho

derechos subjetivos de cada uno...”. Ver *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*, en especial el trabajo “El derecho del individuo en Hobbes”, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Santiago de Chile, 1976, p. 191 y sgtes.

En el mismo sentido puede consultarse un capítulo de la obra citada de Norberto Bobbio, dentro del trabajo que se ha mencionado *Tomas Hobbes, Paradigma*, Barcelona, 1991. Así dice, en el capítulo “modelo iusnaturalista y sociedad burguesa”, el descubrimiento del estado de naturaleza como centro de las relaciones más elementales, más simples, más inmediatas, entre los hombres, que son las relaciones económicas, a través de las cuales los hombres proveen a su sustento, luchando por los bienes que sirven para su supervivencia, lleva al de la esfera económica, como distinta de la esfera política... el descubrimiento de la esfera económica, como distinta de la esfera política... representa a su vez el momento de emancipación de la clase destinada a convertirse en económicamente dominante con respecto al estado existente, mediante la individualización de una sociedad política de una sociedad prepolítica y antipolítica, que se rige por sus leyes naturales y que constituye la base sobre la que se erige la sociedad política como ente artificial producido por la voluntad de los poseedores de los bienes para la protección de su propiedad...”, ob. cit., pp. 29.

²⁷ Rodolfo Vigo, *De la ley al derecho*, ob. cit. en especial el “Trabajo descodificación y reforma al título preliminar del código civil”, p. 172.

²⁸ Rodolfo Vigo, “Los principios jurídicos y su impacto en la teoría actual”, en *Persona y Derecho*, EUNSA, Navarra, n° 44, p. 66.



sin contaminación de ninguna índole, es decir la perfección que luego se configurará con la teoría pura en el siglo XX.

Queda así delimitado cuanto tiene este modelo exegético-dogmático de pensamiento ilustrado. Si hubiese que buscar un denominador común cabe hablar de un fuerte componente de subjetividad y la utilización del método matemático capaz de concentrar todo el derecho en un orden lógico inexpugnable a la realidad.

Hasta aquí entonces aquello que hace al modelo que puede identificarse con la racionalidad que se apodera de la ciencia jurídica moderna a partir de la edad nueva y que traza un derrotero a través del racionalismo del siglo XVI y del iusnaturalismo de los siglos XVII y XVIII.

Sin embargo falta un elemento que han puesto de manifiesto los autores, que es lo que puede explicar que este modelo haya prevalecido hasta hace pocas décadas. Lo que cabe destacar aquí es la noción de sistema que se pone de manifiesto en el hecho que haya perdurado en el positivismo de raíz kelseniana. Aquí es donde debe ponerse especial énfasis en lo que se ha llamado la parte dogmática del modelo, que ayuda a formular la noción de sistema.

Con todo es siempre necesario realizar una serie de precisiones, ya que en el vasto movimiento que se refiere a la historia del derecho han existido momentos necesarios de sistematización. Lo que aquí se busca es distinguir la necesidad de un sistema con la “ideologización del mismo” que es precisamente una de las consecuencias del pensamiento jurídico de la modernidad ilustrada. Para decirlo en términos poco académicos primero debe analizarse lo que demuestra la realidad de las cosas y luego referirse a la posibilidad de sistematizarlas, haciendolo solamente cuando ello sea necesario para la legislación o para la enseñanza.²⁹

²⁹ En cuanto a este tema resulta importante la consulta del t. 31 de los *Archives de Philosophie du Droit* (Sirey, París, 1986) dedicado al tema “Le systeme juridique”. Allí resulta interesante la consulta del trabajo de Jean Gaudemet “Tentatives de systematitaton du droit a Rome”, p. 11, en igual importancia el trabajo de Rene Seve “Systeme et code”, p. 77. En ambos trabajos se hace referencia a partir del derecho romano la línea que justifica o no la sistematización. En otro de los trabajos como el de Patrick Nerhot, “Le fait du droit” (pp. 261/279), se pueden analizar distintos presupuestos como los que surgen de los n° 13 (p. 264), 18 y 19 (p. 265) y 36 (p. 269), cuando por ejemplo el autor analiza la visión de sistema en la Ilustración y luego cuando recuerda la aguda frase de Gèny cuando decía que el derecho parte de los hechos.

III. B. Los prolegómenos del sistema

Se debe aquí hacer especial referencia al hecho que no debe confundirse la idea de dogmática jurídica como ciencia, de lo se ha llamado la dogmática como ideología, para tomar la interpretación de Theodor Viehweg, quien también la denomina como exclusivamente legalista o “positivista legal”. Precisamente lo que pertenece al proyecto de la modernidad ilustrada es esta segunda parte, la que se ha denominado ideológica.³⁰

En cuanto al primero de los temas y la falta de sistematización en el derecho romano puede consultarse el trabajo el Dr. Alfredo Di Pietro “La ciencia del derecho romano”, en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, nº 18, p. 39 y sgts., Buenos Aires, 1998. En el mismo sentido puede consultarse la introducción a las “Institutas” de Gayo texto traducido y anotado por el mismo autor en especial la Introducción, en especial pp. 33 y 35.

³⁰ En su clásico libro Viehweg titula el tema Sobre la relación entre filosofía del derecho, teoría del derecho y dogmática jurídica, y así dice “ En lo que sigue se formularán algunas consideraciones acerca de la relación entre filosofía del derecho, teoría del derecho y dogmática jurídica. En la sección I partiendo de la dogmática jurídica, utilizaré el viejo concepto de teoría del derecho, en la sección segunda II, el nuevo. En ambos casos intentaré presentar sugerencias para aproximar recíprocamente las distintas formas de pensamiento que aquí se presentan. En la sección III, expondré algunas observaciones finales sobre una deseable ciencia completa del derecho. Por lo pronto veamos la dogmática jurídica. Para evitar aquí el enfoque exclusivamente legalista (positivista legal), no parto de las leyes o de sus equivalentes, sino que me remonto un poco más atrás, al conformarme para nuestros fines con una perspectiva sociológica. Ella permite afirmar que toda agrupación social de personas que aspira a persistir en el tiempo, a fin de posibilitar su cohesión, tiene que crear y fijar una opinión acerca de lo que considera como *justum*. Una opinión jurídica así fijada-cualquiera que fuese su fundamentación- tiene que ser entendida como una respuesta vinculante a una problemática social y cumple una función social al posibilitar la coordinación del comportamiento de una pluralidad de personas. Para nuestro razonamiento es indiferente la forma como se exprese una tal opinión jurídica, es decir, que se lo haga a través de un oráculo, de máximas transmitidas de generación en generación, de sentencias judiciales, decisiones administrativas, leyes, ordenanzas o de alguna otra forma. Sin embargo debe tenerse en cuenta que una tal opinión jurídica así establecida con carácter de obligatoriedad puede, en menor o mayor medida, ser racionalizada. Es decir puede ser colocada bajo el control del pensamiento. Si ello es realizado en una medida suficiente nos encontramos con una opinión jurídica racionalmente desarrollada. Como una opinión fijada y establecida se llama dogma y el correspondiente esquema de pensamiento dogmática, es correcta la forma habitual de designar como dogmática jurídica a una opinión jurídica racionalizada (*Tópica y Filosofía del Derecho*, Gedisa, Barcelona, 1991, pp. 15 y sgts.).



Este sistema es en el que terminará explicándose todo el derecho desde el punto de vista académico (poco útil para el que opera con las cosas jurídicas), que se presenta como una visión ingenua de la estructura jurídica con plenitud hermenéutica, jerárquico, sin contradicciones ni redundancias normativas fácilmente comprobable como una unidad.

Precisamente aquí es donde aparece la idea de sistema, no debe olvidarse que este modelo reconoce, como se ha expresado repetidamente más arriba un componente dogmático que los autores creen encontrar en la “laicización” del ámbito científico–jurídico, la separación de los conceptos de derecho y moral y la lucha de la escuela de la dogmática por la “ontologización” del derecho positivo.³¹

Como sostiene Larenz “en el siglo XIX, sobre todo, se intentó bajo la impresión de los éxitos de las ciencias naturales elevar la ciencia del derecho al rango de una ciencia, postulando para ella un método análogo a los científicos naturales”.³²

La expresión dogmática conceptualista o conceptualismo dogmático significa a la par, el positivismo normativista y el cientificismo de tipo lógico conceptual, característico de la metodología a la cual da su nombre.³³ Objeto del mismo son exclusivamente las normas de derecho (costumbre o ley) y por ello constituirían la parte dogmática que serviría al conceptualismo de punto de partida, pues las normas constituyen la materia bruta de su elaboración.

Cabe recordar que las expresiones dogmática conceptualista y conceptualismo dogmático comparten su empleo con la denominación “jurisprudencia formal de conceptos”, en la cual el adjetivo formal denota el formalismo que, además del positivismo, caracteriza a esta dirección. Este formalismo, para el debido conocimiento del derecho, trata de

³¹ Luis Legaz y Lacambra, *Filosofía del Derecho*, Bosch, Barcelona, 1943, p. 76.

Rodolfo Vigo, *Las causas del derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1983, p. 13.

³² Karl Larenz, *Metodología. de la Ciencia del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1966, p. 19.

³³ Debe recordarse aquí como se hizo más arriba cual es todo el proceso que lleva a este modelo de carácter matemático que termina imponiéndose en el campo de las ciencias sociales, y que finalmente reemplazará a la concepción clásica en cuanto al origen de la sociedad. Pero no sólo se puede advertir lo dicho en el espíritu contractualista, sino que también se verá alterado el concepto de ciencia. Sobre este tema ver Gaston Grua, *La justice humaine selon Leibniz*, PUF, París, 1956, en especial pp. 231 y sgts.



construir un sistema poniendo en relación sus elementos en una conexión lógica lo más rigurosa posible. En este sentido el formalismo es anterior al positivismo, ya que su pretensión se halla en los iusnaturalistas racionalistas de la segunda mitad y finales del siglo XVIII.

Cabe recordar que los primeros pasos desde el formalismo al positivismo fueron dados por autores iusnaturalistas wolfianos como el caso de Nettelblandt y Putter, al plantear la teoría general del derecho desde el punto de vista positivista, sustituyendo la filosofía jurídica por la ciencia y haciendo preceder el estudio del derecho positivo por una parte general. Esta labor fue continuada por los juristas de inspiración kantiana (Anselmo Feuerbach, Thibaut, Hesse, Zacarías), siguiendo la vía racionalista, en un intento de sistematizar el derecho positivo en base a una construcción lógica.³⁴ Esta misma tarea la asumirán Savigny y Puchta, desde distintos momentos y con distintos resultados pero lo cierto es que cabe mencionar desde un principio que el racionalismo es la idea directriz de todo pensamiento dogmático.³⁵

³⁴ Chaim Perelman, *Le probleme des lacunes en droit*, Bruxelles, E. Emile Bruylant, 1968. Ver en especial de Amedeo G. Conte, “Decisión, complétude, clouture” en la p. 67. Asimismo Rene Savatier, “Les creux du droit positive au sythème des métamorphoses d une civilisation”. Estos trabajos se encuentran en la obra colectiva citada en primer término.

³⁵ En lo que hace a la obra de Wieacker es interesante el largo capítulo que el mismo dedica a los orígenes de la Escuela Histórica. El autor propone una completa reflexión que dedica a los orígenes de la Escuela Histórica así dice “esa repercusión de un movimiento tan exclusivo sobre la nación explica también su influencia determinante sobre la ciencia del derecho y la actuación personal de Savigny. Pues en su monumental exposición, en su acrisolado sentimiento de la forma y en su mérito cultural respira el ideal de personalidad de Weimar, gracias a ello se cuenta entre los pocos juristas cuyo nombre figura incluido en la historia general de la educación de nuestro país ...el nacimiento de la escuela histórica ocurre en el instante en que esa ascensión prende también y arrastra consigo la ciencia del derecho romano. La ciencia del derecho común, en decadencia en la época del derecho natural e inhabilitada por el legislador de la Ilustración, volvió a adquirir su general prestigio cultural por su unión con las ciencias de la Antigüedad” (Franz Wieacker, ob. cit., p. 345).

En similar sentido expresa Vallet en cuanto dicen que “el formalismo es anterior al positivismo, ya que su pretensión se halla en los iusnaturalistas racionalistas de la segunda mitad y finales del siglo XVIII. Juan Vallet de Goytisolo, *Metodología de la determinación del derecho*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994, p. 861.

En similar sentido Guido Fasso, *Historia de la Filosofía del Derecho*, Biblioteca Eudema, Pirámide, Madrid, 1996, pp. 156 y sgts.



Aquí cabe hacer un comentario en cuanto el nombre de Savigny es asociado a la escuela histórica y se lo ha tomado como un crítico de todo el proceso que conduce a identificar el derecho con la ley positiva. Sin embargo su nombre es necesariamente asociado al de la dogmática.

En una obra de juventud, Savigny describe lo que puede tomarse como representación del sentido originario del sistema dogmático de comprensión del derecho. Así explica la metodología de la aplicación del derecho como la tarea de la subsumisión del hecho –caso– a la norma jurídica, reductivamente concebida como enunciado. Así puede verse que sin pretender ser positivista, su visión depende de una concepción articulada sobre la base de un sistema complejo, cerrado y axiológicamente neutro, así la ley es un dogma a partir del cual deben deducirse las consecuencias aplicables al hecho con prescindencia de cualquier actividad valorativa de parte del juez.³⁶

Dentro del pensamiento de Savigny el mismo reconoce que “el contenido del sistema es la legislación, es decir, los principios generales del derecho. Necesitamos un medio lógico de la forma, esto es, de la condición lógica del conocimiento de todo el contenido de la legislación para conocer esos principios, en parte en su conexión. Todo lo que es formal tiene por objeto desarrollar la determinación de los principios particulares del derecho –generalmente esto se llama definiciones y distinciones–, ordenar la vinculación de varios principios particulares y su conexión. Esto es lo que se denomina habitualmente verdadero sistema”.³⁷

Pero aún más clara es la influencia de Puchta, el cual al decir de Wieacker realizó “el tránsito ineludible para el positivismo científico desde el romántico espíritu del pueblo, a la soberanía del especialista en derecho, en una teoría de las fuentes del derecho que se vale, como de un artificio, de la filosofía de la historia de Fichte y Hegel”.³⁸ Este profesor, sucesor de Savigny en la cátedra de Berlín, es quien convirtió plenamente la herencia iusnaturalista de la jurisprudencia de conceptos en principio metódico de ésta.

³⁶ A este respecto puede consultarse *Metodología Jurídica*, Depalma, Buenos Aires, 1994, traducción de J.J. Santa Pinter del título original en alemán *Juristische Methodenlehre*.

³⁷ Karl Savigny, *Metodología Jurídica*, ob. cit., ed. cit., p. 37.

³⁸ Franz Wieacker, *Historia...*, citado, pp. 356 y sgts.





A su vez Karl Larenz explica el alcance e importancia del paso del método sistemático-orgánico de Savigny al lógico-conceptual de Puchta “la unidad del sistema radica en la insuprimible relación de todos sus miembros con un centro, que descansa en si mismo... En cambio, el sistema conceptual según las reglas de la lógica formal se asemeja, por así decir, a una pirámide. El concepto supremo, la cúspide de toda la pirámide, está a gran altura de la base, pero le permite, justamente por ello el más amplio panorama. Si se sube desde la base, se deja debajo de si, en cada paso, un corte transversal. De corte en corte, la pirámide pierde anchura y gana altura. Cuanto mayor sea la anchura, es decir, la cantidad de materia, tanto menor es la altura, es decir la posibilidad de panorama, y a la inversa. La anchura corresponde al contenido, la altura a la extensión (ámbito de aplicación) de un concepto abstracto. El ideal del sistema lógico se consigue plenamente cuando en la cúspide está un concepto generalísimo, bajo el cual es posible subsumir todos los demás conceptos, es decir, los de clases y subclases, al que, por lo tanto, se puede ascender desde cualquier punto de la base a través de una serie de escalones intermedios eliminando cada vez lo especial...”³⁹

Cabe consignar asimismo que Puchta denomina genealogía de los conceptos a ese sistema, piramidal en su forma, construido según las reglas de la lógica formal, y considera conocimiento sistemático “al que es capaz de seguir hacia arriba y hacia abajo la desviación de cada concepto a través de todos los escalones intermedios que han participado en su formación”⁴⁰

Aquí cabe recordar, siguiendo a Rodríguez Paniagua que “Savigny no logró explicar con claridad la relación existente entre las dos dimensiones o aspectos a que constantemente hace referencia: entre la institución y la regla o norma jurídica, entre la contemplación global de las instituciones y la modelación categorial o elaboración de conceptos entre la conexión o consecuencias orgánicas y la conexión o las consecuencias lógicas, no es extraño que sus inmediatos sucesores y continuadores se quedaran perplejos ante la doble perspectiva y se vieran obligados a una opción ante lo que no pudieron ver más que como una alternativa, la línea de las normas, de lo

³⁹ Karl Larenz, *Metodología...*, ya citado Parte I, cap. II, pp. 39 y sgts.

⁴⁰ Juan Vallet de Goytisolo, *Metodología...*, p. 862 y sgts.



conceptos, de la lógica es que va a dar lugar a la llamada jurisprudencia de conceptos”.⁴¹

Así es como en el siglo XIX se forma la ciencia del derecho civil, a partir de una visión muy particular del derecho romano, a esta escuela se la llamó Pandectismo.⁴²

De esta manera para corroborar aún más la visión racionalista de sistema basta con citar el propósito que se traza Savigny al emprender su monumental obra Sistema de Derecho Romano Actual. Así puede leerse: “nos llevan el reconocimiento de una sola y única necesidad para la ciencia, la revisión periódica de los trabajos de nuestros antepasados, la crítica de sus errores, la confirmación de sus verdades, y una nueva toma de posesión que en la medida de nuestras fuerzas nos haga dar un paso hacia el objeto definitivo. Someter la época actual a la aplicación de estos procedimientos es el fin de mi obra”.⁴³

Finalmente para que no puedan quedar dudas acerca de la posibilidad que el modelo es el ilustrado, resta sólo citar la importancia que otorga el fundador de la Escuela Histórica a la noción de subjetividad en el derecho. Corresponde consultar la explicación que el mismo autor da también en su obra cumbre al referirse a la naturaleza de las fuentes del Derecho en general, así al mencionar a la relación jurídica dice “el derecho, considerado en la vida real, abrazando y penetrando por todos lados nuestro ser, nos aparece como un poder del individuo. En los límites de este poder, reina la voluntad del individuo, y reina con el consentimiento de todos. A tal poder o facultad lo

⁴¹ José Rodríguez Paniagua, *Historia del pensamiento Jurídico...*, t. II, pp. 431 y sgts.

⁴² Franz Wieacker, *Historia...*, citado en pág. 368. Así este autor al referirse a la influencia e Puchta destaca la importancia de su obra *El derecho consuetudinario*, y dice que el mismo llevó a término el tránsito ineludible para el positivismo científico “desde el romántico espíritu del pueblo a la soberanía del especialista en Derecho”. Dice también “mediante sus Pandectas, Puchta convirtió plenamente la herencia iusnaturalista de la jurisprudencia conceptualista en principio metódico de la ciencia pandectística. El tratado, que influyó antes y quizá más duraderamente que el “Sistema” de Savigny, es uno de los más claros testimonios de lo que la Escuela histórica debe al método deductivo, tanto del Derecho racionalista más reciente como al de Cristian Wolf, apenas atenuado por el empirismo y la observación”, cit. p. 368.

⁴³ F.K. Savigny, ob. cit., edición citada, p. 2.

llamamos nosotros derecho, y algunos, derecho en sentido subjetivo. El derecho no se manifiesta nunca más claramente que cuando, negado o atacado, viene la autoridad judicial a reconocer su existencia y extensión...”⁴⁴

De esta manera se demuestra claramente que no existe otra posibilidad que el modelo racionalista haya inspirado esta particular manera de entender la relación jurídica que como puede advertirse del texto citado no se compadece con una visión realista. Esto no debe olvidarse en tanto y en cuanto la cuestión de la relación jurídica es de vital importancia en la parte sistemática de la enseñanza del derecho privado en lo que hace a sus nociones elementales, lo cual se vera con mayor claridad al tratar el tema de la estructura que se propone para la materia.

En tal sentido, la tradición a la que se ha hecho referencia, puede formularse diciendo que al trasladar sus premisas al ámbito jurídico, las ideas claras y distintas, desde Descartes a Wolf, serán la génesis del legalismo, producto del cambio surgido por el concepto desligado de la experiencia y por lo tanto de la justicia, con lo cual el paso queda expedito para el voluntarismo.⁴⁵

La paradoja a la que antes se hacía referencia es que el último eslabón de esta cadena que es el positivismo es la resultante de postulados en principio contradictorios, como el racionalismo y el empirismo, pero que quedan “redimidos” en la dialéctica de la modernidad ilustrada.⁴⁶

⁴⁴ F.K. Savigny, ob. cit., p. 25.

⁴⁵ Vincent Andre Ph., “Genesis y desarrollo del voluntarismo jurídico”, Ghersi, Buenos Aires, 1978, p. 13.

Michel Villey, *Los fundadores de la Escuela Moderna del Derecho Natural*, Ghersi, Buenos Aires, 1978, pp. 11/12.

Eduardo, Quintana, *El Código Civil Francés, La Ilustración y el Positivismo Jurídico*, p. 122.

⁴⁶ Daniel Innerarity, *Dialéctica de la Modernidad*, ya citado, al cual corresponde remitirse.

Asimismo resulta de gran interés el análisis del pensamiento de Andre Jean Arnaud en dos libros *Critique de la raison juridique* a cuyo primer tomo publicado por la Librairie General de Droit et Jurisprudence” en 1981 le ha seguido recientemente el t. II (entre mundialisation y posmundialisation) editado por la misma editorial en Paris, 2004.

De esta manera puede sintetizarse que la razón tomada abstractamente se torna irracional y que la libertad individual sin finalidad objetiva y comunitaria se convierte en conducta arbitraria y autoritarismo político.⁴⁷ En este sentido no deben perderse de vista las críticas que ha realizado el pensamiento posmoderno, en cuanto a la existencia de un intento por alcanzar un nuevo estado de definiciones.

El Iluminismo y la Ilustración que generan el positivismo, tienen sus raíces en el siglo XVII, a través de vertientes opuestas, pues por un lado van de Hobbes a Locke y a Hume y por otro de Descartes a Spinoza. Pero ya en el siglo XVIII, se evidencian las contradicciones, pues en lo que hace a la teoría del conocimiento se reduce todo a sensación, en moral y política apelan a la razón universal y al derecho absoluto, pero no ya a la razón cartesiana sino a la razón inductiva cuya única finalidad es el descubrimiento de las leyes reguladoras del gobierno de los hombres y de las cosas.

En suma, con el fin de completar este derrotero que se ha trazado, cabe recordar los puntos fundamentales de la construcción kelseniana, a saber a) la neutralidad de la ciencia, b) la condición descriptiva de la ciencia jurídica c) el escepticismo ético d) la crítica radical de la metafísica.

III. C) La formulación del sistema

Para concluir con este punto, y poder ya afrontar la parte final de este trabajo parece necesario conceptuar la noción de sistema, que de alguna manera explicará paradigmáticamente el proyecto de la racionalidad ilustrada.

En el siglo XIX se produce una contracción de la metodología para la determinación del derecho volcándose a un positivismo normativista que desemboca en una aplicación del derecho como sinónimo de norma positiva, circunscribiéndose así la función del jurista práctico a la aplicación puramente mecánica.

En este sentido el principio de la subalternación de los saberes permitió que durante muchos siglos la manera de resolver las cuestiones jurídicas se nutrieran de los principios que provenían

⁴⁷ Eduardo Quintana, *El Código...*, p. 123.

de otras ciencias. La observación que hacían los juristas de aquello que sucedía a su alrededor permitía dictar normas, o bien decir el derecho dentro de parámetros que respetaban el orden de la naturaleza.⁴⁸

El proceso iniciado por el nominalismo obtuvo el paso al saber metajurídico, proceso que se había iniciado en los siglos XVI al XVIII, en su lugar se incorporó un material ya elaborado por teólogos, filósofos o políticos, los cuales de alguna manera limitaban al proyecto jurídico.

De esta manera, la gran elaboración del método llamado exegético dogmático (siempre siguiendo la nomenclatura propuesta por Vigo), derivará en un sistema que será aquel que se apoderará de la enseñanza hasta mediados del siglo XX en el cual ante las consecuencias de la aplicación a rajatabla del proyecto iuspositivista, renacerá una manera distinta de mirar las cosas y resolver las cuestiones jurídicas.

Debe advertirse primeramente la existencia de un sutil hilo conductor que puede notarse en Europa en todo el período prerrevolucionario que intenta hacer valer el mito racionalista a través del derecho utilizando el mismo como herramienta.⁴⁹

Como se ha dicho en otro trabajo, si debiera presentarse un ejemplo para demostrar como es el modelo de enseñanza por el cual se explica el proyecto de la modernidad ilustrada éste es sin duda el de la escuela de la exégesis.⁵⁰

Cabe explicar, tal como se ha dicho, que elegir el método de la exégesis es una cuestión paradigmática, ya que difícilmente puede encontrarse en la historia de la enseñanza del derecho, un ejemplo mas claro de lo que significa adherir a un modelo de sistema que pretende encerrar la enseñanza en un conjunto de fórmulas.

⁴⁸ En especial Robert Spaemann, *Lo natural y lo racional*, Rialp, Madrid, 1989. Puede recurrirse a este respecto el prólogo que prepara Rafael Alvira para la edición española cuando dice “ el pensamiento moderno ha abandonado progresivamente el concepto de naturaleza en general, pero sobre todo el concepto de naturaleza humana”, p. 13.

⁴⁹ Una vez más aquí cobra vigencia la frase que popularizó Thomann en cuanto que el derecho ha sido en ese período el prisionero de las palabras.

⁵⁰ Aquí cabe hacer referencia al trabajo publicado en el t. III de la obra *Codificación...*, ya citado, “La enseñanza del derecho en la tensión...”.



Con todo debe siempre recordarse que no es acertado identificar los principios inspiradores del Código con un modelo de enseñanza, ni tampoco con el momento histórico en el cual adquirió vida. Simplemente cabe hacer la acotación que este método, que como se dijo nació a la sombra de un código determinado rigió en un lugar determinado durante casi un siglo, incluso hasta puede pensarse que si se lo mira de manera abstracta en su implicancia existen ya razones para suponer una ampliación al método llamado dogmático.

A partir de esta idea es necesario plantear que la ciencia moderna ha buscado explicar el derecho a partir del derecho positivo y es así como adquiere cierta unidad sistemática, que sigue el siguiente derrotero: análisis, síntesis y sistema.⁵¹

De esta manera, la razón del legislador (exégesis), o la razón del científico (jurisprudencia de conceptos) contarán con niveles de perfección, previsión y clarividencia que las tornaran insospechadas de silencios o incoherencias.⁵²

De lo que se ha dicho más arriba ha quedado planteada la razón por la cual el modelo se constituyó en un verdadero sistema, resta ahora analizar como se ha llegado a la influencia de este modelo en las llamadas partes generales. Para ello no debe olvidarse un paso previo que ha sido el de las teorías generales.

Si se hace esta acotación es porque invariablemente la enseñanza del derecho privado ha tenido como base las partes generales, lo cual ya desde su perspectiva epistemológica demuestra cual es la filiación de la misma ya que existe aquí una necesaria referencia al hilo conductor que va desde la idea de sistema a las teorías generales que informan las partes generales.

Así dice Hernández Gil “concluida la construcción jurídica, su resultado es el sistema, preguntarse por el valor y la utilidad de éste es preguntarse asimismo por el valor y la utilidad de la propia construcción... la transformación de la materia en sistema representa una perfección de la misma. Es lo que la hace más visible, lo que le da una forma plástica, se agrupa en cuerpos modelados plásticamente. El

⁵¹ Rodolfo Vigo, “La interpretación jurídica”..., ob. cit., p. 17.

⁵² Rodolfo Vigo, ídem nota anterior, y asimismo del mismo autor en “De la ley al derecho”, también citado, en especial el capítulo que se refiere a “Algunas tesis actuales sobre la interpretación jurídica judicial”, pp. 26 a 55.



sistema es, además la forma más rápida y concertada de mostrar la materia”.⁵³

El principal fruto de este método es el que derivará en la construcción de las partes generales, tan comunes en el campo de la filosofía jurídica a mediados del siglo XIX y principios del XX, que han venido a suplantar a la tradicional filosofía del derecho, siendo entonces estas teorías generales las que con el material que aportan las partes generales se transforman en las “introducciones” del saber jurídico a manos del positivismo.⁵⁴

Retomando la hipótesis de trabajo propuesta más arriba, lo que se advierte es una influencia del método racionalista que privilegia un orden metodológico al que podría llamarse el ámbito de la justicia concreta.⁵⁵

A partir de esta idea se refleja el orden de la exégesis en cuanto a que pretende que el derecho se encuentra contenido dentro de los textos legales.

Lo importante para resaltar es que abarca todo el siglo XIX y de alguna manera se transforma en el paradigma del derecho continental

En cuanto a la estructura e implicancias puede decirse que el derecho está estrictamente contenido dentro de los textos legales de tal suerte que la tarea del jurista no consiste más que en extraerlo de

⁵³ Antonio Hernández Gil, *Metodología*, ya citada, pp. 142 y sgts.

⁵⁴ Mario Losano, *Los grandes sistemas jurídicos*, lug. cit., pp. 172 y sgts.

⁵⁵ A este respecto cabe leer con atención la formulación de Wieacker cuando desarrolla dentro de los distintos modelos de codificación la que él llama la ilustrada y por otro el de la cientificación del derecho. Así dice “comparados con el anglosajón todos los derechos del continente europeo y de los países europeizados de otras partes del mundo acusan concordancias que dependen de la permanente comunidad de desarrollo político y espiritual. Se remontan a la cientificación del derecho con el redescubrimiento del Hábeas Iuris y del Derecho común, a la Teoría y el sistema del Derecho racionalista, a la humanización y racionalización de la esencia del Derecho mediante la Ilustración y al fundamental y abstracto ideal del estado de Derecho impuesto ya en el Derecho privado por el tardío Estado autoritario alemán y en el Derecho penal por la Revolución Francesa. Los mayores servicios de esta cultura jurídica fueron la humanización del Derecho Penal por la Ilustración Prusiana, la superación del proceso inquisitivo por la Revolución Francesa y la penetración conceptual y sistemática del Derecho Común por la ciencia de las Pandectas” (*Historia del Derecho Privado en la Edad Media*, citado, p. 464).

allí. Esto implica el postulado de la suficiencia y por lo tanto de la plenitud de la ley escrita, lo cual ya deja entrever una clara disposición iluminista en cuanto pretende que la razón del hombre es capaz de resolver todas las cuestiones en una suerte de mirada sobre el progreso indefinido.

La conclusión es que debe resaltarse que este modelo tiene un espíritu de escuela ciertamente esotérico, hay un claro interés en encerrar el derecho en un conjunto de palabras, lo cual ciertamente es un fenómeno que ha comenzado en la imagen del iusnaturalismo moderno.

IV. Propuestas de reformulación

IV. A. Una mirada desde la posmodernidad

Como se ha sostenido en otro trabajo, se hace necesaria una mirada sobre la posmodernidad como momento en el cual se debe replantear la enseñanza del derecho, por lo menos desde la perspectiva del derecho privado. Esto es así una vez que se ha superado la fragmentación que ha significado la modernidad, que necesariamente al explicar el derecho lo hace desde una óptica puramente dogmática.

Cabe decir que si esta nueva manera de explicar el problema se presenta en la segunda mitad del siglo XX, es necesario referirla al proceso de la posmodernidad. Ya ha quedado claro que es necesario plantear el tema desde este ángulo porque es el momento en el cual se ha producido la crítica al positivismo.

Dicho de otra manera, no puede eludirse el momento de la posmodernidad como cosmovisión ya que en el mismo es en el que se formula el proyecto de modificación que se propone.

El problema no se presenta tan sencillo, toda vez que la enseñanza muestra otros retos, que no necesariamente se vinculan al campo de las ideas, sino que pasan por los modelos de vida que han ido cobrando vigencia en el mundo occidental, dentro de las últimas dos décadas. En verdad se ha tratado de reflejar el problema, que sin duda se ha producido en el derecho continental, desde una parcela de la realidad que es la enseñanza en el campo del derecho privado. La elección de la parcela a la que se hace referencia, es además la experiencia jurídica y docente que ha llevado a proponer una alternativa a la enseñanza del derecho, por otra parte se elige el ám-



bito en el cual, por antonomasia, se estudian las relaciones de justicia conmutativa.

Con lo dicho entonces queda claro que la solución debe darse superando también la mirada que sobre el tema puede arrojar la posmodernidad.

De acuerdo a lo que se ha dicho más arriba se acepta entonces la tesis de la posmodernidad como diagnóstico y a partir de allí construir sobre aquello que se ha desarticulado, esto implica aceptar desde un principio que el momento de la posmodernidad sirve para alejarse de la modernidad ilustrada pero no para instalarse en la misma, ya que este momento puede ser analizado desde distintas perspectivas.

Puede decirse que no resulta unívoca la definición que se da sobre el momento de la posmodernidad, así la misma es susceptible de distinguirse de la tardoposmodernidad que resulta ser una acentuación de lo moderno.

De esta manera Jesús Ballesteros diez años después de haber reflexionado sobre la posmodernidad como decadencia o resistencia sostiene que a partir de la década de los 90 se ha acentuado la visión de la posmodernidad como decadencia a través del movimiento de lo llamado políticamente correcto, y a este momento es al que identifica como tardoposmodernidad. Por otra parte no debe dejarse de resaltar por ejemplo la opinión de Nucci cuando habla de la “posmodernidad buena” que se asimila a la noción de posmodernidad como resistencia.⁵⁶

Es importante dejar en claro desde un principio que si no se considerase a la posmodernidad como un diagnóstico debiera pensarse a la misma como una solución lo cual de alguna manera se muestra como un contrasentido.

Como puede advertirse, en algún lugar, las dos coordenadas propuestas se tocan ya que uno de los ataques de la posmodernidad al modelo anterior se centra en la pérdida de noción de sujeto, el cual debe ser sustituido por estructuras anónimas e inconscientes en las que ese sujeto se difumina hasta desaparecer. Las corrientes de la posmodernidad sustituyen el trascendentalismo de la conciencia por

⁵⁶ Jesús Ballesteros, “Modernidad y Posmodernidad”, en *Persona y Derecho*, EUNSA, Navarra, 2000, n° 43, pp. 15 y sgts. Giandomenico Mucci, *La posmodernidad buena*, ya citado.



el del inconsciente bajo la forma del discurso anónimo de las estructuras sociales lingüísticas o simbólicas.⁵⁷

Sea como fuere y cualquiera sea la terminología lo cierto es que la posición desde la posmodernidad presupone por una parte aceptar la imposibilidad de volver a reunir aquello que se ha dispersado o aprovechar esta circunstancia para recomponer a partir de lo que se ha disgregado.

Una frase de Innerarity puede ayudar a entender lo que se está diciendo “ tomaré el término postmodernidad para tener algo a lo que atenernos, sin pretender ocultar la manifiesta ambigüedad de esta denominación. La postmodernidad es una manera de celebrar la diversidad y la diferencia, una preferencia por el fragmento y la emancipación individual, frente a los sistemas, las totalidades y las ambiciones racionalizadoras. Pero también es una filosofía del casuismo histórico, la sustitución de la categoría del poder por el agotamiento”.⁵⁸ Esto implica que ante la evidencia del fracaso de la idea del progreso indefinido, no necesariamente se cae en esa suerte de disgregación que provoca el relativismo, en el cual el hombre deja de estar en el centro del mundo, porque sencillamente ya no existe ese “centro del mundo”.

Superada esta primera mirada de la posmodernidad, cabe la otra, que significa no aceptarla en su faz de relativismo, sino mirarla desde la óptica de la oposición a la injusticia, creyendo en la razón, pero no como reguladora de todas las cosas, sino como descubridora de la verdad. En esta misma línea es un pretendido progreso, pero partiendo de la convicción que los problemas de este tiempo no son técnicos, sino éticos, se trata en suma de defender lo inalienable de la persona. Para decirlo en los términos que lo hace Ballesteros se trata de defenderla no sólo frente al estado sino tam-

⁵⁷ Dentro de los trabajos que pueden arrojar luz sobre la tensión modernidad posmodernidad, resulta de interés el de Raúl Madrid Ramírez “Deconstrucción y anti-representacionismo”, el cual al abordar el tema específico y reconocer cierta crítica acertada sobre la modernidad entiende que el proyecto posmoderno resulta de una absoluta inviabilidad operativa, precisamente se coincide en cuanto a que la posmodernidad como se dijo en el cuerpo del trabajo debe ser tomada como un diagnóstico (conf. *Ius Publicum*, nº 10, año 2003, revista de la Escuela de Derecho Universidad Santo Tomás, pp. 21/33).

⁵⁸ Innerarity, *Libertad como pasión*, EUNSA, Pamplona, 1992, p. 14.

bién frente a toda forma de explotación, y todo intento de abolición y alienación.⁵⁹

Aquí es donde aparece el problema del derecho entendido como una solución a las controversias desde un criterio de justicia. Por eso el mismo debe ser enseñado desde una postura distinta ya que ha quedado en claro la falta de respuesta del modelo llamado exegético dogmático.

Lo importante será buscar un punto equidistante del racionalismo extremo de la modernidad y el pretendido irracionalismo radical de la posmodernidad.⁶⁰

Sin perjuicio de ello debe reconocerse con honestidad que el ámbito o nuevo paradigma de la posmodernidad abre mayores perspectivas para una comprensión de fenómenos jurídicos ya que no se muestra como un sistema hermético y autosuficiente.

No es vano recordar aquí que la idea de sistema sólo puede ser mirada desde la modernidad, cabe recordar que los autores se refieren al proceso de la modernidad como el fin de las grandes narraciones y el comienzo de los pequeños relatos, lo cual depende el ángulo desde el que se lo mire puede generar soluciones o no.

Es aquí donde aparece el gozne sobre el cual gira el problema, que es buscar la re-uniión a partir de lo despedazado. Para avanzar en este camino es necesario repensar la relación del hombre con la realidad. La modernidad es la época de la escisión del hombre y la naturaleza, de la conversión del hombre en sujeto y de la realidad en problema. El proyecto moderno ha estado presidido por el objetivo de mantener la soberanía del hombre sobre el mundo, reduciendo lo real a su relación con una subjetividad constitutiva. La concepción del mundo como pura contingencia explica la primacía de los artefactos de la sociedad moderna, mentalidad funcionalista como carácter de una época.

⁵⁹ Jesús Ballesteros, *Posmodernidad: Decadencia o resistencia*, Tecnos, Madrid, 1997.

⁶⁰ Se vuelve aquí a señalar la obra de Innerarity *Tras la posmodernidad*, ya citada, y el trabajo de Madrid Ramírez, citado. En este punto es importante volver sobre la tesis de Ballesteros acerca de la posmodernidad como decadencia o resistencia y la reflexión sobre la posmodernidad o la tardoposmodernidad, en el mismo sentido cabe citar a Francesco D'Agostino, en su trabajo "Modernidad y Postmodernidad" (*Persona y Derecho*, nº 42, pp. 17 y sgts., Navarra, 2000).



Precisamente en este punto es en el que se quiebra el sistema como mito, más allá de que aquello que se construya sea o no suficiente para reemplazarlo.

A partir del descubrimiento de la insuficiencia del jurisdicismo va apareciendo la necesidad de buscar otras soluciones, muchas de las cuales aparecerán de la mano de la rehabilitación de la razón práctica.

Así señala Vigo “los ámbitos académicos jurídicos durante el siglo anterior y en buena parte del presente, optaron entre un irracionalismo o una noción cientificista de la racionalidad. Sin embargo a instancias de ciertas experiencias vividas y de la superación por distintas vías en el campo de la ética del escepticismo predominante acerca de los enunciados normativos y axiológicos, fueron apareciendo autores y escuelas que coincidían en reconocer la viabilidad de una razón capaz de justificar preferencias o directivas de la praxis humana”.⁶¹

Así, cabe señalar que para el pensamiento moderno, el concepto de mundo no indica cosmos, la articulación ordenada y necesaria de todo lo existente, el horizonte donde se encuentran todos los significados constitutivos que sirven para orientar el pensamiento y la acción, indica por el contrario, la contingencia misma, dentro de la cual se ha convertido en un problema encontrar la necesidad, la verdad, la belleza los valores. De esta manera la modernidad no atiende al tema de los valores sino que se refiere a El Valor, así con mayúsculas.⁶²

Del mismo modo se advierte que subyace un mundo totalmente contingente en el cual la autonomía de lo real es sólo aparente, el conocimiento absoluto exige que el objeto no sea nada más que su relación a la subjetividad.

En la filosofía moderna y contemporánea, las fronteras entre la filosofía, la ética y la estética están excesivamente señalizadas, esto es debido a que la idea moderna de racionalidad, formada a partir del modelo de la ciencia positiva, no tiene vigencia en la moral o el arte, estas dos actividades no son compatibles con una concepción mecánica de la naturaleza, sino por el contrario lo son con una visión teleológica.

⁶¹ Rodolfo Vigo, “Nuevos vientos de la filosofía del derecho”, en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993, pp. 119 a 129.

⁶² Daniel Innerarity, “Dialéctica de la Modernidad”, en especial p. 125.





La superación de las rupturas que se han mencionado otorgan a la posmodernidad la posibilidad de abrir una instancia, lo cual no quiere decir que necesariamente esto se de en un solo sentido, precisamente el trabajar con el pensamiento crítico hasta sus últimas consecuencias puede conducir a una situación en la cual ya no se encuentre retorno para recomponer lo que se ha dispersado.

En este sentido, recobra renovada vigencia lo sostenido por Leocata en cuanto que la posmodernidad no debe ser entendida como una propuesta sino como un diagnóstico, pues si fuese una propuesta o intentarse ser una respuesta estaría faltando, por decirlo de algún modo, a su razón de ser, que es la permanente crítica más allá de los modelos de la modernidad.

Cabe aquí concluir que la filosofía, la ética, el arte, no pueden seguir artificialmente separados: el saber ilumina y aclara la realidad al tiempo que instala al hombre en su contexto vital, la ética tiene que ver con la verdad (cabe acotar que esta no es una preferencia arbitraria), y es en buena medida una cuestión de buen gusto, así se advierte que el arte no es independiente de la moral y tiene un indudable valor cognitivo. Lo mismo puede decirse acerca de la relación entre el derecho, la política o la economía.

En este sentido la interrelación verdad-justicia es señalada muy agudamente por Pieper al mencionar en su estudio de la justicia, que la misma no consiste sino en la vida vivida en verdad con los demás.⁶³

De esta manera, si la modernidad propuso como lema “la experiencia contra la autoridad” las posmodernidad debería recuperar el valor de lo que puede ser comprobado experimentalmente, de lo que sólo puede ser contado. En el mismo sentido para que la posmodernidad no sea un mera queja por la marcha del mundo, de un mundo totalmente administrado, debería dirigir la mirada hacia la realidad, hacerse cargo de aquella alteridad que excede las perspectivas individualistas.⁶⁴

Se trata de desenmascarar pero a partir de una propuesta que implique enseñar un saber práctico prudencial cuyos principios se encuentran en otros saberes por eso cuando se habla de principios

⁶³ Josef Pieper, *Las virtudes fundamentales*, Rialp, Madrid, 1976, p. 85.

⁶⁴ Edith Stein, *La pasión por la verdad*, Bonun, Buenos Aires, 1994, en especial capítulo VI, “Metafísica de la comunidad”.





generales del derecho no se hace referencia a lo que la doctrina ha entendido como tales desde su mirada decimonónica moderna ilustrada, sino una perspectiva distinta.

La posmodernidad, en cierto sentido es el crepúsculo de la modernidad, y también la posibilidad de una nueva era de síntesis. Como ha señalado Taussig “en cuanto crepúsculo conviven en ella las sombras de todas la realidades que brillaron en la modernidad. En cuanto posibilidad puede alumbrar una esperanza. Aunque tampoco deba descartarse que puede resultar también, en su concreción histórica, un momento más del proceso de la modernidad, implícito o germinalmente presente en su inmanentismo metafísico o su automomía insubordinada, que como tal aún no ha llegado a plasmar su diversidad”.⁶⁵

Lo que quiere decir todo esto es que se abre con la posmodernidad una instancia, que todavía no tiene un final claro, no es más que una propuesta para salir de las trampas y los enmascaramientos de la modernidad, de esta manera los autores que han vislumbrado el tema, utilizan la noción de posmodernidad como un ámbito de respuesta al proyecto de la Ilustración. Por lo general se parte de la coincidencia respecto al desarrollo exagerado del racionalismo iluminista que en nombre del método produjo un reduccionismo peligroso en el análisis de la realidad del ser humano, opacando la capacidad de comprensión de la totalidad del mismo.

De esta forma la desaparición del modelo de la Modernidad Ilustrada se muestra en el campo del derecho como el abandono del modelo exegético dogmático iuspositivista.

Hasta aquí, entonces la referencia sobre la posmodernidad, la cual corresponde que sea analizada como un diagnóstico y no como una respuesta, tal como se dijo más arriba. Por lo pronto resulta satisfactoria como crítica de la modernidad ilustrada, y en el campo jurídico esto se trasluce en una mirada distinta sobre la realidad, la cual presupone un punto de partida y nada más que eso, pero por lo pronto es suficiente.

De esta manera, también en el campo de la enseñanza, este alejamiento del modelo del racionalismo que generó la utopía

⁶⁵ Eduardo Taussig, “Posmodernidad y universidad”, en AA.VV., *Un diagnóstico para la nueva evangelización. Los orígenes de la posmodernidad*, Fundar, Bs. As., 1995.



iuspositivista, puede dar lugar a una exacerbación del nihilismo o por el contrario presentar una realidad dentro de la cual se construya a partir de la realidad, así como hay autores que desde el punto de vista religioso sostienen que el fin de las expectativas utópicas abren una instancia a la pregunta religiosa.⁶⁶

En este mismo orden de ideas puede citarse a Innerarity cuando sostiene que lo más valioso de la posmodernidad es el abandono de la crítica en sentido enfático, de la utopía (en el sentido moderno) y lo definitivo, de las legitimaciones absolutas, y a su vez propone atender a las condiciones de la finitud humana, tomar en cuenta la contingencia en la cual se encuentran inmersos los seres humanos y el escaso control que el mismo tiene sobre “contingencias históricas, acontecimientos irreversibles, destinos ineludibles, facticidades inevitables, escaseces de variada índole”.⁶⁷

IV. b. Una mirada desde el realismo

Cabe por fin, avanzar en un intento de respuesta acerca del problema que se plantea al profesor de derecho privado ante casi dos siglos de enseñanza en un modelo racionalista. Se habla de intento ya

⁶⁶ Resulta aquí interesante la opinión de Peter Koslowski cuando refiriéndose a esta alternativa dice “ la Antigüedad tardía reaccionó con la religión cristiana ante el desmoronamiento de las religiones paganas y ante el hecho de que las expectativas para el futuro se cumplieran. Lo que observamos hoy es que después del derrumbe de las expectativas utópicas para el futuro, el nihilismo y la mitología están predominando, en lugar de la religión. Lo que estamos experimentando es una modificación del fenómeno que ocurrió en la Antigüedad tardía. Las expectativas utópicas para el futuro del marxismo no se han cumplido, como tampoco se ha cumplido la expectativa apocalíptica del fin del mundo. Sin embargo el nihilismo, que ha desplazado al cristianismo amenaza con predominar en forma de pluralismo total y de la noción desconstructivista de que “todo está permitido”. El nihilismo ya no es el invitado siniestro que golpea a la puerta, como comentó Nietzsche al referirse al siglo XIX sino que ya ha entrado. En lugar de volver al nihilismo o a la mitología en vista de que no se han cumplido ni la utopía ni el apocalipsis, deberíamos tomar nuevamente el modelo de la Antigüedad tardía y superar el nihilismo con la religión cristiana” (conf. “Razon e historia, La modernidad del posmodernismo”, en *Anuario de Filosofía de Navarra*, vol XXVII/3-1994).

⁶⁷ Daniel Innerarity, “Tras la postmodernidad”, en *Anuario de Filosofía de Navarra*, vol. XXVIII/3, 1994, cit., p. 963.

que en temas como los que se abordan lo peor que puede hacerse es pretender alcanzar una solución definitiva, ya que lo que se está proponiendo es una alternativa a un modelo de enseñanza que pretendió ser una respuesta definitiva. Debe reconocerse que asistimos a una renuncia gradual, pero efectiva a los grandes discursos dogmáticos de la razón instauradora o descriptora de realidades apodícticas. Como bien ha señalado Innerarity⁶⁸ el momento en el cual nos toca vivir no es una era de titanes sino de héroes, lo cual implica que no se trata de volver a caer en la tentación de pensar todo el derecho privado a partir de definiciones que nada tienen que ver con la realidad.

Se recuerda entonces que el motivo de este trabajo tiene que ver con la manera en que es posible edificar una enseñanza del derecho privado a la luz del realismo jurídico, lo cual no implica olvidar la cuestión del derecho público, pero lo cierto es que en el ámbito del derecho privado se registran los intercambios propios de la actividad de las partes, en las que no siempre interfiere el poder público.

IV. b. 1. El realismo jurídico

Una primera aproximación al realismo jurídico, es una definición clásica que lo ubica en la terminología de la *res iusta*, pero lo cierto es que al decir realismo jurídico se quiere decir más, es una respuesta a los problemas jurídicos desde el respeto por la realidad de las cosas.

Puede parecer un poco amplia y omniabarcante esta definición pero es la que nos permite referirnos a la parcela de realidad que le corresponde a aquellos que operan con las cosas jurídicas.

Para entender mejor esta referencia a “la parcela jurídica” cabe recordar lo que se dijo más arriba en cuanto se propuso establecer la clara diferencia entre lo que fue el pensamiento ilustrado y la superación del mismo, visto ya como una nueva mirada de la realidad e interpretando a la posmodernidad no tanto como un irracionalismo sino como una nueva mirada sobre las cosas, trasladándose de las ideas, o a las cosas, a los hombres concretos, o la

⁶⁸ Daniel Innerarity, *Libertad como pasión*, EUNSA, Pamplona, 1992, en especial el capítulo II.

historia y para decirlo en los términos de Guardini, todo objeto para ser realmente conocido, necesita un comportamiento hacia él.⁶⁹

Precisamente esta mirada sobre la realidad de las cosas con la cual se iluminará luego la realidad jurídica es la que lleva a enfrentar el paradigma iuspositivista.

A este modelo es al que se opone el realismo, al modelo que puede nominarse bajo la forma de la dogmática jurídica, como forma propia de la ciencia del derecho, con predominio de la teoría sobre la práctica, axiológicamente neutral y marcadamente descriptiva, que es lo que se pone en tela de juicio.

Pero previo a incursionar en el tema del realismo jurídico es necesario referirse al realismo jurídico como postura que reconoce y afirma lo real como el principio mismo del quehacer filosófico.

Si se pretende plantear la cuestión del realismo como marco de referencia, es posible dar una definición, para lo cual puede decirse que es una doctrina según la cual el ser es independiente del conocimiento actual que de él pueden adquirir los sujetos conscientes.⁷⁰

Así siguiendo a Pieper cabe decir que “el principio de que la realidad objetiva es la medida de nuestro conocer quiere decir, pues, lo siguiente : las cosas reales son las formas previas y modelos de lo que nuestro entendimiento configura al conocer y constituirse como tal entendimiento. El mundo del conocimiento está “preformado” en el mundo objetivo del ser, este es el modelo, aquel la réplica. El entendimiento en acto es esencialmente algo conformado con posterioridad, pues presenta una relación esencial a algo anterior según la naturaleza, este algo según la naturaleza que precede a todo conocimiento es la realidad”.⁷¹

Entre muchas definiciones cabe citar la de Hervada al prologar la tesis de Schouppe al decir que la concepción realista del derecho es la más clásica de todas las que la ciencia jurídica ha conocido, iniciada por Aristóteles, se reflejará en los juristas romanos y en los juristas europeos hasta la aparición del nominalismo. Completa el tema Hervada cuando dice que es la que mejor explica la práctica judicial,

⁶⁹ Respecto a esta reflexión de Romano Guardini puede consultarse el capítulo “El realismo cristiano de Romano Guardini” en el libro de Massimo Borghesi, *Posmodernidad y Cristianismo*, Encuentro, Madrid, 1997.

⁷⁰ Etienne Gilson, “El realismo...”, citado.

⁷¹ Josef Pieper, “El descubrimiento de la realidad”, citado, p. 29.

desde sus orígenes hasta nuestros días, la tarea del juez es buscar, determinar lo propio de cada uno en las partes en litigio, lo suyo de cada uno.⁷²

Si bien el tema se presenta como inagotable, tal como se dijo más arriba, para comprenderlo mejor cabe adherir a una explicación que ofrece Vigo. El mismo identifica el realismo jurídico con tres nombres, “aristotélico tomista”, también el de “realismo jurídico clásico” o “iusnaturalismo ontológico”. Sea cual fuera el tema, como se dijo más arriba pueden sintetizarse en los siguientes caracteres “1. Tesis de la no positividad de todo el derecho: hay un lago jurídico que vale como tal no obstante que sea rechazado o ignorado por la sociedad o sus autoridades. 2. Cognitivismo ético-jurídico: la razón puede conocer dimensiones valiosas o exigencias ética-jurídicas implicadas en las conductas humanas. 3. Tesis epistemológica: rechazo en la materia de la praxis humana a un descriptivismo absolutamente desvinculado de lo justificativo o prescriptivo 4. gnoseología realista: no hay ideas innatas sino que el comienzo empieza en los sentidos, y en el plano de las conductas humanas esa referencia a lo concreto es necesaria e insoslayable y 5. tesis ontológica: el fundamento de la juridicidad natural o indisponible remite a dimensiones o posibilidades intrínsecas al ser humano y a la naturaleza de las cosas en general.”⁷³

Lo cierto es que para comprender el realismo jurídico no hace falta más que continuar con la línea trazada por el realismo filosófico en cuanto el mismo es el nombre genérico de la doctrina que admite que el conocimiento cierto de las realidades verdaderas de las cosas tienen una existencia independiente del pensamiento.⁷⁴

De esta manera queda trazado un panorama de aquello que se quiere significar cuando se habla de realismo jurídico.⁷⁵

⁷² Javier Hervada, *Avant –propos en Le réalisme juridique*, de Jean Pierre Schouppe, E.Story-Scientia, Bruxelles, 1987, p. VII.

⁷³ Rodolfo Vigo, *El iusnaturalismo actual de M. Villey a J Finnis*, Fontamarrá, México, 2003.

⁷⁴ Etienne Gilson, *El realismo metódico*, citado.

⁷⁵ Un desarrollo pormenorizado del tema también se encuentra en la obra de Schouppe ya mencionada, pp. 149 a 176.

IV. b. 2. *Una vision del derecho privado*

Seguramente una exhaustiva explicación del significado del derecho privado supera ampliamente la intención de este trabajo, sin embargo con el fin de llegar a una mejor conclusión de lo que se está planteando, cabe referirse a una aproximación a aquello que se entiende por derecho privado. Metodológicamente cabe advertir que todos los tratados de derecho civil invariablemente se refieren a la división entre derecho público y privado.

Ya en el *Corpus Iuris Civile* se encuentra esta separación cuando se habla de “quos ad statum rei romanae spectat” y “quo ad singulorum utilitatem”. Buscando una traducción vulgar podemos decir que en el primer caso el derecho público se refiere al modo de ser (status) de la organización del pueblo romano, y en el otro caso es lo que atañe a los particulares (singulorum utilitatem).⁷⁶

Si se analiza la cuestión desde una perspectiva filosófica, o para mejor decirlo desde su “espesor filosófico” se advierte que se trata de una división del derecho visto desde el punto de vista de su forma o estructura inmanente. La división puede corresponderse con lo justo particular visto desde la perspectiva de distributivo o conmutativo. Es una división del concepto de derecho en partes subjetivas y por lo tanto da lugar a dos especies distintas de derecho.⁷⁷

Existen sin duda otras explicaciones, una primera tesis ha distinguido entre la fuente creadora, otra se ha inclinado por el interés protegido, otra ha hecho radicar la distinción en la naturaleza del sujeto y por fin en la posición de las partes en la relación jurídica.

Con todo debe reconocerse que dentro de las actuales estructuras la cuestión no aparece tan claramente delimitada, pero debe decirse que si bien en la actualidad existen avances del ámbito del derecho público sobre el privado, no es menos cierto que esto no empalidece la distinción que debe hacerse a partir de los ámbitos de la justicia general y particular, ya que si algo es claramente delimitado es que el derecho privado atiende al ajuste que debe existir en los cambios, o para decirlo de otra manera la reciprocidad necesaria que debe haber en este ámbito, a esto es a lo que se debe hacer referencia

⁷⁶ Alfredo Di Pietro, *Derecho Privado Romano*, Depalma, 1999, Buenos Aires, cap. I.

⁷⁷ Félix Lamas, *La experiencia jurídica*, IEF, Buenos Aires, 1991, pp. 530 y sgts.

cuando se menciona la concepción del derecho privado pero vinculado a la visión del realismo.

Sin perjuicio de ello, no cabe dejar de resaltar que en la actualidad existe una notable influencia de los ámbitos de derecho público sobre el privado sobre todo en cuanto se trata de observar la importancia de los valores jurídicos, y la interpretación que hace la doctrina y en especial los tribunales, de las normas y su aplicación. Como puede advertirse de lo dicho lo que corresponde es considerar claramente la importancia de los principios jurídicos como sustento del derecho privado.

Corresponde volver sobre el tema de la enseñanza, sin antes dejar de recordar que en la aplicación del derecho corresponde contemplar una estructura más dinámica de la que está acostumbrado a verse en el sistema legalista, por lo cual los principios jurídicos obran como verdaderas pautas rectoras de la interpretación, lo cual a su vez implica que no procede observar una división tajante entre orden público y orden privado, todo es así porque esta división del concepto de derecho es resultado de una abstracción legítima, con fundamento real, pues en concreto cada situación jurídica (cada norma o facultad considerados derecho de manera análogo) en tanto fenómenos complejos realizan en una medida diversa ambas formas o especies del derecho, integrándose en la totalidad de éste por su referencia al bien común.⁷⁸

V. La enseñanza de las instituciones del derecho privado y la reflexión sobre los principios

De alguna manera, la mejor forma de acceder a lo que es la enseñanza del derecho privado, vinculado por definición a la forma de justicia conmutativa, es ubicarlo en el discernimiento de lo justo en la ciudad. Así se evita caer en las excesivas abstracciones que se han compadecido con una forma de reinterpretar la realidad por parte de la modernidad ilustrada que tiene su correlato en la posibilidad de racionalizar el mundo y la sociedad mediante la ciencia y el mito del progreso indefinido.⁷⁹

⁷⁸ Félix Lamas, *La experiencia...*, citado, pp. 530/1.

⁷⁹ Giandomenico Mucci, *La Posmodernidad Buena*, ya citado.



Pero antes de proponer una lectura para una manera de introducir el estudio del derecho privado, nunca será suficiente resaltar que esta necesidad no parte de un interés de escuela sino simplemente de la propia realidad de la manera en que el derecho se manifiesta en la sociedad, como explica Hervada cuando los juristas romanos consiguieron transformar el derecho en un arte no introdujeron algo radicalmente nuevo en la vida de la sociedad humana, sino que perfeccionaron lo que siempre fue una necesidad para la convivencia humana, el saber dar a cada uno lo suyo.⁸⁰

Así cabe advertir que la manera de enseñar el derecho privado ha surgido del modelo de las universidades decimonónicas que adoptaron en derecho una currícula signada por el proceso codificador. De ese modo cada materia remite a un código o a una parte del mismo y un ejemplo significativo es la materia Introducción al Derecho concebida desde esta perspectiva como una información sintética de las distintas asignaturas-ramas que el alumno debía estudiar con más detalle.⁸¹

Es por eso que una nueva lectura de este fenómeno debe apuntar a la búsqueda del principio del derecho privado en la dignidad de la persona y no ya en la razón constructiva o en la ley positiva.

Así dice Vigo “el llamado permanente de la escuela es no perder de vista la persona humana con su intrínseca dignidad, dado que si se pierde de vista al hombre y a su sociedad nos quedamos con estructuras ininteligibles al perder de vista el porque y el para que de las mismas”.⁸²

En si el problema de la enseñanza se inscribe en un proceso de una nueva fundamentación del derecho, la propuesta será analizar la cuestión desde un nuevo humanismo al cual podría dársele el

⁸⁰ Javier Hervada, *Introducción crítica al derecho natural*, EUNSA, Pamplona, p. 15.

En el mismo sentido explica Schoupe en la obra citada que el jurista está volcado por la naturaleza de su función espontáneamente a las relaciones sociales, a su vez con mucha claridad expresa que al abocarse un juez a dictar una sentencia, al plantear un abogado litigante una defensa o al tener que pagar una compañía de seguros un siniestro ninguno analiza cuestiones puramente racionales sino realidades (conf. obra citada, Introducción, p. 30).

⁸¹ Resulta interesante la lectura del capítulo del libro de Vigo “De la enciclopedia a la unidad del derecho”, en el libro ya citado, *De la ley al derecho*, p. 21.

⁸² Rodolfo Vigo, *El iusnaturalismo*, citado, p. 199.



nombre de realista. La concepción antropológica es el elemento nuclear de las diferentes disciplinas sociales, puesto que de diversas maneras, con distintos acentos, todos ellos se ocupan del ser humano. Así, uno de los problemas más destacados de la cultura moderna es el error antropológico que se ha difundido, quizá una de las más claras debilidades de la civilización actual esté en una inadecuada visión del hombre.

Paradójicamente ha sido ésta, nuestra época, en la que más se ha escrito y hablado sobre el hombre, la época de los humanismos y los antropocentrismos y sin embargo se ha atacado su identidad y destino y se lo ha rebajado a niveles insospechados, época de valores humanos conculcados como jamás lo fueron antes.

Ya desde el principio de este trabajo se habló de la imposibilidad de sacar conclusiones acerca de un tema que por decirlo de una manera un tanto pueril “ está sucediendo” en estos momentos, y es precisamente asumir el problema de la enseñanza frente a una generación de alumnos que necesitan otra manera de enfrentarse a los problemas jurídicos.

Por eso es que no es posible generar una respuesta contundente sino acercar soluciones propias para el tiempo que toca vivir, sin olvidar que aún hoy se discuten ciertas formas de modernidad ilustrada que intentan hacer frente a la crítica que se ha ejercido sobre la misma, llevando al campo de la Escuela Crítica, el neoestructuralismo, el neomarxismo y el neoliberalismo.⁸³

Debe tenerse en claro que el problema de la enseñanza en tiempos necesariamente posmodernos tiene que partir de la comprensión de este elemento antropológico como fundamento de lo pedagógico, y a su vez lo antropológico no puede desconocer el marco cosmovisional en el cual se encuentra inserto.

Es por eso, que tal como se ha sugerido en varias oportunidades durante este trabajo, antes de plantear una respuesta es necesario saber que actitud debe tomarse frente a la posmodernidad.

A este respecto parece pertinente asumir tres posturas frente al problema cosmovisional que se presenta.

El primero será aceptar la “irracionalidad” de la posmodernidad y no tratar de avanzar más allá de los “márgenes” en los cuales ha sido

⁸³ Pedro Morande Court, “Claves para una comprensión cristiana de la crisis de la modernidad”, citado.





colocada la cultura. El proyecto es entonces mantener el estado de desintegración en que ha quedado la cultura después de la crítica que le ha hecho a la modernidad la posmodernidad. Aquí puede decirse entonces que el diagnóstico se transforma en proyecto, esto quiere decir que se acepta esta suerte de repliegue de la razón reflexiva a una posición de resignada impotencia ante la marcha del mundo.⁸⁴ Sin duda la mejor manera de reflejar esta actitud es la de hablar del “pensamiento débil”.

Una segunda mirada sobre la cuestión nos ofrece una solución que consiste en “reconstruir” la realidad a partir de un nuevo modelo ilustrado, es decir aprovechar la crítica pero volver sobre la razón del hombre como creadora de todas las cosas, esto se encuentra claramente expresado en una obra de Habermas que habla de la Ilustración como un proyecto inacabado. Y aquí está precisamente la clave de la reformulación del sistema, que consiste en aceptar las críticas pero reconstruir a partir de la subjetividad. En si este proyecto se advierte en varios niveles como ser por ejemplo el político, el religioso, el jurídico, y sobretodo tiene su apoyatura en lo cultural, la clave en cada uno de estos está en el consenso, en el acuerdo, en lo que los hombres dicen que las cosas son.

La tercera respuesta (que es a la que en lo personal se adhiere) consiste en observar la realidad después del despedazamiento de la posmodernidad y la reconstrucción no ya a partir de la racionalidad antojadiza del hombre sino a partir de los valores.

Para decirlo en los mismos términos que lo propone el Cardenal Bergoglio en su conferencia pronunciada en la Facultad de Derecho de nuestra Universidad se trata de recuperar a partir del naufragio, los valores que han quedado después de la modernidad que se despide.⁸⁵

Lo importante aquí es recuperar una cultura que no tenga elementos relativistas, ni nihilistas y que supere la inmanencia propia de la modernidad.⁸⁶

De la misma manera las superación del “irracionalismo” al que se ha hecho referencia más arriba permite generar un nuevo modelo que tenga sustento en el realismo con una mirada teleológica, citan-

⁸⁴ Francisco Leocata, “El perfil...”, ya citado, p. 55.

⁸⁵ Jorge Bergoglio, “Algunas reflexiones sobre el ejercicio de la justicia hoy”, desgrabación de la conferencia del Sr Arzobispo pronunciada en la UCA el 31 de agosto de 2004, publicada en *El Derecho*, diario del 29 de octubre de 2004, pp. 1-2. Asimismo se incluyó el trabajo en AA.VV., *La Codificación...*, t. III, pp. 13/20.

⁸⁶ Idem anterior, p. 1, in fine.



do al autor mencionado “en una situación así, donde priva la fragmentación sobre la unidad el alambique del sofisma sobre el talento de la reflexión, se nos pide coraje para salir de esta trampa que nos pone en proceso de involución. Esta crisis no puede ser superada por ningún tipo de retorno de los que la modernidad agonizante ensayó a porfía, sino que se supera por vía de desbordamiento interno en el núcleo mismo de la crisis asumiéndola en su totalidad sin quedarse en ella, pero trascendiéndola desde adentro y hacia el fin, de donde es necesaria la dirección teleológica, salir hacia el horizonte reivindicar las utopías, y no uso la palabra marxista, sino en la acepción humana que da lugar a la esperanza.”⁸⁷

Parece razonable entonces encarar la prometida reflexión final, desde la perspectiva de esta tercera respuesta que es la de “la utopía realista”.⁸⁸

Para esto entonces, toda perspectiva de enseñanza deberá superar la equívoca dicotomía entre la ciencia del derecho y el objeto del saber jurídico actuado por sus operadores, sino que se trata de mostrar lo que efectivamente significa ejercer las cosas jurídicas enlazándolas con las experiencias que cada uno tiene y dirigir la atención reflexiva a lo básico de lo valioso.⁸⁹

De esta manera la enseñanza parte de la base de una reflexión posible sobre las cosas jurídicas y no sobre conceptos abstractos, sobre todo, como ya se ha dicho más arriba en un momento en el cual se ha redescubierto la razón práctica, se ha dado su verdadera importancia al tema de los principios, se ha logrado diferenciarlos de las normas, e indudablemente se ha vuelto a ponderar la axiología jurídica.⁹⁰

Finalmente se insiste en lo provisorio de muchas de estas conclusiones, pero precisamente, se estima que en esta aparente debilidad está la fortaleza de la respuesta, ya que se ha recusado a la moderni-

⁸⁷ Idem ant., p. 2.

⁸⁸ Daniel Innerarity, *Ética de la hospitalidad*, Península, Barcelona, 2001, en especial el prólogo, pp. 11 a 19.

⁸⁹ Arthur Utz, “Sobre la experiencia y la formación de las normas”, en AA.VV., *El iusnaturalismo actual*, ya citado, pp. 399 y sgts., en especial capítulo II El problema de la obtención de normas morales partiendo de la realidad.

⁹⁰ Robert Alexy, *El concepto y la validez del derecho*, Gedisa, Barcelona, 1994, en especial capítulo 1.

Carlos Massini Correas, “La teoría del derecho natural en el tiempo posmoderno”, *Doxa* (Alicante), 1998, 21, vol. II, p. 289.

dad ilustrada por pretender dar una solución racional y hegemónica a todos los problemas, cuando de sólo mirar los matices y aristas que éstos presentan se descubre que es imposible lograr una respuesta uniforme.

El desafío es inmenso, pero la solución que se busca merece el intento, debe enseñarse a los jóvenes que se acercan al derecho privado los principios que el mismo encierra para que en caso que deban actuar sepan alcanzar el sentido del derecho desde una explicación que se compadezca con la realidad jurídica. Por tal motivo se ha recusado el modelo que surge a partir de la dogmática jurídica ya que el mismo presupone uno de las últimas demostraciones del racionalismo jurídico.

De esta manera la experiencia jurídica, demuestra que la tarea encomendada a los juristas no puede hacerse desde conceptos vacíos de contenido. Por supuesto que no es inadecuada cierta tarea de conceptualización, pero esto no implica que toda la realidad pueda estudiarse a partir de términos a los cuales se les otorgue un contenido antojadizo.⁹¹

La aceptación de la perspectiva realista supone una visión opuesta a la modernidad ilustrada en cuanto resulta la negación del conocimiento metafísico de la realidad objetiva, ya anticipada por el nominalismo medieval. En el mismo sentido la adhesión a esta perspectiva realista presupone alejarse tanto del racionalismo como del reduccionismo empirista. En si ambas concepciones tratan de evitar, sin éxito, las consecuencias de esta fractura, y por ello, se inscriben de lleno en la perspectiva del iluminismo ilustrado.

Cabe recordar aquí que lo esencial en el realismo es precisamente ese reconocimiento del ser ente. Así para el realismo la inteligencia para conocer en acto necesita algo sensible, es decir las cosas, si

Rodolfo Vigo, *De la ley al derecho*, ya citado en especial prólogo, pp. IX y X, y el cap. "De la cultura de la ley a la cultura del derecho", p. 3.

Guillermo, Jacobucci, "Razonamiento Práctico y dogmática jurídica (dos modos de argumentación judicial)", en *Revista Philosophica Del Instituto de Filosofía de la Universidad Católica de Valparaíso*, 1998, n° 21, pp. 123 a 138.

⁹¹ Michel Villey, *Lecons d'histoire de la philosophie du droit*, Dalloz, París, 1962, en especial caps. XII y XIII, pp. 221 y sgts.



estas no existieran, no habría conocimiento. Como dice Gilson, el sujeto en vez de encontrar su objeto en el análisis del conocimiento, encuentra su conocimiento y se encuentra a si mismo, en el análisis de su objeto. Esto conduce a convertir la existencia del mundo exterior en una evidencia, pero en la evidencia concreta y directa de la intuición sensible, que se traduce abstracta y directamente en un juicio. En cuanto a las filosofías rigurosamente consecuentes consigo mismas, son edificios admirables, magníficas construcciones intelectuales, pero cuyo defecto también es inmenso en cuanto que no pueden aplicarse a la realidad.⁹²

Precisamente enfocar la enseñanza desde esta perspectiva de encuentro de valores presupone que puede descubrirse una forma distinta al modelo exegético dogmático. De lo que se trata entonces es de comprender que una mirada sobre la realidad en la que actúan jueces, abogados, intérpretes y demás operadores es posible en un marco más amplio que sobre el que ha pretendido trabajar el modelo ius-positivista.

Es por eso que esta nueva oportunidad que se abre en el diagnóstico de la posmodernidad permite proponer una reinterpretación de los textos a partir de los principios jurídicos.⁹³

Queda claro que desde la visión del positivismo no es posible generar esta respuesta, ya que desde su dualismo la “producción del derecho” estaría determinada meramente por la voluntad creadora y el “conocimiento del derecho” dependería directamente de la reflexión racional., por lo cual normación y ciencia del derecho se reconducen a dos facultades del espíritu humano entre las que no existiría ningún nexo de unión.⁹⁴

Por lo tanto cae por su propio peso el andamiaje que pretende un sistema cerrado, autosuficiente, en el cual sólo es posible resolver cuestiones a partir de la ley vigente y la interpretación que se haga

⁹² Etienne Gilson, *El realismo metódico*, Rialp, Madrid, pp. 121-123.

⁹³ A este respecto cabe analizar por ejemplo los trabajos de Robert Alexy y de Andre Jean Arnaud en el t. 33 de los *Archives de Philosophie du Droit* dedicados a “la philosophie du droit aujourd’hui”, en especial el segundo de ellos “La tradition française dans la théorie du droit des civilistes”, donde el autor analiza la estructura del paradigma de las raíces iusnaturalistas y axiomáticas modernas dentro de la estructura del derecho civil para luego proponer una lectura del derecho privado desde la perspectiva de la teoría del derecho. Asimismo respecto de este último autor (conf. *Archives de Philosophie du droit*, t. 33, Sirey, París, 1988, pp. 261 y sgts).

⁹⁴ Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 1995, 120.





de la misma a partir de cánones tan cerrados como el exegético. Porque debe repetirse hasta el cansancio que el modelo que se ha llamado exegético-dogmático no sólo es tal porque parte del presupuesto de negar otra solución al problema que no emane del texto legal, sino porque propone una interpretación no menos cerrada, en la cual está definido de antemano el método dentro del cual se interpretará la ley, las formas de hacerlo y poco menos que las soluciones.

De esta manera, el proyecto de la modernidad ilustrada apunta a lograr a partir del ideal de la codificación una noción de autosuficiencia del sistema que no se compadece con una adecuada solución de los casos concretos sino que privilegia las abstracciones.

En suma la propuesta que deberá hacerse como alternativa al modelo en el cual todavía se enseña derecho privado es el que cabe presentar desde el realismo.

Para ello corresponde proponer una superación del modelo que distingue entre la ciencia del derecho y el objeto sobre el cual trabajan los operadores e insistir que se trata de una misma realidad sobre la que se tiene que trabajar haciendo propuestas razonables para aquellos que se acercan al mundo del derecho.

Es interesante analizar que el iuspositivismo se mueve más cómodo en el mundo académico que entre los operadores jurídicos y la concreta realidad jurídica, acierta Vigo al decir que “muchos rasgos e institutos que hoy exhibe el derecho vivo que circula diariamente entre la ciudadanía, abogados y jueces resultan muy difícil de entenderlos, explicarlos o justificarlos desde convicciones iuspositivistas centrales, o dicho de otro modo, la actualidad jurídica exhibe una gran variedad de características que remiten a explicaciones típicas o afines al iusnaturalismo”.⁹⁵

Se llega así a la propuesta, que muchos autores han trabajado en los últimos años, acerca de la importancia de los principios jurídicos. Así Esser observaba que en el derecho privado existen principios generales del modo más efectivo y amplio, que presentan una semejanza sustancial entre instituciones de las más diversas estructuras nacionales y raíces históricas que permiten encontrar un lectura más allá de las codificaciones particulares en lo que hace al derecho continental.⁹⁶

⁹⁵ Rodolfo Vigo, *El iusnaturalismo...*, p. 200.

⁹⁶ Esser, obra citada, capítulo “Principio y norma en el derecho civil codificado”, pp. 183 y sgts.





No resulta entonces desacertado incorporar una crítica general al modelo de las fuentes desde la perspectiva exegética dogmática, toda vez que se incorpora una importante labor jurisprudencial que permite reflexionar hasta que punto es posible ampliar el campo de las llamadas fuentes, tal como fue concebido por el modelo codificador. Así Vigo refiriéndose a la noción de las fuentes dice cuanto tiene de influencia en la formulación de las mismas el modelo decimonónico ya que la jurisdicción no depende tanto de su contenido sino de los modos o formas de producción jurídica que se reconoce en ciertos centros con poder para ello.⁹⁷

Cabe dejar sugerido entonces, ya que no es motivo de este trabajo, cuales pueden ser las líneas de acción dentro de un modelo que supere el dogmatismo, ya que se torna más palpable el proceso de descodificación y la necesidad de incorporar los principios jurídicos ya sea a través de la interpretación constitucional o de la tarea prudente de los jueces.

En este sentido cabe comprender que la filosofía del derecho, la ciencia del derecho y la actividad jurisprudencial están llamadas a tener estrechas y fructíferas relaciones entre sí. Esto demuestra claramente la vigencia del realismo iusnaturalista, para el cual el derecho es ante todo la solución justa del caso concreto, podría también decirse que el derecho es una obra colectiva cuyo primer impulso de jurisdicción corresponde a la realidad y que sucesivamente desarrollan y perfeccionan el constituyente, el legislador y el juez.

Cobra vigencia en todo lo que se ha dicho hasta ahora, lo mencionado más arriba en cuanto a que saliendo del modelo legalista lo que resta es una adecuada mirada sobre la realidad, y reconocer en la misma, existencia de valores, es aquí donde reaparece la tensión entre el cognoscitivismo ético o la negación del mismo.

De esta manera, se retoma la crítica que se hiciera al positivismo de la escuela de la exégesis cuando se abrieron las compuertas a una enseñanza más allá del modelo del código, lo que es necesario es recusar la formulación del sistema, y reconocer que adecuadamente el derecho puede ser completado por otros saberes en esta integración

⁹⁷ Rodolfo Vigo, *De la ley al derecho*, citado capítulo “Descodificación y la Reforma al Título Preliminar del Código Civil”, p. 188.





necesaria que ya había sido propuesta un siglo atrás, lo cual implica que en materia de derecho privado además de reconocer la tarea que iniciaron los tratadistas es necesario incorporar los avances de otros saberes en cuanto se ha podido descubrir que existe una tendencia del hombre a vivir en sociedad y de acuerdo a los dictados de una naturaleza que reconoce la existencia de valores.⁹⁸

Se ha hecho especial hincapié en el trans fondo cultural que nutre el entramado en el cual se desarrollan las cuestiones jurídicas. Desde este ángulo se ha buscado presentar el tema desde la perspectiva del abogado que ejerce su profesión, por lo cual no fue casual incorporar una referencia desde los problemas del operador jurídicos, toda otro proyecto de enseñanza que sólo piense en la ciencia jurídica desgajada de la realidad naufragará como lo hizo el positivismo decimonónico y el del siglo XX que quedó ensombrecido y finalmente descubierto en su falacia luego de la segunda posguerra.⁹⁹

Se alcanza el fin de este trabajo, el cual ciertamente no tiene un final tal como corresponde a una investigación, sino que resulta ser una propuesta provisoria para superar en el ámbito de la enseñanza del derecho privado la tensión modernidad ilustrada posmodernidad a partir de la comprensión del realismo jurídico.

En suma, desde lo provisorio de todo pensamiento en una época de crisis, el presente trabajo pretende ofrecer una alternativa desde la enseñanza universitaria, en la cual enfocando una parte del saber jurídico, se pueda abordar la totalidad de la realidad, con espíritu cristalino, con conciencia del lugar donde a cada uno le toca actuar, proponiendo a los jóvenes profesores y alumnos una alternativa para enseñar una disciplina que se ocupa de lo justo en la ciudad, haciendoles saber que en la medida en que esto se cumpla y sólo si se cumple, se podrá vivir singularmente como personas con un destino que se construye en lo cotidiano.¹⁰⁰

⁹⁸ Eduardo Quintana, “El derecho saber subalternado a la moral”, *El Derecho*, t. 150-963.

⁹⁹ En este sentido resulta muy interesante la lectura de la obra de Rodolfo Vigo “La extrema injusticia no es derecho”, en el cual el autor a partir de los recientes fallos contra los llamados guardianes del muro analiza la recuperación del iusnaturalismo (conf. FDCS, 2004).

¹⁰⁰ Puede consultarse “Aportes para pensar un itinerario formativo”, en revista *Consonancias*, año 3, n° 10, Publicación del Instituto para la integración del Saber de UCA, p. 4, diciembre 2004.





De esta manera una lectura de la orientación jurídica nos habla de una superación del normativismo, lo cual implica apartarse del juridicismo, el reconocimiento de ciertos ordenamientos supraestatales, una visión que se incorpore al humanismo que ayudará a la validez intrínseca, practicidad, realización de la filosofía contraria al dogmatismo, y un momento judicial que supera la exégesis a favor de la argumentación y por lo tanto se debilita la figura del sistema.

Reaparece aquí el tema del cual se ha hablado más arriba acerca de las nociones de naturaleza y cultura, como ha sostenido Llano que “todas las realidades humanas están mediadas por la cultura, pero que esas mismas realidades no se reducen a su mediación cultural. En toda expresión cultural hay un recuerdo de la naturaleza humana que en ella se manifiesta....en último análisis siempre nos encontramos con la propia naturaleza, por más oculta que parezca tras las construcciones y deconstrucciones culturales. Así que el relativismo ético de corte culturalista responde a una defectuosa concepción de la naturaleza humana y de la propia índole de la cultura”.¹⁰¹

Comentando este texto y refiriéndolo al tema del realismo clásico dice Massini Correas “toda expresión o manifestación de la naturaleza humana reviste carácter cultural, con su necesario particularismo e historicidad, pero a la inversa, es también evidente que no hay expresión cultural que no tenga inexorablemente un fundamento natural”.¹⁰²

Desde esta óptica entonces y tomando las palabras del Papa Juan Pablo II cuando dice que el derecho debe servir a la vida social¹⁰³ y ubica el fundamento del mismo en la persona humana es necesario proponer una lectura distinta a la enseñanza del derecho privado, toda vez que el paradigma en el cual el mismo se sitúa sigue girando en base a la noción de ley positiva y en la racionalidad entendida como autónoma del valor.

Por fin entonces corresponde enfatizar que la solución podrá darse a partir de la mirada sobre los paradigmas de una determinada época, es decir, los esquemas generales de interpretación. Estos pa-

¹⁰¹ Alejandro Llano, *Humanismo Cívico*, Ariel, Barcelona, 1999, p. 154.

¹⁰² Carlos Massini, “Multiculturalismo y derechos humanos”, en *Persona y Derecho*, n° 48 (2003), p. 63/ 95.

¹⁰³ Juan Pablo II, discurso del epígrafe.





radigmas, que sin negar la libertad personal, constituyen un factor determinante del modo de expresar, pensar y afrontar la vida, se forman lentamente y es muy probable que se esté asistiendo a la formación de un nuevo paradigma, un paradigma posmoderno, caracterizado por elementos positivos que lo hacen seguro y realizable.¹⁰⁴

Para que esta última circunstancia se vea efectivamente cumplida deberá atenderse al concepto de posmodernidad como toma de conciencia de la crisis de la primera modernidad y propuesta de nuevos modelos intelectuales y políticos, desechándose la tardomodernidad como intento de retrasar el final de la Ilustración, que al prolongarla inercialmente se acoge al relativismo ético y cultural que es el llamado pensamiento débil.

En este sentido se espera de la posmodernidad una verdadera integración de las distintas capacidades de la persona humana, que necesariamente especificará la integración de los saberes, lo cual generará los límites que se muestran necesarios para comprender la esencia de las cosas. Esto es precisamente lo que debe distinguir al nuevo pensamiento del iluminismo supérstite, para el cual pensar significa producir un orden científico unitario y entiende los principios como axiomas determinados arbitrariamente como abstracciones supremas.

Por fin aquí cobra vigencia el realismo jurídico en cuanto el mismo puede considerarse como un descubrimiento del valor de los fines del derecho, y en este sentido cabe decir que si el derecho pretende mantener su legitimidad debe ser fuente permanente de invocación y de reclamo por aquello que es lo justo, y para ello deberá redescubrirse que el sentido legitimador del derecho por antonomasia se encuentra en el respeto por la naturaleza humana.

¹⁰⁴ Joseph Ratzinger, *Ser cristiano en la era neopagana*, Encuentro, Madrid, 1995, p. 145.

