

Limodio, Gabriel

*Una teoría general para la enseñanza del
derecho civil. Una propuesta para el
Bicentenario*

Prudentia Iuris N° 68/69, 2010

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central "San Benito Abad". Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la institución.

La Biblioteca posee la autorización del autor para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Limodio, G. (2010). Una teoría general para la enseñanza del derecho civil : una propuesta para el bicentenario [en línea], *Prudentia Iuris*, 68-69, 27-71. Recuperado de <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/teoria-general-ensenanza-derecho-civil.pdf> [Fecha de consulta:.....]

(Se recomienda indicar fecha de consulta al final de la cita. Ej: [Fecha de consulta: 19 de agosto de 2010]).

UNA TEORÍA GENERAL PARA LA ENSEÑANZA DEL DERECHO CIVIL

UNA PROPUESTA PARA EL BICENTENARIO

GABRIEL LIMODIO¹

Resumen: El presente trabajo propone elementos para una reformulación de la enseñanza del Derecho Civil en la Argentina del Bicentenario. Parte del análisis del estado actual de la enseñanza en esta rama jurídica, con especial referencia a sus etapas históricas. Considera luego lo que se denomina “el modelo del centenario”, con particular atención a la influencia de la modernidad ilustrada y la cultura del Código. Evalúa luego la cuestión a partir de la tensión entre modernidad ilustrada y posmodernidad, proponiendo una alternativa al modelo de enseñanza surgido de la posmodernidad. Como hipótesis de trabajo propone una lectura de la denominada cultura jurídica desde los principios del derecho, y aportar así una alternativa desde la perspectiva del realismo jurídico clásico.

Abstract: The present work proposes the elements for a reformulation in the teaching of the civil law in Argentina of the Bicentenary. It starts from the analysis of the current state of teaching in this juridical branch, with special reference to its historical stages. It considers what is denominated then “The Model of the Centenary”, with particular attention to the influence of the illustrated moder-

¹ Doctor en Ciencias Jurídicas. Actual Decano de la Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica Argentina. Titular Ordinario de Instituciones de Derecho Civil (PUCA).

nity and the Code culture. It evaluates then, the question from the tension between modernity and post modernity, proposing an alternative to the new teaching model of the postmodernism. As theory of work it proposes to reading of the denominated juridical culture from the principles of law and to contribute this way an alternative from the perspective of the classic juridical realism.

Palabras clave: Derecho Civil - educación - Bicentenario - principios - realismo.

Keywords: Civil Law - Education - Bicentenary - principles - realism.

Para el presente año académico, en el ámbito del área de Derecho Privado del Centro de Investigaciones, se ha querido hacer una necesaria reflexión sobre el Bicentenario, por lo cual se escribe sobre la enseñanza del Derecho Civil en este momento singular que implica un arco que abarca desde el sexenio 1810/1816 hasta 2010/2016. Por otra parte, en el ámbito de la Cátedra Internacional “Ley Natural y Persona Humana” también se ha generado un debate acerca de la dimensión y contenido del derecho natural en lo que es el derecho adjetivo, prueba de lo cual se advierte de la lectura de algunos de los trabajos que se publican en este número de la revista.

Esbozar algunas ideas sobre la enseñanza del Derecho Civil requiere por lo menos tratar fundamentalmente dos cuestiones.

La primera de ellas es analizar el estado actual de la enseñanza en esta rama; la segunda es proponer un modelo que ayude a conseguir mejor los objetivos trazados, partiendo de un hecho que puede comprobarse fácilmente en cuanto ya poco queda en las aulas y en los trabajos académicos de lo que fuera la parte general del Derecho Civil, en la cual, a partir de la era de la codificación moderna, se enseñaron invariablemente los conceptos básicos que luego se aplicaban a las distintas secciones en la cuales se dividió la mencionada enseñanza.

Aclaración previa

Cabe ponderar que desde la Facultad, se ha entendido prioritario ya desde hace un tiempo importante, generar una lectura del

derecho adjetivo desde una perspectiva que no sea el modelo del positivismo, y que pueda tener sustento en lo que se ha llamado realismo jurídico desde una perspectiva clásica.²

En primer lugar cabe referirse a la necesidad por la cual se aborda el tema, dividiéndolo en la enseñanza del derecho y luego específicamente en el Derecho Civil.

En segundo lugar el análisis del modelo de enseñanza que se enjuicia, con la distinción entre el modelo específico y el sustento del mismo. Sobre todo atendiendo a su contexto cultural y político.

En tercer lugar las cuestiones que cabe ponderar para pasar de un modelo a otro.

En cuarto lugar el modelo que se propone al momento del Bicentenario.

I. PRIMERO

A. La enseñanza del derecho

Uno de los temas que no siempre se tratan acabadamente es el de la enseñanza del derecho, que muchas veces se confunde con la cuestión vinculada a la enseñanza profesional o práctica del derecho, o para decirlo de otra manera con las deficiencias que presentan en general los planes de estudio de las carreras de abogacía.

² Aquí cabe mencionar cuatro obras colectivas que se prepararon en la Pontificia Universidad Católica, en el marco del bicentenario del Código Civil Francés, la legislación americana que siguió luego del mismo y una propuesta académica de reformulación de la parte general del Derecho Civil. Se citarán de la siguiente manera: AA.VV., *La codificación raíces y prospectiva*, Tomo I, “El Código Napoleón”, Buenos Aires, EDUCA, 2003. T. II, “La Codificación en América”, Buenos Aires, EDUCA, 2004. T. III, “¿Qué derecho, que códigos, que enseñanza?”, Buenos Aires, EDUCA, 2005. LIMODIO, Gabriel (editor), *Principios de Derecho Privado*, Buenos Aires, EDUCA, 2009, todas ellas complementarias de lo que aquí se diga.

En el mismo sentido cabe hacer referencia a un trabajo que en su momento consistió en un verdadero punto de inflexión en la doctrina argentina sobre el tema de la enseñanza de la parte general, de autoría de SANZ, Carlos Raúl, “Notas para un replanteo de la enseñanza del derecho civil”, *ED* 135-870.

Asimismo por contar con estudios de filosofía del derecho aplicados al derecho privado cabe citar a VIGO, Rodolfo Luis, *De la ley al derecho*, México, Porrúa, 2003.

Dentro de este comentario preliminar cabe preguntarse para qué sirve enseñar derecho; no es esta una pregunta sin sentido lo que sucede es que muchas veces el operador jurídico o el magistrado encuentra un verdadero abismo con el lenguaje de la aulas y aquello que debe ejercer en su vida profesional.

Al respecto Vigo ha hablado de una verdadera esquizofrenia entre lo que se hace en la vida profesional y lo que se enseña desde el punto de vista teórico.³

Cabe poner énfasis en que no se está planteando aquí la tensión entre enseñanza del derecho y enseñanza del mismo a través de un método eminentemente práctico, sino un problema de mayor hondura.

Se dice esto, porque muchas veces (no siempre) la enseñanza del derecho a partir de casos prácticos no deja de ser una enseñanza de la práctica “en teoría”. La pregunta que aquí se formula apunta a interrogarse si el modelo que explica al derecho como una ciencia en términos modernos, no termina sosteniendo estereotipos que resultan poco menos que inexplicables, no ya para el estudiante sino para aquel que ejerce la profesión.

Quizá uno de los mayores problemas radique en la utilización de ciertos presupuestos de la ciencia moderna en la enseñanza del derecho. Esto se advierte no solamente en el derecho privado, sino que se traduce en una situación que abarca al derecho en general.

Desde tal perspectiva, el siglo XVIII por una parte fue generando una suerte de derecho ideal (que en muchas oportunidades se ha confundido con la noción de derecho natural clásico, pero en verdad tiene su origen en el racionalismo y en el inmanentismo jurídico) para que luego en el siglo XIX se abra la instancia de la dogmática jurídica, que como hecho cultural se llama ciencia dogmática.⁴

³ La frase del autor citado es la siguiente “Queda entonces señalado ese profundo cambio en la cultura jurídica que sobre todo se comprueba mirando la realidad o práctica jurídica, dado que en nuestros ámbitos universitarios pareciera predominar aún una inercia nostálgica a favor del paradigma decimonónico. En efecto, por momentos se hace visible esa especie de esquizofrenia que desde lo académico se impone a los juristas enseñándoles conceptos y tesis que repiten dogmáticamente, pero de los que luego prescinden a la hora de actuar conforme al derecho u operar con el mismo”. VIGO, Rodolfo, “De la Ley...”, pág. 3.

⁴ OLLERO, Andrés, *El derecho en teoría-perplejidades jurídicas para crédulos*, Navarra, Thomson Aranzadi, 2007, en especial capítulo XIII, págs. 249 y sgts.

En la medida que se pretenda salir de esta estructura habrá que analizar brevemente de qué manera se ha caído en ella. Puede decirse que fundamentalmente en cuanto se ha perdido una noción jurídica que radica en la aceptación de valores. No es el caso de añorar sin más etapas pasadas, pero es pertinente dar por sentadas algunas cuestiones.

Así enseñar derecho implica reconocer que existen otros saberes a los cuales corresponde subalternar el saber jurídico. Aquí habrá que reconocer que la sociedad organizada con la mirada puesta en el bien común de sus miembros responde a una exigencia de la naturaleza social de la persona, se hace necesario indagar en “ese orden de la naturaleza” que aparece como el horizonte normativo en el cual el orden político está llamado a desenvolverse. La comprensión de ese orden natural logrará definir el conjunto de valores que aparecen como humanizantes para una sociedad. Hablar entonces de realismo implica que al trasladar dichos valores al ámbito social y político, los mismos no pueden ser ya de naturaleza privada, ideológica o confesional, ya que afectan a todos los ciudadanos. Dichos valores expresan no un vago consenso entre ellos, sino que se fundamentan sobre las exigencias de su común humanidad, así con el fin de que la sociedad cumpla correctamente la propia misión de servicio a la persona, debe promover la realización de sus inclinaciones naturales, pues la persona es anterior a la sociedad, y la sociedad es humanizante solamente si responde a las expectativas inscriptas en la persona en cuanto ser social.⁵

En este orden de ideas, en la medida que desaparece una visión objetiva del derecho, y el mismo adquiere una calificación primordialmente subjetiva, es que se avanza hacia una positivización de esos derechos primero en declaraciones de derechos, luego en constituciones y finalmente en códigos. Así aparecerá el modelo de la cien-

⁵ Se deja por el momento solamente planteado el tema, sobre el cual se volverá en las conclusiones. Para una lectura más profunda pueda verse GRANERIS, Giuseppe, *Contribución Tomista a la filosofía del derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 1973, en especial capítulos IV, VI y VII; asimismo la obra colectiva AA.VV., *II Jornadas Internacionales de derecho natural-ley natural y multiculturalismo*, Daniel Herrera (compilador), Buenos Aires, EDUCA, 2008. En el mismo sentido puede consultarse AA.VV. Renato Rabbi Balde Cabanillas –coordinador–, “*Las razones del derecho natural –perspectivas teóricas y metodológicas ante la crisis del positivismo jurídico–*”. Buenos Aires, Ed. Ábaco, 2008, 2da. Edición.

cia moderna (en verdad lo correcto sería situarla en el siglo XIX) que se corresponde sobre todo dentro del derecho privado con la noción de derecho continental codificado.⁶

En suma, para comprender el tema en su totalidad, quizá haya que preguntarse por los temas vinculados al derecho, luego de la crisis del positivismo, y aceptar que la enseñanza del mismo no puede hacerse sin más desde el subjetivismo y el positivismo, pero tampoco repitiendo fórmulas vacías heredadas de cierto sacralismo jurídico.⁷

B. La enseñanza del Derecho Civil

a) Las partes generales

Recobra vigencia aquello que se ha dicho más arriba acerca del modelo científico en el cual se inscribe la enseñanza del Derecho Civil

⁶ Aquí puede analizarse el trabajo que presentara en 1957 Genaro Carrió: “Sobre las creencias de los juristas y la ciencia del derecho”, publicado originalmente en *Lecciones y Ensayos*, año 1957 volumen VI, págs. 27-37 y reproducido en la Revista Academia Departamento de Publicaciones Facultad de Derecho UBA, Año 1, Número 2, Primavera, 2003. Aquí el autor distingue entre el common law y el civil law y sostiene que la ciencia del derecho como tal es tributaria de este último sistema. Así dice: “En nuestro medio cultural se cree que es posible tratar científicamente el objeto derecho [...] Un vasto sector de Occidente –aludimos al mundo anglosajón– no está tan firmemente instalado en ella [...] Nosotros, en cambio, estamos instalados en la creencia de que es posible una Ciencia del Derecho. En los países de Europa Continental de cuya cultura la América Latina es tributaria, y en esta última, se abraza la convicción de que al lado de la sociología y demás disciplinas que apuntan a lo social cabe formular una ciencia del derecho que no sea absorbida por aquellas. Como prueba incontrovertible que abona la justeza de esa convicción, invocamos el hecho innegable de nuestra Ciencia Dogmática del Derecho”, págs. 111/2.

⁷ A este respecto puede consultarse AA.VV. *Derecho y Moral en el debate iusfilosófico contemporáneo*, José Chávez Fernández Compilador, Arequipa, Universidad Católica San Pablo, 2010.

Por otra parte no puede dejarse de citar la obra de Michel Villey, en todo lo que ha significado desentrañar el pensamiento jurídico moderno y en especial el paso del pensamiento clásico al moderno. En esta línea puede citarse *Lecons de Histoire de la Philosophie du droit* publicado por Dalloz, París, 1962; *Seize Essais de Philosophie du droit* publicado, por Dalloz, París, 1969. *La formation de la Pensee Juridique Moderne*, Ed. Montcherétien, 1975: también puede consultarse la edición de PUF Paris 2003. *Critique de la pensee juridique moderne (douze autres essais)*, París, Dalloz, 1976.

a partir de la noción de sistema. Así la enseñanza de la teoría general del derecho es la que se impondrá a partir del siglo XIX ya que de acuerdo al pensamiento de la ciencia moderna reemplaza a la introducción o a la filosofía del derecho, en el primer caso por entender que el término “introducción” corresponde a una manera de explicar los saberes que no se compadecen con la noción moderna de ciencia, y por otra parte desde la perspectiva de la modernidad la filosofía del derecho es la discusión racional de las cuestiones fundamentales del fenómeno derecho negándole la explicación de corte metafísico.⁸

Desde esta perspectiva, y siempre con el fin de simplificar las cuestiones, puede decirse que la teoría general del derecho estudia los ordenamientos jurídicos, existentes en toda organización social, como así también los fundamentos científicos y filosóficos que lo sustentan.⁹

Como se advierte de la misma definición, por más provisoria que sea, queda claro que hablar de teoría general presupone sin más un análisis científico del derecho, de allí es que a las introducciones al Derecho Civil, pensando en la enseñanza del mismo, se las llamarán “partes generales”.

Sin desviarnos demasiado del tema cabe decir que de acuerdo al paradigma moderno, ciencia es un sistema de proposiciones referidas a cierta y determinada área temática verificada empírica y lógicamente como verdadera. A su vez, un sistema es un conjunto ordenado: si el sistema es deductivo, la ordenación está dada por la compatibilidad que implica que las proposiciones menos generales son deducibles de las más generales. Si fuera necesario ahondar en este modelo se podría decir que el científico, verificando empíricamente una serie de hipótesis individuales, infiere deductivamente una conclusión general que debe poder ser insertada en el sistema en forma coherente. Esto quiere decir que debe servir válidamente de premisa de proposiciones menos generales y de conclusión de premisas más generales.¹⁰

⁸ RUSSO, Eduardo Angel, *Teoría General del Derecho –en la modernidad y en la posmodernidad–*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 4ta. Edición, 2009, págs. 11 y sgts.

⁹ CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Lecciones de teoría general del derecho”, *Investigación y docencia* Nro. 32, Universidad Nacional de Rosario, págs. 33/76.

¹⁰ ENGISCH, Kart, “Introducción al pensamiento jurídico”. Se utiliza la versión castellana de Ernesto Garzón Valdez, con trabajo introductorio de Luis García San

Habrá que recordar que 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.¹¹

b) El modelo del saber jurídico

Sin perjuicio de aceptar la nomenclatura de parte general porque la misma ha sido ya reconocida por la doctrina incluso por aquellos que la cuestionan, debe preguntarse si efectivamente cabe referirse a la noción de ciencia del derecho, por lo menos en la terminología en la cual la palabra ciencia es reconocida en la última etapa de la modernidad.

Para el caso, autores como Jean Dabin dicen que finalmente la teoría general no es otra cosa que el estudio razonado del ejercicio del derecho y al trazar la línea de trabajo menciona la necesidad de definir el derecho y clasificarlo, y asimismo sostiene que estudio introductorio al derecho y teoría general resultan sinónimos.¹²

Esto conduce a pensar que inmediatamente después de caer en descrédito el método de la exégesis, ya los trabajos de teoría general

Miguel de Ediciones Guadarrama S.A., Madrid, 1967, del original *Einführung in das juristische Denken* de la Editorial W. Kohlhammer Stuttgart, 1956, capítulos II, III y VIII.

¹¹ VALLET DE GOYTISOLO, Juan B., *Metodología de la determinación del derecho*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., 1994, pág. 766.

¹² DABIN, Jean, "Teoría general del derecho", versión castellana de Francisco Javier Osset, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1955, corresponde a la obra fechada en Lovaina en marzo de 1943. El párrafo en cuestión dice: "La teoría que aquí se expone se limita a un estudio del sistema general del derecho, con exclusión del problema de las fuentes formales y del método de interpretación. Por esta razón constituye su primera parte, la principal, un curso de enciclopedia del derecho. El fin primario de este curso introductorio al derecho es, en efecto, definir el sentido y la función de la disciplina jurídica en su conjunto y en sus diversas ramas. ¿Es preciso añadir que la teoría del derecho no sólo es útil a quienes frecuentan las aulas, sino también a todos aquellos que de un modo u otro ejercen el derecho? Porque la teoría del derecho no es otra cosa que el estudio razonado de ese ejercicio (pág. 4).

indagan sobre cuestiones que superan el mero apego a una estructura científica tal como se la expuso en el párrafo anterior.¹³

No resulta ocioso resaltar cómo ya a fines del siglo XIX aparecen dentro del mundo codificado, propuestas en las cuales la introducción al Derecho Civil, es acompañada de una verdadera introducción al derecho, aunque se acepte el nombre de teoría general, o se proponga el estudio del derecho privado desde una perspectiva distinta a la exegética, lo cual revela que se rompe el paradigma de la ciencia positiva en cuanto a su estructura comptiana, aunque esto no siempre se proponga de una manera tan clara.

Un ejemplo paradigmático es la obra de Françoise Géný,¹⁴ quien propone recapacitar sobre “lo dado por naturaleza”, como asimismo que otros autores que se dedican específicamente al Derecho Civil empiecen sus tratados por un capítulo introductorio de “teoría general del derecho y los derechos” como es el caso de Louis Josserand.¹⁵

Aquí es necesario ir desgranando algunas cuestiones en primer lugar debe decirse que lo que primero sucede en el ámbito del Derecho Civil es recusar el método de la exégesis, basta con recordar una frase del prólogo de Raymond Saleilles a la clásica obra de Geny cuando dice: “Hace cerca de un siglo que vivimos de una ficción que ha producido todas las ventajas que estaba destinada a procurar, y de la cual ya hace tiempo que no tocamos sino los inconvenientes. Hay que volver a la realidad”.¹⁶

Como se dijo la frase es por demás elocuente en tanto ya sobre fines del siglo XIX queda desenmascarada la creación artificial de la exégesis, fundada sobre un modelo de enseñanza que se sustentaba en la geometría, aquí otra cita habla por sí misma, Louis Liard, para referirse a la enseñanza que debe impartirse en las facultades de

¹³ VIGO, Rodolfo, “De la ley al derecho”, citado, págs. 12 a 14.

¹⁴ Cabe referirse a las obras clásicas del autor conocidas en la traducción castellana como *Método de Interpretación y fuentes en derecho privado positivo* edición castellana de Editorial Comares, Granada, 2000 y asimismo *Science et Technique en droit privé positif. Nouvelle contribution a la critique de la méthode juridique*, Paris Libraire de la Société du Recueil Sirey 1914/1924.

¹⁵ Aquí se menciona, JOSSERAND, Louis, *Cours de droit civil positif français*, Paris, Recueil Sirey, 1938, 3ra. Edición. Se utiliza la edición castellana sobre la obra de adopción de André Brun publicada como *Derecho Civil*, de Santiago Cunchillos y Manterota, Buenos Aires, Bosch y Cia Editores, 1950. Ver páginas 3 a 166.

¹⁶ Prologo de Saleilles a la obra de Geny, “Método...”, pág. LXXV.

derecho, decía: “El derecho es la ley escrita. Por consiguiente, su misión (la de las facultades de derecho) es enseñar a interpretar la ley. Su método es, por consiguiente, deductivo. Los artículos del código son teoremas, cuyo enlace entre sí hay que demostrar, y deducir sus consecuencias. El verdadero jurista es un geómetra, la educación puramente jurídica, es puramente dialéctica. La principal misión del magistrado o del abogado es poner en claro el tejido de los negocios, y relacionarlos con tales o cuales reglas establecidas en las leyes [...] el método de los juristas tiene cierto parecido con el de los geómetras, por lo mismo, presenta para la educación mental inconvenientes análogos a los de la educación exclusivamente matemática. Hábitúa el entendimiento a proceder a priori, deductivamente, y a clasificarlo todo en categorías”.¹⁷

Pero debe decirse más, ya que el positivismo en una forma científica perdura en la enseñanza a través de la influencia de Kelsen, si bien ya su pretensión no será meramente exegética sino que plantea toda una teoría del derecho que descarta la alternativa de incluir en el ámbito jurídico toda posibilidad de vincular el derecho a la moral.

El descrédito que sufre el positivismo en la entreguerra y sobre todo después de la Segunda Guerra obliga al retorno a la idea de derecho natural, sin perjuicio de que no necesariamente cuando se usa este término puede pensarse que el mismo es unívoco.¹⁸

Sin perjuicio de la referencia a un sistema de valores o a la noción de ley natural, lo cierto es que desde la perspectiva del Derecho Civil, el siglo XX ofrece, al promediar el mismo, en lo que hace a la enseñanza, una explicación que supera la visión puramente normativa.

Es entonces cuando empieza a recuperarse una identificación de la enseñanza del derecho que perspectivas clásicas. No es del caso desdeñar el casuismo del derecho romano, pragmático, acumulativo, que definía las acciones más que los derechos, si bien le ha costado mucho a los civilistas apartarse de la idea del pandectismo. A este

¹⁷ La cita de Louis Liard no es menor ya que se trata de uno de los mayores especialistas en instrucción pública que tuvo Francia y llegó a ocupar los más altos cargos en la materia. El texto está tomado de su obra *L'enseignement supérieur en France du 1879 a 1898*, t. 2, 1894, pág. 397.

¹⁸ OLLERO TASSARA, Andrés, *¿Tiene razón el derecho?*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1996, Capítulo 5.

respecto la prolija investigación que han desarrollado importantes romanistas permite trabajar con certeza la tesis de que la noción que enseña sobre el derecho romano posee una relectura en clave moderna, que poco se compadece con la verdadera historia del derecho romano, y con la impronta que se desarrolló a través del pensamiento de los jurisprudentes.¹⁹

Pero a su vez el saber jurídico se constituye como saber específico pues le compete el conocimiento de cada sistema u orden jurídico particular a la luz de los principios de la filosofía del derecho. Este conocimiento científico, a la vez, orienta la determinación precisa de lo justo en el aquí y el ahora de cada circunstancia de tiempo y lugar, tarea propia de la prudencia.

Esta concepción del saber jurídico puede explicar con claridad la cuestión vinculada al derecho y la moral, lo cual no puede considerarse poco, toda vez que, inexorablemente, los autores que escriben sobre teoría general, o la denominada parte general, se refieren a este tema, por lo general haciendo la distinción kantiana de autonomía y heteronomía.

La especificidad del derecho respecto a la moral viene entonces dada por las exigencias y necesidades de la vida política que acota el ámbito de la moral, restringiéndolo a aquel mínimo necesario para la existencia de la propia convivencia. Queda entonces delimitado el ámbito de aplicación del derecho, ya que si bien sin el mismo la sociedad es impensable, su misión no es la realización de la plenitud de la comunidad y de sus integrantes, tarea reservada a la política y a la moral.

Todo esto hace que el saber jurídico cuente con su propio método, que no es similar al de la moral, con sus propias normas, que si bien deben asumir su contenido ético, son de un tenor distinto, ya la intencionalidad queda limitada y su finalidad no es la perfección del sujeto que obra, sino la de la obra entendida como relación jurídica. De allí su especificidad y también su subalternación ya que los integrantes del orden jurídico son las personas y el marco del obrar humano pertenece a la ética.

¹⁹ DI PIETRO, Alfredo, *Derecho Privado Romano*, Buenos Aires, Depalma, 1995. Prólogo pág. IX.

c) Los períodos de la enseñanza

No debe olvidarse que recién en la última década del siglo XIX empieza a enseñarse el Derecho Civil bajo la estructura del código, a partir del programa diseñado por José María Moreno, lo cual implica que durante ochenta años de vida independiente, y casi un siglo desde que se dicta por primera vez una cátedra de Derecho Civil en la Universidad de Córdoba, existieron otros modelos para enseñar esta asignatura.²⁰

Con el fin de ilustrar la cuestión, ya en otras obras hemos propuesto una división de la enseñanza del Derecho Civil argentino en seis períodos.²¹

²⁰ CHANETON, Abel, *Historia de Vélez Sársfield*, Buenos Aires, Eudeba, 1969, pág. 485.

²¹ Aquí cabe referirse a dos opiniones que figuran en sendos trabajos de investigación, que son las de Tau Anzoátegui y Salerno. En el caso de Tau Anzoátegui, en *La codificación en la Argentina y Las ideas jurídicas en la Argentina*, el autor desarrolla el tema desde distintas ópticas, la de la codificación y la de la historia del pensamiento. Con todo, no hará una distinción por períodos, sino que pueden desarrollarse a partir de una lectura de los capítulos específicos. También coadyuvan a esta solución otros trabajos de este autor, como “La cultura del código: Un debate virtual entre Segovia y Sáez”, en Revista de *Historia del Derecho*, N° 26, edición del Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1977, pág. 421 y sigs. Del mismo autor: *¿Qué fue el derecho indiano?*, 2da. ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1982; “Los juristas argentinos de la generación de 1910”, en *Revista de Historia del Derecho*, N° 4, 1976; *Casuismo y Sistema. Indagación Histórica sobre el espíritu del derecho Indiano*, Buenos Aires, edición del Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1992. Asimismo, puede consultarse “El derecho en la visión finisecular de Juan Agustín García”, en Revista de *Historia del Derecho*, págs. 293-401.

En todos los trabajos citados, desde distintos aspectos se encuentran analizados con profundidad diferentes períodos. Si bien la enumeración que aquí sigue es original de este trabajo, se fundamenta en las lecturas realizadas.

En el trabajo de Salerno, “Aporte de Héctor Lafaille a la enseñanza del derecho civil” (en Revista de *Historia del Derecho*, N° 2, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1974), se advierte que el objeto de estudio es la enseñanza del derecho civil en la Universidad de Buenos Aires, dividiéndolo en tres períodos. Así, en el primer período, de 1822 a 1872, se enseñan los derechos en castellano, indiano y patrio, con un criterio de Salerno, de 1872 a 1910, y aquí se enseña el derecho civil por el Código Civil, en forma mecánica, en su división cuatripartita, y se introducen las obras de los comentaristas franceses de la escuela de la exégesis.

Finalmente, el tercer período abarca de 1910 a 1942, y la enseñanza se desarrolla en forma orgánica, con prescindencia de aquello que es la metodología que

Los momentos en los que pueden dividirse son: a) período hispánico, b) origen de la Universidad de Buenos Aires, c) interregno previo a la codificación, d) modelo exegético, e) modelo del centenario, f) etapa contemporánea.

Se insistirá aquí con este tipo de clasificación porque su estructura es novedosa y si bien ya ha sido puesta de manifiesto en textos anteriores,²² ha quedado incorporada a diversos trabajos de investigación que se han propuesto desde la facultad, y resulta una división que responde fundamentalmente a una distinción hecha de la idea desde la cual se sustenta cada período de enseñanza más allá de su perspectiva cronológica.

A partir de esto que se ha dicho corresponde hacer una breve referencia a cada uno de estos períodos.

El primer período se ubica desde los orígenes de la enseñanza en la Universidad de Córdoba en el año 1791 y recorre el espacio previo a la independencia. Puede decirse que durante el mismo se integra un modelo que sigue sosteniéndose en un ejercicio profesional casuista, pero en el cual ya aparecen como sustentos filosóficos los que corresponden al racionalismo jurídico.

Es interesante destacarlo pues allí puede advertirse de qué manera lo que se entiende por derecho natural ya debe enmarcarse en lo que fue la escuela moderna que parte de una hipótesis inmanentista.²³

En general una lectura de diversos programas de estudio exhiben una enseñanza donde se dan cita estructuras del derecho romano y canónico con las más modernas de las leyes patrias y el iusnaturalismo racionalista.

establece el Código Civil, que se considera superado desde el punto de vista pedagógico. Como se ha dicho más arriba, también se ha tomado en cuenta este trabajo si bien los períodos se reelaboran de otra manera.

A partir de dichos trabajos se ha elaborado la división en seis períodos que se expusiera en otra obra *Los principios y la enseñanza del derecho privado*, citado, págs. 199 a 204.

²² Ver bibliografía citada en punto dos en especial Limodio Gabriel “Los principios y la enseñanza...”, citado. Parte Segunda del Libro Primero págs. 129 y sgts.

²³ Sin perjuicio que el tema merece una larga explicación, para una comprensión del mismo puede consultarse VILLEY, Michel, *Los fundadores de la Escuela Moderna del Derecho Natural*, Buenos Aires, Ghersi, 1978, traducción de Carlos Raúl Sanz. En el mismo sentido y del mismo autor, *La formation de la pensée juridique moderne*, en la edición tradicional Paris, Montchretien, 1975 o en la edición PUF, Paris, 2003, al cuidado de Stéphane Rials.

En este aspecto es del caso señalar que esta visión que se va tornando crítica respecto de la legislación no se advierte con tanta claridad en el ejercicio profesional ante el foro donde se advierte que los criterios siguen siendo los de una actitud que puede considerarse tradicional.

El segundo período en el aspecto cronológico es breve, sin embargo marca una clara diferencia con el anterior, pero impone un sello ya que muchos de los estudiantes salidos de las aulas de aquel momento se harán presentes como juristas al momento de imponer el modelo de la exégesis.

Esto se explica si se recuerda que este período abarca desde 1822 hasta 1828 y coincide con la designación en la cátedra del profesor Pedro Alcántara de Somellera. La originalidad de este segmento se debe a la orientación que da a la cátedra su titular, quien adhiere al pensamiento del filósofo inglés, Jeremy Bentham. Si se analizan otros textos de enseñanza de esta asignatura desde principios del siglo XVII se advierte que la propuesta del citado profesor es “revolucionaria” en lo que hace a la intención de fijar “principios” para la enseñanza, el mismo nombre con el que titula su obra, que sirve de texto de estudio *Principios de Derecho Civil*.²⁴

El tercer período abarca desde 1832 a 1857 y coincide con la enseñanza de cátedra por parte del profesor Rafael Casagemas. En este lapso también se enseña a partir de un texto que recoge las clases del mismo, también se menciona la noción de principios pero no adquieren los mismos pretensiones fundacionales, y se inspiraban en uno de los libros de texto más didácticos de aquellos tiempos: *Las Instituciones de Derecho Real de Castilla y de Indias*, de José María Álvarez. Si bien el sustento filosófico es distinto al de Somellera, coinciden las obras en presentar la perspectiva de los principios del Derecho Civil, y luego referirse a algunas instituciones como la persona y la familia, se advierte entonces si se hace un análisis de los dos períodos que existe una clara intención de introducir el estudio del Derecho Civil con una suerte de contenidos previos pretendida-

²⁴ No se ha querido abundar en comentarios, en virtud del espacio que se ha buscado dar al tema histórico pero no puede dejarse de soslayar que la incorporación del pensamiento de Bentham a los estudios de derecho civil cobrarán importancia ya en pleno período codificador y el autor inglés será un referente dentro del mundo del common law en cuanto que planteó una alternativa a dicho pensamiento.

mente filosóficos y criterios que sirven de sustento a esta introducción; se debe decir entonces que ya se ve la necesidad de prologar el Derecho Civil con una serie de presupuestos previos, a los que se les da el nombre equívoco de principios, en sí pueden ser tomadas como introducciones, y luego los autores se refieren específicamente al contenido de la materia. Dichas introducciones responden a distintas líneas de pensamiento, a grandes rasgos una es la de la escuela moderna del derecho natural (Casagemas) y la otra el utilitarismo (Somellera). Se ha dado el nombre de interregno, debido a que en los orígenes de la enseñanza en la Universidad de Buenos Aires se advertía una clara influencia de la noción de codificación, la cual retorna ya para establecerse definitivamente al iniciarse la organización nacional.

El cuarto período coincide con la verdadera formulación de los estudios de Derecho Civil, y abarca entre 1857 y 1910. En este período se produce fundamentalmente el dictado del Código Civil y la reformulación de los estudios y la manera de enseñar la materia siguiendo el orden de la obra de Vélez Sársfield. No se advierte en un primer momento una influencia clara del positivismo jurídico, sino que en un primer momento, que coincide en la cátedra con las enseñanzas de Marcelino Ugarte, las enseñanzas se basan en los presupuestos del liberalismo pero el mismo en materia jurídica no podrá avanzar sobre cuestiones que deben ser sometidas al arbitrio del legislador, es lo que Zorraquín Becú denominó “liberalismo espiritualista”.²⁵

Dentro de este mismo período aparecen luego de la década del año 1880 los modelos de enseñanza basados en la cultura del código y ya se impone el método de la exégesis. Más allá de adherir a los postulados de la mencionada escuela, se empezó a enseñar el derecho a par-

²⁵ Refiriéndose a esta doctrina y para establecer distancias respecto del liberalismo de la década de 1810 y del laicista de 1880 dirá Zorraquín Becú: “[...] esta visión tan realista de las necesidades colectivas tampoco se afiliaba, en la Universidad, a doctrinas políticas definitivas, pero la conveniencia de asegurar los derechos individuales y de limitar las facultades de los gobernantes conducía naturalmente a un liberalismo que luego inspiró las principales manifestaciones de nuestro derecho. No era, sin embargo, el ideario principista y puramente ideológico de Moreno y de Rivadavia, que procuró imponerse por la violencia y contrariando las inclinaciones de la opinión pública, sino un liberalismo fundado precisamente en el derecho y destinado a realizarlo en la práctica, que admitía cualquier fórmula política con tal

tir de los comentaristas del Code, lo cual necesariamente condujo a que las clases impartidas fuesen “la enseñanza por el Código Civil”.²⁶

Se impone entonces (en verdad ya la idea se desarrolla a partir de la codificación comercial y especialmente civil) una concepción que proclamó al código en objeto preferente (prácticamente exclusivo) de estudio y aplicación del derecho. Es de destacar la obra de Lisandro Segovia, quien en sus cometarios al Código Civil explicaba que la obra estaba realizada sobre los materiales del Código, organizados, tejidos y amalgamados para formar un cuerpo de doctrina más homogéneo y compacto aplicable a los negocios civiles.²⁷

Seguidamente, encaballados entre los dos siglos, ya que son obras que se escriben entre 1898 y 1903, se publican los trabajos de Baldomero Llerena y J. O. Machado, cuyos títulos demuestran la intención de las obras *Derecho Civil: concordancias y comentarios del Código Civil Argentino* y *Exposición y Comentario al Código Civil Argentino*.

El quinto período es el que hemos denominado del Centenario, no debemos confundir con lo que diremos luego acerca de “el momento del Centenario” que implica un punto de inflexión a partir del cual se puede entender lo que significa un modelo jurídico, cuando se lo pone al servicio de un modelo político, social y económico.²⁸

En lo que hace específicamente al tema de la enseñanza, lo paradójico es que ya la Exégesis había perdido su fuerza inicial en

de que permitiera conseguir los demás objetivos a que aspiraba, este liberalismo espiritualista y romántico, que así se difundía desde la cátedra durante la dictadura de Rosas iba a continuar predominando en el ambiente nacional durante varias décadas, impuesto tanto por los alumnos de Casagemas como por los que se inspiraron directamente en las corrientes filosóficas y políticas contemporáneas. Pero mientras estas últimas tenían un matiz más avanzado y peligroso, la formación jurídica de los que habían pasado por la Universidad se nutría en tendencias de un mayor tradicionalismo, manifestándose ellas en el respeto a la religión y a todos los valores sociales que años más tarde iban a sufrir violentos embates con el predominio de otro liberalismo, esta vez materialista y ateo, que triunfó a partir de la primera presidencia de Roca”, ZORRAQUÍN BECÚ, Ricardo, *Marcelino Ugarte 1822-1872 Un jurista en la época de la Organización Nacional*, Buenos Aires, Instituto de Historia del Derecho, 1954, págs. 44 y sigs.

²⁶ SALERNO, Marcelo, ob. cit., págs. 207-209.

²⁷ SEGOVIA, Lisandro, *El Código Civil de la República Argentina con su explicación y crítica bajo la forma de notas*, Buenos Aires, 1881.

²⁸ Esta cuestión la tratamos con más amplitud en LIMODIO, Gabriel, *Transfor-*

Francia, y ya a esa altura las críticas habían abierto brechas en el modelo. Como refiere Salvat producida la codificación, durante muchos años el concepto de Derecho Civil era el texto legal, así dice: “[...] Derecho Civil y Código Civil eran, dentro de esta idea, la misma cosa [...] Este concepto ha ido paulatinamente abandonándose”.²⁹ Si se analizan las opiniones de la doctrina en los últimos años del siglo XIX y sobre todo a partir de 1901, aquí cabe citar el nombre de Rodolfo Rivarola, Juan Agustín García, como así también a las comisiones de enseñanza y de análisis de los planes de estudio de 1910 y 1920, donde aparecen nombres como Leopoldo Melo, Carlos Iburguren, Alfredo Colmo, Eduardo Prayones, Jesús Paz, Rómulo Etcheverry.³⁰

La lectura que puede hacerse en general de las opiniones de dichas comisiones implica aceptar que se pasa de una manera exegética de enseñar el Derecho Civil a otra que tiene en cuenta otros aspectos de la vida del derecho, como su “génesis social”, “su aplicación jurisprudencial y doctrinaria”.³¹

En suma se advierte que varía la visión y que al momento cronológico del Centenario son otros los presupuestos, que de alguna manera quedarán explicitados en los proyectos de reformas de los años 1926 y 1936.³²

El sexto período se lo ha llamado contemporáneo, el cual se inicia respecto de la enseñanza con la aparición de los tratados que no siguen el método exegético.

No hay que perder de vista que la división que se ha hecho puede ser opinable respecto de la conformación y límites cronológicos de cada período pero lo cierto es que se ha buscado hacer la división con la mirada puesta en las corrientes de pensamiento subyacente respecto de cada momento que se analiza.

maciones del Derecho Privado- Aportes para el Bicentenario Patrio, Buenos Aires, EDUCA, 2010, págs. 88 y sgts. y 160 y sgts.

²⁹ SALVAT, Raymundo, *Tratado de Derecho Civil, Parte General*, T. I, Buenos Aires, Menéndez, 1917, págs. 257/258.

³⁰ A este respecto puede consultarse AA.VV., *Antología del Pensamiento Jurídico Argentino (1901-1945)*, T. I, Víctor Tau Anzoátegui (Coordinador), Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, 2007, capítulo III y IV.

³¹ Anales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Universidad de Buenos Aires), T. I, 2do., 1911, pág. 697. Una reseña de la labor de las comisiones en cuestión puede encontrarse en SALERNO, Marcelo, ob. cit., pág. 214.

³² Ídem nota 11 capítulos IV y V.

En esta línea el último período se inicia cronológicamente con la publicación de la obra de Salvat, que significa un intento por escribir un tratado completo de Derecho Civil; a este respecto en el año 1917 empieza a publicarse la parte general que en sus títulos preliminares se refiere a la definición del derecho, codificación, fuentes, divisiones del derecho, los antecedentes del Código Civil, la apreciación crítica del Código, sus antecedentes, reformas. Se elige esta obra como hecho paradigmático e inicio de un período en cuanto a que es la primera en publicarse dentro de una estructura que no es exegética; a este respecto cabe recordar que las tres primeras obras posteriores a la codificación se hicieron sobre la base del modelo como fueron los tratados de Segovia, Llerena y Machado.

A partir de esta obra pareciera superada la intención de escribir tratados solamente sobre el texto de la ley, y que en esta línea obras posteriores, como la de los profesores Llambías y Borda, siguen la misma estructura, en cuanto que incorporan a la denominada parte general una “introducción al Derecho Civil”.³³

Sin perjuicio de este avance sobre el modelo exegético, en las primeras décadas del siglo en materia de filosofía del derecho y derecho público adquiere relevancia en lo que fue la enseñanza, la figura de Hans Kelsen, lo cual hace aparecer una nueva versión del positivismo que influyó en cuanto criterio general en todo lo que fue la concepción del derecho y por extensión la forma en que debía ser explicado.³⁴

Muy brevemente puede decirse que ya cerca del promedio del siglo empieza a advertirse una jurisprudencia en materia de derecho privado que va abandonando el modelo liberal y privilegia una vi-

³³ Esta denominación aparece en la primera edición del *Tratado de Derecho Civil* de Jorge Llambías. Así la frase textual dice: “Ahora ha entendido (el autor) su labor a todos los temas que integran la teoría general del derecho civil, incluso las nociones fundamentales e históricas que desde antiguo se suelen enseñar a modo de introducción de esta clase de estudios, y en cuya exposición tal vez se encuentre algún interés”. LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho Civil*, Buenos Aires, Lexis Nexis-Abeledo Perrot, 2003, Prefacio de la Primera Edición de julio de 1960.

³⁴ KELSEN, Hans, *Teoría General del Estado*, traducción de Luis Legaz y Lacambra, México Editora Nacional, 1954, págs. 123 y sgts.

No puede dejarse de destacar que ha existido otra obra de Kelsen, que tuvo mucho mayor difusión en los ámbitos de la enseñanza del derecho y a cuya lectura no pudo ser ajena una buena parte de estudiantes y juristas, además traducida en

sión que podríamos denominar de una manera muy amplia “solidarista” sin entrar en la definición del término pero que implica la aceptación de institutos como el abuso del derecho, la lesión objetiva y subjetiva, los cuales no habían sido tenidos en cuenta por Vélez Sársfield, y llevó años más tarde a la reforma del Código Civil en el año 1968.³⁵

A partir de allí la enseñanza empieza a transitar estos caminos que aquí se mencionan, sin perjuicio de destacar que ya en las últimas décadas del siglo XX, y en nuestro país con la reforma constitucional de 1994 se advierte de incorporar a la enseñanza del Derecho Civil conceptos del derecho público, específicamente el derecho constitucional, lo cual aún no puede analizarse con profundidad en cuanto a su incidencia, sobre todo si se debe merituar la influencia de los fallos judiciales que podrían inscribirse en la noción de neoconstitucionalismo, o por lo menos analizar la judicialización de los derechos humanos.³⁶

Esto obliga por lo pronto a saber si en lo que respecta a la enseñanza, bastará con señalar que existe otro orden de prelación en el derecho positivo, o la respuesta va más allá, incorporándose sin más los tratados que menciona el inciso 22 del artículo 75 y las opiniones doctrinarias y jurisprudenciales o si podría interpretarse que a partir de la Constitución de 1994 impera un renovado clima axiológico, que se traduce en un personalismo solidario y democrático, al decir de Rodolfo Vigo.³⁷

Por otra parte es del caso sopesar adecuadamente cuánto hay de verdaderos valores y cuánto de ideología con el fin de incorporar el análisis de los principios que emanan de la temática de los derechos humanos, se considere a estos programáticos u operativos.³⁸

una versión de fácil acceso. Nos referimos a *Teoría Pura del Derecho* que se conoció en la versión de EUDEBA.

³⁵ HERRERA, Daniel, “El derecho privado en el realismo jurídico. Algunas instituciones”, en AA.VV. (Gabriel Limodio Editor), *Principios de Derecho Privado*, EDUCA, 2009, págs. 459 y sgts.

³⁶ PALAZZO, Eugenio Luis, “Los límites del derecho constitucional”, en *El Derecho-Suplemento Constitucional* 2008-463.

³⁷ VIGO, Rodolfo, “De la ley al derecho”, Capítulo Presente de los derechos humanos y algunos desafíos (con motivo de la Reforma de la Constitución Nacional de 1994), en especial páginas 162 a 168.

³⁸ VIGO, Rodolfo, ídem nota anterior, págs. 152/153.

II. SEGUNDO

El modelo del Centenario

Como ha quedado explicado más arriba puede resultar equívoco referirse a un momento determinado de la enseñanza y que en el mismo ya prevalezcan otras escuelas de pensamiento, sin embargo se lo identifica con una determinada corriente.

Esto es lo que sucede con el denominado momento del Centenario, el cual más allá de identificarse con un determinado año, importa una corriente de pensamiento y entonces aparece en el horizonte una clase dirigente segura de sí misma, que ejerce políticas de Estado tendientes a consolidar una forma de pensar y que en lo jurídico parte de la concepción de un Estado que crea la ley que es expresión de los consensos alcanzados en el seno mismo de esa clase dominante y que como tal se imponen a todos.³⁹ Así como la mejor demostración de que el derecho está contenido en la ley positiva corresponde-

³⁹ Un ejemplo de lo que se dice es hacia fines del siglo XIX la imposición de las leyes de enseñanza laica y de matrimonio civil, en lo que fue una clara política laicista. Un autor que no puede ser sospechado de simpatía con un pensamiento tradicional refiriéndose a este modelo dice entre otras reflexiones: “Julio Argentino Roca fue, en cierto modo, el realizador de muchos pensamientos de Sarmiento, bajo cuya protección había comenzado su carrera política aunque luego se distanciaron. La secularización de la sociedad –el fracasado proyecto rivadaviano– era presupuesto indispensable para la modernización y ésta fue obra de Roca, quien tuvo en su momento como secretario al intelectual de avanzada, José Ingenieros. El matrimonio civil, la sustitución de los registros parroquiales por el registro civil y en especial la enseñanza laica instrumentada con la ley 1.420, verdadera realización de la escuela sarmientina, parecen hoy medidas triviales, pero ubicadas en la época fueron de tal trascendencia que provocaron el conflicto con la Iglesia, la expulsión del nuncio apostólico y la ruptura de relaciones con el Vaticano [...] Aunque los fundamentos filosóficos de la clase dirigente cambiaban de acuerdo con la ideas vigentes en el mundo –de la Ilustración de los unitarios, pasando por el socialismo utópico de la generación del treinta y siete, al positivismo spenceriano y el darwinismo social de la generación del ochenta– había no obstante una continuidad. El trasfondo ideológico seguía siendo un liberalismo con democracia limitada restringida o controlada que permitiera mantener el poder político en manos de la minoría, de la elite supuestamente esclarecida ‘los notables’ hasta tanto las mayorías alcanzaran la educación suficiente para intervenir en política. Esta postura continuaba la tradición liberal clásica, era una versión, al fin, del despotismo ilustrado propuesto por

rá enseñar a partir del denominado método de la exégesis, el cual se impuso a partir del “Code”, a pesar de que ya hacia fines del siglo XIX en Europa se muestra en decadencia respecto de la forma de enseñar.⁴⁰

Por las razones mencionadas en el denominado modelo del Centenario merece un comentario mayor que el que simplemente lo puede ubicar en una manera de enseñar el Derecho Civil.

Es por eso que la cuestión merece un comentario mayor que de alguna manera se complementa con lo que se dirá luego acerca de la tensión modernidad ilustrada posmodernidad, todo lo cual tiene que ver con otra manera de enseñar el derecho.

Por lo pronto, para retomar brevemente el tema de la enseñanza jurídica, cabe decir que el método que se impone es el que se conoce como cultura del código, que no es otra cosa que explicar a partir de la idea de un modelo, el cual antes ha quedado consagrado en un texto legal positivo.

Si se ahonda en esta “cultura del código” podrá advertirse que existe una plena influencia del racionalismo jurídico como paradigma opuesto a la visión clásica del derecho.⁴¹

El modelo exegético parte de dos presupuestos, cree en la capacidad de la razón humana para plasmar el derecho, y por otra parte en la suficiencia y plenitud de la ley escrita. De lo dicho en los párrafos anteriores surge con claridad que existe un sustento filosófico en el cual se asienta el modelo, por lo cual antes de caracterizarlo corresponde hacer una referencia a la modernidad ilustrada y a su proyecto jurídico político.⁴²

los filósofos del Siglo de las Luces”. SEBRELLI, Juan José, *Crítica de las ideas políticas argentinas*, Buenos Aires, Sudamericana, 2002, págs. 33-34.

⁴⁰ HUSSON, Leon, *Analyse critique de la méthode de l'exégese*, pág. 115 y sgts. Comunicación presentada en el Seminario de Filosofía del Derecho de la Universidad de Paris II el 15 de diciembre de 1970, publicado en *Archives de Philosophie du droit*, Paris, Sirey, 1972. Asimismo puede consultarse el trabajo en *Nouvelles études sur la pensée juridique*, Paris, Dalloz, 1974.

⁴¹ THOMAN, Marcel, “Histoire de la Ideologie juridique au XVIII siècle ou le droit prisonnier des mots”, *Archives de Philosophie du Droit*, Paris, Sirey, vol. XIX, 1974.

⁴² AA. VV., *El pensamiento político de la Ilustración ante los problemas actuales*, Madrid, Editorial Fundación de Ciencias Humanas, 2009.

A. La Modernidad Ilustrada

Se hace necesario presentar algunas precisiones, para entender por qué se asienta esta cultura en el campo del iluminismo y así no puede soslayarse el tema de la Modernidad y distinguirla de la noción de Modernidad Ilustrada.

No siempre ha quedado claro en la visión de los doctrinarios esta separación, pues importantes autores han establecido diferencias entre el proyecto de la Modernidad y el de la Ilustración, mientras otros prefieren no distinguirlos.

Quintana trata el tema, deslindando claramente los ámbitos y reconociendo que existen diversas corrientes de pensamiento que tienden a identificar estos dos momentos.⁴³ Así, el autor citado recuerda que son partidarios de esta identificación diversos autores, por ejemplo los posmodernos. Desde otro ángulo y criticando a los posmodernos, Habermas asimila la Edad Moderna a la Ilustración sosteniendo: “[...] la Modernidad es un proyecto aún inacabado”, al que es preciso reconstruir.⁴⁴

La tercera corriente de pensamiento que cita Quintana es la de cierto sector de la intelectualidad católica, la cual identifica el Renacimiento, la Reforma Protestante y el Racionalismo con el nacimiento de la Modernidad y que eclosiona en la Revolución Francesa viabilizada por la Ilustración.

Queda claro que cualquiera sea el camino que se adopte la reflexión no escapará a la polémica, pero la cantidad de matices que tiene este período es el que hace que se muestre tan difícil de explicar.

No es la intención de este trabajo detenerse en este rico período, pues el debate planteado lo excede. Si el tema importa es precisamente porque, el saber jurídico, si bien autónomo en cuanto a sus conclusiones, no es independiente en lo que se refiere a sus primeros principios, sino que se trata de un saber subalternado que guarda estrecha relación, por una parte, con las restantes ciencias prácticas: la ética, la política, la sociología y la economía, como asimismo con la ontología y la antropología.

⁴³ QUINTANA, Eduardo, “El Código Civil Francés, la Ilustración y el positivismo jurídico”, en *La Codificación...*, citado T. I, pág. 115 y sgts.

⁴⁴ A este respecto puede consultarse LEOCATA, Francisco, “Modernidad e Ilustración en Jurgen Habermas”, *Revista Sapientia*, vol. LVII, 2002, pág. 235 y sigs. Especialmente pág. 267.

En este sentido, opina Leocata: “[...] 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 vehementemente crítico de la tradición cristiana, ni el rechazo programático de la metafísica, que fueron dos de los recursos programáticos de la Ilustración”.⁴⁵

En síntesis, lo que cabe decir es que si bien no puede identificarse toda la Edad Moderna con la Ilustración, ya en los orígenes de la misma existen elementos que permiten advertir cuál será el resultado final del pensamiento. Es por eso que en el acápite anterior se habló de la teoría y praxis de la Modernidad y después se hizo la referencia a la subjetividad. Esto quiere decir que cualquiera sea el itinerario que se recorra, se terminará en una forma de pensar diferente a la clásica.

A salvo debe quedar una reflexión sobre la racionalidad que emana del humanismo renacentista, que al decir de Sciacca intentó renovar sobre un nuevo plano la escolástica del siglo XIII y unir fe y ciencia, complementar fe y razón, lo cual había sido quebrado por la escolástica franciscana. Tampoco cabe identificar el renacimiento con la reforma protestante, en cuanto este último niega el valor de la persona humana y rechaza la fecundidad de las obras.⁴⁶

También es digno de citar el aporte de Cassirer⁴⁷ en cuanto sostiene que la razón, tal como fue entendida por los ilustrados del siglo XVIII, no posee el mismo significado que se le otorgaba en el siglo anterior, pues en el siglo XVII la misma era la facultad por la cual se suponía que se podía llegar a los primeros principios del ser, es una deducción de principios que están en el alma como ideas innatas.

⁴⁵ LEOCATA, Francisco, “Las ideas iusfilosóficas de la Ilustración”, en *La codificación...*, citado T. I, pág. 60.

⁴⁶ SCIACCA, Michele, *Historia de la filosofía*, Barcelona, Luis Miracle Editor, 1954, págs. 262 y sgts.

⁴⁷ CASSIRER, Ernest, *Filosofía de la Ilustración*, México, Fondo de Cultura Económica, 1950, pag. 17.

Por el contrario, en el siglo XVIII, de acuerdo a la impronta de Francis Bacon y Thomas Hobbes, la razón tiene como único objetivo el conocimiento y dominio de la experiencia, como una fuerza para transformar lo real.

Por tal motivo, y para buscar alguna suerte de conclusión a lo que se está diciendo, cabe ponderar que el realismo es la doctrina que atribuye realidad a los conceptos universales, a diferencia del nominalismo que se la niega. El realismo, en suma, admite la realidad de los términos generales contrapuestos a un nominalismo del saber, para el cual la ciencia sólo sería un lenguaje bien hecho. Como se advierte, en algún lugar aparece la ruptura, que queda totalmente expuesta al momento de la Ilustración.

Asimismo, debe reconocerse que la relación entre la Modernidad filosófica y la Ilustración presentan en el terreno político y jurídico una mayor identidad. Así, puede recordarse que la Ilustración fue el factor que protagonizó históricamente la expansión de las ideas modernas en Occidente en ese campo.

El desarrollo de las posibilidades abiertas por la Modernidad revela su carácter dialéctico. Esta manera de entender la dialéctica se explica no solamente en su antagonismo conceptual razón naturaleza, sino en su marcada ambivalencia. Entiendo aquí por dialéctica la remisión a su contrario que se produce cuando un principio es tomado unilateralmente, lo que supone que las expectativas originales se truncan en los resultados opuestos. Esto es lo que acontece cuando la razón, tomada de manera abstracta, se torna irracional; cuando la subjetividad, emancipada de la naturaleza, se disuelve en el mundo de condicionamientos que la cruzan o cuando la libertad sin finalidad se convierte en coartada de la conducta arbitraria y el dominio político.

Éste es el punto en el cual pareciera prudente detener el análisis pues lo que importa de ahora en más es circunscribir los aspectos políticos y jurídicos del problema, para luego explicar por qué se ha logrado la noción de sistema a partir de la cual se explica el derecho privado.

B. El proyecto político y jurídico de la Modernidad Ilustrada

Lo que importa resaltar del proyecto político de esta corriente de pensamiento es fundamentalmente la distinción de lo que implica

la Ilustración de lo que fue el pensamiento clásico, superado ya el escollo de considerar a la Modernidad dividida en dos momentos.

Así, dentro de la perspectiva clásica, la politicidad del derecho aparece clara a la luz de las siguientes conclusiones. Por una parte, el derecho se realiza en la comunidad política, se ordena al bien común, la política determina qué pertenece a cada quien, pues establece las leyes y normas que indican lo justo, esto es así en referencia al derecho natural y por vía de conclusión o determinación.

Si bien el comentario que se ha hecho es muy sumario, vale en tanto permite mostrar un punto de partida distinto a la ubicación de la persona dentro del marco de lo social. El pensamiento ilustrado tendrá otra mirada sobre este fenómeno político.

Cabe, por lo pronto, recordar lo que significa el proyecto ilustrado, y dentro del mismo su propio programa dialéctico, dentro de esta perspectiva, no parece inadecuado recordar de la mano de Horkheimer y Adorno que el Iluminismo ha perseguido siempre el objetivo de “quitar el miedo a los hombres y convertirlos en amos”, pero como los mismos autores dicen: “[...] la tierra eternamente iluminada resplandece bajo el signo de una triunfal desventura”.⁴⁸ Aquí ya se advierte una de las grandes contradicciones de este movimiento en cuanto que al convertirse la idea del progreso indefinido en un lugar común, el optimismo racionalista se ve envuelto en una encrucijada, ya que por una parte recogía así un tópico clásico, al que añade una consideración típicamente moderna, como es la liberación progresiva del hombre de toda clase de dependencia y constricción, pero por otro lado, concluirá transformándose en un nuevo mito.

Refiriéndose a este último tópico, afirma Innerarity: “[...] el progreso se ha extraviado, detenido o es impulsado con una mala conciencia. La fragmentación del mundo moderno en esferas autónomas gobernadas por su propia lógica se convierte en una fuente de conflictos [...] el eje de la disputa es siempre el mismo, si existe o no algo prohibido, si debe hacerse o no todo aquello que puede ser hecho. Para la Ilustración, el progreso liberaría al hombre del peor de los males: el miedo. Pero hoy en día es ese mismo progreso el que se ha convertido en un desarrollo amenazante, en motivo de miedo, inseguridad e incertidumbre [...] precisamente la no desaparición del

⁴⁸ HORHEIMER, Max y ADORNO, Theodor, *Dialéctica del Iluminismo*, Buenos Aires, Sur, 1969, traducción de H.A. Murena, pág. 15.

miedo constituye un rotundo desmentido de las previsiones ilustradas”.⁴⁹

Basta recordar entonces que la filosofía práctica entiende la política como una continuación de la ética. Por el contrario, la Modernidad implica un quiebre de la continuidad entre la libertad interior y la acción social. La moral adquiere una visión subjetiva y la política analiza primordialmente el alzarse con el poder.

Antes del Siglo de las Luces, ya existían indicios que permiten colegir que tarde o temprano el camino se abriría para una forma muy particular de comprender el fenómeno de la concepción moderna de la política y del derecho. Lo que sucede es que más allá de las defensas de la racionalidad y sus ventajas, ya dentro del pensamiento de la Modernidad existía el germen del modelo que dará vida al Iluminismo.

En este sentido cabe recordar el pensamiento de Hobbes en cuanto el mismo significó una visión claramente distinta de lo que fue el período clásico. Son varios los aspectos del pensador de Malmesbury que pueden aquí resaltarse pero cabe decir que por lo menos es el creador de un nuevo método en materia política y jurídica.

La influencia de Hobbes está referida a una época, como es el siglo XVII, que implica la unidad sistemática del saber, ligada al problema del método. A este respecto, Ascarelli recuerda que el autor citado se presenta como el continuador del pensamiento del Renacimiento y de la “Revolución Científica”, y que se incorpora así al pensamiento que desde el fin del siglo XVI presentó una concepción nueva del mundo, opuesta al pensamiento clásico y que incluso superará los presupuestos de la Escuela Moderna del Derecho Natural.⁵⁰

La referencia al pensador inglés no es ociosa, ya que en una de sus obras es el primero en formular lo que luego se conocerá como la dicotomía derecho objetivo-subjetivo, que quedará incorporado al mundo del pensamiento jurídico por largo tiempo. La frase en cuestión dice: “[...] los nombres de *lex* y *jus*, ley y derecho, se confunden

⁴⁹ INNERARITY, Daniel, *Dialéctica de la Modernidad*, Madrid, Rialp, 1990, pág. 233 y sgtes.

⁵⁰ A este respecto puede consultarse HOBBS, Thomas, “A dialogue between a philosopher and a student of the Common Law of England”, versión inglesa con estudio introductorio de Tullio Ascarelli, Paris, Dalloz, 1966.

a menudo, y sin embargo, rara vez pueden encontrarse dos palabras de significación más opuesta. Derecho es la libertad que la ley nos permite, y leyes son esas limitaciones mediante las cuales acordamos mutuamente restringir nuestras libertades recíprocas. Ley y derecho son, por consiguiente, tan diferentes como prohibición y libertad, que son opuestas”.⁵¹

Aquí aparece el enlace con el proyecto jurídico, ya que Hobbes es uno de los autores, o quizá el primero que genera un modelo jurídico opuesto al pensamiento clásico y además sugiere respuestas jurídicas.

Como ya se ha visto, someramente, cuál es el marco dentro del cual se inscribe la visión política en lo que es el pensamiento ilustrado, cabe ahora referirse específicamente al tema del derecho.

Con toda claridad, afirma Massini Correas: “[...] mal que nos pese la gran mayoría de quienes elaboraron el derecho lo hace, hoy en día, con categorías propias del crepúsculo de la Edad Moderna: el legalismo, el reductivismo metódico, la dogmática como ciencia del derecho, el formalismo y, en general, todas las notas que caracterizan la labor jurídica de nuestros días, son el legado del pensamiento jurídico moderno.”⁵²

Esta mentalidad moderna puede analizarse a partir de considerar como única realidad jurídica la del derecho positivo, la ley puesta por el hombre, pues ella es una prueba de racionalidad y de rigor científico.

En este mismo sentido, estimar que el único horizonte ético que podía presidir la convivencia era el presupuesto por la ley (expresión de la voluntad colectiva) parecía el máximo homenaje a la dignidad humana. Insistir en la existencia de un orden racional presente en la naturaleza de las cosas suponía empeñarse en tratar a la persona con cierta minusvaloración. Aquí es donde reaparecen las formulaciones de la Ilustración en cuanto proyecto completo.

En esta línea de pensamiento parece acertado el diagnóstico de Massini, que podría resumirse en racionalismo, sistematismo, nor-

⁵¹ HOBBS, Thomas, “Elements of law”, Libro II, Capítulo V, Traducción al castellano de Dalmacio Negro Pavón, *Elementos de derecho natural y político*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1979, pág. 364.

⁵² MASSINI CORREAS, Carlos, *La desintegración del pensar jurídico en la Edad Moderna*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1980, pág. 13.

mativismo, individualismo, abandono del finalismo y presentación de un carácter revolucionario. No ha sido éste, por supuesto, el único autor que dentro de la corriente del realismo clásico ha discernido este problema. Vigo, quien ha anunciado la formación de la llamada “moderna ciencia jurídica” a partir del siglo XIX de la Escuela Histórica y la Escuela de la Exégesis, también analiza algunos de estos caracteres.⁵³

Lo cierto es que todos estos caracteres que se han ido enumerando pueden reformularse, a partir de lo que se ha dicho más arriba, en los conceptos de secularización, empirismo y relativismo, pero debemos aclarar que cuando se hace referencia a secularización no estamos hablando de un dato religioso, sino de un fenómeno de la razón que se ha liberado de una sana antropología.

De esta manera se llega al monopolio de la homologación de lo jurídico, extendido a favor de unas leyes creadas por el hombre, lo cual expresa el antropocentrismo al que se hizo referencia más arriba.

La creatividad humana no era compatible con límite previo alguno, el hombre deja de considerarse como administrador de una realidad que le viene dada, su función será la de constituirse en auténtico creador. Se tratará de desmontar la maquinaria del universo y recomponerla de acuerdo a sus necesidades. Ya no se trata de contemplar la naturaleza, sino de repensarla. Debe darse un paso a una mentalidad rigurosamente racional y científica, que convierta al saber en la eficaz antesala del poder. Es necesario recrear “provocadoramente” la naturaleza.

Cambiará también, en consecuencia, la imagen del universo. Deja de ser un todo perfectamente organizado, jerarquizado, apuntando a una distancia única. Se trabaja con un método distinto de descomposición mecanicista, que al fin y al cabo ofrece una serie de posibilidades por explotar.

La mirada ha cambiado, la razón no se encuentra ya con un previo orden presente en la urdimbre de las cosas, su función será proceder a un cálculo; hay que obtener el máximo aprovechamiento de las posibilidades que ofrece una naturaleza pasiva.

Otro tema para tener en cuenta es que los saberes se caracteri-

⁵³ VIGO, Rodolfo: “De la ley al derecho” citado, en especial el capítulo que se refiere a “Algunas tesis actuales sobre la interpretación jurídica judicial”, págs. 26-55.

zan por el grado de exactitud alcanzado. Esto influye en el aspecto jurídico teniendo en cuenta que el derecho es un saber práctico.

El nuevo paradigma se caracteriza por la mundanidad, la secularización y la inmanencia. El ideal humano es el hombre universal que pretende abarcar la totalidad de la experiencia y del conocimiento posible para actuar sobre la naturaleza y el hombre mismo.

Así vuelve a trabajarse la idea de la conciencia como única garantía de la realidad; ésta es un orden lógico desde el hombre. En suma, lo que se quiere decir es que no tiene ya sentido que la razón se mantenga reverentemente sometida al orden natural. La fidelidad ética al permanente orden del ser se ve así sustituida por la elaboración técnica de esquemas sucesivos, cada vez más productivos.

Hasta aquí se ha pretendido trazar un panorama de aquello a lo que se refiere la Modernidad y cómo influye en el derecho. Así las cosas, no es difícil imaginar los resultados cuando se proyecta el cuadro relatado sobre el mundo del derecho. Un hombre civilizado no puede abandonarse a la benevolencia ética de los otros, ni a su posible respeto a un orden natural de perfiles etéreos. Se debe disponer a ejercitar en los problemas de la convivencia esa misma capacidad de cálculo racional y de manipulación técnica que tan útiles resultados le había brindado en su enfrentamiento a la realidad física. Esto es a lo que apunta Thomann cuando se refiere al derecho prisionero de las palabras, es decir, un derecho que no presupone un ajustamiento a otro, sino un instrumento de poder a favor de una clase dominante.⁵⁴

Con singular exactitud el autor citado refiere el momento de los siglos XVII y XVIII como un verdadero laboratorio en el cual se modifica la forma de pensar en aspectos que hacen al pensamiento moral pero también al orden jurídico. Es más, dicho orden pasa a ser un orden de conceptos sustituidos. El derecho pasa a ser una cualidad moral (*ius est facultas moralis agendi*), una perfección de antiguas definiciones dadas a partir del nominalismo de Ockham, que se inscribirá luego en la estructura que desarrollará Hobbes e incluso en la escolástica de Suárez.⁵⁵

⁵⁴ THOMANN, Marcel, "Una modele de rationalité ideologique: Le racionalismo des lumieres", *Archives de Philosophie du droit*, vol. XXIII, 1978.

⁵⁵ VILLEY, Michel, *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, PUF, 2003, pág. 559.

Ya se ha citado a Hobbes y la importancia que se le atribuye a su modelo político y jurídico, sólo para concluir citando a Vigo, cabe decir: “[...] el modernismo filosófico y jurídico insinuado en Grocio se hará explícito en Hobbes. La naturaleza hobbesiana sólo puede ser objeto de la física (movimiento) y de las matemáticas (extensión). No hay forma ni materia según la metafísica aristotélica, ni tampoco ejemplaridad ni finalidad. La ciencia y el conocimiento requieren sólo objetos sensibles. La sociedad y el Estado se definen desde la creadora voluntad individual. El contenido del bien y la justicia se determinan desde el egoísmo y la utilidad individual. En definitiva, el mecanicismo, matematicismo, materialismo, sensismo, utilitarismo y voluntarismo que caracterizan el pensamiento de Hobbes se proyectarán en las obras de los pensadores que le suceden”.⁵⁶

Como se ha visto, por lo menos sumariamente, no debe dejarse de ponderar que el hilván de todos estos pensamientos conducirá a forjar lo que será el proyecto jurídico de la Modernidad Ilustrada, dentro de la cual aparecerá la ciencia jurídica moderna.

C. La cultura del código

Lo dicho hasta aquí implica hacer una síntesis y expresar la conclusión del modelo en lo que se llamó la cultura del código. Para esto debe recordarse que la ciencia jurídica moderna, creadora de las teorías generales, y las consecuentes partes generales son las que mejor expresan el pensamiento moderno en el cual se ha perdido la noción finalista-normativa de naturaleza, lo que hace que el pensamiento ilustrado en lo jurídico se caracterice por una pérdida de la noción de “ley natural” y se valore la “razón constructiva”.

Queda entonces visualizado un sujeto que configura y nomina a los objetos que se le presentan, lo cual conduce a la consecuencia de la subjetividad jurídica.

La modernidad significa una “inmanentización” progresiva del pensamiento y de la vida, lo cual trae como consecuencia respecto del derecho una fundamentación también inmanente del mismo (racionalismo jurídico). También la voluntad imperativa del hombre

⁵⁶ VIGO, Rodolfo, *Visión crítica de la Historia de la Filosofía del Derecho*, Buenos Aires, Santa Fe, Rubinzal Culzoni Editores, 1984, págs. 67-68.

dirá qué es el derecho, lo cual conduce a la noción de sistema, que tiene que ver con la estructura dogmática y exegética que originará la ciencia del siglo XIX.

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. 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.

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.

Lo dicho da la idea de 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.⁵⁷

Cabe recordar entonces lo que se ha dicho más arriba acerca de 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 soberanía popular y en el de la división de los poderes. Esto que ya se ha explicado puede verse ahora con mayor coherencia toda vez que se advierte hasta qué punto el sustento del modelo positivista tiene un trasfondo ideológico.

Tomando pie en esos fundamentos, el método de la exégesis realizó una reducción impresionante de los predicados jurídicos mediante la creación de figuras jurídicas abstractas, las más significativas de las cuales son los de la propiedad y el contrato. Se produce, de

⁵⁷ GUZMAN BRITO, Alejandro, “Codex”, en *Revista de estudios histórico-jurídicos* Nro. 10, Chile, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1985.

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”.⁵⁸

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, más 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 cálculo 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.

Debe entonces insistirse en el modelo que se abandona. Por una

⁵⁸ THOMANN, Marcel, “Histoire de l'ideologie juridique au XVIII siecle ou le droit prisonnier des mots”, Archives de Philosophie du droit Paris Sirey, vol. XIX, 1974.

parte, lo que debe ponerse en tela de juicio es la “alianza” del derecho natural racionalista, con la planificación política de la Ilustración, que fue la que produjo 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.

Una vez más aparece aquí una fijación del derecho distinta de las que se habían hecho hasta ese momento, en cuanto no se pretende consignar el derecho existente, ni recopilarlo, mejorarlo o continuarlo, no se trata de recopilar el pasado, saber cómo se resolvieron distintas cuestiones o analizar lo que dicen los magistrados. El supuesto íntimo de estas empresas políticas era la convicción propia de la época de la Ilustración, acerca de que toda actividad libre conforme a razón y ética del gobernante (esto es en el centro de Europa) o la común voluntad nacional (en Francia) podían construir una sociedad mejor.

Esto explica por qué se impone a partir de ese momento la denominada “cultura del código” y la forma de enseñanza es a partir de los presupuestos de la Escuela de la Exégesis.

III. TERCERO

a. El tema de la tensión modernidad ilustrada–posmodernidad⁵⁹

El título general que se da a este capítulo puede llamar a engaño en cuanto que el enunciado por sí solo sugiere una lectura más profunda de los fenómenos culturales, que exceden este trabajo, pero que se transforman en una referencia obligatoria para poder explicar una alternativa al modelo jurídico de la Ilustración.

⁵⁹ Esta cuestión ha sido tratada en LIMODIO, Gabriel, *Los principios y la enseñanza del derecho privado*, Buenos Aires, EDUCA, 2008, en especial páginas 39 y sgts., donde se desarrolla la idea de la posmodernidad como crítica de la modernidad con sus mismas armas, y luego la posibilidad de la propia posmodernidad como una insistencia en la fragmentación a partir de los conceptos de la modernidad ilustrada o por el contrario recurrir a un criterio objetivo de valores en cuyo caso se hablará de la modernidad como decadencia o resistencia según la terminología utilizada por Jesús Ballesteros en *Posmodernidad: Decadencia o resistencia*, Madrid, Tecnos, 1997, págs. 101 y sgts.

Es por eso que se hace necesario una lectura de estos fenómenos, pues este tema se inscribe en el transfondo cultural y antropológico que rodea todo el proceso que implicó la salida del modelo de la Ilustración, lo cual importa para el tema del derecho, ya que, como se ha visto, si este modelo implicó una inmanentización progresiva del pensamiento y de la vida, la salida del mismo debiera en principio darse por una recuperación de una noción finalista-normativa de naturaleza con una recuperación de la noción de “ley natural”.

Se hace necesaria esta referencia a las ideas que sustentan los modelos, porque es la única forma de entender por qué puede hablarse de una nueva teoría general, que sea distinta a la que ha dado vida a todo el pensamiento que está detrás de las corrientes que transformaron la estructura clásica, que luego confluyeron en el racionalismo jurídico y finalmente se expresaron en lo que fue específicamente la enseñanza del Derecho Civil en el modelo de la exégesis, y ya en el siglo XX el positivismo “científico” que todos hemos conocido.

Como se ha dicho no puede entenderse la propuesta acerca de la enseñanza del Derecho Civil al momento del Centenario sin comprender el proyecto de la Modernidad Ilustrada.

En este orden de ideas, la búsqueda del sistema completo y el cuerpo de leyes perfectas posibilitan la realización del ideal de la época, cuyos postulados básicos eran la exactitud, la plenitud, la coherencia, la generalidad y la atemporalidad de la ley, logrados mediante el recurso de la ley escrita. Estos postulados están ordenados a conformar las expectativas de la época en torno a ideas de certeza y seguridad.

Por fin, el contradictorio y desordenado derecho positivo de la época moderna se transforma con la codificación y la exégesis, en un derecho claro, sistemático y ordenado, el derecho racional de los códigos.

Se construye así la ideología política liberal a partir de un modelo arquetípico, un derecho formado por leyes generales y actos particulares de aplicación de los mismos. Este derecho se configura, por un parte, como el soporte de la legitimidad del poder estatal y por la otra, sirve como pauta para poder construir un modelo jurídico no intervencionista.

El modelo liberal intenta identificarse con la figura de un Estado como mero guardián de la libertad y la seguridad, que intervenía en la vida social y económica para garantizar las pretendidas leyes de la naturaleza. El entramado del derecho tenía como fin proteger

el contenido mínimo de los fundamentos del orden social natural según las reglas de juego espontáneas que determinan las leyes de la razón económica y establecer los procedimientos y las condiciones necesarias para mantenerlo coactivamente.

La realización plena de los ideales del individualismo y la seguridad implicaba la consideración del derecho y de todos los mecanismos que promueven sus funciones, incluida la aplicación del derecho como instrumento dotado de racionalidad formal.

Si se trata de buscar dentro de la Modernidad Ilustrada una traducción de este modelo de enseñanza en los pasos de Bobbio, Ferrajoli identificará a la Escuela de la Exégesis, a la cual se la menciona dentro del protopositivismo.⁶⁰

A partir de estos temas cabe delimitar algunos lugares comunes, por ejemplo, la noción de positivismo como el derecho creado por el Estado, lo cual se inscribe en una comprensión monista típicamente moderna. Aquí se despliega el ideal revolucionario que habla, tal como se dijo antes, del principio de la soberanía nacional, la división de poderes y la omnipotencia del legislador.

El formalismo jurídico dice que el mismo contribuye a dotar definitivamente al derecho de su carácter ideológico, esto es, lo convierte en una forma capaz de enmascarar la realidad social presentándola como un recurso juridificado y carente de compromiso o conflictos materiales.

Aparece entonces una instancia neutral que garantiza el libre juego de presuntas leyes sociales. 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 clase social. Así, Díez Picazo y Gullón recuerdan que la Codificación fue el vehículo de las ideas de la Revolución Francesa, y responde a la ideología típica del liberalismo burgués, pues no en balde es la burguesía la que inicia la Revolución, y la que a la postre se beneficia con la derrota de la monarquía, por otra parte es la clase social ascendente quien necesita la seguridad jurídica para progresar en sus negocios.⁶¹

⁶⁰ FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999.

⁶¹ Díez PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, Madrid, Tecnos, 2000, pág. 36.

Consolidado este modelo en el siglo XIX, ya en el siglo siguiente desde la primera entreguerra se empezarán a advertir las falencias de la razón (debiéramos escribir La Razón) para dar respuestas a los problemas políticos y jurídicos, por lo cual la solución será llevar hasta límites insostenibles la libertad exacerbada o recrear algún modelo social que dé cabida a los valores objetivos, sobre estas dos posibilidades se debate la posmodernidad.

b. La reaparición del mismo modelo con otro ropaje

Un problema que no es menor, y que aquí sólo puede tratarse tangencialmente, es que al pretender superar el modelo que se ha llamado ius legalista-exegético dogmático, se termine entronizando una visión del derecho desde la subjetividad pero aquí el aporte legalista se da por el consenso de distintos operadores que terminan imponiendo un nuevo sistema en el cual el respeto por la persona no esté tan vinculado a la dignidad de la misma sino a su libertad, o para decirlo en otros términos a sus derechos individuales.

En este aspecto el nuevo paradigma tiene el riesgo de volver sobre criterios de la modernidad, es decir, se insiste con perspectiva filosófica subjetiva, que analizará la cuestión como una potestad reconocida por el legislador en una época determinada.

Se produce una consolidación de la visión moderna de derecho que analiza al mismo no a a partir de un orden exterior al hombre, como una medida objetiva de los intercambios humanos. Haciendo un análisis de todo este proceso dice Lachance: “Convertida en regla suprema, la libertad conoció un período de hegemonía que tuvo como resultado la generación de un sistema de sentimientos, de costumbres, de opiniones, de ideas, de técnicas, de símbolos y de instituciones destinado a promover al individuo, a hacer valer sus recursos innatos, y a exaltar su libertad [...] El deslizamiento de lo objetivo hacia lo subjetivo llegó a ser general, y particularmente el derecho comenzó a confundirse con las prerrogativas de la persona, con el poder de explotarlas y de ordenar su respeto. Y este poder es a lo que se ha llamado derecho subjetivo [...] En cuanto al ‘deber’ le costó trabajo sobrevivir, sólo se logró mantenerlo recurriendo al artificio del imperativo categórico. Dejó de ser suscitado por la necesidad de realizar un orden y unos valores objetivos, y la obligación que por él se expresaba ya no se basó sino sobre la pura fuerza del mandato, de

ahí, probablemente, el origen del mito que quiere que el mandato del gobernante sea la única y la última fuente del valor coactivo de la ley”.⁶²

Se advierte así que reaparece una solución que se pensaba había sido superada al caer por su propio peso el modelo de la Modernidad Ilustrada, por lo cual se retorna a un modelo individualista que no será el de la codificación basada en la afirmación del individuo frente al Estado sin cuerpos intermedios, asegurando la normativa el libre desenvolvimiento de la autonomía de la voluntad eminentemente en lo económico, sino un protección de los derechos individuales por sobre las instituciones que tradicionalmente han resguardado la sociedad, recalcando las nociones de libertad, de igualdad, de autonomía. De hecho la crisis del Derecho Civil decimonónico tenía otras causas, básicamente su carácter excesivamente patrimonial, que producía que la persona se contemplase como sujeto de una relación jurídica, y no por sí misma ya que parecía que esas cuestiones pertenecían al campo de las declaraciones de derechos de la constitución como norma política. Ahora el problema pareciera ser que la constitución que tiene una aplicación directa invade el ámbito del Derecho Civil y lo priva de lo más sustancial que tenía pues la función del mismo no es otra que la defensa de la persona y de sus fines. Queda así planteado, y nada más que planteado el problema del Derecho Civil en tiempos de neoconstitucionalismo, lo cual merece un análisis pormenorizado y mucho más extenso.

IV. CUARTO

a) La mirada sobre otro modelo

Se ha dicho en el inicio de este trabajo que deben mencionarse cuáles son las razones que cabe ponderar para pasar de un modelo a otro. Aquí una vez más no puede soslayarse el sustento cosmovisional y antropológico.

Si lo que se busca es la salida del modelo que se ha llamado cul-

⁶² LACHANCE, Louis, *El Derecho y los Derechos del Hombre*, Madrid, Rialp, págs. 174 y sgts.

tura del código, y si a éste se lo ha ubicado en la perspectiva de la Modernidad Ilustrada, será necesario otro paradigma.

Como ya se ha dicho, también un cambio de paradigma requiere una enseñanza distinta. Quizá, el mejor ejemplo sea el de la Escuela de la Exégesis que ya se ha mencionado, y que ha implicado precisamente una tarea de reeducar a los futuros juristas, en su momento, a partir de un nuevo paradigma que fue el de la Ilustración.

Sí se acepta entonces esta tensión entre modernidad-posmodernidad, y un nuevo espacio para generar el modelo de enseñanza, que puede ser el de esta posmodernidad que reconoce valores.⁶³

Si se trata de plantear un nuevo paradigma, el tema cosmovisional actúa como clave de bóveda; entonces, habrá que plantear una manera distinta de definir el derecho, el cual no necesariamente se articula a partir de la facultad jurídica.

A partir de lo dicho en el punto anterior, el nuevo paradigma o bien insiste en una visión jurídica que implique derechos sin sus correlativos deberes, o busca una definición del derecho desde un punto de vista objetivo. Aquí es donde aparece el problema del derecho entendido como una solución a las controversias desde un criterio de justicia, que sólo se entiende a partir de una sociedad ordenada a un fin.

Es aquí donde reaparece la tensión entre el modelo de la Modernidad Ilustrada u otro que busca la reunión 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.

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

A partir del descubrimiento de la insuficiencia del juridicismo,

⁶³ Ver nota 37, y los textos allí citados.

va apareciendo la necesidad de buscar otras soluciones, muchas de las cuales aparecerán de la mano de la rehabilitación de la razón práctica.

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.

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

En la filosofía moderna y contemporánea, las fronteras entre la filosofía, la ética y la estética están excesivamente señalizadas. Esto se debe 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.

La superación de las rupturas que se han mencionado otorga a la posmodernidad la posibilidad de abrir una instancia, lo cual no quiere decir que necesariamente esto se dé en un solo sentido. Precisamente, 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.

Cabe aquí concluir que la filosofía, la ética y 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 ésta no es una preferencia arbitraria), y es en gran 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.

b) El problema de la aparición del mismo modelo con otro ropaje

La aparición de este tópico requiere una lectura mucho más profunda que la que se está haciendo aquí, pero por lo menos es la que debiera quedar planteada para no caer en el error de llamar a las cosas por un nombre distinto pero que en verdad en cuanto a su sustancia es el mismo.

Lo que se quiere significar es que más allá de su aplicación al ámbito del Derecho Civil o del derecho privado, hay un punto en el cual pueden identificarse tanto el proyecto político de la Ilustración con el de la posmodernidad concebida como una exacerbación de la autonomía de la voluntad.

Se dijo más arriba que el proyecto de la Ilustración “desafecta” a la persona de su compromiso con la sociedad y la termina transformando en un sujeto activo de derechos, sólo de derechos desde el punto de vista político, y en todo caso al trasladarse el tema al derecho privado la persona será “un ente susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones”.

Lo cierto es que la característica típica de la Ilustración que consiste en una creencia-fe en el progreso ilimitado y en la razón “todopoderosa” del hombre, en el marco jurídico suele reflejarse en una excesiva confianza en la autonomía de la voluntad. De allí surge el lugar superlativo otorgado a los derechos de libertad individual y de propiedad.

Por eso, cuando más arriba hemos mencionado un “derecho privado mínimo” lo entendíamos dentro de una visión en la cual la libertad se concibe conforme a lo suyo de cada uno en materia económica, muy distinto de aquella otra mirada más amplia donde la persona se ubica dentro de una sociedad, relacionada con otros e inserta en relaciones de familia, de amistad, de vecindad, de negocios.

c) El modelo que se propone

Una alternativa a la posmodernidad que insiste en repetir los presupuestos de la Ilustración pero llevándolos hasta un extremo insospechable, podrá encontrarse en una recuperación de valores, lo cual conduce necesariamente a una postura objetiva, sobre aquellos temas que en materia jurídica se pretenden presentar desde una propia subjetividad.

Así las cosas, el relativismo, cuanto más se transforma en la forma de pensamiento generalmente aceptada, más tiende a convertirse en un nuevo dogmatismo. De esta manera se torna muy difícil incorporar los criterios básicos para legislar valores mínimos de respeto de aquello que es justo por naturaleza, se podría decir de otra manera que es el punto de partida para repensar los valores, y que por lo tanto esta mirada permite observar que siempre se descubre un sustrato que es un algo dado, inexpugnable a nuestra libertad, a nuestra disponibilidad, y entonces el modelo que es superador al proyecto político y jurídico de la Ilustración trabaja sobre núcleos indisponibles.⁶⁴

Quizá todavía haya que proponer más explicaciones porque la propuesta está en principio más allá de lo que puede ser una definición primaria del derecho privado, o cómo por lo menos esta ha sido entendida dentro de un modelo estrictamente ius-privatista.

Habrá que pensar entonces que aquello que se requiere de los juristas es probable que no esté vinculado con las tareas de dar a cada uno lo suyo o con lo que cotidianamente se discute en el ámbito del foro en los intercambios de los que se encuentran vinculados a la justicia conmutativa, sino que la referencia se hace en cuanto a los principios que organizan secularmente la vida social, lo cual muchas veces tiene un contenido que más se vincula a lo antropológico que a lo jurídico, pero no deja de verificarse que una referencia a los valores se aprecia en la doble relación con la racionalidad básica que debe guardar el ordenamiento jurídico en general y las normas en particular, así como su sujeción a un marco concreto de bienes sociopolíticos.⁶⁵ Esta visión, si se quiere primeramente antropológica más que jurídica, se asentará luego en cada rama del derecho adjetivo, esto implica

⁶⁴ GÓMEZ LOBO, Alfonso, *Los bienes humanos-ética de la ley natural*, Buenos Aires, Santiago, Mediterráneo, 2006, en especial págs. 156 y sgts.

⁶⁵ En esta línea puede observarse una lectura realista sobre el denominado derecho subjetivo en LACHANCE, Louis, *El derecho y los derechos del hombre*, Madrid, Rialp, 1979, en especial capítulos IV a VI.

En este contexto Vigo criticando el modelo racionalista ha dicho: “[...] las universidades decimonónicas surgidas de la matriz napoleónica, adoptarán en derecho un currícula signada por el proceso codificador. De este modo cada materia remitía a un Código o a una parte del mismo, generando ámbitos autistas y autosuficientes”. VIGO, Rodolfo, *De la ley al derecho*, Capítulo “De la cultura de la ley a la cultura del Código”, en especial pto. 13, pág. 21.

decir que en primer lugar es necesario formular una definición del derecho y sobre ella asentar cada una de sus posibles aplicaciones.

La primera es acerca de la necesidad de comenzar la enseñanza del Derecho Civil con una parte general. Si la respuesta es afirmativa, cabe preguntarse, en segundo lugar, cuál debe ser el contenido de la misma. La tercera pregunta, luego de haber analizado el estado de la cuestión, es si resulta adecuado mantener dentro del estudio de la materia una introducción al Derecho Civil argentino. Y por último, si esta pregunta también es afirmativa, saber, averiguar, investigar si es posible explicar esta introducción desde la perspectiva del realismo clásico y si la estructura de nuestro derecho positivo se compadece con esta visión.

Lo que se deja planteado implica, dentro de estos parámetros, ofrecer una alternativa para la enseñanza, y como hipótesis de trabajo es razonable proponer una lectura a la denominada cultura jurídica desde los principios del derecho, y comparar este sistema con aquel que ha informado, y aún sirve de sustento, a las denominadas “partes generales del Derecho Civil”. La propuesta aparece así, más clara, pues se trata de aportar una alternativa desde la perspectiva del realismo jurídico clásico. Por eso elige como marco de referencia el de los principios jurídicos, lo cual presupone previamente recusar el modelo que ha recibido el nombre de exegético-dogmático-iuspositivista.

En suma, lo que deberá hacerse es buscar una respuesta a los problemas que se presentan en el ejercicio cotidiano de planteo y solución de problemas jurídicos, a través de la búsqueda de los principios generales del derecho concebidos en una perspectiva realista, con una clara incidencia en la manera de presentar las cuestiones en la enseñanza.

V. QUINTO

Conclusión

Si bien es complejo elaborar algún tipo de conclusión, pueden sugerirse algunas respuestas a cuestiones como las que se han mencionado en cuanto proponen una enseñanza acorde con un modelo que contemple una visión del derecho privado con sustento en el realismo jurídico.

De esta manera, puede establecerse: 1) La necesidad de sincerar la enseñanza del derecho para que la misma se compadezca con las situaciones reales que requieren el aporte del jurista. 2) El primer punto de contacto jurídico se da en la realidad de las relaciones que primordialmente se encuentran en el ámbito del derecho privado. 3) Es necesario introducir al estudio del derecho privado con un espesor filosófico que se encontrará en los presupuestos del llamado realismo clásico. 4) Por último, es posible encontrar en el derecho privado positivo argentino la existencia de principios generales fundantes que permitan plantear otra mirada sobre el fenómeno jurídico.

Cabe entonces señalar que resulta posible la explicación de la parte general del derecho privado argentino desde una perspectiva distinta a la de la Modernidad Ilustrada; que esta explicación puede sustentarse en los principios generales del derecho privado; y que los mismos pueden encontrarse en el derecho privado argentino.

Por eso, la lectura de un derecho privado desde tal perspectiva requiere por lo menos de una serie de pautas para reformular el tema de la enseñanza.⁶⁶

Así, y al solo efecto de proponer unas posibles soluciones, cabe decir que en primer lugar se hace menester mantener un ciclo introductorio a la enseñanza del derecho privado, si bien con un contenido distinto que lo haga diferente al que trazó el modelo exegético-

⁶⁶ Respecto a la necesidad de generar en el jurista la necesidad de “introducir” filosóficamente estas cuestiones, es del caso citar una página memorable escrita hace alrededor de treinta años por Mosset Iturraspe quien desentraña este problema explicando claramente que el mismo no radica en “divagaciones teóricas” sino que los problemas que conducen al estudioso a “introducir” el análisis del ámbito del derecho que ha elegido para su investigación están más próximos a la praxis. Así dice el autor citado “ el jurista en la mayoría de los casos, no sabe cuál es el motivo último de su adhesión a las palabras de la ley, o de su preferencia por el espíritu que emana de las normas, o por el criterio inductivo deductivo, o por una solución que contemple los intereses en pugna. Crea el derecho, lo aplica, lo enseña o lo investiga sin antes haberse detenido a meditar sobre el hombre, su origen y su destino. O bien lo hace convencido de que su quehacer de jurista nada tiene que ver con esta cosmovisión. Cuando a un hombre de derecho con tamaña despreocupación se le hace ver el sentido filosófico y político que encierran las tesis que sustenta suele quedar perplejo, atónito, no sabía de ningún modo, que estaba haciendo filosofía o asumiendo una postura filosófica o siendo corifeo de una concepción política” Mosset Iturraspe, Jorge Prólogo al libro de Carlos Massini “ La desintegración del pensar jurídico en la edad moderna” Abeledo Perrot 1980 página 9.

dogmático-legalista, incluso cuyo nombre no se compadezca con dicho modelo, como lo sugiere el de parte general, tributario de las decimonónicas teorías generales.⁶⁷

En segundo lugar, en cuanto a la estructura, parece razonable que esta asignatura esté compuesta de una parte introductoria, donde se analice el derecho privado desde la perspectiva de la justicia conmutativa, el concepto de derecho, las fuentes (en particular la ley) y la interpretación jurídica. Esto en lo que hace a la parte general de la asignatura.

La parte sistemática podrá incluir entonces el desarrollo de la relación jurídica a partir de los elementos que componen la misma y un adecuado análisis de la persona que incluya el desarrollo completo del tema. Esto quiere decir que dentro de esta estructura puede, si bien se mira, estar contenida buena parte de la asignatura, dejando el tema del objeto de la relación jurídica y el negocio jurídico para formar parte de una materia independiente. Esto es así porque explicar la estructura de la relación jurídica, el entrecruzamiento de los sujetos en busca de un objeto con fundamento en el derecho y la visión total del problema de la persona bien puede justificar el dictado de un curso, sobre todo teniendo en cuenta la amplia gama de problemas que presenta en la actualidad este tema, que se descubre con sólo analizar el ámbito del derecho público y lo que significa todo el desarrollo constitucional y jurisprudencial que presenta el tema.

En tercer lugar, la asignatura tendrá por finalidad identificar los principios jurídicos fundamentales que constituyen y legitiman al derecho privado:

⁶⁷ Vigo Rodolfo “Descrédito y necesidad de la filosofía del derecho” en Revista del Colegio de Magistrados del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe Nro. 13 1985-1986 pag. 111 y siguientes. Este autor se muestra crítico acerca de la estructuración de las teorías generales y su sucedáneo en las partes generales e indica que se hace imprescindible presentar cualquier estudio previo de la rama jurídica que se pretenda desde una perspectiva que explique el valor noético de la filosofía y de la importancia práctica y necesidad del conocimiento iusfilosófico del jurista, en esta línea como sostiene el autor que estamos citando el drama del cientificismo es que a la pregunta por el concepto del derecho se responde indicándose un hecho jurídico y en suma todo esto se traduce en un desinterés iusfilosófico que encuentra tres vertientes por una parte el dogmatismo de la ciencia jurídica moderna, por otra parte el idealismo de la filosofía jurídica y por la otra el utilitarismo profesional.

- Analizar los principales conflictos que en la actualidad debe enfrentar el derecho privado.
- Relevar en la praxis de los tribunales, dentro de aquellos principios, los conflictos a los que se aplican y los conceptos que se utilizan para analizar la relación jurídica.
- Conocer los conceptos que a nivel doctrinario y jurisprudencial permiten elaborar la teoría de la relación jurídica dentro de una estructura realista.
- Conocer los elementos de derecho positivo (códigos de derecho privado, leyes especiales, Constitución y tratados internacionales en materia de derechos humanos) dentro de un contexto de juridicidad que asuma la relación natural positiva y la existencia de fuentes múltiples como marco de formulación de principios, resolución de conflictos, todo ello en una clave realista.
- Obtener una postura epistemológica y metodológica que le permita al alumno enfrentar la problemática del injusto civil con fundamento en principios de orden natural, internacional y constitucional que den sentido último a las normas civiles.

En suma de lo que se trata en definitiva es de proponer una alternativa a un modelo que dio todo lo que podía dar, que tuvo su origen en una forma muy particular de reivindicar la noción de los derechos de la persona (en ese momento de los derechos del hombre y del ciudadano), que sólo miran a un personaje abstracto, el hombre del contractualismo, que apenas nominalmente puede vivir con sus semejantes y entonces piensa en la libertad como valor supremo. El modelo así diseñado es el que se impone lentamente a partir de la Modernidad y alcanza en lo político y jurídico su momento estelar entre fines del siglo XVIII y principios del XIX.

Las injusticias a que condujo un liberalismo exacerbado y finalmente un sistema que no puede atender los legítimos reclamos sociales y sucumbe ante la imposibilidad de reconocer que en lo que hace al derecho privado no alcanza con fundar el mismo en la autonomía de la persona sino que esa autonomía sólo sirve si encuentra su sustento en una visión completa de la misma, que no sea sólo su libertad sino su fundamento, lo que le hará reconocer en el derecho un sustrato que está fuera de la decisión humana y se muestra como indisponible.