

G. F. PUCHTA Y LOS ESTUDIOS DE DERECHO PRIVADO EN EUROPA, NORTEAMÉRICA Y ARGENTINA. HACIA UNA NUEVA JURISPRUDENCIA DE CONCEPTOS

JAVIER I. HABIB

Universidad de San Pablo Tucumán (Argentina)

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. EL LIBRO DE GARRIDO MARTÍN. II.1. Costumbre Ley y Derecho de juristas. II.2. El Sistema de Derecho Privado. II.3. El Puchta de Garrido. III. PUCHTA Y LOS ESTUDIOS EN EUROPA, NORTEAMÉRICA Y ARGENTINA. III.1. Tradición sin unidad. III.2. Formalismo sin historia. III.3. Juristas sin derecho. IV. CONCLUSIÓN.

Resumen: En su reciente libro *Fuentes, Método y Sistema en la Escuela Histórica del Derecho*. Georg Friedrich Puchta (1798-1846), Joaquín Garrido Martín nos ofrece una versión distinta a la estereotípica imagen del Puchta racionalista, que vive en un cielo de conceptos. En esta provocativa versión, Puchta cree que la fuente principal del Derecho privado es (nada menos que) la costumbre y que, como la costumbre, el Derecho privado está en constante devenir. Ciertamente, Puchta es un jurista obsesionado con la unidad del sistema, las conceptualizaciones, y las clasificaciones. Pero esta actitud no responde a un dogmatismo acaso, sino a necesidades prácticas. Puchta conceptualiza para dar estabilidad y claridad al siempre cambiante Derecho privado.

Mi artículo toma al Puchta caracterizado por Garrido como cierto, e intenta situarlo en el contexto de tres propuestas académicas contemporáneas: La escuela histórica de Reinhard Zimmermann; el formalismo jurídico de Ernest Weinrib; y el trabajo de los neoconstitucionalistas argentinos que inspiraron al Código Civil y Comercial de ese país. Esta comparación pone en evidencia que el pensamiento de Puchta es actual. Además, buscaré argumentar que Puchta propone una teoría más completa, en el sentido de que permite resolver problemas que sus correlatos contemporáneos dejan irresueltos. Como corolario, sugiero que la versión ofrecida por Garrido del polemizado teórico alemán suscita un tipo de propuesta académica que podría ser interesante para ser llevada a cabo hoy.

Palabras clave: Garrido Martín, Puchta, Zimmermann, Weinrib, Código Civil y Comercial de la República Argentina.

Abstract: In his recent book *Fuentes, Método y Sistema en la Escuela Histórica del Derecho*. Georg Friedrich Puchta (1798-1846), Joaquín Garrido Martín proposes a fresh reading of nineteenth century German pandectist Georg Friedrich Puchta. Puchta is no longer the deluded rationalist who lives in a heaven of concepts. In Garrido's provocative account, Puchta believes that the main source of private law is the customary behavior of people and hence, private law is constantly evolving. Puchta is certainly obsessed with stereotypical formalistic compromises such as the unity of the system, classification and conceptualization. But

this attitude is not a demand of Puchta's scholarly dogmatism but of private law's practical needs. Puchta provides definitions and classifications in order to give stability and clarity to the ever-changing private law.

In this paper I take the Puchta characterized by Garrido Martín as true, and attempt to place it in the context of three comparable academic works of today: The historical school of Reinhard Zimmermann; the legal formalism of Ernest Weinrib; and the work of the Argentine neoconstitutionalists who inspired the Argentinian Civil and Commercial Code. This comparison shows the vitality of Puchta's legal theory. What's more, I try to maintain that Puchta's legal theory has the capability of coping with the jurisprudential issues that its contemporary correlates fail to cope with. As a corollary, I suggest that Puchta presents a promising type of academic agenda, to be carried out today.

Keywords: Garrido Martín Puchta Zimmermann Weinrib Código Civil y Comercial de la República Argentina.

I. INTRODUCCIÓN

El nombre de Georg Friedrich Puchta suele estar asociado al imaginario desacreditado del derecho privado del siglo XIX. Esto es: la aplicación mecánica de la ley; la incapacidad del derecho para dar respuestas a las necesidades del comercio; la frialdad del derecho privado ante las demandas sociales; y la idea de que la predictibilidad (o seguridad jurídica) es la única propiedad virtuosa del sistema. El libro *Fuentes, Método y Sistema en la Escuela Histórica del Derecho. Georg Friedrich Puchta (1798-1846)*¹, de Joaquín Garrido Martín, nos ofrece una versión distinta del discípulo más conspicuo de Savigny. Puchta no fue un racionalista que vivía en un cielo de conceptos. Puchta no creyó, en otras palabras, que el derecho consistiera en proposiciones inmutables, deducidas de primeros principios, ajenas a la realidad social. Para Puchta, la fuente principal del Derecho es (nada menos que) la costumbre y, como ésta, el derecho está en constante devenir. Es cierto que Puchta estuvo obsesionado con la unidad del sistema y su clasificación. Pero esta no era una actitud acaso. Puchta conceptualizaba para dar estabilidad y claridad al siempre cambiante derecho privado.

Este trabajo no tiene por propósito examinar la fidelidad histórica del recomendable libro de Garrido Martín. El trabajo tiene otras intenciones. Me interesa tomar al Puchta dibujado por Garrido como cierto, y confrontarlo con trabajos académicos contemporáneos que se le comparan. Son tres los grandes candidatos: La escuela histórica de Reinhard Zimmermann (del

¹ J. GARRIDO MARTÍN, *Fuentes, Método y Sistema en la Escuela Histórica del Derecho. Georg Friedrich Puchta (1798-1846)*, Granada, Comares, 2019 (Colección Derecho Romano y Ciencia Jurídica Europea, Javier Paricio, Dir.), 404 págs.

Max Plank Institute de Hamburgo), el formalismo jurídico de Ernest Weinrib (Facultad de Derecho de la Universidad de Toronto) y el trabajo de argentinos como Ricardo Lorenzetti. La comparación con estos trabajos pondrá en evidencia que el pensamiento de Puchta es actual. Pero hay más. Buscaré demostrar que Puchta propone una teoría más completa, en el sentido de que permite resolver problemas que las teorías contemporáneas dejan irresueltos. El corolario de esta comparación será sugerir que la versión ofrecida por Garrido del polemizado teórico alemán suscita un tipo de propuesta académica que podría ser interesante para ser llevada a cabo hoy.

El trabajo se divide en dos secciones. La primera elabora un breve resumen del libro de Garrido Martín. Aquí aparecerá la teoría de Puchta. La segunda sección elabora las confrontaciones recién mencionadas. En 2.1. confronto a Puchta con Zimmermann; en 2.2. lo hago con el trabajo de Ernest Weinrib; y en 2.3. con el trabajo de Ricardo Lorenzetti. En esta comparación Puchta ilumina tanto lo valioso como lo que carecen las tres teorías mencionadas. La tesis que emerge es que la teoría de Puchta es más completa. En la conclusión de este trabajo enuncio algunos aspectos de lo que sería un intento contemporáneo de dar continuidad a la teoría de Puchta.

II. EL LIBRO DE GARRIDO MARTÍN

El libro *Fuentes, Método y Sistema en la Escuela Histórica del Derecho. Georg Friedrich Puchta* cuenta con una introducción, tres partes y una conclusión. La primera parte es una “Breve biografía intelectual de Georg Friedrich Puchta”. Aquí se hace mención a aspectos de la educación formal del jurista, a los autores que influyeron su pensamiento, a su quehacer en distintas universidades, y a su experiencia en la práctica del derecho. No es, a mi juicio, en esta primera parte, donde radique el interés de la obra. El argumento de Garrido se explora en la segunda y tercera parte del libro.

II.1. *Costumbre Ley y Derecho de juristas*

La segunda parte trata sobre las “Fuentes del Derecho” en la teoría de Puchta. Esta parte está dividida en tres capítulos. Cada uno de ellos trata una de las fuentes. La primera fuente es el “derecho consuetudinario” (págs. 31-77). Este es “el primer y más importante derecho” en esta teoría. Se trata del producto inmediato “de la convicción del pueblo”; el resultado de un “sentimiento jurídico nacional”. Aclara Garrido que para Puchta la costumbre no requiere de la existencia previa de una norma que le de condi-

ción jurídica. En cuanto al pueblo, se trata de una entidad “natural”, que se distingue de “otros modelos equívocos, como el de la soberanía popular”. Pero el pueblo no obra acaso. Está gobernado por una convicción o espíritu. Pero este espíritu “nos es inaccesible”, puesto que no “es posible seguir los caminos de una convicción popular desde su nacimiento hasta su desarrollo y decadencia”. Se trata de un “oscuro taller” (*dunkle Werkstätte*) en el que el derecho se construye. Y se enfatiza que la actividad del pueblo es esencialmente distinta a la del individuo aislado. En realidad, “El individuo no actúa de manera aislada”.

La segunda fuente en la teoría de Puchta es la ley (79-150). El lector contemporáneo debe ser cauto, pues para los autores de la Escuela Histórica, la ley no es fuente principal, sino que “tiene un papel menor”. Para estos autores “el Estado no debe —no puede, en puridad— intervenir en la vida del derecho, porque no le es propio hacerlo de acuerdo con la naturaleza misma del derecho” (80). El punto es que el Derecho sólo nace del espíritu del pueblo, “razón por la cual la ley solo podrá operar en ese marco espiritual [...] al margen de esta conciencia jurídica popular no hay posible producción de derecho”. Lo que no quiere decir que la ley no pueda ser útil. La tarea de la ley es “completar el ordenamiento jurídico, concretando el derecho existente y asistiendo a la consolidación del derecho de raíz consuetudinaria” (98). Se trata, en efecto, de una “concepción antiestatalista”, que explica la conocida posición contraria de la Escuela Histórica respecto a la codificación del Derecho civil.

Para Puchta, un Código Civil es una manifestación revolucionaria y “El derecho no admite los cambios violentos de la ley” (82). Estos autores se manifiestan contrarios al modelo racionalista de la voluntad popular que considera a la “persona colectiva como la suma de sus miembros”. Autores como Puchta prefieren metáforas “organológicas”, como la del “cuerpo jurídico”, en el que la colectividad es concebida como un ente vivo (no artificial) cuya naturaleza puede ser leída en su historia; lectura que permite descubrir y entender la vida de las partes que la integran: “vidas que el esquema racionalista no puede explicar”, como la de agrupaciones más pequeñas, como la familia, corporaciones, ciudades y provincias. La legislación en cambio es “inorgánica, se afirma, y por ello es tendencialmente despótica” (85).

La última fuente del derecho en la teoría de Puchta es el “Derecho científico” (151-213). En la tradición jurídica, la autoridad de los juristas siempre fue de relevancia práctica. Puchta se detiene a analizar críticamente esta relevancia. Puchta argumenta que existe “una forma externa de autoridad”

(168), que consiste en el entendimiento de que los juristas son “los que saben” de Derecho por haber asistido a la universidad. Pero este es entendimiento equívoco. La autoridad del jurista radica en su capacidad de decir derecho de manera científica. En efecto, para Puchta, la ciencia del derecho consiste en “conocimiento sistemático”. Se asume que el derecho histórico todo es enervado por una unidad. La tarea científica consiste en descubrir esa unidad; inteligirla, para así poder entender de mejor manera al Derecho todo, y construir nuevo derecho cuando fuera necesario. Esta construcción de conceptos prácticos, desde la unidad del sistema, ha sido llamada “jurisprudencia de conceptos” (*Bigriefjurisprudenz*). Se trata de un método académico de producción de nuevo Derecho a partir del Derecho existente, que ha tenido como fruto conceptos tales como “la persona jurídica” y “la culpa in contrahendo”. “Las bases para la “doctrina de los autores” quedaban así (re)establecidas,” dice Garrido “y no por la autoridad de sus plumas, sino por la “razón” misma del derecho.”

II.2. El Sistema de Derecho Privado

La tercera y última parte del libro que comentamos se intitula “Sistema de Derecho” y está dividida en dos capítulos. El primero, lleva el título de “La idea de sistema en la ciencia pandectística: una aproximación”, y trata de introducir la noción de sistema como unidad, a través de una exposición histórica que transita por Kant, Hugo y Savigny. El segundo capítulo de esta parte trata sobre el “Sistema en la doctrina del Derecho de Puchta”. Aquí se expone el sistema de derecho elaborado por Puchta.

Puchta reconoce que hay sistemas de Derecho —como el de los romanos— que no mostraban una necesidad de abarcar la totalidad del material. Para Puchta, los sistemas modernos debían exhibir esta “conciencia de unidad” o “integridad formal”. En esta búsqueda Puchta va elaborar un “sistema de derechos subjetivos” (273). Puchta presenta una definición de derecho subjetivo: “Todo derecho es la relación de la voluntad con un objeto, y la relación consiste en el señorío sobre ese objeto” (273). Se trata de una “Libertad que no es abstracta o formal, pues se concreta en su relación con el mundo exterior, en una relación de señorío con un objeto” (274). Es en el objeto del derecho subjetivo en donde Puchta encuentra el lugar de diferenciación de los derechos subjetivos. Desde este posicionamiento, Puchta establece una división de cinco objetos: cosas, acciones, personas en sus relaciones de familia, personas en la sucesión, y el derecho de la per-

sonalidad (276-7). Esta clasificación, concluye Garrido, es la que permite a Puchta “obtener el buscado ‘cierre’ para su sistema.”

El libro de Garrido termina con una conclusión (321-333), en la que se resumen los puntos elaborados en cada capítulo. La bibliografía (de 58 páginas: 335-393) consigna links de acceso a los textos de Puchta y numerosas fuentes secundarias.

II.3. El Puchta de Garrido

A mi juicio, la tesis central de Garrido aparece anunciada en la primera y segunda página de su capítulo VI “Sistema en la Doctrina de Puchta” (págs. 261 y 262), y desarrollada con claridad en el punto 2 del Capítulo IV “Derecho científico en Puchta” (págs. 166-198). El argumento sería este:

Existe un “relato de la historiografía tradicional” (262), elaborado por intérpretes de la talla de Larenz, Wiacker y Walter Wilhelm, en donde Puchta aparece como un jurista para quien la historicidad del derecho carece de importancia. Puchta entendió al derecho como un sistema de reglas deducidas de un principio cúspide, al mejor estilo logicista. Si Savigny —con su marcado historicismo— había logrado proponer una alternativa sugestiva al racionalismo iusnaturalista, Puchta es “el jurista de la escuela que reconduce la ciencia del derecho privado hacia el *methodus* del racionalismo ilustrado” (262). Así, el Jhering de los *Scherz in Jurisprudenz* está pensando en Puchta cuando habla de los juristas que trabajan en el cielo de los conceptos. Es por Puchta, en otras palabras, que asociamos a la Escuela Histórica con el desprestigiado “formalismo”.

Garrido entiende que esta es una lectura sesgada de Puchta. Los hechos, en la teoría de Puchta, desempeñan un papel fundamental. Esto aparece con claridad en su caracterización de la costumbre como la fuente más importante del Derecho. Lo mismo se observa en su entendimiento de la ley como un mecanismo de consolidación del derecho consuetudinario.

Garrido sugiere que el equívoco de la tesis que desmiente pueda ser influencia de lo que Puchta entendió por Derecho científico. En otras palabras, es cierto que para Puchta era fundamental que las reglas y conceptos del Derecho sean reconducidos a un principio cúspide. Pero esto no convierte a Puchta en un jurista *more geométrico*. El derecho científico no son proposiciones lógicas, deducidas por el jurista, de un principio a priori, elegido a discreción. El derecho científico es *un productum* elaborado *a base de costumbre* (o ley). Como elaboración, se trata de un producto técnico, (si se quiere) conceptual; pero como derecho consuetudinario, se trata de

un hecho, de historia, realidad social. Sucede que el Derecho consuetudinario, emanado inmediatamente del espíritu del pueblo, aparece confundido con nociones de otra índole (morales, estéticas, económicas, etc.), falta de definición, y a veces carente de terminología. La labor del jurista consiste exactamente en transformar ese material (crudo) en categorías jurídicas (refinadas).

Lo dicho no pretende negar que para Puchta exista un principio ordenador del Derecho todo. En Puchta, ese principio, enseña Garrido, es la libertad. Pero la libertad como principio del derecho no es un postulado puesto por Puchta desde su razón. Para Puchta, la libertad como principio es puesto en evidencia por el mismo Derecho emanado del espíritu del pueblo. En este sentido, la misma costumbre, que el jurista elabora como elemento técnico, ya viene ordenada por el principio de la libertad.

III. PUCHTA Y LOS ESTUDIOS EN EUROPA, NORTEAMÉRICA Y ARGENTINA

Estando al libro de Garrido, podemos inferir tres preocupaciones centrales de la teoría de Puchta. Primero, Puchta era un jurista de la escuela histórica, en el sentido de que consideraba que en la historicidad del derecho radica su fuente (costumbre). Segundo, Puchta estaba preocupado por el ideal más abstracto del derecho, porque es ese concepto el que aglutina a todo el derecho y le da justificación y coherencia. Y tercero, Puchta enfatizaba la importancia de la tarea del jurista, porque para Puchta es el jurista quien, con su trabajo de conceptualización y clasificación, se encarga de establecer la racionalidad del derecho en la historia.

En esta parte contemporizaré al Puchta de Garrido. Lo haré a través de una confrontación con tres tipos de trabajos académicos actuales. Veremos que cada uno de estos tres tipos de trabajos comparte con Puchta una de sus tres preocupaciones. Mi observación será que, curiosamente, las tesis de Puchta que estos trabajos pierden de vista son las proposiciones que iluminan los problemas con los que se encuentran.

Comencemos con el trabajo de Reinhard Zimmermann.

III.1. Tradición sin unidad

Si existe un jurista que en los tiempos modernos haya tratado de dar continuidad a la Escuela Histórica de Savigny, ese es Reinhardt Zimmer-

mann, director del Max Plank Institute para el Estudio del Derecho Privado Comparado. En su conocido trabajo, “Savigny’s Legacy: Legal History, Comparative Law, and The Emergence of a European Legal Science”², Zimmermann argumenta que los energéticos intentos de unificar el Derecho Privado de los distintos Estados de la Unión Europea no deben ser llevados a cabo de una manera abrupta, desde legislaciones emanadas de una autoridad central, al modo “codificación”. Zimmermann argumenta que, previo a organizar sus esfuerzos para codificar el Derecho Privado Europeo, los juristas europeos deberían desarrollar una “ciencia jurídica”, “común a toda Europa”³.

Para Zimmermann, la ciencia jurídica europea es primordialmente histórica. La misión del jurista debe primordialmente consistir en narrar el desarrollo evolutivo de conceptos capitales de derecho (tales como el de la obligación), desde sus orígenes (siempre en el Derecho Romano), hasta el surgimiento de los estados naciones europeos (siglos XVIII y XIX), que es cuando el derecho romano común del medioevo se ramificó en distintas familias de derecho civil (con los tres importantes casos del derecho civil francés, alemán e inglés).

Pero para Zimmermann la historia del derecho no tiene fines puramente informativos. El conocimiento histórico tiene la función de posibilitar ejercicios de derecho comparado⁴. El pensamiento es la siguiente. Si podemos demostrar que los derechos privados europeos —el francés, alemán, inglés, etc.— son vertientes de un mismo cause, podemos, al mismo tiempo, argumentar que son esencialmente parecidos. Esto habilitaría una comparación significativa. Por ejemplo, si sabemos que el concepto de obligación contractual es un invento Romano y que llegó a nosotros a través de una larga pero ininterrumpida tradición intelectual —el redescubrimiento del Digesto de Justiniano por Irnerio en el siglo XI, Bartolo de Sassoferrato, los humanistas, la escuela de Salamanca, Hugo Grocio y Samuel Puffendorf— sabemos que cuando comparamos a la obligación contractual francesa (desarrollada por Domat y Pothier) con la alemana (Savigny, Puchta y Windscheid), estamos efectuando comparaciones significativas (porque

² R. ZIMMERMANN, “Savigny’s legacy: legal history, comparative law, and the emergence of a European legal science”, *Law Quarterly Review*, 112, (Oct. 1996).

³ *Ibidem*, pág. 583.

⁴ Zimmermann expone esto como “the historical and comparative approach.” Ver *ídem* págs. 576-605. También en R. ZIMMERMANN, *Roman Law, Contemporary Law, European Law: The Civilian Tradition Today*, Oxford, Oxford University Press, 2001.

tanto Domat como Savigny desarrollaron sus obligaciones desde nociones llegadas a ellos como legado de la misma tradición). La tarea consistiría en especificar —desde el conocimiento de lo que esencialmente es idéntico entre los franceses y alemanes— qué hay de diferente. El punto de contacto —que según Zimmermann, es esencial— da lugar a puntos en conflicto. Y así, cuando identifiquemos los puntos en los que los distintos derechos privados dan distintas respuestas a los mismos problemas⁵, tenemos el “camino allanado hacia la evaluación crítica y la elección racional...”⁶

Esta es a grandes rasgos la propuesta. Debemos demostrar que los distintos derechos europeos tienen un pasado común. Conocer el punto en el que las ramas de ese tronco común nacieron, nos ofrece una fotografía con la que podemos conocer, de manera clara, los rasgos comunes y los puntos de diferencia. Una vez identificadas las diferencias, se abre camino a la “evaluación crítica”. Esta nos permitirá identificar lo bueno y lo malo de cada modelo de regulación nacional, lo que dará lugar a “la elección racional”. “Elección racional”, entiendo, implicaría elegir una de las opciones regulativas, o una manera de armonizarlas.

Aquí viene mi argumento. El Puchta de garrido ilumina dos problemas en el método histórico de Zimmermann. Primero, la practica de reducir especies a un genero común, no tiene por qué ser histórica. Es una practica eminentemente analítica. En otras palabras, no es necesario estudiar historia del derecho antiguo y medieval para argumentar que los derechos decimonónicos responden a un patrón de pensamiento común. Para demostrar esta proposición, basta con tener a disposición el Code Civil, el BGB y las grandes decisiones del modern common law. Lo crítico en esta operativa intelectual es lograr dilucidar los elementos comunes de esos derechos. Esa no es una practica histórica. Es una practica lógica, inductiva, si se quiere⁷. Ese elemento común de una legislación es el concepto cúspide de Puchta. Puchta nos demuestra que Zimmermann no necesita historia

⁵ Y cita ejemplos tales como “¿Cuándo es un error lo suficientemente grave como para afectar la validez del contrato? [...] ¿De qué manera la negligencia concurrente por parte del perjudicado influye en su reclamación de daños y perjuicios? [...] ¿Cómo trata la ley la restitución del enriquecimiento injustificado?” Ibidem, pág. 602.

⁶ Ibidem pág. 603.

⁷ Este es el punto planteado por G. DEL VECCHIO en *La ciencia del derecho universal comparado*, (Mariano Castaño traductor) Madrid, Reus, 1911. Aunque para Del Vecchio, entiendo, no se trata propiamente de inducir, sino más bien de hipostatar un ideal y exponer, desde la materia, que se trata del ideal de la materia. Ver G. DEL VECCHIO, *The Formal Basis of Law*, John Lisle translation, New York, MacMillan, 1921, n. 55, pág. 76.

para identificar el elemento común de los derechos europeos. Zimmermann necesita una teoría del derecho.

Mi segunda observación esta relacionada a la primera. Zimmermann nos dice que una vez identificadas las diferencias entre los distintos derechos privados, se abre paso a una “evaluación crítica” y a una “elección racional”. En otras palabras, si el estudio comparativo nos informa que existen (por ejemplo) dos modelos alternativos de legislar sobre la formación del contrato —el modelo alemán, según el cual no es necesaria la causa, y el modelo francés, para el cual es necesaria la causa— corresponde evaluar críticamente y elegir de acuerdo a razón. Pero ¿Qué entiende Zimmerman por “elección racional”? Para una “evaluación crítica”, o “elección racional”, hace falta un entendimiento de razón, o parámetro de justicia; la definición de justicia que nos permite evaluar cuál modelo elegir. Zimmerman no precisa lo que entiende por “evaluación crítica” y “elección racional”. Sin embargo, en este contexto, no pueden ser sino sinónimos de algún ideal de justicia. Quizás Zimmermann no está usando estos términos con la intención de darles un valor importante en su teoría.⁸ Con todo, no deja de ser cierto que para elegir un modelo de entre varios —que es, para Zimmermann, la finalidad de la comparación— es fundamental adoptar un criterio de elección. Ese criterio es muchas veces llamado justicia. Sin ese criterio, no es

⁸ En un interesante trabajo, “Derecho Romano y Cultura Europea”, (translated by Salgado Ramírez), en Revista de Derecho Privado, No 18, (2010), págs. 5-34, R. ZIMMERMAN, parece exponer una visión del derecho que podría arrojar respuestas a mi perplejidad. Aquí Zimmermann dice que el Derecho romano logró su extendida vigencia durante 20 siglos exactamente porque ofrece respuestas diversas para los mismos problemas. En otras palabras, una teoría del derecho contractual basada en el solo consenso (digamos, *pro pacta sunt servanda*) puede remitirse algún texto del derecho romano tanto como una teoría del derecho de los contratos que entiende que debe haber igualdad económica en el cambio. La extrema evidencia se manifiesta en el hecho de que en el mismo Digesto se compilan sentencias de juristas con respuestas diversas sobre una misma cuestión. No es el Digesto un cuerpo de doctrinas coherentes. Para Zimmerman, esta diversidad hizo posible que jueces de distintas épocas encontraran respuestas sugerentes en su entorno axiológico. En este sentido, se podría decir que Zimmermann no es alguien que busque identificar un criterio de lo justo, que sirva como base para determinar cual derecho sea más justo, eficiente, promotor de la virtud, acorde a la tradición, o lo que fuere. Quizás para Zimmermann el derecho es un mosaico que aglutina a todos esos valores de manera inordinada.

Lo cierto es, sin embargo, que en Savigny's legacy, Zimmermann otorga un rol determinante a las ideas de unidad de sistema y preponderancia del todo por sobre las partes. Nos dice, “*European legal science, in turn, is based on the belief that the legal material does not constitute an indigestible and arbitrary mass of individual rules and cases, but can be reduced to a rational and organised system.*” La ciencia del derecho “*aims at presenting law as a logically consistent whole and it attempts to demonstrate how individual rules and decisions of individual cases can be derived from general propositions, and how they can be understood and related to each other. A determined effort is made to rationalise the application of the law.*”

posible elaborar una doctrina de derecho justificada. Y aquí Puchta vuelve a iluminar. En Puchta, el criterio de justicia, es el mismo patrón común de lo que cabe llamar derecho. Parece un juego de palabras, pero no lo es. Aquello que nos permite elegir una propuesta regulativa entre varias, es aquello que legitima a las propuestas ya legitimadas del derecho. En Puchta ese concepto es la idea del derecho subjetivo, reducible a su entendimiento (¿libertario?) de la libertad.

III.2. Formalismo sin historia

En los Estados Unidos, desde los años 70, los autores asociados al Análisis Económico del Derecho lograron establecer la creencia generalizada de que el Derecho Privado —las reglas, conceptos y principios que regulan a la propiedad, los daños y contratos— debe ser entendido como un conjunto de decisiones que buscan realizar alguna concepción de la eficiencia. Ante el éxito descomunal de estas teorías, surgieron contra-propuestas que, con aspiraciones igualmente coherentistas, argumentaron que la explicación total del derecho privado radica en alguna otra filosofía sistemática. Se trataba, en efecto, de encontrar la interpretación unitaria más adecuada para la totalidad del derecho privado. Resaltan entre estos trabajos los intentos de James Gordley, Hanoch Dagan y Ernest Weinrib. En esta sección confrontaré el pensamiento de este último con el de Puchta.

Weinrib⁹ argumenta que para entender al Derecho Privado hay que pensar sus reglas configurativas (como los artículos de un Código Civil) e instituciones (como el Proceso Civil) desde la perspectiva de dos ideas presupuestas: la idea aristotélica de la justicia correctiva, y la idea kantiana del derecho subjetivo. La idea aristotélica de la justicia correctiva establece que la víctima de un daño tiene derecho a una acción de resarcimiento frente al victimario y, de manera correlativa, que el victimario tiene un deber de compensar a la víctima en la medida del daño que le ocasionó. Esta idea de la justicia correctiva nos ayuda a desarrollar un mejor entendimiento del derecho privado en el sentido de que, si nos ponemos a pensar acerca de los aspectos más salientes de éste (el demandante que reclama, la demandada que se defiende, el concepto del daño ilícito de la responsabilidad por culpa y la finalidad compensatoria de la obligación *ex delicto*), nos damos

⁹ La teoría de este autor puede encontrarse en dos libros: *The idea of Private Law*, Cambridge Mass, Harvard University Press, 1995 y *Corrective Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

cuenta rápido de que el derecho privado esta reproduciendo el movimiento de la justicia correctiva. La justicia correctiva explica, con pocos términos, lo que ocurre en la multiplicidad de las normas que regulan cada relación de derecho privado.

En cuanto a la idea Kantiana del derecho subjetivo, Weinrib muestra que Kant fundamenta (con pasos argumentativos que se postulan como necesarios y concatenados) la teoría según la cual, de la intuición que las personas tienen de su capacidad de elegir (la conducta que se auto-ponen como proyecto en la mente) surge la certeza de que las personas pueden adquirir cosas (externas, que necesitan para realizar su voluntad). Estas cosas externas, para Kant, están ramificadas, e incluyen las cosas físicas (como los muebles e inmuebles) y las prestaciones contractuales. En consecuencia, las personas tienen un derecho subjetivo sobre su propio cuerpo; derechos subjetivos sobre las res nullius que adquirieron por medio de alguno de los modos de adquirir originariamente el derecho real de dominio; y derechos subjetivos sobre las prestaciones contractuales que les fueron ofrecidas y ellos aceptaron. Tener un derecho subjetivo sobre estas cosas implica que uno pueda hacer lo que uno quiera con ellas, sin que alguien pueda oponerse, siempre y cuando la acción de uno no afecte derechos de terceros.

Weinrib concluye que estas dos ideas —la justicia correctiva y la idea Kantiana del derecho subjetivo— están internamente vinculadas o, lo que es lo mismo, que la una no puede tener sentido sin la otra. Y es que si una víctima reclama al victimario una compensación, esa víctima está reclamando una compensación de algo respecto de lo cual sólo ella podía disponer. Sólo ella tenía derecho a hacer lo que quiera con su cuerpo, cosas y prestaciones contractuales. Y es así que, cuando una víctima reclama al victimario una compensación, ésta víctima está reclamando a) la compensación por daño a algún objeto suyo, b) la reivindicación de un derecho real o c) el cumplimiento de una prestación contractual antes adquirida.

Weinrib advierte que su teoría postula a la idea aristotélica de la justicia correctiva y a la doctrina kantiana del derecho subjetivo no porque crea que estas sean filosofías metafísicamente convincentes, sino porque considera que ensambladas, conforman la teoría que mejor explica a las instituciones de derecho privado vigente. Su tesis es poderosa. Quizá se deba a que esta exposición Kantiana de los derechos subjetivos y sus modos de adquirirlos es más o menos la misma que se lee en los Códigos Civiles del siglo XIX. En otras palabras, la teoría de Kant es una buena teoría del Derecho porque

es más o menos la misma teoría del Derecho que los Estados europeos (y americanos) reconocieron como leyes fundamentales.

En suma, no sería exagerado decir que el trabajo de Ernest Weinrib es la mejor versión contemporánea de la tradición en la que Puchta y su maestro Savigny se encuadran. Encuentro al menos cuatro importantes coincidencias entre estas teorías. Primero, Savigny, Puchta y Weinrib están explícitamente inspirados por Kant. Segundo, todos estos juristas se reputan herederos de la tradición del Derecho romano. Tercero, en los trabajos de estos juristas se nota un vigoroso empeño en definir, clasificar, comparar y caracterizar nociones jurídicas. Por último, y no menos importante, todos estos juristas están de acuerdo en que el derecho proviene de la vida diaria de las personas en sus distintos modos de interactuar. Para Savigny y Puchta, esto es el “espíritu del pueblo”, para Weinrib, es lo que se refleja en las varias decisiones del Common Law.

Con todo, Savigny y Puchta parecieron tener presente, mejor que Weinrib, que el derecho privado debe estar adecuado a los hechos de su tiempo. Savigny lo enfatiza en su argumento en contra de la codificación¹⁰. El Puchta de Garrido lo dice al postular a la costumbre como la más importante fuente del derecho. Hablando de “la escuela”, Garrido lo dice de la siguiente manera:

La ciencia del derecho, enseña esta doctrina, es de una parte “un todo sistemático, porque solo entonces se reconoce y se manifiesta la unidad interna en que mora el derecho”; y de otra “Historia, porque el derecho mismo existe en constante movimiento y desarrollo, y en consecuencia solo se puede conocer en ese estado”. Iurisscientia orientada a un tiempo en dos direcciones, pues: historia y filosofía (lógica). Una doble dimensión del derecho, que el jurista debe aprender a ver también con un “doble sentido”... (248)

Weinrib reconoce que el derecho tiene un “aspecto material”, que refiere a las relaciones que se dan en la historia de la vida social. Y reconoce también que la unidad del sistema (el “aspecto formal” del derecho) tiene que ver más con las ideas regulativas (justicia correctiva y derecho subjetivo) que con los conceptos operativos (como los tipos contractuales), que están sujetos a cambio¹¹. Sin embargo, Weinrib no dedica una parte considerable de su teoría a explicar cómo hace el derecho privado para sistematizar los cambios. Y lo que es más, Weinrib teoriza un derecho privado pasado. En

¹⁰ F. SAVIGNY, *Vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho*, Buenos Aires, Heliasta, 1977.

¹¹ Ver discusión en E. J. WEINRIB, *The idea of Private Law*, Oxford, Oxford University Press, 8.4 y 8.5 esp págs. 227-28.

otras palabras, el derecho privado que Weinrib describe, analiza y fundamenta, es un derecho privado que se limita al contrato paritario, a los daños por culpa, y a la propiedad dominial clásica; básicamente el mismo derecho privado con el que trabajaron Puchta y Savigny.¹²

Queda en suma la siguiente incógnita: ¿Puede el derecho privado clásico (el de Savigny, Puchta y Weinrib) incorporar conceptos jurídicos que contemplen los cambios suscitados en el orden regulativo (como las regulaciones relativas al derecho del consumidor) pero que, al mismo tiempo, obedezcan a los ideales regulativos clásicos (justicia conmutativa y derecho subjetivo)? ¿Cómo debe operar un jurista clásico ante la necesidad del cambio? ¿O es que es imposible asimilar regulaciones producidas desde ideales que surgieron como crítica al derecho clásico (como el derecho laboral)? ¿Acaso los cambios suscitados en la historia (con la aparición del derecho comercial, del derecho del trabajo, del consumidor, del derecho antidiscriminatorio) nos muestran la pérdida de vigencia de los ideales del derecho privado —la justicia conmutativa y el derecho subjetivo?

III.3. Juristas sin derecho

En Argentina, la parte más vernácula, y teórica, de las investigaciones en derecho privado, está caracterizada por una notable preocupación por la historia y los principios. Historia, en el específico sentido de que los estudios que tomo como referencia son particularmente conscientes de los cambios acaecidos en el derecho civil durante el siglo XX: el derecho del trabajo, el derecho del consumidor, la cuestión medio ambiental, el individualismo en la familia, los derechos de las mujeres, las políticas de género, las técnicas de reproducción humana asistida, el vulnerable, son las temáticas de mayor énfasis. En cuanto a los principios, estos autores les han dado una función principal en la práctica judicial. Eso sí, no se trata de los principios clásicos del derecho civil (sea la libre voluntad y la justicia correctiva, o el orden pu-

¹² Su crítica más temprana apuntó a ese aspecto. Ver P. CANE, *Oxford Journal of Legal Studies*, Volume 16, Issue 3, Autumn, 1996, pags. 471-488. Ver también, desde mi punto de vista, la crítica más sofisticada en S. STEEL, "Private law and Justice", *Oxford Journal of Legal Studies*, Volume 33, Issue 3, Autumn 2013, Pages 607-628. Apuntando no solo a Weinrib, sino al trabajo de autores asociados como Arthur Ripstein y Peter Benson, se dijo:

There is no sense of movement, of development, in these writings-legal change is barely acknowledged [...] The whole panorama of legal development is before their eyes, but they do not see it.

S. HEDLEY, 'Corrective Justice' in M del Mar & M Lobban, eds, *Law in Theory and History: New Essays on a Neglected Dialogue*, Oxford, Hart, 2016, pág. 311.

blico y la buena fe), ni de los principios filosóficos a los que autores de otras jurisdicciones recurrieron recientemente para explicar al derecho privado contemporáneo (como la eficiencia). Se trata de los principios del constitucionalismo social del siglo XX (por ejemplo, el 14 bis de la Constitución Nacional) y del liberalismo progresista del Derecho de los derechos humanos (como la no discriminación). Puesto de manera sucinta, los trabajos de autores como Ricardo Lorenzetti y Gonzalo Soso intentan teorizar lo que se conoce como “la constitucionalización del derecho privado”¹³.

En apretada síntesis, estos autores conciben al derecho privado como un conjunto de reglas y principios. Las reglas de derecho son proposiciones que describen hechos y prescriben consecuencias, como si se dijera “la persona que toma posesión de una cosa sin dueño” (situación de hecho) “adquiere dominio sobre la cosa” (prescripción). Los principios de derecho, a diferencia de las reglas, no precisan qué debe suceder luego de un hecho, sino que postulan ideales regulativos. Se piense por ejemplo en la buena fe, o en la justicia correctiva. Estos autores reconocen que la idea de que hay reglas y principios de derecho privado no es novedosa. Lo novedoso, sin embargo, radica en cómo entender estos términos. Desde mi apreciación, hay cuatro puntos críticos.

El primero toca a los principios. En la concepción clásica del derecho privado (se piense en el Derecho privado de Puchta y Weinrib) todo el derecho puede ser reconducido a un principio, o juego de principios complementarios (se piense en las ideas de justicia conmutativa y derecho subjetivo). Para autores como Lorenzetti y Soso, en el derecho privado contemporáneo no se vislumbra tal coherencia. Puede que el contrato paritario obedezca a

¹³ Respecto a Lorenzetti, podemos decir que expresa la orientación expuesta en el texto en un documento de importancia superior a la de cualquier escrito doctrinario; las fundamentaciones que escribió con el grupo de trabajo con el que diseñaron el proyecto de Código Civil y Comercial que terminó siendo ley en Argentina. Ver R. L. LORENZETTI, E. HIGHTON DE NOLASCO y A. KEMEL-MAJER DE CARLUCCI, *Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, 2015. Disponible en <https://www.alveroni.com/wp-content/uploads/2018/12/9.-Fundamentos-del-Anteproyecto-de-C%C3%B3digo-Civil-y-y-Comercial-de-la-Naci%C3%B3n.pdf>. Sobre Soso, ver G. SOSSO, (2018) “Título Preliminar Artículos 1 al 18”. En R. L. LORENZETTI (Ed.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado* (t 12 a), Rubinzal. Otros dos autores enrolados en esta línea de pensamiento son, A. A. GRAJALES, “El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y el juez como ‘la boca de los principios’. De la subsunción a la ponderación”, 2015. TR LA LEY, AR/DOC/4937/2015, págs. 1-14 y L. GUZMÁN, (2015), “La sentencia razonablemente fundada en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, 2015, TR LA LEY, AR/DOC/1456/2015, págs. 1-9; N. GUZMÁN, *Discrecionalidad y Justificación. Entre el juez intérprete y el juez creador en el Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, Astrea, 2019.

las ideas clásicas del derecho subjetivo y la justicia correctiva. Pero estos principios no explican el funcionamiento de otros contratos, como el contrato de consumo. Otro es el principio, o “racionalidad”, de este “subsistema”. El principio que explica al Derecho del consumidor es el favor debilis, o idea de que hay que favorecer a la parte con menor poder de negociar en la relación. Para autores como Lorenzetti y Sosso, hay tantos principios como subsistemas (el derecho comercial obedece a la eficiencia; el de seguros a la socialización del riesgo; el derecho del ambiente al desarrollo sustentable; etc.). Y, lo que es más, se encuentran muchos casos en los que se producen superposiciones entre microsistemas (se piense en un contrato entre un consumidor y una empresa aseguradora)¹⁴. Entonces surge la pregunta acerca de qué derecho tiene competencia para regular la situación (¿regula el Derecho del consumo o el Derecho de seguros?). Para autores como Lorenzetti y Sosso, los principios del derecho privado de la actualidad no son complementarios sino que están en una relación de “colisión”. Los varios principios del derecho privado compiten los unos con los otros por extender sus efectos sobre cada situación en la que tengan pertinencia.

El segundo punto tiene que ver con lo que se entiende por reglas de derecho. Para estos autores, las reglas de derecho no establecen respuestas definitivas para sus casos. En otras palabras, sería lícito, de acuerdo a esta teoría de las reglas de derecho, que un juzgador no aplique la consecuencia de una regla a un caso cuya relación con la consecuencia aparezca de manera nítida en la regla¹⁵. Esta premisa es una consecuencia del punto anterior. Verbigracia, como los casos de derecho privado contemporáneo pueden ser entendidos desde distintos puntos de vista (un caso puede ser comprendido como caso del Derecho del consumidor, o como caso del Derecho de seguros), es lícito pensar que cuando el derecho positivo ofrece una sola respuesta para el caso (supongamos que el caso cae dentro de una norma de Derecho de seguros), el Derecho sea insuficiente. El juez pudo haber detectado algo del caso que le indica que el caso sería mejor resuelto desde el punto de vista de otro sub-sistema (el Derecho del consumidor). En estos casos, nada, en principio, le impide al juzgador descartar la regla (de derecho de seguros), y elaborar una respuesta ad hoc (de derecho del consumo); de esta manera, se dice, está “optimizando” al Derecho positi-

¹⁴ La discusión de un caso en J. HABIB y B. OVEJERO SILVA, “Sittner y el llamado «diálogo de fuentes»”, *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, 212 (21).

¹⁵ Y no es necesario que la solución de la regla sea excesivamente injusta, para utilizar la famosa expresión de Radbruch.

vo. El pensamiento subyacente es el siguiente. Como el legislador no tuvo la información que necesitaba para decidir sobre este caso particular, el juez —con mejor conocimiento del caso— conjuga los principios jurídicos pertinentes para concluir que el caso es mejor resuelto desde el otro subsistema. Las normas, en palabras de esta teoría, son “derrotables”.

Otro punto, relacionado a lo ya dicho, es que los principios no tienen una función subsidiaria, como en el sistema clásico. En el derecho privado clásico, los principios tienen la función de servir al interprete cuando toca decidir casos para los que no hay una clara regla aplicable. Típicamente esto ocurre cuando hay dos reglas igualmente aplicables (“antinomia”), cuando la regla del caso es excesivamente injusta (“inconstitucionalidad manifiesta”) o cuando la obvia respuesta jurídica no está escrita en regla alguna (lo que se llama “vacío legal”). Para autores como Lorenzetti y Sosso, el rol de los principios en el nuevo derecho privado no debe ser subsidiario, sino principal¹⁶. Puede ocurrir que el caso tenga una sola regla aplicable, y que su aplicación no resulte en “constitución manifiesta”. Sin embargo, esto no es óbice para el juez opte por descartar esa regla y juzgar desde principios. Si el juez considera que la regla no soluciona el caso de la mejor manera posible, el juez puede mejorar la calidad del derecho, a través de su razonada aplicación de principios.

Por último, algo que toca a la función judicial. Si bien el juez del derecho privado clásico no es un burócrata que aplica la ley de manera mecánica (como burlescamente se suele decir)¹⁷, siempre estuvo limitado por una consciencia del requerimiento, más o menos estricto, de limitarse a resolver con el vocabulario prefijado en su derecho positivo (las categorías y reglas enumeradas en el código). Para este juez, el hecho de que el derecho resolviera de manera unívoca el caso es una razón de difícil contrapeso. En la teoría de los autores como Lorenzetti, no debe haber tal fuerza de apego a la ley. El juez tiene una licencia creativa que no tenía en el sistema de derecho privado clásico. En el ideal de que las reglas prescriben “modelos” que pueden ser “optimizados” por principios “que compiten entre sí”, existe un espacio

¹⁶ Como dice A. A. GRAJALES, ob. cit., pág. 1 “Lo que antes era subsunción hoy es, además y principalmente, ponderación; lo que antes era subsidiario, hoy es lo primordial”. De allí que, “Ya no es lo sustancial lo que quiso decir el legislador en la norma, sino saber cuál es la interpretación más acorde a los tratados de derechos humanos, a los principios y a los valores que rodean al juez y a la comunidad” (Idem, pág. 4).

¹⁷ Ver mi discusión en J. HABIB, “El razonamiento del derecho privado”, *Revista La Ley*, 12 de abril de 2023.

considerablemente mayor para el desarrollo del derecho judicial. Se trata de lo que estos autores llamarían “activismo judicial”.

Curiosamente, es en este último punto donde la doctrina argentina se relaciona con la del Puchta de Garrido. Tanto para Puchta, como para los autores argentinos, el jurista es creador —y por lo tanto— productor de cambio en el derecho.

Cuando nos habla de la función del juez, Puchta enseña que el juez parte de “reconocer” dos datos que debe “combinar”: el derecho, y los hechos. Puede suceder, sin embargo, que por diversas razones no corresponda aplicar la ley a secas. “El juez es pues competente para cambiar la ley cuando esta es contraria al sistema jurídico: a sus principios.” (147) El juez estaría reconociendo el derecho (no en la ley sino) en los principios, y los combinaría directamente con los hechos. Se da entonces una “creación de derecho en la aplicación del mismo.” (145) En Puchta, dice Garrido, el juez es fuente de derecho científico. Y concluye, “Las soluciones que ofrece Puchta están como vemos lejos del positivismo formalista o conceptual en que es tradicionalmente encuadrado” (149).

Vemos, entonces, que Puchta, como los argentinos, otorgan al juez la función de crear derecho; no solo “aplicarlo”. Pero hay una similitud aún más profunda. Cuando los argentinos describen el método de decidir de acuerdo a principios establecen que el juez debe lograr un balance que haga eco del sentimiento popular. Mas específicamente, todo principio con vocación de solucionar un caso tiene un principio opuesto, que reclama decidir el caso de manera totalmente diferente. El juez debe encontrar un “balance” entre estos dos principios. Pero como el balance puede ser logrado dotando mayor preeminencia a un principio u otro, el juez debe argumentar que el balance que encontró es el balance justo. En esta argumentación, dicen los juristas argentinos, el juez razona como si razonara la ciudadanía. En otras palabras, el juez debe llevar acabo una suerte de razón pública¹⁸. No es difícil advertir la relación con el Volkgeist Savigniano. Recuérdese lo ya descrito. La costumbre, o fuente jurídica primera, es el producto inmedia-

¹⁸ A. A. GRAJALES, ob. cit, pág. 9, dice “La razonabilidad de una decisión consiste en la posibilidad de aceptación racional por parte del auditorio al cual va dirigida”. En igual sentido Guzmán (2015, pág. 5): “El Juez constitucional es un identificador de los consensos básicos de la sociedad y no quien decide sobre la base de sus propias concepciones de la vida. En tal marco conceptual, vale mencionar, el esfuerzo de Josef Esser con referencia a la necesidad de que el juez tenga presentes las expectativas de la colectividad para que el resultado de la función hermenéutica, que posee una insoslayable dimensión práctica, goce de un amplio consenso social.” [cita omitida]

to “de la convicción del pueblo”; el resultado de un “sentimiento jurídico nacional”. El Volkgeist es lo propio y singular del momento histórico que sucede. El jurista tiene la fina tarea de desentrañar ese “sentido histórico”. El sentido histórico habita en la “convicción popular” y nos permite conocer “la peculiaridad de cada época y cada forma jurídica” (250-251). La similitud entre “identificar el espíritu del pueblo” y “argumentar como si lo hiciera la ciudadanía” es evidente.

Con todo, existe una notable diferencia. Los juristas de la escuela histórica son juristas técnicos. En su teoría sobre la génesis del derecho¹⁹, Savigny argumenta que, en un principio, el derecho vivía confundido con otras manifestaciones del Volkgeist, como la religión, la ética, etc. Los pueblos, sin embargo, fueron evolucionando. Un episodio relevante es la aparición de la necesidad de distinguir, lo que trajo como causa una paulatina separación del derecho de otros fenómenos normativos. Con la división del trabajo aparecieron los juristas, cuya labor consistió en crear un lenguaje técnico; fijando aún más el carácter autónomo del derecho. Los juristas romanos iniciaron una tradición intelectual que tendería a sofisticarse en el tiempo con precisiones, definiciones, clasificaciones y hasta sistematizaciones. Los juristas de la escuela histórica son herederos de esta tradición. En este sentido es que Garrido dice que Puchta entiende que el jurista que crea derecho no debe contentarse con sólo identificar que la demanda provenga de la voluntad del pueblo. Es necesario, además, “incardinar” la nueva norma en el sistema. Esto es, en efecto, lo que “dota al precepto de juridicidad” (196). Se trata, en suma, de los dos “requisitos” para el nuevo derecho: “el lazo con el Volkgeist, y el lazo con el sistema.” (179). En el método de producción jurídica de los autores argentinos esto se ausenta por completo. No hay requerimiento de incardinar la nueva jurisprudencia en el sistema; tecnificar la decisión. El juez hace derecho con solo exponer que la decisión tiene justificación en algún principio²⁰. Se trata, en suma, de derecho prudencial; no científico.

¹⁹ F. SAVIGNY, *Vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho*, Buenos Aires, Heliasta, 1977, Capítulo 1 “Origen del derecho positivo”, págs. 43-49.

²⁰ Sin embargo, ver mi discusión en J. HABIB, “El razonamiento del derecho privado”, ob. cit., donde comento una sentencia en la que un juez, luego de decidir un caso “novedoso” de acuerdo a principios constitucionales, se dispone a construir una nueva categoría jurídica, al mejor estilo derecho privado clásico.

IV. CONCLUSIÓN

Del libro de Garrido se infieren tres proposiciones sobre la teoría de Puchta. Primero, Puchta posiciona a la costumbre como fuente principal del derecho. En otras palabras, la teoría de Puchta está comprometida con el devenir histórico del derecho. Pero, segundo, la costumbre, o historia, para ser entendida como derecho, debe ser elaborada como concepto jurídico, de acuerdo al ideal unificante que se manifiesta en el derecho todo. Se trata del aspecto formal de las relaciones jurídicas. Por último, el encargado de transformar la costumbre en derecho es el jurista, a través de sus técnicas de conceptualización. De ahí que, para Puchta, la doctrina (de los profesores, o los jueces) es una fuente válida de derecho.

En la actualidad, no existe una teoría del derecho que esté comprometida con estas tres preocupaciones. Tomadas por separado, sin embargo, son las preocupaciones que definen a tres de las más importantes agendas de investigación de nuestro momento. Una es el trabajo del prof. Reinhard Zimmermann, historiador del derecho alemán, que se propone continuar la tradición iniciada por el maestro de Puchta-Savigny. El trabajo de Zimmermann es similar al de Puchta en cuanto a que toma en cuenta el devenir histórico del Derecho. Sin embargo, la comparación de Puchta con Zimmermann ilumina un punto débil de la teoría histórica de Zimmermann. La idea de unidad del derecho, presente en la teoría de Puchta, está ausente en la teoría de Zimmermann. Este problema no solo trae aparejada dificultades en la investigación histórica del derecho (ya que sin una definición de derecho —que es lo que se está buscando en los archivos— es difícil encontrarlo). Lo que es más, el problema de la falta de definición del derecho nos impide juzgar cuándo una doctrina debe ser considerada adecuada al derecho. Ese elemento que define al derecho es lo que Puchta —siguiendo a Savigny— llama el elemento formal del derecho.

La segunda comparación fue llevada a cabo con el trabajo del formalista más sofisticado de nuestros tiempos —Ernest Weinrib. Weinrib, como Puchta, está comprometido con la idea de que el derecho privado está unificado por un ideal regulador. Tal es así que Weinrib ha podido iluminar, con definiciones categóricas, los aspectos estructurales del derecho privado, que lo diferencian de otras disciplinas normativas, como el derecho público, la ética y la economía. Pero aquí también el Puchta de Garrido ilumina un aspecto que pone en crisis a la teoría de Weinrib. Éste es que la teoría de Weinrib no incluye elementos que permitan entender cómo el derecho privado clásico debería internalizar los cambios que suceden al nivel regu-

latorio. En otras palabras, Weinrib no ha elaborado explicaciones acerca de cómo el derecho privado —aglutinado por un mismo ideal regulador— debería mutar. Tal es así que si uno lee el derecho privado descrito por Weinrib, uno se encuentra con las mismas doctrinas teorizadas por Puchta (un derecho sin derecho comercial, sin derecho laboral, sin derecho del consumidor, etc.) Weinrib no toma consciencia de lo que Savigny y Puchta llamarían el “aspecto material” del derecho privado.

Aquí entran en perfecto encaje los estudios de derecho privado que se elaboran hoy en Argentina. Si hay algo innegablemente valioso en los trabajos de Ricardo Lorenzetti y Gonzalo Sosso es que han incorporado un método de toma de decisión que permite al jurista combinar el “aspecto material del derecho” (casos difíciles, no contemplados en el articulado de un código) con el “aspecto formal del derecho” (en la teoría de estos autores: los principios constitucionales). Se trata del “análisis de proporcionalidad”. Al mismo tiempo, tanto Puchta (con su *Juristenrecht*) como los argentinos (con el activismo judicial) comparten posición en que el jurista (por la razón que sea) está legitimado para crear derecho. Con todo, Puchta ilumina una de las problemáticas del aterrizaje del análisis de proporcionalidad en el derecho privado. La manera en que el análisis propone resolver la tensión entre realidad cambiante y derecho no es la manera en que el derecho privado ha generalmente resuelto estas tensiones. El análisis de proporcionalidad resuelve a manera prudencial; caso por caso. Por el contrario, el derecho privado científico elabora reglas de derecho: reglas que tienen vocación de regular un amplio espectro de casos, de acuerdo con la misma lógica del sistema en el que caen.

Sería interesante, por lo tanto, ver florecer una teoría sobre la metodología del derecho privado que desarrolle propuestas doctrinales desde las tres introspecciones hechas por Puchta. En cuanto al aspecto formal del derecho, esta teoría debería tener por asumido que existen ciertos rasgos característicos que definen al derecho privado como un específico tipo de orden normativo. Estos rasgos deberían reflejar una manera de ordenar relaciones humanas que por fuerza tiene que ser distinta a la manera de lo que se llame “ética”, “economía”, etc. Esa manera es el elemento “formal del derecho privado”, que tiene que ser capaz de explicar (con su misma lógica) el derecho decimonónico que sigue vigente (contratos paritarios, responsabilidad resarcitoria, etc.) y el nuevo derecho (derecho del consumidor, responsabilidad civil preventiva, etc.)

En este sentido, la metodología del derecho privado tiene que ser fiel a su tiempo. Esa es su segunda preocupación: actualizar al derecho privado clásico. Actualizar al derecho privado implica crear categorías y reglas de derecho que contemplen y regulen las exigencias, herramientas de intercambio, y prácticas sociales que en la actualidad reclaman tratamiento. Algunas de estas nuevas realidades ya son derecho (vgr, el derecho antidiscriminatorio). Nuestra metodología debería ser capaz de desarrollar propuestas de ordenación para estas regulaciones que reflejen la lógica del aspecto formal del derecho privado todo. Otras realidades son totalmente novedosas (la responsabilidad civil del influencer, los problemas que vendrán con la inteligencia artificial y su interface con el cerebro humano, etc.) El derecho privado debería ser capaz de proponer su propia postura acerca de cómo ordenar estos nuevos problemas.

La misión del jurista, entonces, es la de crear doctrina que regule las nuevas realidades desde la perspectiva del ideal formal que define al derecho privado. Ello requiere de un estudio que profundice en dos direcciones. Por un lado, indagar lo que hace al “aspecto material”. Esto, más que “historia”, a mi juicio, requiere una lectura atenta de sociología descriptiva: ¿cuáles son los problemas interpersonales de la sociedad de hoy? Sobre esto, una fuente informativa rica y actualizada es la jurisprudencia de los casos difíciles. Por otro lado, el jurista debe tener amplio conocimiento de su tradición. ¿Cómo regula el derecho privado? ¿Qué lo diferencia de otros ordenes normativos? Estas son preguntas que el jurista debe saber responder a los fines de ser capaz de producir nuevas categorías de derecho. Para ello es necesario estudiar derecho privado (nacional, comparado e internacional), porque allí es donde están las categorías y reglas que el jurista debe reproducir. Asimismo, es importante conocer las grandes teorías del derecho privado (interpretativas, normativas y descriptivas), porque ellas informan de los grandes valores, fines o formas. También es importante estudiar historia del derecho. No ya porque muestre que el derecho privado evoluciona; lo que es una obviedad. Sino porque allí están los casos de construcciones jurídicas. Es importante analizar los hitos donde los juristas crearon las categorías que mantuvieron vigente a nuestro constructo (culpa in contrahendo; responsabilidad objetiva; la personalidad jurídica; el derecho subjetivo; etc.).