

Miguel Angel Ciuro Caldani

***LECCIONES DE
FILOSOFIA DEL DERECHO PRIVADO
(HISTORIA)***



***FUNDACION PARA LAS
INVESTIGACIONES JURIDICAS
ROSARIO
2003***



Primera edición

Edición de la Fundación para las Investigaciones Jurídicas

San Lorenzo 1155 8°A" - 2000 Rosario - Argentina

C.U.I.T. 30-68913973-2

Hecho el depósito de ley

Derechos reservados

I.S.B.N. 950-652-018-6

*A Lucía y Miguel, mis padres,
ayer, hoy, siempre.*

*A la Maestría en Derecho Privado
de la Facultad de Derecho
de la Universidad Nacional de Rosario*

INDICE

A Ideas básicas

1. Una Historia Cultural de la Filosofía por preguntas	Pag. 7
2. La permanente relación entre Derecho Privado y Derecho Público	Pag. 9
3. La Filosofía y el Derecho Privado	Pag. 11

B. Desarrollo

I. La Edad Antigua

4. La contraposición entre Parménides y Heráclito, la eternidad y el cambio	Pag. 13
5. Demócrito, la accidentalidad y la materialidad	Pag. 14
6. La duda sofista	Pag. 14
7. La pregunta socrática	Pag. 14
8. El idealismo y el perfeccionismo platónicos	Pag. 15
9. El empirismo organicista aristotélico	Pag. 16
10. Los cínicos y los cirenaicos, la felicidad y la riqueza	Pag. 17
11. Los estoicos y la ley, la felicidad superior y la vida privada	Pag. 19
12. Roma, la propiedad privada y la libertad de contratación, la distinción entre Derecho Privado y Derecho Público; el papel del Derecho Privado en el resto de la cultura y la construcción casuística y la ley	Pag. 21
13. El cristianismo, la omnisciencia y la omnipotencia divinas y el amor	Pag. 25

II. La Edad Media

14. Los germanos, la individualidad en comunidad y el equilibrio de lo privado y lo público	Pag. 29
15. San Agustín, la fe y la ciudad divina; la atención al tiempo	Pag. 30
16. El mundo medieval y su despertar; San Francisco de Asís, el amor universal, la pobreza y la resistencia del cristianismo al capitalismo	Pag. 31
17. Santo Tomás de Aquino, la síntesis de razón y fe con el mundo nuevo y el justo precio	Pag. 33
18. Escoto y la voluntad para "poner" el Derecho	Pag. 36
19. Occam, Dios y la fe, el mundo y la experiencia	Pag. 37
20. La adaptación del Derecho a las nuevas necesidades privatistas	Pag. 37

III. La Edad Moderna

21. Maquiavelo y el Estado; el Derecho Privado y la política	Pag. 43
22. El comienzo de las grandes utopías	Pag. 44
23. El Descubrimiento y la Conquista de América, más allá del contrato	Pag. 44
24. La Reforma y la Contrarreforma; el calvinismo y el Derecho Privado	Pag. 45
25. Descartes y las bases del individualismo	Pag. 47
26. Grocio y el Derecho Privado "positivo"	Pag. 48

27. Hobbes, el monopolio del poder por el gobierno y el Derecho Privado "concedido" ..	Pag. 49
28. El pactismo liberal de Locke y la garantía de la propiedad	Pag. 51
29. Montesquieu y las relaciones necesarias que surgen de la naturaleza de las cosas	Pag. 53
30. Rousseau y el posible conflicto entre el contrato individual y el contrato social	Pag. 55
31. Las ideas económicas y el avance de la libertad.	Pag. 57

IV. La Edad Contemporánea

32. La codificación prusiana, expresión del despotismo ilustrado	Pag. 63
33. Malthus, la cuestión demográfica y el sometimiento del Derecho de Familia al Derecho Patrimonial; la economía y la vida humana	Pag. 68
34. La codificación civil francesa, máxima expresión del individualismo revolucionario burgués	Pag. 69
35. La codificación civil austriaca, las ideas de Kant y el individualismo filosófico	Pag. 84
36. La continuación del pensamiento utópico	Pag. 93
37. El romanticismo y la escuela histórica, desenvolvimiento de la idea social	Pag. 94
38. Hegel y la culminación de la eticidad del Estado	Pag. 102
39. El desarrollo de la propiedad	Pag. 103
40. El anarquismo de los productores	Pag. 104
41. La crítica anarquista a la propiedad. Proudhon. Marx	Pag. 105
42. La organización del Trabajo. El taylorismo	Pag. 110
43. La Doctrina Social de la Iglesia	Pag. 110
44. El Código Civil alemán	Pag. 112
45. La Escuela de la libre investigación científica. El Código Civil suizo	Pag. 114
46. El neokantismo	Pag. 116
47. El constitucionalismo social. La Constitución de Weimar	Pag. 118
48. El Código Civil italiano de 1942. El fascismo	Pag. 119

V. La "postmodernidad"

49. El tiempo de la integración y la globalización/marginación	Pag. 125
50. Las orientaciones libertarias y los sentidos relativamente sociales	Pag. 131
51. El análisis económico del Derecho	Pag. 135
52. La filosofía crítica	Pag. 137
53. La filosofía de la comunicación y el discurso y la intersubjetividad	Pag. 141

VI. Panorama general argentino

Bibliografía básica

A. Ideas básicas ¹

1. Una Historia Cultural de la Filosofía por preguntas

1. La noción de Filosofía motiva múltiples discusiones, al punto que suele debatirse la identidad histórica de la disciplina. Entendemos que el *acto de filosofar*, como acto de conocimiento, es al fin también un *reparto* de potencia e impotencia, una conducta que favorece o perjudica a la vida y al ser. A su vez, el acto de filosofar se produce en un marco de *hechos* filosóficos, de conocimientos no originados por la conducta de seres humanos determinables, relacionados por su parte con distribuciones de potencia y de impotencia, que se originan en la naturaleza, las influencias humanas difusas e incluso el azar. De esto resulta que la discusión acerca de la noción de Filosofía es un debate sobre potencias e impotencias, en el que entran en juego múltiples *intereses* que resultan beneficiados o gravados.

Sin desconocer la importancia de las ideas filosóficas y de teoría general, es altamente significativo apreciar cómo, con diferentes grados de conciencia y evidencia, son construidas para adjudicar potencias e impotencias. En los propios orígenes del pensamiento filosófico se encuentran ejemplos como los de Platón y Aristóteles que, con distintos niveles de compromiso, consagraron el gobierno del propio grupo filosófico y la legitimidad de la esclavitud.

Cada noción de Filosofía, y cada pregunta y cada respuesta del marco filosófico, se producen en un marco *vital*. Los desarrollos filosóficos existen en estrecha relación con su pasado, su presente y su porvenir y en un marco donde corresponden en gran medida a realidades de la naturaleza, la economía, la ciencia, la técnica, la religión, el Derecho, etc. Una idea filosófica tiene significados que el filósofo ni siquiera puede imaginar o reconocer. Sin rechazar la libertad filosófica cabe reconocer que los desarrollos filosóficos sólo son plenamente comprensibles en esos marcos de referencia.

2. A nuestro parecer, resulta satisfactorio construir la noción actual de Filosofía como un saber con vocación de universalidad, pretensión de eliminar los supuestos y aspiración intensa de integrar los quehaceres de conocimiento ajenos con los propios.

¹ Notas del curso de Filosofía del Derecho Privado dictado por el autor en la Maestría en Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

Creemos que, dada esa complejidad, la Filosofía ha de plantearse desde los puntos de vista *histórico* y *sistemático*. La historicidad sólo es posible en la particularidad del momento que, sin embargo, perdura en gran medida en la idea y se clarifica con su desarrollo.

Como lo señaló Savigny, por ejemplo en su “Historia del Derecho Romano en la Edad Media”, es imposible hacerse una idea fija e invariable del Derecho de una nación, pues, a semejanza de su lenguaje, ese Derecho no existe sino por una serie continua de transformaciones y cambios. Ignorar la temporalidad de una idea, llevándola fuera del marco en el que se produjo, puede ser incluso una falsificación. Lo propio puede decirse de la Filosofía respecto de sus distintos desarrollos históricos.

Una historia completa de la Filosofía debe *superar* el mero relato del pensamiento para reconocer el marco de la historicidad en que éste se desenvuelve. No obstante, también cabe señalar que, más allá de las variaciones en los significados históricos, cada idea conserva cierto valor fuera de su ámbito originario. Al fin es una propuesta que puede servir para la construcción circunstanciada de nuevas sendas vitales. En la pregunta filosófica se integran todas las posibilidades de aportes de respuestas del pasado, el presente e incluso el porvenir.

La “Filo-sofía”, en la etimología amor a la sabiduría, contiene una relación especialmente tensa entre pregunta y respuesta, y parece legítimo que una Historia de la Filosofía se desarrolle con particular referencia a las preguntas que se van presentando a través de la temporalidad. La Historia del pensamiento jusfilosófico y de la realidad del Derecho Privado es un marco de posibles interrogaciones que contribuyen a su inserción en la vida de cada jurista.

3. La noción de Filosofía que se construya puede vincularla con mayor o menor proximidad con el saber específicamente *científico* y con el saber *vulgar*. A su vez, puede ubicarla en mayor o menor proximidad con distintas ciencias. El tomismo construye la noción de Filosofía, sus preguntas y respuestas en proximidad con la Teología; el marxismo se encuentra, en cambio, cercano a la Economía y la filosofía analítica suele estar muy próxima a la Matemática.

4. En el interior del ámbito filosófico, las diferentes *disciplinas* poseen también distintos significados. Al fin el tomismo, centrado en la Metafísica, corresponde a un clima de autoridad manifiesta y a una economía que tiende a despertar de un estacionario fenómeno feudal. La filosofía analítica, centrada a menudo en la Lógica, guarda estrecha vinculación con un clima de autoridad oculta, no filosofada, con cierta aceptación de lo que ocurra en lo no tematizado y con un espacio de despliegue capitalista.

El desarrollo moderno de la Gnoseología y la posterior diferenciación de la temática Ontológica y Axiológica guardan correlación con la conmoción de los poderes medievales, con el despliegue sucesivo de las ciencias naturales y exactas y de las ciencias sociales y con la apertura a un mundo progresivamente más liberal y democrático y al fin capitalista. La especial referencia a la Epistemología y a la Lógica afirma estas tendencias y sobre todo elimina obstáculos para que el valor sea desenvuelto según el mercado.

2. La permanente relación entre Derecho Privado y Derecho Público

5. La noción de Filosofía como saber con vocación de universalidad tiene siempre una honda tensión cuando se la refiere a las *regiones* del universo: por ejemplo al Arte, la Ciencia, la Religión o el Derecho. Hay filosofías regionales que son simples capítulos de la Filosofía general; otras que reclaman cierta independencia respecto de ésta. Esas tensiones se acentúan cuando se trata de subregiones como es el caso del Derecho Privado, donde se plantea además la difícil relación con la Filosofía del Derecho Público.

6. Aunque la distinción entre el Derecho Privado y el Derecho Público fue desarrollada por los romanos, creemos que la caracterización del Derecho Privado y la relación entre ambas áreas son cuestiones permanentes de la Historia de la Filosofía del Derecho Privado, cuyas respuestas signan distintos *estilos culturales*. En el despliegue histórico privatista cabe diferenciar dos grandes espacios a menudo tensamente relacionados: el *patrimonial* y el *familiar*.

En la *Edad Moderna* avanzó la caracterización del Derecho Privado patrimonial por los *sujetos*, podría decirse por los repartidores, alcanzando su máxima expresión en el Código Civil francés, tan claramente adherido a la libertad de contratación y a la voluntad del propietario. En cambio antes, incluso en el período romano, y después, también en la actual “postmodernidad”, se advierte más consideración de los *objetos*. En el marco privado familiar, durante mucho tiempo ha predominado la visión del *objeto* de las relaciones, en tanto hoy avanza la atención a los sujetos, a los *repartidores*.

Cada manifestación cultural tiene en definitiva un equilibrio dinámico entre los despliegues del Derecho Privado patrimonial y familiar y entre el Derecho Privado y el Derecho Público. La consideración de estos despliegues interesa básicamente a la Teoría General del Derecho en su perspectiva de estudio del sistema jurídico, pero a su vez tiene importantes proyecciones filosóficas.

En general, pese a los tan importantes desenvolvimientos privatistas producidos en Roma, las *Edades Antigua y Media* están más claramente caracterizadas por cierta referencia al Derecho Público, al punto que el propio Derecho Mercantil medieval se encontraba impregnado de la idea de que el comercio era una actividad pública. En la *Edad Moderna* avanzó el despliegue privatista, aunque en tensa relación mercantilista con la intervención pública. En la *Edad Contemporánea* hubo incluso algunas remisiones mayores al despliegue público, en especial en los regímenes hegelianos de derecha e izquierda, de las postrimerías del período. En general, sin embargo, el avance de la modernidad está signado por el incremento del papel del Derecho Privado patrimonial en detrimento del papel que correspondía al Derecho Privado de Familia.

Parecería que, hasta ahora, la "*postmodernidad*" se inclina a cierto despliegue predominante del Derecho Privado patrimonial a través de la "privatización", que incluso tiende a prescindir del Derecho Público. El Derecho Público está escindido entre la tradicionalidad de los Estados modernos nacionales, tal vez demasiado pequeños para los alcances de las fuerzas y las relaciones de producción, y el Estado mundial en aparente formación; el Derecho Privado, quizás mejor la *privatización*, parece expandirse en el Planeta.

El nuevo Estado mundial que van encabezando los Estados Unidos de América necesita asegurar a su mercado fuerzas de producción que por el momento escapan a su control. Esta es una de las grandes líneas de tensión del mundo actual.

7. De cierto modo, en la relación entre el Derecho Privado y el Derecho Público se expresa una al menos muy prolongada tensión entre lo *económico* y lo "*estatal*" en sentido amplio, que en algunos momentos ha tenido un espacio relativamente intermedio en lo *familiar*, hoy en vías de tal vez decisivo debilitamiento. La difícil vinculación entre el capitalismo y la democracia y los derechos humanos es una de las líneas más importantes para la comprensión del tiempo actual. En general, el Derecho Privado patrimonial, sobre todo en el aspecto obligacional, es la línea de mayor continuidad de la historia jurídica de Occidente.

Como línea general de comprensión de la evolución de la economía y de gran parte del Derecho Privado podría reconocerse que, según suele señalarse, al principio se desarrollaron pequeños círculos, a menudo familiares y luego los círculos mayores y máximos se vienen uniendo en una economía crecientemente mundial, hoy de cierto modo de globalización/marginación.

En la Edad Media hay un relativo predominio de lo familiar sobre lo patrimonial, luego se produce una lenta pero clara "*minusmodelación*" de lo familiar con la "*plusmodelación*" de lo patrimonial, sobre todo obligacional, que domina a lo

familiar, en un proceso culminante en la postmodernidad.

En términos de la teoría tripartita del mundo jurídico, es posible señalar que a través de los distintos equilibrios internos del Derecho Privado y de éste con el Derecho Público se van evidenciando diversas composiciones entre *autoridad y autonomía y planificación gubernamental y ejemplaridad*; diferentes fuentes formales de las normas; referencias diversas a la *justicia particular y justicia general*, cuyas exigencias identifican al fin al Derecho Privado y el Derecho Público, etc.

8. En la Edad Antigua el sujeto valió como *súbdito del Estado*; en la Media lo hizo como *fiel de la Iglesia* y como súbdito del Estado y en la Edad Moderna adquirió también valor *por sí mismo*. En el pensamiento romano, por ejemplo, la ciudadanía era condición para el goce y el ejercicio del derecho, la libertad existía dentro del orden del Estado. La Iglesia consiguió afirmar la individualidad espiritual frente al Estado, al punto que los derechos privados eran parte de la conciencia ética del individuo y su fundamentación se separaba de la autoridad civil. Sin embargo, al fin el individuo logró afirmarse en su propia dignidad.

3. La Filosofía y el Derecho Privado

9. Uno de los interrogantes iniciales que surgen al historiar la Filosofía del Derecho Privado es saber si existe alguna relación importante entre el *origen de la Filosofía* en Grecia y el gran desarrollo que ha tenido el Derecho Privado en el mundo Occidental.

Pese a que las redes causales son sumamente complejas, cabe reconocer que el elemento griego es una de las grandes bases de la cultura occidental, y vale referirse a algunas influencias que pueden haber intervenido, con diversa magnitud, en la aparición de la Filosofía en ese ámbito.

Entre las causas que quizás hayan promovido el desarrollo filosófico griego se encuentran:

a) las características del territorio, con su *cielo abierto* y su *mar insular* de relativo equilibrio entre la presencia de la tierra y el agua, que ayudaron a los griegos a ser un pueblo “marítimo” y los invitaron a la pregunta infinita y a ir “más allá”, con la audacia de hacer el propio “piso”;

b) la creencia en el mito de *Prometeo*, el semidiós que robó el fuego a los dioses para dar espíritu y libertad a los hombres y al fin resultó triunfante, cuyo “*pecado eficaz*” es un desafío para todos los saberes “preestablecidos”;

c) el *arte antropocéntrico*, con su regocijo en lo humano y su alta tensión en lo

trágico;

d) la capacidad de asombro ante el *movimiento*;

e) el sentido de *intimidad* y de adecuación humana con el propio ambiente, y

f) la organización política *democrática*, que también conmovía las referencias dogmáticas.

Todo esto también puede haber reforzado las tendencias al desarrollo privatista de Occidente. Incluso, otra de las causas de la Filosofía podría haber sido el propio carácter *comercial* y en consecuencia relativamente privado que en parte tenía la cultura griega.

10. Los diversos factores económicos característicos de la vida griega antes referidos pueden haber contribuido a la posibilidad de que las primeras ideas económicas sistemáticas fueran las de ese pueblo. A semejanza del nombre "filosofía", también la voz "economía" es de origen heleno.

La estrecha relación del Derecho Privado con la economía, ya teorizada en nuestras raíces griegas, puede tener relación con el desenvolvimiento jusprivatista de Occidente.

11. No desconocemos que entre la sed de *verdad* de la Filosofía y la búsqueda de la *utilidad* y del *amor* que caracteriza al Derecho Privado en lo patrimonial y lo familiar hay no sólo diferencias sino líneas de conflicto. Reconocemos que el sentido práctico y relativamente poco filosófico de los romanos aportó intensamente al Derecho Privado e incluso recordamos que fue Justiniano, el gran promotor de la "codificación" privatista, quien clausuró la Academia, pero creemos que en general la *apertura mental* y *vital* de la Filosofía y del Derecho Privado, sobre todo en el área patrimonial, posee una honda vinculación. Hoy parece, no obstante, que la apertura mental de la Filosofía puede ser obstáculo para el sistema cerrado economicista que parece irse imponiendo en el Planeta. No es sin motivo que la Filosofía parece estar en una zona de eclipse.

B. Desarrollo

I. La Edad Antigua

4. La contraposición entre Parménides y Heráclito, la eternidad y el cambio

12. El desenvolvimiento de la cultura griega, que legó a Occidente además de la vocación filosófica los otros rasgos antes señalados y dejó planteada la tensión entre la armonía apolínea y la explosión dionisiaca, se produjo en un marco de economía no sólo agrícola sino también comercial donde aparecen significativos despliegues bancarios. Sin perjuicio de ciertos antecedentes en la Mesopotamia, cabe destacar que desde el siglo VII a.JC. los templos realizaban verdaderas operaciones de banca, utilizando su patrimonio constituido por las ofrendas de los fieles o empleando los cuantiosos depósitos que estos hacían confiando en la administración religiosa. Se indica que alrededor del siglo V a.JC. se produjeron depósitos en cuenta corriente, préstamos y pagos por cuenta de terceros. Ya en el siglo IV a.JC. los Estados y ciudades griegas tenían bancos públicos. No obstante, pese al relativo desarrollo comercial, la economía predominante era la del "oikos", la *economía familiar*. El politeísmo griego permitía que la diversidad de dioses dejara espacio para procesos de descomposición localista, con la especificidad de los cultos, y de composición, que nutrían el sentido de unidad cultural de todos los griegos.

En el terreno específicamente filosófico, la oposición entre la referencia a la *eternidad del ser*, expuesta por Parménides, y el *flujo perpetuo* defendido por Heráclito puede ser relacionada con la inmutabilidad que se ha pretendido para las relaciones familiares y la creciente dinámica del espacio patrimonial, hoy proyectada incluso al marco de la familia. Aunque durante muchos siglos predominó el pensamiento parmenideo y el despliegue heraclíteo tiene al fin sentidos de lucha y de cierta autoridad, parece claro que la referencia heraclíteica al cambio guarda afinidad con el potente despliegue patrimonial occidental. Quizás la síntesis superior de los opuestos, referida por Heráclito, deba cumplirse a través del comercio, que de cierto modo contiene una lucha.

Pese a que la estabilidad histórica requería el triunfo de Parménides, cabe interrogarse si Heráclito quedó en la "reserva" intelectual de un mundo industrial y comercial que se expresa en el Derecho Privado y necesita la dinámica del permanente cambio.

5. Demócrito, la accidentalidad y la materialidad

13. Cuando Demócrito destaca la accidentalidad de causas puramente materiales y de cierta manera mecánicas, excluyendo toda intervención sobrenatural y todo orden providencial, guarda afinidad con la apertura a lo *accidental y material* que impera en el despliegue del Derecho Privado patrimonial.

Pese a que la accidentalidad y la materialidad no triunfaron entonces, cabe preguntarse si Demócrito es un anticipo de lo que, en correspondencia con el jusprivatismo, se cree en el tiempo actual.

6. La duda sofista

14. Los sofistas eran *pensadores* centrados en la duda, no filósofos, que pretendieron ser capaces de adiestrar para *convencer*. Se relacionaban especialmente con el clima de la *democracia* y del avance de lo *individual*, y una de las ideas que más los expresan es la que formuló Protágoras al decir que el hombre es la *medida* de todas las cosas. Algunos eran *pactistas*, y a veces se refirieron con fuerza a la *utilidad*.

Las ideas sofistas poseen una honda afinidad con las necesidades del Derecho Privado patrimonial. La opinión de que cada hombre es la medida de todas las cosas, opuesta al valor objetivo, que puede trabar las convenciones, es conveniente para el desarrollo comercial.

En cierto sentido, sin embargo, la falta de fundamentación de la esclavitud, que señalaron algunos pensadores sofistas, resultaba no funcional a las necesidades del mantenimiento de la vida económica antigua.

La relativa afinidad privatista del pensamiento sofista lleva a mostrar al *Derecho Privado* como raíz del Derecho Público. Quizás pueda preguntarse si en todo despliegue del comercio no hay una referencia a la duda, que ejemplificó de modo tan impactante el pensamiento sofista. Un planteo sofista debilita, al menos, la base ideal de la estructura familiar.

7. La pregunta socrática

15. La búsqueda socrática de la verdad que se encuentra en cada hombre, a través de la pregunta, permite *remover* los obstáculos de los *prejuicios* que pueden oponerse a la dinámica del Derecho Privado patrimonial y familiar, pero a su vez cuestiona el cerramiento economicista en que suele desembocar el ámbito jusprivatista desde el

despliegue patrimonial.

Sócrates reprochaba a sus conciudadanos el afán en llenar lo más posible sus bolsas en tanto no les importaba del juicio moral, la verdad y la mejora de su alma. Su relativa identificación del bien con la utilidad alejada de los apetitos, es otra de las líneas de tensión con el despliegue puramente privatista. La *austeridad* de la vida del maestro se diferenciaba del lujo e incluso la corrupción vinculados a la prosperidad comercial de Atenas.

No creemos que pueda afirmarse en el pensamiento socrático un punto de vista privatista en sentido claro, sobre todo por el sentido de acatamiento de las leyes de Atenas que le dio el filósofo a la ejecución de su condena, pero también puede presentarse una línea de tensión con el Derecho Público, evidenciada en los cargos que se le formularon.

La pregunta socrática incomodó a los conservadores, como Aristófanes, pero también a los demócratas y a los comerciantes, como el acusador Anytos, que de cierto modo puede haber sido el más influyente de los tres promotores del proceso. La pregunta incómoda no sólo a los gobernantes sino a los comerciantes y al Derecho patrimonial, pero también produce inquietud en los espacios familiares.

En relación con Sócrates, vale interrogarse acerca de la vinculación y al fin la compatibilidad de la *pregunta* con el sistema económico e incluso familiar del Derecho Privado.

8. El idealismo y el perfeccionismo platónicos

16. Los postsocráticos “mayores”, Platón y Aristóteles, centraron su problemática en la *verdad*. Si en el estudio de Sócrates un gran interrogante es la relación y al fin la compatibilidad de la pregunta con el sistema económico y familiar del Derecho Privado, en el de Platón y en el de Aristóteles una gran cuestión, de diversa intensidad respecto de uno y otro, es la vinculación y al fin la compatibilidad entre la respuesta y el sistema económico y familiar del Derecho Privado.

En general, vale reconocer las muy diferentes medidas en que el ámbito patrimonial y el espacio familiar se vinculan con respuestas firmes. El despliegue comercial actual parece mostrar que al fin la única “respuesta” que el comercio admite es la de la debilidad de superficie del valor comercial. Las preguntas y las respuestas evidencian siempre la posibilidad de que sirvan simplemente a los *intereses* de quienes preguntan y responden, aunque vale interrogarse, además, si esta correspondencia las deslegitima. La respuesta relativamente firme suele favorecer a la familia, pero puede trabar la dinámica patrimonial. La firmeza platónica es en definitiva hostil a ambas.

17. En una línea afín con el perfeccionismo pitagórico, *Platón* consideró al mundo desde la “*perfección*” de las ideas, formas puras y modelos universales de todas las cosas que adquieren un significado casi “re-ligioso”, que lo llevaron a presentar un *Estado ideal* sofocrático. En ese Estado se practicaban la comunidad de bienes y las uniones sexuales dispuestas por los gobernantes, para la clase superior de los guerreros. Los artesanos, agricultores y comerciantes ocupaban un lugar secundario y se rechazaba el clima de desconfianza y mentira que introducían los mercaderes y tenderos. Para que no hubiera riesgo de desarrollo comercial, Platón quiso que el número de ciudadanos fuera de sólo 5.040. La mayor parte de la población debía procurar lo necesario para la vida, la realización de la verdad y la belleza por una élite.

El pensamiento platónico se desarrolló desde el *Derecho Público*. La referencia a la perfección de la idea es opuesta, al fin, al sentido de provisoriidad que significan el comercio y la vida económica en general. Es más, como suele ocurrir con el idealismo extremo que desjerarquiza a la materia, la vida que Platón propone para los gobernantes no sólo los aparta del ámbito comercial, sino del propio marco familiar. De aquí que un interrogante posible sea cuánto el “*perfeccionismo*”, más o menos idealista, es compatible con la dinámica y las “imperfecciones” de la vida económica e incluso de la vida familiar.

9. El empirismo organicista aristotélico

18. Como Aristóteles era empirista, su comprensión del mundo estuvo distante de las abstracciones platónicas que bloqueaban el desarrollo del Derecho Privado. El despliegue económico privatista tiene siempre fundamentos en la experiencia, a la que se refirió el Estagirita.

Según lo expuso con energía en su “*Política*”, Aristóteles entendió que el hombre es un *animal social*; tuvo una comprensión organicista de la sociedad. Esto quiere decir que, en oposición a lo sostenido por los sofistas, la sociedad es un hecho “natural”, no “artificial” producido por un convenio de los hombres; que el hombre nace en sociedad. La idea de que los hombres nacemos en sociedad va acompañada por las de que el gobierno es un hecho también natural, que nacemos “con” gobierno y que hay hombres que nacen para gobernar y otros que nacen para ser gobernados. Todo esto tiene proyecciones de Derecho Privado muy relevantes, porque si la sociedad es un organismo, o hay que pensarla en el sentido de la pertenencia al fin solidaria a un cuerpo, el Derecho Privado de la existencia de las personas, de los contratos

y de la propiedad y de la familia queda sometido a ciertas *reglas no contractuales preexistentes*. En el aristotelismo el despliegue organicista trae aparejada la idea de la sujeción de la mujer al varón, porque es un ser que no puede manejarse a sí mismo como puede hacerlo el hombre. La frecuente tensión entre el contrato y el “estado” estaba claramente planteada.

A su vez, el pensamiento del Estagirita aporta la idea, fundamental para el mundo antiguo, de que el *esclavo* depende del amo porque no puede manejarse por sí solo y lo necesita para conducirse en la vida. Sin embargo, la genial comprensión del filósofo empirista le permitió intuir que la esclavitud podría terminar si las lanzaderas tejieran por sí mismas, y esto es lo que sucedió exactamente en la Revolución Industrial. Las relaciones de esclavitud y servidumbre se hicieron innecesarias cuando el carbón sustituyó a la energía humana y a las precarias fuentes del viento, el agua y la leña. Quedaba planteado ya un interrogante que el marxismo llevaría a su máxima expresión: saber cuál es la relación entre la economía y la vida jurídica.

El Estagirita refirió las bases de la teoría de las *clases de justicia*, señalando principalmente la justicia distributiva (relativa), que vincula cuatro miembros apoyándose en la igualdad, y la justicia correctiva (absoluta), que relaciona sólo dos miembros. Pese a que la justicia distributiva fue pensada desde el todo a la parte, hoy es especial referencia del Derecho Privado patrimonial, en tanto que la justicia absoluta se muestra más en el Derecho Privado de Familia. Aunque con menor intensidad que Platón, también Aristóteles dio alta jerarquía al Derecho Público.

De cierto modo, el filósofo del Liceo llevó a niveles metafísicos los datos de la realidad de su tiempo. En cuanto a las cuestiones suscitadas por el pensamiento aristotélico, cabe preguntarse, por ejemplo, cuál de las clases de justicia es más afín al desenvolvimiento comercial. Parece que el despliegue del comercio depende en gran medida de la *relatividad* del pensamiento de la justicia.

Si bien el más grande discípulo de Sócrates fue Platón y el más grande alumno de Platón fue Aristóteles, en una continuidad filosófica, el más grande de los discípulos del empirista Aristóteles fue un hombre de grandes concepciones y realizaciones políticas, Alejandro. En gran medida gracias a él fue posible el helenismo que permitió un especial desarrollo de la cultura en general y coherentemente de la economía en el mundo antiguo.

10. Los cínicos y los cirenaicos, la felicidad y la riqueza

19. Los postsocráticos menores, cínicos y cirenaicos, se ocuparon principalmente de la *felicidad*. Aunque mucho es lo que discutieron y lo que cabe debatir acerca de

qué se entiende por *felicidad* y cómo se logra, una cuestión inicial significativa para nuestro tema es la relación entre la felicidad, sea cual fuere el contenido que se le atribuya, y el *Derecho Privado*. Pese a que reconocemos importantes enlaces de nuestra concepción personal de la felicidad con los aspectos publicistas de la vida, nuestro enfoque la ubica en especial afinidad con los despliegues del Derecho Privado en sus perspectivas personales, familiares y patrimoniales. Parece imprescindible que todo despliegue filosófico del Derecho Privado responda acerca de lo que se entiende por felicidad.

Antístenes, el posible fundador de la escuela *cínica*, enseñaba que la felicidad se logra mediante el dominio de uno mismo y el control racional de los sentidos y de las pasiones. El ideal del sabio era la *autosuficiencia*, la independencia que se logra con el propio dominio; su actitud era de menosprecio general de la cultura, la ciencia, la religión, los lazos civiles, las costumbres y el pudor.

Para Arístipo, fundador de la escuela *cirenaica*, la sabiduría y la virtud consisten en buscar los medios para procurarse la mayor cantidad de *placer* posible, la máxima utilidad, a fin de lograr la felicidad en esta vida. Le importaba el placer sensible, positivo (no negativo, por ausencia de sufrimiento) y actual (incluso momentáneo), pero no desordenado.

La diversidad de los planteos acerca de la felicidad que formulan los cínicos y los cirenaicos los ubica en distintos puntos de vista acerca del Derecho Privado. Aunque el placer momentáneo de los cirenaicos dificulta la formación del capital y tal vez la disciplina familiar, al punto que se pensaba que la patria, el matrimonio y la familia son sólo convenciones, parece claro que su fórmula de la felicidad estaba más cercana a lo que entendemos por Derecho Privado.

20. Se narra que una vez el maestro Sócrates le dijo a Antístenes que a través de los rotos de su manto podía ver su *vanidad*. Quedó así planteado uno de los problemas morales significativos de toda actitud de rechazo de la riqueza. Cuando alguien opta por tener un patrimonio reducido ¿lo hace por humildad o por la soberbia de mostrarse por sobre todos los bienes? Creemos claro que hay personas, como San Francisco de Asís, que efectivamente renuncian a la riqueza por humildad, pero parece que también hay otras que, por no tener la riqueza total, dicen que no necesitan ninguna. Es más ¿cuando alguien respeta la propiedad ajena, lo hace por virtud o porque considera que ninguna riqueza merece su compromiso?

21. Se cuenta que el cínico Diógenes vivía en un tonel en el patio de un templo. Es muy célebre la anécdota de Corinto, que surge de la visita de Alejandro. "Yo soy Alejandro, el Gran Rey", fue la presentación del monarca. "Y yo Diógenes, el perro"

contestó el filósofo. “Pídemelo lo que quieras”, le señaló el rey. “Que no me quites el sol”, respondió Diógenes. Se narra, asimismo, que el gran rey exclamó: “Si no fuese Alejandro, quisiera ser Diógenes”.

Una interpretación indica la humildad de Diógenes; otra puede entender el suceso como un diálogo de dos *soberbios* o al menos de dos *astutos*. En este caso, con su “humildad” de rechazar la riqueza Diógenes “compró” la inmortalidad. Tal vez Alejandro consideraba que, o tenía todo el poder y la riqueza o los despreciaba, porque en menor medida no eran dignos de él.

11. Los estoicos y la ley; los epicúreos, la felicidad superior y la vida privada

22. Desde el tiempo del helenismo, es decir de la difusión de la cultura griega en el mundo antiguo, y en el mundo específicamente romano fueron muy influyentes los estoicos y los epicúreos. Cultivos agrarios intensivos, dedicados por ejemplo al vino y al aceite, y el comercio de artículos de lujo figuraban entre los soportes de la economía romana, asentada en gran medida en las provincias, pero con formas refinadas de “*tráfico mundial*”. Sobre todo a partir del siglo III d. J.C., Roma era un gran Estado militar, cuya economía tenía que soportar grandes sistemas de servicios administrativos civiles y militares, que al fin oprimían y desanimaban a los campesinos pero, a su vez, la vida económica se iba orientando hacia una “economía natural”.

Se discute si la economía antigua fracasó por un capitalismo exagerado o por la búsqueda de un capitalismo al fin no alcanzado, quizás por el importante pero insuficiente desenvolvimiento técnico, la escasa referencia pública, el agotamiento de los campesinos por los excesivos impuestos, etc. De uno u otro modo, se evidencia una perspectiva de incremento del Derecho Privado. Incluso puede pensarse en un posible desajuste, relativamente decisivo, entre el *Derecho Privado* y el *Derecho Público*.

23. De cierto modo, como respuestas últimas ante la felicidad, el movimiento cínico pasó a ser el movimiento *estoico*, cuyo posible fundador fue Zenón. Aunque se han discutido sus efectos, vale señalar que los estoicos vivieron en un mundo de importante desarrollo del común denominador de la *economía dineraria*, al menos en varias “zonas costeras”. Creían en un universo animado por un principio absoluto, que es el “lógos”, la razón. La ley era una *necesidad universal de la naturaleza*. La ley de la naturaleza era una prescripción que coincidía con lo que acontece, y esto ayudó a designar con la misma palabra “ley” a la jurídica y a la natural.

Según los estoicos, el sumo bien era vivir conforme a la naturaleza, es decir,

a la razón. La felicidad se obtenía silenciando los impulsos de los sentidos y de las pasiones; había que querer lo que sucediera. Los cínicos vivían más de acuerdo con la “naturaleza” en sí, los estoicos conforme con las “leyes” de la naturaleza. La creencia en la ley natural, superior a las leyes positivas, llevaba a la fraternidad universal y a la condena de la esclavitud. Si bien se creía que el hombre es un ser social, se llegó a recomendar evitar la lucha económica y política prescindiendo del lujo. Los estoicos aceptaban a la familia, pero no admiraban el amor sentimental.

El movimiento estoico, que fue en cierta medida filosofía de grupos dominantes del Imperio, ayudó a impulsar el legalismo en el *Derecho Romano*. Quizás el Derecho Romano tenga su expresión más gloriosa en el desarrollo casuístico, pero los estoicos ayudaron a difundir el espíritu de la ley que llegaría a su máxima expresión con la obra de Justiniano.

Los cínicos no eran funcionales al Derecho Privado, en parte porque vivir conforme a la naturaleza no “regularizaba” a la persona, ni en lo patrimonial ni en lo familiar. Los estoicos sí lo fueron, porque promovieron el *sujeto* sometido a la ley, a la regla, el sujeto “duro” contratante. El contratante es el sujeto de espíritu estoico que va a cumplir la palabra empeñada.

El estoicismo penetró también en el *cristianismo*, que era, no obstante, una religión del hombre y no de la ley, que revertía la referencia judaica a la ley, convirtiéndola en mucho en una religión *legalista*. Jesús había venido a enseñar como primer mandamiento un amor concreto, había comido con publicanos, salvado a prostitutas y prometido el cielo a un ladrón arrepentido. Había condicionado las reglas de la propiedad y la familia al amor. Estos contenidos no eran estoicos, pero el estoicismo y el cristianismo tenían en común la alta consideración de la pobreza y tal vez en el cristianismo estaba latente la raíz judaica legalista.

La familia cristiana quedó prisionera de la idea de ley e incluso del rechazo platónico-agustiniano de la materia. Parece que Jesús fue célibe total, pero vino a perdonar a gente que se había arrepentido de abusar de la carne. Su religión, sin embargo, se haría una religión de la ley y de la desjerarquización de la carne. La Iglesia, y más todavía el protestantismo, han mantenido durante largo tiempo el legalismo estoico. La familia se preservaba unida por el sentido de la ley más que por el sentido del amor.

La cosmovisión estoica de paz interna y armonía, que atendía a la personalidad humana, fue sostenida en muchos casos no sólo por partícipes del gobierno romano sino por hombres muy ricos, que a menudo se dedicaron a la usura.

La fórmula de vida estoica conduce a la cuestión de la relación entre la *ley* y el *Derecho Privado*. Es cierto que la referencia a la abstracción de la ley constituyó sujetos fuertes contratantes responsables y familiares sacrificados y que contribuyó al

fin a la *acumulación* de riqueza, pero hoy no resulta compatible con la dinámica de la sociedad de consumo.

24. En cambio Epicuro, fundador del *epicureísmo*, relativa continuidad de la escuela cirenaica, enseñó que la felicidad se logra a través del placer, al que tuvo como el fin de la vida. Así como los estoicos “legalizan” a la naturaleza, los epicúreos “regularizan” el placer. Para Epicuro, la felicidad consiste en no tener dolor y turbaciones, se trata de un placer que debe durar a lo largo de la existencia y que tiene sus manifestaciones mayores en el alma, por eso es relativamente “superior” al perseguido por los cirenaicos. El que no considera lo que tiene como la riqueza más grande, es desdichado, aunque sea dueño del mundo.

Pese a que en la Antigüedad fue frecuente la alta valoración de la *amistad*, el culto que de ella hizo Epicuro es especialmente importante. Según una opinión suya citada a menudo, debemos buscar a alguien con quien comer y beber antes de buscar algo que comer y beber, pues comer solo es llevar la vida de un león o un lobo. En general, antes de preguntarnos qué tener debemos pensar en con quién compartirlo. A través del epicureísmo cabe interrogarse sobre la relación frecuentemente difícil entre la amistad y el Derecho Privado, sea porque ella desborda a la familia o porque suele ser excluida por el espíritu de lucro. Pese a que no se opone a la voluntad testamentaria, el Derecho Privado capitalista desconfía de la donación.

En el epicureísmo, la justicia es considerada un *convenio* entre los hombres por razones de utilidad, y la opinión sobre el matrimonio no es elevada. Sin embargo, según el filósofo del “Jardín”, hay que centrarse en la *vida privada* y prescindir de la vida pública.

25. Comparativamente, los estoicos se referían más al Derecho Público y se proclamaban ciudadanos del mundo; los epicúreos se consideraban, con más afinidad con el Derecho Privado, extranjeros en todas partes. De diversas maneras, los dos grupos resultaban funcionales a un Imperio que al fin necesitaba ajustar o limar las particularidades.

Aunque la moderación epicúrea no sea un importante impulso para el Derecho Privado, su búsqueda del placer puede contribuir a darle, en el aspecto patrimonial, un relativo desarrollo. Una de las preguntas más significativas que deja abiertas el epicureísmo es la relación entre la vida privada y la vida pública.

12. Roma, la propiedad privada y la libertad de contratación; la distinción entre Derecho Privado y Derecho Público; el papel del Derecho Privado en el resto

de la cultura y la construcción casuística y la ley

26. Roma fue una potencia agrícola y guerrera. Los orígenes de su población eran diversos. En sus comienzos fue una comunidad de labradores. Luego desarrolló aptitudes comerciales, especialmente financieras. Suele decirse, no sin cierta razón, que la cultura romana fue más *superficial* que la griega. De aquí que para construir el tejido social tuviera que valerse de la religión del Estado, referida a lo doméstico y lo agrícola, con un sacerdocio estatal y, con especial intensidad, del Derecho, en especial en sus vertientes patrimoniales. Aunque la afirmación es discutida, se ha llegado a sostener que las propias oraciones romanas eran afines a los contratos y que a través de la observancia de las ceremonias se trataba de forzar el favor de los dioses. La religiosidad romana estuvo muy abierta a la importación de nuevos dioses, que incluso contribuían a atenuar las tensiones sociales, y eso sucedió especialmente con las creencias griegas. En el Imperio se exigió que se rindiera culto a los emperadores que, por otra parte, a menudo no resultaban modelos morales. En general, la religión romana tenía muy limitada exigencia ética. Suele indicarse que a través de la religión no se esperaba ser mejor, sino mejorar los negocios.

La presencia de la religiosidad o la filosofía fue permanente en el pensamiento jurídico romano, antes y después de la conversión al catolicismo. En el Digesto, recopilado del Antiguo Derecho por orden del "Sacratísimo Príncipe Nuestro Señor Justiniano", un hombre obsesionado en restablecer un cesarismo católico que recompusiera el Imperio con fines incluso comerciales, se indica, según Ulpiano, que la jurisprudencia (ciencia del Derecho) es el conocimiento de las cosas divinas y humanas, ciencia de lo justo y de lo injusto. Decía Ulpiano que los juristas podían ser llamados sacerdotes, porque cultivan la justicia.

Celso enseñaba, según la referencia de Ulpiano, que el *Derecho* es el arte de lo bueno y de lo equitativo. Ulpiano dice, refiriéndose al latín, que el nombre del Derecho tiene su denominación de la justicia y ésta es una voluntad firme y perpetua de dar a cada uno lo que le pertenece.

Recogiendo enseñanzas estoicas, el propio Ulpiano enseñaba que el *Derecho Natural* es aquel que la naturaleza enseña a todos los animales y no es solamente propio del hombre, sino común a los animales; de aquí proceden la conjunción de macho y hembra, que nosotros llamamos matrimonio, la procreación y educación de los hijos, pues los demás animales y hasta las fieras se gobiernan por este Derecho. El *Derecho de Gentes* es el que usan todas las naciones y se diferencia del Derecho Natural porque sólo es común a los hombres. Se tenía por *Derecho Civil* al que era especial de cada pueblo, aunque la romanización llevaría a que terminara aplicándose el Derecho Civil romano a otros pueblos.

La superficialidad de la cultura romana fue una de las causas por las que se refirió a las individualidades fortalecidas por la *propiedad privada* y a su relacionamiento a través de los *contratos*. El legado romano a Occidente se centra en mucho en el desarrollo de estas instituciones. A ellas cabe agregar una enorme capacidad práctica y de administración de un vasto territorio. Aunque no desconoció la relación de conciliación que existió entre el Estado y el individuo, Ihering llegó a expresar que el espíritu del pueblo romano era fundamentalmente el *egoísmo disciplinado* y la *acción resuelta*. Según lo señaló el propio Ihering, en muchas circunstancias de la historia de Roma ocurrió, como en ninguna otra parte, que el rico pudiera ser millonario y el pobre llegara a ser mendigo.

Suele decirse que la importancia de Roma en la historia es el triunfo de la idea de *universalidad* sobre el principio de las “nacionalidades”, claro está que se trata, entonces como en la realidad actual, de la “universalidad” imperial de una cultura. Decía Ihering, al referirse a la importancia del Derecho Romano en los tiempos modernos, que podrían gemir dolorosamente los pueblos bajo el peso de las cadenas materiales e intelectuales con que Roma los esclavizaba, y mantener rudos combates antes de poder sacudir su yugo, pero la ventaja que la historia y los pueblos recogían de esas luchas la llevaban, a su criterio, en los mismos males que habían tenido que atravesar. Tranquilizando a parte del auditorio, señalaba que sin el centralismo de la Roma pagana la Roma cristiana no habría nacido. Desde lo profundo de su historia, Roma ideó conceptos que se constituyeron en la referencia de casi todos los mundializadores de Occidente. Su actitud es la que adoptan los mundializadores de la globalización/marginación actual.

27. El crecimiento de la referencia a la propiedad privada y libertad de contratación guardó correspondencia con la distinción entre el *Derecho Privado* y el *Derecho Público*. Ulpiano decía que el Derecho Privado es el que *pertenece a cada individuo en particular*, se trata de cosas útiles a los particulares. Los principios jurídicos de vivir honestamente, no dañar a otro y dar a cada uno lo suyo evidencian un fuerte predominio del sentido particularista y privatista de la vida. Pomponio enseñaba que así como la religión se dirige a Dios, la obediencia es en orden a respetar los *padres* y la *patria*. El protagonista del Derecho Privado era el padre de familia.

Según Ihering, el desarrollo del Derecho Privado romano se basa en la idea absolutamente justa de que todas las relaciones de ese Derecho son relaciones de poder, la de que el poder de la voluntad es el prisma de la concepción del Derecho Privado y que toda la teoría de éste no tiene otra misión que descubrir y determinar el elemento de libertad y de poder en las relaciones de la vida. Otra cuestión a considerar es la ventaja de distinguir las dos áreas y la medida en que debe producirse

la diferenciación. Sin desconocer que los mismos fines pueden alcanzarse por otros medios, estimamos que en los Derechos de modelo “continental europeo” la distinción ha contribuido a la libertad de los individuos y a la limitación de la arbitrariedad gubernamental.

Vale reflexionar acerca de la vinculación entre el descollante desenvolvimiento privatista y la alta *capacidad de administración* y de hacer *construcciones* útiles del gobierno romano. Si los monumentos más típicos del antiguo Egipto son las pirámides, con su fuerte referencia a la muerte, y los de la vieja Grecia son los templos edificadas sobre colinas y con columnas, como el Partenón, los de la antigua Roma son el recinto de espectáculos del circo, los caminos, los puentes y los acueductos. La “universalidad” romana relativamente perdurable es la de carácter privatista, aunque para su expansión se recurriera a las vías publicistas de la guerra y para su recomposición se recorrieran en parte de la Edad Media los cauces religiosos y públicos del Sacro Imperio Romano Germánico. El Derecho Público romano de la organización última del poder terminó en un despotismo que podríamos considerar de tipo “oriental”.

Entre las cuestiones relevantes a considerar en nuestro estudio, se encuentra la de la conveniencia y la medida del despliegue de la propiedad privada y la contratación que tanto desarrollaron los romanos. Todo el planteo de la Filosofía del Derecho Privado es, en una de sus grandes vertientes, una reflexión acerca de estos temas, que se puede esclarecer a través de las diferentes perspectivas que se van planteando en el curso.

Un interrogante significativo es el de la influencia del ámbito jusprivatista patrimonial en el resto de la *cultura*. Es posible que los actuales pueblos más “latinos”, de más influencia romanística y menos herencia germánica, lleven en sí un sentido de juspublicidad claudicante, a menudo autoritaria pero de no pertenencia, que heredaron de Roma.

28. Cuando se denomina al Derecho “continental” Derecho “romano-germánico” hay que considerar que la influencia del pensamiento romano en general también está presente en el “common law”. De cierto modo, el modelo del pensamiento clásico romano tiene más presencia en el “common law” que en el Derecho continental. Lo específicamente romano del Derecho continental se centra en la fuerte atención a la distinción entre el Derecho Privado y el Derecho Público y en la referencia al Derecho justiniano.

Vale tener en cuenta que la evolución del Derecho Romano comprende un gran período “clásico” en que la intervención de *pretore*s y *jurisconsultos*, con unión de teoría y práctica, precisión en el lenguaje y cualidades de análisis y deducción lógica,

alcanza uno de los momentos culminantes del Derecho Privado de todos los tiempos. Siguiendo lo señalado por Ihering, cabe decir que a las cualidades *morales* que para el Derecho tenía el pueblo romano le siguió el *genio intelectual*. Expresaba el jurista germano que toda la actividad del pueblo romano se encaminó durante siglos enteros a los *intereses prácticos del presente*; se tenía un gran respeto por la tradición, pero cuando lo que vivía desaparecía no tardaba en caer en el olvido.

La obra de Justiniano I, desarrollada ya en el Imperio de Oriente, potenció las referencias *generalizadas*, prohibió las interpretaciones y obligó a consultar al emperador en los casos dudosos. En el "Corpus Juris" justiniano, preparado en una región que llegaba a ser el mayor mercado del mundo, intermediario entre el tráfico occidental y oriental, pero que terminaría siendo un imperio de campesinos, la fuerza del individualismo clásico fue atenuada por consideraciones humanitarias en las que la voluntad de las partes era, en algunos casos, modificada por disposiciones legales. El mismo Justiniano, que además clausuró la Academia, fue el constructor del monumental templo -hoy mezquita- de Santa Sofía.

Aunque Roma no conoció un Derecho Comercial como rama distinta y separada del tronco único de Derecho Privado Común (*jus civile*), entre otras causas porque la actividad del pretor hizo posible adaptar su derecho a las necesidades del tráfico comercial, vale recordar las reglas del Derecho Marítimo, en mucho heredadas de los fenicios y los cartagineses, entre las que cabe mencionar las soluciones de la *Lex Rhodia de lactu*, precursora de las soluciones respecto de la avería y ciertos precedentes del Derecho Bancario.

Si bien tal vez el interrogante romano más importante sea el referido a la *propiedad privada* y la *libertad de contratación*, una cuestión significativa es la conveniencia de la construcción más *casuística* o *legalista* del Derecho Privado, sobre todo en la esfera obligacional.

13. El cristianismo, la omnisciencia y la omnipotencia divinas y el amor

29. En la cultura antigua sucedió un fenómeno religioso que tendría una importancia muy grande en la Filosofía y en el Derecho Privado: la aparición del cristianismo. En el marco del judaísmo, que daba la talla de Occidente con un *Dios único, persona, creador, omnisciente, omnipotente y omnipresente, irrepresentable* y casi *innombrable*, cuya distancia respecto de los hombres se garantizaba con el arrepentimiento adánico, pero que había pactado con "su" pueblo, se produjo la "herejía" de la aparición del cristianismo, que sostiene la encarnación de la Divinidad en un hombre.

El hombre-dios diría que su reino no era de *este mundo* y enseñaría a dar al César lo que es del César y a Dios lo que es de Dios. Por su carácter monoteísta y su fácil ingreso, la proyección cristiana nacida del judaísmo acentuaría las posibilidades de un *denominador común* que haría más viable la ampliación de las relaciones privadas patrimoniales y familiares. No obstante, como monoteísmo, sería en alguna medida también un instrumento de exclusión de otras divinidades y de dominación.

Aunque la evolución del Derecho Privado occidental comenzó en el mundo precristiano, parece que el paradigma del Dios judeocristiano sirvió de modelo y de soporte de la cultura occidental en general y del desarrollo jusprivatista en especial. Pese a que el judaísmo daba un tono adánico, de temor final a Dios, el hombre creyente en la divinidad judeocristiana no vacilaría en buscar el poder, el saber y la proyección espacial y temporal necesarios para adueñarse del mundo en la vida patrimonial. Su relativa autonomía respecto de la presencia de Dios le permitiría un desarrollo económico y jurídico según sus propias exigencias. La autonomía de la voluntad, desplegada en el clima de la glosa medieval, se nutrió de los aportes de la conciencia cristiana.

Una de las cuestiones que importan a la Filosofía de la Historia del Derecho Privado es el papel del *Dios* judeocristiano, con sus características enormes, en el desenvolvimiento occidental y en especial en el marco *jusprivatista*.

Los sociólogos suelen decir que cada hombre y cada pueblo ponen o encuentran en Dios lo que quieren ser, sus aspiraciones más profundas. El hombre occidental "trabaja de Dios", pero no se sabe en qué medida está en condiciones de serlo. Muchos siglos después de la aparición del judeocristianismo, Goethe advertiría sobre los peligros de un *aprendiz de brujo* que aprendió a poner en marcha un instrumento que no sabía controlar. Esta es otra de las cuestiones relevantes de la Filosofía de la Historia del Derecho Privado, en un principio sobre todo para el ámbito patrimonial, hoy más para el espacio familiar.

30. El cristianismo enseñó no sólo el *amor* al prójimo, sino al *enemigo*. Sobre todo con San Pablo, se encaminó a una proyección universal e igualitaria. Enseñó la bienaventuranza de los *pobres* y esto -pese a las diversas interpretaciones de la expresión- traería una cuestión muy significativa, la de su relación con el Derecho Privado desenvuelto sobre bases crecientemente *materialistas* y *capitalistas*.

La Iglesia Romana, de modo principal en su manifestación antigua y medieval, y de cierto modo el luteranismo originario, significarían el intento de preeminencia del cristianismo. Uno de los Padres de la Iglesia, San Basilio Magno diría, en el clima de decadencia del mundo antiguo, que cuando se dan las cosas necesarias a los pobres no se les está dando generosamente lo que es de uno sino devolviéndoles

lo que les pertenece. Afirmaba el Santo Padre de la Iglesia “Oyeme cristiano que no ayudas al pobre: Tú eres un verdadero ladrón.” El pan que no se necesita le pertenece al hambriento; los vestidos que ya no se usan le pertenecen al necesitado; el calzado que ya no se emplea le pertenece al descalzo; el dinero que se gasta en lo que no es necesario es un robo que se está haciendo al que no tiene con qué comprar lo que necesita. “Si pudiendo ayudar no ayudas, eres un verdadero ladrón”. En la Patrística se llegó a desarrollar cierto “comunismo” espiritualista cristiano. En cambio el calvinismo, que enseñaría que el éxito en los negocios es una muestra de la elección divina, corresponde a un mayor despliegue del capitalismo. Una importante apertura fáctica a los bienes materiales se desarrolla también en el catolicismo del Opus Dei.

31. El cristianismo instaló el amor en un marco “*familiar*”. Dios es una Trinidad que se desenvuelve en el amor y la encarnación se produjo en el seno de una familia. Pese a la sujeción de la mujer a su marido, presente por ejemplo en las enseñanzas de San Pablo, una mujer fue llevada a la más alta dignidad entre los puramente humanos.

Ampliando las enseñanzas bíblicas básicas, la Iglesia enseñó que el matrimonio, alianza por la que el varón y la mujer constituyen entre sí un consorcio de toda la vida, ordenado por su misma índole natural al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole, fue elevado por Jesús a la dignidad de sacramento entre bautizados. Por la unión de los esposos se realiza el doble fin del matrimonio: el bien de ellos y la transmisión de la vida, la procreación y educación de los hijos. Se afirma que no es posible separar esas dos significaciones o valores del matrimonio sin alterar la vida espiritual de los cónyuges ni comprometer los bienes del matrimonio y el porvenir de la familia.

El impacto del cristianismo en el Derecho de Familia e incluso en la jerarquización de la mujer ha sido profundo y perduró hasta nuestros días. La nueva religiosidad comprimó la sexualidad en el matrimonio y condujo a la sublimación de su energía. Hoy, en cambio, la sexualidad está relativamente diluida.

32. El cristianismo inicial tuvo grandes conflictos. A la muerte de Jesús, todavía había que desarrollar la *universalidad* de la religión. Eso se resolvió en la diferencia entre San Pedro y San Pablo. Si hubiese ganado San Pedro, el cristianismo hubiese sido una secta judía, pero San Pablo, un judío de cultura griega, defendió el sentido universal de la revelación. Pablo hizo del cristianismo una religión universal.

La nueva religión proclamó el triunfo de la cultura sobre la naturaleza a través del bautismo. En esto se muestra el derecho del hombre a construirse por su voluntad. El despliegue judeocristiano constituye así un importante aporte para la capacidad de

la cultura de apartarse de los enclaves naturales. Los mártires cristianos son héroes de la libertad de conciencia.

La aparición del fenómeno judeocristiano originó una difícil, a veces tensa relación entre la nueva religión y la Filosofía, el Derecho y la cultura toda, que tuvo su principal ciclo en el período de casi mil años corrido entre el Concilio de Nicea de 325 - en cuya espléndida clausura por Constantino Will Durant refiere el comienzo de la Edad Media- y la muerte de Santo Tomás de Aquino en 1274.

II. La Edad Media

14. Los germanos, la individualidad en comunidad y el equilibrio de lo privado y lo público

33. El cuarto gran elemento básico de la cultura occidental es el germánico. En general la cultura y en gran medida la religión de los germanos han suscitado importantes polémicas, sobre todo en torno a las posiciones racistas.

En sus orígenes, los germanos eran pueblos seminómadas fundamentalmente *guerreros* y en cierta medida adictos al juego; desarrollaron en algún grado la ganadería, pero en cambio eran poco amantes de la agricultura o el comercio. Se dice que su alimentación más carnívora fue uno de los factores de su dominación sobre los pueblos predominantemente agrícolas, pero también suele señalarse que es mucho lo que bajo su predominio se conservó de la vida económica antigua.

Afirmados en la *individualidad* y gobernados por jefes electivos, los germanos se sentían a su vez parte de la *comunidad*. Tal vez en correspondencia con una economía rural y de pastoreo, no tenían un régimen de propiedad privada desarrollado y poseían un importante sistema de ciertas *propiedades colectivas*. Gran importancia tenía el *juramento*, al punto que la principal fiesta anual significa “promesa”. Los germanos no diferenciaban el Derecho Privado y el Derecho Público.

Los germanos practicaban una moral sexual firme. Como lo destacó Alois Closs en la obra de historia de la Religión dirigida por el Cardenal König, de ser una disciplina pacífica el estudio de la religión de los germanos pasó a ser sumamente conflictiva. A veces se afirma que eran animistas, es decir, rendían culto a los espíritus, y que practicaban el chamanismo, que los pondría en contacto con los espíritus de los muertos y de la naturaleza. Estas características corresponden a la práctica de la magia. Hay, sin embargo, quienes se oponen a reconocer un animismo germánico, por ejemplo, en razón del extraordinario sentido de lo viviente que poseían esos pueblos. Aunque sobrevivieron rasgos originarios, la conversión de los germanos al cristianismo es uno de los sucesos más significativos para la preservación final de la cultura de la Antigüedad. Marca un “puente” intercultural de enorme importancia para la supervivencia de la cultura antigua.

34. En parte por influencia germánica, en la Edad Media cada campesino propietario tenía derecho sobre su propia parcela, sobre participaciones fijas en la tierra cultivable común y en usufructos sobre la tierra no distribuida circundante.

Los pueblos posteriores que conservaron más influencia germánica, ubicados

hacia el norte de Europa, pudieron desarrollar mejor regímenes de despliegue de lo individual en marcos de respeto de lo colectivo; los del sur, más romanos, a veces invocaron lo colectivo pero en general le han guardado menos consideración. Si bien puede decirse, de cierto modo con Heinrich Brunner, que el Derecho Romano es el de una ciudad que se hizo Estado universal y el Derecho Germánico el de un pueblo que creció sin una cohesión rígida, en lo profundo lo germánico tiene un sentido de lo colectivo que lo romano no alcanza.

Quizás el país que logró una mayor síntesis de lo romano y lo germánico sea Inglaterra. Los pueblos del sur, con menos sentido de lo común, permanecieron en la comunitaria Iglesia romana y a menudo quedaron feudales; los del norte, con fuerte perspectiva común, pudieron desenvolver la más o menos intensa individualidad de la Reforma y alcanzaron un diversificado desenvolvimiento capitalista y burgués.

Una de las cuestiones significativas que deja planteada la presencia germánica es la necesidad de su contribución relativamente “publicista” para que pueda funcionar al fin el Derecho Privado, sobre todo en su perspectiva patrimonial, equilibrado con un despliegue público democrático.

15. San Agustín, la fe y la ciudad divina; la atención al tiempo

35 Con la presencia de los tres elementos, griegos, romanos y judeocristianos, Occidente era ya una diversidad que buscaba su síntesis. Tenían que dialogar la *Filosofía* y la *Religión* y en ese marco se desarrolló la *Patrística*, cuya figura más importante es San Agustín, un hombre cronológicamente antiguo y temáticamente medieval. Para comprender el mundo que se derrumbaba, Agustín ancló en Dios, a través de la *fe*, y a fin de desarrollar su planteo recurrió al gran filósofo griego que era, por lejos, el más cristianizable: *Platón*. Desde esta base idealista, diferenció el mundo de lo perfecto, que es la *ciudad de Dios* y el mundo de lo imperfecto que es la ciudad terrena, humana, donde se encuentra el Derecho. El célebre Padre de la Iglesia fue uno de los fundadores de la doctrina acerca de la ley eterna, es decir, la voluntad divina que manda conservar el orden natural y la ley natural, que es la participación de la ley eterna en la criatura racional. Los grandes temas del agustinismo son *Dios*, el *alma* y la *felicidad eterna*, aunque también es relevante la atención que brinda al *tiempo*.

La vida del célebre obispo de Hipona, pagano converso al cristianismo, es ella misma un testimonio de la tensa relación entre la impetuosa nueva religión y la cultura pagana. Agustín, que era un pecador arrepentido, afirmó las bases de una tendencia que jerarquiza al *espíritu* y desjerarquiza a la *carne*, destacó la importancia del amor como caridad y sujetó en gran medida la vida sexual a los fines reproductivos. La

familia muy sólida sería uno de los mayores caminos de sublimación de las energías sexuales y de protección de los débiles.

Pese a que tuvo amplia influencia en el Derecho posterior, la obra agustiniana poseyó sobre todo, quizás hasta hace poco tiempo, particular efecto en la comprensión cristiana y occidental de la moral sexual y de la familia. La condición del sexo casi indisponible para el individuo y sujeto a una relativa propiedad en el matrimonio imperaría, de diversas maneras, hasta el desarrollo actual de la disponibilidad y la contractualidad sexuales. En general, la concepción cristiana de la familia resulta, al fin, opuesta al desarrollo de la vida económica capitalista.

Agustín defendió la complejidad y la homogeneidad del mundo en sus polémicas con los maniqueos, los pelagianos y los donatistas. La unidad del origen del mundo, el carácter común de la empresa moral y la comunicación de los sectores sociales tuvieron en él un destacado paladín.

El tiempo, cuya dificultad de concepción hacía que supiera qué es hasta que se le preguntaba, existía para el célebre Padre de la Iglesia en el alma humana.

36. San Agustín abrió cauces para un Derecho Privado no compartimentalizado en las opciones familiares o patrimoniales. En relación con el Santo de Hipona cabe interrogarse si se pueden compatibilizar la fe y la tensión entre la *ciudad divina* y la *ciudad terrena* con el desenvolvimiento del Derecho Privado. También vale considerar la importancia que tiene la atención al *tiempo* en este ámbito jurídico.

En la época de la Patrística es muy clara la frecuente tensión entre la *religión* fundada por quien había enseñando la bienaventuranza de los pobres y la dificultad de los ricos para acceder al Reino de los Cielos y el *mundo económico*. Ya hemos referido las ideas de San Basilio Magno que radicalizaban el deber de caridad. En la Edad Media cronológica, San Gregorio Magno enseñó "Cuando damos las cosas necesarias a los pobres, no les estamos dando generosamente lo que es nuestro, sino que les devolvemos lo que les pertenece: estamos pagando una deuda de justicia, y no haciendo una obra de misericordia".

16. El mundo medieval y su despertar; San Francisco de Asís, el amor universal, la pobreza y la resistencia del cristianismo al capitalismo

37. Aproximadamente en el año 800 comenzó el *despertar* de Europa Occidental. En ese año se produjo una respuesta de la Iglesia Romana y del poder real al vacío de organización occidental, la instauración del Imperio Carolingio, punto de partida del Sacro Imperio Romano Germánico. El nuevo régimen, que acentuó la tensión con

la Iglesia de Oriente, expresa en su nombre la complejidad de la cultura medieval. Se inspiró en la organización imperial romana, pero dio *respuestas relativamente privatistas* a los problemas públicos, con los pactos de vasallaje y la relación entre la propiedad privada y el poder público.

El campesino necesitaba una protección análoga a la de la clientela romana, y la obtuvo a través de la servidumbre. Sin ignorar las particularidades locales, el amparo se lograba de la nobleza feudal gubernamental y eclesiástica. El feudalismo, que en su momento fue una evolución desde el viejo corporativismo local, es en alguna medida uno de los orígenes del posterior Estado protector en el que piensa frecuentemente la Iglesia.

Aunque la noción es discutida, cabe tener presente que, por ejemplo para Wesenberg y Wesener, en sentido técnico un feudo es la concesión de un bien patrimonial cuya aceptación obliga a la prestación de servicios de caballería y a una lealtad recíproca. El objeto del feudo es casi siempre un bien inmueble.

Servicio y lealtad son debidos en virtud de un contrato con efectos jurídicos personales entre el señor y el vasallo, de manera que en la relación feudal hay que distinguir siempre un aspecto real y un aspecto personal. Abarca un despliegue real, en el que se diferencian el dominio directo del señor y el dominio útil del vasallo, y un despliegue personal de fidelidad entre señor y vasallo, que en cuanto a éste se incrementaba con el deber de servicios.

Coing puntualiza que la relación feudal fue acuñada jurídicamente en la Alta Edad Media, entre los siglos X y XIII y que entonces tuvo importantes funciones político-militares y era la base del ejército. Luego el interés de los señores no se dirigió tanto a los servicios del vasallo sino más bien a prestaciones financieras (tributos) que resultaban de la relación feudal.

El feudalismo combina rasgos de Derecho Privado y Derecho Público.

38. Con el tiempo, se fue desarrollando el *capitalismo*, y el *afán de lucro* desplazó al de la subsistencia y el alimento. Alrededor de los siglos XI y XII la vida económica empezó a dar muestras de recuperación, se restableció el comercio y la agricultura se hizo más floreciente. Al lograrse excedentes de producción, avanzó la *especialización del trabajo* y se redujo el campesinado autárquico. Comenzaron a surgir artesanos independientes que se instalaron preferentemente en las ciudades burgos, las cuales conocen un aumento de población considerable. Es tiempo de grandes ferias y de la aparición de la *burguesía* como nueva clase social más rica, culta e independiente.

El analfabetismo se redujo, porque los nuevos profesionales necesitaban libros para el desempeño de sus profesiones y poco a poco comenzaron a aparecer las escuelas catedralicias y la universidades, primeros pasos para debilitar la exclusividad

del dominio cultural de la Iglesia. Las traducciones del árabe devolvieron al mundo occidental algunos de sus propios clásicos, perdidos y recuperados a través de las bibliotecas árabes y bizantinas, y al mismo tiempo favorecieron los estudios de algunas ciencias naturales y exactas.

Los estudios y los contenidos de los libros comenzaron a alejarse en parte de la religión, para empezar a preocuparse por otras materias: ciencias, derecho, literatura, etc. La letra gótica, que resulta más sencilla de leer, terminó por abrirse paso y se multiplicaron las abreviaturas, al tiempo que se comienza a escribir en lenguas vernáculas. La aparición del papel, de la mano de los árabes, dio un impulso resistido pero definitivo a la fabricación del libro.

A partir de entonces, el cristianismo medieval tenía que relacionarse no sólo con el resurgir de la Filosofía, sino con el desenvolvimiento de la economía centrada en el capital. En el siglo XIII se produjo la primera gran reacción cristiana ante las nuevas realidades, en el pensamiento y la obra de *San Francisco de Asís*, fundador de la célebre orden mendicante que lleva su nombre. En líneas generales, las ideas de Francisco eran cercanas a las de Agustín e incluso a las de los Santos Padres más críticos de la riqueza.

El *amor universal* y el modelo de *pobreza* planteados por Francisco muestran el rechazo al capitalismo que sintió un hombre de profunda fe en las enseñanzas del Maestro Jesús. Desde entonces, quedó más nitidamente configurada la pregunta acerca de la reacción posible y deseable del cristianismo ante el capitalismo, el sistema que tanto influiría en el porvenir del Derecho Privado. ¿La adopción de las orientaciones tal vez radicalmente *cristianas* de Francisco, pueden llegar a significar una dócil sumisión a los mandatos a veces explotadores del capitalismo? ¿Es posible alguna integración en el capitalismo sin que quien se integre resulte absorbido por él? En muy diversos grados, la obra salesiana y el Opus Dei parecen intentar soluciones integradoras. Tal vez el calvinismo esté en la antítesis a Francisco, con la sujeción del cristianismo al capitalismo.

39. Sin embargo, en otra perspectiva histórica, la vida de San Francisco es coetánea de la *Carta Magna* arrancada por los nobles y el clero ingleses al rey *Juan Sin Tierra*. En una de sus líneas de compromiso, la Carta es bastión de la protección del patrimonio privado contra el avance publicista del Derecho Tributario.

17. Santo Tomás de Aquino, la síntesis de razón y fe con el mundo nuevo y el justo precio

40. Avanzado ya el siglo XIII el pensamiento cristiano produjo una nueva propuesta de relación con el mundo que se iba formando, al principio muy resistida, pero convertida luego en filosofía católica dominante: el recurso de Santo Tomás de Aquino, sobre *bases aristotélicas*, a un sistema de *razón* y de *fe* que pretendía integrar las realidades recientes. Santo Tomás, pertenecía a una familia con vinculaciones imperiales, nació cerca de Nápoles, ingresó a la por entonces nueva orden de los dominicos y enseñó en París, donde sus ideas provocaron fuertes tensiones.

El equilibrio entre una economía en gran parte basada en la "*naturaleza*" de la producción de tejidos, vinos, aceite, grasas de la ganadería, pescado, miel, cera, madera, la minería del estaño y el cobre, etc. y el *ingenio humano* de la elaboración y el comercio; el despliegue de la producción de *artesanías* e incluso la apertura comercial al Oriente se mostraba en la referencia a la "*naturaleza*" y la "*sobrenaturaleza*", por una parte, y la *razón* por la otra.

41. En esos días el *desarrollo comercial*, terrestre y mediante la navegación, impulsaba una racionalidad más amplia y eficiente en la división del trabajo y la administración de justicia. El *terreno urbano* pertenecía en lo público a un señor feudal cuyo derecho era supremo, pero los ciudadanos que poseían sus casas y terrenos en préstamo, se fueron haciendo propietarios de derecho privado; las obligaciones dinamizaban el sistema.

La naturalidad de la relación familiar era enriquecida por el desarrollo de la *relación societaria*; los *gremios*, de cierto modo copias industriales monopólicas de las comunidades campesinas entrelazadas con estructuras familiares, poseían gran importancia privada y pública y avanzaban los cauces para la limitación de la responsabilidad. Había que hacer posible la *entrega del artesano a la cosa* y para eso se necesitaba un sistema de estabilidad; en la artesanía renacía el espíritu de *inventiva personal*, de *absorción* y de *perfeccionamiento* del Oriente y de la Antigüedad, incluso con importantes ingredientes de hermandad religiosa. Se iban desenvolviendo los rasgos de relativa racionalidad abstracta de la *economía dineraria*. Las ciudades comerciales italianas, más cercanas al Oriente, ocupaban un lugar importante en el mundo nuevo.

42. En el tiempo de Santo Tomás de Aquino se desarrollaba la obra jurídica de los comentaristas, progresaba la difusión del uso de las cifras decimales arábigas en sustitución del complicado sistema romano, se abría el campo para la contabilidad por partida doble y se construía, por ejemplo, la catedral gótica de Nuestra Señora de París. El gran esfuerzo de la cultura era vincular la tierra, donde ahora había más riquezas y más capacidad técnica, con el cielo. Mediante un sabio empleo de esos medios, el arte

gótico, combinó las ojivas, la elevación y la luz, de cierto modo transfigurada a través de los vitrales, para dar la sensación de que el templo "vuela". En 1286 se inventaría el reloj de péndulo, de gran importancia para la ordenación del tiempo vital y en especial para la navegación y la ciencia.

La estructura de la explicación tomista evidencia esas características de un escalonamiento crecientemente dinámico. Se desarrollan las ideas jusnaturalistas mediante el planteo de un complejo de referencia a la ley eterna, la ley natural y la ley humana e incluso de remisión a la ley divina. Tomás expone un relacionamiento entre Dios y el mundo humano que jerarquiza a la *ley humana* como un instrumento de la ley natural y la ley eterna.

En el sistema tomista hay una gran preocupación por la *verdad*, que serviría a la promoción de múltiples definiciones de la doctrina católica, pero no se presentan aperturas suficientes para los datos de las ciencias, cuyo lugar es ocupado por consideraciones dirigidas a la naturaleza de las cosas y las esencias. Vale tener en cuenta, sin embargo, que en el siglo XIII prácticamente esas ciencias casi no existían.

43. En la construcción del Aquinate, expresión de esa tensa adaptación a las nuevas circunstancias, la *familia* resulta consagrada en el *sacramento* básico matrimonial y es parte de la *ley natural* en cuanto a conjunción de los sexos, educación de los hijos, etc.

Si bien se suaviza la crítica al comercio, se entiende al fin que la *propiedad privada* es una institución de la *ley humana*. Avanzando moderadamente en la afirmación de esta institución, sostiene Tomás que la posesión de todas las cosas en común y la libertad universal son de ley natural pero, si bien la naturaleza no produjo ni la separación de propiedades ni la esclavitud, éstas fueron ideadas por la razón en beneficio de la vida humana. Entiende que las leyes de la naturaleza no fueron cambiadas en lo que a esto se refiere, sino que sólo se les añadió algo. La propiedad privada no es contraria a la ley natural, como no lo es el llevar ropas pese a que la naturaleza no nos las ha proporcionado.

Tomás aprobó la regulación de la propiedad con vistas al bien común, pero no fue atraído por la distribución igualitaria de la propiedad privada. Sólo afirmó que el propietario debe permitir a los demás que la compartan con él, por ejemplo, mediante la caridad. Tampoco estableció el derecho absoluto del propietario frente al Estado.

Según Santo Tomás, las leyes humanas quedan derogadas en los casos de evidente y urgente necesidad, en cuyos momentos la apropiación deja de ser un delito. El santo profesor de París se apartó de la duda que las enseñanzas de los Padres arrojaron sobre la propiedad privada, pero aconsejó para la minoría selecta que

quisiera alcanzar la perfección la elección de la pobreza voluntaria. Aunque reconoció el contenido económico en la referencia a las cosas, Tomás creyó en la existencia de un *justo precio* objetivamente determinado y fue hostil al préstamo a interés.

44. En el pensamiento organicista del Aquinate, el Estado es una institución natural para la protección del bien común y la Iglesia es una institución de orden sobrenatural, de modo que si bien aquél no tiene que subordinarse a ésta como a un Estado sí debe subordinarse en tanto lo natural debe hacerlo con lo sobrenatural.

Las ideas de Santo Tomás presentan cierta "superación" de lo público y lo privado a través de lo divino, pero de todos modos tienen una importante referencia al bien común, cuyos requerimientos caracterizan al fin al Derecho Público. Pese al esfuerzo de "actualización" del pensamiento tomista, cabe cuestionarse acerca de la compatibilidad del sistema del Aquinate con las bases mayores o menores de libertad patrimonial e incluso familiar en que suele apoyarse el Derecho Privado.

En general las ideas sobre el *justo precio* evidencian una lógica económica distinta de la del precio de *mercado*, que expresa una importante línea de tensión en la Filosofía del Derecho Privado. En consonancia con las necesidades del capitalismo, la filosofía posterior fue demoliendo las bases del justo precio y la ciencia económica sentó bases para la comprensión del préstamo a interés. Desde diversas perspectivas católicas suele afirmarse no obstante que el liberalismo económico, en que se inspira con frecuencia el Derecho Privado patrimonial actual, es pecaminoso.

Entre las cuestiones a resolver en la perspectiva tomista del Derecho Privado se encuentra la relación de un planteo de raíces *teológicas* y el *patrimonio* y la *familia*.

18. Escoto y la voluntad para "poner" el Derecho

45. En la segunda mitad del siglo XIII y los primeros años del siglo XIV vivió Juan Duns Escoto, un franciscano inglés de profunda fe que defendió la omnipotencia divina frente a la razón y con esto abrió el camino para que, sustituida la concepción voluntarista teocéntrica por la antropocéntrica, se llegara a la omnipotencia *positivista* del legislador, el administrador, el contratante, etc.

Cada vez que se piensa en un contrato vale considerar si su vinculatoriedad depende de su razonabilidad o de la voluntad de los contratantes. Cuando se considera la limitación de sus alcances se ha de resolver si se la establece por algún título de razón o por otra voluntad diferente.

19. Occam, Dios y la fe, el mundo y la experiencia

46. En el siglo XIV el franciscano inglés Guillermo de Occam rompió el sistema tomista, enseñando que a *Dios* hay que referirse por la *fe* y al *mundo* se lo conoce por la *experiencia*. La moral, que sólo obedece al mandato de Dios, cuya voluntad es libre y arbitraria, no se funda en la razón. Occam era *nominalista* y su pensamiento se dirigía con fuerza a lo *concreto* y *particular*. La vida patrimonial, relacionada con la experiencia, tendería a la libertad, en tanto la vida familiar, en cuanto dependiera de la moral, quedaba por el momento sujeta a la voluntad de Dios. Sin embargo, la posición del franciscano inglés significa al fin que las situaciones patrimoniales y familiares pueden ser pensadas en sus particularidades, sin sujeción a la cultura establecida en los conceptos universales.

Algunos historiadores, como Michel Villey, han sostenido que, en una desviación del fermento individualista del pensamiento cristiano, el nominalismo occamista es el origen de la filosofía individualista que se expresa en la idea del *derecho subjetivo*. Suele afirmarse que Occam es un precursor de la definición del derecho subjetivo como el poder que se tiene sobre un bien.

Con la obra de Occam se abría camino al desarrollo de las *ciencias naturales* y las *ciencias exactas*, que requería al fin el capitalismo para adueñarse del mundo material. Sus ideas expresan bases profundas del pensamiento anglosajón, generador del capitalismo triunfante en gran parte del Derecho Privado de nuestros días, sobre todo a partir de las sucesivas derrotas del hegelianismo en la segunda y tercera guerras mundiales.

Cabe cuestionarse si cuando se piensa el Derecho Privado se lo refiere principalmente a los casos particulares o a los conceptos generales y cuánto esta rama jurídica depende actualmente de las ideas occamistas al punto que para participar en su desenvolvimiento hay que compartirlas.

20. La adaptación del Derecho a las nuevas necesidades privatistas

47. La Baja Edad Media fue escenario de múltiples adaptaciones del *Derecho Positivo* a las necesidades del sistema *capitalista* que se iba desarrollando.

Uno de esos cambios fue la *recepción* del Derecho Romano justiniano en el continente europeo. Se trataba al fin de la juridicidad de un Imperio que se declaraba "Romano", invocada para superar los moldes más colectivos que brindaba el Derecho vigente, en especial por sus vertientes germánicas. Según Paul Oertmann, cuando el emperador Maximiliano dispuso en la ordenanza para el Tribunal cameral del Reich

del año 1485 que los jueces debían aplicar el Derecho Romano “común” nada nuevo pretendía introducir, sino que más bien venía a reconocer la vigencia del Derecho Romano como un hecho consumado.

Cabe recordar que, según Wesenberg y Wesener, la justificación de la historia del Derecho Privado tendría su fundamento en el hecho de la Recepción del Derecho Romano en Europa.

Helmut Coing indica que el Derecho Romano tenía importantes *particularidades* que lo diferenciaban: era la ordenación de una ciudad, impregnada por sus particularidades políticas y económicas; se regía por la presunción “favor libertatis” de personas y bienes; no conocía una situación peyorativa de la mujer, ni en lo sucesorio ni en lo contractual; no conocía ninguna propiedad escalonada y ninguna vinculación del propietario; dada la solidez de la organización estatal romana, no admitía la cesión de derechos soberanos en el marco de los negocios jurídicos privados; había sido elaborado y probado por generaciones de juristas y era mucho menos lagunoso que el Derecho tradicional.

48. Una referencia especial en el proceso de la recepción del Derecho Romano merecen las *Siete Partidas* (“Libro de las Leyes”), que la posición más tradicional atribuye al rey Alfonso X de Castilla, el Sabio.

La redacción de las Partidas comenzó en 1256 y parece que estaba concluida a más tardar en 1265. No existe unanimidad en cuanto a quiénes fueron todos los redactores efectivos. Las Partidas siguieron de modo predominante el Derecho Romano y atendieron menos a la antigua legislación local, tendiendo a romper el aislamiento feudal que promovían las vicisitudes de la Reconquista. Para comprender mejor la opción romanista quizás no sea irrelevante que Alfonso reclamaba para sí la dignidad imperial.

La obra sufrió importantes resistencias y recién adquirió fuerza obligatoria, con carácter subsidiario, en 1348, con el Ordenamiento de Alcalá. Está sembrada de máximas filosóficas y políticas y evidencia la preocupación por los orígenes y los significados de las palabras y la necesidad de desarrollar la lengua castellana, que había comenzado a formarse en el siglo X. Es significativo que Derecho e idioma se fueran desenvolviendo a la par. Alfonso legó importantes trabajos literarios, históricos y científicos. La obra cultural alfonsina representa la fusión cultural de Oriente con Occidente y de las tres comunidades religiosas de la época de la Reconquista: cristiana, mora y judía. Para apreciar el clima de la época es también relevante recordar que Alfonso el Sabio fue relativamente coetáneo de Santo Tomás de Aquino.

Mucho se debate en cuanto al valor de las Partidas por la marginación de la juridicidad local. Se afirma que contribuyeron a templar la rudeza de las leyes y

costumbres antiguas y es destacable que, a semejanza de la actitud de los árabes y en correspondencia con la influencia social de las comunidades no cristianas, evidenciaran cierta tolerancia religiosa. Muchos coinciden en que son la mejor obra legislativa de la Edad Media y al fin su prestigio superó la jerarquía positiva que se les adjudicaba. En América acompañaron a las Leyes de Indias como puntos más significativos de la presencia jurídica española en las Colonias. Conservaron vigencia en la Argentina hasta 1871.

Para comprender mejor la estrategia en que se inscribe la obra alfonsina, cabe señalar que, aunque su reinado no fue militarmente muy exitoso, el rey castellano desarrolló una tarea económica digna de atención. Promovió el comercio interior, con la concesión de ferias a diversas villas y ciudades y estableció un sistema fiscal y aduanero avanzado, que potenció los ingresos de la monarquía. Además reconoció el Concejo de la Mesta, institución que aglutinaba los intereses de la ganadería trashumante del reino y que, si bien apoyaría cierto orden, se convertiría en baluarte de la nobleza rural y de las características ganaderas y de la búsqueda de la riqueza relativamente fácil que imperaron en la economía de gran parte de España.

En Francia se sostuvo que el Derecho Romano no tenía validez por imperio sino por la razón y así se presentó un tema que tendría valor en el desarrollo del jusnaturalismo.

49. En tanto, se producía la especialidad del desenvolvimiento del "*common law*" y de la economía inglesa. Suele decirse que la clase de los juristas, fuertemente constituida y celosa de su posición, rechazó la introducción de un Derecho de fácil conocimiento, que hubiese limitado los beneficios de su saber privilegiado. Los señores ingleses, privados por la eficiente Corona normanda de gran parte de las facultades jurisdiccionales, tuvieron que poner especial atención en la salvaguardia de su posición económica. Al fin, el sentido práctico de los hombres de Derecho sería acorde con el espíritu empírico expresado en el *occamismo*. El derecho inglés, de permanentes bases feudales, desarrollaría el individualismo sin fuerte diferenciación de los aspectos privados y públicos.

50. Otra expresión de la nueva realidad son las tensiones entre el "*Derecho común*", Romano pero también Canónico, y los "*Derechos particulares*" (denominados según las regiones fueros, costumbres y estatutos) que, con diversos grados y resultados, se prolongarían durante largo tiempo.

Como lo destacó Adriano Cavanna, la idea de un único ordenamiento para toda la Cristiandad, un ordenamiento de dos caras, temporal y espiritual, resultante de los poderes universales del Imperio y la Iglesia, era un firme pilar de la conciencia

medieval, que ignoraba todo conflicto entre mundo jurídico y mundo ético. Al fin los dos despliegues del Derecho Común surgían de la común dependencia de la voluntad divina. Es más, en la interpretación del Derecho imperial se continuaba la línea de cristianización iniciada por Constantino y afirmada por Justiniano. Por otra parte, el Derecho Canónico se había construido en gran medida sobre bases romanas. Romanistas y canonistas desarrollaron un diálogo fecundo.

51. Para la comprensión de la época es muy relevante la tarea de los *glosadores* y *postglosadores*, quienes pusieron las bases para una *interpretación jurídica* de los *problemas políticos*. Aunque no desconocemos las tareas de la Escuela de Pavia, creemos que es acertado señalar que el estudio jurídico del “Corpus Iuris” volvió a hacerse en su integridad en Bolonia a partir del siglo XI. El origen intelectual de la ciencia jurídica europea es el nuevo descubrimiento del Digesto, cuyo texto quedó fijado entre 1070 y 1100.

Los posglosadores fueron afirmando el sentido práctico de los estudios jurídicos. Entre ellos, *Bartolo de Sassoferrato* (a quien se atribuye una descollante participación en el despliegue del Derecho Romano como Derecho Común) y sobre todo *Baldo de Ubaldi* fueron abriendo camino a la idea de que la existencia de cada comunidad política encuentra su justificación de base en el Derecho Natural, en la espontaneidad de su propia vida, de cierto modo en semejanza a como los animales se rigen por su propio “*spiritu et anima*” y no según lo dispuesto por las autoridades.

Los juristas de entonces se fueron involucrando en la vida política de las comunas y de sus ordenamientos particulares, pero entendidos éstos en el sentido recién referido. La argumentación naturalista favorecía la penetración del Derecho Romano sin deteriorar la imagen de los derechos particulares e incrementaba el poder de los juristas frente a las autoridades políticas. Como lo subraya Adriano Cavanna, los juristas devinieron un prestigioso grupo de poder privado, dispuesto a aliarse pero no a subordinarse a las autoridades políticas.

A los glosadores se deben, por ejemplo, la elaboración de la distinción de la propiedad eminente y el dominio útil y un importante desarrollo de la analogía. Los trabajos de los glosadores y los posglosadores afirmaron la diferenciación entre derechos reales y personales, sistematizaron las fuentes de las obligaciones y desarrollaron la idea de la autonomía de la voluntad. Se considera que Bartolo elaboró la primera doctrina jurídica de la cambial. En España y Portugal sus opiniones llegaron a tener cierta fuerza vinculante.

Se afirma que los posglosadores originaron el tipo de jurista preocupado por la *seguridad jurídica* y vinculado en su decisión por la autoridad de una ley interpretada con una exégesis cuidadosa, dando gran importancia al desarrollo lógico-formal. El

pensamiento jurídico adquirió el carácter escolástico, relativamente afín al teológico, que en parte subsiste y a veces impresiona a los no juristas. En el curso de la capacidad de elaborar las ideas, vale tener en cuenta que en tiempos de los posglosadores comienza el desarrollo de la literatura nacional italiana (Dante, Petrarca, etc.).

52. El monje camaldulense de Bolonia *Graciano*, quien con su "Decreto" creó la base del Corpus Iuris Canonici, que se fue constituyendo hasta el siglo XVI, fue coetáneo de *Irnerio*, el fundador de la Escuela de los Glosadores. La cuna de la renovación del Derecho secular y el Derecho eclesiástico de la Edad Media estuvo en la misma ciudad.

El Derecho Canónico tuvo gran influencia en la materia matrimonial y en la consideración de los "miserables", pobres, viudas, huérfanos, etc. La Canonística desarrolló un sistema de impedimentos matrimoniales diferenciados en impeditentes y dirimentes. Movido por razones morales, insistió en que la buena fe fuera también posterior a la adquisición de la posesión. El Derecho de la Iglesia avanzó en la doctrina de la causa y de la resolución de los contratos. En concordancia con las ideas filosóficas de la época, los canonistas extrajeron de la Ley Mosaica y del Evangelio la prohibición del interés por los préstamos de dinero y Clemente V declaró en 1311 que era nula toda ley secular contraria. Sin embargo, las tensiones al respecto eran grandes, porque a menudo se intentaba eludir la prohibición, v. gr., mediante compraventas con precio más alto por la concesión de un crédito.

53. Las ciudades medievales italianas son en gran medida las precursoras del capitalismo mercantil y financiero. En relación con él se desarrolló el *Derecho Comercial*.

La formación del Derecho Comercial como derecho de los comerciantes evidencia que una nueva realidad promueve, por los cauces de profesiones y oficios de la organización medieval, una nueva juridicidad. Los senderos de formación del Derecho Comercial eran recorridos por los cónsules que lo deducían de la experiencia cotidiana de los negocios; luego era compilado y aprobado por las asambleas generales. Como destacó Vivante, así pasó el Derecho de los casos a las costumbres y de éstas a las sentencias. Había una importante relación con la *práctica de los negocios*, pero claro está que entonces como ahora existía el peligro de que imperaran los intereses de los poderosos.

La formación de las *costumbres comerciales* y los *tribunales consulares* y el despliegue específico de *instituciones del comercio* como la letra de cambio y la quiebra, así como el resurgimiento de la actividad bancaria y la invención de la contabilidad por partida doble son, en diversos grados, más muestras de una

adaptación del Derecho en general, y en especial en su área privada, a las nuevas necesidades del capitalismo. Con la letra de cambio, el mundo nuevo que contiene en sí la idea del “con-trato” llegaría, ya en el siglo XIX, a su máxima expresión a través de la noción de abstracción.

Si bien no existía una protección contra el Príncipe como la que ideó luego el liberalismo político, al menos se sostenía que cuando el gobernante actuaba no “ex plenitudo potestatis” sino en la “potestas ordinaria” estaba vinculado a las leyes. Además, antes de atacar la posición jurídica de un súbdito debía darle ocasión de que expusiera su posición.

54. En ese tiempo, para atender a las relaciones entre distintos espacios del Imperio, particularmente entre Módena y Bolonia, nació el Derecho Internacional Privado como un Derecho interregional. Esto se debe en gran medida a la Glosa del polemizado jurista Accursio (1228), quien en su tiempo fue a veces considerado un ídolo y en otros casos denunciado por la carencia de conocimiento de las lenguas antiguas. Según Accursio no debe aplicarse a un boloñés que litiga en Módena el estatuto de Módena, pues ese estatuto sólo alcanza a los súbditos de Módena. Debía aplicarse el Derecho de Bolonia.

Esa respuesta la refiere Accursio a un texto del Derecho Romano, la constitución Cunctos Populos de los emperadores Graciano, Valentiniano y Teodosio (380), que no tenía relación con el Derecho Internacional Privado. Con una política fuertemente intolerante, que incluía la dura sujeción a las autoridades eclesiásticas, decía la constitución que todos los pueblos debían profesar la fe católica. Tiempos relativamente nuevos venían corriendo a esa altura de la Edad Media en cuestiones que no fueran de fe y la lógica de la glosa se adaptaba a las necesidades de la vida.

La Glosa (Magna Glosa), tenida a veces como infalible, fue durante gran parte de la Edad Media libro de texto y obra de consulta en las escuelas de Derecho. Con el andar de los días y luego de la relativa “estatización” jurídica de la Edad Moderna, nacería el Derecho “Internacional” Privado en sentido estricto. Vale considerar que Accursio fue coetáneo de Alfonso el Sabio y de Santo Tomás de Aquino.

Con el andar del tiempo, el “uso moderno” se ocuparía, en distintas regiones, de vitalizar la juridicidad particular, preparando el camino de la “inter-nacionalidad”. En ese uso se facilitó la libertad de tipos contractuales, afianzada más tarde por el Derecho Natural.

Una cuestión siempre presente, que la evolución medieval presenta con gran intensidad, es la de la adaptación de las fuentes y las instituciones, en nuestro caso del Derecho Privado, a los requerimientos del sistema económico.

III. La Edad Moderna

21. Maquiavelo y el Estado; el Derecho Privado y la política

55. El pasaje desde la Edad Media a la Edad Moderna se produjo a través del gran “puente” del *Renacimiento*, acompañado del *Humanismo*. Un hombre típico del Renacimiento fue el florentino Nicolás Maquiavelo, dotado del sentido práctico que la cultura occidental heredó de Roma, quien sostuvo que la *política* se enjuicia sólo por su lógica interna, por la adecuación de los *medios* a los *finés*, sin ninguna consideración moral.

En las ideas de Maquiavelo, el *poder* se independiza de las referencias morales que lo enmarcaron en el discurso medieval. El Derecho es uno de los *instrumentos* de los que el *hombre político* se sirve para el logro de sus fines y a menudo no basta con el modo de defenderse más específico de los hombres y ha de recurrirse al medio de los animales, que es la fuerza.

El pensador florentino emplea el término “*Estado*”. En ese tiempo, de la alianza entre la burguesía, necesitada de mercados más amplios que los de las ciudades, y los reyes que disponían de ellos, nacieron los primeros Estados modernos, que luego serían nacionales. La población urbana organizada en corporaciones fue dando solidez a las nuevas estructuras. La ciudad tuvo, a semejanza de las regiones feudales, un Derecho Público y Privado propio, pero en correspondencia con formas más flexibles de economía monetaria.

Maquiavelo es de cierto modo uno de los precursores del pensamiento burgués, al que sirve el Estado sobre el que teoriza. Los reyes de Francia e Inglaterra, en relativa alianza con las ciudades, establecieron frente a la rivalidad de la nobleza gobiernos que abarcaron a todo el territorio de sus países. Un proceso con ciertos efectos semejantes ocurrió en España. Sin embargo, la soñada consolidación de toda Italia tardó largo tiempo en producirse.

Luego, la burguesía que ayudó a formar los Estados fue liberalizándolos, democratizándolos y nacionalizándolos y hoy, en sus manifestaciones más poderosas, busca deshacerse de la mayoría de ellos. El capitalismo consume y descarta, bienes, sistemas y hombres.

56. En el pensamiento maquiavélico, el Derecho Privado queda *mediatizado* a los fines del hombre político. Una de las cuestiones que plantean las ideas del gran florentino, es la relación entre el *Derecho Privado* y la política. ¿Se ha de considerar al Derecho Privado un instrumento de la política y en concreto del poder?

Si bien en un principio el Derecho común había tenido al menos cierto predominio teórico, vale recordar, con Adriano Cavanaugh, que a través de una evolución cultural variada en el tiempo y en los ambientes políticos, que alcanza sus expresiones más maduras entre el fin del siglo XVI y los inicios del siglo XVII, ese Derecho devino tal en exclusiva referencia a su cualidad *subsidiaria* en el interior del Estado principesco, y no como ley universal del Imperio. Esto no significa, sin embargo, que entrara en descrédito la gran obra de los grandes intérpretes medievales. Por su parte, el Derecho Canónico fue afectado por la inclusión del principio religioso como parte del ordenamiento del Estado. Sólo en España los estudios canónicos no tuvieron una al menos relativa retracción y, por el contrario, crecieron en importancia.

En la literatura, la búsqueda de la liberación del individuo respecto de la moral familiar se expresaría en el tema de "Romeo y Julieta", narración sienesa trasladada a Verona que inmortalizaría la pluma de William Shakespeare. El arte renacentista en general se regocijaba en lo humano y en la naturaleza; suele decirse que se apoyaba en un estudio de la naturaleza. Concluye el período del cerramiento de las ciudades amuralladas; crece el sentido de la perspectiva. Se afirman las grandes referencias a la dominación del mundo a través de las ciencias naturales y exactas. Se abría camino, en múltiples aspectos, un nuevo mundo.

22. El comienzo de las grandes utopías

57. Las grandes utopías que caracterizaron también a la época, incluyendo la que dio nombre al género, escrita por Santo Tomás Moro son, en general, adversas a la propiedad privada. En la obra del heroico canciller de Inglaterra, nadie posee nada en propiedad. La comunidad asegura a cada cual la abundancia y el ocio, que cada uno puede emplear en cultivar su espíritu en libertad.

Tomás Campanella era también poco favorable a la propiedad privada. El humanista italiano entendía que por derecho natural todas las cosas son comunes. La división de la propiedad no era de derecho natural sino que había sido hecha por permisión de la naturaleza y por la iniquidad de los hombres. En su obra "La ciudad del Sol" Campanella propone una especie de socialismo agrario que, como la utopía de Moro, tiene inspiración en Platón y es afín al cristianismo primitivo.

23. El Descubrimiento y la Conquista de América, más allá del contrato

58. Es importante comprender que Maquiavelo fue coetáneo de los Médicis, de los Borgias y también de Cristóbal Colón. Las diversas combinaciones entre la sed

de riquezas y de poder son siempre expresiones de las difíciles vinculaciones entre el Derecho Privado y el Derecho Público que en mucho caracterizan a los hombres del Renacimiento, el Descubrimiento y la Conquista. El comerciante y el conquistador eran al fin *viajeros aventureros*. Ha llegado a decirse que la guerra, el comercio y la piratería formaban un complejo inseparable.

Los descubridores vinieron a América impulsados por la sed de enriquecimiento a través de contratos, pero encontraron un espacio que les resultaba apto para más y lo aprovecharon a través del dominio, estatal y privado.

El Derecho Privado y el Derecho Público son instrumentos relativamente diversos, pero complementarios para los fines últimos; en este caso se trataba de la búsqueda de la riqueza y el poder más o menos disimulada con discursos religiosos y la presencia de muchos religiosos auténticos.

24. La Reforma y la Contrarreforma; el calvinismo y el Derecho Privado

59. La situación de la *Iglesia* antes de la Reforma puede entenderse en algunos aspectos, como el régimen de las *indulgencias*, en el sentido de un avance grave de las prácticas comerciales, y por esa vía del Derecho Privado patrimonial, sobre cuestiones del *Derecho Eclesiástico*. Incluso cabe reconocer la opresión que se ejercía en nombre de la Iglesia, especialmente en regiones de Alemania. La Reforma y la Contrarreforma se hicieron de cierto modo en la tendencia de “vencer al mundo”, pero tuvieron significados históricos diversos.

Dentro del movimiento de la *Reforma*, la vertiente calvinista posee especial significación para la historia del Derecho Privado patrimonial. A su vez, la Contrarreforma es importante sobre todo para el Derecho Privado familiar de los espacios católicos, como el nuestro.

En lo patrimonial, la vertiente reformada fundada por el agustino alemán *Martín Lutero* se mantuvo en una posición intermedia entre el mundo moderno y el medieval. Es moderna por la *libre interpretación de la Biblia*, que dio relevancia al individuo y tuvo tanta importancia para el desarrollo de la lengua alemana y la *alfabetización* de los futuros “con-tratantes”, viabilizada a su vez con el aprovechamiento de la invención de la imprenta de tipos móviles, y por la jerarquización del *trabajo*. Es medieval por la enseñanza de la satisfacción con lo que se tiene y la oposición al *préstamo a interés* e incluso por la actitud de Lutero ante la solicitud de los campesinos sublevados, cuando eligió el partido de la nobleza alemana. Si en los primeros aspectos favorece el desarrollo del Derecho Privado patrimonial, en los segundos los dificulta. En el ámbito familiar, se suprimió el carácter sacramental del matrimonio, se convirtió a la familia en una pequeña iglesia pero se abolió la vía de relativa libertad para las

mujeres que significaban los conventos.

El jurista francés radicado en Ginebra *Juan Calvino*, sólo en parte afín al movimiento luterano, es un claro exponente de la adaptación moderna del cristianismo a los impulsos del capitalismo. La fuerte creencia en la predestinación, el origen más democrático que se asigna a la autoridad religiosa, la supresión de las ceremonias y la creencia en que la *elección divina* se manifiesta por el *éxito en los negocios*, particularmente vinculada a la promoción de la *disciplina social*, el *trabajo* y el *ahorro*, ha sido un importante motor para la formación del sistema capitalista, que tanto influiría en la caracterización del Derecho Privado.

Calvino rechazó la prohibición jurídica de los intereses. El reformador francés introdujo en Ginebra la educación primaria universal y obligatoria, que afianzaba la posibilidad de "con-tratación". Una de las cuestiones significativas de nuestra disciplina, señalada de modo descollante por Max Weber, es la referida al grado de relación entre la formación del *jusprivatismo* capitalista y el *calvinismo*.

La imposición de la vocación por el trabajo afirmaba lo que se ha dado en llamar el ataque del capitalismo moderno *contra la familia* con el empleo de mujeres y niños en actividades "útiles", que finaliza con la disolución de la economía familiar de sustento y el desarrollo del mercado y el cambio.

La formación del anglicanismo en Inglaterra, sobre todo por la iniciativa de Enrique VIII promovida por aspiraciones familiares personales, significó la estrecha vinculación de la *religión* y la *monarquía*, con la gran fuerza de cohesión de la cultura inglesa que esto produjo. Pese a necesidades de adaptación, como las que debieron producirse en Estados Unidos, los anglicanos del mundo quedarían en alguna medida espiritualmente vinculados a la estructura pública de la Corona británica.

60. Por su parte, la *Contrarreforma* católica, encabezada por figuras como Santa Teresa de Avila, San Ignacio de Loyola y el Papa Paulo III, tuvo actitudes frecuentemente opuestas a la evolución capitalista y, sobre todo, *no burguesas*. Entre tales actitudes, en parte nuevas y en parte afianzamientos de prácticas anteriores, se encuentran la restricción de la posibilidad de escribir libros, apoyada en un sistema de *censura* previa a la publicación; la cultura de las definiciones y el misticismo; la especial intensidad del bloqueo de los avances científicos y, de manera muy notoria, los regímenes de *comunidad* de las misiones jesuíticas en América.

El jesuita *Francisco Suárez*, quien en varios aspectos se apartó del tomismo, tuvo afinidades republicanas, mantuvo posiciones favorables a los derechos del hombre y, si bien sostuvo el carácter social del ser humano, reclamó la necesidad de que los gobiernos contaran con consenso popular. El consenso suareciano es distinto del contrato, y debe desenvolverse dentro de los cauces de la legislación divina.

La preocupación ante las conversiones de monarcas a los credos reformados era evidente.

La expulsión de los jesuitas por varios monarcas modernizadores ilustrados (por ej. el rey de la dinastía Borbón Carlos III de España, en 1767) muestra con gran claridad la tensión entre capitalismo y Contrarreforma. Una de las cuestiones significativas que desde entonces se intensificaron es la posibilidad de compatibilizar el catolicismo y el Derecho Privado patrimonial capitalista.

25. Descartes y las bases del individualismo

61. En la primera mitad del siglo XVII se encuentra la obra básica de lo que, adoptando el criterio clasificador de Gioele Solari, puede considerarse la *idea individual*. En ese tiempo vivían Descartes, Grocio y Hobbes. En 1600, en vida de los tres, la reina Isabel I de Inglaterra daba curso a las *uniones de capitales* por acciones con la fundación de la Compañía de las Indias Orientales. Paralelamente a la reorganización de la concepción del mundo social, se afianzaban las raíces de las *ciencias naturales* y *exactas* requeridas por el capitalismo para el dominio material del mundo. La referencia del conocimiento a la materia y a las abstracciones también debilita los lazos sociales.

Descartes, Grocio y Hobbes son coetáneos de *Galileo Galilei* y la condena de las ideas de éste ejerció influencia en lo que Descartes, un católico con difíciles relaciones con la Iglesia, se animó a publicar. Descartes y Grocio recibieron acogida en la corte de la erudita reina Cristina de Suecia, luterana que se convirtió al catolicismo. Descartes, Grocio, Hobbes y luego Leibniz y Locke suelen ser considerados al menos precursores del moderno movimiento francmasón.

62. El *racionalista René Descartes*, originario de una familia de la baja nobleza francesa, alumno de los jesuitas, jurista y matemático, partía del principio “pienso, luego existo”, que probaba su propia existencia y la de Dios. Proponía descomponer los problemas complejos en partes más simples hasta encontrar sus elementos básicos, las ideas simples, que se muestran a la razón de un modo evidente y luego reconstruir el sistema por síntesis, buscando entre las relaciones las mismas condiciones de evidencia de las ideas simples. Su propuesta era encontrar un sistema universal mecanicista cerrado.

En el pensamiento *cartesiano*, la *idea innata* de lo justo era el fundamento del derecho objetivo. La teoría de los derechos innatos, entendidos como facultades subjetivas, lo que podría llamarse derechos subjetivos, se desarrolló sobre las ideas

del pensador francés. La *racionalidad* se transformó en libertad y ésta fue considerada el derecho originario de todo hombre al libre desarrollo de la personalidad racional. La referencia al pensamiento como realidad primaria y al *rigor metódico* cuyo ejemplo eran las ciencias exactas, desjerarquizó de cierto modo las perspectivas concretas del Derecho y la Historia.

63. Desde otra perspectiva, también el *empirismo*, refiriéndose al *sentido* innato de lo justo o lo útil y a las necesidades sociales como fundamento del derecho objetivo, llegó por vía de las necesidades y los instintos que debían satisfacerse a sostener los derechos del individuo. Así se iba configurando el *individualismo jurídico*, que conducía al *pactismo*. El individualismo tendría un impacto muy grande en la cultura moderna en general y en el Derecho Privado en especial. Se desplegaba la noción del *individuo contratante*. Una de las cuestiones actuales más importantes es saber en qué medida éste es una realidad o un mito.

Pese a que los últimos tiempos de la Edad Moderna estuvieron signados por el predominio del individualismo, no hay que descartar que subyacían corrientes utopistas colectivistas.

26. Grocio y el Derecho Privado "positivo"

64. Se considera al holandés *Hugo Grocio* el padre del jusnaturalismo moderno, pero es además un hombre en medio de dos tiempos, el medievo y la modernidad. Holanda era el único país gobernado por burgueses. En 1602, en la juventud de Grocio, se fundaba la Compañía de las Indias Orientales holandesa. Por entonces quizás fuera Amsterdam el principal centro mercantil y financiero del mundo.

Grocio, de formación jurídica básica, fue parte de la derivación arminiana del calvinismo, de sentido más tolerante, perseguida por Mauricio de Nassau, a quien en cierto momento sirvió Descartes. El jurista holandés, pertenece a los numerosos grupos protestantes que, por diversos conflictos internos de la Reforma y con el catolicismo, tomaron el camino del exilio e hicieron el comienzo de las grandes migraciones modernas encabezadas por judíos y "reformados". Encontró refugio y apoyo en la corte católica de Luis XIII de Francia.

Grocio sostuvo la existencia de un *Derecho Natural* que podría existir aunque Dios no existiera, cognoscible por el acuerdo con la naturaleza social y racional del hombre y por el consenso de los pueblos civilizados. Evitó el individualismo extremo porque sostuvo que el derecho natural no es sólo lo que es de acuerdo a la *razón individual* sino lo que atiende a las tendencias y las necesidades de la *naturaleza*

sociable del ser humano. Cree que uno de los principios del Derecho Natural es la obligación de *cumplir los pactos*.

Para Grocio el Derecho Privado es de origen *positivo*, fundado en el consenso de los individuos y de acuerdo a su utilidad privada. La base es un hecho voluntario, el pacto que *introduce* la propiedad individual en reemplazo de la comunión básica del estado de naturaleza. El pensador holandés entiende que el Derecho Privado es inferior al superior o *eminente* del Estado.

Sistematizador del Derecho Internacional Público iniciado por Vitoria y cultivado también por Suárez, Grocio fue un defensor de la *libertad de los mares*, tan significativa para el desarrollo del comercio, a la que se oponían no sólo la división de los espacios marítimos entre España y Portugal sino los intereses ingleses, por entonces inferiores a Holanda en el poderío naval.

El pacto es para Grocio un *elemento constitutivo* de todas las instituciones privadas, patrimoniales y familiares. Cuando desaparecen las condiciones que llevaron a establecer la propiedad privada (por ej. en estado de necesidad) *renace* el estado de comunión. Incluso existe el derecho de uso inocente, de usar cosas sin daño del propietario. En relación con las ideas de Grocio cabe todavía la cuestión acerca de la vinculación entre la propiedad comunitaria básica y la propiedad privada. También el interrogante acerca del dominio eminente del Estado.

27. Hobbes, el monopolio del poder por el gobierno y el Derecho Privado “concedido”

65. El desenvolvimiento del *Estado* requería luchas en dos grandes frentes, uno *interno*, contra los señores feudales inferiores, otro *externo*, frente al Emperador y el Papa. La lucha contra los señores feudales inferiores, que obstaculizaban el espacio del mercado, fue expresada por el empirista materialista inglés *Tomás Hobbes*.

Hijo de un vicario anglicano que se desentendió de su familia, Tomás Hobbes fue criado por un tío muy rico. Su nacimiento se produjo en un parto apresurado por el terror del anuncio de la proximidad de la llamada “Armada Invencible”; es considerado a veces “el filósofo del miedo”, del horror al desorden. Defensor del absolutismo y amigo de Carlos II, fue coetáneo de las luchas entre los Estuardos y el republicano Cromwell. Sus ideas se inscriben de cierto modo en la tendencia a superar la oposición entre el individualismo y el absolutismo a través de la idea del contrato, pero le ganaron la enemistad de los absolutistas, por la base pactista, y de los sectores relativamente tolerantes, por su apoyo al poder absoluto.

Según Hobbes, como necesidad del raciocinio hay que pensar en un estado de

naturaleza. En éste los hombres somos *lobos* de los otros hombres. En el estado de naturaleza los derechos son poderes y fuerzas individuales. Existe un “*jus omnium ad omnia*”, la naturaleza ha dado a cada uno un derecho sobre todas las cosas, pero ese derecho en la práctica se neutraliza. Hay una lucha de todos contra todos. Para preservar nuestros derechos, los seres humanos pactamos someternos a un gobernante que *monopoliza* el poder con la única responsabilidad de conservar el orden. La necesidad lleva a la formación social. El pactismo *pesimista* y *temeroso* de Hobbes, que busca apartarse de las guerras civiles inglesas y comienza a andar un nuevo mundo, se desarrolla por la vertiente autoritaria que concentra el interés en la preservación del orden y de la vida.

En este contexto, el Derecho Privado, que se encuentra en el estado de naturaleza, todavía no tiene consistencia propia y para afirmarse se vale del Derecho Público, al cual al fin se *subordina*. Para Hobbes el Derecho Privado surge en definitiva de lo que adjudica el titular del gobierno.

En el pensamiento del filósofo inglés, es el Derecho Público el que *concede* el Derecho Privado. Se tiene propiedad y libertad de contratación porque los otorga el Derecho Público. Podría decirse que, en una especie de dialéctica, el Derecho Privado está tan presente en el estado de naturaleza que termina negándose en un Derecho Público que monopoliza la fuerza y luego renace en lo concedido por el Derecho Público. Sin embargo, la propiedad como institución económica resulta para Hobbes ya un campo abierto a la libertad y a la iniciativa individual.

Una cuestión que puede ser muy debatida es si el Derecho Privado surge en concreto del Derecho Público o por ejemplo, como sostendrá más al final del período moderno Locke, el Derecho Público existe para garantizar el Derecho Privado, concretamente la propiedad. En la actualidad cabe interrogarse, desde los puntos de vista fáctico y valorativo ¿es el Derecho Privado una derivación del Derecho Constitucional o el Derecho Constitucional existe para garantizar el Derecho Privado?

66. En relación con la lucha del Estado moderno contra el Emperador y el Papa, en el siglo XVI el magistrado francés de posible origen judío *Jean Bodin* acuñó la noción de *soberanía* en el sentido superlativo que tuvo en la modernidad. Bodin había sido posiblemente novicio carmelita, pero fue hostil al poder del Papado y defendió cierta convivencia entre católicos y protestantes. Aunque sostuvo la monarquía absoluta, entendió que el rey debe respetar los derechos naturales y las leyes divinas y no tiene facultades para gravar el patrimonio de sus súbditos sin el consenso de los Estados Generales.

Una cuestión relevante es cuánto la noción de soberanía es funcional a las

dimensiones del *mercado* y a las proyecciones jusprivatistas, a las que favorece en cuanto son de alcances estatales y traba cuando son más amplias.

28. El pactismo liberal de Locke y la garantía de la propiedad

67. Cuando se afirmó el protagonismo humano y la burguesía en crecimiento comenzó a creer innecesario el gran poder real, que al fin ahora trababa su desenvolvimiento, se llegó, a partir de fines del siglo XVII, a requerimientos opuestos al pensamiento de Hobbes. El optimismo hizo que lo primario fuesen entonces la propiedad y la libertad política y económica y, al fin, la democracia. En ese tiempo, el suelo dejaba de ser un objeto para alimentarse, inserto en el Derecho de Familia e incluso en el feudalismo, para ir convirtiéndose en un elemento de la producción intercambiable a voluntad. También creció la importancia del comercio inglés al por mayor. En las revoluciones inglesas que se sucedieron en el siglo XVII participaron las *milicias gremiales* armadas de las grandes ciudades que, con su cabello corto y su infantería móvil, se enfrentaban a los caballeros reales de largos bucles.

El pactismo pesimista de Hobbes invocaba un pacto para resguardar el orden y la vida; el pactismo de su coterráneo John Locke era *optimista*.

En el empirismo de Locke, filósofo nacido en una familia con inclinaciones puritanas pero personalmente agnóstico, graduado en medicina y paradigma de la diferencia entre el pensar inglés y el francés representado por Descartes, la verdadera realidad es la *naturaleza*, no el pensamiento. A la realidad se la conoce por los sentidos y la experiencia orientada por la razón. Las ideas lockeanas se relacionaban en lo profundo con la referencia a lo concreto e individual del pensamiento de Occam. El empirismo contribuía a que Locke no viese al fin sino individualidades propietarias.

Representante de la clase media en ascenso, que pactó con la burguesía terrateniente, Locke se refirió a un contrato social para resguardar la *propiedad* en sentido amplio. Criticaba el paternalismo de sir Robert Filmer y, en contraposición, afirmaba una versión del contractualismo liberal y la célebre teoría de la división de *poderes*. Según Locke, considerado el padre del liberalismo político, en el estado de naturaleza, de tipo racional, hay un clima de libertad e igualdad. Para garantizarlo, en definitiva para proteger la *propiedad*, cuyo título es el *trabajo*, se establecen la ley y los jueces y se constituye el Estado, cuyo poder es limitado.

Según Locke, siempre que alguien saca alguna cosa del estado en que la naturaleza la produjo, siempre que ha puesto en ella algo de su esfuerzo, se ha convertido en propietario de esa cosa. Afirma que la finalidad máxima y principal que buscan los hombres al reunirse en Estados o comunidades, sometiéndose a un gobierno, es la de

salvaguardar sus bienes, dado que esa salvaguardia es muy incompleta en el estado de naturaleza. El régimen legítimo de propiedad requiere que también otros puedan acceder a ella.

En el pensamiento lockeano la justificación básica de la apropiación se deriva de la enorme abundancia de bienes apropiables, sobre todo desde la perspectiva con que Europa veía a gran parte del resto del mundo. Dios había dado el mundo a los hombres en común, pero para que se beneficiaran trabajándolo y el trabajo debía ser el título de posesión. Luego, en ciertas regiones la tierra devino escasa y entonces se establecieron límites por acuerdos. El acuerdo y el consenso mutuos afirman definitivamente la propiedad que inician el trabajo y la industriiosidad.

La relación de la abundancia con la legitimidad de la apropiación es uno de los grandes temas de la filosofía de la propiedad. De cierto modo, puede decirse que la posibilidad de apropiación es casi infinita porque también lo son los bienes inventables, pero también cabe señalar que las capacidades para la apropiación son diversas. Quizás hoy la fundamentación más sólida de la propiedad se refiera, en cambio, a los beneficios que brinda a los no propietarios.

68. Según Locke, sólo el *orden económico* es natural, no así el gubernamental. Las instituciones jurídicas son hechas artificialmente por los hombres para dar vida y forma a los hechos económicos. La preeminencia del poder legislativo, que debe apoyarse en el consentimiento de los propietarios, implica la existencia de reglas claras para que éstos puedan calcular sus negocios. Quien tiene en sus manos el poder legislativo o supremo de un Estado se halla en la obligación de gobernar mediante leyes fijas y establecidas, promulgadas y conocidas por el pueblo, no por decretos extemporáneos, y ha de establecer jueces rectos e imparciales encargados de resolver los litigios mediante dichas leyes.

Para Locke la familia es una institución natural apoyada en gran medida en la necesidad de que los hijos sean criados con el apoyo de ambos padres. El poder doméstico, que es en interés de los hijos, corresponde a los dos progenitores. En el matrimonio, en caso de discrepancia el poder de decidir es asignado al hombre, como más capaz y más fuerte.

El Estado lockeano no es para amparar a los débiles y a los pobres, como se venía pensando a menudo desde el medievo, sino para resguardar la propiedad, para que ésta se desenvuelva en paz y seguridad. Si el rey o cualquier gobernante viola los límites de su poder se constituye en rebelde y el pueblo tiene el derecho de defenderse.

Locke busca un Estado débil. La monarquía absoluta le resulta incompatible con la sociedad civil y por ello no admite considerarla siquiera como una forma de poder civil. Entendía que todos los que consienten en formar un cuerpo político bajo un

gobierno aceptan ante todos los miembros de esa sociedad la obligación de someterse a la resolución de la mayoría.

69. Las opiniones lockeanas fundamentaban la *revolución inglesa de 1688* que, animada por los anglicanos, afirmó el predominio protestante y limitó el poder real. En concordancia con el despliegue burgués, en 1694 se fundó el Banco de Inglaterra.

En el pensar de Locke, el *Derecho Natural* es *Derecho Privado* y el Derecho Público es para su garantía y ha de tener alcances limitados. En la obra del gran empirista inglés se perfila claramente la tendencia del Derecho Privado a romper las trabas que le oponía el Derecho Público.

Cuestiones que deja planteadas el pensamiento de Locke son la legitimidad de la consideración de la *condición humana* con referencia a la *propiedad*; los alcances que ha de tener la noción de *propiedad*; la legitimación de la propiedad por el *trabajo* y si es diversa su admisibilidad en condiciones de *abundancia* y de *escasez*. También cabe referirse a las relaciones entre *propiedad* y *Derecho* en general y entre *propiedad* y *división de poderes*.

En el pensamiento de Locke ya está configurado con claridad el comienzo de los *derechos subjetivos*, que al comienzo se referirían en gran medida a instituciones de Derecho Privado (la propiedad, la contratación) en avance sobre el Derecho Público, luego consistieron también en avances de los derechos sociales y después incluirían ciertas perspectivas relativamente superadoras de la división, como los derechos ecológicos y sobre todo biológicos, que se reclaman en la actualidad.

En Locke se advierte ya la vocación apolínea de los últimos tiempos de la Edad Moderna y en particular de la Ilustración.

29. Montesquieu y las relaciones necesarias que surgen de la naturaleza de las cosas

70. En el siglo XVIII el magistrado francés Charles-Louis de Secondat, *barón de Montesquieu*, integrante de la baja nobleza de toga afirmó, sobre bases no contractualistas y de cierto análisis histórico de la realidad social, la *libertad política* y la *división de poderes*, tal vez al fin con miras a resguardar a su clase de las injerencias de la monarquía.

La concentración del poder en la realeza, que había alcanzado una manifestación arquitectónica barroca en la construcción del palacio de Versalles, para lucimiento de Luis XIII y sobre todo de Luis XIV, con un estilo que adhirió la riqueza a las paredes, vinculado a la Roma papal y de cierto modo a la Contrarreforma, contribuye

a explicar la posición de este noble de provincia deseoso de evitar la absorción por el poder centralizado. Como lo muestra el abandono de la relativa severidad barroca en el rococó, se trataba, además, de una monarquía ya decadente que se encaminaba a su derrocamiento.

Para Montesquieu las leyes son *relaciones necesarias* que surgen de la *naturaleza de las cosas*, en la que se encuentran las realidades físicas e históricas. Esas relaciones se expresan mediante la *razón*.

La *familia* y la *propiedad* responden a una tendencia fundamental de la *naturaleza humana*, pero en sus formas y efectos se encuentran reguladas de *maneras distintas* según las circunstancias. En este aspecto se convierten en Derecho Positivo. El legislador pone modos y límites a las dos instituciones.

La *propiedad privada*, surgida del cultivo de las tierras, la división del trabajo y el uso de la moneda y su defensa son la razón de ser del Derecho Civil. Montesquieu piensa, a diferencia de Locke, en una propiedad con más carácter de derecho civil, limitado y relativo. En particular prefiere la propiedad privada pequeña, que contribuye a la *igualdad* y es un gran defensor de la importancia del trabajo; el Estado debe promover las energías de los individuos. También la familia es, para él, al fin una institución civil. La sucesión se alimenta de razones de utilidad social.

Al acercar la familia a la propiedad, Montesquieu contribuye a su futura incorporación al Derecho Civil. La vinculación entre *Derecho Privado* y Derecho Público corresponde a la relación entre *propiedad* y *libertad*. El primero garantiza la propiedad, el segundo la libertad del ciudadano. Cuatro años después de su aparición, "El Espíritu de las Leyes", convertido en obra de extraordinaria difusión, fue colocado en el Index.

71. Entre las cuestiones significativas relacionadas con la obra de Montesquieu se encuentra la vinculación del *Derecho Privado* con las *realidades físicas e históricas*. Vale interrogarse si se admiten el carácter natural de la propiedad y el carácter civil de su limitación y el papel de la división del trabajo que aumenta las posibilidades del mercado y al fin debilita la importancia de la familia. En relación con el pensamiento de Locke y de Montesquieu cabe preguntarse acerca de la vinculación entre el Derecho Privado y la división de poderes.

72. Unas décadas después, en 1776, conflictos entre el Derecho Privado de propiedad y el Derecho Público tributario contribuirían a la *Revolución Norteamericana*. Inscripto en el complejo de revoluciones burguesas de los siglos XVII y XVIII, el movimiento emancipador norteamericano, de hondas raíces inglesas, fue encabezado por *Jorge Washington*, agricultor hijo de una rica familia de

origen inglés, casado con una viuda millonaria, que devino, en parte por los precios del tabaco, en uno de los hombres más acaudalados de Virginia.

De destacadas cualidades civiles y cuestionadas condiciones militares, Washington fue incluso juez de paz en el período colonial. Su perfil personal es muy diverso del de los Libertadores sudamericanos. El futuro presidente norteamericano se caracterizó por participar en el movimiento antiimportador de Virginia y en su momento procuró relacionar a los grandes *capitales* con el Estado. Entre sus realizaciones se encuentra la fundación del Banco de los Estados Unidos. Sus marcadas simpatías anglófilas hicieron que se enfrentara con Inglaterra cuando le resultara imprescindible, pero siempre la prefiriera a Francia, aunque este país hubiese contribuido a la independencia de las colonias, posición que se hizo más notoria sobre todo cuando la nación gala tomó cauces revolucionarios.

Las necesidades de la evolución del capitalismo y las diversidades entre las colonias generarían *nuevas estructuras públicas*, con la formación de una gran república federal y democrática y, pese al claro predominio protestante, separación de la religión y el Estado. Surgió así la que quizás sea la primera constitución escrita del mundo, en 1787.

30. Rousseau y el posible conflicto entre el contrato individual y el contrato social

73. En la segunda mitad del siglo XVIII el cuestionamiento del gobierno avanza con el ginebrino *Juan Jacobo Rousseau*. Pronto huérfano de una madre de familia rica, e hijo de un padre relojero, Rousseau era de origen calvinista, pero en el transcurso de su vida también pasó por el catolicismo y al fin adoptó una posición deísta. Rousseau radicalizó las ideas de que la cultura no contribuía al mejoramiento de la vida, que el hombre *nace bueno* y la sociedad lo corrompe. En lugar de confiar en la razón, se remitió básicamente al *sentimiento*, aunque al fin éste deba ser limitado por la razón. Para el ginebrino, los sentimientos de piedad y justicia nacen del amor propio extendido a los demás.

Con una concepción básica optimista, Rousseau afirma que en *estado de naturaleza* los hombres eran felices, pero el fin de esa condición se produjo cuando se introdujo la desigualdad con la propiedad privada de la tierra y el desenvolvimiento de la agricultura, diferenciándose los ricos y los pobres. Entonces los ricos, a quienes el ginebrino detestaba, procuraron establecer reglas de justicia y paz. Para restablecer la libertad propone la idea de *contrato social*; la propiedad es previa al Estado, pero a partir del pacto la legitimidad viene del consenso.

Entiende Rousseau que a través del contrato social, de carácter irrevocable, los derechos naturales se transforman en *derechos civiles*. El Estado garantiza los *derechos civiles* y entre ellos la propiedad, pero su aseguramiento no es el fin del Estado. El manejo de la sociedad debe hacerse por la *voluntad general*, que tiene en cuenta a todos, pero esa voluntad es indicada por la *voluntad de la mayoría*. El gobierno surge, en cambio, de un mandato revocable. En las ideas de Locke hay dos contratos de distinta jerarquía, pero plenamente tales; en las de Rousseau hay un contrato cabal y un mandato revocable.

74. Según las ideas del ginebrino, en el estado de naturaleza la propiedad se halla limitada a los muebles de consumo, en el del salvajismo abarca la casa y el terreno circundante, pero con la introducción de la agricultura se proyecta a la tierra cultivada. La agricultura y la propiedad privada del suelo se vinculan profundamente. La propiedad generaba la discordia, pero los propietarios pactaron con los débiles para la defensa de la vida y de la propiedad en oposición a los violentos. Así nacía, según Rousseau, el régimen civil (distinto del natural) para regular la propiedad.

En el pensamiento rousseauniano se produce cierto cuestionamiento básico de la institución que Locke jerarquizaba y una preocupación fundamental por la igualdad. Las tensiones entre la *libertad*, más afirmada en el pensamiento inglés, y la *igualdad*, más atendida en el pensamiento continental, es una línea constante de la cultura europea. A su vez, las dos ideas son, sin embargo, profundamente significativas para la estructuración del Derecho Privado.

Aunque compartimos la orientación que diferencia la vocación liberal de Montesquieu y la tendencia democrática, incluso autoritaria, de Rousseau, ambos piensan, desde la cultura francesa, que el Estado y la ley son responsables de la felicidad del individuo. De cierto modo, en la obra de Rousseau el Derecho Público *democrático* nace para poner límites al Derecho Privado de la *propiedad*. La intervención en la libertad de contratación puede fundarse con fuerza en la democracia. No hay un Derecho Privado independiente del Derecho Público. Aunque mucho se ha discutido al respecto, creemos que queda pendiente, en cambio, la posibilidad de que la democracia avasalle a la propiedad e incluso a la propia libertad. Ya está clara la tensión, tan importante en nuestros días, entre *mercado* y *democracia*, que a veces busca una síntesis en los derechos humanos.

Para Rousseau la familia es una institución natural, pero la propiedad privada la desvirtúa y la hace marco de autoritarismo. La ley aproxima a la familia al ámbito de las convenciones.

75. Entre las grandes cuestiones que plantea la obra del ginebrino se encuentra

la relación entre el Derecho Privado en general, y la *propiedad* en especial, y la *democracia*, vinculación manifestada, por ejemplo, en las posibles tensiones entre el *contrato individual*, de carácter privado, y el *contrato social*, del ámbito público. En nuestros días un interrogante especialmente significativo es la relación entre el mercado y la democracia.

31. Las ideas económicas y el avance de la libertad

76. La Edad Moderna fue escenario del desarrollo de las ideas económicas y éstas plantearon en gran medida el crecimiento de la dificultad en la relación entre lo económico y lo estatal.

En primer lugar cabe mencionar a los *mercantilistas*, que abren la gran problemática de la relación del Estado moderno con la economía, y cuyo exponente más célebre es *Jean-Baptiste Colbert*, ministro de Luis XIV de Francia, el “Rey Sol”. Ha podido decirse que ninguna historia de ningún otro pueblo exhibe tan claramente como la francesa una cultura configurada por la voluntad del soberano y el país galo era el modelo de la vida política y social. Sin embargo, a su vez, el año 1688 significa, con la segunda revolución inglesa, el claro comienzo del poder que habría de imponer el equilibrio europeo con miras a su predominio marítimo y al fin reemplazar a la hegemonía francesa.

El ambicioso y eficiente Colbert, descendiente de una familia de comerciantes, es digno continuador del ciclo de grandes políticos franceses que integran también Richelieu y Mazzarino. El mercantilismo expresa el tránsito desde la economía más referida a pequeños productores y comerciantes a las grandes dimensiones del capitalismo. Los mercantilistas creían que el éxito en la economía se debía al saldo favorable de la *balanza comercial*. Esto invocaba la intervención del Estado para lograrlo y, en los países más avanzados, para promover la *producción* de bienes exportables y, en lo posible, evitar las importaciones. Una expresión significativa de la realización del mercantilismo fueron las “manufacturas reales” francesas de los siglos XVI y XVII, que atendían a una función privada pero considerando un interés nacional. Le siguieron otras manifestaciones en diversos países, sobre todo a medida que en el siglo XVIII se desarrolló el despotismo ilustrado. Se destacaron, en general, los productos de lujo, por ejemplo, la porcelana y la seda.

Como señalamos, con un criterio todavía afín al medievo, en la economía mercantilista el gobierno solía controlar la calidad de los productos. En realidad la “policía” como administración interna del país estaba presente en casi todos los aspectos de la vida. La política mercantilista se ocupaba de la construcción de

caminos y canales y asignaba importancia a la marina mercante, pero de cierto modo desjerarquizaba a la agricultura. Sin desconocer los avances que se fueron logrando en este ámbito, es posible que en esa actitud se nutriera el malestar social que experimentó Francia en el siglo XVIII.

En Inglaterra, el absolutismo de los Estuardos creó el primer derecho de patentes europeo. En España imperó la vertiente mercantilista denominada "*bullonismo*", que se centraba en la conveniencia de contar con metales preciosos y contribuyó a que se produjeran una gran inflación y la ruina de las industrias. La producción primaria española solía ser exportada para su elaboración en el extranjero y reimportada a precios muy altos.

Si bien se solía asignar significación a las finanzas del Estado, también la venta de cargos y el arrendamiento de impuestos expresaban las ideas mercantilistas. Las nuevas economías se caracterizaban por la centralización hacia adentro y el aislamiento externo. El jurista burgués reemplazaba a la nobleza guerrera y al patricio de las ciudades medievales. Surgía una nobleza administrativa. La educación se encaraba como un aporte para adiestrar mano de obra con miras a la producción de bienes.

En ese tiempo, el sistema colonial español, apoyado en el protagonismo del Estado como ejecutor o dirigente de la economía, fue superado por los sistemas holandeses e ingleses, en los que la constitución corporativa daba más espacio a la actividad privada. Aunque el mercantilismo es la concepción predominante en la época de las monarquías absolutas, el sentido de la participación estatal en la economía es al fin una constante en el desenvolvimiento histórico. El apogeo del mercantilismo es coetáneo del estilo barroco, sucesor del renacentismo, que se caracterizó por la gran profusión de adornos y la ostentación de la riqueza. Puede decirse que, como no se sabía encauzar de modo suficiente la riqueza para la producción, se la destinaba a la ostentación.

En el mercantilismo hay una combinación del *Derecho Privado* y el *Derecho Público*, una ampliación de la economía doméstica del soberano, con la relativa integración de los pensamientos antiguos referidos al "oikos" y la "polis". El personaje que comienza a perfilarse con claridad en la economía de la Edad Moderna es el *empresario*, diverso del trabajador, del dueño de la naturaleza e incluso a veces del mismo capitalista.

77. El mercantilismo expresa todavía la alianza de la burguesía con la monarquía. El interés de la monarquía francesa en el régimen comercial se expresó por ejemplo en las compilaciones de usos y leyes francesas de las famosas *Ordenanzas de Colbert* u *Ordenanzas de Luis XIV* (1673 y 1681), que contuvieron regímenes bastante completos

sobre el Comercio Terrestre y Comercio Marítimo. Sin embargo, las aspiraciones burguesas irían encontrando mejores cauces a través de la fisiocracia y el liberalismo desarrollados en el siglo XVIII. Abandonado el apogeo del mercantilismo, la idea de una intervención importante del Estado en la vida social siguió presente en el país galo, al punto que se dice que Francia se construyó desde el Estado, Inglaterra contra el Estado e Italia incluso a pesar del Estado.

78. El médico francés *François de Quesnay*, de cuyos orígenes poco se sabe, fundó la *fisiocracia*, es decir, la doctrina que atribuye a la *naturaleza* la producción de la riqueza, remitiéndose en consecuencia al desarrollo de la actividad agrícola y a la libertad económica. Fue uno de los difusores de la célebre máxima "*laissez faire, laissez passer ...*". Para la fisiocracia, la naturaleza *racionalmente reconocida* conduce al bien. Hay un orden social natural, que no depende de nuestra voluntad, formado por leyes eternas que debe ser acatado por los gobiernos. No existe un Derecho con valor universal, aunque lo jurídico puede ser determinado sólo mediante la razón y hay, sí, una justicia absoluta.

Para la fisiocracia, la propiedad se apoya en el trabajo del suelo y su manifestación más jerarquizada es la *inmobiliaria*. Se considera que la clase verdaderamente productiva es la de los agricultores libres, en tanto los comerciantes y los artesanos, encargados de la distribución y la transformación de los productos agrícolas, poseen significación menor, por la utilidad pero no por la productividad. De alguna manera, la fisiocracia satisfacía las aspiraciones de la nobleza terrateniente y, de cierto modo, condijo con el espíritu campesino, todavía hoy muy fuerte en Francia.

En la fisiocracia el *Derecho Privado* se deriva, con destacada jerarquía, de un *orden natural objetivo* que se conoce mediante la razón. En las relaciones jurídicas privadas de carácter económico el Estado no debe intervenir.

Luis XVI intentó mejorar la condición de Francia poniendo en el ministerio al burgués fisiócrata *Anne-Robert-Jacques Turgot*, pero luego ante las presiones de los cortesanos lo despidió.

79. El escocés *Adam Smith*, un hombre especialmente interesado en la moral y el Derecho, fundador del *liberalismo económico*, consideraba al *trabajo* y en general la actividad humana como fuente de la riqueza y sostenía que el valor ha de surgir de la *oferta* y la *demand*a; reclamaba la *libertad personal*, la *propiedad privada* que asegura la utilización más deseable de la riqueza y la *iniciativa* y el *control individuales* en el ámbito empresarial. El origen de Smith lo ubicaba en un clima donde, pese al recuerdo popular de la reina católica María Estuardo, había especial influencia calvinista. Para el economista escocés, la riqueza es más una corriente de productos que una oferta

disponible. Smith destacaba la importancia de la organización del trabajo, que era la medida real del valor, aunque en la práctica éste se expresara en dinero, y reconocía al ahorro como la fuente del capital. Reclamaba la libre competencia y confiaba en el equilibrio económico que se lograría a través de la “mano invisible” del mercado.

El célebre autor liberal se refería al fin a una empresa industrial predominantemente artesana, casi no penetrada por las diferencias de clases del desarrollo capitalista. En una línea análoga a la de los fisiócratas, sólo admitía un mínimo de intervención estatal.

Para comprender mejor el sentido de la obra de quien muchos consideran padre de la Economía Política, obra que no es sólo significativa en el desarrollo de la Economía, sino como iniciación de las Ciencias Sociales, vale tener en cuenta que su libro “Investigaciones sobre la naturaleza y las causas de la riqueza de las naciones” se publicó en 1776, el mismo año de la *Revolución Norteamericana*, de cierto modo a su vez una crisis del mercantilismo.

Suele decirse que Smith persuadió a su generación y gobernó a la siguiente. Sus ideas fueron bandera frecuente de la Gran Bretaña del siglo XIX y, junto a las críticas filosóficas de Kant, contribuyeron a formar una especie de “Biblia” del liberalismo.

80. La *Revolución Industrial*, corresponde a uno de los grandes despliegues del cambio del Derecho Privado y el Derecho en general. Al historiarla en su “Derecho privado europeo”, Helmut Coing aclara que industrialización significa producción de bienes para el mercado en gran cantidad, con empleo de la técnica. Esto importa alejamiento de la producción para los interesados individuales según sus especiales deseos y producción en masa de bienes uniformes hecha en las *fábricas*. El trabajador de una fábrica se desenvuelve bajo una gran ordenación extraña. Se impone una mayor racionalización de la economía, orientada estrictamente a la relación coste/utilidad.

Puntualiza Coing la importancia que tuvieron las nuevas vías de comunicación, mejores canales, caminos y luego ferrocarriles. La explosión mayor se produjo en Inglaterra, sobre todo a partir de 1770; en el continente el cambio fue más lento. En general el proceso comenzó con la producción textil, de hierro y carbón, luego se desarrolló la química y posteriormente la industria eléctrica.

Vale considerar la importancia que tuvieron, por ejemplo, las grandes maquinarias textiles inglesas de la segunda mitad del siglo XVIII, elementos de producción que se utilizaban también en el continente, con la participación de técnicos ingleses. Es más: bajo Luis XIV se importaron máquinas de Inglaterra a Francia. En Bélgica se desarrolló la industria textil y, luego, la del carbón y la del hierro.

En Alemania, Austria e Italia la industrialización sería más tardía. La industrialización italiana, comenzada en tiempos de la unificación (c. 1860) se limitaría

a la zona norte. En España la industrialización fue limitada, quizás con la excepción de la industria textil, en Barcelona. Rusia se industrializó con gran empuje a partir de 1880 (en 1913 estaba en el quinto lugar del mundo, después de Gran Bretaña, Estados Unidos, Francia y Alemania).

Progresivamente, sobre todo a partir de 1850, se iría desarrollando un nuevo período del *mercado de capitales*, destinado no sólo a hacer préstamos a los Estados, como predominaba hasta entonces, sino a los particulares. Estos datos, emergentes de raíces profundas en las que no está ausente el espíritu occamista, contribuyen a explicar los conflictos del tiempo posterior y sus desenlaces.

Los cambios de la producción y la distribución y las propias contradicciones entre los Estados dominantes estaban abriendo cauces a la superación del trabajo manual y del trabajo a domicilio o en condiciones de esclavitud propiamente tal o de relativa esclavitud de la servidumbre. La dinámica de la economía exigía el abandono de los compromisos de la esclavitud. Cientos de miles de campesinos emancipados estaban en condiciones de emigrar a las ciudades.

Por esos cauces, el Derecho Privado patrimonial se apartaba de las personas sometidas a la esclavitud en sentido amplio y se refería más a las cosas “naturalmente” tales. Con el avance del desarrollo capitalista, nuevas teorías económicas y sociales procurarían dar respuesta a las situaciones distintas.

El hombre se independizaba de modo creciente de la naturaleza y la manera de recomenzar la vida sería el “con-trato”. La referencia de cierto modo “familiar” de las corporaciones iba llegando a su fin. A su vez, como hemos señalado, el Derecho Privado tendía a *independizarse* de las imposiciones del Derecho Público. Sin embargo, la sencillez del mecanicismo social moderno se haría luego a menudo insatisfactoria. El sentido social complejo del siglo XIX se iba abriendo camino.

Entre las cuestiones importantes que plantea esta evolución de las doctrinas económicas se encuentra la referida a la relación entre la “naturaleza” de la economía y el Derecho Privado.

81. Alguna vez, los utopistas modernos intentaron movimientos de cambios efectivos en el campo político y social. Esto sucedió en el marco de la compleja corriente de los “*niveladores*” ingleses, que procuraban nivelar a todos los hombres hacia abajo. Gerard Winstanley, específicamente un “cavador” comunista, ofreció el planteo de una filosofía “proletaria”. El revolucionario inglés, que el Lord Protector tuvo que reprimir, consideró a Jesús el primer nivelador e insistió en la propiedad comunal. Su grupo pretendió tomar tierras comunes, no cercadas, para producir en beneficio de los pobres.

IV. La Edad Contemporánea

32. La codificación prusiana, expresión del despotismo ilustrado

82. El Derecho Romano y el germánico y la obra del racionalismo alemán, en la que ocupan un lugar importante las ideas modernas de *Christian Wolff*, derivadas en gran medida de las de Godofredo Leibniz, confluyeron en la Edad Contemporánea en la llamada "codificación" del *Derecho General Territorial Prusiano* de 1794.

Prusia era un Estado surgido y desarrollado en base al poder absoluto de varios de sus primeros gobernantes. Pese a cierto desarrollo industrial era un país agrario, y la eficacia de su importante *ejército* y la seguridad de la monarquía se apoyaba en los *aldeanos*. En gran medida el Estado prusiano se sustentó en el especial interés de *Federico Guillermo I*, el "rey sargento", en el *ejército* y la *administración*. Se entendía que cada cual hacía lo suyo: unos eran soldados, otros, pertenecientes a la nobleza, eran oficiales, y la burguesía libre proporcionaba los recursos.

Federico, un hombre de honda fe luterana, tenía un sentido de la economía profundamente mercantilista. Como expresión de su interés en el Derecho dijo en su testamento que por lo que se refería a la justicia había procurado que fuese justa y breve, pero desgraciadamente no lo había conseguido. El desprecio de Federico Guillermo por los profesores universitarios, que luego serían uno de los pilares de la grandeza de Alemania, se expresó cuando el rey colocó en una cátedra en traje de Carnaval a su lector y obligó a los profesores a debatir con él. Federico convirtió a su país en un cuartel, en la Esparta del Norte. El orden de las *clases sociales*, apoyado en la *desigualdad jurídica*, era mantenido por una *monarquía ilimitada* y niveladora.

A su vez, *Federico II*, el Grande, un *rey filósofo* de espíritu refinado y ambicioso, hijo y heredero de Federico Guillermo I, que mantuvo difíciles relaciones con su autoritario padre, fue el "déspota ilustrado" que completó la grandeza cultural y económica del Estado. Se cuenta que cuando el rey quiso ensanchar su parque de Sans-Souci, advirtió que las tierras alledañas pertenecían a un vecino. Le ofreció dinero una y otra vez, pero el hombre lo rechazó y dijo que jamás se desprendería de ellas. Irritado, el rey lo amenazó diciéndole que como era el monarca podía quitarle todo sin pagar nada. El hombre le respondió, y pudo responderle: "Eso... si no hubiese jueces en Berlín". Poco después de su advenimiento al trono, Federico el Grande proclamó una tolerancia religiosa que luego no cumplió y sería revocada por su sucesor.

Se dice que la reforma ilustrada sólo se detuvo ante el ejército, al que se dejó sometido a una estricta disciplina. Bajo el reinado del sobrino de Federico el Grande, *Federico Guillermo II*, que fue adversario de la Francia revolucionaria, pero fomentó

la industria y el comercio, se dictó el Derecho Territorial Prusiano de 1794. Este fue el monarca que amenazó a Kant por sus enseñanzas consideradas peligrosas.

83. La recepción sobre todo consuetudinaria del Derecho Romano, la herencia jurídica germánica y las divisiones políticas del Sacro Imperio Romano Germánico, acentuadas por las luchas de religión y la estrategia francesa, habían producido un complejo de distintas orientaciones culturales y diversas fuentes que provocaban gran confusión y un sentido de injusticia. Las tensiones entre el individualismo romano en ascenso y el comunitarismo germánico y entre los Derechos particulares y el Derecho común romano y eventualmente canónico generaban frecuente disconformidad. Sin embargo, los conflictos eran atenuados por el *Derecho Natural*.

El pensamiento alemán del Derecho Natural planteó las vinculaciones con el Derecho Privado por dos sendas distintas: subordinando al individuo y su derecho a la *voluntad gubernamental* y al Derecho Público, según la corriente de Samuel Pufendorf, o dando al Derecho Natural una fundamentación autónoma y *racional*, de acuerdo con la posición de Godofredo Leibniz. Quizás pueda decirse que las diversas orientaciones al predominio de la razón o de la voluntad, a menudo radicalizadas en la cultura alemana, estaban así claramente presentes.

Pufendorf, profesor de Derecho hijo de un clérigo luterano sostuvo, a semejanza de Grocio, que el Derecho Privado es anterior al pacto de sociedad civil. Según Pufendorf, el instinto sociable se manifiesta en la familia, única sociedad perfecta, pero la inseguridad del estado de naturaleza llevó a los padres de familia al pacto constitutivo del Estado, que al fin posee voluntad y personalidad diferentes de los individuos que lo originaron y es fuente del Derecho positivo. Este Derecho "civil" es el Derecho Natural al que el Estado reconoce y da fuerza obligatoria. Si bien el Estado debe respetar el Derecho Natural, un sentido de referencia positiva domina al fin al Derecho Natural. Este es un Derecho imperfecto, porque no tiene acción, en tanto el Derecho perfecto surge de la voluntad de quien manda y puede imponerse coactivamente.

La doctrina de los deberes de Pufendorf puso una base apropiada para la protección de la personalidad, a la que también contribuyó Tomasio. Para éste hay derechos innatos e indisponibles que nos corresponden con independencia de nuestra voluntad y existen desvinculados de cualquier comunidad humana. Se afirma que fue Pufendorf quien acuñó la expresión "persona moral".

El *racionalista Godofredo Leibniz*, hijo de un luterano profesor de Filosofía Moral, nació poco antes de la terminación de la guerra entre católicos y protestantes en la Paz de Westfalia de 1648. Era un filósofo, matemático, físico y jurista que dedicó gran parte de su vida a procurar superar la desunión entre católicos y protestantes.

No obstante su raíz luterana, durante largo tiempo sirvió a nobles católicos. Se lo considera uno de los grandes "europeos".

Leibniz se inspiraba al fin en la idea de que el mundo es para Dios un inmenso *problema matemático*. Creía que Dios hace a cada punto posible del mundo un sujeto puro, un centro que irradia a su alrededor un mundo propio en el que se reproduce el modelo divino. De modo concordante, pensaba el Derecho según el *modelo geométrico*. Para él la esencia del Derecho es un principio objetivo de razón, que existe de manera eterna y es necesario en la inteligencia de Dios. Con profundo optimismo cósmico, Leibniz piensa en la armonía entre el *bien común* y el *bien individual*.

En el Derecho Natural Leibniz abarca el *jus strictum*, la *aequitas* y la *pietas*, que corresponden al Derecho, la moral y la religión y a la justicia conmutativa, distributiva y universal. El *jus strictum* o *jus proprietatis* abarca las relaciones reales que tienen por principio y fin al *individuo* en sí mismo (prescindiendo de su inserción en lo doméstico y lo social), constitutivas del Derecho Privado patrimonial. Sin embargo, la noción de *jus strictum* presupone, por ejemplo, las de sujeto y objeto del derecho. En los derechos reales está implícita la obligación del tercero poseedor de restituir la cosa.

Leibniz cree que el *jus strictum* es un momento imperfecto de la vida social y, en una república óptima ideal, es más adecuada la *comunidad* de casi todas las cosas. No obstante, en las condiciones concretas suele ser mejor dejar que cada uno provea a sus propias necesidades. A través de este individualismo, el Derecho se desenvuelve como un régimen de "guerra" y de "paz". Los pactos han de ser cumplidos no porque emergen de la voluntad, sino porque son *necesarios* para la vida social.

Más allá de la perspectiva individualista afín al espíritu *romano* y pasando a un sentido más *germánico*, Leibniz piensa que trascendiendo el *jus strictum* individual, el Derecho Natural abarca la *aequitas*, con un sentido más social y de justicia distributiva, comprendiendo la *vida familiar* y *estatal*. La familia no se constituye según el modelo de la propiedad, sino que la tiene como un organismo ético a regular según criterios éticos. Luego está el Estado, que completa y perfecciona la actividad de los individuos. Es justo lo que es de interés público y el bien público es la ley suprema. Leibniz piensa en el bien de los individuos colectivamente entendidos. La superación armónica del *jus strictum* y el *jus aequum comunitatis* se obtiene a través de la noción de *pietas*, la justicia universal que trasciende la vida terrestre abarcando el *mundo veraz* del espíritu centrado en Dios. Para el racionalista Leibniz el Derecho Natural es un derecho perfecto que posee valor por sí, no sometido a la voluntad del soberano.

Christian Tomasio y *Christian Wolff* continuaron en diversas medidas las ideas leibnizianas. Tomasio identificó el Derecho a través de la coacción, con lo cual, a

nuestro parecer, limitó las posibilidades de reconocimiento de muchos aspectos del Derecho Privado. Wolff, nacido en una familia luterana encabezada por un artesano, fue acusado en ciertos momentos de ateísmo. Desarrolló y *sistematizó* ideas de Leibniz de una manera más amplia que Tomasio, por ejemplo, dando destacada importancia a los *derechos subjetivos*.

Indica Wolff que hay derechos y deberes que surgen del orden de la *naturaleza* y otros que se producen por la *voluntad*, entre los que se encuentran los del Derecho Privado, de familia y de propiedad privada, concretados en el pacto. Por otra parte, según Wolff hay derechos y deberes surgidos de la *sociedad civil* encaminados al bien público a través del Estado. De esta última manera se hacen presentes las leyes civiles dictadas por quienes tienen imperio en la sociedad, que son de cierto modo derecho de excepción. El derecho eminente del Estado sobre los ciudadanos sólo puede hacerse valer cuando hay absoluta y evidente necesidad. Si el Estado se desborda, existe el derecho de resistencia pasiva.

El Derecho Natural racionalista del siglo XVIII generó el concepto de *persona moral*, que serviría luego para pensar la persona jurídica.

84. Christian V de Dinamarca había publicado un Código Civil en 1683, en Suecia se había puesto en vigor una obra codificadora en 1736 y los sardos tenían un Código desde 1723. En 1756 se había publicado un Código Bávaro, inspirado en el Derecho Romano. Entre los antecedentes específicos de la “codificación” desarrollada en Prusia se encuentra la encomienda que en 1738 hizo Federico Guillermo I a Samuel Cocceji, quien fue gran promotor de la reforma judicial en el reino, para que preparara un *Derecho territorial estable y eterno*. No obstante, el sacrificio de concepciones jurídicas germánicas en un tiempo de surgimiento de la conciencia nacional provocó reacciones de rechazo. Pronto se afirmaría que el Derecho Natural no se identifica con el Derecho Romano. Al fin la legislación de 1794 fue resultado de una obra colectiva de muchos juristas *romanistas*, *germanistas* y *jusnaturalistas*. Las costumbres y los estatutos locales prevalecían sobre ella. Pese a que la obra fue voluminosa, de acuerdo con la inspiración racionalista, una de sus características era la brevedad y la claridad matemática de sus disposiciones.

Suele decirse que el Derecho General Territorial Prusiano refleja en forma clara e históricamente eficaz la cultura de ese reino en el siglo XVIII e incluso que en cierto grado el legislador se adelanta en los puntos de vista sociales y económicos. Para comprender el espíritu de la época vale recordar que en el mismo tiempo se había encarado la reforma procesal y se produjo una reforma penal que tendía a humanizar un sistema caracterizado por la crueldad y el prejuicio.

La referencia básica no es una doctrina del derecho objetivo; se remite al derecho

como *derecho de la persona*. Parte del derecho individual de *propiedad* en sentido amplio; luego se refiere a los derechos de la *personalidad ideal extendida* en la familia, la sociedad, la corporación, el orden social y el Estado.

En la tradición romana los elementos de la vida jurídica son el individuo y el Estado, con la consiguiente distinción entre Derecho Privado y Derecho Público; en la concepción germana, tomada en cuenta en la obra prusiana, esos elementos son el *individuo*, las *corporaciones* y el *Estado*, por eso la distinción bipartita se hace tripartita, con el despliegue corporativo. Imperaba en el “código” el espíritu de jerarquización heredado del medievo que caracterizaba a la realidad prusiana y esto contribuyó a hacerlo al fin anacrónico.

Aunque fue dictada por un rey que censuraba las enseñanzas del clero racionalista y del cuerpo docente en general, la “codificación” es de cierto modo producto del *paternalismo* del *despotismo ilustrado*. La obra prusiana procuraba que la ley impidiera la arbitrariedad judicial, por eso pretendía *preverlo todo*. En un primer momento, la solución para las lagunas y las ambigüedades fue que el juez recurriera a la Comisión legislativa, luego se fue llegando a la obligación del magistrado de pronunciarse según los principios generales del Código y la analogía. La recopilación legislativa pasó de ser fuente de un *mero orden* a servir como fuente de un sistema.

En la obra prusiana la protección de los débiles era una *concesión*, no el resultado de un derecho. Sin embargo, con un criterio diverso del que en general se impondría en tiempos sucesivos, se establecía el principio según el cual no puede denegarse el cumplimiento de un contrato a causa de la transformación de las circunstancias, salvo que, por una transformación imprevista de ellas, se hiciera imposible conseguir la finalidad última de ambas partes, expresamente declarada o deducida de la naturaleza del negocio. El Derecho Territorial prusiano asigna todavía carácter real al *derecho feudal*, al arrendamiento de disfrute de fruto y al arrendamiento urbano, otorgando a los titulares de estos derechos la posesión.

En 1783 Federico el Grande había dictado un Real Decreto estableciendo, por motivos de política demográfica, que no se debía ser excesivamente severo con el divorcio. El Derecho Territorial admitió no solamente los motivos de divorcio que los Reformadores habían deducido del Nuevo Testamento y los amplió de modo extraordinario. Lo acepta en matrimonios sin hijos por mutuo acuerdo y por antipatía insuperable, incluso a solicitud de un cónyuge. Se incorporaban, así, las ideas de la Ilustración.

Como lo destaca Helmut Coing, la importancia del Derecho Romano como Derecho Común, aún en la zona prusiana, se debió en parte a la obra universitaria, que una vez más le servía de marco. En la constitución de la Universidad de Berlín (de 1810), que sería la escuela superior más importante del reino, Wilhelm von Humboldt

encargó la organización de la Facultad precisamente al gran romanista Federico Carlos de Savigny.

85. En una comprensión trialista cabe señalar que, aunque sea con carácter de excepción, el Derecho General Territorial Prusiano presenta un régimen de autonomía y ejemplaridad básicas, pero donde al fin hay autoridad y planificación; un orden fracturado por la existencia de corporaciones, en el que las posibilidades de desenvolvimiento de la autonomía contractual resultan en definitiva limitadas. En última instancia, las fuentes formales autoritarias prevalecen sobre las autónomas. Las referencias a la justicia imperan respecto de las consideraciones de utilidad. La seguridad se obtiene mediante el fraccionamiento de las posibilidades finales del contrato.

Una cuestión significativa que deja planteada el Derecho Territorial Prusiano es la referida a la constitución de corporaciones intermedias entre el individuo y el Estado.

33. Malthus, la cuestión demográfica y el sometimiento del Derecho de Familia al Derecho Patrimonial; la economía y la vida humana

86. El economista inglés *Thomas Robert Malthus* era un *párroco anglicano* hijo de un caballero culto. Fue discípulo de Adam Smith y amigo íntimo de David Ricardo. En 1798 publicó su célebre Ensayo sobre el Principio de la Población. Pese a que el significado de sus ideas es discutido, en general la teoría del liberal Malthus entiende que toda vida tiende a aumentar reproduciéndose más allá de lo que permiten los recursos disponibles para sus subsistencia y sólo la necesidad la limita. Considera que la población aumenta en *progresión geométrica*, en tanto, en el estado actual de la tierra pero incluso en las circunstancias más favorables a la actividad humana, los medios de subsistencia se incrementan en *progresión aritmética*. Tal diversidad coloca ante el exceso de población y la permanente presencia de la miseria, a la que hay que enfrentar con medios que aumenten la producción de alimentos, mejoren la distribución de la riqueza y limiten la reproducción humana apoyándose, en este caso, en la restricción moral y la pobreza.

Malthus propone el control de la natalidad mediante medidas naturales, como el retraso de la edad de casamiento o la abstinencia, o senderos coyunturales, como las guerras, las epidemias o las hambrunas. El pensador inglés cree que el mantenimiento del rango social ocupado y la preservación de los propios hábitos son consideraciones que, en todas las naciones civilizadas, se oponen al natural deseo de los jóvenes

de contraer matrimonio. Tributario de la *moral cristiana* en un período de fuerte aspiración al *desenvolvimiento económico* considera, en cambio, que las relaciones sexuales en las que se procura impedir el nacimiento de hijos parecen rebajar, de manera muy acusada, la dignidad de la naturaleza humana.

Para Malthus la seguridad de la propiedad, que considera correlativa de la garantía de libertad, y la institución del matrimonio son las leyes fundamentales de la sociedad en las que debe dibujarse la estrategia de la supervivencia de los individuos. El matrimonio y la filiación quedan sometidos a los criterios de subsistencia desarrollados según el sistema económico. Pocas veces se registra una sujeción tan clara del *Derecho de Familia* matrimonial al filiatorio, y en general del *Derecho de Familia* al *Derecho Patrimonial*. No podría hablarse, como a veces se cree, del sometimiento del *Derecho de Familia* al *Derecho Público*, al menos en cuanto corresponda tener en cuenta que para Malthus toda interferencia excesiva en los asuntos personales es una forma de tiranía.

87. Una de las cuestiones más importantes que, en consonancia con las ideas económicas de su tiempo, presenta Malthus es la relación entre las soluciones de familia y las patrimoniales, es más, entre la *biología* y la *economía*.

Esa vinculación tensa, que quizás sea un episodio de la difícil relación entre las cuestiones “culturales” y las “naturales”, es uno de los problemas más importantes de la actualidad. En las presentes circunstancias de desocupación, globalización/marginación y nuevas posibilidades reproductivas, el referido marco problemático posee destacados despliegues.

Cabe preguntarse, además, cuáles son los medios con los que el sistema capitalista va manteniendo cierto control de sus necesidades biológicas: ¿podrá hablarse de un “mercado” de vida humana?

34. La codificación civil francesa, máxima expresión del individualismo revolucionario burgués

88. Las tensiones entre el desarrollo capitalista y el gobierno ya anacrónico de los Borbones y el sentido más racional y menos apegado a la experiencia del caso concreto de la cultura francesa contribuyeron a producir en el país galo, a partir de 1789, como fin de la Edad Moderna, una *revolución burguesa* relativamente análoga a los movimientos ingleses del siglo XVII, pero con aspiraciones universales.

En el Antiguo Régimen la opresión económica e intelectual se hacía profundamente *contradictoria*. El país se había desarrollado, pero existía un gobierno absolutista

desacreditado que garantizaba que el treinta por ciento del suelo correspondiera a los nobles y el diez por ciento al clero y se apoyaba en un régimen tributario carente de equidad. El último rey anterior al estallido, Luis XVI, era un buen hombre, pero las circunstancias resultaron demasiado complejas para sus posibilidades.

No es posible comprender suficientemente las polémicas preparatorias y los resultados de la codificación, diversificados en la *libertad patrimonial* y en el carácter relativamente *conservador* de la *organización familiar*, sin atender a la *compleja* realidad social de Francia. Wesenberg y Wesener destacan que el "*Code civil*" es todavía un buen ejemplo de la configuración patriarcal del matrimonio. El país galo era, a la vez, *agrícola* y *comercial*, con cierto desarrollo industrial. El comercio requeriría la libertad patrimonial; la agricultura se beneficiaría con una sólida organización familiar, aunque el igualitarismo contribuiría, en mucho, a la formación de predios relativamente pequeños.

Los grandes ideales revolucionarios, difíciles de integrar, fueron la *libertad*, la *igualdad* y la *fraternidad*. De cierto modo, Francia tomaba ideas de Inglaterra y las difundía por el mundo, pero con un sentido de abstracción y radicalización promovido por el absolutismo y la matemática, distinto de la "occamista" vocación anglosajona por comprobar las ideas en la experiencia.

89. El 14 de julio de 1789 cayó la Bastilla, un símbolo materialmente casi vacío del poder monárquico y el 26 de agosto de ese mismo año la *Asamblea Nacional* terminó de proclamar la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, según la cual los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos y las distinciones sociales no pueden estar fundadas sino sobre la utilidad común. La Asamblea declaró que el objeto de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre, y esos derechos son la *libertad*, la *propiedad*, la *seguridad* y la *resistencia a la opresión*. Se sostenía que toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada, ni la separación de los poderes determinada, no tiene constitución. Se entendió que, siendo la propiedad un derecho *inviolable* y *sagrado*, nadie puede ser privado de ella sino cuando la necesidad pública, legalmente comprobada, lo exige evidentemente y bajo la condición de una justa y anterior indemnización. Es importante que, en un siglo signado todavía por el imperio de la esclavitud y por grandes hostilidades hacia los extranjeros, se declararan los derechos del "hombre" antes que los del ciudadano.

En 1794 la ley Le Chapelier culminó una tendencia de *limitación de las corporaciones*, ya presente en el Antiguo Régimen y bien clara en la Revolución, suprimiendo los gremios. Vale tener en cuenta que gracias a la venta de los bienes "nacionales" (eclesiásticos y de los emigrados) el número de propietarios se

incrementó de tal manera que el país quedó configurado por la permanente presencia de los pequeños productores rurales. Sin embargo, la Revolución, que se hizo en nombre del “tercer estado”, al fin se fue convirtiendo en el camino del predominio de la aristocracia burguesa, a menudo excluyendo a los desheredados que formaban el posible “cuarto estado”.

Los grandes cambios sociales tuvieron carácter “constitucional” y se impusieron en los primeros años de la Revolución. Sin embargo, el movimiento revolucionario en sentido amplio culminaría en el Consulado y el Imperio y su obra privatista más significativa es el Código Civil de los franceses de 1804, el *Código Napoleón*, uno de los monumentos privatistas mayores de todos los tiempos. La finalización del primer ciclo del poder burgués en Francia puede establecerse con la caída del Primer Imperio, en 1815.

90. El estado del Derecho Privado francés anterior a la Revolución era relativamente confuso. Aunque las divisiones entre regiones no fueron tajantes, en el Sur, se decía que “*non ratione imperii, sed imperio rationis*”, imperaba el Derecho Romano *escrito*, justiniano o teodosiano, modificado por las costumbres locales. Había una concepción individualista de la propiedad con amplia libertad de contratar y testar y una familia unificada en dependencia con el jefe que tenía muy amplios poderes sobre sus hijos y la mujer. En el Norte, del que formaba parte París, regía de modo principal un régimen de origen germánico, expresado en *usos y costumbres*, donde no se conocían el poder amplio del padre ni la libertad ilimitada para testar. En el Sur, el Derecho Romano contribuía a que la tierra se desmembrara en pequeñas parcelas que no resultaban rentables; en el Norte, las costumbres favorecían la formación de grandes parcelas. Sin desconocer aspiraciones ordenadoras relativamente análogas que se remontan a Luis XI y Carlos VII, cabe señalar que en los siglos XVII y XVIII los reyes habían procurado la aproximación e incluso la unificación de los dos sistemas. De alguna manera se ensayaba la codificación.

Entre los nombres más vinculados a la obra que en este sentido cumplieron los Borbones se encuentran los de los juristas Jean Domat, que trató las leyes civiles en su orden natural y *Robert Joseph Pothier*, quien llevó la admiración por las *Pandectas* a considerarlas, por su utilidad para el gobierno, comparables a la Biblia.

Domat atendió al Derecho Romano y a las costumbres y desterró de su pensamiento a la vieja escolástica, pero todavía estaba fuertemente imbuido por la fe religiosa y los dogmas eclesiásticos, al punto que al fin aconsejaba a los jueces, quienes “continuamente faltan a su misión”, “juzgar como Dios mismo juzgaría”. La equidad natural, invocada por Pothier para llenar las lagunas del Derecho, era un camino para el ingreso de las ideas filosóficas. Evidenciando no sólo la facilidad

relativa de la tarea sino el impulso económico de la obra encaminada a la unificación legislativa, Pothier la inició en las obligaciones y los contratos. La creencia en que el Estado debe mantener el equilibrio de los intereses y derechos individuales muestra la afinidad de estos autores con las necesidades del capitalismo. No obstante, desde una crítica iluminista Voltaire pudo decir que existían en Francia ciento cuarenta costumbres que tenían fuerza de ley, todas ellas diferentes, y una persona que viajara en ese país cambiaría de ley con la misma frecuencia que su caballo cambiaría de lugar. En algunas fuentes informativas el número de regímenes vigentes en Francia en 1789 era trescientos sesenta y seis.

Lo que los Borbones necesitaban menos y lograron en menor medida, sería una exigencia básica que pudo satisfacer la burguesía: para que hubiese al menos un *mercado nacional* relativamente evolucionado era imprescindible que hubiese un solo Derecho.

91. La filosofía revolucionaria que culminó en el Código Civil tiene raíces en el *racionalismo cartesiano* y el *empirismo* y el *naturalismo ingleses*, aunque el motor ideológico inicial estuvo en la referencia al pensamiento británico. El cartesianismo recién adquirió ciertas características innovadoras de la realidad en el siglo XVIII, en el cuestionamiento de las instituciones y luego en la referencia del saber jurídico a la idea innata de justicia a través de la razón individual. Superados los despliegues más democráticos de la Revolución, los economistas daban curso a intereses análogos a través de la *fisiocracia*.

Destaca Helmut Coing que los problemas de las nuevas regulaciones del Derecho Privado tenían que resolver la libre circulación a través de la propiedad libre, un derecho de contratos claro, firme y flexible que garantizara las posibilidades de desarrollo de la iniciativa privada y una protección amplia de la confianza en el tráfico mercantil. Una nueva edad significa también una enorme carencia histórica de normas.

Suelen discutirse el papel que la conservación del mundo antiguo y la innovación revolucionaria por una parte y el rol que el sentido práctico y la Filosofía por la otra tuvieron en el Código Civil francés. Se ha dicho, por ejemplo, que la obra napoleónica es un término medio entre dos corrientes de la doctrina jurídica francesa: por una parte, una vertiente empírica, positivista, austera y para algunos reaccionaria, sostenida por una suerte de "jansenismo" jurídico, opuesto al cartesianismo y más referible a las costumbres y, por otra, una tendencia iusracionalista moderna, emparentada con el avance individualista revolucionario.

En parte, ya indicamos que el proceso de la Revolución se desarrolló en una relación difícil entre la libertad, la propiedad y la igualdad. Si se toman como referencias

la obra de la Asamblea y de la Constituyente por un lado y de la Convención e incluso del Directorio por otra, resulta un cambio desde la mayor referencia a la libertad a la mayor consideración a la igualdad. Algunos ven en la obra de la Convención, interesada en que el Estado influyera no sólo en la igualdad política sino económica, ciertas tendencias "socialistas". En cambio, si la comparación se establece entre la obra de la Asamblea, la Constituyente, la Convención y el Directorio por una parte y la Codificación civil de 1804 por otra, hay un paso desde relativas formas de igualdad a una más extrema preferencia por la libertad.

Aunque hubo dudas en cuanto al papel que debían tener los filósofos, más apegados a la igualdad, o los juristas en el proceso codificador, al fin predominó la perspectiva jurídica. En definitiva, estaban en conflicto los sucesores de Locke, confiados en el individuo y los de Rousseau, confiados en la actuación del Estado y la obra del legislador. El individualismo solía remitirse al paradigma romano, en tanto el igualitarismo solía referirse más al modelo germánico, aunque no hay que confundir los avances del igualitarismo con triunfos germánicos. La Codificación significó no sólo el avance sino la radicalización del elemento romano, producida con miras a satisfacer las aspiraciones capitalistas de la burguesía y apoyada además en su superioridad técnica.

En el 89 y al final del proceso el individuo es el árbitro de su derecho, en el 93 el primer lugar corresponde a la actuación del Estado. Del carácter sagrado e inviolable de la propiedad, como el de la persona de la que emana, se llega a la realización y la conservación de la igualdad. De la caída de las restricciones al poder del propietario, se pasa a la consideración de la propiedad como una institución civil sujeta a importantes restricciones. El régimen sucesorio estuvo en general dominado por la idea de que se trata de una institución civil, no natural. En la Convención predominaron tendencias especialmente favorables a la consolidación de la familia, con restricción de la posibilidad de desheredar, reducción de la cuota disponible y distribución igualitaria entre los integrantes de la familia.

Se sucedieron varios proyectos de codificación, obra de Cambaceres, un jurista amigo de los jacobinos que mantuvo influencias romanistas, pero no tuvieron éxito, sobre todo por las diferencias entre los gobernantes y la evolución de la opinión pública hacia una mayor búsqueda de la libertad que discrepaba con las tendencias de la Convención. El Derecho Privado fue perdiendo su autonomía inicial y pasó a servir al Derecho Público, aunque al final del proceso, de cierto modo en las propuestas de la época del Directorio y sobre todo con el Código Napoleón, recuperó su predominio.

92. La obra codificadora napoleónica se inspira al fin en una combinación de ideas fisiocráticas de racionalismo económico, confluyentes con el racionalismo cartesiano,

la influencia lockeana y la búsqueda de la utilidad, con el respeto a las raíces del proceso histórico francés y las necesidades prácticas. Entre el Derecho Romano y el Código bonapartista están la conciencia individual cristiana, de los canonistas y los postglosadores; la Reforma, que acentúa la posibilidad de leer y escribir; el individuo cartesiano, que piensa y así sabe que existe. De dicho modo se llega a la voluntad que obliga. Los romanos creían más en el equilibrio de las prestaciones, los franceses se refirieron más a la voluntad.

La codificación napoleónica tenía el sentido legalista del continente, y la propiedad romana y de cierto modo inglesa. La elaboración francesa difiere de la búsqueda de la felicidad y la perfección de la obra prusiana.

93. *Napoleón Bonaparte*, por entonces Cónsul vitalicio y luego Emperador, había nacido en *Córcega*, una isla mediterránea poblada por sucesivos conquistadores desde la Antigüedad, en la que los romanos habían fundado colonias desde el siglo III a J. C. luego de la caída de la isla bajo el poder de Roma, en la primera Guerra Púnica. *Córcega* correspondía desde tiempos muy remotos, pero también como ex colonia genovesa recientemente cedida a Francia, al área francesa de cultura romanista. Las luchas corsas por la independencia eran y son todavía importantes.

El futuro Emperador era hijo de un abogado perteneciente a una familia de origen toscano enriquecida con la agricultura y el comercio, que se había incorporado a la pequeña nobleza. La síntesis de *agricultura*, *comercio* y *nobleza* resultaría significativa para su personalidad. Quizás heredó de su padre, llevado a dejar de ser partidario de la independencia de la isla para convertirse en celoso defensor de la dominación francesa, el no tener lealtades personales.

En la biblioteca de su padre, Napoleón pudo consultar las fuentes que lo llevaron a tener el sentido de racionalidad práctica y de confianza en la legislación que caracterizó sus realizaciones. Sin embargo, su mente a la vez matemática, soñadora y práctica no estimaba a los juristas y desconfiaba de ellos. Tal vez el despliegue de lo fáctico en el combate y el quizás incluso excesivo sentido práctico del Corso afianzaba el juicio crítico contra los juristas. Cuando Maleville publicó un Comentario razonado de esa obra, el Emperador dijo que su Código se había perdido.

Las dotes militares napoleónicas, que al principio pasaron desapercibidas, no tardaron en evidenciarse con caracteres descollantes. Pese a haber sido compañero de ellos en el Instituto e incluso su aliado, Napoleón venía desarrollando un profundo desprecio por los "*ideólogos*" que le parecían, por sus consideraciones metafísicas (podría decirse de falsa conciencia), espíritus confusos y falsos a quienes les serían útiles algunas lecciones de geometría.

Afirmó Napoleón que la ideología, con esa tenebrosa metafísica que investiga

con sutilidad las causas primeras, quería fundar sobre dichas bases la legislación de los pueblos en lugar de apropiarse las leyes en el conocimiento del *corazón humano* y de las lecciones de la *historia*. La jerarquización napoleónica de la historia significaba, de cierto modo, el fin del Iluminismo.

Sin desconocer la maravillosa resistencia española, ni los resultados no del todo satisfactorios de la guerra entre el continente y el mar que significó el bloqueo continental, cabe afirmar que la primera gran derrota del descollante militar y político corso se produjo ante la naturaleza, en la al principio tan temida guerra contra la semiasiática Rusia. Tal vez para comprender mejor el perfil histórico de Napoleón valga apreciar que venció a los mejores militares “continentales”, no así al frío ruso ni a los ingleses.

94. Napoleón aparece en la Historia como una especie de *síntesis* del proceso, de cierto modo como un “monarca” burgués, con toda la pompa de la monarquía. Podría decirse que es el heredero burgués del modelo de Luis XIV. En él se concretaron momentáneamente los deseos populares de evitar el regreso al Antiguo Régimen y de mantener los logros de la Revolución superando su anarquía e incluso sus crímenes. Urgía superar los excesos del movimiento al que el propio Corso había acompañado, en su momento, como miembro del extremista partido de los jacobinos.

En diciembre de 1804, para coronarse emperador en un acto inmortalizado por el pintor neoclásico Jacques Louis David, Napoleón convocó al Papa, pero se colocó él mismo la corona. El líder corso se creía de alguna manera heredero de Carlomagno, pero el gesto de su coronación, un poco más de un milenio después, marcaba la independencia del poder civil. Tiempo después el Emperador sería excomulgado. Fue el líder burgués quien provocó el fin formal del medieval Sacro Imperio Romano Germánico (Segundo Imperio de Occidente), cuyo título ostentaban los Habsburgos.

95. La tarea codificadora napoleónica, con la que se procuraba una vez más unificar jurídicamente a Francia como nación, fue encomendada a una *comisión* compuesta por *François Tronchet, Jean Portalis, Felix Bigot de Préaméneu y Jacques Maleville*. Tronchet y Bigot de Préaméneu expresaban las perspectivas del sistema jurídico del Norte; Portalis y Maleville el del Sur. Tronchet, proclamado por Napoleón el primer jurisconsulto de Francia, fue defensor de Luis XVI; Bigot de Préaméneu, un auténtico realista, había protegido al Rey mientras se desempeñaba como presidente de la Asamblea, llegando a ser detenido bajo la Convención por sus ideas moderadas; Portalis, relator y decidido impulsor del Proyecto, había sido detenido y expatriado por el mismo motivo; Maleville es considerado un verdadero campeón en la defensa del Derecho Romano.

El propio Napoleón tomó parte en las deliberaciones cuando el proyecto fue debatido en el Consejo de Estado. El Derecho Romano, la equidad, el principio de autoridad y la razón de Estado fueron grandes líneas que el Cónsul afirmó en la nueva obra. Destacado interés revisten las opiniones políticas y jurídicas de Portalis, que son en gran medida una de las fuentes inspiradoras de la filosofía del Código napoleónico. Suele decirse que su ideal se coloca a caballo de la licencia y la tiranía.

Pese a que las ideas contenidas en él no fueron del todo aceptadas, el "*Discurso Preliminar*" al primer proyecto de la obra napoleónica, que refleja sobre todo los pareceres del relator Portalis, es documento fundamental para comprender la codificación y suele ser considerado uno de los más bellos textos acerca de la legislación.

En el Discurso se afirmaba que el Derecho es la *razón universal*, fundada en la naturaleza de las cosas, pero el espíritu napoleónico no podía dar una razón abstracta, sino enraizada en la historia. En una confluencia de razón y voluntad, el Código fue considerado la *razón "mandada"*. El mensaje de los integrantes de la comisión recogía la cohesión del Estado francés elogiando el valor de la legislación uniforme para el país. Refiriéndose a la época reciente, los codificadores criticaron los desbordes revolucionarios encaminados a obtener el apoyo popular. Dijeron que en materia de instituciones y de leyes los siglos de ignorancia son el teatro de los abusos y los siglos de la filosofía de las luces habían sido, muy a menudo, el teatro de los excesos. Afirmaba el Discurso que las leyes no son puros actos de poder, son actos de sabiduría, de justicia y de razón; son hechas para los *hombres* y deben adaptarse al carácter, los hábitos y la situación del pueblo para el que son hechas. Indicaban los codificadores que un *gran Estado* a la vez *agrícola* y *comercial* como Francia, que poseía diversas industrias, no podía tener leyes tan simples como una sociedad pobre o reducida.

Aunque sus ideas no tuvieron éxito, decían los integrantes de la comisión que las necesidades de la vida son tan variadas, la comunicación de los hombres es tan activa, sus intereses son tan múltiples y sus relaciones tan extensas que es imposible al legislador preverlo todo. Señalaban que muchas cosas son abandonadas necesariamente al imperio de los usos, a la discusión de los hombres instruidos y al arbitraje de los jueces. Afirmaban que en la imposibilidad de dar a los ciudadanos leyes para todos los temas, el Estado les ofrece en la materia civil, en la magistratura pública, un árbitro esclarecido e imparcial cuya decisión les evita el uso de la fuerza. Sostenían que si la ley es clara hay que cumplirla; cuando es oscura, hay que ahondar en sus disposiciones y, si no hay ley, se deben consultar los usos o la equidad. Decían los codificadores que las leyes conservan sus efectos en tanto no son abrogadas por otras leyes o hayan caído en desuetudo.

El Código pretendió ser *útil*, no novedoso. Se afirma que combinó la perspectiva reformista y la tradicional, el progreso con la estabilidad, la justicia con el orden. Suele decirse que el equilibrio de valores fue el secreto del éxito.

96. Los codificadores creían que era por la *pequeña patria de la familia* que uno se conecta a la grande. Eran los buenos padres, los buenos maridos, los buenos hijos quienes hacían buenos ciudadanos. Pese a que se admitió la secularización del matrimonio, salvo la celebración laica y el divorcio, con su trámite difícil (pero incluso por mutuo consentimiento), se siguieron al respecto diversos criterios canónicos. Al fin el matrimonio era considerado un acto natural que había atraído la atención de los legisladores y la religión había santificado. La mujer casada tenía inferioridad en cuanto a poder y economía. Destaca Helmut Coing que, pese a los contrastes entre las concepciones ilustradas y cristianas del matrimonio, todos coincidían al fin en cierta idea de configuración patriarcal. En la obra codificadora la potestad del padre sobre los hijos era grande. La familia era entendida en un marco de *legitimidad legal*, distinta de la religiosa que imperaba en el Antiguo Régimen y de la casi natural en que había pensado la Convención. La propia familia Bonaparte fue la clave de la "legitimidad" de nuevas formaciones monárquicas europeas.

La Codificación era especialmente heredera de las ideas de Locke sobre los derechos del hombre como exigencias éticas de la personalidad en su desarrollo exterior, que eran base del orden civil. Esos derechos se reducían a los conceptos de *libertad y propiedad*. La propiedad era considerada condición física de la libertad y expresión de la razón y del querer sobre las cosas. Se entendía que no era una institución civil, como en Roma, sino *natural* y la manera de ejercerla era un accesorio, una consecuencia del derecho mismo. Aunque la propiedad mobiliaria había crecido y su jerarquía obtuvo ciertos progresos, en concordancia con las aspiraciones de los fisiócratas el Código se dictó pensando sobre todo en la propiedad *inmobiliaria*; la clase más tenida en cuenta era la de los pequeños propietarios de tierra. La industria estaba todavía en una etapa manufacturera. Si a los fines de conmover la propiedad prerrevolucionaria se invocó una comunidad originaria, la defensa de la nueva propiedad estaba lejos de pensar en ella.

Las referencias jusnaturalistas llevaron a los integrantes de la comisión a afirmar, en cuanto a los *contratos*, que los hombres deben poder *tratar libremente* todo lo que les interesa. La libertad de contratar no puede ser limitada sino por la justicia, las buenas costumbres y la utilidad pública. Decían los codificadores que el dinero como las demás cosas puede ser donado, prestado, alquilado y vendido. Nunca la usura es más temible que cuando el interés es prohibido. La tasa de interés es el pulso del Estado y el gran principio es dejar las cuestiones relacionadas con él a la concurrencia

y a la libertad.

Con un criterio de diferenciación hoy en relativa crisis, entendían los codificadores que en materia civil como en materia comercial son necesarias la buena fe, la reciprocidad y la igualdad en los contratos, pero para garantizarlas no se debe razonar de la misma manera en lo civil que en lo comercial. Una larga lista de ejemplos exhibía las líneas de distinción de las dos materias, por ejemplo, en el campo de la rescisión por lesión. Afirmaban que en el comercio, donde las grandes fortunas son a menudo invisibles, se considera más a las personas que a los bienes. El carácter complejo de la realidad francesa se expresa en la diversidad de criterios entre la fuerte libertad de contratación y la admisión de la tácita reconducción.

Sostenían los integrantes de la comisión que se gobierna mal cuando se gobierna mucho. Un hombre que trata con otro debe ser atento y sabio, ha de cuidar su interés, tener las informaciones convenientes y no desatender lo que es útil. La tarea de la ley es proteger contra el fraude de los otros, pero no dispensar del uso de la propia razón. El Code limitaba el marco de los cuasicontratos y se refería específicamente al pago de lo indebido; fue la jurisprudencia de la Corte de Casación la fuente que en 1892, en el fallo Boudier, reconoció al enriquecimiento indebido, fundándolo en la equidad.

Aunque Coing señala que todavía no se consagraba la concepción de propiedad libre del sistema económico liberal, cabe indicar que el art. 544 decía que la propiedad es el derecho de usar y de disponer de las cosas del modo más absoluto. En el área más influida por el Derecho Romano, que dio los elementos para la organización patrimonial, se reflejaban las aspiraciones burguesas, de lo que sería la "paz burguesa". El poder de intervención del Estado no derivaba de un derecho eminente sobre la tierra, sino de sus funciones de árbitro y regulador de las vinculaciones privadas, con finalidades de orden y paz, en interés de los individuos.

El art. 1134 disponía que los convenios legalmente formados tienen *fuerza de ley* para los que los han celebrado. Aunque no se dice que los convenios valen por sí mismos, es importante que se sostenga que tienen fuerza de "ley".

La coherencia entre la fuerza vinculante de la voluntad y el carácter absoluto de la propiedad, que abría espacios a la voluntad del propietario, era notoria. El Code civil ya es expresión clara de la tendencia del siglo XIX a liberar a los inmuebles de las proyecciones feudales; la obra napoleónica no se refiere a la superficie ni a la enfiteusis. No contiene disposiciones sobre el condominio, carencia que fue resuelta por la ciencia.

97. Decían los codificadores que sabían que las *finanzas* pueden tener una sabia alianza con la legislación y que el interés del fisco puede ser útilmente combinado con el de la policía, pero temían que el interés de la legislación y el de la policía fuesen

sacrificados al del fisco. El registro, por ejemplo, era considerado en principio uno de los casos en que las instituciones fiscales ofrecen un bien a las finanzas y a los ciudadanos y aseguran la verdad de los contratos y de los actos entre particulares, pero cesa de ser útil y deviene funesto cuando se hace excesivo. El exceso de derechos hace que los hombres, adheridos a un beneficio presente más que a evitar un peligro futuro, devienen confiados por avaricia y comprometen su seguridad en convenciones verbales u ocultas que son incapaces de garantirla.

El Código se desentendió de la debilidad de los trabajadores e incluso generó condiciones para su explotación. Aceptó la rescisión de la venta de inmuebles por lesión pero no tomó en cuenta las lesiones del contrato de trabajo. Aunque la posición de los trabajadores en la codificación es a veces discutida, parece claro que era especialmente débil. En una sociedad de propietarios, el obrero no tenía propiedad.

98. Como hemos señalado, los componentes de la comisión afirman que el derecho de propiedad en sí es una institución directa de la naturaleza. Sin embargo, a la muerte del propietario la *sucesión* es obra del *Estado*. Si bien razones de conveniencia y equidad conducen a dejar los bienes a su familia ningún miembro de ésta puede reclamarlos a título riguroso de propiedad. Entendían los codificadores que ningún hombre tiene por derecho natural e innato el poder de decidir después de su muerte y de sobrevivir por un testamento. Sobre los bienes vacantes por la muerte del propietario no se veía otro derecho propiamente dicho que el de administración y de gobierno del Estado. Sólo se admitía un derecho de testar beneficioso pero limitado. Cuestionada la titularidad de la sucesión, al fin quedaba cuestionada la misma propiedad que tendría el heredero con posterioridad.

A criterio de la comisión, la *capacidad para suceder* no era considerada de derecho natural, era establecida como un derecho social enteramente reglado por la ley civil que no debía contrariar las otras instituciones sociales. En la obra napoleónica la legítima es la expresión legal de los deberes que el causante tiene con sus parientes. Estos deberes expresan una “voluntad” debida, acorde con la naturaleza y con la razón. Se temía que la libertad de testar fuese una senda para el mantenimiento del patrimonio y de la preferencia de algunos herederos en particular.

Sostiene el Discurso que es contra el orden de las cosas que el derecho de suceder, que es considerado no como un derecho de ciudadanía sino como un derecho de familia, pueda otorgarse a los hijos naturales. Entiende que son sin duda miembros de la ciudad, pero la ley, que establece los matrimonios, no puede reconocerlos como miembros de ninguna familia. En cambio, es necesario garantizarles, en una medida equitativa, los recursos que la humanidad requiere. Suele afirmarse que el derecho familiar y el sucesorio son las áreas donde más se manifestó la reacción limitadora de

la fuerza revolucionaria, característica del Consulado, o al menos donde se produjo cierta transacción entre las costumbres tradicionales y las tendencias revolucionarias.

El Code civil napoleónico no contiene disposiciones sobre las personas jurídicas, porque las considera tema del Derecho Público

99. Portalis estaba dispuesto a transigir en los principios si esto contribuía a que lograra su objeto y por eso, de modo semejante a Napoleón, rechazaba el abuso del espíritu filosófico que con tendencia a derivar la realidad de lo abstracto había llevado a los desbordes de la Revolución.

El Consejo de Estado, en cuyos debates participó el mismo Napoleón, no aceptó la inclusión del Título Preliminar preparado por Portalis, sobre todo con miras a mantener la separación entre el Derecho Positivo y el Derecho Natural, pero gran parte del espíritu del Código es el reflejado en la redacción del relator.

El Código se convirtió en legislación del país galo a través de diversas leyes que terminaron de dictarse el 21 de marzo de 1804. En el marco político, la obra napoleónica promovía un compromiso entre ex-monarquistas y ex-jacobinos que, de alguna manera, producía una síntesis de la historia de Francia.

Como lo evidenciaría la propia realización de la idea imperial, se buscaba la libertad económica y la solidez de la institución familiar.

100. El Código Civil francés, por su capacidad sistemática primer verdadero código del mundo, tiene un antecedente remoto en la "codificación" de Justiniano, el *Corpus Iuris Civilis*, pero más concretamente en las Instituciones de Gayo y Justiniano, de donde recoge su ordenación sistemática. La herencia romana pasaba por el Derecho Común medieval y moderno, incluyendo los aportes canónicos, por ejemplo respecto del cumplimiento de la palabra empeñada, y alcanzaba en la Francia burguesa un individualismo más profundo. El Código era doblemente "particular", no sólo porque se diferenciaba al menos en alguna medida del "Derecho Común", sino porque se refería a una *rama específica* del Derecho.

Aunque abrió una nueva ola de "universalismo" privatista por la frecuente recepción del modelo napoleónico, suele afirmarse con cierta razón que la Codificación culminante en la obra imperial marca el triunfo del Derecho particular y la crisis del Derecho común privatista originado sobre todo en la recepción del Derecho Romano justiniano.

Los avances burgueses en el marco jurídico "continental" tenían ahora un referente de alta significación. En lugares de Europa donde antes de la influencia napoleónica predominaban las formas feudales, la obra del Emperador burgués tendió a liquidarlas. Un día, desde el cautiverio, el ex Primer Cónsul expresaría que su

verdadera gloria no consistía en haber ganado cuarenta batallas; Waterloo borraría el recuerdo de tantas victorias. Lo que nadie borraría, aquello que viviría eternamente, era su Código Civil. Para defender la codificación se desarrolló la “dictadura burguesa” a través de la *escuela de la exégesis*.

El Código francés tuvo no sólo gran influencia en la Europa napoleónica. Luego del Imperio, fuera de Francia continuó rigiendo en Bélgica. En la Holanda calvinista, el Código sobrevivió inalterado hasta 1838. Conservó valor por largo tiempo en partes de Alemania. En 1865 fue casi traducido en el Código Civil adoptado por el proceso de unificación italiano impulsado por Napoleón III. En la Argentina, la obra napoleónica tuvo gran influjo sobre el Código Civil de 1869, redactado por Dalmacio Vélez Sársfield a encargo del presidente Bartolomé Mitre y aprobado a libro cerrado por impulso del presidente Domingo F. Sarmiento. En España influyó en el Proyecto de Florencio García Goyena y en el Código de 1889.

En el mismo tiempo de los comienzos de complejidad de la Codificación, en el campo musical Beethoven escribía sus grandes sinfonías. En 1804 terminaba la Heroica.

101. Siguiendo el modelo de las Ordenanzas de Colbert, en 1807 el Imperio dictó el Código de Comercio. Esta codificación cambió el sistema del derecho mercantil, concibiéndolo, desde raíces “igualitarias”, no como un derecho de la clase de los comerciantes, sino como un derecho regulador de una categoría especial de actos: los *actos de comercio*. Las discusiones acerca de la objetividad o subjetividad y la especificidad del Derecho Comercial cubren gran parte del siglo XIX. Entre los partidarios de un Derecho Civil unitario estaría el italiano Cesare Vivante; entre los defensores de la autonomía del Derecho Mercantil se encuentra la escuela de Levin Goldschmidt.

Señala Helmut Coing que la gran importancia del Código de Comercio francés radica en que aporta por primera vez una regulación general de las *sociedades de capital*, incluyendo el desarrollo de la sociedad anónima. Sin desconocer los cambios de la segunda mitad del siglo, cabe destacar que los debates acerca de los beneficios y a su vez los peligros monopólicos de las sociedades anónimas son todavía hoy esclarecedores. En ese momento se recurrió al criterio de requerir autorización. Sin embargo, la concesión del Estado deja de ser un privilegio.

El *Code de commerce* es la base del desarrollo del derecho de acciones en el Continente en el siglo XIX. Parece innecesario destacar la importancia del derecho de acciones para el desenvolvimiento del capitalismo. Indica Coing que la aparición de sociedades anónimas se produjo en mayor número en Francia y Bélgica a partir de 1830, en Alemania desde 1840 y en los otros países continentales sobre todo en la

segunda mitad de ese siglo.

El debate acerca de la unidad o diversidad del Derecho Civil y el Derecho Comercial se refiere, en definitiva, al interrogante por la relativa homogeneidad o heterogeneidad que tiene y debe tener la sociedad en relación con el comercio.

En la órbita de nuestro interés privatista se dictó, también, el *Código de Procedimientos Civiles*. La reorganización administrativa, jurídica, religiosa, financiera y educativa del imperio napoleónico afirmó al Estado, al que puso a cargo de la enseñanza media y superior.

102. Los desheredados intentaron resistir el proceso de desenvolvimiento de lo que podría llamarse “dictadura” burguesa y el ex empleado doméstico y periodista *François Noël Babeuf (Graco)*, jefe de la “conspiración de los iguales”, hizo incluso planteos “comunistas” que pretendían “despropietarizar” toda Francia y desarrollar una comunidad de bienes y de trabajo. Sin embargo, esa resistencia fue reiteradamente sometida y los más pobres tuvieron que aprender, como lo señaló Gioele Solari, que su avance dependería más de la fuerza de su organización que de los derechos del hombre. El Código no fue elaborado con la intención de establecer privilegios, pero los estableció.

En la Argentina, el Código provocó voluntariamente una marginación muy grande de los gauchos; no es sin motivo que al año siguiente de la entrada en vigor del Código se publicó la primera parte del llanto gauchesco contenido en el “Martín Fierro” de José Hernández. Juan Bautista Alberdi había denunciado al proyecto velezano como las “Leyes de Indias” del puerto de Buenos Aires.

La obra napoleónica coronó la Revolución en la que la burguesía francesa accedió al gobierno, pero es nítidamente una *etapa* de la revolución burguesa, a mitad de camino con la libertad de contratación, que abría camino a un mundo nuevo, y el intento de consolidar a la familia. El desarrollo capitalista en general daría golpes mortales a la organización familiar, al principio sobre todo en los sectores proletarios. El trabajo de mujeres y niños fuera del hogar y el traslado de actividades hogareñas de producción y consumo al exterior del ámbito familiar tendrían alta significación.

Tal vez pueda interpretarse que la libertad patrimonial y la solidez familiar de la fórmula napoleónica contiene el sentido de la individualidad promovido por las ciencias naturales y exactas y conserva la autoridad familiar que incluso se enraizaba en las bases judeocristianas de la cultura occidental, pero los avances de las ciencias sociales y humanas y la actual vuelta dialéctica al protagonismo de las ciencias naturales minarían después la solidez familiar.

103. El bloqueo continental napoleónico, para mantener alejadas las mercaderías

inglesas, importó un relativo retorno al mercantilismo que, en este período, se desenvolvió con especial beneficio para los países franceses e italianos más directamente vinculados a los intereses bonapartistas, pero no pudo evitar un alto desarrollo del contrabando.

Por su parte, Inglaterra no aceptó la abstracción de un Código y con su gran sentido empírico mantuvo incluso instituciones feudales, pero fue parte especialmente pujante del proceso capitalista y suprimió, a mediados del siglo XIX, las últimas manifestaciones del mercantilismo adhiriéndose a la idea liberal de la división internacional del trabajo entre los Estados industriales y sus mercados de venta y fuentes de materias primas.

En el terreno de las realizaciones del Derecho Público que hicieron posible y en gran medida perdurable el modelo napoleónico cabe mencionar la *organización administrativa de 1800*, que fue durante largo tiempo la base severamente centralizada de la vida pública francesa, con una burocracia sobre la cual en su momento la extraordinaria capacidad de trabajo de Bonaparte imperaba incondicionalmente. Asimismo puede mencionarse la paz inicial con la Iglesia Católica, a través del concordato de 1801, que aseguró no sólo a la religión sino a los nuevos propietarios.

Napoleón creó en 1800, durante el Consulado, el *Banco de Francia* con el fin de favorecer la reactivación económica después de la fuerte recesión del período revolucionario. Además mediante la centralización del control de las escuelas promovió el desarrollo educativo que aumenta las posibilidades contractuales. Se dice que se podía saber siempre en un día y hora determinados qué aspecto de la vida de César se leía en todos los liceos del Imperio. La educación estaba claramente encaminada a la práctica y a la *disciplina*.

El Estado y la ley daban los marcos sólidos en los que se desenvolvían la propiedad privada y la libertad contractual. Napoleón recibió un país anárquico, empobrecido y corroído por la corrupción y sentó las bases de su reorganización privada y administrativa que perduraron a través de distintos cambios políticos. El Corso representaba el poder de Europa continental, pero Europa perdió sus guerras contra el mundo marítimo de Inglaterra y el mundo semiasático de Rusia.

104. La fórmula jurídica *trialista* para comprender el régimen privatista napoleónico permite referirse en gran medida a un *plan de gobierno sólido* con miras a constituir el marco de los *repartos autónomos*. La ley prima sobre la sentencia y el contrato tiene jerarquía de ley. El orden es para la realización de la justicia integrada con la *utilidad* patrimonial y de cierto modo el amor familiar; la preocupación por la seguridad se obtiene mediante el fraccionamiento de las posibilidades de intervención gubernamental en el área patrimonial y el fraccionamiento de las decisiones

individuales en el ámbito familiar.

Entre las múltiples cuestiones que plantea el Código Napoleón se encuentra la de la relación que puede existir entre una *codificación* y la consolidación racional del imperio de una *clase social*.

35. *La codificación civil austríaca, las ideas de Kant y el individualismo filosófico*

105. Señaló Gioele Solari que el *individualismo kantiano* es el más eficaz comentario al Código Civil austriaco de 1811, elaborado durante el período en que fue más fuerte la influencia del filósofo de Königsberg en diversas regiones de Alemania. *Immanuel Kant* nació en lo que entonces era Prusia Oriental, hijo de la familia casi seguramente de origen escocés de un modesto talabartero. Aunque luego en parte lo rechazó, tal vez no sea irrelevante que Kant se haya formado en un clima pietista. El pietismo recomendaba una vida orientada hacia lo práctico y desde que comenzó a despertar en pequeños grupos el interior del hombre y a reunir las personas en una activa lectura e interpretación de la Biblia dio a la burguesía una forma de comunidad que le era adecuada. Se cuidaba el sentimiento y el alma propia y así comenzó a desenvolverse una disciplina fuertemente burguesa. En la medida que abandonó el pietismo, Kant desarrolló otra gran vertiente de la cultura burguesa: la ilustración.

Kant salió del "sueño racionalista" wolfiano, en que se había educado con su maestro Martin Knutzen, en parte por el impacto que tuvo sobre él la obra de David Hume. Es el último de los grandes iluministas y de los grandes contractualistas, suele decirse que llevó a la razón humana ante el tribunal de sí misma. Fue pacifista y admiró a la Revolución Norteamericana y la Revolución Francesa, aunque rechazó los excesos de ésta. Kuno Fischer lo caracterizó como un burgués alemán que era al propio tiempo un pensador profundo y un hombre sencillo y recto.

Los intereses filosóficos de Kant se hacen claros cuando se tiene en consideración que dos cosas llenaban su mente con una admiración siempre nueva: los cielos estrellados encima de él y la ley moral dentro de él. Al filósofo de Königsberg le interesan la exterioridad de la naturaleza y la interioridad de la moral.

106. Quizás por vivir en un cambio de edad histórica, Kant remitió la Filosofía a lo *formal*, que podía sobrevivir en alguna medida a las variaciones de los contenidos. En una época signada por el desarrollo de la Gnoseología, Kant entendió que el objeto propio de la Filosofía es el hecho del conocimiento humano, la *posibilidad de ese conocimiento*.

Kant entendió que las categorías que la metafísica tradicional consideraba ajenas al pensamiento eran productos de éste. Sobre todo en la "Crítica de la razón pura" sostuvo que las cosas son modeladas sobre nuestros conceptos y las pensamos a través de las formas subjetivas de nuestra *intuición* y nuestro *pensamiento*. Aunque reconoció sosteniendo la validez objetiva del conocimiento, la limitó a los fenómenos, es decir a las cosas tal como a nosotros se nos presentan, afectadas por las formas de la intuición sensible, es decir, el espacio y el tiempo, y por las categorías que enlazamos en unidad superior las percepciones informadas por el espacio y el tiempo (cantidad, cualidad, relación y modalidad). El centro de la perspectiva filosófica pasó del objeto al sujeto, ordenador y constructor de la *experiencia*.

Si la razón teórica se refiere al objeto en cuanto le es dado, la *razón práctica* desarrolla, en cambio, de modo *incondicionado* y *autónomo*, produciendo juicios sintéticos a priori. La razón práctica penetra en lo suprasensible, abarcando las áreas de la Ética, la Filosofía, el Derecho y la Religión.

La ley moral es la forma necesaria y universal, independiente del objeto, que tiene que satisfacer la voluntad autónoma para ser buena. La voluntad es buena cuando se obra por puro respeto a la ley, con independencia de nuestras preferencias, según una exigencia categórica. Tú debes, luego puedes, es la fórmula que resume la deducción kantiana en el ámbito moral. El *imperativo categórico* de la moral exige "Obra de tal manera que la máxima de tus actos pueda valer como principio de una legislación universal". La propia regularidad de la vida del filósofo es una muestra de su vocación moral por lo universal, de cierto modo desprovisto del interés por las particularidades.

107. Sobre esa base, el filósofo de Königsberg desarrolló una *concepción ética de la personalidad*. La moralidad era para él el campo libre y propio de la individualidad. El hombre debía realizar la personalidad perfecta. De aquí la diferenciación entre el individuo, que origina luchas y egoísmos, y la persona moralmente responsable, emergente de la *voluntad racional* que en *libertad* es creadora de valores, sometida a la ley de universalidad y de comunidad. En la interioridad Kant no encontró la riqueza particular de la psicología, todavía no desarrollada, sino la regularidad de la razón afín a la matemática.

El filósofo de Königsberg indica que las personas son *fines en sí* mismas y no pueden ser medios. En el tiempo de la Declaración de Derechos francesa, Kant proclamó, desde el punto de vista filosófico, al hombre como fin en sí y no como medio. La libertad kantiana, contrapuesta a la necesidad natural, es la forma de "causalidad" característica de los seres racionales. La libertad, propia del hombre como persona, inicia una *serie causal* totalmente nueva.

La moral kantiana, sin bases en la metafísica tradicional y alejada de la utilidad, fue un producto “abstracto” de la razón y de la libertad. Al fin, el planteo de uno de los pensadores que en su propia vida fue modelo de contracción a las reglas morales contribuyó a generar, contra la voluntad de su autor, una moralidad flotante y débil como la que caracteriza a nuestro tiempo.

108. En el pensamiento kantiano la idea del Derecho surge de la existencia exterior de la libertad, en la relación entre los arbitrios de las personas. El imperativo jurídico, es hipotético, es decir, presenta una acción apta para conseguir un fin particular. El Derecho es el conjunto de las condiciones por las cuales el arbitrio de cada uno puede armonizarse con el arbitrio de los demás según una ley universal de libertad. Para Kant, el hombre ha sido dotado de una voluntad libre, razón por la cual se le debe dar ocasión de realizar su voluntad.

Como no se atiende a ninguna consideración moral que mueva la voluntad, la coexistencia entre los arbitrios sólo puede surgir de la *coacción*, ésta es un despliegue esencial para el Derecho. Si se usa la libertad en obstáculo para la libertad según las leyes universales, es justa la coacción. La Moral y el Derecho son dos caras, interna y externa, de la voluntad y de la libertad. La *razón* es la causa de las dos obligatoriedades.

Aunque las interpretaciones no son pacíficas, cabe señalar que según Kant el Derecho racional y el Derecho empírico se desarrollan en ámbitos distintos. El filósofo de Königsberg es el principal constructor de la idea de que el contenido del Derecho Natural es ajeno a todo despliegue empírico, ético o político; luego ese mundo de la abstracción sería fácilmente destruible. Según Kant, el verdadero Derecho Positivo es el Derecho de razón promulgado, muy distante de lo que expresaría la historicidad del siglo XIX. El contenido del Derecho Natural kantiano se sintetiza en los conceptos reforzados de *libertad* y *propiedad*: la libertad como autodomínio; la propiedad como independencia del arbitrio coartante de los demás. El Derecho Natural queda circunscripto a áreas “*privatistas*”.

En su individualismo, Kant no considera explícitamente a las personas jurídicas ni a las corporaciones como sujetos de derecho. En correlación con la obra del despotismo ilustrado, somete a las fundaciones al poder del Estado. El desarrollo del pensamiento acerca de las personas jurídicas se produciría poco tiempo después, en parte por obra de Georg Arnold Heyse.

109. La posesión está implícita en la propia noción kantiana de libertad y emerge, no de la relación del sujeto con el objeto, sino de la vinculación entre dos *voluntades* con respecto a algo *exterior*. Lo fundamental son los deberes y derechos

de las personas. Sobre la posesión se desenvuelve el Derecho Privado en sus diversas partes.

La posesión tiene carácter inteligible, consiste en la voluntad de poseer la tierra, substancia respecto de la cual todas las otras cosas materiales son modos sin existencia propia, excluyendo a otros. Es legítima cuando puede ser expresión de una ley fundada sobre un querer universal y colectivo, de *igual libertad* de usar las cosas según las necesidades. La posesión referida a cosas materiales en todos sus alcances es la propiedad. Los derechos personales son formas de posesión; en el contrato hay un acuerdo simultáneo de voluntades para transmitir un derecho. La unidad de los consensos no es real, se produce en el mundo inteligible, ni en el tiempo ni en el espacio. La obligatoriedad es una verdad de razón, de carácter a priori.

El dominio eminente kantiano posee significado lógico formal, emerge de la esencia de la soberanía. En la sociedad civil la propiedad privada particular y concreta tiene como supuesto lógico el dominio eminente del soberano, que es universal y formal, pero no deriva de la propiedad del soberano sino de la razón práctica, de la ley de la libertad exterior. La propiedad eminente es condición formal y garantía de la propiedad individual.

También es la posesión el criterio de vinculación en el mundo familiar, donde el fin que puede legitimar el uso de la persona ajena debe ser la ventaja de las personas que constituyen la familia. Para que la persona no sea lesionada, el uso de la misma en las relaciones conyugales debe caracterizarse por la igualdad y la reciprocidad, como sucede en el matrimonio. Para comprender la sucesión Kant utiliza la noción de contrato: hay un concurso de voluntades entre causante y heredero. De aquí que el testamento fuese una institución natural, en tanto la sucesión ab intestato no, porque los afectos no pueden generar derechos y, además, es muy difícil presumirlos con acierto.

110. En el pensamiento kantiano el *Derecho Público* surge, en cambio, del deber y el derecho de los hombres de salir del estado de naturaleza, que puede terminar siendo de guerra de todos contra todos, para ingresar según un modelo contractual en una sociedad jurídica, donde reina la justicia distributiva. El *pacto* es la *forma lógica* en la que se cumple la exigencia racional y moral de llegar a una sociedad civil. El ideal del contrato social exige que el Estado se funde en el consentimiento de sus miembros.

El Estado kantiano tiene su razón de ser en el individuo, en la defensa del Derecho Privado de la posesión y de la propiedad. Está lejos de poder ser juez de lo que conviene al individuo, pues al hacerlo ahoga la personalidad. Es *órgano de garantía* necesario por la coacción que es inherente a la naturaleza del Derecho, cuya

fuente es la razón. Es un Estado "*de Derecho*", que emerge del Derecho a garantizar. Sin embargo, se llega a un resultado que a nuestro parecer arroja importantes sombras sobre todo el planteo kantiano, al menos desde el punto de vista jurídico: no habiendo títulos naturales ni contractuales y presentada la necesidad racional del Estado para que el Derecho pueda ser actuado, el filósofo de Königsberg desemboca paradójicamente en el autoritarismo de la prohibición del derecho de revolución y en la omnipotencia formal del Estado.

En el pensamiento kantiano el *Derecho Público* es la forma del *Derecho Privado*, al fin es el estado civil, a diferencia del estado privatista de naturaleza, al que debe servir. Siguiendo a Solari, puede decirse que Kant idealizó y "racionalizó" el pensamiento liberal, desligándolo del empirismo que lo caracterizó en Locke. Con sus ideas se concilian el individuo y el Estado y el Derecho Privado y el Derecho Público. Una clase dominante comenzaba con la pretensión de ignorar las tensiones de su dominación. Kelsen seguiría al fin sus huellas muy de cerca.

111. Kant guardó silencio ante la codificación, quizás por su vocación a desvincular el Derecho filosófico y el Derecho fenoménico pero, como hemos de ver, su filosofía fue básica en la preparación del Código austríaco, sobre todo para la tarea de su continuador, el aristócrata *Franz Zeiller*.

El Derecho vigente en el Imperio Austríaco antes de la codificación se constituía con el Derecho Romano como Derecho Común y el Derecho territorial consuetudinario que, a veces se procuraba reordenar mediante recopilaciones. La obra de la *codificación* fue iniciada por disposición de 1753 de la gran emperatriz *María Teresa*, la mujer profundamente católica, aliada de Inglaterra, que había podido salvar en la guerra de sucesión austriaca a su dinastía y a su imperio. En el curso del proceso codificador tuvo importancia la decisión de su hijo el emperador *José II*, otro monarca ilustrado, ambicioso admirador de Federico el Grande, que promovió la educación secular. En tanto María Teresa se había apoyado en la nobleza rica y el clero, José sentía horror hacia los privilegios corporativos. Sus innovaciones, tendientes a constituir un Estado germánico de características modernas en un complejo heterogéneo de pueblos con características a menudo feudales, que estaban bajo su gobierno, provocaron incluso varias resistencias. José era un hombre solitario, animado por una sincera fe en los pueblos a los que deseaba "despertar".

Para la modernización del Derecho austríaco, el emperador contó con la colaboración de un grupo de juristas en el que se destacó su preceptor el jurista barón *Karl Anton von Martini*. La obra imperial aceleró la reforma racionalista con leyes parciales entre las que se encuentra la modificación del régimen matrimonial de 1783. De cierto modo, el matrimonio era básicamente considerado como un contrato civil.

Incluso se llegó a la admisión del divorcio. Todo esto era afín al edicto de tolerancia religiosa de 1781 con el que el emperador se animó, incluso más allá de la voluntad de algunos de sus gobernados, a conmover el bastión católico que fue durante mucho tiempo Austria.

La ley sucesoria de 1786 tendía a individualizar la propiedad liberándola de la familia, la comuna y el Estado. Se estableció en general el derecho de todos los hijos a la herencia paterna. Se abolieron minoratos, haciendo que el heredero fuese el hijo más capaz, resolviendo al fin los jueces. Asimismo se dictó el llamado Código Josefino de 1786, que reunía y ampliaba las reformas efectuadas.

La obra del emperador ilustrado abolió la servidumbre y, en concordancia con la fisiocracia, defendió a los aldeanos, suprimió la tortura y llegó a la abolición de la pena de muerte. Sin embargo, a su muerte en 1790 dejó a sus Estados en medio de la rebelión contra sus medidas progresistas.

Federico el Grande había dicho que el emperador quería siempre dar el segundo paso antes que el primero pero, si bien su hermano y sucesor Leopoldo II dio marcha atrás con las reformas, es posible que sus ansias de renovación no fueran inútiles.

112. El hijo y sucesor de Leopoldo II, *Francisco II*, vencido reiteradamente por Napoleón, fue obligado por el Corso a abdicar del título de emperador del Sacro Imperio Romano, siendo nombrado tan sólo como emperador de Austria con el nombre de Francisco I. El Imperio de connotaciones feudales fue al fin liquidado por el Imperio burgués. El emperador Habsburgo debió ceder la mano de su hija María Luisa como esposa del emperador Bonaparte. Fue durante este período que se dictó el Código Civil austríaco, de influencia kantiana.

El gobierno del Francisco II está signado al fin, sin embargo, por la influencia retrógrada que, sobre todo como artífice de la Santa Alianza, tuvo su canciller el príncipe *Klemens Wenzel Lothar von Metternich*, uno de los campeones de la larga reacción absolutista. Aunque tuvo algunos aciertos, Francisco II dista de ser un gran gobernante.

Martini reinició la obra codificadora y elaboró un proyecto de Código Civil cuya primera parte estaba terminada en 1794, inspirado en el Iluminismo wolfiano. El proyecto se apoyaba en la no distinción entre la moral y el Derecho, con miras a la felicidad y la perfección. El dominio eminente del Estado tenía una fuerte presencia.

Sin embargo, la revisión del proyecto Martini abrió cauces a la filosofía kantiana a través de la intervención de diversos juristas entre los que se destaca Franz Zeiller y, al fin, las ideas del pensador de Königsberg inspiraron el Código Civil de 1811. En esta obra la codificación fue entendida como un sistema de principios con valor objetivo y universal, no referido al subjetivismo y el empirismo jurídicos.

113. Para poder encontrar espacio para la codificación, Zeiller tuvo que superar la escisión kantiana entre Derecho racional y Derecho empírico, buscando la integración entre el deber ser y el ser. Señala Solari que según Zeiller un código civil no debe ser ni una árida metafísica ni una inútil casuística; ha de presentarse como un *todo armónico* en el que las diferentes partes se coordinan, se reclaman, se iluminan recíprocamente, de modo que todas puedan considerarse desarrollos necesarios de un *único principio racional*. Suele afirmarse que los desarrollos normativos eran condicionados a las necesidades de su aplicación, sin dar cabida a abstracciones, pero la *armonía de las disposiciones* prevalecía sobre la necesidad de armonizar la realidad.

Para el juez y el juriconsulto práctico, el Derecho Natural es la única y verdadera guía a seguir en la interpretación del Derecho. Dejando de lado las normas de equidad y de oportunidad, las demás forman parte de un sistema lógico que, a través de su *ratio juris*, puede servir para resolver cualquier controversia.

La obra de Zeiller toma el principio supremo kantiano de la libertad externa y sus limitaciones según la ley de la igual libertad. Siguiendo huellas del filósofo de Königsberg, el Código de 1811 entiende que el Derecho no se deriva de la experiencia, es un concepto *a priori* de la razón práctica fundado en el postulado de la libertad exterior. Se afirmaba la igualdad como consecuencia del deber de respetar la calidad de persona.

Zeiller entiende que los grandes principios de igualdad, libertad y propiedad no significan que en la vida práctica, donde encuentran grandes restricciones y limitaciones, los hombres deban realmente tenerlas.

114. El jurista austríaco considera, siguiendo la línea kantiana, que el dominio es un derecho no sobre la cosa sino a la *exclusión de los otros* de la cosa que está en nuestro poder, comprendiendo el derecho de poseer, usar y disponer de la cosa. A diferencia de la posición savigniana, donde la posesión no es un derecho sino un hecho que la ley defiende para evitar la violencia, para Kant y Zeiller la posesión, categoría más o menos suprema de las relaciones privadas, es un verdadero y propio derecho de la personalidad afirmada sobre cosas exteriores.

El maestro de Königsberg había enseñado que el derecho de los padres sobre los hijos era una relación de posesión en beneficio de éstos como integrantes del orden familiar. Los hijos como personas tenían el derecho de ser cuidados por sus padres hasta que estuvieran en estado de conservarse por sí mismos. En concordancia con ello, el Código austríaco se destaca en el giro de la patria potestad como beneficio del hijo, al punto que no se concede al titular ningún derecho de usufructo sobre el patrimonio del hijo.

Correspondiendo a ideas de Kant, la obligación contractual es una facultad de disponer de la libertad ajena que tiene por objeto la promesa de otro. Como el pacto restringe la libertad y hace surgir la obligación de poner nuestra actividad al servicio de otros, la obligación ha de ser interpretada de modo restrictivo dentro de los límites precisos de la declaración.

Según Zeiller, la sucesión carece de fundamentación en sí, pues el testador “renunciaría” al derecho para una época en la que no puede ser titular de él; su origen está en consideraciones de Derecho Público. Dejando de lado las discusiones filosóficas al respecto, en la legislación austriaca la sucesión es una institución individualista.

Las sociedades son personas jurídicas interpretables en términos de pactos que las constituyen. Sin embargo, la unidad doméstica hacía reconocer al marido como jefe de la casa. El Derecho Natural social abarca también a la familia y el Estado, de modo que el Derecho Privado y el Derecho Público resultan al fin una unidad. A diferencia de la clave kantiana, afirmada en la posesión, la de Zeiller se remite al pacto como consecuencia del dominio.

115. Se puso gran empeño en diferenciar la *moral* y el *Derecho*, reduciendo a éste a la libertad exterior. Siguiendo el sendero kantiano, se jerarquizó la tarea de los jueces a través del imperio de la ley de la razón universal sobre legisladores y jueces y la función judicial de aplicar la ley es autónoma de la tarea del legislador. El art. 17 del Código austríaco dispone que en caso de silencio de la ley y hasta que se presente prueba en contrario, todo lo que está de acuerdo con los derechos naturales innatos subsiste sin ninguna limitación. En los casos dudosos que no pueden solucionarse ni directa ni indirectamente con los criterios del Derecho Positivo, el juez debe recurrir, según el artículo 7, a los *derechos naturales fundamentales*, es decir, el derecho sostenido a priori según la razón y que vale de modo universal e inmutable para el legislador y el juez.

El arbitrio judicial no resulta temido, porque se confía en la objetividad del Derecho Natural que la conciencia de todo hombre puede conocer a través del uso correcto de la razón. Si el legislador no ha hecho la norma, el juez debe reemplazarlo apoyándose en los principios generales del Derecho. Aunque de cierto modo atenuado, el Código sigue el pensamiento kantiano de marginación del Derecho histórico.

La obra codificadora austríaca prescinde de la idea prusiana y sobre todo napoleónica de que el Derecho Privado se encuentra en el Código. La legislación inspirada por Kant, estuvo lejos de tener el sentido revolucionario real que poseyó la napoleónica, pero nos parece superior a ésta en cuanto piensa al juez no sólo como intérprete de la ley, sino como órgano de la razón, aunque fuese una razón considerada

eterna.

Como Kant condenó el egoísmo y la explotación de los demás e incluso consideró al Estado un bien necesario, algunos pensadores han llegado a entender que en la obra del filósofo de Königsberg hay ciertos sentidos socialistas. Destacó Solari que, mucho más que de la libertad económica, Kant tuvo el sentido claro y profundo de la *libertad interior* del hombre.

116. Así como en la cultura alemana Kant representó la reacción contra el Derecho Natural wolfiano, en la cultura inglesa la reacción contra el jusnaturalismo lockeano fue encarnada por el *utilitarismo* de Bentham, que tendía a satisfacer las necesidades de reforma social de las nuevas circunstancias capitalistas más desarrolladas mediante la legislación. Bentham es, en el clima empirista y occamista británico, un relativo equivalente de lo que, salvando las diferencias, Kant es en el marco más racionalista y leibniziano alemán.

En las ideas benthamistas, utilidad, felicidad y placer al fin se identifican. La seguridad es la más importante condición de la felicidad. Si bien la igualdad es valiosa, la seguridad debe prevalecer. Sus propuestas, a veces exitosas, de reforma del Derecho (que llegaron a la defensa de un código completo, civil, penal y constitucional -pannomion-), se referían a la mayor felicidad para el mayor número, puede decirse a la felicidad general. Sin embargo, la obra utilitarista, aliada a la de Smith, pudo ser considerada al fin una vertiente del individualismo.

Para Bentham, crear derechos es procurar el *placer* de unos con el *dolor* de otros y el Derecho Civil se vale en gran medida de ellos. La propiedad surge del desarrollo, apoyándose al fin en la ocupación y la prescripción, como verdadera razón del progreso. Incluso se ayudó a los pobres para asegurar la propiedad.

Las obligaciones son males necesarios, fundados en su utilidad relativa. Se apoyan en la necesidad superior, el servicio anterior y el pacto. Este no se justifica por sí, sino por la ventaja recíproca para las partes. En la búsqueda de la utilidad de la libertad contractual se abolieron los delitos de usura, acaparamiento y especulación y en el mismo clima se acentuó la concepción contractual del matrimonio hasta reconocer el divorcio. En la familia, el padre es una especie de magistrado que debe tener los medios para imponer su voluntad.

117. Una vertiente individualista *personalista* de la propiedad es la que sostuvo *Johann Wolfgang Goethe*, donde la propiedad es subordinada a la personalidad y penetrada por ella y se manifiesta incluso la dignidad de la cosa. No se trata del mero señorío del hombre sobre la cosa, también de una relación entre hombre y cosa.

36. La continuación del pensamiento utópico

118. En la prosecución del pensamiento utópico, el presumiblemente francés *Morelly*, cuyos datos de nombre, nacimiento y muerte resultan desconocidos, autor de un “Código de la Naturaleza” que a su parecer contendría el “verdadero espíritu de las leyes”, propuso una *sociedad comunista*. En ese marco, sólo serían de propiedad privada las cosas de uso actual para las necesidades, los placeres y el trabajo cotidiano. Todos seríamos mantenidos y ocupados por la comunidad y aportaríamos a la utilidad pública según nuestras posibilidades (fuerzas, talento, edad), conforme con las cuales se fijarían nuestros deberes y necesidades.

Carlos Fourier dedicó sus esfuerzos a edificar una sociedad ideal, dividida en células llamadas “falansterios”, especie de colonias socialistas con 1.620 miembros y provistas de dos mil hectáreas de terreno. Cada falansterio debía mantenerse por sí mismo, cocinando y comiendo en común.

La conspiración de los “Iguales”, encabezada por *François Noël Babeuf* (Graco), procuró derribar al Gobierno del Directorio; su jefe fue ejecutado en 1797. El igualitarismo de Babeuf llevaba al comunismo de la distribución de la propiedad.

El empresario inglés *Robert Owen* fue uno de los antecesores del cooperativismo, no sólo por lo que hizo en vida, sino también por el hecho que algunos de sus seguidores fundaron la sociedad cooperativa de los “*Rochdale Pioneers*”. Owen soñaba con comunidades de trabajo donde se disolviera por completo la propiedad privada. Fue, además, uno de los precursores de la *organización racional del trabajo*.

119. El movimiento cuestionador despertado en el siglo XVIII continúa a principios del XIX. En Alemania adopta la forma nacionalista, en Inglaterra y Francia se muestra de modo principal en los economistas de la escuela de Smith y en los precursores del socialismo.

Suele señalarse que en Francia el socialismo premarxista se relaciona con el Iluminismo, con el tradicionalismo, con el Romanticismo y a veces con el cristianismo, en tanto en Inglaterra se vincula más con el utilitarismo. Las ideas optimistas de la Ilustración nutrieron no sólo al liberalismo sino a vertientes del anarquismo.

Los pensadores del siglo XIX, se encontraron en Inglaterra con las consecuencias sociales de la Revolución Industrial que comenzó en el siglo XVIII; en cambio, la transformación de la economía francesa fue más lenta. En el país galo la principal fiebre de la industrialización se manifestó bajo el Segundo Imperio. El socialismo inglés, especialmente el de Owen, dio muestras de un íntimo conocimiento de las realidades industriales que los teóricos franceses estuvieron lejos de poseer. Sin embargo, las ideas owenianas se fueron impregnando de referencias religiosas, de

manera que al fin se alejaron también de la reflexión objetiva acerca las posibilidades reales de las comunidades de trabajo.

37. El Romanticismo y la escuela histórica, desenvolvimiento de la idea social

120. La Edad Contemporánea tuvo, en general, más conciencia social e histórica que la Edad Moderna. Sobre todo en el primer período contemporáneo, el *criterio histórico* se constituyó en criterio de verdad, abandonándose la confianza iluminista en la razón por el apego al *sentimiento* y a la *voluntad* que caracterizó al Romanticismo. Quizás éste haya sido el movimiento cultural más representativo del siglo XIX. Su centro de especial desenvolvimiento estuvo en Alemania, con vinculación particular con el elemento germánico de la cultura occidental.

La referencia romántica central se dirige al *infinito* e incluso se habla de cierto “prometeísmo” romántico, con connotaciones dionisiacas. En ese marco renació la perspectiva organicista, que el período anterior había dejado a menudo de lado.

121. Pese a la gran importancia general del nuevo clima cultural, múltiples razones, entre las que se encuentra la insuficiente elaboración filosófica del Derecho Privado, hicieron que éste permaneciera en gran medida adherido a la ideología jusnaturalista y alejado del sentido más referido a las *ciencias sociales* en formación y a la referencia a la *nación* que imperó en diversas manifestaciones del Derecho Público.

122. El Romanticismo, continuador de sendas ya señaladas por Vico, Rousseau, etc., es expresado en la perspectiva filosófica por *Johann Gottlieb Fichte* y especialmente por *Friedrich Georg Wilhelm von Schelling*.

Johann Gottlieb Fichte sostuvo con intensidad, junto al derecho de propiedad, el *derecho a la propiedad* y el derecho al trabajo, con una perspectiva democratizadora de la propiedad. Quien carece de propiedad no tiene interés en entrar en un contrato de respeto de la propiedad si ésta es sólo ajena. El relativo socialismo de Fichte puede ser invocado como precedente por todas las direcciones socialistas, en especial por las más voluntaristas e idealistas. Fernando Lassalle, fundador del Partido Socialdemócrata alemán, fue influido por él.

Hijo de un pastor protestante y formado en estudios teológicos, jurídicos y médicos, Schelling fue ennoblecido durante su vida por el famoso rey Luis I de Baviera. Su pensamiento se apoyó en la coincidencia de lo *objetivo* y lo *subjetivo*. Aunque inicialmente se centró en la referencia a la *naturaleza* y puede decirse que uno

de los rasgos de sus ideas fue la introducción de la naturaleza en el idealismo fichteano del yo, luego el núcleo de su sistema fue el yo y al fin se centró en el *absoluto* que los sintetiza.

Schelling partió de pensar que el problema ético es identificar el querer individual con el universal, en tanto la cuestión jurídica es identificar el querer universal con el individual, para que la voluntad de todos no signifique el sacrificio de la libertad individual. Según Schelling, la *naturaleza* y la *historia* son respectivamente la manifestación real e ideal de lo absoluto. La naturaleza es un organismo vivo y activo y también es viva y activa la historia. El progreso histórico se realiza en la especie, que adquiere así una importancia superadora. El camino de la necesidad a la libertad se produce de modo especial en el orden jurídico, que culmina en el *Estado*.

Para el filósofo romántico, en la historia se desenvuelven, como principios opuestos, la libertad y la necesidad, en correspondencia con la individualidad y la universalidad, y al orden jurídico le corresponde conciliar los dos principios, al fin como expresión de la *razón eterna*.

En el Romanticismo más representativo el Estado no es una institución subordinada y relativa sino un fin, razón de la historia, manifestación de lo absoluto. De este modo, se *extingue* la oposición entre individuo y Estado y entre Derecho Privado y Derecho Público. A su vez, la Filosofía del Derecho resulta identificada con la Filosofía de la Historia. El Estado gendarme es sustituido por uno activo, que debe perseguir la *plenitud de los fines*.

123. Hoy suele considerarse que la vertiente jurídica del Romanticismo es la Escuela Histórica, pero en su época esa correspondencia no fue inicialmente advertida.

En general se afirma que las figuras más significativas de la Escuela Histórica fueron *Gustav von Hugo* y *Friedrich Carl von Savigny*, considerándose a este último el máximo exponente del grupo. Sin embargo, se debate no sólo si *Hugo* puede ser considerado un pensador romántico sino incluso si en sentido estricto es miembro de la Escuela.

Para apreciar la vinculación entre el Romanticismo y la Escuela Histórica había que superar la diferencia entre el idealismo del romanticismo y la relativa referencia a lo material en el pensamiento de la Escuela. No entramos a discutir si la posición de Savigny deriva de la de Schelling. Reconocemos que el racionalismo relativamente apriorístico de este filósofo es muy diverso del espíritu de respeto a la historicidad fáctica del jurista Savigny y admitimos que la historia referible a la eternidad, concebida por Schelling, no es la del material histórico críticamente evaluado de Savigny.

Si bien estuvo incluso emparentado con representantes del romanticismo, el célebre autor del "Sistema del Derecho Romano actual" conservó rasgos clásicos que lo diferenciaban de él. Además se discute, con argumentos no desatendibles, si la concepción romántica del Estado promovió el desenvolvimiento de los aportes del historicismo a la renovación del pensamiento jurídico.

No obstante, a nuestro parecer nada de esto lleva a negar que la referencia al "*espritu del pueblo*" (Volksgeist) marca una *afinidad* muy digna de consideración. Estimamos que puede ser esclarecedor construir un concepto de Romanticismo donde se encuentren y diferencien las dos vertientes.

124. *Gustavo Hugo* sostuvo la importancia del *Derecho Positivo*, con independencia de la investigación filosófica a la que se venía atribuyendo carácter de juridicidad positiva. Las aspiraciones de encontrar un Derecho universal y eterno son sustituidas por el reconocimiento del Derecho Positivo como un hecho cambiante, delimitado en el espacio y el tiempo. Quizás contribuyó a este cambio la propia renuncia kantiana al conocimiento de la cosa en sí.

La jurisprudencia, como dato de la realidad histórica y solución impuesta con la garantía de la sanción pública, encontraba de ese modo cauces para su jerarquización frente al fetichismo legalista nutrido por la fe en la razón. Por la misma senda, hallaba reconocimiento el *derecho consuetudinario*. Sin embargo, para Hugo el proceso histórico es todavía el resultado de *finalidades individuales conscientes*. Se refiere al dato, pero no reconoce causas colectivas profundas. Como lo destaca Solari, innovó en el método, pero mantuvo la mentalidad y las tendencias del iluminismo.

125. *Friedrich Carl von Savigny*, era un noble prusiano perteneciente a una familia calvinista de origen francés, que había emigrado de Lorena a raíz de las luchas religiosas en el país galo. El padre se había convertido al luteranismo. Su situación social lo inscribía en la aristocracia oficial pero también lo vinculaba a la intelectualidad burguesa. Su carrera docente tuvo la más significativa proyección como profesor de la Universidad de Berlín. En el desempeño gubernamental llegó a ser miembro del Consejo de Estado prusiano y Ministro de Justicia. Las ideas savignianas son mejor comprendidas cuando se las compara con las de Anton Thibaut y Georg Arnold Heise.

Thibaut era un protestante de origen francés admirador y en parte seguidor de Kant. Se esforzó por conciliar la Filosofía con la Historia y por superar el individualismo kantiano. Su propósito es la sistematización racional del Derecho Positivo con finalidad práctica. Reconoce que las normas de los códigos surgen de principios diversos y a veces opuestos. Renuncia a una unidad lógica y entiende que

la ley, no la persona, es la categoría suprema del orden jurídico.

La relación de Derecho Privado no puede entenderse sino con referencia al Estado, es decir, entre ciudadanos. Thibaut procuró aprovechar el sentimiento nacional, la aspiración de unificación alemana y el debilitamiento del poder napoleónico reclamando un Código Civil común para la dividida Alemania. Según Thibaut, la legislación civil debía liberarse de la tradición y del Derecho extranjero, aunque tal vez en última instancia su propuesta era afín a la idea codificadora francesa.

Con cierto sentido contradictorio, procura la remisión a principios eternos de razón, pero asimismo la consideración de los Derechos vigentes en Alemania y la atención al legado germánico. En cierto momento la propuesta de Thibaut llegó a tener amplio apoyo, pero no estaban dadas las circunstancias no sólo de maduración jurídica sino de organización económica y política para la codificación.

El enfrentamiento de las ideas de Thibaut y Savigny respecto de la conveniencia o inconveniencia de la codificación muestra las dos orientaciones, una más *filosófica* y otra más *histórica*, que no sólo signaron el pensamiento civilista durante el siglo XIX sino constituyen, al fin, dos vertientes básicas de la concepción del Derecho. Por imposiciones de la realidad histórica, la dividida Alemania no confluyó en una unificación normativa sino mucho tiempo después, en 1896. Lo hizo a través de la supresión de las barreras económicas (unión aduanera, 1834) y los triunfos militares de Prusia sobre Dinamarca, Austria y Francia (que culminaron con la formación del Imperio Alemán en 1871).

Más allá de la polémica, Savigny destacó el carácter concreto y circunstanciado del Derecho para las particularidades de los seres humanos. Aunque escribió tanto sobre el Derecho Romano y al fin abrió cauces a la dogmática, estuvo lejos de caer en la trampa universalista que llegó a proponer Ihering.

Al referirse a la "Importancia del Derecho Romano", el cambiante Ihering decía que las ideas de Savigny eran la condenación misma del Derecho Romano, y se preguntaba ¿qué hay de común entre el Derecho Romano y el entero pasado, las entrañas propias y la historia de las naciones modernas? La universalidad que sostenemos surge del diálogo entre lo particular y lo general, pero está lejos del mundialismo que surge del "romanismo".

Al magistrado y profesor *Georg Arnold Heise*, cuyas enseñanzas guiaron al fin el sistema de Savigny, se le deben importantes avances en la conciencia jurídica como saber distinto de la Filosofía del Derecho y en el desarrollo de la *Parte General* del Derecho Civil e incluso de la famosa *división "pentárquica"* de la materia, que en realidad él planteó en seis partes.

La Parte Especial del sistema de Heise arranca del despliegue patrimonial, considerando los derechos reales y personales; luego, inspirándose de cierto modo

en Kant, se decide por retomar el carácter privatista romano del Derecho de Familia, abandonado en la Alemania moderna, y al fin trata del derecho sucesorio, al que asigna condición autónoma.

Esa ubicación era distinta de la adquisición de la propiedad y de la familia, en las que la recopilación prusiana incluía respectivamente a la sucesión testamentaria y a la legítima; difería de los modos de adquirir la propiedad por los que se decidió el Código Napoleón y se alejaba de los derechos reales a los que refiere el derecho hereditario el Código austríaco. Heise se distanciaba así de la unión entre la familia y la sucesión, que predominaba en el espíritu germánico.

Al fin del sistema de seis partes de Heise se ubicaba la revocación de las relaciones jurídicas, rama que no tuvo éxito en los planteos posteriores.

La configuración de dos áreas, una patrimonial y otra familiar, expresaba la tensión entre economía y resto de la cultura tan presente en Occidente, aunque en nuestros días el papel de la economía y la patrimonialización resulta muy predominante. El rico aporte jurídico heiseniano abarca también, por ejemplo, el avance en la distinción entre las corporaciones y las fundaciones.

126. El pensamiento de la escuela histórica fue expresado principalmente por Savigny a partir de su polémica con Thibaut, en la que –pese a que la interpretación de su posición es debatida– se opone a la codificación en ese momento de la evolución alemana, no a cualquier codificación.

El historicismo parte del rechazo del origen del Derecho en la razón y lo sitúa en la conciencia popular, en el “*espíritu del pueblo*” (*Volksgeist*). Se trata de un producto del *Volksgeist* que se manifiesta en la historia a través de la *costumbre*. Esta no sólo asume el papel de fuente autónoma del Derecho, es la *fuentes última* de la que todas las demás toman vida y significado. Las necesidades y aspiraciones de la vida colectiva originan el Derecho en la costumbre. La causa única del Derecho es el espíritu del pueblo que, con formas y grados diferentes, se manifiesta en la costumbre, en la ley y en el Derecho científico.

Desarrollando ideas de Fichte e incluso de Wilhelm von Humboldt, la Escuela Histórica entiende que el Estado no es un instrumento convencional de coacción, ni existe únicamente en relación con el Derecho. Es la expresión sensible más elevada de la unidad nacional. El Derecho Público y el Derecho Privado no constituyen una dualidad y al fin todo el fenómeno jurídico es *Derecho Público*, como expresión de la personalidad colectiva. La vinculación entre ambos Derechos es un aspecto de la relación originaria fundamental entre individuo y Estado, en la que el individuo es un fin, pero no único ni supremo, su actividad debe coordinarse en una realidad superior que la comprende y la regula.

Savigny entiende que en el Derecho Público el todo, el pueblo organizado en Estado, es el fin y en el Derecho Privado el fin es el hombre en virtud de su autonomía y su personalidad. En última instancia, no puede comprenderse el Derecho Privado sin la organización política que lo garantiza y lo perfecciona. Es más, sobre el Estado existe la Iglesia, como organización universal unitaria que expresa las razones y los fines últimos de la humanidad.

El historicismo se desenvuelve en un marco de tensión entre lo romántico, que llamaba a innovar, y la referencia a lo romano que conducía al respeto a la tradición. A menudo, pese a la referencia a un Derecho Romano “actual”, prevalece la lógica individualista sobre la romántica.

127. Savigny atendió a la doctrina del *derecho subjetivo*. Partió del requerimiento de que el derecho objetivo asegure a cada uno el espacio de su libertad, una zona en la que domine su voluntad; este espacio entra en relación con el mundo exterior de la naturaleza no libre y las criaturas libres del mismo tipo que el sujeto. Se trata de los derechos reales y los derechos obligacionales. No alcanzó a reconocer los derechos sobre la propia persona, que expondría Neuner en una monografía de 1866.

El maestro del “Sistema del Derecho Romano actual” fue uno de los grandes exponentes de la tendencia general de la pandectística alemana que consideraba a las personas jurídicas una *ficción*. Con el andar del tiempo, importantes germanistas, como Otto von Gierke, sostendrían la teoría de la realidad. Aunque no compartimos debates tan referidos a la naturaleza de la cosa, creemos que conviene reconocer la realidad de las personas jurídicas, pero asignándoles un valor inferior a la persona humana, claramente discutible.

Es relevante reconocer que en la época, en 1853, el germanista suizo Bluntschli llegó a señalar que una *obra intelectual* es de naturaleza incorporal.

En general, la Restauración posterior a Napoleón tendió a restringir el divorcio vincular. En Francia fue suprimido en 1816 y recién se lo restableció en 1884 haciendo que ya no bastara el mutuo consentimiento. Ya en su juventud Savigny expresaba que la naturaleza del matrimonio pide profundo respeto, por ser para cada uno una forma esencial de existencia humana y en relación con el Estado un fundamento ineludible de su existencia.

En base a enseñanzas de Coing cabe indicar que en el siglo XIX el régimen del nombre fue adquiriendo características policiales de “identidad”, suprimiéndose la facultad existente en el Derecho Común de cambiar el nombre en sentido específico e incluso los apellidos. La jurisprudencia francesa fue de vanguardia en la protección del nombre y del derecho a la propia imagen.

128. En la obra privatista de Savigny ocupa un lugar destacado la comprensión del *Derecho Internacional Privado* como Derecho de la comunidad jusprivatista internacional donde cada Estado está obligado por costumbre a aplicar el Derecho más vinculado con cada caso, salvo el orden público. Se perfeccionaban así el régimen medieval de la comunidad jusprivatista interregional y el aislacionismo moderno expresado incluso en la teoría de la "comitas".

El clima de la época era muy favorable al desarrollo de la materia: cabe recordar las obras de Story de 1834, de Rocco de 1837, de Foelix de 1843, de Scheffner de 1841, etc. Sin embargo, el planteo de Savigny tiene a nuestro parecer una jerarquía descollante.

129. Un discípulo inconsecuente del grupo historicista es *Rudolf von Ihering*, hijo de un abogado y descendiente de un historiador del Derecho Germano, que fue profesor en diversas universidades de Suiza, Alemania y Austria. Se dice que toda su vida se desenvolvió en un ambiente burgués que, si bien fue estremecido por conmociones sociales, nunca fue puesto seriamente en discusión. Contribuyó a la fundación del Imperio y sus ideas son en principio afines a la "Realpolitik" (política realista) y al proyecto político pangermánico del Canciller Otto de Bismarck.

Si bien pertenece, con más claridad en el primer período de su vida, a la línea del pensamiento liberal, al fin llegó a admitir que el Derecho y la propiedad tienen una función social. Reclamó que la ciencia jurídica cumpliera no sólo una tarea descriptiva, sino también crítica del Derecho.

Ihering varió desde el apego al conceptualismo a la jurisprudencia *teleológica* e incluso de intereses, desde el predominio formalista a la referencia a la materia. Sus obras principales son "El espíritu del Derecho Romano", "La lucha por el Derecho" y "El fin en el Derecho". En el sentido de estas últimas obras se ha dicho que Ihering pensaba con ciertas influencias darwinianas, al punto que "La lucha por el Derecho" tendría correlación con la lucha por la vida del naturalista británico.

La última etapa del pensamiento de Ihering tiene afinidades con las ideas de Nietzsche. La lucha es el motor del proceso evolutivo. Aproximadamente en el final de la década de sus años cincuenta Ihering potenció la voluntad y el *interés*, de modo que se ha llegado a afirmar que la clave de su especulación es "quiero, luego soy". Más allá de la relativa lejanía del espíritu romántico, llega a lo concreto del fin y el interés. No hay norma jurídica que no deba su origen a un fin, es decir a un motivo práctico. En una obra de caracteres muy críticos, "Jurisprudencia en broma y en serio", Ihering dejó impactante testimonio del giro de su pensamiento.

La gran inteligencia de Ihering comprendió, como lo expresó en el desarrollo de "El Espíritu del Derecho Romano", que todo el culto de lo lógico que la

jurisprudencia piensa fundar en una matemática del Derecho es un *disfraz* y reposa sobre un desconocimiento del Derecho; la vida no es de los conceptos y éstos existen para la vida. La dogmática poco podía hacer ante los grandes cambios sociales que se vivían. Lo que buscó es una política jurídica.

Con claro aporte para la mejor comprensión del Derecho en general y del Derecho Privado en particular, decía Ihering que los derechos no existen de ningún modo para realizar la idea de la voluntad jurídica abstracta; sirven para garantizar los intereses de la vida, ayudar a sus necesidades y realizar sus fines. Los derechos son *intereses jurídicamente protegidos*. El problema esencial desde la técnica jurídica es la realización del Derecho en la vida y a ésta debe referirse la Historia del Derecho. La relación del derecho subjetivo con el interés protegido facilitó el camino para el más amplio reconocimiento de los derechos de la personalidad. Donde se protege un interés, hay un derecho subjetivo.

Parte de la lógica de Ihering, sobre todo en su vertiente conceptualista y romanista, fue la de la recepción y la asimilación, que suele ser la lógica de la dominación, no la lógica de la autenticidad. Sobre la base de la mundialización, al referirse en “El Espíritu del Derecho Romano” a la importancia del Derecho Romano en los tiempos modernos Ihering llegó a condenar la nacionalidad, diciendo que en la gran familia de los pueblos hay una nación, verdadero Don Quijote del principio de las nacionalidades, que ha querido realizar tan extraño sistema, el pueblo chino, y que éste no tenía derecho a hacerlo porque cada pueblo no existe sólo para sí. Según las peligrosísimas ideas del campeón inconsecuente del conceptualismo, el país que rechaza toda idea de contacto con otra civilización, es decir, de la “educación” por la historia, pierde por ese acto el derecho de existir y el mundo tiene derecho a su caída. Agregaba que “tal es la vida; tal el destino de los pueblos”.

Aunque no podemos menos que simpatizar con su honesta búsqueda de la verdad, creemos que la historia ha evidenciado y seguirá mostrando los errores de estas ideas del tempestuoso pensador germano. La divisa de Ihering era: a través del Derecho Romano, en él y más allá de él; nosotros preferiríamos otra que sostuviera a través de la Historia, en ella y más allá de ella.

A veces se ha señalado, no sin cierto fundamento, que la complejización creciente de las ideas de Ihering muestra cierta tridimensionalidad de su concepción del Derecho y la búsqueda de la compatibilización de la lógica del “sistema” y la lógica del “problema”. No obstante, parece también clara una afinidad con el positivismo, al fin con el positivismo sociológico-naturalista.

130. Aunque preferimos la posición de Savigny, cabe referir que en un episodio que a veces es vinculado con la disolución de la propiedad feudal y el avance de la

propiedad individualista burguesa, Ihering enfrenta la posición del jurista de Berlín, que al defender el hecho de la posesión de alguna manera defendía el orden, con la concepción de la defensa posesoria como un momento de avanzada de la protección de la propiedad.

Inspirándose en Ihering se desarrollaría la jurisprudencia de intereses de Felipe Heck, que tuvo importante influencia sobre todo en el Derecho Privado.

La Pandectística alemana influyó en la moderación del derecho de dominio al que el Derecho Romano clásico refería en parte a la patria potestad. Coing subraya que para Windscheid la relación entre padres e hijos es primariamente algo moral. En la época se realizaron esfuerzos por hacer que la patria potestad concluyera con la mayoría de edad.

38. Hegel y la culminación de la eticidad en el Estado

131. Apartándose de modo relativo del Romanticismo, *Georg Wilhelm Friedrich Hegel* sostuvo que la evolución del mundo se expresa como una marcha *dialéctica* de la *idea*. Cada momento de ésta se desenvuelve de modo que, al afirmarse, genera su propia negación, en un ritmo que puede expresarse como tesis, antítesis y síntesis (que se convierte en nueva tesis). En la línea de la nueva comprensión circular del tiempo, que había retomado Vico (*corsi e ricorsi*), la representación del tiempo hegeliano puede expresarse en una espiral ascendente.

En la marcha del espíritu objetivo hegeliano, que deviene después del espíritu subjetivo y antecede al espíritu absoluto, el primer momento es el Derecho Abstracto, el segundo la Moralidad y el tercero la Eticidad. A su vez, ésta abarca los momentos de la familia, la sociedad civil y el Estado. Para Hegel el Estado es la realidad de la Idea ética. Entiende Hegel que si se confunde al Estado con la Sociedad Civil y su determinación se pone en la seguridad y la protección de la propiedad y libertad personal, se hace del interés de los individuos como tales el fin último en el cual se unifican y en tal caso ser miembro del Estado cae dentro del capricho individual. El filósofo alemán entiende que el Estado tiene una relación muy diversa con el individuo, el individuo tiene objetividad, verdad y ética sólo como miembro del Estado, pues el Estado es Espíritu objetivo. De tal manera, el Derecho Público viene a resultar una superación del Derecho Privado.

Del pensamiento hegeliano derivarían una derecha, vinculada en gran medida al estatismo a menudo totalitario del siglo XX, el centro (claramente minoritario) expresado por Benedetto Croce, y una izquierda integrada, por ejemplo, por los materialistas Feuerbach y Marx.

39. *El desarrollo de la propiedad*

132. En correlación con la nueva constitución de las bases de la economía se requerían mayores capitales -por ejemplo para las empresas ferroviarias- y, sobre todo en el siglo XIX, se avanzó en la ya señalada formación de *sociedades de capital*. Se produjeron grandes fusiones empresarias, a menudo con tendencias monopólicas que excedían las fronteras de los países. Si bien existían antecedentes de sociedades de capitales constituidas en base a privilegios de los Estados, que fueron importantes en la época de las grandes conquistas modernas a la sombra del mercantilismo, éstas fueron duramente criticadas por Adam Smith y lo que el nuevo tiempo requería eran sociedades relativamente privadas.

A lo expuesto en relación con la desarrollo de las sociedades anónimas a partir del Código francés de 1807 cabe agregar, por ejemplo la creación en Alemania por ley de 1892, a iniciativa del Parlamento, de la *sociedad de responsabilidad limitada*, destinada a posibilitar el acceso al capital a las empresas pequeñas. La idea fue promovida por el diputado Oechelshäuser y motivó importantes debates sociales. El éxito económico fue grande.

Incluso se constituyeron múltiples asociaciones, al punto que Coing refiere que un alcalde de Hamburgo dijo que era una época de asociaciones. Cita el investigador alemán que este Derecho Privado difería del de la exclusiva relación entre los individuos y el Estado que habían imaginado los filósofos de la Ilustración. Sin embargo, él mismo señala que las agrupaciones sin fines de lucro motivaban el recelo de las monarquías de Europa Central constituidas en el absolutismo. Incluso mediaba cierta hostilidad con las órdenes e instituciones católicas. Se entendía que la concesión de la autorización era en realidad una cuestión del Derecho Público.

Uno de los carriles del desenvolvimiento de los capitales fue la adecuación del crédito *hipotecario* y el desarrollo del *régimen registral*. Entonces se incrementó el interesante debate sobre la posibilidad de “movilización del suelo”. La *propiedad intelectual* del autor, que en el siglo XVIII era animada por los filósofos, en el siglo XIX comenzó a hacerse realidad. A partir de la Revolución Francesa avanzó, en medio de diversas polémicas, el régimen de las *patentes de invención*. También hubo desarrollos en el *derecho de marcas*, aunque en gran parte centrados en el Derecho Penal. En el siglo XIX el Continente recibió de la vida de los negocios inglesa la institución del cheque.

El desenvolvimiento del capitalismo promovió la formación de los *contratos de adhesión* cuyo equivalente en otros marcos conceptuales son los contratos de masas y las condiciones generales de negocio. Coing relata que en 1847 la asociación de

administraciones alemanas de ferrocarriles elaboró condiciones comunes de transporte llamadas reglamento de la asociación. Esos contratos fueron requiriendo condiciones especiales de interpretación. Otro campo de desenvolvimientos en el siglo XIX fue la protección de la fe en las declaraciones. El pandectista Windscheid la consideró una manera de resguardar el interés del tráfico.

Uno de los ámbitos donde perduraron importantes diversidades entre los países, por la confluencia de múltiples perspectivas jurídicas personales y reales y el alto significado político general de las soluciones, es el sucesorio. La igualdad de los hijos tendía a la división de la riqueza, que de cierto modo abría oportunidades económicas renovadas. Una de las tendencias relativamente comunes fue el mejoramiento de la posición jurídica del cónyuge.

Entre los grandes interrogantes de la Filosofía del Derecho Privado cabe plantear los efectos que sobre él, el Derecho y la vida en general, tiene la concentración de la riqueza y en especial del capital.

40. El anarquismo de los productores

133. Cuando la burguesía acentuó su propósito de liberarse del Estado que había contribuido a formar junto con la monarquía, surgió el anarquismo de los productores, representado principalmente por *Claude Henri de Rouvroy, conde de Saint-Simon*, voluntariamente Claude Henri Bonhomme. Entre las obras del pensador francés, precursor de la sociología, se encuentran "El organizador" y el "Catecismo político de los industriales".

Según Saint-Simon, el problema principal de los seres humanos es producir y poner a su alcance los bienes necesarios para satisfacer sus *necesidades físicas*. Quienes son útiles, porque contribuyen en esa tarea, son denominados industriales. Según este noble pasado al partido burgués, la historia de la humanidad se divide en tres etapas una teológica donde gobiernan los militares y los sacerdotes, otra metafísica en la que gobiernan los legistas y los literatos y la tercera positiva, donde los propios productores ordenan la sociedad administrando las cosas en uniones libres entre hombres libres. La "utopía" sansimoniana incluye proyectos de grandes obras, destinadas a adaptar la naturaleza a la satisfacción de nuestras necesidades.

El maestro anarquista tuvo importantes relaciones con los banqueros, que incluso lo asistieron en momentos difíciles de su vida. En la fundación de los primeros bancos más destinados al préstamo a los particulares en apoyo de la industria tuvieron influencia discípulos de Saint-Simon.

Saint-Simon creía en la fraternidad universal y en la igualdad ante la ley de todos

los seres humanos, enfatizando la necesidad de igualdad de oportunidades para todos. Aunque suele sostenerse que su relativa meritocracia es autoritaria, entendemos que Saint-Simon deja planteada la relación entre la producción, la satisfacción de las necesidades y la libertad.

41. La crítica anarquista a la propiedad. Proudhon. Marx

134. Aunque no hay que olvidar la miseria de tiempos anteriores, cabe recordar, con Helmut Coing, que en las primeras décadas de la industrialización -cuando se formaban las bases del gran capital- las *condiciones de vida* de la clase trabajadora eran ínfimas. Las principales causas eran las jornadas de trabajo demasiado largas, ya que la regla eran doce horas de trabajo al día, el trabajo frecuente de mujeres y niños, la carestía de la vivienda y la falta de posibilidades de formación. Las expectativas de vida de un trabajador inglés eran de alrededor de veinte años. Como reacción, dirigidos con frecuencia por intelectuales de la burguesía, los trabajadores generaron durante el siglo una conciencia de su situación y la fuerte voluntad de mejorarla. Surgió la lucha por la posibilidad de la organización sindical, que la clase dominante prohibía con frecuencia, invocando el ideario que la había ayudado a avanzar frente al feudalismo. Entre las prohibiciones están las de las Combination Laws de 1799/1800 y la ya referida ley Le Chapelier de 1791.

Progresivamente se fueron haciendo conquistas y en 1824 se derogaron en Gran Bretaña las leyes prohibitivas. En 1825 se permitían las negociaciones colectivas y las huelgas. Recién en la segunda mitad del siglo XIX se encuentran los comienzos de los sindicatos franceses. En Alemania las primeras organizaciones de trabajadores se formaron durante los episodios revolucionarios de 1848, importantes en gran parte del espacio europeo. Había sindicatos liberales, socialistas y católicos. En 1864 se formó en Londres la Asociación Internacional de Trabajadores con una secretaría en Ginebra.

135. Muy lentamente el Estado comenzó el desarrollo legislativo del *Derecho del Trabajo*. Como dice Helmut Coing, algunas de las primeras legislaciones son espantosas, pues reflejan con claridad la miseria de los trabajadores. Una ley inglesa de 1802 limitaba la jornada laboral de los niños a doce horas, establecía que los jóvenes y las muchachas debían dormir en dormitorios separados y en una cama debían dormir a lo sumo dos niños.

Una de las vías de defensa de los débiles fue el movimiento cooperativo, en algunas de sus líneas orientado por ideas relativamente socialistas de Roberto Owen,

Carlos Fourier y Fernando Lassalle. El desarrollo comenzó en 1844 en Rochdale.

Dada la estrecha relación de la propiedad con la estructura del régimen, el anarquismo se orientó a menudo a su ataque, pudiendo reconocerse entre los principales exponentes de tal crítica a Pierre Joseph Proudhon y Carlos Marx.

El obrero autodidacta Proudhon fue uno de los primeros que utilizaron el término “anarquista” con el orgullo de asumir esa condición. Proudhon fue un anarquista para lo inmediato, Marx fue un anarquista para el final del proceso económico-político.

136. *Pierre Joseph Proudhon*, autor de un “Sistema de las contradicciones económicas o Filosofía de la miseria”, sostiene que, si como se creía, el valor surge del trabajo, la ganancia del dueño del capital indica que hay trabajo que éste no paga a sus trabajadores, se produce el “robo” de la “plusvalía”. Para resolver la injusticia de la situación propone que la propiedad de los medios de producción estuviese en manos de los propios trabajadores. Esta solución provocó el enojo de Marx, que le contestó con una obra denominada “Miseria de la Filosofía”, ya que el crítico de la propiedad de alguna manera terminaba reconociéndola

137. Para comprender la obra de *Karl Marx* vale reconocer que es una importante síntesis entre las ideas de Hegel, del materialista hegeliano de izquierda Ludwig Feuerbach, de los economistas británicos y de Saint-Simon. De cierto modo, confluyen en ella las ciencias naturales modernas y la por entonces actual conciencia social. Parece todo un símbolo que el célebre economista filósofo alemán haya nacido en Tréveris, lugar de la prusia renana próximo a la frontera con Francia.

En el desarrollo de la ciencia económica propiamente dicha, que se considera iniciado por Adam Smith, cabe agregar, por ejemplo, al economista de origen judío, cuáquero por conversión, David Ricardo, cuya celebridad suele ser especialmente referida a la llamada “ley de bronce” de los salarios, según la cual el costo de producción del obrero consiste en la cantidad indispensable de dinero necesario para que pueda mantenerse en condiciones de seguir trabajando y criar hijos que serán nuevos obreros que estén en condiciones de reemplazarlo cuando muera o quede inservible por vejez o enfermedad (es decir, para asegurar la reproducción de la clase obrera en la medida necesaria).

Carlos Marx era hijo de un abogado de origen judío converso al protestantismo y admirador de la Ilustración. Es relevante tener en cuenta las grandes transformaciones y conmociones sociales de las que fue coetáneo. La prolongada obra de Marx, que desenvuelve el materialismo histórico, suele ser referida al menos a dos periodos, uno más humanista y especulativo y el otro más economicista y revolucionario. Una de las primeras manifestaciones de su actividad a la vez científica y beligerante es la

obra "El Manifiesto Comunista", que redactó conjuntamente con su amigo Federico Engels, de 1848. En sus páginas se expresa ya la brillante capacidad de predicción que en muchos aspectos tuvieron los autores, sobre todo en cuanto a la *mercantilización* y *mundialización* y la *concentración* del capital que caracterizan a la economía burguesa.

Decía el "Manifiesto" que la gran industria había creado el mercado mundial, ya preparado por el descubrimiento de América, y agregaba que ese mercado aceleró prodigiosamente el desarrollo del comercio, de la navegación y de los medios de transporte por tierra y, a su vez, este desenvolvimiento influyó también en el auge de la industria, multiplicándose los capitales y relegándose a las clases medievales. Se describía que la burguesía había hecho de la dignidad personal un valor de cambio y había sustituido las numerosas libertades anteriores por la única y desalmada libertad de comercio.

La denuncia del "Manifiesto" indica que, mediante la explotación del mercado mundial, la burguesía había dado un carácter cosmopolita a la producción y el consumo de todos los países. En lugar del antiguo aislamiento y la autarquía de las regiones y naciones, se establecía un intercambio universal, una interdependencia universal de las naciones. Del mismo modo que había subordinado el campo a la ciudad, la burguesía había subordinado los países bárbaros o semibárbaros a los civilizados, los pueblos campesinos a los burgueses, el Oriente al Occidente. Había aglomerado la población centralizando los medios de producción y concentrando la propiedad en manos de unos pocos.

El "Manifiesto" fue publicado en relación con el Congreso de Federaciones de Trabajadores celebrado en Londres en 1847. La obra cumbre de Marx, "El Capital", es un tratado de economía. Importa destacar que pudo ser redactada en el país de mayor despliegue del capitalismo, Inglaterra, vanguardia de la libertad para su propio territorio. Luego de la Primera Guerra Mundial, en conflicto con la II Internacional (socialista) surgió la III Internacional (comunista), inspirada por la Unión Soviética. Sus estatutos se aprobaron en 1928.

Un tema de interés para la filosofía idealista alemana y para el marxismo es la alienación, considerada básicamente como el alejamiento del hombre respecto de sí mismo, perdiendo su autenticidad. En el marxismo, el hombre es un ser concreto que se siente alienado al ser desposeído del producto de su trabajo, haciéndose mercancía, como lo que produce. El trabajador no se reconoce en el producto de su trabajo porque no es dueño de ese resultado, que en gran medida le confisca el capitalista. Esta alienación económica es causa de todas las otras: social (por las clases que ignoran la igualdad), política (por la disociación entre sociedad y Estado) e ideológica (principalmente por el ocultamiento religioso o filosófico de la realidad). La alienación

económica es la causa de todas las demás alienaciones o desnaturalizaciones del ser humano. Para Marx, la producción distingue originariamente al ser humano de los animales.

Sostiene Marx que cualquier estructura social está constituida por dos grandes elementos: la infraestructura económica y la superestructura ideológica. La primera consiste en las fuerzas y las relaciones de producción (las fuerzas que mueven la producción y la técnica, las vinculaciones entre la clase social poseedora de los medios de producción y la clase social trabajadora). Siguiendo una línea que ya había señalado Aristóteles en la "Política", cuando expresó que la esclavitud podría terminar cuando la máquina de hilar se moviera por sí sola, pero en términos de determinación económica, puede decirse en sentido marxista que la relación de producción esclavitud (en sentido amplio) concluyó cuando la fuerza de producción de la energía humana fue sustituida por la del carbón. Las relaciones de producción constituyen una especie de freno del cambio social, ya que en ellas la clase dominante tiende a perpetuar su privilegio.

El muy debatido planteo marxista adquiere su mayor interés cuando se diferencia a la superestructura ideológica, de la que forman parte la Moral y el resto del Derecho, de la ideología que oculta la realidad. La infraestructura económica determina en última instancia a la historia, pero entre sus elementos, e incluso los de la superestructura, hay relaciones dialécticas, en tanto que la ideología oculta la realidad. Las formas ideológicas no determinan al fin la historia.

En la producción social de su existencia, los seres humanos entran en relaciones determinadas, necesarias, independientes de su voluntad, son las relaciones de producción y corresponden a un determinado grado de desarrollo de sus fuerzas productivas materiales. El conjunto de estas relaciones de producción constituye la estructura económica de la sociedad, la base real sobre la cual se eleva una superestructura jurídica y política a la que corresponden formas sociales determinadas de conciencia.

La oposición dialéctica fuerzas productoras - relaciones de producción es el motor último del cambio social. No es la conciencia la que cambia la vida, sino la vida la que transforma la conciencia. Cada sociedad se caracteriza por poseer una infraestructura económica, que es lo que realmente distingue a unas sociedades de las otras.

Las grandes contradicciones del capitalismo consisten en la producción en condiciones sociales y la apropiación individual, la posibilidad de una economía de abundancia y el desarrollo de una economía de escasez, y el proceso de concentración del capital, que hace que cada vez haya menos ricos que son más ricos y más pobres que son más pobres. Cuando se socialicen los medios de producción y se suprima la

confiscación de la plusvalía, cada uno recibirá según lo que produzca y la economía de abundancia conducirá al comunismo, en el que cada uno reciba lo que necesite. Entonces, el Derecho y el Estado, medios de dictadura de la clase dominante, desaparecerán porque serán innecesarios. En la dictadura proletaria la tensión entre las clases alcanzará su máxima expresión y por eso llegará a su negación. Al fin, en concordancia con ciertos despliegues del pensamiento sansimoniano, la libertad se desenvolverá en estrecha relación con la abundancia.

En cuanto al ámbito jusprivatista, en la sociedad capitalista la propiedad privada y el contrato se encuentran en las relaciones de producción, en tanto que la familia forma parte de la superestructura ideológica.

Como resultado del conflicto de Marx con su antiguo discípulo Ferdinand Lassalle, fundador de la socialdemocracia alemana, surgió la impugnación "Crítica del Programa de Gotha".

138. Suele indicarse que la palabra "socialismo" apareció casi simultáneamente en Francia e Inglaterra entre 1830 y 1840. Auguste Comte es, desde el sansimonismo de derecha, de carácter positivista, el promotor del uso de la palabra Sociología y el primer sistematizador de esta disciplina. Se afirma que la escuela socialista quiso aprovecharse de la semejanza de las palabras y del prestigio de la nueva ciencia para identificar Sociología y socialismo.

139. La crítica de la corriente marxista se nutrió con aportes de las investigaciones recientes sobre el origen de la familia y llevó a Federico Engels a sostener, en "El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado" que, según la teoría materialista, el factor decisivo en la historia es, en fin de cuentas, la producción y la reproducción de la vida inmediata, pero la producción y reproducción son de dos clases: de una parte, la producción de medios de existencia, de productos alimenticios, ropa, vivienda y los instrumentos que para producir todo eso se necesitan; de otra parte, la producción del hombre mismo, la continuación de la especie. El orden social en que viven los hombres en una época o en un país dados, está condicionado por esas dos especies de producción: por el grado de desarrollo del trabajo, de una parte, y de la familia, de la otra.

Afirmaba Engels que, cuanto menos desarrollado está el trabajo, más restringida es la cantidad de sus productos y, por consiguiente, la riqueza de la sociedad y con tanta mayor fuerza se manifiesta la influencia dominante de los lazos de parentesco sobre el régimen social. Sin embargo, en el marco del desmembramiento de la sociedad basada en los lazos de parentesco, la productividad del trabajo aumenta sin cesar, y con ella se desarrollan la propiedad privada y el cambio, la diferencia de

fortuna, la posibilidad de emplear fuerza de trabajo ajena y, también, la base de los antagonismos de clase.

Se plantea, con estos cuestionamientos, el interrogante si hay alternativas al capitalismo y cuáles son.

42. La organización del trabajo. El taylorismo

140. El norteamericano *Frederick Winslow Taylor*, fundador del sistema de organización del trabajo que lleva su nombre y promotor de la "*Administración científica*" y del movimiento de "*Organización científica del trabajo*", se expresó principalmente en un libro titulado "*Principios de la Administración Científica*". Su propuesta tenía el propósito de implantar métodos que permitieran incrementar salarios, reduciendo costos y aumentando rendimientos. Su teoría de la motivación piensa en el hombre impulsado por el miedo al hambre y por una permanente ambición a mejorar sus ganancias. De ello concluye que el hombre cuenta únicamente con motivaciones económicas y que para lograr su aprovechamiento al máximo debe darse ese tipo de incentivos.

Entiende Taylor que deben estudiarse los métodos, los movimientos, los transportes internos, las normas y los elementos, hay que motivar a los obreros y abonar un adicional cuando se sobrepasa el standard de producción. En general, el taylorismo se desentiende de la condición humana del trabajador, considerado parte de un gran mecanismo productivo.

Un gran interrogante filosófico es la relación entre trabajador como miembro del proceso productivo y como ser humano.

43. La Doctrina Social de la Iglesia

141. En 1891 el Papa *León XIII* fundó lo que luego se llamaría Doctrina Social de la Iglesia al emitir la Encíclica "*Rerum novarum*" (1891), que fue la primera manifestación importante de la Iglesia Católica después de la primera Revolución Industrial. La posición de la Iglesia, basada en la filosofía de Santo Tomás de Aquino, rechazaba tanto el liberalismo individualismo como el socialismo. A la referida obra de León XIII le seguirían las encíclicas "*Quadragesimo anno*" de Pío XI (1931) en la época de los fascismos, el corporativismo y el colectivismo; "*La solemnità*" de Pío XII (1941) que, en tiempos de la Segunda Guerra Mundial, llama a la justicia y la paz; "*Mater et Magistra*" de Juan XXIII (1961), que considera las enseñanzas de

sus predecesores a la luz de los nuevos problemas del momento; “Pacem in Terris”, del mismo Juan XXIII (1963), que se abre a nuevos problemas sociales, trata los derechos humanos y los deberes y se refiere a la paz en la verdad, la justicia, el amor y la libertad; “Gaudium et spes” de Pablo VI (Concilio Ecuménico Vaticano II, 1965), que trata la nueva presencia de la Iglesia en el mundo; “Populorum Progressio” del mismo Pablo VI (1967); “Octogésima adveniens” de Pablo VI (1971), referida a la solidaridad mundial en el desarrollo; “Laborem exercens” de Juan Pablo II (1981); “Sollicitudo rei socialis”, del mismo Juan Pablo II (1987) y “Centesimus annus”, de este mismo Pontífice (1991), donde se sostiene que en la crisis del desarrollo corresponde prioridad de la persona sobre el capital. Cabe agregar el “Discurso a los empresarios” de Pablo VI, de 1964.

Las enseñanzas básicas de la Iglesia en materia social pueden resumirse diciendo que el *trabajo* no debe ser valorado y tratado como una mercancía sino como una expresión de la persona humana. La remuneración del trabajo no puede ser abandonada al juego mecánico de las leyes del mercado, ha de ser determinada con justicia y equidad.

La *propiedad privada*, incluso de los bienes instrumentales, es un derecho natural que el Estado no puede suprimir. Le es inherente una función social; es un derecho que debe ser ejercitado para ventaja de la propia persona y bien de los otros. La enseñanza de la Iglesia distingue entre el derecho de propiedad y su uso. El primero es individual y se relaciona con el bienestar del individuo, mas el uso debe tender al bien común.

Los trabajadores y los empresarios deben regular sus relaciones inspirándose en el principio de la *solidaridad humana* y la *fraternidad cristiana*, pues la competencia en el sentido liberal y la lucha de clases en sentido marxista son contrarias a la naturaleza y a la concepción cristiana de la vida. La Iglesia señala que los empresarios tienen obligaciones sociales y los trabajadores han de cumplir deberes para con la empresa y la comunidad.

El *Estado*, cuya razón de ser es la actuación del bien común en el orden temporal, no puede permanecer ausente del mundo económico, debe estar presente para promover oportunamente la producción de una suficiente cantidad de bienes materiales, cuyo uso es necesario para el ejercicio de la virtud, y para tutelar los derechos de todos los ciudadanos, sobre todo de los más débiles, como son los trabajadores, las mujeres y los niños. No obstante, el Estado debe actuar subsidiariamente.

Planteos relativamente similares se produjeron en algunos *sectores protestantes*. También aquí se exigió la intervención del Estado a favor de los trabajadores. Además, se reclamó la redistribución de la riqueza y, con tal propósito, se requirió un sistema impositivo adecuado.

44. El Código Civil alemán

142. La *unificación alemana* en base a Prusia, que posibilitó el dictado del Código Civil común para todo el país, se logró por un largo camino que incluye la unión aduanera (Deutscher Zollverein) de 1834, el descubrimiento de grandes yacimientos de carbón y hierro en Westfalia, que llegó a convertirse en el centro industrial más importante del continente europeo, el desarrollo ferroviario y la formación del Imperio Alemán en 1871.

Helmut Coing indica que en Alemania la industrialización comienza en gran medida con la construcción del ferrocarril a partir de 1840. Entre 1850 y 1860 se desenvuelve la producción de acero y carbón en la referida zona del Ruhr y en Silesia; desde 1860 se incorpora la industria química y en 1880 la industria eléctrica. Hacia 1890 el peso de la vida económica se traslada de la agricultura a la *industria*, el *comercio* y los *servicios* (vale recordar, no obstante, que en 1901 el 59 por ciento de la población vivía en el campo y la economía era fuertemente agraria). Ya en 1838 se atendía en Prusia a las condiciones de la nueva tecnología, especialmente ferroviaria, mediante una ley que avanzaba en la responsabilidad por riesgo.

En la tarea codificadora ocupa un lugar destacado la difícil y prolongada relación de dos personalidades muy distintas, pero condenadas a entenderse, Guillermo I, hombre de inteligencia limitada, pero constante en sus decisiones, de sincera fe protestante, que se consideraba encarnación del Estado y un soldado, más prusiano que alemán, y el "Canciller de Hierro", *Otto von Bismarck*, un terrateniente de la baja nobleza, adherido a una fe protestante sin jerarquías eclesiásticas, que conservó una fidelidad absoluta a su señor. El conservador Bismarck fue uno de los grandes promotores de la protección estatal de los trabajadores, con la limitación del trabajo de menores, el establecimiento del amparo ante la enfermedad, los accidentes, la vejez, etc.

143. Diversas razones influyeron en que el código común no se concretara, pero producida la unificación alemana y luego de largos y profundos estudios se dictó en 1896 el Código Civil que entró a regir en 1900 con un espíritu influido por el *Derecho Romano* pero más respetuoso de la tradición germánica que el que quizás hubiese tenido en la época napoleónica. El elemento germánico de la cultura occidental se había afianzado en Alemania con los triunfos sobre Austria-Hungría en Sadowa en 1866 y sobre el segundo Imperio Francés en Sedán en 1870.

Una de las primeras realizaciones comunes de Alemania fue la Ordenación general de la *letra de cambio* de 1848, inspirada en la idea de abstracción. Se

llegó a esta respuesta en parte por razones prácticas, ya que las relaciones causales eran consideradas de diversas maneras en distintas regiones del país. Uno de los principales defensores teóricos de esta solución fue *Carl Einert*, quien sostuvo que la letra es el papel moneda de los comerciantes y se basa en el crédito personal de éstos. Se entendió que las relaciones de derecho cambiario debían ser juzgadas con independencia de los negocios jurídicos de los partícipes, en que se fundamentan.

Como antecedentes de la codificación alemana cabe mencionar, además del ya referido Derecho General Territorial Prusiano de 1794 e incluso el Código Bávaro de 1756, el Código Civil sajón de 1863. No deja de tener importancia que, en materia de codificación, en algunas regiones de Alemania (países renanos, Baden, Alsacia-Lorena) regía el Código Civil francés.

El *Código Civil* alemán fue preparado a través de cuatro *proyectos* sucesivos y con audiencia de numerosos sectores interesados. El primer proyecto fue encargado a diversas comisiones y tuvo como redactores especiales, para la parte general, a *Gebhard*, para el Derecho de las Obligaciones a *Kübel*, para el Derecho de las Cosas a *Johow*, para el Derecho de Familia a *Planck* y para el Derecho de las Sucesiones a *Schmitt*. Fue considerado demasiado romanista y hubo que introducirle algunas modificaciones al respecto. La permanencia de *Planck* fue uno de los títulos de conexión entre la primera y la segunda comisión.

Al fin, con la intervención de una comisión que colaboró en la tarea, la mayor parte de los artículos fue aprobada por el Reichstag en bloque. El Código fue dictado en 1896 y se aplicó desde 1900. La obra sigue en general el orden de las Pandectas. Entre quienes influyeron en el conjunto de la elaboración cabe destacar a *Windscheid*, *Küntzel* y el mencionado *Planck*; también cabe referir los aportes críticos de *Otto Gierke* y *Antonio Menger*.

Raymond Saleilles sostuvo que el Código Civil alemán resume todo el movimiento científico del siglo XIX y parecía destinado a servir de punto de partida a una nueva evolución general del Derecho comparable, guardando las proporciones, a lo que había sido el desenvolvimiento científico surgido de la aparición del Código Civil francés en los albores del siglo XIX. Pese a algunos rasgos diversos, que incluso hemos de señalar, suele afirmarse que el Código Civil alemán es al fin, de cierto modo, un triunfo del positivismo.

144. Uno de los rasgos de la obra alemana es la *abstracción*, que la vincula al *conceptualismo dogmático*, pero sin olvido de las particularidades de los casos. Se procuró especialmente que las palabras fueran empleadas siempre con el mismo significado. Tal vez sea por el conceptualismo que *Ihering*, ya más abierto al realismo, decidió no participar personalmente en los trabajos preparatorios de la nueva obra

legislativa. La abstracción no sólo se refiere a los conceptos, sino que -a diferencia, por ejemplo, del Código francés- la obra alemana admitió la promesa abstracta de deuda, sometida por razones de seguridad a requisitos de forma.

En el Código germano hay cierta transacción entre el *individualismo* predominante en el siglo XIX y la tendencia a la *solidaridad social*, que por entonces se acentuaba. La exigencia de buena fe adquiere más significación; se condena el abuso del derecho; se permite a los jueces la reducción de las cláusulas penales excesivas; se consolida y protege el interés de la madre y el de los hijos; se asegura mejor el cumplimiento de los deberes de la paternidad natural, etc.

En cuanto al divorcio, el Código sigue en general los principios básicos del viejo protestantismo, según se habían sostenido en tiempos de la Restauración, de modo que es determinante el principio de la culpa.

Los partidarios de la codificación germana llegaron a considerar, no sin ciertos fundamentos defendibles, que se trata de la obra jurídica mayor del siglo XIX. No obstante, Saleilles dudó que se alcanzara una influencia semejante a la del Código francés, y creemos que así sucedió. Se afirma que el legislador alemán no habla siempre la lengua de todos los ciudadanos; se dijo que la obra de 1896 fue hecha por profesores para profesores.

Como lo señaló Josef Esser, las cláusulas generales permitieron que el Código pudiera desenvolverse mejor en las graves crisis de la vida alemana del siglo XX.

En el tiempo transcurrido desde el comienzo de su aplicación, el Código tuvo dos grandes reformas, una referida al Derecho de Familia, otra al Derecho de las Obligaciones, que ha debilitado las influencias pandectistas de 1896.

145. La codificación alemana mantuvo la distinción entre la legislación civil y comercial. Los comercialistas sostenían que las particularidades de la vida mercantil exigen claridad de la relación, univocidad y seguridad de las normas, solución rápida de los conflictos, atención a la lealtad y a la fe y la posibilidad de lograr ganancias. Como lo muestra Coing, las codificaciones mercantiles distaron de la coincidencia temática que tuvieron entre sí las codificaciones civiles. Afirma el investigador alemán que las diversidades no se debieron sólo a los distintos desenvolvimientos económicos sino a las distintas relaciones que, según los momentos de su redacción, tuvieron las codificaciones mercantiles y civiles.

45. La escuela de la libre investigación científica. El Código Civil suizo

146. La escuela de la exégesis defendió el derecho codificado pretendiendo

que el juez fuera sólo la “boca de la ley”, con un pensamiento que se desenvolvía silogísticamente en base a la intención del legislador expresada en la ley. En cambio, a fines del siglo XIX *François Gény*, miembro del grupo de los “juristas inquietos”, que convivían con una realidad desafiante, comenzó el desarrollo de su escuela de la libre investigación científica. Sus obras principales fueron “Método de interpretación y fuentes en Derecho Privado Positivo” y “Science et technique en droit privé positif”.

Gény, decano honorario de la Facultad de Derecho de Nancy, participa de la idea de que hay que ir por la ley pero más allá de la ley. La interpretación y sobre todo la elaboración de las normas ha de tener en cuenta como ingredientes de las normas jurídicas los *datos* reales, históricos, ideales y racionales y lo *construido*, que constituyen respectivamente la ciencia y la técnica.

El dato racional es el derecho natural, el derecho justo. Uno de sus principios más importantes es el valor eminente de la persona humana. Las grandes directrices al respecto son, v. gr., la prohibición no sólo de la esclavitud sino de la servidumbre, de la locación de servicios personales con carácter vitalicio; el reconocimiento del derecho a la vida, a la integridad corporal, al nombre, a la apropiación individual de las cosas; la obligatoriedad de las promesas hechas y aceptadas en libertad; la reparación de los daños causados por falta o culpa, la restitución del enriquecimiento sin causa, la facultad de disposición de los bienes, los derechos y deberes que surgen de los lazos familiares, etc. La ley no es la única fuente del Derecho y hay que tener en cuenta, por ejemplo, la costumbre y las autoridades tradicionales. Queda siempre un amplio campo de problemas frente a los cuales el juez tiene que elegir entre varias soluciones posibles.

147. Para comprender más plenamente la obra de pensadores como Gény vale recordar el relato que hace respecto de la época Helmut Coing, refiriéndose a la elaboración de las particularidades del contrato de trabajo. En la comprensión del contrato de trabajo industrial se precisaban sobre todo investigaciones acerca de los hechos jurídicos, pero los juristas del siglo XIX no estaban familiarizados con la investigación de esos hechos como método. Sus instrumentos eran la exégesis de los textos legales, la formación de conceptos sistemáticos que reproducían la esencia de las instituciones existentes y la búsqueda de modelos y prototipos en la historia del Derecho. Recién alrededor de 1900, por ejemplo en base a los estudios sobre la legislación que se iba dictando, aparecieron trabajos como los de Pic y de Lotmar.

El esclarecedor planteo de Gény es uno de los que han sido relativamente “sepultados” por el “redescubrimiento” de problemas suscitado por el dañino avance monopolístico de la lengua y la cultura anglosajonas. Hoy lo nuevo para éstas parece ser nuevo para el mundo.

148. En concordancia con las ideas de Géný, el *Código Civil suizo* de 1907, redactado sobre bases de *Eugen Huber*, autor de una célebre sistematización e historia del Derecho Privado suizo, que nutrió la nueva legislación, establece que a falta de ley y de costumbres el juez debe actuar según las reglas que establecería *si tuviese que actuar como legislador* (art. 1. 2). Incluso se dispone que debe inspirarse en las soluciones consagradas por la doctrina y por la jurisprudencia (art. 1. 3).

El nuevo Código fue aprobado por unanimidad y entró a regir en 1912. Además de los motivos de divorcio admitidos en el derecho matrimonial protestante, se reconocía también a la desavenencia. La obra llegaba a un compromiso entre los códigos de orientación individualista de la Suiza occidental y los de la Suiza central y oriental, con vínculos más comunitarios, que limitaban la libertad contractual, proceso en el cual había sido de cierto modo precursora la legislación de Zurich. Suiza buscaba así integrar su composición multicultural en el marco de la subfamilia continental.

149. Cabe recordar que en 1881 se había dictado el Código de las Obligaciones, primer gran avance del Derecho Privado común helvético, que había comenzado a regir en 1883, y en la misma oportunidad del inicio de la aplicación del Código Civil entró a regir el Código (revisado) de las Obligaciones. El Código suizo de las Obligaciones se basó en la idea general de la unidad de lo civil y comercial, que prosperaría en el Código Civil italiano de 1942.

Para comprender el sentido de equilibrio progresista del Código Civil suizo es posible considerar que Huber sostuvo, en oposición a la voluntad de poder nietzscheana, que nada existe más peligroso para los individuos y para los pueblos que el empeño ciego de un impulso de potencia. Entendía que en esto, más que en otra cosa alguna, los hombres han de revelarse como seres racionales.

150. Un jurista influido por Géný y por Ihering es el profesor de París Marcel Planiol, quien rompió con el método de la Escuela de la exégesis y, en vez de seguir de manera servil el articulado del Código, elaboró un sistema superador del exclusivismo de la lógica, en el que tuvieron aceptación los antecedentes históricos, las opiniones doctrinales, la jurisprudencia, los factores sociales y la legislación comparada.

46. El neokantismo

151. Las ideas de Kant, por ejemplo en cuanto a distinción del ser y el deber ser, tuvieron importantes proyecciones. El filósofo neokantiano formalista *Rudolf*

Stammler, autor de una relevante “Filosofía del Derecho”, sostuvo entre las divisiones puras del Derecho los derechos personales y los derechos reales y el derecho objetivo y el derecho subjetivo, esta última diferenciada según que la voluntad jurídica se halle determinada en el sentido de la soberanía política o en el de la sujeción al Derecho. Distinguía entre el Derecho público y el Derecho civil, señalando en el primero las instituciones jurídicas que tienden a posibilitar y mantener en pie el orden jurídico y en el segundo la regulación de las relaciones jurídicas sujetas a él.

152. *Hans Kelsen*, jusfilósofo de estilo también neokantiano, nacido en el Imperio Austrohúngaro, fundador de la llamada Escuela de Viena y emigrado al fin por razones raciales a los Estados Unidos de América superó, en una *simplicidad pura* del saber jurídico, la complejidad impura del Derecho Positivo y el Derecho Natural y del Derecho con las recientes ciencias sociales.

Si bien era un liberal en lo político y su posición traduce quizás un profundo optimismo cósmico al “legalizar” lo que suceda, el célebre autor de la “Teoría Pura del Derecho” deja esas perspectivas no deseadas fuera del objeto de la ciencia jurídica. Creemos, sin embargo, que hoy hay que lograr que el saber jurídico pueda expresarse en una complejidad pura, como la que expresa la teoría trialista del mundo jurídico. En este sentido se desarrolla gran parte de la jusfilosofía actual.

En correlación con esa superación purificadora, que a nuestro parecer en realidad mutila el objeto de notorio interés jurídico, según Kelsen el Derecho Público y el Derecho Privado se refieren a dos *modos de creación* del Derecho. El primero corresponde a una creación *autocrática*, el segundo a una *democrática*. En definitiva, en ambos hay actos creadores de Derecho imputables a la unidad del orden jurídico. Para Kelsen, la oposición entre Derecho Público y Derecho Privado es relativa e intrasistémica y el dualismo tiene una función ideológica.

En cuanto al *derecho subjetivo*, de tanta significación en el pensamiento de la relación del Derecho Privado con el Derecho Público, afirma el maestro de Viena que existe simplemente cuando entre las *condiciones de la sanción* se halla una manifestación de voluntad, querella o acción judicial, emanada de un individuo lesionado en sus intereses por un acto ilícito.

El derecho objetivo no se encuentra en la necesidad de establecer derechos subjetivos. Se trata simplemente de una facultad para recurrir a esta técnica especial, propia de los órdenes capitalistas.

153. También el realismo cuestionó los derechos subjetivos naturales.

Karl Olivecrona, realista escandinavo de la escuela de Uppsala, autor de “El derecho como hecho”, afirma que el Derecho consiste en normas sobre la fuerza y

sostiene que la noción de derechos se utiliza simplemente como medio para *orientar las acciones* y la *conducta* de las personas en general. Entiende que la expresión "derecho" es imperativa, se quiere que la acción de referencia no sea trabada y que otras personas no puedan cumplir acciones análogas con relación al mismo objeto sin permiso de la persona titular. En este contexto, la noción de derechos individuales naturales y la misma noción de derecho de propiedad son fantasías de la mente.

El a menudo radical realismo escandinavo no impidió que algunos de sus representantes fueran parlamentarios o ministros en gobiernos socialdemócratas. Al fin, su posición teórica condecía con el propio debilitamiento de la propiedad.

Atenuando estas líneas radicalizadas, otros sectores relativamente positivistas han admitido por ejemplo, como lo hizo el profesor de Oxford Herbert. L. A. Hart, que existe el derecho "natural" igual de todos los hombres a ser libres, lo cual afirma una importante orientación para el Derecho Privado.

47. El constitucionalismo social. La Constitución de Weimar

154. El sentido socialdemócrata de la *Constitución de Weimar* que se dio la Alemania republicana en 1919, luego de la derrota en el primer episodio de la Guerra Mundial del siglo XX, la llevó a sentar nuevos criterios de Derecho Privado. Se estableció que el régimen de la vida económica debe responder a principios de justicia, con la aspiración de asegurar a todos una existencia humana digna. Dentro de estos límites se reconocía al individuo la libertad económica. Se garantizaría, con arreglo a las leyes, la libertad de comercio e industria. En las relaciones económicas debía regir la libertad de contratación conforme a las leyes. Quedaba prohibida la usura y serían nulos los negocios jurídicos contrarios a las buenas costumbres. La Constitución garantizaba la propiedad, cuyo contenido y límites fijarían las leyes. Se estableció la célebre regla "*la propiedad obliga*". Su uso debía constituir al mismo tiempo un servicio para el bien común. Para comprender el alcance de la transformación que planteaba la nueva república vale considerar que la Constitución de Weimar dispuso la disolución de los mayorazgos.

En la realidad, los cambios en el sistema de propiedad no fueron demasiado significativos, pero la inflación fue adquiriendo alcances alarmantes. Los desequilibrios generales favorecidos por las pesadas cargas indemnizatorias impuestas a Alemania y el escaso interés general en defender la nueva obra hicieron que ésta fuera, al fin, incluso cauce para el avance totalitario del régimen nazi. Quizás la obra de Weimar sea un caso típico de una hermosa construcción normativa carente de bases sociales adecuadas.

48. El Código Civil italiano de 1942. El fascismo

155. El *Código Civil italiano* de 1942, que sustituyó al afrancesado Código de 1865, fue dictado durante el gobierno *fascista*, de modo que reflejaba una filosofía no individualista y con expresiones corporativas. En el III aniversario de la “Marcha sobre Roma” de 1922, que llevó al fascismo al poder, *Benito Mussolini*, un antiguo militante socialista, había afirmado “Nuestra fórmula es ésta: Todo en el Estado, nada fuera del Estado, nada contra el Estado”

Se discute cuáles fueron las bases filosóficas del fascismo y algunos lo vinculan con el pensamiento del siciliano Giovanni Gentile, hegeliano de derecha que fue profesor de las Universidades de Palermo, Pisa y Roma y, desde 1922 a 1925, se desempeñó como Ministro de Instrucción Pública. Gentile inició en 1923 la reforma escolar que llevó su nombre. En 1944 fue asesinado, se dice a veces que porque sabía mucho y podía poner en evidencia colaboracionismos que ya se deseaban olvidar. Luego fue cubierto por un manto de olvido hasta que más tarde, incluso a partir de reclamos como el de Norberto Bobbio, ha comenzado a ser reconsiderado.

Creía Gentile en el acto puro que se realiza en el curso concreto de la realidad. El acto se diferencia del hecho, del efecto. Ese idealismo actualista permite, según Gentile, superar dialécticamente todas las contradicciones sin suprimirlas. Es una dialéctica del pensamiento pensante, no del mero pensamiento pensado. En caso de existir tal vinculación entre el pensamiento del filósofo y las bases del régimen, el fascismo de Gentile fue “*sui generis*”. El pensamiento gentiliano es relativamente laico y trató de no hacer concesiones de la soberanía cultural a la Iglesia, aunque su grandeza suele ser recordada por pensadores católicos. Entendemos que era nacional y autoritario, no imperial ni totalitario. Las añoranzas corporativas y la fuerte referencia a la ética del trabajo eran, sí, grandes.

156. Otro de los ideólogos que influyeron en el fascismo es el francés *Georges Sorel*, un ingeniero de puentes y caminos cuyas ideas sindicalistas se nutrieron de aportes de Nietzsche, Marx y Bergson. Para Sorel las “verdades” son simples instrumentos para realizar las acciones propuestas. Se ha dicho que la táctica de Mussolini para evitar que el proletariado se apoderara del Estado no podía haber sido concebida sino por un marxista, como lo había sido él.

Compartimos la creencia de que el fascismo dista de ser la pretensión de realización de una filosofía, como lo es el comunismo. Fue más el desarrollo de ideas de un hombre de acción.

La situación italiana previa al advenimiento del fascismo era grave. Habían

transcurrido, hasta hacía no muchas décadas, siglos de divisiones y humillaciones. El pueblo estaba desmoralizado por la guerra y sus escasos resultados; la economía era atacada por una usuraria deuda de guerra; el proceso burgués de producción era atacado por huelgas revolucionarias sindicalistas y comunistas; el poder de los gobiernos era debilitado por la impotencia y el descrédito; la propia izquierda se debatía en conflictos internos.

El acceso del fascismo al poder se produjo en una lucha con la izquierda en que hubo matanzas de ambos bandos. Dado que al fin intentó detener y superar la descomposición y los conflictos de clases, suele decirse que el fascismo es el capitalismo y la burguesía en armas. El objetivo del fascismo abarcó la autoconciencia de la nación y la reconstrucción o quizás construcción del Estado -claro está, de un Estado al fin burgués- con una jerarquización de la violencia. La Patria estuvo antes de todo lo demás; a semejanza de la dictadura soviética, el partido y el Estado formaron una fusión. Al fin, se reivindicaba el modelo romano imperial.

Los avances de la economía durante el fascismo fueron relativamente relevantes, aunque a veces se lograron con concentración del capital y sacrificio de los trabajadores. Para no incurrir en exageraciones, vale tener en cuenta que se refiere que, por ejemplo, en 1937 Italia tenía un automóvil cada noventa y nueve habitantes, en tanto para los franceses y los ingleses el índice era de diecinueve. Se narra que proporciones sólo un poco mejores valían para el teléfono.

Las relaciones del fascismo con la Iglesia Católica fueron facilitadas por el Tratado de Letrán de 1929 que hizo del Vaticano un Estado independiente y por la lucha contra el enemigo común bolchevique. Además se firmaron un Concordato y un acuerdo financiero de resarcimiento a la Santa Sede por la pérdida del resto de los Estados Pontificios. En lo ideológico hubo puntos de coincidencia y de discrepancia. El Estado fascista se apoyó en el catolicismo y le dejó ciertos espacios importantes en la organización social. Se decía que Estado e Iglesia se toleraban y respetaban mutuamente. El fascismo y la Doctrina de la Iglesia, por sus propios caminos y en sus propias medidas, se oponen no sólo al comunismo sino también al capitalismo. Es posible que la Iglesia se haya sentido al menos protegida por el fascismo contra el comunismo. Sin embargo, al fin el estatismo es de algún modo anticristiano y el racismo, que en definitiva el régimen tuvo que adoptar, lo es radicalmente.

Se sostiene, no sin razón, que el catolicismo y también la monarquía limitaban las posibilidades de radicalización del fascismo en el sentido del totalitarismo. No obstante, suele citarse que, refiriéndose a Mussolini, Pío XI dijo que constituía el hombre de la Providencia y Pío XII expresó que era el hombre más grande que había conocido y, sin duda, uno de los más profundamente buenos (juicio en el que, refiriéndose a su comportamiento en la cárcel, coincidió el socialista Pietro Nenni).

157. La Carta del Trabajo, del 21 de abril de 1927, dice que la organización profesional o sindical es libre, pero indica que sólo el Sindicato, reconocido por la ley y sometido al control del Estado, tiene el derecho de representar legalmente todas las categorías de patronos o de obreros por las cuales fue constituido, defender los intereses de estas categorías frente al Estado o a las otras asociaciones profesionales, fijar contratos colectivos de trabajo obligatorios para todos los miembros de las susodichas categorías, imponer a estos miembros contribuciones y ejercer respecto a ellos funciones delegadas de interés público. De cierto modo, los obreros son “funcionarios” del Estado.

El Código Civil italiano surgió de la revisión de un proyecto elaborado por juristas de la talla de Vittorio Scialoja, Pietro Bonfante, Alfredo Ascoli y Gino Segre. La integración del saber romanista, civilista y comercialista era clara. En el “Programa” enunciado en las primeras páginas del primer fascículo de la “*Rivista di diritto civile*”, de 1909, se había expresado, con las firmas de Alfredo Ascoli, Pietro Bonfante, Carlo Longo y E. A. Porro, que existía la necesidad de que la producción científica del Derecho Civil se hiciese puramente italiana. Se indicaba que después de la exagerada influencia francesa se tendía a caer bajo la influencia germánica, pero era necesario que la ciencia del Derecho Civil atendiera a las fuentes de la vida, de las necesidades, de las costumbres, de los sentimientos italianos. No se buscaba el nacionalismo de la ciencia, de manera que la Revista se mantendría distante de todo exclusivismo nacional, pero se proclamaba la necesidad de que la ciencia civilista se fundara sobre los materiales italianos y fuera obra de los intelectuales italianos.

Otro de los juristas más representativos del prolongado proceso de elaboración fue el profesor de Derecho Romano y Derecho Civil Filippo Vassalli, quien integró la Comisión Real desde 1920 y también contribuyó para la ejecución del Concordato en la parte relativa al matrimonio. En un momento en que la intervención pública penetraba peligrosamente en el ámbito de la libertad, Vassalli defendió la concepción de que el Derecho Civil fuera Derecho de los particulares fundado sobre la razón y no sobre dogmas y menos sobre la voluntad imperativa del Estado.

158. El Código Civil italiano, dictado en el tiempo del segundo episodio de la Gran Guerra Mundial del siglo XX, abarca las materias “civil” y “comercial” en poco menos de tres mil artículos. No se incluyeron la quiebra ni la navegación, que fueron tratadas por separado. El Estado, el trabajo y la empresa y el referido sentido de lo colectivo tienen una presencia mucho más importante que en la obra francesa. Se ha dicho que, pese a su denominación, quienes han obtenido más provecho de los institutos de la obra italiana son los comercialistas. De cierto modo, la obra

refleja el relativo paso de una economía agraria a otra industrial y el desplazamiento del predominio de la consideración del derecho de propiedad por la atención a las relaciones de empresa. Se trata de una manera de pensar el Derecho desde el Estado que, sin embargo, brinda decisiva importancia a la producción y no abandona rasgos importantes del capitalismo. Desde el Estado, la división entre lo civil y lo comercial pierde significación.

El Código establece entre las fuentes del Derecho a las normas corporativas, especificándose luego que son tales las ordenanzas corporativas, los acuerdos económicos colectivos, los contratos colectivos de trabajo y las sentencias de la magistratura del trabajo en las controversias colectivas, pero que tales normas no pueden derogar las disposiciones imperativas de las leyes y de los reglamentos. Hay referencias detalladas a las ordenanzas corporativas y los acuerdos económicos colectivos.

Opuesto al individualismo francés y reflejando el sentido corporativo, el Código italiano decía que “El matrimonio celebrado ante un ministro del culto católico se regula en conformidad al Concordato con la Santa Sede y las leyes especiales sobre la materia”. El matrimonio celebrado ante ministros de los cultos admitidos en el Estado quedaba regulado por las disposiciones del Código, salvo lo establecido en la ley especial concerniente a tal matrimonio. Este indicaba que el matrimonio sólo se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges.

En la obra italiana los bienes están sometidos a la disciplina del ordenamiento corporativo en relación a su función económica y a las exigencias de la producción nacional. El propietario tiene derecho a gozar y disponer de las cosas de modo pleno y exclusivo, dentro de los límites y con la observancia de las obligaciones establecidas por el ordenamiento jurídico. La escasez del suelo italiano dan significación al régimen de la propiedad rural. Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato dentro de los límites impuestos por la ley y por las normas corporativas.

El Libro “Del Trabajo” inscribe al Código en el sentido de la Carta de 1927, que comienza diciendo que el trabajo es tutelado en todas sus formas de organización y ejecución, intelectuales, técnicas y manuales. El artículo 2087 establece que el empresario debe adoptar las medidas que, según las particularidades del trabajo, la experiencia y la técnica, son necesarias para tutelar la integridad física y la personalidad moral de los trabajadores. Dentro del mismo libro se hace referencia a la empresa, con especial consideración de los pequeños empresarios y –dadas las características económicas del país– de la empresa agrícola. Asimismo se trata de las sociedades.

159. La distinción entre el Derecho Privado y el Derecho Público llegó a una de

sus expresiones al menos más débiles. Todas las cosas, públicas y privadas, estaban sometidas al Estado.

Cuando se derrumbó el régimen de Mussolini, al mantenerse el Código vigente por sus altas cualidades técnicas y por la superación del radical individualismo napoleónico, fue depurado de sus influencias fascistas. Una labor interpretativa de amplias proyecciones ha hecho avanzar sus alcances, al punto que se ha llegado a afirmar que se habría escrito "otro código".

En 1966, bajo el gobierno corporativista de Antonio de Oliveira Salazar, Portugal recorrió, con su nuevo Código Civil, un camino de ciertas analogías con la obra germánica y con el Código Italiano.

El Código Napoleón expresaba el capitalismo liberal anglofrancés; el Código alemán mostraba el capitalismo "renano", menos individualista, y el Código italiano manifestaba en su momento el "capitalismo" fascista.

160. Desde la perspectiva trialista, el Código Civil italiano muestra un fuerte incremento de los repartos autoritarios, realizadores del valor poder, y de la planificación gubernamental en marcha, donde se satisface el valor previsibilidad. De este modo, se procura obtener un orden de repartos más sólido. En el despliegue normativo, resulta particularmente interesante la presencia de nuevas clases de fuentes formales, que incrementan los problemas de su articulación y reconocimiento. En la dimensión axiológica hay un fuerte incremento de la justicia general que, referida al bien común, caracteriza al fin al Derecho Público, y es llamativo el riesgo de que, en aras de proteger al individuo contra los demás y "lo demás" (enfermedad, miseria, ignorancia, etc.) se corran riesgos de caer en su mediatización totalitaria y en la fuerte posibilidad de agresión por el régimen.



V. La “postmodernidad”

49. El tiempo de la integración y la globalización/marginación

161. El Derecho Privado de la segunda mitad del siglo XX fue afectado por transformaciones motivadas por el gran cambio histórico que comenzó a producirse, quizás por la preparación de una *nueva era*. La magnitud del cambio, todavía indefinido, ha llevado a considerar al nuevo tiempo como simplemente posterior a la modernidad. En ese sentido cabe hablar de “postmodernidad”. La gran variación histórica surgió sobre todo por impulsos de las fuerzas y las relaciones de producción que motivaron la superación de los moldes de los Estados nacionales. La comunicación electrónica y la enorme capacidad de información revolucionan los medios tradicionales. La estabilidad de las burguesías nacionales se ha conmovido en un proceso que incluye, por un lado, la *integración* y, por otro, la *globalización/marginación*.

El más exitoso proceso de integración, que hoy se expresa en la Unión Europea, centró sus esfuerzos privatistas básicos en la regulación *contractual*, primero mediante normas indirectas y hoy a través de la búsqueda de principios o una codificación de reglas directas comunes, avances que fueron fuertemente complementados por desarrollos *procesales*. Merece mención especial la difícil obra integradora en la elaboración de Principios o de un proyecto de Código de los contratos (respectivamente de la Comisión encabezada por el profesor Ole Lando -Copenhague- y la Academia de Privatistas Europeos -profesor Giuseppe Gandolfi, Universidad de Pavia-), enriquecida por las consultas que efectúa la Comisión Europea al respecto. La formación de cierto Derecho Privado Europeo se va proyectando también a otras ramas del Derecho de fondo.

En el panorama general, la concentración del capital anunciada por Marx y Engels se cumple de manera evidente, y autores como Philippe Van Parijs hablan de la exclusión en la opulencia. Suele señalarse, de cierto modo, el fin del trabajo. Señala Van Parijs que emerge de más en más una sociedad dual formada, por una parte, por una minoría creciente de personas excluidas, cada vez más indignadas por tener que buscar sin cesar lo que tienen cada vez menos chances de encontrar y, por otra, por una mayoría decreciente de personas ocupadas, cada vez más impacientes por tener que llevar solas las cargas económicas de toda la sociedad. Las tensiones entre *mercado* y *democracia* y entre *economía* y *biología* son muy grandes.

Sin desconocer los contactos y los conflictos de civilizaciones puede decirse, a su vez, que la globalización/marginación tiende a la formación de un Estado de alcances *mundiales*, con características hobbesianas de monopolio del poder. La dictadura de pretensión mundial, ejercida con fines económicos difícilmente ocultables, resulta

notoria. Podría decirse que vivimos bajo una “nueva Roma”. Acompañando de cierto modo a Bertrand Russell, cabe preguntarse si cuando se haya formado el gobierno mundial sobrevendrá la realización de las ideas liberales y democráticas que acompañaron al desarrollo del Estado moderno. Uno de los grandes interrogantes históricos actuales consiste en saber si la Superpotencia que encabeza el Estado mundial estará en condiciones de transformar su título de poder de tipo colonial en poder planetario responsable de la universalidad.

Hace tiempo venimos señalando el paso relativo del tiempo de la ley y el Estado nacional generalizados al del contrato y la empresa, con un Estado de cierto modo mundializado. Vivimos un tiempo del *negocio*, pero ahora parece que también de la *guerra*. La tensión explosiva entre el Derecho Privado, que crece en posibilidades que no pueden concretarse, y el Derecho Público más ceñido en su desarrollo completo a los moldes estatales, es muy grande.

162. Si bien sucedió lo que Natalino Irti pudo llamar la “*edad de la descodificación*”, se vienen evidenciando procesos de “*recodificación*”, de características diversas a las del período sistematizador anterior. Se producen legislaciones más referidas a *principios* que a normas y tendencias internacionales en sentido amplio, expresadas en términos de *tratados*, como los que se refieren a la compraventa internacional de mercaderías; de fuentes comunitarias europeas y proyectos que buscan la codificación privatista regional; de preparación de incremento de la técnica de *leyes modelo*, v. gr. en cuanto al arbitraje; del despliegue de la “*lex mercatoria*” y de la formalización doctrinaria de *conceptos* y *principios* de la contratación internacional. La solución de controversias amplía las sendas más tradicionales de la intervención judicial con la actuación *arbitral*.

La obra de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional (CNUDMI-UNCITRAL) en la que ocupa lugar destacado la Convención de Viena de 1980 sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías; la tarea de las cámaras de comercio (v. gr. la Cámara de Comercio Internacional de París) y la labor del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) contribuyen, de modo destacado, al mundo nuevo. Asimismo corresponde atender a los desarrollos de la Organización Mundial del Comercio formada a través de los Acuerdos de Marrakech, que de cierto modo llegan a ser la “constitución económica” de un mundo inspirado en gran medida por el *liberalismo*.

163. Diversas reformas han cambiado el *Derecho de Familia*, estableciendo nuevas soluciones que van desde la introducción generalizada del divorcio vincular al reconocimiento de parejas homosexuales. Como lo destacan desde la perspectiva

comparativa Zweigert y Kötz, algunos contratos que eran considerados ofensivos a la moral hasta hace poco ya no son enjuiciados de ese modo. Horatia Muir Watt señala, en un libro coordinado por A. L. Calvo Caravaca y J. L. Iriarte Angel, que emerge la nueva familia europea, producto del derecho vivo, pluralista, igualitaria, sociológica, pedocéntrica, oponiendo la plasticidad y la voluntad a los rigores del modelo antiguo, monolítico, patriarcal sacralizado y legitimista. Se desarrollan incluso redes de venta internacional de niños y el turismo “procreativo”, que puede valerse del acoplamiento o la reproducción asistida en un país, el aborto en otro, etc. La circulación comunitaria y la globalización tienen gran influencia al respecto. El debilitamiento del componente judeocristiano de la cultura occidental es notorio.

En la nueva juridicidad cabe destacar también las modificaciones en el *Derecho de las Obligaciones*. En esta última perspectiva, vale tener en cuenta la reciente reforma del *Código Civil alemán*, producida en 2001, nuevamente con fuerte influencia de los profesores de Derecho, en este caso, con destacada participación de Claus Wilhelm Canaris, profesor de la Universidad de Munich. Claude Witz afirma que, pese a la voluntad anunciada de cambiar ciertos términos muy técnicos, el estilo del Código ha quedado relativamente inalterado.

Aunque tuvo una larga tramitación, esta modificación fue al fin impulsada por la necesidad de adaptarse al Derecho Comunitario en materia de protección del consumidor. La reforma debilita la presencia pandectista que tenía el Código de 1896 y se reciben influencias del derecho internacional de los contratos. Pese a que no los siga totalmente y a que se conservan los trazos de abstracción y erudición de la obra de fines del siglo XIX, el reformador alemán hace referencia a la Convención de Viena de 1980, a los Principios del Derecho Europeo de los Contratos elaborados por la Comisión Lando y a las reglas de Unidroit relativas a los contratos del comercio internacional. Asimismo se incorporaron diversas construcciones jurisprudenciales. Señala Witz que, pese a las modificaciones, el Derecho alemán mantiene sus particularidades.

164. En este ámbito se producen, sin embargo, tendencias relativamente diversas, como la del *Código Civil brasileño* aprobado en 2002, que comenzará a aplicarse en los primeros días de 2003. El nuevo Código, producto de un largo proceso de elaboración, responde a criterios más *sociales* y relativamente *nacionales* que los imperantes a fines del siglo XX. Miguel Reale, el ilustre jusfilósofo que presidió la Comisión redactora, indica que la sustitución de un Código Civil por otro no se reduce al cambio de una ley por otra, porque significa, antes que nada, el advenimiento de un *nuevo paradigma cultural*, tomada la expresión en relación con nuevas ideas maestras.

Reale indica que la obra de la codificación anterior, de 1916, correspondió al espíritu del siglo XIX, con un sentido de referencia europea para un país predominantemente agrícola, con el 80% de población rural, con una perspectiva conservadora de la vida social y soluciones para la organización jurídica de carácter formalista. Puntualiza que en cambio esta obra se caracteriza por su *sentido social* y en ciertos aspectos *socializante*. Asimismo destaca el fuerte impacto de naturaleza *ética* y la *remisión situacional* en la nueva obra, para que se pueda realizar la *justicia social concreta*, con frecuente referencia a la equidad, la buena fe, el equilibrio contractual, la corrección, la lealtad, el respeto a los usos y costumbres del lugar de las convenciones, la interpretación de la voluntad tal como es consustanciada, etc., a fin de que pueda concretarse una relación de proporcionalidad. La nueva tarea legislativa efectiviza la directriz constitucional de solidaridad social, fijada como uno de los objetivos fundamentales de la República sudamericana. Se procura un equilibrio entre la autonomía y la autoridad, entre lo individual y lo social.

Señala Reale que se ha buscado superar el apego del Código actual al formalismo jurídico, fruto de la influencia del Derecho tradicional portugués y de la Escuela germánica de los pandectistas. Se ha dicho que el Brasil, país muy complejo, con una economía que va complementando los despliegues agrícolas y los industriales, busca en sus raíces vitales las claves de su codificación.

Para concretar sus objetivos, el Código de 2002 se vale a menudo de *cláusulas abiertas*, con el propósito de que favorezcan la adecuación a la justicia del *caso concreto*, y de la esperanza de obediencia a los mismos principios éticos que presidieron la formulación de las disposiciones a lo largo de toda su *ejecución*. Hay un empleo constante de principios, cláusulas generales y conceptos jurídicos indeterminados que se refieren a expresiones cuyo significado requiere una actividad valorativa del juzgador para que las reglas puedan ser aplicadas.

En tanto el Código hoy vigente en Brasil fue concebido como un sistema cerrado, para que los juristas no hiciesen sino una relativa exégesis de las disposiciones, el nuevo fue elaborado para constituir un *sistema abierto* en el cual la comunidad jurídica, los “operadores del Derecho” como expresa Reale, tengan papel activo en la determinación de los sentidos. Según señala Judith Martins Costa, el papel importante de la doctrina se inscribirá en la larga tradición “bartolista” luso-brasileña, que asigna a esta fuente una alta densidad cultural.

Las nuevas soluciones legislativas brasileñas se basan en la idea de que el texto necesariamente *incompleto* del Código no es un defecto sino una cualidad, pues ha de ser completado por los destinatarios. Se ha dicho que la Codificación ochocentista, totalizante y totalitaria, tributaria de las concepciones iluministas, pretendió cortar el flujo vital del cuerpo social, coartando en gran medida las manifestaciones

creadoras de la sociedad, en tanto la nueva obra se apoya en la creencia profunda en la *historicidad* del Derecho.

Al explicar la reciente legislación brasileña se indica que el modelo de Código tradicional, concebido con carácter “total”, se vale en general de un sistema cerrado, expresado en un lenguaje que difícilmente permite comunicación con la realidad que está en su entorno, especialmente con los a veces llamados “elementos metajurídicos”, tales como los valores éticos, los datos económicos, científicos y tecnológicos, los elementos de orden social, etc. Se sostiene que el modelo subyacente al nuevo Código brasileño adopta otros presupuestos metodológicos, actuando a través de dos soluciones técnicas: la intervención de la jurisprudencia apoyada en las cláusulas generales y la tarea que se espera del legislador encargado de dictar leyes aditivas en los campos, como el Derecho de la Empresa y el Derecho de Familia, donde se produce mayor movilidad de los requerimientos sociales y económicos, aunque tales leyes se integren al conjunto signado por los valores y los conceptos generales de la codificación

Se confía en que las cláusulas generales permitan tanto la *vinculación intrasistemática* entre las normas del propio Código como la *conexión intersistemática*, por ejemplo con la Constitución, e incluso la *relación extrasistemática* con la remisión del intérprete fuera del sistema jurídico para concretizar determinado valor o directiva. Al comentar el régimen respecto de los daños a la persona se indica que el juez tiene el deber de determinar la providencia que, atendiendo a las circunstancias, entienda como más adecuada a la optimización del contenido de la norma protectora, buscándola en el cuadro de las soluciones técnicas ofrecidas por el ordenamiento.

Al explicar el significado de la concreción de la “ética de situación”, se expone que en ella la noción de sujeto de derechos debe ser percibida en su pluralidad, incluyendo al rico y al pobre, al empresario y al desempleado, a la gran corporación económica y a los menores de la ruta, al contratante fuerte y al débil, al latifundista y al sin tierra, al consumidor y al proveedor, en fin, al ser humano en sus circunstancias, siempre urgentes y concretas. En esto se fundan las referencias a los usos del lugar, a las circunstancias del caso y a la naturaleza de la situación, para permitir al aplicador del Derecho llegar desde el plano de las abstracciones al terreno de lo concreto.

El art. 421 del nuevo Código establece que la libertad de contratar será ejercida en razón y en los límites de la *función social del contrato*. La posesión es calificada por las *obras de interés social y económico* y la *productividad*. No mediando impedimentos dirimentes, es reconocida como entidad familiar la *unión estable* entre el hombre y la mujer, configurada en convivencia pública, continua y duradera y establecida con el objetivo de constitución de una familia.

165. Uno de los más importantes ejes problemáticos que suele tener el pensamiento de nuestro tiempo, desarrollado a menudo bajo la influencia de Martín Heidegger, el célebre profesor y rector de Friburgo, autor de "El Ser y el Tiempo", es el de la *crisis del sujeto consciente*, que en gran medida se remonta a la obra de Descartes. Esta crisis es funcional a la pérdida de las identidades fuertes que necesita la globalización, sea económica o racial, como tal vez corresponda a las afinidades heideggerianas con el nazismo. La disolución de la idea de sujeto consciente tiene un enorme impacto en los aspectos subjetivos, patrimoniales y familiares del Derecho Privado.

Otro de los problemas importantes a considerar por la Filosofía del Derecho Privado en nuestro tiempo es el de la *multiculturalidad*, que Occidente proclama en su seno pero no encuentra posibilidades cuando sale de los cauces del capitalismo anglosajón occidental.

Abriendo camino a la reorganización planetaria se produce lo que, en relación con ideas de Michael Walzer, se suele señalar en ciertos medios como cuatro grandes tipos de *movilidad* en una sociedad en que el crecimiento es asociado a la emergencia. Se trata de la movilidad geográfica, de posición social (intergeneracional e intrageneracional), matrimonial e incluso política. Podrían agregarse la movilidad de capitales y la movilidad personal, incluyendo la posibilidad del cambio de sexo. Además, las posibilidades del control genético se hacen asombrosas. El viejo sueño de la omnisciencia, la omnipotencia y la omnipresencia parece avanzar en su realización.

Ludwig Raiser ha señalado que todos los esfuerzos cumplidos por los países industrializados en forma de ayuda al desarrollo para equilibrar la situación se han revelado insuficientes, aunque fueran útiles y en algunos casos de importancia vital. En la defensa respecto de las acusaciones y las pretensiones de los países en vía de desarrollo los Estados industrializados no han alcanzado un acuerdo común que fuese más allá de los simples paliativos, porque a sus gobiernos les parece imposible imponer a sus propias economías más renunciadas y sacrificios. Falta así un ordenamiento satisfactorio de la economía mundial y no se ha llegado a garantizar la paridad de oportunidades iniciales, que es presupuesto indispensable para el buen funcionamiento del sistema. Las graves injusticias producidas por esta situación no pueden dejar indiferentes. Según indicó el célebre profesor y rector de Tubinga, como no existe una paridad siquiera aproximada, el *laissez-faire* que caracteriza a la constitución de la economía mundial se torna en ventaja exclusiva de los países industrializados.

166. Creemos que, si bien se vale de la abstracción de la filosofía analítica y

de la falta de propuestas de cambio que suele imperar en la filosofía crítica, en gran medida el sentido de la globalización se abre al fin por los cauces del empirismo y el utilitarismo anglosajones, culminantes en su momento en el *pragmatismo*. Según este movimiento filosófico, desarrollado principalmente y de cierto modo al fin característico en los Estados Unidos de América y en Inglaterra, cabe afirmar, por ejemplo, que el criterio de verdad de un juicio corresponde al grado en que a su vez corresponde a las exigencias “teóricas” de nuestra naturaleza. Conforme lo expresó *William James*, profesor en Harvard, la verdad es algo que funciona, que se hace permanentemente y nos permite orientarnos en la realidad y llevarnos de una experiencia a otra. Es útil.

De cierto modo, cabe recurrir al decir del precursor *Charles Sanders Peirce*, profesor de la Universidad John Hopkins y autor de numerosos artículos luego recopilados en libros, para indicar que toda la función del pensamiento es producir hábitos de acción y que lo que significa una cosa consiste en los hábitos que envuelve.

Tal vez la clave última del pensamiento anglosajón norteamericano sea en gran medida resultado del planteo de Occam: a Dios y la Patria estadounidense con la ingenuidad de la fe, al mundo con gran apertura a la experiencia.

50. Las orientaciones libertarias y los sentidos relativamente sociales

167. Gran parte del debate actual sobre la propiedad se produce en los marcos de la Doctrina Social de la Iglesia, el utilitarismo, el libertarianismo, el neomarxismo y el igualitarismo liberal de John Rawls.

En una línea filosófica en general *libertaria*, continuadora de la de Locke, se ubican pensadores como *Friedrich A. Hayek* y *Robert Nozick*. Hayek, uno de los más altos exponentes de la Escuela Austríaca, cobeneficiario del Premio Nóbel en 1974, es autor de obras como “Camino de Servidumbre” y “La Contrarrevolución de la Ciencia” y fue partícipe de una célebre polémica con John Maynard Keynes. Señala Hayek que fue al parecer en la región mediterránea donde por primera vez el ser humano se avino a respetar ciertos *dominios privados* cuya gestión se dejó a la responsabilidad del correspondiente propietario y eso permitió establecer entre las diferentes comunidades un denso tejido de relaciones comerciales. Esa malla surgió al margen de los particulares criterios o veleidades de los jefes locales, por no resultar posible entonces controlar eficazmente el tráfico marítimo.

La *propiedad plural* (expresión que prefiere a la de propiedad privada) constituye, a su criterio, la base de toda civilización desarrollada e indica que correspondió en su día, al parecer a la Grecia clásica, el mérito de haber advertido por vez primera que es

también intrínsecamente inseparable de la libertad individual. Puntualiza Hayek que la capacidad individual de decidir autónomamente acerca de cuál debe ser el empleo a dar a determinados bienes depende de que, de manera general, se acepte la existencia de ciertos dominios privados dentro de los cuales puedan los sujetos disponer las cosas a su gusto, así como de una también consensuada mecánica de transmisión a otros de tales derechos.

Remitiéndose a Locke, indica Hayek que la afirmación “no puede haber justicia donde no hay propiedad” es una proposición tan indiscutible como cualquier teorema euclidiano. Afirmo que la evolución cultural y moral impulsa a seguir avanzando en el paulatino perfeccionamiento de la propiedad plural, al propósito de alcanzar todas sus posibles ventajas. Debemos, por ejemplo, estar siempre dispuestos a adoptar cualquier medida orientada a garantizar la competencia en orden a impedir el abuso del derecho de propiedad. En opinión de Hayek, la civilización moderna no está amenazada por brutales ignorantes empecinados en destruir el mundo, sino más bien, por el abuso de la razón, emprendida por el racionalismo constructivista en su intento de diseñar conscientemente el mundo moderno.

Robert Nozick, profesor en la Universidad de Harvard y autor de “Anarquía, Estado y utopía”, entiende que el derecho a la *propiedad privada* es el único que merece llamarse tal y desempeña un papel básico en la formulación de las recomendaciones de política sobre la intervención del Estado. En este enfoque, en esta corriente se afirma que la intervención del Estado debe concentrarse en la protección contra la apropiación injusta y que el intento de forzar a cualquier persona a contribuir con una parte de sus legítimas pertenencias al bienestar de los demás es una violación de los derechos fundamentales de propiedad. Los individuos tienen derechos y hay cosas que ninguna persona o grupo puede hacerles sin violar esos derechos.

Un *Estado mínimo* (incluso a veces “ultramínimo”), limitado a las estrechas funciones de protección contra la violencia, el robo y el fraude, de cumplimiento de contratos, etc., se justifica; cualquier Estado más extenso violaría el derecho de las personas a no ser obligadas a hacer ciertas cosas y, por tanto, no se justifica. El Estado no puede usar su aparato coactivo con el propósito de hacer que algunos ciudadanos ayuden a otros o para prohibirles actividades para su propio bien o protección. El Estado mínimo nos trata como individuos inviolables, que no pueden ser usados por otros de cierta manera, como medios o herramientas o instrumentos o recursos; nos considera personas que tienen derechos individuales, con la dignidad que esto constituye. La lucha contra la pobreza debería limitarse a las conductas altruistas de la sociedad.

Aunque se trata de temas principalmente económicos, vale recordar que el inglés John Maynard Keynes, cuya obra principal quizás sea “Teoría general de la Ocupación,

el Interés y el Dinero”, sostuvo otras ideas que influyeron en gran medida en la política económica de numerosos países y consecuentemente en el Derecho Privado patrimonial durante varias décadas. El autor británico afirmó que las decisiones de ahorro las toman los individuos en función de sus ingresos, en tanto las decisiones de inversión las adoptan los empresarios en función de sus expectativas; de tal manera, no hay razón para que el ahorro y la inversión deban coincidir. Sostuvo que cuando las expectativas empresariales son favorables, grandes volúmenes de inversión provocan una fase expansiva y, en cambio, cuando las expectativas son desfavorables, la contracción de la demanda puede provocar depresión. Según Keynes, el Estado debe *intervenir* en la economía y puede impedir la caída de la demanda aumentando sus gastos. Al desarrollar la debida relación entre lo microjurídico y lo macrojurídico se advierte que el Derecho Privado, especialmente patrimonial, puede recibir importante influencia de la práctica del pensamiento keynesiano.

Las ideas de *John Rawls*, profesor de la Universidad de Harvard, están expresadas principalmente en “Una teoría de la justicia”. Cabe destacar también, por ejemplo, “Justicia como equidad”. En líneas generales corresponde a la vertiente atenuada de la filosofía analítica, centrada en sus expresiones más características en la referencia a la lógica y la teoría del lenguaje. Ya lord *Bertrand Russell*, uno de los fundadores del movimiento, había acompañado sus ideas analíticas, que lo llevaron a incluso a afirmar que la lógica y no la metafísica es lo fundamental en la filosofía, no sólo con la investigación inicial de los procesos cognoscitivos del sujeto sino con el requerimiento de combinar la libertad con la justicia económica. La propuesta rawlsiana retorna a la teoría del contrato social y a las bases kantianas con una nueva formulación y se apoya en un supuesto de igualdad y en la pretensión de imparcialidad. Considera que las normas de justicia se alcanzan cuando se parte de una *posición original* en que personas bien informadas sobre la realidad e interesadas en su propio beneficio, pero que desconocen el lugar que ocuparán en la sociedad (“velo de la ignorancia”), deciden los principios por los que “las instituciones sociales (...) distribuyen los derechos y deberes básicos y determinan la división de las ventajas derivadas de la cooperación social”.

Según la exposición rawlsiana, todos los hombres deben tener iguales derechos y deberes básicos y las desigualdades de riqueza y autoridad sólo son justas si traen beneficios compensadores para todos y particularmente para los menos aptos y si los cargos son abiertos a todos.

Se ocupa Rawls de la distinción entre *bienes públicos* y *privados*, reconociendo que provoca varios problemas, pero la idea fundamental es la de que un bien público tiene dos rasgos característicos, su indivisibilidad y publicidad. Es decir, hay muchos individuos, un público, que quiere más o menos de este bien, pero si todos han de

disfrutarlo, ha de ser en la misma proporción. La cantidad resultante no puede dividirse, como ocurre con los bienes privados, y ser adquirida por los individuos de acuerdo con sus preferencias. El caso extremo de un bien público es su plena indivisibilidad entre toda la sociedad. Un ejemplo es el de la defensa de una nación frente a un ataque del extranjero. Todos los ciudadanos deben participar de este bien en el mismo grado y no pueden recibir toda la protección que desearían. La consecuencia de la indivisibilidad y de la publicidad, en estos casos, es que la provisión de bienes públicos debe ser estructurada a través del proceso político y no a través del mercado.

Indica Rawls que, dado que bajo el socialismo los medios de producción y los recursos naturales son públicamente poseídos, la función distributiva se restringe en gran parte, mientras que en un sistema de propiedad privada se usan los precios gradualmente para su propio establecimiento y para la distribución. Entiende que el saber cuál de estos sistemas y de las formas intermedias responde a las exigencias de la justicia, no puede determinarse a primera vista y depende en gran parte de las tradiciones e instituciones y fuerzas sociales de cada país, y de sus especiales circunstancias históricas. Aclara que la existencia de un sistema ideal de propiedad privada justo no implica que las formas históricas sean justas o, incluso, tolerables y que, desde luego, lo mismo ocurre con el socialismo.

El propósito de los impuestos y las reglamentaciones sucesorias no ha de ser ceder recursos al gobierno sino corregir, gradual y continuamente la distribución de riqueza y prevenir las concentraciones de poder perjudiciales para la equidad de la libertad política y de la justa igualdad de oportunidades. Por ejemplo: el principio progresivo debe aplicarse a la muerte del beneficiario. Haciendo esto, se alentará una amplia dispersión de propiedad, que parece ser una condición necesaria si ha de mantenerse el justo valor de estas libertades. Aclara Rawls que recibir por herencia una riqueza desigual no es más injusto intrínsecamente que el recibir por herencia una inteligencia desigual. Reconoce que el primer caso está más fácilmente sujeto al control social; pero lo esencial es que, en lo posible, las desigualdades basadas en cualquiera de los dos aspectos satisfagan el principio de la diferencia. La herencia es permisible siempre que la desigualdad resultante sea en ventaja de los menos afortunados y compatible con la libertad y la justa igualdad de oportunidades.

Uno de los grandes problemas de la propuesta de Rawls es al fin el de la fundamentación y promoción del desarrollo. Suele impugnársele que restringe el desenvolvimiento y paraliza la posibilidad de nuevos descubrimientos. Desde posiciones del libertarianismo se dice que si bien Rawls pretendía superar el utilitarismo cayó en él, aun sin proponérselo, al ir contra el derecho de propiedad de cada uno sobre su persona y los resultados de su trabajo.

En una línea relativamente afín y haciendo un fuerte cuestionamiento de la

distinción rígida entre derecho y moral, el norteamericano *Ronald Myles Dworkin*, profesor en Nueva York y Oxford, ha seguido por el camino del liberalismo individualista con una reconstrucción racional de la realidad jurídica referida a la afirmación de que, sin derechos individuales, no existe el Derecho. En una senda de cierto modo análoga a la de Rawls, Dworkin afirma que la teoría de los derechos se apoya en el derecho a la igualdad. Su propuesta alcanza proyecciones radicales “progresistas” de desobediencia civil y discriminación inversa. Dworkin es, sin embargo, un liberal no contractualista.

Según el autor de “Los derechos en serio”, toda teoría jurídica debe tener un aspecto *descriptivo* y otro *prescriptivo*. En la obra de Dworkin renace la importancia de las consideraciones de valor. Aunque el planteo dworkiniano excede el ámbito privatista, como toda propuesta acerca de los derechos es también importante en este campo. El igualitarismo es al fin en gran medida una manera de entender el Derecho Privado.

51. El análisis económico del Derecho

168. El análisis económico del Derecho es una saber interdisciplinario que tiene como objetivo estudiar y evaluar el papel de las normas jurídicas en el funcionamiento de los mercados, a través de la consideración de su impacto en el comportamiento de los agentes económicos y su repercusión en los precios. Suele decirse que tiene como núcleo la *maximización de la riqueza*.

Si bien sus antecedentes son remotos, el análisis económico del Derecho ha logrado un descollante desenvolvimiento en las últimas décadas. Entre sus precursores están Smith, Bentham, Max Weber, Bruno Leoni (formado en la escuela jusfilosófica de Gioele Solari) y Pietro Trimarchi. Sin embargo, su desarrollo mayor se produjo en los Estados Unidos de América. En el grupo de sus principales exponentes se encuentran el inglés emigrado a los Estados Unidos *Ronald Coase*, los norteamericanos *Gery Becker* y *Richard Posner*, profesores de la Universidad de Chicago, y el italiano emigrado a los Estados Unidos *Guido Calabresi*, profesor de la Universidad de Yale.

Coase recibió el premio Nóbel de 1991 por sus trabajos sobre los *costos de las transacciones* y los *derechos de propiedad* sobre la estructura y el funcionamiento de la economía. La empresa existe como reductora de los costos de transacción del mercado (por esa razón, por ejemplo, el trabajador se instala en relación de dependencia con ella), pero su crecimiento acrecienta los costos.

Posner, autor de “Economic Analysis of Law” y “The Economics of Justice”, fue colaborador de administraciones demócratas. Al referirse a la *maximización*

de la riqueza en la teoría de la justicia, Posner aclara que se refiere a la justicia aproximadamente en el sentido de Rawls. Asume que las personas están racionalmente interesadas, incluso más allá del mercado, en maximizar sus satisfacciones. La maximización de la riqueza se produce cuando los bienes y otros recursos se encuentran en manos de aquellos que más los valoran, y alguien valora más un bien si al mismo tiempo está dispuesto y puede pagar más para poseerlo. Una sociedad maximiza su riqueza cuando sus recursos están distribuidos de tal manera que la suma de todas las evaluaciones es la más alta posible.

En el campo específico del Derecho Privado se analiza, por ejemplo, que las normas que establecen la propiedad son más distributivas de riqueza, en tanto las que establecen responsabilidades contractuales por vicios redhibitorios lo son menos, porque el contrato contiene un equilibrio de las prestaciones que las contempla.

Se sostiene que el Derecho Privado puede encontrar el camino para lograr la eficiencia a través de los llamados “teoremas” normativos de Coase y de Hobbes. La simplificación con que se pretende dar cuenta de la complejísima realidad social, psicológica, antropológica, etc. se muestra en el mismo empleo de la palabra “teorema” que intenta desviar hacia nuestro campo el rigor de la noción matemática. El primero de dichos “teoremas” ha sido formulado diciendo que el Derecho debe estructurarse en gran medida de modo de eliminar los impedimentos para los acuerdos privados. Una presentación más compleja dice que cuando los costos de transacción son nulos o muy reducidos y los derechos de propiedad están claramente definidos las transacciones voluntarias logran asignaciones eficientes por sobre las posibilidades que brindan las regulaciones y las leyes puntuales. Conforme al “teorema” de Hobbes, el Derecho debe estructurarse de modo de minimizar el daño causado por las fallas de los acuerdos privados.

Posner analizó la elección óptima entre Derecho Privado de los particulares, a su entender más el uso relativo de los recursos privados y solución de problemas a través de medidas que compensen a las víctimas de las infracciones, y regulación pública, que significa más empleo relativo de los recursos estatales y solución de problemas mediante la prevención de conductas infractoras y de la sanción de los infractores y sostuvo que ambas son dos modos alternativos y en algunos casos complementarios de solucionar fracasos del mercado. El Derecho Privado es mejor para solucionar problemas que significan que en cada caso los costos son más elevados para los agentes económicos participantes pero el número de agentes interesados es más reducido. En otros casos es mejor la regulación. A su vez, Calabresi se ha destacado por sus estudios sobre el régimen de accidentes.

Ronald Dworkin ha polemizado con Posner, afirmando que el concepto de economía que éste emplea se remite confusamente al concepto económico paretiano.

Señala Dworkin que el concepto de eficiencia de los economistas, nutrido de las ideas de la sociología y la economía del bienestar de Wilfredo Pareto, consiste en que una distribución de la riqueza tiene esa calidad si no se puede hacer cambio alguno que deje al menos a una persona en mejor situación y a nadie en peor situación. Según el cálculo paretiano, la eficiencia se logra cuando en cualquier periodo los recursos se usan de tal modo que es imposible aumentar el bienestar de cualquier persona sin reducir el bienestar de otra. Afirma Dworkin que el análisis económico del Derecho es distinto del análisis del Derecho que hacen los economistas; éstos no se preguntan por la maximización de la riqueza sino acerca de la eficiencia.

Por otra parte, Dworkin cuestiona que la maximización de la riqueza sea un valor. Sostiene que una sociedad con mayor riqueza social no es necesariamente mejor o más rica que una sociedad con una riqueza menor. En algún despliegue de su discurso, Dworkin dice que, por ejemplo, se puede privar autoritariamente a las personas de lo que desean.

Estimamos que la interpretación económica contribuye a aclarar problemas, pero también puede resultar insuficiente para dar cuenta de la complejidad de la vida. Si la eficiencia de que se habla en el análisis económico del Derecho está referida a múltiples tablas de valores que pueden impulsar a los interesados, las investigaciones nos parecen interesantes, pero poco significativas para los fines liberales que suelen motivar las exposiciones. Si lo que se piensa es que todos los hombres se comportan con la misma tabla de valores del hombre occidental anglosajón, se trata de una abstracción insostenible. Las aspiraciones de personas como Henry Ford, madame Curie y la madre Teresa de Calcuta, Lorenzo de Medici y San Francisco de Asís, por ejemplo, son muy diferentes, y en partes de estos marcos los “teoremas” carecen de aplicabilidad.

A semejanza del planteo de Rawls, el análisis económico del Derecho resulta, cuanto más, una manera de enjuiciar el sistema desde valores reconocidos en el propio sistema. Creemos que está lejos de la profundidad de la comprensión de la relación entre Derecho y Economía que se alcanzó en la modernidad, y no debe sustituirla.

52. La filosofía crítica

169. En el movimiento de la filosofía crítica basada en Marx y Freud, cuyas principales vertientes son la alemana de la Escuela de Francfort, representada por Max Horkheimer, Theodor W. Adorno, Walter Benjamin, Herbert Marcuse e incluso Erich Fromm y Jürgen Habermas, y la francesa de Michel Foucault, Gilles Deleuze, Félix Guattari y Paul Feyerabend (en el caso francés, con influencias nietzscheanas más importantes y a menudo estructuralistas) se ha hecho una dura consideración

de temas del Derecho Privado, por ejemplo sobre la propiedad. En las bases de esta corriente están el propósito frecuente de no hacer propuestas “positivas” y que el dinero, que debe ser un medio, se convierte en un fin; todo se sacrifica a los intereses del mercado.

Max Horkheimer y Theodor W. Adorno fueron las figuras más importantes en la formación de la Escuela de Francfort. *Horkheimer* nació en Stuttgart, en una familia judía de clase alta. En el largo período que va desde 1930 a 1958 fue director del Instituto para la Investigación Social. Como gran parte del grupo, debió emigrar a los Estados Unidos de América. En las manifestaciones iniciales y finales del pensamiento de Horkheimer tuvieron influencia las ideas de Kant, con su referencia al sujeto individual. Las ideas de Horkheimer acerca de la familia y la propiedad son expresadas, por ejemplo, en el artículo “Autoridad y familia”. Expresa que al iniciarse el orden burgués el poder doméstico paterno era una condición inevitable del progreso. La naturalidad de la potestad paterna se deducía de la posición económica y de la fuerza física, secundadas jurídicamente. El hombre era empresario y asalariado. Sin embargo, al perder el lugar de sostén de la familia el hombre peligraba en su prestigio dentro de la familia. La idealización de la autoridad paterna, que se consideraba surgida de la decisión divina, de la naturaleza de las cosas o de la razón, se muestra como glorificación de una institución económicamente determinada. Al no ser educados los hijos como futuros herederos, tampoco son vistos como una propiedad. Hay una tensión entre la familia y el individuo que se resiste a su autoridad, que se muestra en la vida sexual no familiar.

Horkheimer y Adorno reconocieron a la propiedad intelectual en el marco de lo que denominaron “*industria cultural*”, que la convierte en un producto y una mercancía. Cada vez más, el derecho de autor es una “propiedad” sometida al comercio. La filosofía crítica ha brindado atención destacada a la realidad artística. *Walter Benjamin* se ocupó especialmente del arte en el tiempo de su reproducibilidad técnica.

Herbert Marcuse nació en Berlín y se formó junto a Martín Heidegger y Max Horkheimer. Luego emigró a los Estados Unidos de América donde incluso trabajó en cuestiones estratégicas. Su obra más famosa es “El hombre unidimensional”. Marcuse sostuvo que la *sociedad industrial avanzada* es capaz de reprimir el cambio cualitativo. Para el pensador germano-norteamericano, el rasgo distintivo es la sofocación efectiva de aquellas necesidades que requieren ser liberadas, mientras que sostiene y absuelve el poder destructivo y la función represiva de la sociedad opulenta. En consecuencia, se dedicó a buscar cuáles pueden ser los factores de cambio. Al fin se inclinó por todos los que se encuentran excluidos y oprimidos, los que son conscientes de malestar, intelectuales, estudiantes, tercer mundo y la parte de

todos los hombres hoy reprimida inútilmente.

En una línea temática recorrida también por el existencialista cristiano Gabriel Marcel y el analista del materialismo Balthasar Staehelin, el psicoanalista *Erich Fromm*, nacido en Francfort y nacionalizado norteamericano, se ocupó, sobre todo en su libro “¿Tener o ser?”, del conflicto entre las ambiciones materiales y de poder manifestadas en el *tener* y el humanismo que surge del *ser*. Dice Fromm que la naturaleza del modo de existencia del tener, que abarca las más diversas situaciones de la vida, incluso al propio sujeto, surge de la naturaleza de la propiedad privada. En este modo de existencia, lo único importante es adquirir propiedades y el derecho ilimitado de conservar lo adquirido. El modo de tener excluye a los otros; no requiere que se haga ningún otro esfuerzo por conservar las propiedades ni que se haga un uso productivo de éstas.

Fromm se ocupó también de otra perspectiva importante para el Derecho Privado en “El arte de amar”. Sostuvo el pensador germano-norteamericano que hay que entender la capacidad de amar como un acto de dar, sin pensar en el sentido mercantilista donde dar implica recibir. Al final, no obstante, dar significa recibir, porque cuando se da con sinceridad no se deja de recibir o, como dice, el amor es un poder que produce amor.

En la que quizás sea su obra fundamental, “El miedo a la libertad”, Fromm se refirió a la *libertad* del hombre frente a sí mismo y a la sociedad. Considera que la historia moderna se halla centrada en el esfuerzo que tiende a romper las cadenas económicas, políticas y espirituales que aprisionan a los hombres. Entiende que al luchar una clase por su propia liberación creía hacerlo por la libertad humana y podía invocar un ideal y expresar aquella aspiración de libertad de todos los oprimidos, pero las clases que habían combatido contra la opresión se alineaban junto a los enemigos de la libertad cuando ésta había sido ganada y les era preciso defender los privilegios recién adquiridos.

Según Fromm, ciertos factores propios del sistema industrial moderno en general y de su fase monopolista en particular conducen al desarrollo de un tipo de personalidad que se siente impotente y sola, angustiada e insegura. El hombre moderno está dispuesto a enfrentar graves peligros para lograr los propósitos que se supone son suyos, pero teme profundamente asumir el riesgo y la responsabilidad de forjarse sus propios fines. El fascismo y la estandarización de los individuos son formas colectivas de eludir la libertad.

Para comprender la *base humana de la cultura*, el pensador germano-norteamericano difiere del “psicologismo” freudiano que afirma que los fenómenos culturales arraigan en factores psicológicos derivados de impulsos sensitivos que, en sí mismos, son influidos por la sociedad sólo a través de algún grado de

represión. Indica que los autores freudianos han explicado el capitalismo como una consecuencia del erotismo anal y el desarrollo de la cristiandad primitiva como resultado de la ambivalencia frente a la imagen paterna. Se distancia también del punto de vista económico tal como es planteado en la que considera aplicación errónea de la interpretación marxista de la historia, según la cual los intereses económicos subjetivos son causa de los fenómenos culturales, tales como la religión y las ideas políticas. En este marco, el protestantismo sería una respuesta a ciertas necesidades económicas de la burguesía. Asimismo Fromm se diferencia de la posición idealista, representada por Max Weber. A su parecer, las ideologías y la cultura en general se hallan arraigadas en el *carácter social*, éste es moldeado por el *modo de existencia* de una sociedad dada, y a su vez los rasgos caracterológicos dominantes se vuelven *fuerzas constructivas* que moldean el proceso social. Según Fromm, el derrumbe de la sociedad medieval amenazó a la clase media, esta amenaza originó un sentimiento de impotente aislamiento y duda y este cambio psicológico explica la atracción de las doctrinas protestantes; éstas intensificaron y estabilizaron los cambios caracterológicos y los rasgos de carácter así desarrollados se transformaron en fuerzas creadoras en el proceso de formación del capitalismo, que es consecuencia de cambios políticos y económicos.

170. El filósofo y psicólogo *Michel Foucault*, profesor del Colegio de Francia, a quien suele vincularse también al gran movimiento estructuralista, dedicó importantes estudios a la disciplina sexual; a los distintos ámbitos de encierro (prisión, hospital, fábrica, escuela, familia, hoy cada vez más “guardería”) y de control (en gran medida a través del saber), y a la vinculación entre el saber, el poder y las formas jurídicas, incluyendo a la propiedad. Las nuevas formas del saber y la técnica corresponden a la dominación mediante el control y a la fabricación del individuo “disciplinario”. Entre sus obras más difundidas se encuentran “Vigilar y castigar” y, en medios como el nuestro, “La verdad y las formas jurídicas”.

171. La discípula de Heidegger de origen judío *Hannah Arendt*, especialmente célebre por su obra sobre “Los orígenes del totalitarismo” y autora también, por ejemplo de “La condición humana”, se ocupó de las condiciones de la *vida privada* y la *vida pública* en Grecia y en los tiempos posteriores de la modernidad

Destacó Arendt que en la democracia clásica griega existían grandes diferencias entre la esfera del mercado y la de la política. El mercado era un ámbito en que el individuo se encontraba sometido, en tanto la política era el marco donde ejercía su libertad. En la esfera privada se interactuaba en la familia y se cumplían actividades básicas para sobrevivir. Según Arendt, para los griegos mandar en lugar de persuadir

eran formas prepolíticas, propias del hogar y de la vida familiar. En la polis reinaba cierta igualdad; en la familia la desigualdad.

En cambio, entendió que en la Edad Moderna desapareció la distancia entre lo público y lo privado. Creía Arendt que, con el ascenso del conjunto doméstico y de las actividades económicas a la esfera pública, las materias privadas se han hecho de interés colectivo. El interés privado por la propiedad privada se convirtió en interés público. Las sociedades modernas se habrían hecho sociedades de propietarios, trabajadores y empleados. Ahora las actividades de supervivencia se permiten en público. El hombre queda, así, sin lugares específicos para lo público y lo privado.

En base a esas ideas, se destaca que al fin los ciudadanos son inmensamente desiguales y las grandes decisiones políticas son tomadas por élites transnacionales que compiten por el mercado electoral. El ciudadano convertido en consumidor no puede superar la desigualdad real existente en la sociedad.

Con una gran carga vital propia, sostuvo Hannah Arendt que la pérdida de la residencia es la pérdida de toda la trama social en la cual se ha nacido, y en la cual se ha organizado un espacio particular en el mundo.

53. La filosofía de la comunicación y el discurso y la intersubjetividad

172. La Filosofía del siglo XX ha considerado en gran medida los cauces de la comunicación y el discurso. En este sentido, es importante considerar la relación de éstos con el Derecho Privado.

Asumiendo el “giro lingüístico” de la filosofía contemporánea, sobre todo Karl-Otto Apel y Jürgen Habermas llevan a cabo un tránsito de la filosofía de la conciencia monológica a una *filosofía intersubjetiva y dialógica* que les hace posible establecer lazos entre lo individual y lo social, entre lo privado y lo público, y entre la ética y la política.

Karl Otto Apel, profesor en Francfort y autor de “Transformación de la Filosofía” y “Semiótica filosófica”, desarrolla una concepción de la verdad apoyada en la comparación entre Edmund Husserl, uno de los últimos grandes exponentes de la teoría de la evidencia, y Alfred Tarski, el más importante teórico de la verdad como semántica. En la búsqueda de la superación de las dos corrientes propone una teoría trascendental-semántica de la verdad, más acorde con la línea de Peirce, tratando de asegurar un contexto en el que se asegure una validez pública no utilitaria sino aceptada por la comunidad científica.

En un planteo reciente, Apel reconoce como paradigmas básicos el de la filosofía primera en el sentido de la metafísica ontológica anterior a Kant, el de la filosofía de la conciencia o del sujeto en el sentido de Descartes, Kant o Husserl, y finalmente, el de

la semiótica trascendental o pragmática trascendental o hermenéutica trascendental. Subraya Apel el problema filosófico de lo que se designa como *consenso intersubjetivo*, que quiere decir cómo se llega al acuerdo. Al fin se busca una síntesis de la teoría de la verdad como evidencia subjetiva y la de la verdad como coherencia.

Habermas, profesor en Francfort autor de "Teoría de la acción comunicativa", "Conocimiento e interés" y "Problemas de legitimación en el capitalismo tardío", rechaza la concepción de Locke acerca de la propiedad, como un individualismo posesivo. Entiende que el estado natural no es de paz, como en Locke, sino de guerra, como en Hobbes. La organización política es el monopolio legítimo de la violencia. La igualdad la origina el estado de guerra, en el que cada uno puede castigar la vulneración de sus derechos y la única salida es delegar ese poder en la autoridad. La sociedad no es una suma de individuos, sino una red, un *tejido de papeles y roles*, de expectativas mutuas de comportamientos. Por su referencia democrática, Habermas está relativamente cerca de Rousseau, no de Locke.

Entiende Habermas que es en el ágora, en el espacio público de opinión y discusión, donde se ejerce el *uso público de la razón*. La legitimidad de una norma tiene carácter procedimental. Es racional la discusión cuyos resultados tengan la presunción de los mejores argumentos.

Habermas propone un tipo ideal de sociedad en la cual la *acción comunicativa* sea el eje central y el sujeto se relaciona con ella a partir de un proceso dialógico. Un sujeto que se auto-conoce para poder interrelacionarse con los otros en una racionalidad comunicativa. Destaca que desde el punto de vista de la teoría de la comunicación se sigue más bien una importante conexión entre la preocupación por el bien del prójimo y el interés por el bien general: la identidad del grupo se reproduce a través de relaciones no mermadas de reconocimiento recíproco. De aquí que el punto de vista complementario al de igual trato individual no sea la benevolencia, sino la *solidaridad*. Este principio (la solidaridad) tiene sus raíces en la experiencia de que uno ha de ser fiador del otro, ha de declararse solidario de él, porque, en tanto que miembros de una comunidad, todos han de estar igualmente interesados por la integridad de ese plexo de relaciones vitales que les son comunes.

La *justicia* entendida deontológicamente exige la solidaridad. Se aclara que no se trata tanto de dos momentos que se complementen, como de dos aspectos de la misma cosa. Toda moral autónoma ha de resolver dos tareas en una: debe hacer valer la intangibilidad de los individuos socializados, exigiendo igual trato y por tanto un respeto igual a la dignidad de cada uno; y ha de proteger las relaciones intersubjetivas de reconocimiento recíproco exigiendo a los individuos solidaridad en tanto que miembros de una comunidad en la que han sido socializados.

La justicia se refiere a las iguales libertades de individuos incanjeables y que se

determinan a sí mismos; mientras que la solidaridad se remite al bien de los miembros de un grupo, hermanados en una forma de vida intersubjetivamente compartida y, por tanto, también al mantenimiento de la identidad de esa forma de vida misma. Las normas morales no pueden proteger lo uno sin lo otro: no pueden amparar los iguales derechos y libertades del individuo sin proteger el bien del prójimo y de la comunidad a la que el individuo y su prójimo pertenecen.

Habermas, que de cierto modo es al menos heredero de la corriente crítica, realiza una dura crítica del *dinero*, al que considera como un medio de control especialmente amenazador. Liberado de toda necesidad de justificación y de toda forma de control ciudadano, el dinero se hace autónomo como un sistema, se aparta de la acción comunicativa y se levanta encima del horizonte del mundo de la vida, convirtiéndose en opaco e inmanejable para los individuos.

El despliegue privatista es además cuestionable desde la jerarquización del *dinero* en el despliegue de la modernidad, como lo plantea en la teoría de la postmodernidad Jean-François Lyotard, y desde la primacía de la *democracia* sobre la Filosofía, según la presenta Richard Rorty.

Creemos que, de cierto modo, la comunicación y el discurso y la no preocupación por la realidad exterior a éstos son funcionales al mercado económico o al de la democracia. Estimamos que una de las grandes cuestiones de la Filosofía actual es cómo salir de la mera comunicación y el mero discurso.

La Filosofía del siglo XX ha incurrido a menudo en la hipocresía de referirse con aparente humildad al discurso y no a la realidad, cuando en ésta las personas nacen, sufren, gozan y mueren sin que la Filosofía sea entonces idónea para decirles directamente nada, aunque sea sobre base conjetural.

Otra línea de interés para la comprensión del Derecho Privado es la Filosofía de la *intersubjetividad* desenvuelta, con raíces judeocristianas, por Martin Buber y Emmanuel Lévinas.

VI. Panorama general argentino

173. La cultura Argentina, como la de casi todas las *sociedades dependientes*, está dividida en dos sectores, uno más “autóctono” y el otro más referido a las culturas dominantes de avanzada. En correlación con la herencia española, hay un sector “*hispanico tradicional*”, más comunitarista, paternalista, romántico y católico, de raíces medievales. Su figura “peninsular” más significativa es el rey de la dinastía Habsburgo Felipe II, campeón de la Contrarreforma, quien dejó gran parte de su vida en tratar de administrar sus enormes reinos. Quizás la manifestación arquitectónica más clara de las ideas del rey, hoy de desempeño tan polémico, es El Escorial, donde puede verse el gran lujo dedicado a Dios y la pobreza de los aposentos en que vivía quien era de cierto modo el “dueño del mundo”. El otro sector es “*anglofrancesado*”, más individualista, abstencionista, ilustrado y de cierto modo ocultamente afín al calvinismo. Su figura “peninsular” más relevante es el rey de la dinastía Borbón Carlos III, quien centró sus esfuerzos en “modernizar” sus reinos. Quizás la expresión arquitectónica más clara de las ideas de esta España sea el Palacio Real de Madrid, de cierto modo luego más completo que el propio Versalles.

La España tradicional tiene ciertas tradiciones “protodemocráticas” y “precapitalistas”, incluso de raíz medieval, pero está lejos de los sentidos del liberalismo político, económico y filosófico “anglofrancesado”.

En la *historia argentina*, el sector “hispanico tradicional” fue reforzado por la *presencia inmigratoria española e itálica meridional*; el sector “anglofrancesado” se consolida sobre todo por aportes *norteamericanos*. Toda la trayectoria del país es escenario de los conflictos entre los dos sectores, representados por ejemplo por Cornelio Saavedra, Juan Manuel de Rosas y Juan Domingo Perón y por Mariano Moreno, Bernardino Rivadavia, Domingo F. Sarmiento y Pedro Eugenio Aramburu.

En correspondencia con dichos sectores, el país ha tenido dos “derechas” y dos “izquierdas”, al punto que los movimientos guerrilleros eran diversos, según se tratara de los Montoneros o del Ejército Revolucionario del Pueblo. También hay dos proyectos jurídicos, incluso en el campo jusprivatista: uno es expresado por el Código Civil de Vélez Sársfield, unido a los nombres de los presidentes Bartolomé Mitre y Domingo Faustino Sarmiento; el otro se manifiesta en la legislación laboral e incluso de locaciones urbanas y rurales del periodo peronista en sentido amplio y, de cierta manera, también en aspectos de la reforma del Código Civil de 1968.

En 1871 comenzó a regir el Código Civil de la propiedad privada y la libertad de contratación, aprobado a libro cerrado por impulso de Sarmiento, y en 1872 aparecía la primera parte del “Martín Fierro” en que el gaucho, que iba siendo desplazado, lloraba su dolor.

Sin dejar de lado importantes excepciones, en general la Argentina no fue capaz de aprovechar en plenitud su ubérrimo territorio, pudiendo reconocerse cierta actitud “parasitaria” de las enormes riquezas, destinadas a construir magníficos palacios y a comprar maravillosas obras de arte, cuando en gran parte la voluntad era vivir en París.

El carácter “parasitario” de la ocupación del territorio, compartido por los dos sectores, fue generando cierto sentido de frustración que perturbó el “sueño argentino”. Pese a destacables esfuerzos industrializadores, entre los cuales es importante el empeño peronista, el país tiene ciertos rasgos capitalistas y otros claramente “precapitalistas”. La disciplina social, que el peronismo contribuyó a deteriorar, y la vocación empresaria son escasas. Las diferencias sociales, no tan marcadas como las que ocurren en otros países de Latinoamérica, sobre todo por el gran papel promotor de la educación pública de Sarmiento eran, en tiempos del advenimiento del peronismo, muy graves.

174. Las doctrinas filosóficas argentinas han participado, a veces con cierto atraso temporal, de las grandes vertientes del pensamiento antes referidas. Un lugar destacado corresponde, a nuestro parecer, a la obra de *Juan Bautista Alberdi*, inspirada en el liberalismo y el sansimonismo, con fuertes simpatías angloafrancesadas, que es expuesta principalmente en las “Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina” y en el “Sistema económico y rentístico de la confederación argentina, según su constitución de 1853”. Aunque al fin el Congreso Constituyente de 1853 no acompañó siempre las ideas de Alberdi, su producción contribuye a expresar el sentido profundo de la obra constitucional.

Aunque no posee una fuerte fundamentación teórica, el peronismo, nutrido de ideas *hegelianas de derecha*, con una importante referencia al *Estado* y ciertas afinidades autoritarias y de “partido” abrumadoramente dominante, también posee claras correspondencias con la *Doctrina Social de la Iglesia*. De hecho, sólo ha podido mantenerse en el poder cuando ha podido evidenciar que es el partido mayoritario más católico del país.

175. Un momento axial en la Filosofía del Derecho Privado argentina corresponde a la obra de *Werner Goldschmidt* y algunos de sus continuadores. En especial cabe mencionar la segunda edición del “Sistema y Filosofía del Derecho Internacional Privado” y la “Introducción filosófica al Derecho” de ese maestro germano-hispano-argentino. También cabe indicar la importancia de la *Maestría en Filosofía del Derecho Privado* de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, hoy Maestría en Derecho Privado de esa Casa de Altos Estudios.

BIBLIOGRAFIA BASICA

ABBAGNANO, Nicola, "Historia de la Filosofía", trad. Juan Estelrich y J. Pérez Ballestar, Barcelona, Hora, 1982 (incluyendo además el t. IV, "La filosofía contemporánea", 1, de Giovanni FORNERO, con la colaboración de Luigi Lentini y Franco Restaino, reimpresión, Turín, UTET, 1991 y 2, de Giovanni FORNERO, Franco RESTAINO y Dario ANTISERI, Turín, UTET, 1994)

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CORDOBA, "El Derecho Argentino entre 1941 y 1991", Córdoba, 1992

ALTAMIRA, Rafael, "Historia de la civilización española", Barcelona, Soler

ARIES, Philippe - DUBY, Georges (dir.), "Historia de la vida privada", trad. Francisco Pérez Gutiérrez y Georges Duby, 4ª. reimp., Madrid, Santillana

ARNAUD, André-Jean, "Essai d'analyse structurale du Code Civil français – La règle du jeu dans la paix bourgeoise", París, L. G. D.J., 1973

AUDI, Robert (ed.), «The Cambridge Dictionary of Philosophy», reimp., Cambridge, Cambridge University Press, 1997

AUTORES VARIOS, "Historia de la Filosofía", trad. María Esther Benítez y otros, México, Siglo Veintiuno

AUTORES VARIOS, "Historia Universal", México, Siglo XXI

BARRAGAN, Guillermo C., "La obra legislativa de Alfonso el Sabio", Bs. As., Abeledo-Perrot, 1983

BAUMAN, Zygmunt, "Modernidad Líquida", trad. Mirta Rosenberg (con colaboración), 1ª. reimp., Bs. As., Fondo de Cultura Económica, 2003

BOBBIO, Norberto, "Estudios de Historia de la Filosofía; de Hobbes a Gramsci", trad. Juan Carlos Bayón, Madrid, Debate, 1985

BREHIER, Emile, "Historia de la Filosofía", trad. Demetrio Yáñez, 2ª. ed., Bs.

As., Sudamericana, 1944

BRINKMANN, Carl, "Historia económica y social", trad. Dr. Adolfo von Ritter-Záhony, Bs. As., El Ateneo, 1962

BRUNNER, Heinrich, "Historia del Derecho Germánico", según la octava ed. alemana de Claudio von Schwerin, trad. José Luis Álvarez López, Barcelona, Labor, 1936

BUNGE, C. O., Dr., "Historia del Derecho Argentino", Bs. As., Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1912

CALVO CARAVACA, A. L. - IRIARTE ANGEL, J. L. (eds.), "Mundialización y familia", Madrid, Colex, 2001

CAVANNA, Adriano, "Storia del diritto moderno in Europa", I, Milán, Giuffrè, 1979

CHANETON, Abel, "Historia de Vélez Sársfield", Bs. As., Eudeba, 1969

CHEVALIER, Jacques, "Historia del pensamiento", trad. José Antonio Míguez, Madrid, Aguilar

CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Análisis cultural de la internacionalidad, la globalización y la integración", en "Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social", N° 24, págs.41/56

CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Comprensión filosófica del "lugar" histórico del Derecho Internacional Privado", en "Investigación y Docencia", N° 12, págs. 21 y ss.

CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Engarce histórico del Derecho Internacional Privado", en "Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social", N° 17, págs. 17 y ss.

CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Estudios de Historia del Derecho", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas", 2000

CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Hacia una teoría general de la recepción del Derecho extranjero", en "Revista de Direito Civil", 8, págs. 73 y ss.

CIURO CALDANI, Miguel Angel, "La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000

CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1991/94

CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Meditaciones acerca de la ciencia jurídica", en "Revista de la Facultad de Derecho" de la Universidad Nacional de Rosario, Nos. 2/3, págs. 89 y ss.

CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Meditaciones filosófico históricas acerca de los modos de adquirir el dominio", en "Juris", t. 69, págs. 219 y ss.

CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Meditaciones filosófico históricas sobre la ubicación y el cuadro de los derechos reales", en "El Derecho", t. 100, págs. 886 y ss.

CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Originalidad y recepción en el Derecho", en "Boletín del Centro de Investigaciones..." cit., N° 9, págs. 33 y ss.

CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Panorama trialista de la Filosofía en la postmodernidad", en "Boletín del Centro de Investigaciones ..." cit., N° 19, págs. 9 y ss.

CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Perspectivas filosófico históricas del Derecho Privado", en "Investigación..." cit., N° 11, págs. 19 y ss.

CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Problemática jusfilosófica de la empresa en el fin del milenio", en "Revista de Derecho Privado y Comunitario", N° 21, págs. 91 y ss.

CLAROS, Manuel, "Discurso leído en la Universidad Central por El Licenciado Don Manuel Cláros en el acto solemne de recibir la investidura de doctor en derecho civil y canónico", Madrid, Hernández, 1860

COGLIOLO, Pedro, "Estudios acerca de la evolución del Derecho Privado", Reus, Madrid, 1898

COGLIOLO, Pietro, "Filosofia del Diritto Privato", 3ª. ed., Florencia, Barbera, 1936

COING, Helmut, "Derecho privado europeo", trad. Prof. Dr. Antonio Pérez Martín, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1996

COLE, G. D. H., "Introducción a la Historia Económica", trad. Carlos Villegas, 5ª. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1975

COPLESTON, Frederick, S. I., "Historia de la Filosofía", trad. Jan Manuel García de la Mora, Barcelona, Ariel

DAMPIER, William Cecil (Sir), "Historia de la ciencia y sus relaciones con la filosofía y la religión", trad. Cecilio Sánchez Gil, 1ª. reimp., Madrid, Tecnos, 1986

DAVID, René - JAUFFRET-SPINOSI, Camille, "Les grands systèmes de droit contemporains", 10ª. ed., París, Dalloz, 1992

DEKKERS, René, «El Derecho Privado de los Pueblos», trad. Francisco Javier Osset, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1957

DILTHEY, Wilhelm, «Historia de la Filosofía», trad. Eugenio Imaz, México, 2da. ed. Fondo de Cultura Económica, 1956

D'ORS, «Derecho Privado Romano», 9ª. ed., Pamplona, Eunsa, 1987

DUBY, Georges, «Feodalité», Gallimard, 1996

DUGUIT, León, "Las Transformaciones generales del Derecho privado desde el Código de Napoleón", trad. Carlos G. Posada, Madrid, Beltrán

DURANT, Will, "Historia de la Filosofía", trad. J. Farrán Mayoral, 2ª. ed., Bs. As., Gil, 1947

ELLUL, Jacques, "Histoire des institutions", Paris, Presses Universitaires de France

ENTELMAN, Remo F., «Teoría de conflictos. Hacia un nuevo paradigma», Barcelona, Gedisa, 2002

ESSER, Josef, «Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado», Barcelona, Bosch, 1961

EUROPEAN REVIEW OF PRIVATE LAW

FASSO, Guido, "Historia de la Filosofía del Derecho", trad. José F. Lorca Navarrete, Madrid, Pirámide

FERGUSON, John M., "Historia de la Economía", trad. Vicente Polo, 2ª. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1958

FERRATER MORA, José, "Diccionario de Filosofía", 5ª. ed., Bs. As., Sudamericana, 1965 y 6ª. ed., Madrid, Alianza, 1979

FERRER, Aldo: "El capitalismo argentino", Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1998

FRAILE, Guillermo, O. P. - URDANOZ, Teófilo, O. P., "Historia de la Filosofía", Madrid, La España Católica

GALGANO, Francesco (coord), "Atlas de Derecho Privado Comparado", trad. Juan Antonio Fernández Campos - Rafael Verdera Server, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 2000

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, "Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas", reimpresión, Madrid, Civitas, 2000

GARCIA-GALLO, Alfonso, "Manual de Historia del Derecho Español", Madrid

GARCIA MORENO, Luis A., "Historia de España Visigoda", Madrid, Cátedra, 1989

GAUDEMET, Jean, "Droit privé romain", 2ª. ed., París, Montchrestien, 2000

GENY, F., «Science et technique en droit privé positif», París, Sirey

GEYMONAT, Ludovico, "Historia de la Filosofía y de la Ciencia", trad. Juana Bignozzi, Barcelona, Crítica

GIDE, Carlos - RIST, Carlos, «Historia de las doctrinas económicas desde los fisiócratas hasta nuestros días», trad. C. Martínez Peñalver, 2ª. ed., Madrid, Reus

GIMENEZ-CANDELA, Teresa, «Derecho Privado Romano», Valencia, Tirant Lo Blanch, 1999

GOETZ, Walter (dir.), "Historia Universal", trad. Manuel García Morente, Madrid, Espasa-Calpe

GOLDSCHMIDT, Werner, «Introducción filosófica al Derecho», 6ª. ed., 5ª. reimp., Bs. As., Depalma, 1987

GROSSI, Paolo, "El orden jurídico medieval", trad. Francisco Tomás y Valiente - Clara Alvarez, Madrid, Pons, 1996

GURVITCH, Georges, "Los fundadores franceses de la sociología contemporánea: Saint-Simon y Proudhon", trad. Ana Goutman y Nilda Sito, Bs. As., Nueva Visión, 1970

HABERMAS, Jürgen, "Problemas de legitimación en el capitalismo tardío", trad. José Luis Etcheverry, Madrid, Cátedra, 1999.

HAMLYN, D. W., «The Penguin History of Western Philosophy», reimp., Londres, Penguin, 1990

HATTENHAUER, Hans, "Los fundamentos histórico-ideológicos del Derecho alemán", trad. Miguel Izquierdo Macías-Picavea, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1981

HAUSER, Arnold, "Historia Social de la Literatura y del Arte", trad. A. Tovar y

F. P. Varas-Reyes, 23ª. ed., Barcelona, Labor, 1994

HEGEL, Gerorg Wilhelm Friedrich, "Lecciones sobre la filosofía de la historia universal", trad. José Gaos, 2ª. ed. en "Alianza Universidad", 1982

HERNANDEZ GIL, Antonio; "Metodología de la ciencia del Derecho", Madrid

HIRSCHBERGER, Johannes; "Historia de la Filosofía", trad. Luis Martínez Gómez, S. I., Barcelona, Herder

HINOJOSA, Eduardo de, "El elemento germánico en el Derecho Español", Madrid, Centro de Estudios Históricos, 1915

HUBER, Eugen, "System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechtes", Basilea, Detloff's, 1886/93

IHERING, Rudolph Von, "El Espíritu del Derecho Romano en las diversas partes de su desarrollo", trad. Enrique Príncipe y Satorres, Comares, Granada, 1998

IRTI, Natalino, "L'età della decodificazione", Giuffrè, 1979

JÄGGI, Peter, "Privatrecht und Staat", Zurich, Schulthess, 1976

KLEIN, Julius, "La Mesta", trad. C. Muñoz, Madrid, Alianza 1979

KÖNIG, Franz (Dr.) (dir.), "Cristo y las Religiones de la Tierra. Manual de Historia de la Religión", trad. Ramón Valdés de Toro, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos

KORN, Alejandro, "De San Agustín a Bergson", rec., Bs. As., Nova, 1959

LAMANNA, E. Paolo, "Historia de la Filosofía", trad. Oberdan Caletti, Bs. As., Hachette

LASSALLE, Ferdinand, "Théorie systématique des droits acquis. Conciliation du droit positif et de la philosophie du droit", trad. J. Bernard y otros, París, Giard & Brière, 1904

LE TOURNEAU, Philippe, "La Etica de los Negocios y de la Administración en el Siglo XXI", Perú, Arequipa, 2001

LEVAGGI, Abelardo, "Historia del Derecho de las Obligaciones, Contratos y Cosas", Bs. As., Perrot, 1982

LEVAGGI, Abelardo, "Manual de Historia del Derecho Argentino", 2ª. ed., Bs. As., Depalma, 1998

LEVENE, Ricardo, "Historia del Derecho Argentino", Bs. As., Kraft, 1945

LEVENE, Ricardo, "Manual de Historia del Derecho Argentino", 4ª. ed., Bs. As., Depalma, 1969

LOSANO, Mario G. (comp.), "Storia contemporanea del diritto e sociologia giuridica", Milán, Angeli, 1997

LLUIS y NAVAS, Jaime, "Estudios sobre Historia del Derecho y la Política Económicocial", Barcelona, C.E.A.H.E., 1978

MANDELLI, Humberto A., "Historia económica y social", 3ª. ed., Bs. As., Nueva Técnica, 1980

MARGADANT, Guillermo F., "Panorama de la Historia Universal del Derecho", 7ª. ed., México, Miguel Angel Porrúa, 2000

MARIAS, Julián, "Historia de la Filosofía", Madrid, Revista de Occidente

MARTINEZ MARINA, Francisco, "Ensayo histórico-crítico sobre la antigua legislacion y principales cuerpos legales de los Reynos de Leon y Castilla, especialmente sobre el Código de D. Alfonso el Sabio, conocido con el nombre de las Siete Partidas", Madrid, Hija de D. Joaquín Ibarra, 1808

MARTINS COSTA, Judith - BRANCO, Gerson Luiz Carlos, "Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro", San Pablo, Saraiva, 2002

MARTIRE, Eduardo, "Consideraciones metodológicas sobre la Historia del

Derecho", Bs. As., Perrot, 1977

MATERIALI PER UNA STORIA DELLA CULTURA GIURIDICA, Bolonia, Il Mulino

MELIS, Federigo, "Aspetti della vita economica medievale", Siena, Monte dei Paschi, 1962

MOLITOR, Erich - SCHLOSSER, Hans, "Peñiles de la nueva historia del Derecho Privado", trad. Angel Martínez Sarrión, Barcelona, Bosch, 1980.

MORALES ARRIZABALAGA, Jesús, "Ley, Jurisprudencia y Derecho en la España Visigoda", Zaragoza, Prensas Universitarias de Zaragoza, 1985

MORGAN, E. Victor, "Historia del dinero", trad. Margarita Sánchez, Madrid, Istmo, 1969

OERTMANN, Paul (Prof. Dr.), "Introducción al Derecho Civil", trad. Luis Recaséns Siches, Barcelona, Labor, 1933

ORTIZ, Ricardo M., "Historia económica de la Argentina", 6ª. ed., Bs. As., Plus Ultra, 1987

ORTIZ PELLEGRINI, Miguel Angel, "Nociones de Historia del Derecho Argentino", 2ª. ed., Córdoba, Lerner, 1994 (Selección Documental, Esther Susana Borgarello – Susana Liliana Aguirre, Córdoba, Lerner, 1996)

OSMAN, Filali, "Les Principes Généraux de la Lex Mercatoria. Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational", París, L. G. D. J., 1992

OTS CAPDEQUI, José María, "Manual de Historia del Derecho Español en las Indias y del Derecho Propiamente Indiano", Bs. As., Instituto de Historia del Derecho Argentino, 1943

RAPOPORT, Mario y otros, "Historia económica, política y social de la Argentina", Bs. As., Macchi, 2000

PAPACHRISTOS, A. C., "La réception des droits privés étrangers comme

phénomène de sociologie juridique”, París, L. G. D. J., 1975

PEREIRA PINTO, Juan Carlos, «Breve historia económica y social», 3ª. ed., Bs. As., El Coloquio, 1977

PIRENNE, Henri, «Historia económica y social de la Edad Media», trad. Salvador Echavarría, 15ª. reimp., México, Fondo de Cultura Económica, 1978

PIRENNE, Jacques, «Historia Universal», trad. Julio López Oliván y otros, Barcelona, Exito

POSTNAN, M. M. (ed.), «The Cambridge Economic Story of Europe», 2ª. ed., Cambridge, University Press, 1966

PRELOT, Marcel, “Historia de las ideas políticas”, trad. Manuel Ossorio Florit, Bs. As., La Ley, 1971

RAISER, Ludwig, “Il compito del Diritto Privato”, trad. Marta Graziadei, Milán, Giuffrè, 1990

RECASENS SICHES, Luis, “Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX”, México, Porrúa, 1963

RIPERT, Georges, “El Régimen Democrático y el Derecho Civil Moderno”, trad. Lic. José M. Cajica Jr., Puebla, Cajica, 1951

RUSSELL, Bertrand, “Historia de la Filosofía Occidental”, trad. Julio Gómez de la Serna y Antonio Dorta, 4ª. ed., Madrid, Espasa-Calpe

SABSAY, Fernando A., “Historia Económica y Social Argentina”, Bs. As., Omeba, 1967/9

SACO, José Antonio, “Historia de la esclavitud”, Madrid, Jucar, 1974

SALVIOLI, Giuseppe, “El Derecho Civil y el proletariado”, trad. Oyuelos, Secretaría de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1979

SAVIGNY, “Histoire du Droit Romain au Moyen-Age”, trad. Charles Guenoux,

París, Hingray, 1839

SAVIGNY, F. C. de, "Sistema del Derecho Romano actual", trad. Ch. Guenoux - Jacinto Mesía y Manuel Poley, Madrid, Granada, 1878/79

SAVIGNY, Friedrich Karl von, "Vermische Schriften", Scientia, 1968

SCHUMPETER, Joseph A., "Síntesis de la evolución de la ciencia económica y sus métodos", trad. Jorge Petit Fontseré, 2ª. ed., Barcelona, Oikos-tau, 1967

SCIACCA, Michele Federico, "Historia de la Filosofía", trad. Adolfo Muñoz Alonso, Barcelona, Miracle, 1950

SOLARI, Gioele, "Filosofía del Derecho Privado", trad. Oberdan Caletti, Buenos Aires, Depalma, 1946/50

STIGLITZ, Joseph E., "El malestar en la globalización", trad. Carlos Rodríguez Braun, 6ª. reimp., Bs. As., Taurus, 2002

TAU ANZOATEGUI, Víctor, "La Codificación en la Argentina", Bs. As., Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, 1977

TAU ANZOATEGUI, Víctor - MARTIRE, Eduardo, "Manual de Historia de las Instituciones Argentinas", 6ª. ed., Bs. As., Macchi, 1998

TAVANO, María Josefina, "¿Qué es el análisis económico del Derecho?", en "Revista de Derecho Privado y Comunitario", N° 21, págs. 11/59

TOMAS Y VALIENTE, Francisco, "Manual de Historia del Derecho Español", Madrid, Tecnos, 1979

TRUYOL Y SERRA, Antonio, "Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado", Madrid, eds. Revista de Occidente y Alianza Universidad

UNIVERSIDAD DE CAMBRIDGE, "Historia Económica de Europa", dirigida por J. H. Clapham, Eileen Power, MM. Postan, H. H. Habakkur, trad. Andrés Sánchez Arbós, Madrid, Revista de Derecho Privado

UNIVERSIDAD NACIONAL DE EDUCACION A DISTANCIA, "Historia del Derecho", Madrid, 1976

VILLEY, Michel, "Seize essais de Philosophie du Droit", Paris, Dalloz, 1969, págs. 140 y ss.

VISMARA, Giulio, "Scritti di Storia Giuridica", Milán, Giuffrè

WALDRON, Jeremy, "The Right to Private Property", reimp., Oxford, Clarendon, 1990

WATSON, Alan, "Legal Transplants. An Approach to Comparative Law", 2ª. ed., Athens, Georgia, University of Georgia Press, 1993

WEBER, Max, "La ética protestante y el espíritu del capitalismo", trad. Luis Legaz Lacambra, 2ª. ed., Barcelona, Península, 1973

WESENBERG, Gerhard - WESENER, Gunter, "Historia del Derecho Privado Moderno en Alemania y Europa", trad. José Javier de los Mozos Touya, Valladolid, Lex Nova, 1998

ZALDUENDO, Eduardo A., "Breve historia del pensamiento económico", 3ª.ed., Bs. As., Macchi, 1988

ZEITSCHRIFT DER SAVIGNY-STIFTUNG FÜR RECHTSGESCHICHTE

ZORRAQUIN BECU, Ricardo, "Historia del Derecho Argentino", 7ª. reimp., Bs. As., Perrot

ZWEIGERT, Konrad, "Des solutions identiques par des voies différentes", en "Revue Internationale de Droit Comparé", 1966, 1, págs. 5 y ss.

ZWEIGERT, Konrad - KÖTZ, Hein, "Introduction to Comparative Law", trad. Tony Weir, Oxford, Clarendon, 1998

También pueden c. por ej. Ferrater Mora Website, http://www.ferratermora.org/about_copyright.html, especialmente The Encyclopedist, http://www.ferratermora.org/ency_filosofo.html (27-1-2003);

The Internet Encyclopedia of Philosophy, <http://www.utm.edu/research/iep/> (30-1-2003); <http://www.artehistoria.com/frames.htm?http://www.artehistoria.com/historia/contextos/2061.htm> (18-2-2002); Pinacoteca Virtual, PUCMM, <http://rsta.pucmm.edu.do/biblioteca/pinacoteca/arte%20prehistorico/prehistoria%20pl.htm> (24-5-2003); Martínez Coll, Juan Carlos (2001): "Breve historia del pensamiento económico" en La Economía de Mercado, virtudes e inconvenientes, <http://www.eumed.net/cursecon/lc/pensamiento-economico.htm> (23-2-2002); economiabr.net, Biografías de economistas, <http://www.economiabr.net/biografia/>, pesquisas>conceitos, <http://www.economiabr.net/economia/index.html#2> (3-3-2002); NapoleonSeries.org, Reader's Articles: Politics & Government, The Civil Code (the Code Napoléon), By, Tom Holmberg, <http://www.napoleonseries.org/articles/government/civilcode.cfm> (24-5-2003). Panoramas de obras de Historia, Historia Universal e Historia de Occidente pueden v. por ej. en <http://www.onared.es/canuda/R/cast/libros/Historia+Universal.html> (23-3-2003); <http://www.pgmedia.es/pgmedia/biblioteca/genh.htm> (23-3-2003). Asimismo es posible c. Globalización y pobreza, Alberto Romero, e-libro.net, <http://www.e-libro.net/E-libro-viejo/gratis/globpobreza.pdf> (4-5-2003); Marcos Kaplan, Ciencia, Estado y Derecho en la Tercera Revolución, Universidad Nacional Autónoma de México, <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/2/tc.pdf> (15-6-2003).

Se terminó de imprimir en octubre de 2003
en Acquatint Evolución Gráfica
Alem 2254 - S2000FML Rosario - Santa Fe - Argentina
e-mail: info@acquatint.com