

EL RAZONAMIENTO DEL DERECHO PRIVADO*

JAVIER IGNACIO HABIB**

Resumen: Este ensayo intenta explorar aspectos del razonamiento que se da cuando un juez decide un caso de acuerdo a las tradicionales reglas y conceptos del derecho privado. Se elaboran cuatro aportes. Primero, enfatizaré la centralidad del rol que desempeñan los grandes conceptos jurídicos o categorías del derecho privado (como el contrato, el dominio, la persona, etcétera). Segundo, analizaré la opinión convencional que afirma que el razonamiento jurídico es un razonamiento deductivo. Tercero, compararé al razonamiento del derecho privado con el razonamiento desde principios constitucionales para afirmar que la diferencia entre ambos consiste en que, mientras el primero sirve para resolver conflictos de manera regular (tratar de igual manera los casos iguales), el segundo sirve para dar respuestas singulares a casos inusuales o polémicos (equidad). Por último, recordaré que el derecho privado tradicional también tiene una manera de acomodarse a los cambios (sociales, tecnológicos, axiológicos, etcétera). Este se apoya en la actividad creativa de los juristas. Son las nuevas categorías jurídicas —creadas por los juristas, para ofrecer respuestas a los casos nuevos— las que permiten que el derecho privado permanezca vigente a pesar de los cambios.

Palabras clave: razonamiento jurídico — teoría del derecho privado — conceptos jurídicos — dogmática jurídica — subsunción — cambio en el derecho

Abstract: This essay explores aspects of the reasoning that takes place when a judge decides a case according to the traditional rules and concepts of private

* Recepción del original: 13/02/2023. Aceptación: 13/03/2023.

** Profesor titular de Metodología de la Investigación, Universidad de San Pablo T, Tucumán; ex fellow Safra Center For Ethics (Tel Aviv University), PhD (European University Institute), L.L.M. (Universidad de Salamanca) y abogado (Universidad Nacional de Tucumán).

law. I will make four contributions. First, I will emphasize the centrality of the role played by the great juridical concepts, or legal categories (such as contract, property, person, etc.). Second, I will analyze the conventional view that maintains that legal reasoning is a deductive reasoning. Third, I will compare the private law reasoning with the reasoning from constitutional principles to affirm that the difference between the two consists in the fact that while the former serves to resolve conflicts with standardized solutions (to treat equal cases equally), the latter kind of reasoning serves to give unique responses to unusual or controversial cases (what one may call “equity”). Finally, I will suggest that traditional private law also has a method for accommodating social, technological and value changes. This method has to do with the creative work of the jurists. The new legal categories—created by jurists, to offer answers to new cases—allow private law to keep itself aligned with its contemporary demands.

Keywords: legal reasoning — private law theory — legal concepts — legal science — subsumption — change in law

I. INTRODUCCIÓN

Este ensayo trata sobre el razonamiento tradicional del derecho privado. Me refiero al que se lleva a cabo con categorías jurídicas —como el contrato, el dominio o la *actio in rem verso*— y reglas de derecho —como el *nemo plus iure* o la *res perit domino*—. El tema no ha sido explorado en tiempos recientes. Los trabajos del exterior que tocan al razonamiento tradicional, lo hacen sólo de manera tangencial¹ o brevemente.² En cuanto a nuestro medio, por diversas razones, hay completa ausencia de interés. En la Argentina, los intereses académicos están puestos en el razonamiento que, por muchos, es considerado superador del tradicional;³ se escribe

1. Una bibliografía muy inspiradora es WEINRIB, *Corrective Justice*; BENSON, “The Unity of Contract Law”; BENSON, “Misfeasance as an Organizing Normative Idea in Private Law”; RIPSTEIN, *Force and Freedom: Kant’s Legal and Political Philosophy*. Con todo, estos trabajos no tratan el tema del razonamiento del derecho privado como tal.

2. WEINRIB, *The idea of Private Law*, pp. 223-224, trata el tema brevemente y es la base para mi discusión en el apartado IV.

3. Me parece demostrativa la posición de Grajales, *El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y el juez como ‘la boca de los principios’*. *De la subsunción a la ponderación*. Respecto a las reformas establecidas en los tres primeros artículos del nuevo Código Civil

sobre la ponderación o las maneras de aplicar derechos constitucionales a relaciones de derecho privado.⁴

Las cinco secciones que siguen explorarán aspectos del razonamiento del derecho privado. La primera sección explica lo que entiendo por derecho privado. La explicación es necesaria debido a que utilizaré una concepción poco ortodoxa, de la cual resaltan dos aspectos. Primero, el derecho privado aquí no se reduce a la ley o leyes de un Estado. Se trata, en cambio, de un producto cultural en desarrollo. La idea es que el derecho privado fue inventado en la Roma antigua y, en virtud de su notable potencial técnico, fue apropiado y readaptado por sociedades de diversos contextos; desde la Edad Media, al siglo XIX, hasta los días que corren. El segundo punto tiene que ver con las fuentes del derecho privado. Intentaré enfatizar la tarea de los juristas en este rol de crear y adecuar al derecho privado.

Establecido esto, pasaré a centrarme en los conceptos o categorías jurídicas. Me interesan estas nociones no porque establezcan los mandatos que caracterizan al derecho privado (cumple tus pactos, responde por tus daños, etcétera), sino porque cumplen un rol elemental en el razonamiento tradicional. Para poner en evidencia esta tesitura enfatizaré tres características relevantes de los conceptos jurídicos. Diré que cada una de estas propiedades cumple un rol en la argumentación. En otras palabras, mi argumento es que los juristas desarrollaron ciertas características en los conceptos jurídicos a efectos de facilitar ciertos aspectos del razonamiento judicial. Desarrollaré estos tres aspectos.

La tercera parte del artículo estudia el desenvolvimiento del razonamiento. Comenzaré con la enseñanza del filósofo Immanuel Kant, que dice que el razonamiento con categorías (como el jurídico) no es un

y Comercial, dice: "Lo que antes era subsunción hoy es, además y principalmente, ponderación; lo que antes era subsidiario, hoy es lo primordial" (p. 1). De allí que "Ya no es lo sustancial lo que quiso decir el legislador en la norma, sino saber cuál es la interpretación más acorde a los tratados de derechos humanos, a los principios y a los valores que rodean al juez y a la comunidad" (p. 4). "Estamos, concluye el autor, ante una 'vuelta de página' a más de dos siglos de cómo entender el fenómeno jurídico en la República Argentina" (p. 1). 4. Se destacan también VERBIC & SUCUNZA, "El deber de razonable fundamentación en el Código Civil y Comercial de la Nación. Alcance, contenido e implicancias"; Sosso, "Título Preliminar Artículos 1 al 18"; y GUZMÁN, *Discrecionalidad y justificación. Entre el juez intérprete y el juez creador en el Código Civil y Comercial*; GUZMÁN, "La sentencia razonablemente fundada en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación".

razonamiento deductivo. Es importante recordar esto porque se suele decir que el razonamiento jurídico es deductivo. Mi punto será que, si bien puede ser cierta la observación kantiana (que propone que no estamos ante una deducción perfecta, al modo de la lógica proporcional) no tiene sentido descartar esta terminología. Palabras asociadas a la deducción, como la "subsunción", son suficientemente explicativas de lo que los jueces hacen. Intentaré analizar el proceso intelectual del juez que subsume hechos en categorías jurídicas.

La cuarta parte presentará una comparación entre el razonamiento tradicional y el de principios. Las conclusiones de esta parte se basan en la teoría de la justicia de Chaïm Perelman, quien entiende que la única definición de justicia incuestionable es la que afirma que hay que tratar a los casos iguales de igual manera. Utilizaré el argumento de Perelman para elaborar el siguiente punto. Mientras la gran ventaja del razonamiento desde principios es que permite efectuar cambios en el derecho (o hacer equidad), la gran virtud del razonamiento clásico es la de permitir hacer justicia. En otras palabras, es el razonamiento clásico, con sus categorías de derecho, el que permite tratar casos iguales de una misma manera. Por el contrario, el razonamiento de principios, que tiende hacia una particularización casi infinita, por definición, es proclive a tratar como diferente a todos los casos (lo que puede ser llamado equidad, pero no justicia).

La última parte confronta un problema recién introducido. ¿Cómo hace un derecho de categorías de justicia estables para mutar, a efectos de permanecer vigente? Aquí discutiré la doctrina del *indirect horizontal effect of human rights*, que entiende que la manera en que el derecho privado debe reconocer las nuevas prácticas y valores es a través de sus conceptos indeterminados; como "la buena fe", "el orden público", etcétera. Argumentaré que en un sentido esta propuesta es insuficiente, pues debe existir una forma de cambio que evidencie renovación de una manera más explícita. Propondré la construcción de conceptos jurídicos. Para solucionar los casos nuevos, los jueces necesitan de nuevas categorías de derecho. Finalizaré este punto con el comentario de una sentencia argentina en la que se ve a un juez diseñar un nuevo concepto jurídico.

En suma, los aportes de este trabajo irán a los elementos del razonamiento tradicional (los conceptos jurídicos, desarrollados en la sección 2), a la dinámica del razonamiento mismo (sección 3), a su virtud de hacer justicia (sección 4) y a la pregunta acerca de cómo mantener esa virtud en el tiempo (sección 5).

II. EL DERECHO PRIVADO

El derecho privado tiene su origen en la cultura de los antiguos romanos. Los historiadores que sigo sitúan su desarrollo inicial entre la ley de las XII tablas (siglo V antes de Cristo) y la codificación justiniana (siglo VI después de Cristo).⁵ En líneas generales, el derecho privado romano consiste en soluciones para conflictos que pueden llegar a juicio entre dos particulares. Aquí conflicto debe ser entendido de manera amplia, ¿tiene B un reclamo contra A, si el objeto que lo lesionó cayó accidentalmente de la terraza de A? Y puntos más bien prácticos, ¿cómo efectuó una promesa obligatoria?

Desde la Ley de las XII Tablas, es propio del derecho romano estipular, de antemano, lo que los jueces deben decidir a la hora de resolver el caso. Tal es así que, para romanistas como Fritz Schulz, el oficio de los juristas clásicos (los profesionales que desarrollaron el derecho privado romano en su período de mayor esplendor) consistía en precisar las condiciones fácticas de una acción judicial y los remedios requeridos por estas.⁶ Sin embargo, no es esta "predeterminación del derecho" lo que hace al derecho romano único en su género. Si nos ponemos a pensar, Solón ya había dictado antes leyes para los griegos, habiendo Platón y Aristóteles teorizado sobre ellas.⁷ Lo grandioso de la experiencia romana radica en otra parte. Lo que hace al derecho romano único en su género es el tecnicismo con el que los juristas romanos desarrollaron sus categorías y el producto cultural que surgió como resultado de ese tecnicismo.⁸

¿Qué quiero decir con esto? Para explicar este punto de una manera desarrollada, voy a servirme de un conocido recurso historiográfico. Se trata de la "teoría evolutiva del derecho". La teoría evolutiva fue utilizada por diversos juristas.⁹ Voy a centrarme en la versión de Savigny.

5. Por ejemplo, STEIN, *Roman Law in European History*, p. 4.

6. SCHULZ, *Classical Roman Law*, p. 11.

7. Como lo dice GORDLEY, *The Jurists. A critical History*, p. 1: "Intellectual traditions have beginnings in time. Western philosophy began with the Greeks, modern physics with Galileo and Newton, and modern economics with Adam Smith. The intellectual tradition that shaped Western law began in the late Roman Republic in the second century BC when the Romans began to produce jurists."

8. Es el tema del libro SCHIAVONE, *Ius: L'invenzione del diritto in Occidente*. Véase también LA PIRA, "La genesi del sistema nella giurisprudenza romana: l'arte sistematica".

9. STEIN, *Legal Evolution. The story of an idea*.

De acuerdo con la teoría evolutiva de Savigny,¹⁰ el derecho emana de la conciencia colectiva de su gente. Se trata, en términos usuales, de los consensos implícitos que cohesionan a la sociedad; lo que la gente por ejemplo, piensa, sobre lo que tiene que pasar cuando Pedro se queda con el libro que María le prestó. Aquí aparece la pregunta: ¿si el derecho romano se basaba en la ética cotidiana del pueblo de Roma, por qué es que fue elaborado en términos notoriamente técnicos? En otras palabras, ¿qué explica que los romanos pasaran de la ordinaria moralidad del préstamo a las sofisticadas nociones de “comodato”, “*datio rei*” y “obligaciones del comodatario”? Savigny elabora una poderosa respuesta.

Con el progresivo desarrollo cultural del pueblo romano, surgió el hábito intelectual de dividir. Paulatinamente, se separó así lo que puede ser llamado “derecho”, de otro tipo normas (economía, trato social, buen gusto, las que fueran). Para fijar esta división de los fenómenos normativos, fue necesario producir un vocabulario especial. Así surgieron los “términos jurídicos”. En paralelo, las sociedades se fueron especializando. Al área del derecho se avocaron “los juristas”. Los juristas eran entonces quienes se dedicaban a discutir particularidades de los casos que dan lugar a juicios. El punto más elevado del genio jurídico romano sucede cuando los juristas comienzan a ordenar, de manera sistemática, sus diversas opiniones en libros de texto.

Tomemos como ejemplo un texto del siglo II de nuestra era. Me refiero a las *Institutas* del jurista Gayo; un texto lleno de gloria en la tradición del estudio del derecho privado.¹¹

Gayo “divide” al derecho privado en tres libros o categorías.¹² El primero trata sobre (la categoría de) “las personas”. Aquí Gayo habla de “estados” que las personas ostentan o adquieren. Estos estados otorgan diversos poderes y responsabilidades. El segundo libro trata sobre “las

10. SAVIGNY, *De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del Derecho*, pp. 43-49.

11. “El historiador y diplomático B. G. Niebhuhr, de paso en Verona en el curso de una misión que le encomendara la Academia de Berlín en Roma, leyendo en la biblioteca capitular de esa ciudad un texto de las Epistulae de San Jerónimo, escrito en el siglo IX, se percató de que dicha obra estaba escrita sobre otro texto que había sido cancelado. Por lo que pudo ver, presumió que el mismo resultaba importante desde el punto de vista jurídico. Inmediatamente dio cuenta del descubrimiento Savigny, quien en 1817 reconoció el texto de las Institutas de Gayo.” Véase la historia completa en GAYO, *Institutas*, pp. 28-32.

12. GAYO, *Institutas*.

cosas" e incluye "al dominio" y a "las obligaciones". Es de notar que, las obligaciones, un fenómeno intelectual, son pensadas como cosas. Tal es así que Gayo clasifica a las obligaciones (el influyente III, 88).¹³ Están las que "nacén de un contrato" y "las que nacén de un delito". El tercer libro habla sobre "las acciones". Las acciones, en esencia, son las que permiten a una persona reclamar a otra algo relativo a cosas. Gayo describe las distintas formas de articular reclamos, según la clase de cosa que se reclame.

En términos de la teoría evolutiva, esta exposición sistemática representa un momento bastante avanzado en el desarrollo del derecho privado. Existe todo un vocabulario para hablar de derecho. Este está clasificado en categorías que singularizan niveles de abstracción. Lo que es más, la manera en que los objetos están clasificados indica que los objetos clasificados en una categoría están hechos para ser combinados con los objetos de las otras dos categorías. Verbigracia, para que haya algún tipo de "acción" tiene que haber "personas" y algún tipo de "cosa". Más adelante, veremos que estos rasgos de sistematicidad permiten varias funciones en el razonamiento jurídico. Por último, quiero volver a remarcar que las categorías especializadas que presenta Gayo sirven para ofrecer respuestas a preguntas ordinarias de la moralidad: ¿quién es responsable?, ¿qué es ser dueño?, ¿cómo se es dueño?, ¿cómo se contrata?, ¿qué pasa cuando se contrata?, ¿qué es que te lesionen?, ¿qué pasa cuando te lesionan?, etcétera.

Gayo, desde luego, no es el punto final en la evolución del derecho privado. Los historiadores que se inspiran en la teoría evolutiva señalan, cuanto menos, siete hitos.¹⁴ El *Corpus Iuris Civilis* (siglo VI),¹⁵ las glosas de los juristas italianos de los siglos XI y XII (en especial el texto de

13. "Nunc transeamus ad obligationes. quarum summa divisio in duas species deducitur: omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto". La historia de la evolución de esta clasificación habla mucho sobre cómo cambia el derecho privado. De las varias historias de esta evolución, la que más me gusta es la de BETTI, *Teoría general de las obligaciones*, párr. II.

14. Un ejemplo reciente de este tipo de historia del derecho es el de ZIMMERMANN. Su programa aparece en "Savigny's legacy: legal history, comparative law, and the emergence of a European legal science". Su trabajo paradigmático es *The Law of Obligations*. Véase, asimismo, *Roman Law, Contemporary Law, European Law: The Civilian Tradition Today*.

15. Cuerpo legal de cuatro partes (*Digesto, Institutas, Codex, Novelas*), ordenado por el emperador Justiniano, quien tenía la ambición de recuperar, consolidar y sistematizar la gloriosa sapiencia jurídica clásica, que había sido oscurecida durante el periodo de desfragmentación del imperio sucedido a partir del siglo III.

Acursio),¹⁶ los comentaristas (entre los que resalta Bartolo),¹⁷ los humanistas franceses del siglo XVI (especialmente Donellus),¹⁸ los escolásticos del Siglo de Oro español (como Domingo de Soto),¹⁹ los racionalistas nórdicos (primordialmente Grocio y Pufendorf) y los juristas seculares de los siglos XVIII y XIX (Domat, Pothier y el *Code civil*; Savigny, Puchta, Windscheid y el BGB; y, en lo que toca al mundo anglosajón, Blackstone, Pollock y las decisiones del moderno *common law*). De forma mancomunada, diría la teoría evolutiva, estos juristas (¡globales!) perfeccionaron progresivamente lo que a las alturas del siglo XIX puede ser llamado, con absoluta propiedad, "sistema de derecho privado".²⁰

16. Luego de la codificación justiniana, sucede un periodo de "vulgarización del derecho romano" (siglo VI al X) en cuanto a que el derecho romano es apropiado y adaptado por los "pueblos bárbaros" que avanzaron sobre Roma (como los visigodos). Este periodo de vulgarización finaliza con el "redescubrimiento del derecho romano en la Edad Media", comenzado en el siglo XI por un jurista llamado Pepo, pero explotado por Irnerio, quien fue el primero de los "glosadores". Estos juristas estudiaron y enseñaron el *Corpus de Justiniano*, en especial, el *Digesto*. Eran llamados glosadores porque analizaban sus textos con notas (glosas) interlineares y en los márgenes.

17. Autores del siglo XIV que, a diferencia de los glosadores, son más libres en sus interpretaciones del *Corpus Iuris* y en los usos de este para el desarrollo de soluciones para casos nuevos.

18. Hay dos tipos humanistas: por un lado, aquellos que intentan descifrar, de manera histórica, el sentido y contexto político-cultural de partes del *Digesto*; y por el otro, humanistas con intenciones más jurídicas, como Donellus, del siglo XVI, quien retoma la actitud gayana de exponer, clasificando, los grandes conceptos del derecho privado. Donellus es conocido por desarrollar la noción del derecho subjetivo.

19. GORDLEY argumenta que los escolásticos de Salamanca fueron los primeros en elaborar una verdadera exposición sistemática del derecho privado, con base en los principios filosóficos de Aristóteles y Tomás de Aquino. Véase GORDLEY, *The philosophical origins of modern contract doctrine y Foundations of Private Law*.

20. Y así, probablemente por influencia del sistema de derecho romano actual de Savigny, durante el siglo XIX y XX proliferaron los manuales titulados "Sistema de derecho privado". Schiavone entiende que la historia del derecho privado terminó con la erección del estado moderno y la influencia infundida por el trabajo de Hans Kelsen (SCHIAVONE, *Ius: L'invenzione del diritto in Occidente*, pp. 17-18). A mi juicio, no es correcto que el derecho privado se haya terminado. Basta con observar la proliferación de derechos privados optativos, de tipo tradicional, como los trabajos de UNIDROIT, los *Principles of European Contract Law* o los *Draft Common Frame of Reference*.

II. A. Un punto interesante de la historia

En esta breve revista de la teoría evolutiva se nota un punto interesante. El derecho privado fue inventado en un contexto histórico distante y particular: Roma antigua; con su sociedad, economía, tecnología y valores específicos. Sin embargo, el mismo complejo normativo aparece apropiado y readaptado por gentes de muy distintas épocas: el medioevo, la Europa moderna y los Estados nación del siglo XIX. Que el derecho romano haya podido ser reelaborado para atender situaciones muy diversas habla de una poderosa maleabilidad. Quiero amplificar este punto con dos casos históricos.

Cuando solemos pensar en "usos" del derecho romano, nos imaginamos juristas que se sirvieron de esta tradición con el fin de escribir leyes para sus Estados. Nuestro ejemplo es Vélez Sarsfield, quien se fundó en el derecho romano para elaborar el Código Civil de 1871. El jurista holandés del siglo XVI, Hugo Grocio, también abrevó en la tradición del derecho privado. Pero sus intenciones no eran escribir un código para un Estado. Grocio quería argumentar que existía un orden normativo internacional que regía las relaciones entre Estados en territorios no sujetos a ley positiva (los mares "libres" del sudoeste asiático). Grocio entendió que el derecho romano tenía la potencialidad de funcionar como un conjunto de reglas estables, con una suerte de legitimación propia, perfectamente apropiado para valer como el "derecho natural" de los conflictos entre Estados en territorios sin soberanía.²¹ El famoso libro de Hugo Grocio (*Del derecho de la guerra y de la paz*) es para muchos el primer tratado de derecho internacional público.

Otro caso es el del derecho canónico. Los intelectuales que intervinieron en el desarrollo del derecho de la iglesia católica tuvieron varios desafíos: darle unidad a un disparatado cuerpo normativo, inducir principios generales, hacerse de técnicas interpretativas que les permitieran estirar o achicar el radio de aplicación de ciertas reglas, etcétera. Para ello se sirvieron de las técnicas hermenéuticas, constructivas e incluso de las mismas categorías y clasificaciones del derecho privado romano.²² El derecho

21. STRAUMANN, *Roman Law in the State of Nature: The Classical Foundations of Hugo Grotius' Natural Law*.

22. STEIN, *Roman Law in European History*, pp. 49-52.

canónico nació con una finalidad religiosa: guiar a los fieles a su salvación eterna.²³ Esta finalidad es muy distinta a la del derecho internacional público de Grocio y a la del derecho romano mismo. Sin embargo, las categorías y el estilo argumentativo del derecho privado sirvieron de inspiración para el desarrollo de ambos derechos: el derecho canónico y el derecho internacional público.²⁴

II. B. Derecho privado como derecho de juristas

¿Qué explica este potencial histórico del derecho privado? Es plausible pensar que se trata de su distintivo carácter técnico. El derecho privado ofrece un vocabulario especializado que permite designar una gran variedad de cosas e imaginaciones. Lo que es más, ese complejo terminológico aparece organizado en clasificaciones que permiten aprenderlo, explicarlo, articularlo y reproducirlo. En este trabajo expondré que en la articulación de este vocabulario técnico está lo que llamamos "razonamiento jurídico". Entonces puede ser pensado como algo diferente de la voluntad política que puede o no hacerlo ley. Desde el punto de vista que adopto, el poder estatal no es más que un agente que se apropia y utiliza al derecho privado para sus fines ocasionales. En este sentido, puede muy bien haber una regla de derecho privado sin un Estado que la reconozca y mantenga como ley exigible. Y así, en esta manera de ver las cosas, el derecho romano es un ejemplo de derecho privado, como lo es el documento que conocemos como "Principios Europeos de Derecho de los Contratos" o el libro de Borda sobre los derechos reales de Vélez Sarsfield. Esto es interesante en

23. Este tipo es un tipo de argumento que se vierte cuando se quiere usar normas de derecho canónico para influenciar doctrina sustantiva de derecho civil. Muy bien una promesa gratuita puede ser obligatoria porque es un deber moral el de no faltar a la palabra. Pero este es un deber moral, tendiente a la "salvación del alma", que es el propósito de cualquier norma ética insertada en un cuerpo canónico. El derecho civil tiene que ver con otra cosa. No con salvar al individuo, sino con hacer justicia en transacciones entre dos personas iguales. Véase ASTUTI, "Contratto (dir. interm.)" y DELL'AQUILA, "La promesa unilateral como fuente general de obligaciones".

24. Más llamativo aún es el caso de la epistemología de Immanuel Kant, según MØLLER, *Kant's Tribunal of Reason: Legal Metaphor and Normativity in the Critique of Pure Reason*. La autora argumenta que las metáforas jurídicas que Kant constantemente usa en su *Critica de la razón pura* permiten entender que se inspiró en el derecho para desarrollar su teoría del conocimiento.

diversos sentidos. Uno de ellos es que permite pensar al jurista como actor creador de verdadero derecho privado.

III. EL CONCEPTO JURÍDICO COMO RAZONAMIENTO

A partir de ahora, nos concentraremos en uno de los elementos más característicos de la tradición del derecho civil. Hablo de los conceptos jurídicos, a veces también llamados "instituciones jurídicas" y "relaciones jurídicas". Más concretamente, cosas como "la obligación" o "el *ius in re aliena*". Mi argumento será que los mejores ejemplos de estos conceptos jurídicos (tales como el contrato, el dominio y el delito) ostentan tres atributos técnicos notables. Mantendré que los juristas desarrollaron estos tres atributos técnicos a efectos de facilitar el razonamiento del derecho privado.

III. A. Marcar los límites legales

El primer atributo de los conceptos jurídicos es que están desarrollados, escritos, como si sufrieran un proceso vital; "nacen y mueren". Tomemos el caso de las obligaciones. "Las obligaciones nacen de la ley, de los contratos o cuasicontratos, de los delitos o cuasidelitos", dice el art. 1097 del Código Civil italiano de 1865. Y así como las obligaciones nacen, también "se extinguen". El pago es el "modo normal", decía el profesor E. C. Wayar. La transacción, la novación, etcétera, son otros "modos de extinción de las obligaciones".²⁵ Lo mismo sucede con la persona (que efectivamente "nace" o se constituye, y muere o se liquida), los derechos reales (que se constituyen, transmiten, adquieren, modifican y extinguen)²⁶ y, no menos

25. República Argentina, "Código Civil de la Nación", art. 724. En su Libro II, luego de una primera sección titulada "[d]e las obligaciones en general", Vélez trata sobre la "[e]xtinción de las obligaciones". Y enumera al pago, la novación, la compensación, las transacciones, la confusión, la renuncia, la remisión y la imposibilidad de pagar. Un artículo especial, el 724, enumera estos modos, a efectos (no nos queda otra cosa que pensar) de decir que solo son esos los modos en que se extinguen las obligaciones.

26. Desde el punto de vista expositivo, resulta difícil diseñar una manera de exponer las causas que generan o afectan derechos reales, de manera diferenciada de las causas de las obligaciones. La razón es que muchas "causas" (como el contrato) pueden ser causas de ambos derechos. El desafío consiste, entonces, en exponerlos separadamente sin pronunciar

importante, los procesos civiles. Todo esto puede parecer trivial, pero no lo es. El pensamiento de que una “obligación nace” cuando dos personas “acuerdan” genera un mundo de implicancias. Daré dos ejemplos.

Si te ofrecí mi casa y, antes de aceptar, tomas un crédito para comprarla, no es responsabilidad mía, si antes de que aceptes mi oferta, yo te la revoco. No soy responsable porque como revocé antes de que aceptaras, la obligación nunca nació. El ejemplo es conocido.²⁷ Pongamos uno más bizarro.

Supongamos que el contrato se celebró. Vos me compraste la casa, tomaste posesión y la inscribiste en el registro. Al otro día, por desgracia, un derrumbe aledaño destruye toda la edificación. Reclamas diciendo, con total razonabilidad, que acabas de pagar un millón de dólares por la casa;

repeticiones cancinas. Supongo que esta dificultad explica lo hecho por Vélez en su Código. Por ejemplo, sobre las causas de los derechos reales trata una importante sección insertada en el libro relativo a las obligaciones (“Hechos y actos jurídicos que producen la adquisición, modificación, transferencia o extinción de los derechos y obligaciones”). Otro título pertinente es el preliminar del Libro IV (llamado “De la transmisión de los derechos en general”), libro en el que básicamente se trata sobre la sucesión *mortis causa*. El Código de Vélez sufre de no lograr un buen desarrollo de los modos de adquirir y extinguir derechos reales al punto en que los intérpretes que necesitaron respuestas para preguntas sobre adquisición y extinción de derechos reales menores han tenido que inspirarse en el tratamiento de los modos de adquirir el dominio (artículo 2524 y siguientes) y sus modos de extinción (artículo 2604 y siguientes).

27. Estas discusiones surgieron con la contratación por medio de misivas, aunque los hechos problemáticos también pueden suscitarse con ofertas entre presentes. Lo único que se necesita es que la oferta no sea formalmente aceptada antes de la revocación y que el oferido haya incurrido en gastos en vistas de la celebración del contrato. El derecho civil clásico siempre dijo: “hasta que no se acepte la oferta no hay obligación (de ningún tipo)”. ¡Punto! Véase la categórica exposición de WORMSER, “The True Conception of Unilateral Contracts”. La respuesta alemana consistió en establecer un plazo razonable de irrevocabilidad de la oferta (párr. 145). La respuesta francesa consistió en decir, ante los casos problemáticos, que había un precontrato entre oferente y oferido que consistía en no revocar la oferta principal durante un tiempo prudencial (doctrina elaborada ya por Demolombe, según desarrolla WORMS, *De la volonté unilatérale considérée comme source d'obligations en droit romain et en droit français*. Esta fue la teoría del doble contrato seguida en Inglaterra y Estados Unidos (véase MCGOVNEY, “Irrevocable Offers”, pp. 644-663). Quizás lo más importante de todo sea que estas discusiones fueron la antesala de las “reliance theories”, que tuvieron auge en todo el mundo, especialmente en el *common law*. Véase el célebre GILMORE, *The Death of Contract*, p. 95, que llegó a decir “Speaking descriptively, we might say that what is happening is that ‘contract’ is being reabsorbed into the mainstream of tort”.

que el terreno sin la edificación no tiene valor y que la única razón por la que habías adquirido la propiedad era para mudarte. Ahora no tienes más que ruinas. ¿Cuál es la respuesta adecuada? ¿Sería viable una que propusiera que el vendedor devuelva la mitad del dinero recibido al adquirente? No es una opción disparatada en términos de ética; pero en derecho civil no existe. El contrato, entre vos y yo, emanó dos obligaciones: una de entregar la cosa y otra, de pagar dinero. Esas dos obligaciones se extinguieron con sus respectivos "pagos". Se produjo una conmutación perfecta; lo que era tuyo ahora es mío y viceversa. Después de esto, mi deber para con vos respecto a esa casa es el del sujeto universal que tiene que respetar lo tuyo. Y, en cuanto a lo tuyo, *res perit domino...*

Aquí viene mi punto: un juez despreocupado de la tradición del derecho privado podría elaborar soluciones salomónicas, quizás éticamente superiores. Y si, por ejemplo, quisiera dar sustento a la idea recién mencionada de dividir el dinero, el juez podría considerar temas que hayan sucedido en el pasado entre nosotros (como que ya en otra oportunidad te había vendido otra casa que había sufrido la misma desgracia) o puntos relacionados a tu historia individual (como tener muchas deudas en el banco o que sin esa casa tus hijos no tendrían dónde vivir). Pero no consiste en eso el derecho civil. Que las relaciones jurídicas "nazcan y mueran" marca al juez el tiempo y espacio que debe considerar. Si el tema es un contrato, hay que hablar de eso. Todo lo que hubo antes y después o por fuera del negocio²⁸ es indiferente.

28. Cámara en lo Civil y Comercial Común, Sala III, "Sanz, Esteban Ricardo c/ De Zavalia, Marcela y otra". Traigo a colación un caso reciente. La defendida deduce incidente de caducidad. Primera instancia hace lugar, puesto que, los días en que la abogada de la actora no había instado el proceso superaban el plazo establecido para la perención de la instancia. La abogada de la actora apela esta decisión arguyendo que efectivamente ella no había instado el proceso durante ese periodo, pero que estaba excusada ya que durante ese tiempo había dado a luz a su hijo Gaspar. Desde una perspectiva de género, argumenta la abogada, se debería reconsiderar lo decidido en primera instancia. El tribunal hace lugar al petitorio. De nuevo, probablemente, hay serios argumentos éticos para sustentar la decisión del tribunal. Sin embargo, la decisión es cuanto menos extraña desde el punto de vista del derecho privado: un asunto de una tercera (la abogada, contratada por la actora) impacta, de manera contundente, en el asunto jurídico entre la actora y la defendida.

III. B. Identificar nuevos casos

Ahora tratemos el hecho de que los conceptos jurídicos pueden aparecer definidos en dos o más niveles de generalidad. Un ejemplo es el "usufructo"; que puede ser definido con mayor concreción (el llamado "cuasiusufructo")²⁹ o ya, en términos más generales, como "derecho real".³⁰ ¿Qué significancia tiene el hecho de que los juristas definan idénticas relaciones jurídicas en dos o más niveles de generalidad? Desarrollaré con el caso del contrato.

A mi juicio, existen cuatro típicos niveles de generalidad en el contrato. Al nivel más bajo de concreción, se encuentran los "casos de contratos". Digamos, por ejemplo, que yo, Javier, le presto a Daniela, un libro de derecho. A un paso más arriba de estos contratos están los "tipos contractuales". Leamos lo que Vélez Sarsfield dijo sobre el comodato: "*Habrá comodato [...] cuando una de las partes entregue a la otra gratuitamente alguna cosa no fungible, mueble o raíz, con facultad de usarla*".³¹

Nótese esto. "Daniela" ya no es Daniela, sino "una parte del contrato". El libro de derecho ya no es un libro de derecho, sino una "cosa" "mueble" "no fungible". Yo le entrego esta cosa a Daniela con "la facultad de usarla". Si se piensa, la tipología jurídica representa "un nivel interpretativo" muy próximo a la realidad social, pero todavía diferente a esta. Su beneficio es claro: regular muchos casos similares, amén de sus peculiaridades (si me llamo Javier o Joaquín; si es un libro de derecho o de química, etcétera). En cuanto al campo de la argumentación, hay que notar que la tipología permite al operador no tener que argumentar que estamos ante un caso de derecho. En otras palabras, al hablar de un caso cualquiera en términos

29. República Argentina, "Código Civil de la Nación", art. 2808.

30. El Código Civil y Comercial de la República Argentina dedica un artículo (el 1882) para definir al derecho real. Dice: "Concepto. El derecho real es el poder jurídico, de estructura legal, que se ejerce directamente sobre su objeto, en forma autónoma y que atribuye a su titular las facultades de persecución y preferencia, y las demás previstas en este Código". Luego de definir este concepto, el Código enumera los casos particulares de derechos reales (art. 1887), que luego desarrolla de manera pormenorizada en títulos específicos. En esta sección estoy argumentando que el hecho de definir conceptos generales de casos particulares pone de manifiesto una intención de hacer funcionar al concepto general como un elemento que permite encontrar casos particulares no enumerados. Aquí viene mi pregunta. ¿Dispuso el legislador argentino una regulación general de los derechos reales para abrir un campo de atipicidad de dichos derechos reales, en contra de la tradición del *numerus clausus*?

31. República Argentina, "Código Civil de la Nación", art. 2255.

de un caso típico, el juez no necesita argumentar que el caso debe tener X implicancia jurídica. Al decir que el caso Y es un comodato, el juez da por sentado que Y produce la obligación de entregar la cosa prestada. El esfuerzo argumentativo se dirige sólo a describir Y como un comodato. Si la descripción es buena, el razonamiento fue logrado.

Ahora hablemos del concepto de contrato. Seguiré con Vélez Sarsfield: "Hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos".³²

No estamos ni ante un caso de derecho, ni ante un típico caso de derecho, sino ante un concepto jurídico con todas las letras. "La definición de contrato"; "la teoría general del contrato".

Desde el jurista Javuleno, con su famosa sentencia, hasta el contemporáneo Brian Bix,³³ se viene criticando esta práctica de definir en el derecho. El argumento es que al definir el contrato obligamos a los jueces a incluir o excluir casos que no deberían incluir o excluir. No estoy de acuerdo con la crítica. Pienso que si el caso queda fuera de la definición es porque el caso no es contrato y, por lo tanto, no debería ser tratado como tal. Pero no es aquí donde me quiero detener.³⁴ Quiero decir que el punto de elaborar una definición general de contrato es el de permitir al operador argumentar que estamos ante "un caso de contrato" que aún no fue reconocido como tal.³⁵ En otras palabras, tomo el caso de las definiciones generales del derecho porque me parece que es con ellas cuando el razonamiento jurídico se manifiesta en su más clara expresión. Entremos, entonces, de lleno en el caso más ilustrativo del razonamiento de derecho.

III. B. 1. Los conceptos jurídicos, partidos en partes

Para hacerle fácil la vida a los operadores, los juristas implementaron una técnica de dividir las definiciones generales en partículas constitutivas.³⁶

32. República Argentina, "Código Civil de la Nación", art. 1137.

33. BIX, "The Promise and Problems of Universal, General Theories of Contract Law".

34. A los problemas que surgen cuando se utilizan categorías inadecuadas para dar soluciones a casos aledaños, los desarrollo en HABIB, *The methodology of private law*, pp.53-75.

35. LÓPEZ DE ZAVALÍA explota esta sistemática de manera brillante. Véase, por ejemplo, *Teoría de los contratos*, párr. 5.VII.1, p. 97 y párr. 2.I.2, p. 48.

36. Stein sugiere que fue el humanista Althasius quien, en su trato del negocio jurídico, comenzó a dividir conceptos en partes (STEIN, *Roman Law in European History*, p. 82). La

La tradición argentina no cuenta con un artículo tan explícito como el 1108 del Código de Napoleón. Este dice:

Cuatro son las condiciones esenciales para la validez de un contrato: 1. El consentimiento de la parte que se obliga a sí misma; 2. Su capacidad de contratar; 3. Un objeto cierto que forme el objeto del acuerdo; y 4. Una justa causa.

Según el 1108 del Código de Napoleón, son cuatro las partes constitutivas del contrato. Quiero ensayar una descripción exagerada de lo que los juristas hacen con estos elementos. Por un lado, diré, las partes constitutivas requieren que el operador las ensamble. Para figurar esta imaginación me es útil pensar en un rompecabezas. El rompecabezas, o contrato, se forma con "persona capaz", "que promete", "objeto lícito" y "justa causa". Todavía, la metáfora del rompecabezas no es completa. Lo sería, si formando el rompecabezas pudiéramos decir "¡ahí hay un contrato!". Pero eso no es posible con sólo imaginar los conceptos de "capacidad", "promesa", "objeto" y "causa". Para tener contrato atípico, hace falta establecer esos conceptos. Hace falta argumentar que, "ahí, donde se ve a Daniela", "hay una persona capaz"; "que ahí, donde Daniela dijo eso", "hubo una promesa".

Para explicar esta práctica, me es ineludible invocar la idea filosófica de la forma y la materia.³⁷ Según esta idea, un idéntico objeto (se piense en el contrato) puede ser compuesto de una gran variedad de materias. Lo que lo hace tal objeto, no es entonces la materia (porque esta es siempre diversa). Lo que lo hace tal objeto es su forma. La forma del contrato es el rompecabezas recién mencionado. Pero para generar sentido acabado, hay que, desde esa forma, identificar contratos en la realidad. Ilustraremos con un caso.

Supongamos que lo que yo hice no fue prestarle mi libro a Daniela, sino que prometí entregárselo. En lugar de dárselo, le dije "te prometo que el 24 de diciembre te prestaré mi libro". Esto no es ningún contrato típico. Se parece al comodato, en cuanto que hay algo de préstamo gratuito entre una persona y otra. Pero no es un comodato pues, en los hechos, no hay

operación parece llamarse "*determinatio ex partitio*" (VON DER PFORDTE, "About concepts in law", p 24).

37. Una discusión en AINSWORTH, "Form vs. Matter".

préstamo; hay una promesa de préstamo.³⁸ Falta lo que en la teoría del comodato se llama *datio rei*: entrega de la cosa. Entonces surge la pregunta ¿hay contrato atípico? Llegado el 24 de diciembre, ¿puede un juez decir que tengo una obligación civil (exigible) de entregar la cosa?

La pregunta crítica es si el caso presenta "justa causa". Veámos. En el Código Civil de Napoleón, justa causa es sinónimo de la idea aristotélica de igualdad en los contratos.³⁹ En un contrato obligatorio como la compraventa, la igualdad radica en que ambas partes reciben algo a cambio. En el contrato de comodato también hay igualdad pues, a pesar de que el comodante, al entregar la cosa, entra en una situación de desigualdad (pues el comodatario no da nada a cambio), esta se disuelve con el cumplimiento de la obligación que el comodatario asume cuando recibe el préstamo. En los contratos, debe haber algo que corrija la desigualdad que se manifiesta cuando alguien asume la condición de deudor; sea una cosa que recibió a cambio (*datio rei*) o una obligación recíproca. Justa causa es que haya justicia conmutativa.

En nuestro caso, no hay muestras claras de algo que mantenga la igualdad entre las partes. A simple vista, nuestro caso trata de un promitente que se obliga para con un promisorio a hacer algo en el futuro. Como decía, lo que suele mantener la igualdad entre el promitente y el promisorio es que el promisorio entregue algo a cambio de la promesa (que es, de hecho, el caso del comodato) o que efectúe una promesa recíproca. Aquí no hay hechos que pongan en evidencia alguna de estas categorías. "A" se obliga para con "B" (a prestar su libro), pero "B" no entrega ni promete nada a cambio.

Así las cosas, existe una mirada menos ortodoxa. Autores como Gino Gorla y Melvin Eisenberg argumentan que nadie hace promesas gratis.⁴⁰ En nuestro caso, yo no estoy prometiéndote un libro porque quiero beneficiarte. Mi interés es posicionar a la otra parte en una suerte de obligación ética de tener que devolverme algo. Esta sensación de tener que devolverme algo puede derivar en un beneficio mayor que el que recibiría si, por ejemplo, me pagaran un alquiler por el libro. A lo mejor, en poco tiempo le pida a Daniela que me preste su casa de verano por un fin de semana largo.

38. No desconozco que artículos como el 1533 del Código Civil y Comercial lo cambien todo.

39. GORDLEY, "Myths of the French Civil Code".

40. EISENBERG, "Probability and Chance in Contract Law", pp. 1005-1076. GORLA, *Il contratto*, párr. 14-16, especialmente párr. 16, p. 188 y ss.

Mi promesa gratis incrementó, de manera considerable, las chances de que Daniela me preste su casa en el futuro. Es para "adquirir" esa "chance" que yo hice mi promesa aparentemente gratis.

Para autores como Eisenberg, esa posibilidad de beneficiarme en el futuro (esa chance), es ya un valor que puede ser considerado como aquello que recibo a cambio de mi obligación.⁴¹

Mi intención con este caso fue mostrar dos instancias del razonamiento jurídico. En el primer caso (que niega la obligatoriedad de la promesa), el razonamiento es similar al que acontece con los casos típicos. Se identifica una promesa pero se niega justa causa (o reciprocidad) debido a que no se logra establecer alguno de los conceptos típicos con los que se percibe justa causa: "una promesa a cambio" o "una *datio rei*". El segundo razonamiento (en el que se argumenta que sí hay justa causa), es un razonamiento de carácter más complejo. Desde una definición de la forma abstracta que se llama "justa causa", estudiaré directamente la realidad, intentado enfatizar aquellos aspectos que la hacen parecer a tipos que ya existen de la forma abstracta. Ese razonamiento es ubicuo en el derecho. Y es preciso enfatizarlo.⁴²

III. C. Validar y predecir

En la sección pasada vimos que los conceptos jurídicos están interconectados. El concepto de promesa, por así decirlo, se ensambla con el de

41. EISENBERG, "Probability and Chance in Contract Law", pp. 1005-1076; GORLA, *Il contratto*, p. 188, párr. 14-16.

42. Existen, todavía, abstracciones más generales que el contrato y sus partes constitutivas. Planiol, por ejemplo, desarrolla una "Théorie générale des actes juridiques" (PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, pp. 103-136). En Alemania e Italia surgió una noción afín, llamada "el negocio jurídico". En Argentina, a raíz de la Sección Segunda del Libro II del Código Civil de la Nación, proliferó una cultura clasificatoria respecto a los "hechos jurídicos", concepto que incluye a nociones más específicas, tales como "los actos", además de la teoría de la voluntad y sus llamados "vicios". Sobre esto, por ejemplo, véase el Tomo 1 de AGUIAR, *Hechos y actos jurídicos*. En *The methodology of private law*, ofrezco una teoría elemental del concepto que sigue de inmediato al contrato, al delito y al enriquecimiento sin causa: lo que llamamos "causa de obligación" (HABIB, *The methodology of private law*, pp. 134-168). Una estrategia distinta es la de los autores que, en lugar de desarrollar abstracciones sobre los actos que causan situaciones normativas, se centran, en cambio, en las situaciones normativas. Véase, por ejemplo, THIBAUT, *An introduction to the Study of Jurisprudence*, Parte II, Capítulo 1, que trata y clasifica "derechos" y "deberes", o ya el trabajo de HOHFELD, "Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning".

justa causa, para justificar obligaciones. Quiero invitarles a pensar que la interconexión de los conceptos jurídicos puede ser imaginada como paralela (formando un plano) y como vertical (formando niveles). El caso del contrato —entendido como “oferta”, “aceptación”, “obligación” y “justa causa”— forma una perfecta línea o plano. Pero si pensamos, este plano tiene sentido sí y solo sí implica partes (o planos) por debajo y por encima. Por debajo, el contrato implica una persona capaz con un derecho para contratar y otra persona capaz, con su respectivo derecho, dirigido a iguales fines. Por ejemplo, el comprador con su propiedad sobre el dinero; y el vendedor con su propiedad sobre la cosa. Mi argumento será que la conexidad de los conceptos jurídicos (que si se piensa, forma un entramado cuya potencialidad es la de describir nuestra situación jurídica toda)⁴³ permite efectuar dos ejercicios de razonamiento importantísimos en el derecho privado.

El primero es la validación. Cualquier jurista que piensa sobre una determinada demanda, no hace sino pensar en su presupuesto. Alguien quiere reclamar un derecho testamentario. Las preguntas que se harán no solo van al testamento (y sus requisitos de validez como plano), sino también a cuestiones subyacentes tales como ¿tenía el testador capacidad para testar?; ¿tenía el heredero o legatario capacidad para heredar?; ¿había algún impedimento? La justificación, en el derecho privado, está predeterminada. No hay que elaborar un argumento echando mano a principios y valores indeterminables, con gran aporte de creatividad. Solo corresponde identificar la pieza que va debajo del rompecabezas. Aquí juegan la memoria (que recuerda el limitado número de piezas jurídicas que se aplican en un derecho privado determinado), el conocimiento del caso y nuestra capacidad de integrar los elementos conceptuales con el fáctico para argumentar que los hechos manifiestan un caso de derecho.

Y la conexidad de las piezas del derecho privado también nos permite elaborar juicios predictivos. No quiero decir con esto que el derecho privado haya sido diseñado de manera sistemática para permitir la predicción.⁴⁴

43. Y no me cuesta imaginar la posibilidad de un informe registral que, en términos de categorías jurídicas, exponga la situación jurídica presente de cada uno de los involucrados en una determinada sociedad de derecho.

44. Si se piensa, hay mejores ejemplos de derechos predecibles. El derecho tributario, es mucho más minucioso y predecible que el derecho civil. Un código de urbanismo municipal, que describe la arquitectura, color, etcétera, de las casas, también lo es. Las normas

Pero sí, que es esta interconexión de las piezas jurídicas la que nos permite predecir. Verbigracia, si ponemos atención en alguien que ha incurrido en responsabilidad por culpa, podemos deducir con total seguridad que se trata de una persona capaz. Y si sabemos que es una persona capaz, también podemos saber que puede disponer de sus bienes. De una premisa (X es responsable por culpa) predecimos muchas otras (tales como que puede disponer de sus bienes).

IV. EL RAZONAMIENTO DEL DERECHO PRIVADO

En la sección pasada dije que el razonamiento jurídico consiste en desarrollar relaciones de forma y materia. Argumentar consiste en decir que “ahí donde se ve esa materia, está tal o cual forma”. En ese sentido, el derecho civil es formalista.⁴⁵ Las relaciones de la vida social, familiar, comercial, etc. deben —si quieren ser entendidas como relaciones de derecho civil— adecuarse a las formas del derecho civil. Esta preponderancia de la forma por sobre la materia ha dado lugar a que, desde filas críticas se simplifique y, con animadversión, caricature la operativa del juez civil. Se la llama “jurisprudencia mecánica”.⁴⁶ En esta sección quiero arrojar más luz sobre este razonamiento, a efectos de lograr una mayor

internacionales de producción de alimentos (sanidad, distribución, etcétera) son aún más precisas y, por lo tanto, predecibles. Quiero decir, si el derecho privado hubiera sido hecho para permitir su predicción (y solo para eso) no sería como lo conocemos.

45. Sobre el formalismo jurídico véase SPAIC, “Formalism” (“Formalism is a theory of legal reasoning and legal interpretation committed to the claim that judges discover and apply the law without ever creating it”) y TROP, “Why Legal Formalism is Not a Stupid Thing” (argumentando que hay un tipo de formalismo, el formalismo doctrinal, opuesto al formalismo de reglas, que es una “teoría respetable del derecho y no una caricatura jurisprudencial”, ya que presenta una visión sobre la adjudicación que evita muchos de los problemas teóricos que molestan a otras teorías de la adjudicación). Mayor abundancia sobre esta última diferenciación en PRIEL, “Two forms of formalism”. Una defensa del formalismo en COX, *An Interpretation and (Partial) Defense of Legal Formalism*. Véase también el trabajo de SCHAUER, “Formalism” y, por supuesto, la extraordinaria visión de WEINRIB, “Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law”.

46. El famoso trabajo de POUND, “Mechanical Jurisprudence”, tributario de VON IHERING, *Bromas y veras en la ciencia jurídica*. De manera interesante, NÚÑEZ LEIVA, en “El movimiento del derecho libre: una fuente de ideas que perviven hasta hoy”, compara la visión crítica de Kantorowicz con el neoconstitucionalismo actual.

clarificación acerca de lo que sucede cuando se identifican formas del derecho privado.

IV. A. Kant, sobre su condición de no ser deductivo

Voy a comenzar con un punto tomado del filósofo Immanuel Kant. Kant enseña que el razonamientos jurídico, en contra de lo que se suele decir,⁴⁷ no es un razonamiento deductivo. Desarrollo brevemente.

He aquí una deducción:

Todo X tiene la propiedad Y.
X1 es X
Luego X1 tiene la propiedad Y.

Este es un razonamiento deductivo. Puede ser llevado a cabo porque, en las planas de estas proposiciones de lógica formal, se da por establecido que X1 es X. Pero en el ámbito de un razonamiento práctico, como el jurídico, esa aceptación —de que X1 es X— es exactamente lo que casi siempre se debate.⁴⁸

Se piense con el siguiente modelo:

Todo [Contrato] tiene la propiedad [Hacer surgir obligación].
X1 [la relación entre el demandante y el demandado] es [un Contrato].
Luego,

47. SPAIC, "Formalism", p. 163. Spaic sitúa el desarrollo de esta idea ya en Beccaria y Montesquieu: "At the height of the enlightenment tradition (1764), Cesare Beccaria writes that the legal solution to the case entails that the judge engages in deductive reasoning, with the general rule as the major premise and the facts of the case as the minor premise. The result—a practical conclusion, a judgment— follows as a matter of necessity (Beccaria, 1973, p. 12). The most poignant formulation of Beccaria's account of judicial reasoning is to be found in Montesquieu's (1748) elaboration of the idea of separation of powers, according to which judges are 'only the mouth that pronounces the words of the law, inanimate beings that are not able to modify either its force or its rigor'".

48. "General logic contains, and can contain, no rules for judgment...If it is sought to give general instructions how we are to subsume under these rules, that is, to distinguish whether something does or does not come under them, that could only be by means of another rule. This in turn, for the very reason that it is a rule, again demands guidance for judgment." KANT, *Critique of Pure Reason*, citado por WEINRIB, *The idea of private law*, p. 223.

[La relación entre el demandante y el demandado] tiene la propiedad [Hacer surgir obligación].

El argumento de Kant es que la relación entre el demandante y el demandado no viene con un "rótulo" que diga "contrato". Todo lo contrario. Es exactamente en la caracterización de los hechos en donde se centrará esta disputa jurídica. Aun cuando el contrato fuera escrito y dijera "contrato", el demandado, obviamente, siempre va tender a disputar. Dirá que es "un acto inexistente"; que hubo vicio de la voluntad y que, por tanto, es nulo; lo que sea.

En mi opinión, el punto es indiscutible. Lo que los jueces hacen, aún en los casos sencillos, es mucho más complejo que subsumir, si por subsumir se entiende poner un objeto en un compartimento. El filósofo británico Paul Oakeshott argumenta que se trata de atribuir significado.⁴⁹ Cuando

49. OAKESHOTT, *On human conduct*, pp. 130-138. Vale traducir tres párrafos: "la adjudicación debe ser reconocida como un procedimiento en el que el significado de *lex* es significativamente, justificadamente, apropiadamente y duraderamente amplificado: significativamente, porque tal conclusión no es dada por la *lex*; justificadamente, porque la autoridad de la amplificación debe ser su relación con la ley; apropiadamente, porque la conclusión debe resolver una incerteza contingente específica o disputa acerca del significado de *lex*; y duraderamente, porque debe ser capaz de entrar al sistema de *lex* y pasar a estar disponible no solo para que los 'jueces' la usen al resolver incertezas futuras o disputas sino además para que los *cives* la usen para elegir qué van hacer" (133). Sobre las conclusiones de los jueces dice que "no pueden ser instancias o ejemplos o 'aplicaciones' de *lex*... Aún si estuviera codificada, *lex* no es ni un catálogo de posibles circunstancias contingentes, cada una con su condición de respuesta prescripta, en las cuales un adjudicador podrá identificar la situación con la que tiene que lidiar y desde donde 'leerá' la requerida respuesta condicional, ni es un depósito de condiciones minuciosamente distinguidas a ser suscriptas cuando elegimos acciones en las que un 'juez' descubrirá aquella que encaja exactamente con las contingencias de su situación problemática. Tales nociones son, quizás, intentos genuinos de transmitir lo más cercano a la relación entre conclusión adjudicativa y *lex*, pero se quedan desconcertadas en cuanto fallan en reconocer que la adjudicación tiene que ver con el significado de *lex* en una situación contingente, que los significados nunca pueden ser deducidos ni encontrados, sino que están siempre atribuidos o dados, y que lo que debe ser entendido aquí son las condiciones a las que la atribución debe subscribirse" (135). Y así: "Una conclusión judicial está conectada con *lex* en una relación de contingencia; es una ilustración, no una ejemplificación de *lex*. Al adjudicar, un significado está siendo atribuido a una regla de derecho en términos de los cuales se resuelve una incerteza que ha devenido en la ocasión de una disputa y las condiciones a ser satisfechas son que ese significado deba ser uno que *lex* va a tolerar y que

un juez dice que eso que se ve ahí es un contrato, lo que el juez hace es ofrecer una tesis, en términos de los cuales, eso que se ve es un contrato. Sin esa tesis, esa materia será susceptible de interpretaciones diversas. Un artista verá dos comerciantes exagerando las bondades y ocultando los defectos de sus mercaderías; y un doctorando obsesionado con la teoría de la muerte del contrato dirá que lo que sucede es la antesala de la responsabilidad por daños.

Juzgar en derecho es hablar de unos hechos en términos de una forma jurídica. Dependiendo de la dificultad del caso, ese hablar se parecerá más a una descripción o a un argumento. Si creemos que aún las descripciones de los casos fáciles⁵⁰ son disputables, entonces, sin lugar a dudas, estamos ante "meras atribuciones de sentido".

Si, por el contrario, en esos casos fáciles, lo que sucede es que entendemos de lo que se trata, entonces, si acaso estamos ante un hecho atributivo, esa atribución de sentido es como la que hicieron quienes inventaron el acto y, con ello, lo que hacemos se parece más a un descubrimiento de sentido, que a otra cosa. Este "hecho de entender la categoría en juego" —independientemente de que, de hecho, sea en la realidad de las cosas y en la mente de los participantes exactamente la misma categoría— es más o menos a lo que se alude con el término "subsunción". En rigor, subsumir, quizás sea imposible. Pero en términos, quizás pragmáticos, subsumir, es más o menos lo mismo que decir (o atribuir el sentido de) que ese hecho es un contrato. Por ello, creo que términos como la subsunción son muy ilustrativos de lo que los jueces hacen cuando identifican formas en materias. Para mí subsumen, pero

disipa la incerteza de tal manera que resuelva la disputa sin provocar inmediatamente otra incerteza. Esta conclusión no puede ser dicha correcta o incorrecta y no hay iluminación a obtener de una expresión tal como 'certeza legal'; pero sería perverso fallar en satisfacer una o ambas de estas dos condiciones" (135).

50. Spongamos se trata de un caso probado en un documento fechado que dice contrato sobre el que las partes dicen que es un contrato. Para mí es un caso fácil de contrato. En contra, parece estar Oakeshott (OAKESHOTT, *On human conduct*, p. 133), quien dice "Y lo que es importante no es la consideración obvia que en ciertos casos el significado de la *lex* en relación con la situación contingente es más fácilmente concluido que en otros, sino que en ningún caso puede ser concluida sin reflexión. No hay 'casos fáciles' en el sentido de una disputa que se soluciona sola o una que puede ser resuelta con un mero acto 'administrativo'. Esta incerteza es intrínseca a la *lex*, en tanto que son términos de interacción humana".

con la salvedad siguiente: no estamos ante una operación "mecánica", como vulgarmente se dice.⁵¹

IV. B. Introspección

Pero si los casos no vienen con rótulos, ¿cómo hace un juez para lograr la "subsunción"? Ernest Weinrib elabora una explicación sobre el juicio jurídico, que puede ser útil a estos respectos.⁵² Hay cuatro "aspectos del contexto legal del juez" que "informan el ejercicio del juicio". El primero tiene que ver con:

[...] la familiaridad del juez con las decisiones análogas que forman un repertorio de significados acumulados para el concepto en cuestión y que sirven como guías y ejemplificaciones para la decisión judicial.⁵³

Se piense en la tipificación de los conceptos jurídicos recién explicada. El derecho especifica ejemplos de los conceptos generales no solo para prefabricar las soluciones que más suelen requerirse, sino también para establecer guías de cómo funciona el concepto general. Supóngase que toca resolver un caso en el que A promete conferir el uso y goce de su cosa a cambio de la entrega en propiedad de otra cosa. Se trata de un contrato atípico, en cuanto a que no hay un tipo legal que congruentemente refiera a estos hechos. Pero no deja de ser claro que se trata de un contrato. En parte, esto se debe a que el caso se parece a un alquiler y a una permuta. ¿Cómo es que el juez "subsume" este caso en el concepto general de "contrato"? Subsume el caso en el contrato porque entiende que es similar a las aplicaciones validadas de ese concepto.

Otro aspecto del contexto legal del juez que habla sobre la práctica del juicio subsuntivo son:

[...] el entrenamiento profesional y la experiencia con la que los juristas son inducidos en una cultura de razonamiento y discusión,

51. LEITER, "Legal Formalism and Legal Realism: What is the issue?", pp. 111-112. Leiter propone que la versión simplificada del formalismo es "vulgar".

52. WEINRIB, *The idea of private law*, pp. 223-224.

53. WEINRIB, *The idea of private law*, pp. 223-224.

las cuales conciernen, entre otras cosas, a las diferencias señaladas por aparentemente pequeñas variaciones en los contornos de las situaciones de hecho.⁵⁴

Para un lego, que haya *datio rei* o no haya *datio rei* en un caso de préstamo es casi irrelevante. Para un jurista entrenado en la aplicación de conceptos, no. Aplicar conceptos jurídicos presupone un conocimiento del sistema que se aplica. Un jurista que está en condiciones de juzgar acerca de lo que un lego llama "préstamo" es alguien que conoce la división de los contratos y, por tanto, que hay contratos que no se perfeccionan con el solo consentimiento, sino que necesitan de la entrega de la cosa: los llamados "contratos reales". Esta memorización de las categorías, que debe ser parte del entrenamiento del juicio, es reforzada con la experiencia. Y es que una reflexión informada acerca de la realidad de los préstamos indica que las promesas de entregar algo gratis (así sea un préstamo) son en muchos casos lo suficientemente irreflexivas, desproporcionadas e injustificadas como para dotarlas de obligatoriedad legal. No sucede lo mismo cuando lo acontecido es que el objeto fue ya entregado y lo que se reclama no es que se cumpla una liberalidad sino que se devuelva el préstamo. Esta "aparente" diferencia señalada por el mero hecho de entregar o no entregar lo que se prometió, en el caso concreto de la experiencia jurídica en la sociedad, resulta ser muy importante.

El tercer punto tiene que ver con:

[...] los requerimientos del rol judicial (que incluyen al conocimiento de las categorías jurídicas, la consciencia de la necesidad de coherencia sistemática, y el compromiso con la integridad profesional y la independencia) que precluyen, o al menos deberían precluir, la influencia de consideraciones impropias e irrelevantes.⁵⁵

El juez, al pensar un caso de derecho, debe predisponerse a entenderlo de acuerdo a las categorías de derecho. No es su punto de vista religioso (supongamos que sea católico), ideológico (supongamos que sea marxista) o personal (supongamos que sea amigo de la demandante) lo que tiene que

54. WEINRIB, *The idea of private law*, p. 224.

55. WEINRIB, *The idea of private law*, p. 224.

determinar su juicio. Su juicio debe proceder desde el punto de vista de las categorías jurídicas (lo que no significa que las categorías no obedezcan a una ideología subyacente y no beneficien a ciertas personas y perjudiquen a ciertas otras). Esté influenciado por la ideología que fuera y perjudique o beneficie a su amiga o persona afín, el juez tiene que aplicar las categorías jurídicas. Esta capacidad de poder discriminar un punto de vista (el jurídico) y juzgar sólo desde ese punto de vista, hace que alguien sea un profesional en la metodología del juicio jurídico con total integridad. En los sistemas vigentes en nuestras sociedades, el ejercicio del juicio puede estar cohibido por influencias indebidas, sean lícitas (como el *lobby* regulado) o ilícitas. Pero los Estados de derecho garantizan la independencia del juicio jurídico a través de salvaguardias pragmáticas tales como la inamovilidad política del cargo y una generosa remuneración segura.

Finalmente, la conciencia de la importancia de la coherencia sistemática. Un juez podrá considerar que en este caso en particular hay razones como para desviarse de la regularidad del derecho privado; supóngase: validar la mera promesa de comodato. La razón apuntada será respetable. Sin embargo, más respetable es (desde el punto de vista del derecho) la conciencia de que esa decisión sienta un precedente que muestra que se puede hacer excepción para la aplicación de, primero, el contrato de comodato y, peor aún, de los contratos reales. El derecho privado es sistemático. En esa sistematicidad radica su virtud (véase 4.1). Es un requisito de la aplicación de este método saber que funciona con categorías jurídicas (no juicios particularizados).

Por último, tiene gran importancia, en la configuración del juicio jurídico:

[...] el proceso de formular públicamente los factores que se consideran significativos, de presentar y representar [...] aquellos aspectos del caso que cooperan severamente a favor de la conclusión".⁵⁶

Dijimos con anterioridad, que las categorías del derecho privado se presentan como piezas ensamblables. Dimos el ejemplo del contrato. La responsabilidad civil también se construye de esa manera. Debe haber un

56. WEINRIB, *The idea of private law*, p. 224.

“daño”, debe haber un “ilícito” (o violación de un derecho subjetivo), debe haber “un factor de atribución” (culpa, dolo o factores objetivos) y debe haber una “relación causal”. Estos son los elementos o teoría general de la responsabilidad civil. Lo mismo puede decirse del enriquecimiento sin causa e incluso de los actos de adquisición de derechos reales. Estos son los “factores significativos” o, mejor dicho, significantes del derecho privado, pues son los que otorgan sentido a la realidad que alumbran. Sin el concepto jurídico de daño, una pierna quebrada no es más que una pierna quebrada o un traumatismo (si se lo interpreta desde un punto de vista médico) o lo que fuera. El derecho privado, con sus categorías que refieren a situaciones generales de la vida en sociedad, nos permite señalar “aspectos del caso que cooperan [...] a favor de la conclusión”. Y esta cooperación es severa, a mi entendimiento, en el sentido de que todos los factores, en el caso, piden a los gritos que se concluya de una cierta manera. La pierna rota, la patada furiosa, la patada furiosa en la pierna que se rompe y la evidente intención del agente de efectuar la acción que genera el daño, cooperan para que ese *delictum* concluya en una reparación obligatoria. Hay que entender que la patada sucedió en un juego de fútbol y que sucedió luego de que el árbitro tocara el silbato para detener la jugada; en otras palabras, sucedió fuera del juego y de una manera injustificada. Si sucedía en el ámbito de una jugada lícita, los aspectos del caso habrían cooperado de una manera menos concluyente respecto a la decisión. El caso llamaría otras preguntas y, así, otras categorías de derecho.

V. EL RAZONAMIENTO CONSTITUCIONAL (SU VIRTUD ES UN PROBLEMA PARA EL DERECHO)

Frente al derecho privado y su tradicional razonamiento, aparece el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y la interpretación de autores influyentes, como Ricardo Lorenzetti y Gonzalo Sossó.⁵⁷ De acuerdo con

57. En los Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Lorenzetti afirma que con la institución del título preliminar (los tres primeros artículos del código) se produce una “apertura del sistema a soluciones más justas que derivan de la armonización de reglas, principios y valores” (III, 1). Y aclara: “No se trata de una parte general al modo en que fuera pensado en la pandectística alemana, sino del diseño de unas líneas de base enfocadas en la argumentación jurídica razonable dentro de un sistema de

esta interpretación, el nuevo ordenamiento progresa respecto al derecho privado tradicional, en cuanto permite elaborar una justicia particularizada. En otras palabras, las categorías del derecho civil permiten atender a lo que generalmente es relevante y resolver de acuerdo con lo que generalmente se piensa que debería suceder en esos casos. Pero los casos suelen escasamente ajustarse a las generalidades. Dicho de otra manera, los casos son ricos en propiedades peculiares. El nuevo Código Civil y Comercial permite que el juez, con ayuda de conceptos interpretativos de otras disciplinas más actualizadas y dinámicas (desde los derechos humanos a los estándares internacionales de producción de cosas y servicios) adecúe el derecho privado a las necesidades demandadas por el caso concreto. En palabras de estas teorías, los jueces pueden "optimizar" lo que las categorías inadecuadas del anquilosado derecho privado dicen de los casos. ¿Cómo se logra esto?

Los pasos, simplificados, son dos. El punto de partida es el mismo que el del razonamiento tradicional: el juez debe caracterizar el caso. Supongamos que el caso demanda, preliminarmente, ser tratado como un comodato. Pero el razonamiento no se detiene a evaluar la relación forma/materia. La finalidad no es argumentar que estamos (o no) ante una figura jurídica. La idea, de nuevo, es optimizar la propuesta preliminar: moldear la forma de acuerdo con las demandas de la materia. ¿Cómo hacemos esto? Para ello, el segundo paso.

El juez debe poner a gravitar una "pluralidad de fuentes" sobre el comodato. El Código Civil y Comercial es bastante generoso en este pluralismo:

- a) Tenemos las restantes disposiciones del derecho privado clásico.
- b) Las disposiciones de la Constitución Nacional,
- c) Los variados y numerosos artículos de los tratados de derechos humanos reconocidos en la Constitución.
- d) Tenemos principios.
- e) El código habla de los "valores jurídicos" que, por añadidura, deben ser cosas distintas a los principios.

derecho basado en principios y reglas" (III, 3). LORENZETTI, HIGHTON DE NOLASCO & KEMELMAJER DE CARLUCCI, *Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*. Para la posición de Sosso, véase "Título Preliminar. Artículos 1 al 18".

- f) Se entiende como parte íntegra del Código a los llamados "subsistemas", que son leyes externas al código, como el derecho del consumidor, el derecho de sociedades, la quiebra, etcétera.
- g) Y autores como Sosso van más allá en argumentar que cabe incluir como fuente de derecho al *soft law* y el *global law*.⁵⁸

El operador pone a gravitar estas fuentes por sobre el caso para determinar, si desde las posibilidades normativas permitidas por todas estas fuentes, se puede mejorar la decisión preliminarmente prescripta.⁵⁹ Supongamos que el juez no está conforme con que la promesa de comodato hecha a Daniela no sea obligatoria. Hay algo en el caso que a la luz de una fuente (supongamos) convencional merece consideración. Para el juez, no darle el libro a Daniela significa infringir su derecho humano a gozar de los beneficios del progreso científico y sus aplicaciones. El juez descubre que hay que mejorar la decisión prevista por la teoría del comodato. El juez declara la inconstitucionalidad del contrato real de comodato y hace lugar al planteo de Daniela.

Aquí se logra lo que Lorenzetti y Sosso buscan. Una justicia particularizada. Supongamos, por el hecho de argumentar, que Lorenzetti y Sosso tienen razón. Con este tipo de razonamientos se mejora la justicia. Slo en virtud de este procedimiento, Daniela tiene lo que es suyo. Yo quiero argumentar que con este tipo procedimientos, se pueden lograr grandes avances éticos. Pero, al mismo tiempo, se fractura el sistema de derecho privado y, con ello, mitigan sus virtudes. Por una cuestión de espacio, les hablaré de la virtud más importante.

V. A. La justicia formal

Chaïm Perelman concluye su recomendable trabajo sobre la justicia identificando un elemento común a todas las concepciones de justicia: a los casos iguales hay que darle tratos iguales.⁶⁰ El punto es este: la justicia

58. Sosso, "Título Preliminar. Artículos 1 al 18", p. 24 y ss.

59. Cfr: HABIB, "El análisis de proporcionalidad y el derecho privado argentino

60. PERELMAN, *Justice, law, and argument: Essays on Moral and Legal Reasoning*, p. 15: "Is it possible to define formal justice? Is there a conceptual element common to all the formulas of justice? Apparently, yes. In effect, we all agree on the fact that to be just is to treat in equal fashion".

es un ideal político. Existen varias concepciones y cada facción defenderá la suya. Para algunos, hacer lo justo es distribuir de acuerdo con el mérito. Para otros, lo justo es distribuir de acuerdo con las necesidades. Entre ellos hay discusiones inconciliables. En lo que todos ellos estarán de acuerdo es en que a los casos iguales hay que tratarlos de la misma manera. Si a X le entregaste N porque tenía la necesidad o mérito Y; a W, que tiene la misma necesidad o mérito Y, también tienes que entregarle N. Esta noción de justicia —tratar a los casos iguales de la misma manera— es común a cualquier concepción posible de justicia y, por lo tanto, es indiscutible. Perelman le llama justicia formal.

Yo quiero argumentar que, sin categorías como las del derecho civil, es imposible hacer justicia. Es imposible tratar dos casos iguales de la misma manera. ¿Por qué? Lo diré de la siguiente manera: no existen casos iguales.

Desarrollaré esto hablando un poco más del caso de Daniela y Javier. Daniela es profesora de derecho constitucional. Javier es profesor de derecho civil. Javier compró este libro en Italia. Este libro fue leído cinco veces por Javier. Esta subrayado. Daniela recibirá dinero a cambio de su clase. En particular. Cinco mil pesos la hora. Daniela tiene una hija recién nacida. Su hija es muy bonita e inteligente. Daniela está casada con Gonzalo. Javier es amigo de Gonzalo. De hecho, Javier entabló relación con Daniela por Gonzalo. Y la descripción puede seguir. ¿Es posible encontrar un caso igual a este? No, no es posible.

Lo que permite comparar el comodato de Daniela y Javier con otros comodatos, es la noción de comodato. El fenómeno Daniela y Javier es igual al fenómeno del comodato Y porque ambos fenómenos tienen: a) personas con capacidad, b) una promesa, c) un objeto lícito y posible y d) una justa causa. Es exactamente en eso, y solamente en eso, que son dos casos iguales. Si no aplicáramos las nociones de derecho civil para interpretar este caso, deberemos concluir que no tiene precedentes en la historia. Son las nociones descarnadas del derecho civil, como suelen ser llamadas, las que permiten que nos abstraigamos de las particularidades del caso que lo hacen único e irrepetible.

VI. EL DERECHO PRIVADO Y EL CAMBIO

Aquí aparece un problema del formalismo jurídico. Si para hacer justicia necesitamos aplicar siempre las mismas categorías del derecho privado,

entonces no hay posibilidad de cambio en el derecho. El derecho privado tradicional, en esta tesitura, sería siempre "dominio absoluto", "contrato paritario" y "responsabilidad por culpa". La memoria reciente de esta problemática nos lleva inevitablemente a finales del siglo XIX y principios del XX.⁶¹ El derecho privado tradicional era incapaz de dar respuestas a las transformaciones urbanas y tecnológicas; a los reclamos sociales de la fábrica, el campo y la ciudad; a los valores sociales emergentes. Surgieron diferentes tipos de respuestas: desde intervenciones puntuales en el derecho privado (como regulaciones al objeto del contrato de alquiler), a leyes que configuraron verdaderos "subsistemas" (el derecho comercial, el derecho del trabajo y el derecho del consumidor), a intentos de reformas holísticas (que tocaran al espíritu del derecho privado, como la Ley 17.711, que integró doctrinas solidaristas y comunitarias). En estos procesos, los juristas que regañaban estas embestidas a las categorías tradicionales eran tenidos como reaccionarios políticos, defensores de un liberalismo descorazonado. Se haya tratado de liberales conservadores o de "científicos" conscientes del valor de la integridad de las categorías jurídicas y su coherencia sistemática, el pensamiento tradicional nunca perdió adeptos y, al menos en Norteamérica, recobró un vigor inusitado, ya desde finales de los años 80.⁶² Hoy, por cierto, los problemas son distintos a los de inicios del XX: la interface entre la mente y la computadora; el medioambiente; el pluralismo ideológico y religioso de las ciudades cosmopolitas; la producción jurídica por entidades privadas; la fuerza normativa de los derechos humanos.

61. La conocida crítica de DUGUIT, *Les Transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon* y RENNER, *The institutions of private law and their social functions*. Más recientemente, el profesor Dagan critica la actitud de los formalistas en cuanto a que su posición teórica "may end up rendering legal academia esoteric, irrelevant and obsolete" (DAGAN, "Law as an Academic Discipline", p. 53). Troop, sin embargo, establece que, a diferencia de los iusnaturalistas, los formalistas "aceptan que las instituciones cambien, tanto en tiempo como en espacio." Y cita a Beale, Grey, Langdell y Wambaugh (TROOP, "Why Legal Formalism is Not a Stupid Thing", p. 429). Con todo, está algo así como tradicionalmente establecido que los formalistas son reacios al cambio en el derecho.

62. WEINRIB, *Corrective Justice*; BENSON, "The Unity of Contract Law"; BENSON, "Misfeasance as an Organizing Normative Idea in Private Law"; RIPSTEIN, *Force and Freedom: Kant's Legal and Political Philosophy*.

VI. A. Sobre el *indirect horizontal effect*

En la actualidad, la pregunta acerca de cómo deben influir los derechos humanos en las reglas y conceptos del derecho privado se discute en el ámbito de la temática "efectos horizontales de los derechos humanos".⁶³ El planteo es el siguiente: los derechos humanos pueden tener un efecto vertical u horizontal. El efecto vertical es el típico efecto con el que los derechos humanos aparecieron durante el siglo XX. Los derechos humanos son obligaciones que los Estados asumen ante otros Estados, en pactos internacionales. La obligación consiste en no emitir actos (leyes, actos administrativos o sentencias) que violen los derechos humanos de sus ciudadanos. Los ciudadanos, entonces, son terceros beneficiarios de estos tratados. El beneficio consiste en que tienen el poder de demandar a su Estado cuando este viole sus derechos humanos. Se dice que el efecto o beneficio es vertical en cuanto a que es uno que va del ciudadano/súbdito (que está debajo de un vértice) hacia el Estado/soberano (que está arriba del mismo vértice). Para resolver estos conflictos verticales, los tratados de derechos humanos típicamente crean o reconocen una corte internacional inmune a las influencias de los Estados.

La idea de un efecto horizontal de los derechos humanos invita a pensar que los derechos humanos son derechos de los individuos que pueden ser reclamados ante otros individuos. Se dice que el efecto es "horizontal" en el sentido de que afecta a las relaciones entre "iguales", personas situadas en el mismo plano, no por arriba. Por ejemplo, pienso que vos estás violando mi libertad de expresión (o mi derecho a trabajar o mi derecho a un ambiente sano) y te demando para que me repares el daño causado. Aquí, en principio, no habría necesidad de un tribunal especial. El derecho humano se invoca ante la justicia ordinaria civil y comercial.

Ahora bien, existen dos posturas acerca de cómo se debe aplicar este efecto horizontal. La postura más ambiciosa es la del efecto horizontal directo. Esta sostiene que los derechos humanos no necesitan de reglamentación

63. Véase el tratamiento de COLLINS, "On the (In)compatibility of Human Rights Discourse and Private Law". Ensayos sobre teoría y derecho comparado en BARKHUYSEN & LINDENBERGH, *Constitutionalisation of private law*. Sobre derecho privado europeo MICKLITZ, *The Constitutionalization of European Private Law*. Véase también la conocida discusión de KUMM, "Who is Afraid of the Total Constitution? Constitutional Rights as Principles and the Constitutionalization of Private Law".

legislativa para gozar de validez en las relaciones entre partes. Son ellos mismos aplicables. En otras palabras, la persona A no debe esperar a que el Estado legisle sobre su derecho humano Y para gozar de este en sus relaciones con B. A ya tiene un derecho humano Y ante B. En caso de que B viole el derecho Y de A, A puede demandar a B con base directa en el derecho humano Y.

La postura del efecto directo de los derechos humanos está típicamente emparentada con la teoría del razonamiento con principios (veáse 4).⁶⁴ La teoría del efecto indirecto es, a su turno, más amiga de la tradición del derecho privado. Esta entiende que los derechos humanos deben transmitir su contenido normativo a las relaciones entre privados, pero, a través de un procedimiento de integración, llevado a cabo por los poderes del Estado. Esto puede suceder a través del Poder Legislativo (por ejemplo, sancionando leyes que especifiquen suficientemente las condiciones de violación de los derechos humanos en cuestión). E incluso, si faltara esa ley reglamentaria, la postura del efecto indirecto sostiene que todavía es posible que un juez integre derechos humanos a través de las leyes que ya existen (es decir, indirectamente). El típico caso es el de las doctrinas abiertas del derecho privado: la buena fe, el orden público, el límite al dominio, la necesidad, etcétera. Todas estas doctrinas son lo suficientemente indeterminadas como para hacerlas decir lo que se considere apropiado para el derecho humano en cuestión.

A mi juicio, la tesis del efecto indirecto de los derechos humanos es bienvenida. Su versión de las doctrinas abiertas es válida siempre que pueda canalizar el cambio. Más cuando se impongan valores o prácticas que no pueden ser vehiculizadas a través de lo que ya existe, entonces lo apropiado será que el legislador establezca condiciones claras en una ley de derecho privado. Aquí quiero desarrollar un particular tipo de creación jurídica; lo que en un contexto estadual quizás pueda ser mejor llamado "recensión". Recensión de una creación a manos de juristas. Quiero desarrollar el tema del diseño de categorías. Un aspecto de la tradicional

64. Huelga decirlo, pero a mi juicio, en Argentina impera la teoría del efecto directo. Así lo establecen los arts. 1 y 2 del Código Civil y Comercial de la Nación. Además, los jueces ya están resolviendo relaciones privadas con base en derechos humanos. La consecuencia, según mi argumento, es que se posibilita una justicia particularizada. Lo bueno de esto, como sostuve en la sección 4, es que se posibilita la equidad. El riesgo, no obstante, es la indeterminación total del derecho privado.

actividad de los juristas descuidado por la literatura.⁶⁵ Quiero argumentar que el derecho privado es profuso en creaciones jurídicas. Un ejemplo de ello es la responsabilidad objetiva. Si se piensa, por un momento, reinó la conciencia de que la responsabilidad sólo debía ser por culpa. Cuando aparecieron las decisiones, teorías y leyes especiales que buscaban establecer factores objetivos, los subjetivistas se opusieron. Sin embargo, insignes juristas construyeron una categoría de responsabilidad objetiva que pudo acomodar esas necesidades de una manera orgánica al derecho. Lo mismo puede ser dicho de la persona jurídica, la culpa *in contrahendo*, el enriquecimiento sin causa, la promesa unilateral, la propiedad horizontal, la propiedad intelectual, entre otras varias figuras jurídicas que fueron apareciendo durante el siglo XX. Mi tesis es que, en ciertas ocasiones, cuando se ha probado que existe una necesidad firme y sostenida de un particular cambio o novedad en el derecho privado, los juristas pueden poner esfuerzos para darle forma.

VI. B. Un ejemplo de construcción

En esta parte voy a presentar un ejemplo de cómo elaborar construcciones jurídicas. Se trata de una reciente decisión del juez Galdós, de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul.⁶⁶ Aquí Galdós construye una categoría jurídica para una realidad desconocida por el derecho. Quizás esta realidad no sea de lo más novedosa, ni genere sensación de urgencia. Pero su complejidad requirió una ingeniería jurídica ejemplar. La decisión trata el problema de los pagarés para consumo. El hecho es que las empresas que se dedican a prestar dinero para fines de consumo suelen pedir al mutuuario que, al recibir el préstamo, entregue "un pagaré". El pagaré, en poder de la financiera, garantiza que si el préstamo no es devuelto, habrá un modo expedito de cobrarlo. El problema aparece cuando la financiera intenta ejecutar el pagaré. El art. 36 de la Ley de Defensa del Consumidor establece que toda operación de crédito para consumo debe expresar "de modo claro" información relativa al bien o servicio que se adquirirá con el préstamo, la tasa de interés efectiva anual, entre otras cosas.

65. Las menciones aparecen sólo como historias del pensamiento. Véase GARRIDO MARTÍN, *Fuentes, Método y Sistema en la Escuela Histórica del Derecho. Georg Friedrich Puchta (1798-1846)*, pp. 151-213.

66. Juzgado Civil y Comercial N° 2 de Olavarría, "HSBC Bank Argentina c/ Pardo, Cristian ...".

El problema está en que el pagaré, por definición del Decreto Ley 5965, no requiere información causal. Lo que es más, la doctrina comercial desaconseja leyendas tales como “este pagaré se emitió para garantizar el pago del mutuo X, entregado para adquirir el bien Y, a tasa de interés anual Z”. Esa información desvirtúa la ejecutoriedad del título, por traer en su letra información que da lugar a planteos inadecuados para un juicio ejecutivo. Se trata de un claro caso de antinomia entre el derecho del consumidor y el derecho mercantil.

La pregunta que tienen que responder los jueces en este tipo de casos es si el título que no expresa la información del art. 36 LDC es válido. Quienes piensan como comercialistas dicen que el título —sin expresión de la causa de la deuda— es plenamente ejecutable. Por el contrario, los que piensan como consumeristas, argumentan que el título es nulo. En el fallo plenario que comento, el vocal Galdós elabora una solución que armoniza esta antinomia. El pagaré para consumo es válido, pero no como lo pretenderían los comercialistas. Para su validez, es imprescindible incorporar, al título de crédito, la información requerida por la ley del consumidor. En otro trabajo me he dedicado a analizar la justificación de la decisión de Galdós.⁶⁷ Aquí quiero centrarme en cómo Galdós construye un concepto jurídico.

Galdós nos dice en su voto que se trata de una “novedosa figura”. Se llama “pagaré para consumo”. En términos de su naturaleza jurídica, se trata de “un título complejo”. ¿Qué quiere decir esto? Que además de su tenor, el título va acompañado de otra documental. Esta documental es la que “debe tener vinculación causal con el pagaré”. Se trata de la razón por la que el pagaré fue entregado; es decir, el mutuo entre la financiera y el librador del documento. Esta documental, claro está, debe “cumplir con el estándar informativo exigido para las operaciones de financiación o crédito para el consumo” (el artículo 36 recién citado).

Galdós nos dice que existe una oportunidad procesal para presentar esta documentación. Sea al momento en que se intenta el cobro ejecutivo o cuando se responde el planteo de excepción por parte del ejecutado. “La documentación adicional debe acompañarse en primera instancia, teniendo como límite el dictado de la sentencia definitiva, oportunidad en que el juez debe analizar la habilidad del título, sin que se admita su integración

67. HABIB, “El diálogo de fuentes en la jurisprudencia”, p. 3.

en la alzada”. Por cierto “la integración de la cartular debe realizarse respetando el derecho de defensa del consumidor, la bilateralidad del proceso y el principio de congruencia”.

Como se ve, el juez Galdós, construye el derecho sustantivo (este “título complejo”) y el derecho procesal de esta figura. Quiero enfatizar tres puntos.

Primero, Galdós elabora esta construcción jurídica con ayuda de artículos de leyes, sentencias y opiniones doctrinales.⁶⁸ Galdós colecciona

68. Vale la pena transcribir un párrafo elocuente: “Tal indagación exige, en primer lugar, permitir que el ejecutante agregue documentación adicional para acreditar el cumplimiento de los requisitos exigidos por el régimen protectorio (art. 36 de la Ley de Defensa del Consumidor), conformando —como anticipé— un título complejo e integrado con aptitud ejecutiva (Decreto Ley 5965/63, art. 101 siguientes y concordantes; arts. 521, 523, 542 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación; arts. 1, 2, 3, 4, 36, 37, 65 de la ley 24.240 —texto según leyes 26.361 y 26.994—; Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Azul, Sala II, ‘Bazar Avenida S.A. c/ González de Castro, Alejandra Rosana s/ cobro ejecutivo’; Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Azul, Sala II, ‘Bazar Avenida S.A. c/ Castro, Oscar Alfredo s/ cobro ejecutivo’; SCBA, ‘Neiidam, Héctor D. c/ Massaro, Beatriz M. s/ cobro ejecutivo’). Dicha integración del título se sustenta también en la obligación del proveedor de ‘aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme a las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio’ (art. 53 de la Ley 24.240 —texto según Ley 26.361—) y en la facultad que la Ley de Defensa del Consumidor otorga al juez para integrar el contrato de consumo frente a términos abusivos y cláusulas ineficaces (art. 37 de la Ley 24.240, art. 1122, inc. c del Código Civil y Comercial de la Nación). En lo que respecta a su oportunidad procesal, la integración de la cartular debe realizarse respetando el derecho de defensa del consumidor, la bilateralidad del proceso y el principio de congruencia (art. 15 de la Constitución provincial; art. 34, inc. 5°, art. 163, inc. 6°, art. 529, art. 542 siguientes y concordantes del Código Procesal Civil y Comercial). Por ello, la documentación adicional debe acompañarse en primera instancia teniendo como límite el dictado de la sentencia definitiva, oportunidad en que el juez debe analizar la habilidad del título, sin que se admita su integración en la alzada (Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Azul, Sala II, ‘Bazar Avenida SA c/ Castro, Oscar Alfredo s/ cobro ejecutivo’; Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Azul, Sala II, ‘Bazar Avenida SA c/ Guenchillán, José Luis s/ cobro ejecutivo’; Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Azul, Sala II, ‘Caja de Crédito Cooperativa La Capital del Plata Ltda. c/ Wagner, Claudio Daniel s/ cobro ejecutivo’, entre otras). A su vez, la documentación adicional debe tener vinculación causal con el pagaré de consumo (Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Azul, Sala II, ‘HSBC Bank Argentina SA c/ Agüero, Sergio Luis s/ cobro ejecutivo’) y cumplir con el estándar informativo exigido para las operaciones de financiación o crédito para el consumo (art. 42 de la Constitución Nacional; art. 4 de la Ley 24.240 —conforme la Ley 26.361— arts. 7, 1100 y concordantes del Código Civil y Comercial de la Nación; Cá-

partes existentes en el sistema jurídico, que encajen unas con otras, para integrarlas en esta nueva figura. Esta figura parece ser coherente y, a su turno, parece tener la capacidad operativa de captar la totalidad de sus manifestaciones en la vida práctica, lo que le da legitimidad social.

De esto último trata mi segundo punto. Al momento de justificar su creación, Galdós nos habla de “la práctica frecuente en el comercio”,⁶⁹ algo así como una manifestación de la conciencia colectiva de donde, según la teoría evolutiva mencionada al principio de este trabajo, emana el derecho. Los consumidores necesitan préstamos. Las empresas están dispuestas a darlos. Lo harán, siempre y cuando se aseguren un modo ágil de cobrarlos. Excesivas cortapisas al crédito lo encarecen o lo imposibilitan. Por ello es que, de hecho, sucede que los consumidores entregan estos pagarés. Se trata de una práctica social consolidada.

Por último, imaginemos que la figura diseñada por Galdós termina por imponerse. En otras palabras, se hace derecho válido que este título

mara de Apelación en lo Civil y Comercial de Azul, Sala II, ‘Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. c/ Canale, Hugo Ernesto y otro/a s/ cobro ejecutivo’). Se admite —de modo claro e inequívoco— una solución armonizante de previsiones normativas disímiles y contrapuestas, que permite su compatibilización, sin desmedro —obviamente— de los derechos del consumidor, pero rescatando también la tutela del crédito. Se trata de una convergencia de fuentes normativas y no de exclusión *a priori* de una de ellas; se procura asegurar la tutela del consumidor sin eliminar el régimen cambiario y del juicio ejecutivo. Como se ve, a la vez que integra elementos de distintas partes del sistema, ofrece traza- bilidad, explicando y justificando su forma jurídica”.

69. Juzgado Civil y Comercial N° 2 de Olavarría, “HSBC Bank Argentina c/ Pardo, Cristian Daniel s/ cobro ejecutivo”, considerando 6. Dice Galdós: “No puede desconocerse que la instrumentación de pagarés —como forma de recuperar rápidamente un crédito— constituye una práctica frecuente en el comercio. El crédito constituye una herramienta fundamental del tráfico comercial y de acceso a un sinnúmero de bienes y servicios que de otro modo muchas personas no podrían adquirir y poner un celo excesivamente proteccionista al consumidor puede acarrear un acentuado achicamiento de la oferta y, por ende, una elevación del costo crediticio, perjudicándolo por vía indirecta” (Cfr: Quiroga, Marcelo “Los títulos de crédito frente a los derechos del consumidor y el juicio ejecutivo —a propósito de la Ley 26.361— cit. pág. 114). La desmesura en la protección podría llegar a suprimir el desenvolvimiento eficaz y eficiente del crédito impidiendo —por vía indirecta— el acceso del consumidor financiero y del crédito para el consumo al mercado de productos y servicios. Las consecuencias conexas descriptas precedentemente pueden evitarse permitiendo al proveedor integrar el título ejecutivo con documentación adicional, en el mismo juicio ejecutivo, sin desmedro de la protección del consumidor, solución que ya se va abriendo camino desde la *praxis* judicial en otros departamentos judiciales”.

complejo produzca los efectos delineados por el juez. Mi punto es que una vez que la figura jurídica gane aceptación jurídica, devendrá neutral. Esto significa que nos habremos olvidado de los considerandos que la justificaron. Nos olvidamos, en otras palabras, que, al momento de la formación de este concepto, se podría haber beneficiado más al consumidor o al empresario. La proporción fue establecida y, con ello, la figura jurídica devino natural.⁷⁰ Esta "nueva cosa" servirá para que futuros jueces la apliquen y para que los comerciantes y consumidores la utilicen como tal.

VII. CONCLUSIÓN

En este trabajo busqué combinar pensamientos que tengo formados desde hace tiempo respecto al derecho privado. No estoy seguro si deberían ser interesantes; me animé a publicarlos para dejarlos ir. Como sea, creo haberlos relacionado en cinco capítulos. En el primero, establecí que el derecho privado puede ser pensado como un producto cultural que sirve para resolver problemas entre dos partes. Dije que se pueden datar los orígenes de las primeras categorías jurídicas a la Roma antigua. Y que esas categorías han sido apropiadas y adaptadas por juristas de distintas épocas. Estos nos ofrecen construcciones jurídicas que son dignas de estudio porque manifiestan cómo articular y mantener en movimiento a este constructo normativo.

En el segundo capítulo he llamado la atención sobre ciertos aspectos llamativos de los conceptos de derecho. Una cosa curiosa, dije, es que son definidos varias veces; en distintos niveles de generalidad. Argumenté que aspectos curiosos como estos hacen al razonamiento jurídico.

En la tercera parte, seguí indagando sobre el razonamiento con categorías. Aunque no se trate de verdaderas subsunciones, funciona un poco

70. Y es que, si nos ponemos a pensar, todo el derecho privado podría ser revisado desde sus considerandos. ¿Por qué es que tenemos un sistema de propiedad privada? Y dentro de este, ¿por qué es que podemos adquirir propiedad de manera ilimitada? ¿Por qué el derecho permite que gente adquiera cosas que no va usar? ¿Por qué es que, generalmente, el dueño puede hacer lo que le plazca con su cosa? Son todas preguntas muy debatibles. Sus respuestas son las que fundamentan al derecho o las que abogan por un cambio. Pero es importante notar, los fundamentos no están dentro del derecho. El derecho son las categorías con las que razonan los juristas.

como ellas. Para un mejor entendimiento, dije que subsumir o argumentar en derecho privado es elaborar relaciones de forma/materia.

En la cuarta parte de este trabajo comparé el razonamiento clásico con el de principios para decir que el primero difiere de este último en cuanto a que su función es la de dar regularidad en la solución de los casos; el razonamiento de principios sirve para establecer decisiones disruptivas.

Al final del trabajo recordé que el derecho privado de las categorías jurídicas no tiene por qué quedarse en los artículos que ya existen. Así como constantemente se deciden nuevos casos según principios, los juristas también podrían diseñar nuevas categorías de derecho.

Quiero enfatizar que en este trabajo no estoy abogando por un ideal de derecho. Quiero decir, no escribo deseando que los académicos comiencen a desarrollar categorías jurídicas, que los legisladores las hagan leyes y los jueces se limiten a aplicar esas categorías. Tampoco me interesa instalar el mensaje de que juzgar de acuerdo con principios es hacer equidad y no justicia. Siquiera quiero decir que el razonamiento tradicional sea mejor que el de principios. No pienso esto último, en ningún sentido. En términos éticos/políticos, ninguno podría ser de mi preferencia, puesto que creo que ambos son igualmente maleables. Es decir, las ponderaciones pueden ser efectuadas para tomar decisiones liberales/conservadoras y creo que sí se podrían crear categorías de un derecho privado socialista/progresista. Tampoco creo que uno de estos tipos de razonamiento sea técnicamente superior al otro o más sofisticado. De hecho, no sé realmente cómo pensar cuál razonamiento sea mejor. Creo que cada uno de estos modelos funciona distinto y tienen sus propias virtudes.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- AGUIAR, Henoeh, *Hechos y actos jurídicos en la doctrina y en la Ley*, Tipografía Editora Argentina, 1950, Buenos Aires.
- AINSWORTH, Thomas, "Form vs. Matter", en ZALTA, E. N., *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2020 URL <https://plato.stanford.edu/entries/form-matter/>
- ASTUTI, Guido, "Contratto (dir. interm.)", en *Enciclopedia del Diritto*, Tomo IX, 1961, Giuffrè, Milano, pp. 764-765.
- BARKHUYSEN, Tom & LINDENBERGH, Sewert, *Constitutionalisation of private law*, Nijhoff, Leiden, 2006, Boston.

- BENSON, Peter, “Misfeasance as an Organizing Normative Idea in Private Law”, en *University of Toronto Law Journal*, Vol. 60, 2010, Toronto.
- , “The Unity of Contract Law”, en BENSON, Peter, *The Theory of Contract Law: New Essays*, Cambridge University Press, 2012, Cambridge.
- BETTI, Emilio, *Teoría general de las obligaciones*, Tomo II, Revista de Derecho Privado, 1970, Madrid, traducción de DE LOS MOZOS, José Luis.
- BIX, Brian H., “The Promise and Problems of Universal, General Theories of Contract Law”, en *Ratio Juris*, Vol. 30, N° 4, 12/2017, pp. 391-402.
- Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Azul, Sala II, “Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. c/ Canale, Hugo Ernesto y otro/a s/ cobro ejecutivo”, 13/06/2016, expediente N° 60.770.
- Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Azul, Sala II, “Bazar Avenida S.A. c/ González de Castro, Alejandra Rosana s/ cobro ejecutivo”, 04/11/2014, expediente N° 58.917.
- Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Azul, Sala II, “Bazar Avenida S.A. c/ Castro, Oscar Alfredo s/ cobro ejecutivo”, 02/10/2014, expediente N° 59.057.
- Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Azul, Sala II, “Bazar Avenida S.A. c/ Guenchillán, José Luis s/ cobro ejecutivo”, 06/11/2014, expediente N° 59.058.
- Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Azul, Sala II, “Caja de Crédito Cooperativa La Capital del Plata Ltda. c/ Wagner, Claudio Daniel s/ cobro ejecutivo”, 15/12/2014, expediente N° 58.892.
- Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Azul, Sala II, “HSBC Bank Argentina S.A. c/ Agüero, Sergio Luis s/ cobro ejecutivo”, 23/05/2016, expediente N° 60.707.
- Cámara en lo Civil y Comercial Común, Sala III, “Sanz, Esteban Ricardo c/ De Zavalía, Marcela y otra”, 08/2022.
- CHEREDNYCHENKO, Olha O., “Fundamental rights and private law: A relationship of subordination or complementarity?”, en *Utrecht Law University*, Vol. 3, N° 2, 12/2007 URL <http://www.utrechtlawreview.org/>
- COLLINS, “On the (In)compatibility of Human Rights Discourse and Private Law”, en *LSE Law, Society and Economy Working Papers 7/2012*, London School of Economics and Political Science, Londres URL <https://www.lse.ac.uk/law/working-paper-series/2007-08/WPS2012-07-Collins.pdf>
- COX, Paul, “An Interpretation and (Partial) Defense of Legal Formalism”, en *Indiana Law Review*, Vol. 36, N° 1, 2003.

- DAGAN, Hanoch, "Law as an Academic Discipline", en DEDEK, Helge & VAN PRAAGH, Shauna, *Stateless Law*, Routledge, 2015, London y New York.
- DELL'AQUILA, Enrico, "La promesa unilateral como fuente general de obligaciones", en *Revista de Derecho Privado*, Tomo LXIII, 1979, Madrid.
- DUGUIT, Léon, *Les Transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, 2º ed., Alcan, 1920, París.
- EISENBERG, Melvin A., "Probability and Chance in Contract Law", en *UCLA Law Review*, Vol. 45, 1997-1998, pp. 1005-1076.
- GARRIDO MARTÍN, Joaquín, *Fuentes, Método y sistema en la Escuela Histórica del Derecho*. Georg Friedrich Puchta (1798-1846), Comares, 2019, Granada.
- GAYO, *Institutas*, Abeledo Perrot, 1997, Buenos Aires, texto traducido, notas e introducción por DI PRIETO, Alfredo.
- GILMORE, G., *The Death of Contract*, Ohio State University Press, 1974, Columbus.
- GORDLEY, James, *The philosophical origins of modern contract doctrine*, Oxford University Press, 1991, New York.
- , "Myths of the French Civil Code", en *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 42, Nº 3, 1994, pp. 459-505.
- , *Foundations of Private Law*, Oxford University Press, 2006, Oxford.
- , *The Jurists, A critical History*, Oxford UP, 2013, Oxford.
- GORLA, Gino, *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*. Vol. I, Giuffrè, 1954, Milano.
- GRAJALES, Amós A., "El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y el juez como 'la boca de los principios'. De la subsunción a la ponderación", *La Ley*, 2015, AR/DOC/4937.
- GUZMÁN, Néstor, *Discrecionalidad y justificación. Entre el juez intérprete y el juez creador en el Código Civil y Comercial*, Astrea, 2019, Buenos Aires.
- , "La sentencia razonablemente fundada en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación", *La Ley*, AR/DOC/1456/2015.
- , "El análisis de proporcionalidad y el derecho privado argentino", en *Revista Jurídica Austral*, Vol. 3, Nº 1, 2022, pp. 327-366.
- HABIB, Javier, "El diálogo de fuentes en la jurisprudencia" en *La Ley*, 31/05/2022, punto IV, p. 3.
- "El análisis de proporcionalidad y el derecho privado argentino" en *Revista Jurídica Austral*, 3(1), 2022, pp. 327-366.

- Juzgado Civil y Comercial N° 2 de Olavarría, “HSBC Bank Argentina c/ Pardo, Cristian Daniel s/ cobro ejecutivo”, 09/03/2017.
- KANT, *Critique of Pure Reason*, Cambridge University Press, 1998, Cambridge, traducción de GUYER, Paul & WOOD, W. Allen URL <https://cpb-us-w2.wpmucdn.com/u.osu.edu/dist/5/25851/files/2017/09/kant-first-critique-cambridge-1m89prv.pdf>
- KUMM, Mattias, “Who is Afraid of the Total Constitution? Constitutional Rights as Principles and the Constitutionalization of Private Law”, en *German Law Journal*, Vol. 7, N° 4, 01/04/2006, pp. 341-369.
- LA PIRA, Giorgio, “La genesi del sistema nella giurisprudenza romana: l’arte sistematica,” en *Bullettino dell’Istituto di Diritto Romano*, Vol. 42, 1934, pp. 336-355.
- , “La genesi del sistema nella giurisprudenza romana: problemi generali”, en *Studi in onore di Filippo Virgilio*, 1935, Società editrice del “Foro italiano”, Roma.
- , “La genesi del sistema nella giurisprudenza romana: il metodo,” en *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, Vol. 1, 1935.
- , “La genesi del sistema nella giurisprudenza romana: il concetto di scienza e gli strumenti della costruzione scientifica”, en *Bullettino dell’Istituto di Diritto Romano ‘Vittorio Scialoja’*, Vol. 44, pp. 1936-1937.
- LEITER, Brian, “Legal Formalism and Legal Realism: What is the issue?”, en *Legal Theory*, Vol. 16, 2010, pp. 111-133.
- LORENZETTI, Ricardo Luis, HIGHTON DE NOLASCO, Elena & KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida, *Fundamentos del anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, 2015.
- MCGOVNEY, D. O., “Irrevocable Offers”, en *Harvard Law Review*, Vol. 27, N° 7, 1914, pp. 644-663 URL <https://www.jstor.org/stable/1326457>
- MICKLITZ, Hans, *The Constitutionalization of European Private Law*, Oxford University Press, 2014, Oxford.
- MØLLER, Sofie, *Kant’s Tribunal of Reason: Legal Metaphor and Normativity in the Critique of Pure Reason*, Cambridge University Press, 2020, New York.
- NÚÑEZ LEIVA, José Ignacio, “El movimiento del derecho libre: una fuente de ideas que perviven hasta hoy”, en *Revista de Derecho*, Vol. 42, N° 145-185, 2014, Universidad del Norte, URL <http://www.scielo.org.co/pdf/dere/n42/n42a07.pdf>

- OAKESHOTT, Michael, *On human conduct*, Clarendon Press, 1975, Oxford.
- PERELMAN, Chaïm, *Justice, law, and argument: Essays on Moral and Legal Reasoning*, Reidel, 1980, Dordrecht.
- Poder Ejecutivo Nacional, Decreto Ley 5965/63, BORA 25/07/1963.
- POUND, Roscoe, "Mechanical Jurisprudence", en *Columbia Law Review*, Vol. 8, 1908, pp. 605-623.
- PRIEL, Dan, "Two forms of formalism", en GOUDKAMP, James & ROBERTSON, Andrew, *Form and Substance in the Law of Obligations*, Hart, 2019, Oxford.
- RENNER, Karl, *The institutions of private law and their social functions*, Agnes Schwarzschild, Routledge, 1949, London and Boston.
- República Argentina, "Código Civil", Ley 340, 29/09/1869.
- , Código Civil y Comercial de la Nación.
- , Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.
- , Constitución de la Nación Argentina.
- , Constitución provincial de Buenos Aires.
- , "Ley de Defensa del Consumidor", Ley 24.240, 15/10/1993.
- RIPSTEIN, Arthur, *Force and Freedom: Kant's Legal and Political Philosophy*, Harvard UP, 2009, Cambridge, Massachusetts.
- SAVIGNY, Friedrich, *De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del Derecho*, Heliasta, 1977, Buenos Aires.
- SCHAUER, Frederick, "Formalism", en *Yale Law Journal*, Vol. 97, N° 4, 03/1988, pp. 509-548.
- SCHIAVONE, Aldo, *Ius: L'invenzione del diritto in Occidente*, Einadi, 2005, Torino.
- SCHULZ, Fritz, *Classical Roman Law*, Clarendon Press, 1951, Oxford.
- SOSSO, G., "Título Preliminar Artículos 1 al 18", en LORENZETTI, Ricardo Luis, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Tomo 12, Rubinzal, 2018, Buenos Aires.
- SPAIC, Bojan, "Formalism", en MORTIMER SELLERS, Stephan Kirste, *Encyclopedia of the Philosophy of Law and Social Philosophy*, Springer, 2022.
- STARCK, Christian, "Derechos fundamentales y Derecho privado", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Vol. 66, 2002, pp. 65-89.
- STEIN, Peter, *Legal Evolution. The story of an idea*, Cambridge University Press, 1980, Cambridge.
- , *Roman Law in European History*, Cambridge University Press, 1999, Cambridge.

- STRAUMANN, Benjamin, *Roman Law in the State of Nature: The Classical Foundations of Hugo Grotius' Natural Law*, Cambridge University Press, 2015, Cambridge.
- Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, "Neiiendam, Héctor D. c/ Mas-saro, Beatriz M. s/ cobro ejecutivo", 06/11/2013, expediente N° 58.067.
- TROOP, Paul, "Why Legal Formalism Is Not a Stupid Thing", en *Ratio Juris*, Vol. 31, N° 4, 2018, pp. 428-443.
- VERBIC, FRANCISCO & SUCUNZA, Matías Alejandro, "El deber de razonable fundamentación en el Código Civil y Comercial de la Nación. Alcance, contenido e implicancias", La Ley, AR/DOC/5009/2016.
- VON DER PFORDTE, Dietmar, "About concepts in law", en HAGE, Jaap C. & VON DER PFORDTE, Dietmar, *Concepts in law*, Springer, 2009, Dordrecht and New York.
- VON IHERING, Rudolf, *Bromas y veras en la ciencia jurídica. Ridendo dicere verum*, Civitas, 1987, Madrid, traducción de BANZHAF, Tomás A.
- WEINRIB, Ernest, "Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law", en *Yale Law Journal*, Vol. 49, N° 6, 1988.
- , *The idea of Private Law*, Harvard University Press, 1995.
- , *Corrective Justice*, Oxford University Press, 2012, Oxford.
- WORMS, René, De la volonté unilatérale considérée comme source d'obligations en droit romain et en droit français, A. Giard, 1891, Paris.
- WORMSER, Maurice, "The True Conception of Unilateral Contracts", en *The Yale Law Journal*, Vol. 26, N° 2, 1916.
- ZIMMERMANN, Reinhart, "Savigny's legacy: legal history, comparative law, and the emergence of a European legal science", en *Law Quarterly Review*, Vol. 112, 1996.
- , *The Law of Obligations*, Oxford University Press, 1996, Oxford.
- , *Roman Law, Contemporary Law, European Law: The Civilian Tradition Today*, Oxford University Press, 2001, Oxford.