

seguridad social y efectivizar los derechos sociales. Se trata, entonces, de abrir nuevos espacios que amplíen los márgenes de actuación de las políticas públicas y que, a su vez, impliquen cambios graduales en la nueva estructura del Estado post-reforma, pero que establezcan una clara reversión de las tendencias, en dirección a la realización de los derechos sociales.

Bibliografía

- Abramovich, V. y Courtis, C., "Futuros posibles. El derecho laboral en la encrucijada", en: *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Buenos Aires, N° 1 y 2, 1997, pp. 149-176.
- Barbeito, A. y Lo Vuolo, R., *La Modernización excluyente. Transformación económica y Estado de Bienestar en Argentina*, Buenos Aires, Losada, 1992.
- Lo Vuolo, R., "La retracción del Estado de Bienestar en Argentina", en: Lo Vuolo R. y Barbeito, *La nueva oscuridad de la política social*. Buenos Aires, Ciepp/Miño y Dávila, 1998.
- Lo Vuolo, R.; Barbeito, A; Pautassi, L y Rodriguez Enriquez, C., *La pobreza de las políticas contra la pobreza*. Buenos Aires, Ciepp/Miño y Dávila, 1999.
- Gargarella, R., "Recientes reformas constitucionales en América Latina: una primera aproximación", en: *Desarrollo Económico*, Buenos Aires, Vol. 36, N° 144, Enero-Marzo, 1996.
- Mari, E., *Papeles de Filosofía II. La teoría de las ficciones en la política y la filosofía*, Buenos Aires, Biblos, 1997.
- Mesa Lago, C., *Ascent to Bankruptcy. Financing Social Security in Latin America*, Pittsburgh, University of Pittsburgh Press, 1989.
- Navarro, M., "Democracia y reformas estructurales. Explicaciones de la tolerancia popular al ajuste económico", en: *Desarrollo Económico*, Buenos Aires, N° 139, Octubre-Diciembre, 1995, pp. 443-465.
- Offe, C., *Contradicciones en el Estado de Bienestar*, Madrid, Alianza, 1988.
- Palermo, V., "¡Siganme!" *La política de las reformas estructurales. el caso argentino*, 1989-1994, Madrid, Mimeo, Tesis doctoral, Instituto Universitario Ortega y Gasset, Universidad Complutense de Madrid, 1995.
- Pautassi, L., *Derechos Sociales y Democracia. La reforma del Sistema de Políticas Sociales en Argentina*, Buenos Aires, Tesis doctoral, 1998.

El Waterloo del Código Civil Napoleónico.

Una mirada crítica a los fundamentos del Derecho Privado Moderno para la construcción de sus nuevos principios generales

Sebastián Ernesto Tedeschi

Introducción

Pensar el derecho es describirlo en proceso, verificar los cambios para ver sus estructuras y funcionamiento. Las teorías suelen construir modelos que una vez implantados tienden a perpetuarse, olvidando que alguna vez fueron ideas y pensamientos, que fueron pieza de disputa y enfrentamiento, que comenzaron por ser una idea marginal antes de ocupar el centro del texto de la historia.

Con el surgimiento de la Modernidad, en el contexto de la separación de los espacios público y privado, plasmada en el derecho por la separación del derecho público y el derecho privado, mientras las constituciones regulaban la organización y funcionamiento del Estado, los códigos servían de manual de regulación acerca de como debían comportarse en la privacidad las personas, cómo podían relacionarse y realizar intercambios, con qué formalidades y con qué límites. Tenían la ambición de "proyectar y coordinar todos los sectores de la convivencia humana mediante un sistema sin lagunas".¹

Esos códigos de derecho privado fueron el producto de ricos debates teóricos de filósofos, teóricos sociales y juristas, que luego la dogmática congeló en el tiempo, perpetuando las conclusiones a las que se arribaron en el siglo XVIII como verdad natural para todos los tiempos.

1. Molitor, Erich y Schlosser, Hans, *Perfiles de la nueva historia del derecho privado*, Barcelona, Bosch, 1975.

El desarrollo del Derecho durante el Siglo XX puso en crisis² el proyecto moderno de regulación. Así, esa crisis es expresada en un primer momento por el desarrollo de los Estados de Bienestar, su legislación protectoria y el avance del espacio de lo público sobre el derecho privado. En un segundo momento por la globalización y la pérdida de poder de los Estados Nacionales y la reafirmación del mercado como el nuevo espacio hegemónico de regulación social.

A partir de esa crisis se desarrollaron distintas teorías sobre la crisis del paradigma moderno del derecho privado señalando a la codificación como el pilar del ese paradigma. Entre los tópicos teóricos que se ven incluidos en el proyecto de la modernidad jurídica se encuentra el sujeto de derecho. La unificación del sujeto en la figura del individuo y del ciudadano, para el derecho privado y para el derecho público respectivamente, también se vio cuestionada por estos fenómenos mencionados.

En un primer momento el derecho privado fue afectado por el orden público, invadiendo espacios a los que en el siglo anterior se veían como privados. Un buen ejemplo es el desarrollo del derecho laboral, que ahora sufre una larga agonía.

En un momento posterior, a partir de la crisis del capitalismo mundial de los años '70, con un detenimiento abrupto del crecimiento económico que se había disfrutado en los años posteriores a la segunda guerra mundial, comienzan a operarse cambios en la economía, acompañados por avances tecnológicos y el triunfo político de la nueva derecha, que posibilitaron una nueva globalización de la economía. Esto produjo un impacto sobre el campo jurídico a partir del debilitamiento del papel del Estado, cuya contrapartida fue el fortalecimiento del espacio del mercado. Simultáneamente con este proceso se ve desarrollarse el consumo de una manera extraordinaria, con tanta fuerza que en el campo del derecho privado irrumpe un nuevo actor: el consumidor.

Frente a la reducción del mercado laboral, el recorte de los derechos de los trabajadores y la incredulidad en la potencialidad del concepto de ciudadano para conseguir un mejoramiento en la calidad de vida de las personas, algunos parecen encontrar en el desarrollo de los derechos del

2. El término es utilizado para dar cuenta cuando un modelo deja de responder a los fines para los que fue pensado y se vuelve un instrumento cada vez más ineficaz para brindar soluciones a los nuevos conflictos sociales.

consumidor un espacio para construir una ciudadanía con potencialidad para obtener un mejoramiento en la calidad de vida de las personas que habitamos en nuestra comunidad política.³

Los principios de "*favor debilis*" y "en favor del consumidor" introducen una cuña en la grieta ya abierta en el concepto de autonomía de la voluntad, prototipo de la igualdad formal de los contratantes, proyectado por los juristas de la modernidad.

En este trabajo pretendo partir de esta relectura del proceso de construcción y luego crisis del paradigma del derecho privado moderno para aportar elementos que sirvan para construir sus nuevos principios generales.

1. La construcción del paradigma⁴ moderno del derecho privado

En la bella imagen de Max Weber, la sociedad contractual es efecto de la razón y, por ende, del desencantamiento del mundo, con su consecuencia: el consenso democrático. Cuando el mundo se desencanta, cuando los dioses abandonan la ciudad, los hombres y las maravillas de la naturaleza que hacían visible a los del mundo occidental ven sustancialmente modificados los modos con que enlazaban sus experiencias de vida con la tradición.⁵

1. 1 Antecedentes históricos de la codificación

El proceso codificador no tiene su origen en el *Código Napoleónico*, sino por el contrario, éste constituye la culminación o concretización de un proceso que se venía desarrollando como exigencia de los cambios en el mundo de la vida social, política y económica europeo desde el renacimiento y

3. Sea éste el espacio del Municipio, Estados Provinciales, Nacionales o en forma potencial los espacios regionales de integración como el Mercosur.

4. El concepto de "paradigma" es utilizado en los términos expuestos por Thomas S. Kuhn en *La estructura de las Revoluciones Científicas*, México, Fondo de Cultura Económica, 1991, y se refiere a un modelo de consenso a partir de una revolución científica o tecnológica que modifica la perspectiva histórica de la comunidad científica que la experimenta.

5. Marí, Enrique E., "Racionalismo y ficcionalismo en los criterios de legitimación del poder", en *Papeles de Filosofía*, Buenos Aires, Biblos, 1993, p. 196.

con el desarrollo creciente del capitalismo. Podemos señalar tres impulsos diferentes de la codificación moderna:

El primero es el iniciado por las monarquías absolutas⁶, cuyo mejor ejemplo es el *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis* de 1756⁷ encargado por Maximiliano José III en Baviera y el *Allgemeines Landrecht* de 1794⁸ y estuvo caracterizado por la necesidad de las monarquías de ordenar sus territorios para consolidar su dominación.

Este proceso había comenzado en las monarquías de Europa del Renacimiento, mediante la búsqueda de un retorno al derecho romano. Desde el siglo XII en Italia habían comenzado los estudios sistemáticos de las codificaciones de Justiniano, que luego continuaron en el siglo XIV y XV la escuela de los glosadores y los comentaristas.

Este proceso estuvo lleno de contradicciones. Por eso la codificación también aparece como una necesidad de las monarquías. El príncipe quería orden, unidad y armonía en su reino, tanto por necesidades técnicas de administración, como por intereses personales de los funcionarios de certeza legal y la aspiración de sujetar a cálculo la dinámica social. El monarca quería poder emplear a sus funcionarios en todo el ámbito de su autoridad. Esta codificación monárquica estaba circunscripta a intereses fiscales y técnico administrativos.⁹

El segundo impulso codificadorio es el que se plasma con el Código Civil Francés, al que Napoleón cambió su denominación adjetivándolo con su nombre.¹⁰

6. Wesenberg, Gerhard y Wesener, Gunter, *Historia del Derecho Privado Moderno en Alemania y Europa*, Valladolid, Lex Nova, 1998.

7. Redactado y comentado por Winguläus Aloysius Frh. Von Kreittmayr, este código mantiene la subsidiariedad del derecho común. Por eso sólo puede ser considerado como un precursor de las codificaciones modernas.

8. Encargado por Federico Guillermo I como un código general basado en el derecho romano. Los trabajos fueron comenzados por Samuel von Cocceji. Federico II, quien precisó mejor el pedido solicitando "un derecho alemán general del territorio basado simplemente en la razón y en la constitución del país". Cocceji falleció en 1755, de tal manera que la obra fue concluida por uno de sus colaboradores, Carl Gottlieb Svarez.

9. Marí, Enrique E., "La Interpretación de la ley, Análisis histórico de la Escuela Exegética y su nexa con el proceso codificadorio de la modernidad", en AA. VV., *Materiales para una teoría crítica del derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1991, p. 275.

10. Llamado así desde la Reforma del 3 de septiembre 1807 hasta la Ordenanza dispuesta por la Restauración el 17 de julio y el 30 de agosto de 1816. Luego, en un decreto del 27 de marzo de 1852 de Luis Napoleón, se le restituyó el nombre de Código de Napoleón.

Esta corriente codificatoria —la que más influencia tuvo en el desarrollo del derecho privado moderno—¹¹ estaba inspirada en el proyecto iluminista con la pretensión de actuar como mecanismo de libertad, expansión de los mercados y anulación de los tabúes sacramentales y monopolios gremiales. Pretendía lograr por medio de leyes sistematizadas el mayor incremento posible de consensualidad, de libre contratación y de convenios y penalidades racionales; todo ello presidido por una razón continua y evolutiva, en reemplazo de la autoridad divina.¹²

La tercera es la impulsada por Jeremy Bentham, caracterizada por un concepto de razón calculadora, y de la exigencia de previsibilidad y seguridad como propiedades de un código justo. La codificación se impulsaba como un instrumento de modernización de la economía, el gobierno y la legislación. Reformar el orden social, regular los conflictos de intereses en forma reglada, pública y controlable con la simple vista de las leyes. Su impulso fue el propósito de ampliar el derecho y las garantías más allá de los sectores de poder cristalizados, inscripto en una lucha política contra los privilegios sectoriales existentes en el siglo XIX. La gran utilidad de la ley escrita es la certidumbre. Se proponía un completo cuerpo de leyes que integre la totalidad de las reglas en vigor.

Sin embargo, la gestación de los derechos codificados es el resultado de la confluencia de diversos y discrepantes complejos ideológicos. La codificación fue posible por la resolución del debate teórico en el siglo XVIII, entre estas distintas ideologías.¹³

La primera ideología es la que sostenía que todo el derecho de las sociedades modernas es derecho arbitrario. Ese arbitrio, si bien podía tener límites de hecho o morales, no podía encontrar límites jurídicos. Representada

11. Entre los Códigos de Europa se encuentran: el impuesto en Bélgica (1804) y adoptado por Holanda (1811), Nápoles (1829), Cerdeña (1838), Italia (1865), Portugal (1867), España (1889). En América del Norte tenemos el de Quebec [1866] y Louisiana [1870]. En América del Sur, el de Perú (1852), Chile (1857), Argentina (1871), Brasil (1917); Haití (1825), Bolivia (1830), Santo Domingo (1844) y aún en 1942 influyó en el Código Civil de Venezuela. Por último en Asia orientó al Código Civil de Japón (1898).

12. Marí, Enrique E., "La Interpretación de la ley. Análisis histórico de la Escuela Exegética y su nexa con el proceso codificadorio de la modernidad", *op. cit.*, p. 258.

13. Tarello, Giovanni, *Cultura jurídica y política del Derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1995, pp. 41-46.

por Samuel Puffendorf (1632-1694),¹⁴ los elementos que la constituían eran: voluntarismo, imperativismo y psicologismo. Si el derecho es mandato que responde a la voluntad soberana, el conocimiento del derecho es conocimiento de la voluntad del legislador.

La segunda ideología es la representada por Gottfried Wilhelm Leibniz (1646-1716) y su discípulo Christian Wolf (1679-1754). Para estos autores el derecho es un dato como todos los otros datos de la realidad. El conocimiento del derecho es, en consecuencia, idéntico a los otros conocimientos y el método de conocimiento es el método de conocimiento general. Cada problema jurídico debe encontrar una respuesta cierta, derivada según reglas de la lógica, de premisas ciertas. Éstas son las proposiciones fundamentales que reflejan las reglas de derecho. Las reglas del derecho son proposiciones y, como tales, son "predicaciones de una cualidad de un ente". El ente es el sujeto (el súbdito), las cualidades de las predicaciones jurídicas son las condiciones subjetivas (padre, hijo, caballero), las situaciones en que se encuentra el sujeto (heredero, vendedor, depositario) y los deberes son las obligaciones y los derechos en sentido subjetivo. Los elementos que constituían esta ideología eran: descriptivismo, sistematicismo y conceptualismo. Quienes sostenían esta ideología eran muy reticentes frente a la creación de derecho nuevo, o la veían como un error teórico, toda vez que el problema se limitaba a "descubrir" siempre nuevas implicaciones del derecho viejo.

Una tercera ideología surgió paralelamente a la anterior, representada por Jean Domat, quien aplicó al derecho una distinción proveniente de los estudios de gramática de Port Royal. Estos estudios distinguían entre adjetivos jurídicos que van en parejas contradictorias (sano-insano, menor-mayor) y adjetivos jurídicos que van en grupo y se pueden yuxtaponer (noble-clérigo-burgués-criado). Así vinculaba a los primeros con cualidades naturales y a los últimos con cualidades artificiales, estableciendo una correspondencia entre las cualidades naturales y el derecho natural, y entre las cualidades artificiales y el derecho arbitrario. En segundo lugar afirmaba que las cualidades naturales coincidían con la parte del derecho

14. Titular de la Cátedra de Derecho Natural en Heidelberg, autor de *Elementa Jurisprudentiae* y *De Iure Naturae et Gentium*. Muy cercano a Grotius, su derecho natural era un derecho social en cuanto ponía a la comunidad en un papel central. En este aspecto poco pudo aportar al Derecho Civil orientado por el individualismo.

romano que se encontraba vigente en el sur de Francia (su larga vigencia era indicio de su naturalidad). Por último sostenía que del derecho civil-privado-romano-natural se servían todos, mientras que del derecho artificial, mutable, arbitrario, se servían sólo algunos. La idea que quedó en circulación fue que el derecho civil y romano era durable por ser natural.

A estas tradiciones ideológicas se sumaron nuevos elementos durante el siglo XVIII que culminaron en la consideración de que el derecho o las leyes debían ser *simples, claras, pocas, breves y concisas*.¹⁵

1. 2 La simplificación de sujetos y predicados: un problema político

Los avances de la filosofía jurídica no se podían plasmar en la realidad europea si no se removían dos obstáculos heredados del régimen feudal. Se trataba de la pluralidad de *status* de los sujetos y predicados jurídicos. Este era un problema de relevancia política.

La regla de derecho une un sujeto con un predicado jurídico. El sistema jurídico se complicaba porque, por la pluralidad de sujetos que caracterizaba a la sociedad estamental, tenía que tener definiciones de las diversas categorías de sujetos, reglas de tránsito de un sujeto de una categoría a otra categoría, definiciones de los predicados y reglas relativas a la compatibilidad de predicados. Así se advirtió que el sistema era más simple con un sujeto único.

El igualitarismo significó la unicidad del sujeto, pero sólo operó frente a las diferencias de clase y religión, mientras que las diferencias de sexo, ciudadanía, estado familiar y algunas religiosas pervivieron en forma encubierta, siendo transportadas a los predicados para ocultarlas. La forma de continuar las diferencias, por ejemplo, fue a través de las diferentes capacidades jurídicas para actuar.

La idea que se introducía en el nuevo derecho: "*todos somos iguales ante la ley*", colocaba en situación de igualdad formal a los individuos. Mientras la ciudadanía igualaba a los ciudadanos, aunque en forma más restringida que los individuos —al excluir entre otros a extranjeros, mujeres y pobres—, operaba con el mismo sentido de atribución de valor igual a cada unidad del conjunto.

15. Tarello, G., *Cultura Jurídica y política del derecho*, *op. cit.*, p. 48.

Las organizaciones jurídicas feudales habían multiplicado las posiciones jurídicas subjetivas de usufructo y de disposición de bienes inmuebles: a diversas utilidades correspondían diversas titularidades de los derechos. Sobre un mismo fondo hay quien tenía derecho de recabar una suma de dinero anual, otro tenía una parte de cierto producto, otro de sembrar cereales y de retenerlos después de pagados los impuestos y sustraídas las cuotas, otro de apacentar durante el período intercurrente entre las siembras, otro de cortar una cantidad de madera, otro de recoger sólo la madera caída, otro de recoger productos espontáneos como hongos y trufas, otro de la caza, otro de la pesca, otro de canalizar aguas impetuosas u otras, otro de transitar libremente, otro de transitar mediante pago.¹⁶ Los fisiócratas¹⁷ apuntaban a disminuir el número de predicados jurídicos mediante la concentración del mayor número de los poderes de usufructo y de disposición de los bienes agrícolas en manos de un solo titular. Para esto se valieron del *dominium* romanista que ya era utilizado de hecho para los bienes de consumo.

Se trataba de conseguir “un derecho absoluto sobre un bien, de modo que las limitaciones de este derecho absoluto por parte de las utilidades de otro pudieran ser sólo excepcionales y temporales. La destrucción de los derechos feudales y comunitarios durante las primeras fases de la Revolución Francesa constituyó un importante paso en dirección a la reducción de los predicados jurídicos correspondientes a utilidades del fondo”.¹⁸

El Código designa un tipo de sujeto a imagen y semejanza de la burguesía en ascenso. Por eso la función del nuevo derecho no es la de elegir fines, sino de predisponer los instrumentos para que cada individuo pueda escoger los objetivos deseados. Es una seguridad de medios, no de resultados. El individuo que decide ejercitar una actividad, afrontando ventajas e inconvenientes puede contar con un marco de garantías legales. Ahora sabe qué puede esperar de los otros sujetos privados y los poderes públicos. Esto es *previsibilidad*.

16. *Ibidem*, p. 52.

17. Fue la primera escuela de Economía Política. Tuvo gran influencia en Francia en el decenio de 1760. Abogaban por el gobierno de la actividad económica y política “de acuerdo a las leyes impuestas a la naturaleza por la providencia”. Entre sus fundadores se encontraban François Quesnay y Victor Riqueti, Marqués de Mirabeau.

18. Tarello, G., *Cultura jurídica y política del Derecho*, op. cit., p. 53.

1. 3 Derecho civil, modernidad y la construcción del sujeto de derecho

La concepción de hombre de la modernidad se caracterizó por exaltar al individuo convirtiéndolo en creador de fines, por “liberar” la libertad humana que otorga responsabilidades al hombre obligándolo a asumir racionalmente el sentido de su vida, institucionalizando todo ello en una organización de derechos y deberes individuales.¹⁹

La modernidad aparece conformada por una combinación de racionalismo, liberalismo e individualismo. Estas ideas se plasmaron en el terreno político a través de la filosofía de la ilustración, y en el campo económico a través de la sociedad de mercado. Así, describe al derecho como ordenador de la sociedad moderna y como cristalizador de estos principios de la modernidad.

El derecho civil, al regular las relaciones más directas de los hombres (familia, régimen de propiedad de bienes, promesas de un hombre a otro hombre), logra una perspectiva y un impulso que han servido de palanca del cambio en las diferentes oportunidades históricas.

En conclusión, la categoría de sujeto construida por la modernidad es una categoría histórica, que constituyó un sujeto de derecho caracterizado por un individuo dotado de conciencia y voluntad, autor de sus propias ideas y responsable de las acciones que realiza (autonomía). Este es un individuo consciente, racional, con voluntad, y capacitado para decidir. Quien no tiene esas cualidades pierde su calidad plena de sujeto.

El mundo moderno, tal como afirma Mialle,²⁰ reconoce la distinción entre lo público y lo privado, practica la separación de los individuos, así como de los poderes. El individuo o la persona representaran lo privado, y el ciudadano representará a lo público. Este sujeto libre, responsable y racional, que ha decidido integrarse a otros en sociedad, es plasmado por el derecho moderno a través de la ficción fundante de lo colectivo —el contrato social— y la ficción del hombre libre e igual capaz de adquirir derechos y obligaciones, de la cual la figura del contrato fue su institución más representativa.

19. de Trazegnies Granda, Fernando, *Postmodernidad y Derecho*, Lima, ARA Editores, 1996.

20. Mialle, Michel, “La forma de Estado: cuestión de método” en *Crítica Jurídica* N° 1, México, Universidad Autónoma de Puebla, 1984.

2. La crisis del modelo de derecho privado moderno frente al Estado de Bienestar

A los efectos de este trabajo voy a considerar al modelo de la modernidad, tal como lo expresa Marí,²¹ como el “modelo tradicional moderno”. Este punto de vista va a significar que si bien los pilares teóricos de la modernidad se encuentran en un estado crítico, no se puede considerar a la modernidad como un programa finalizado. Si entonces no nos podemos despedir tan fácilmente de la modernidad, al menos podemos señalar las fracturas que presenta el proyecto moderno en el campo del derecho privado.

Entre los críticos de la tradición iusprivatística moderna se formulan los siguientes cargos:²² el derecho civil no es capaz de seguir los cambios de la vida social; a la acentuación del rol del Estado corresponde una desvalorización de lo privado; el derecho civil se encuentra cuestionado por la técnica; la inadaptación del pensamiento civilista a las necesidades del mundo de hoy radica en la naturaleza formalista²³ del derecho civil.

Me parece oportuno distinguir un primer momento de la crisis del modelo clásico liberal con el surgimiento de los Estados de Bienestar, en el que la crisis del derecho se vivió como un proceso endógeno, un lento proceso subterráneo de desgaste producido por el desarrollo de la legislación especial y la pérdida de generalidad de algunos de sus principios; y un segundo momento, a partir de la declinación del Estado de Bienestar, cuando el diagnóstico crítico se amplió a las otras instituciones políticas nacidas en la modernidad. Este segundo proceso fue exógeno al derecho, como consecuencia de los cambios sufridos por el sistema político.

21. Marí, Enrique, “El concepto de posmodernidad”, en *Papeles de Filosofía II*, 2ª ed., Buenos Aires, Biblos, 1997, p. 274.

22. Quien desarrolla en extenso estos límites del derecho civil moderno es de Trazegnies Granda, F., “El derecho civil ante la posmodernidad”, en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 1990, pp. 1-19.

23. Formalista se refiere a una concepción jurídica del derecho moderno que pretende que las decisiones jurídicas se justifiquen únicamente con referencia a otras reglas y a los hechos determinados específicamente en las reglas mismas. (La cita corresponde a Roberto Mangabeira Unger, *Law in modern Society*, citado por de Trazegnies Granda, F., *Posmodernidad y derecho*, op. cit.)

2.1 La fragmentación del derecho privado

Durante la instauración del Estado de Bienestar, los códigos decimonónicos no brindaban espacio para esas reformas que se presentaban como exigencia de los cambios sociales y políticos. De tal manera, todo ese proceso de cambio se desarrolló de la mano de “legislación especial” que fue erosionando la estructura de los grandes códigos. Éstos, con su estructura rígida y eternizadora, daban poco espacio para incluir los cambios exigidos por las nuevas demandas sociales. Si la sociedad no caminaba por el sendero prescripto por el Código Civil, este resistía permaneciendo inmutable, de tal manera que los cambios jurídicos sólo podían producirse a través de leyes especiales.²⁴ Irti, considerando terminada la etapa de la codificación, describe el nacimiento de la “era de la descodificación”.²⁵

El desarrollo de la sociedad de masas vio crecer en el sistema jurídico una gran cantidad de instrumentos jurídicos. Se sancionaron gran cantidad de normas, emanados de autoridades nacionales, locales y de organismos autónomos estatales. Las leyes especiales, fueron sustrayendo poco a poco materias enteras o grupos de relaciones a la disciplina del Código Civil, constituyendo microsistemas de normas, con lógicas propias y autónomas. Estas normas, apropiándose de determinadas materias y clases de relaciones, vacían de contenido la disciplina codificada, y expresan principios que asumen una relevancia decididamente general. Alcanzando un alto grado de consolidación, las leyes especiales revelan lógicas autónomas y principios orgánicos, que en principio se contraponen a aquellos fijados por el Código Civil y después acaban por suplantarlos del todo.²⁶

Pero esta crisis no sólo estuvo caracterizada por la descodificación. También —como señala Lorenzetti— la crisis llegó a la parte general del derecho civil. De un derecho privado construido sobre la base de la parte general y el derecho de las obligaciones del derecho civil hemos pasado al

24. Irti, Natalino, *La edad de la descodificación*, Barcelona, Bosch, 1992. En esta obra distingue entre leyes excepcionales y leyes especiales. Mientras las primeras, aunque violan la lógica de los principios, no amenazan los calificativos de definitivo y completo reivindicado por el Código, las últimas introducen derogaciones a los principios del Código Civil.

25. Irti, N., *La edad de la descodificación*, op. cit., p. 33.

26. *Ibidem*, p. 32.

fenómeno inverso. Podemos mencionar la *crisis de la noción de persona*, que recibió el impacto de la genética creando nuevos *status* jurídicos; los *derechos personalísimos*, que surgen en los tratados y constituciones, y desde allí penetran en los códigos; el *contrato típico* es utilizado cada vez menos: en el campo de los contratos discrecionales proliferan los contratos atípicos, y en el resto los de consumo. También la *noción de derecho subjetivo* está en crisis con el desarrollo de grandes grupos de damnificados y la aparición de bienes colectivos que ha motivado el reconocimiento de intereses difusos. Por último, el *patrimonio*, que en el Derecho Romano fue un instrumento para aliviar la situación del deudor (para liberarse del sometimiento personal por medio de la ejecución patrimonial), se convirtió en un instrumento de actuación económica.

2.3 La privatización de lo público y la publicización de lo privado

La distinción entre derecho público y derecho privado se ha estrechado y, en muchas cuestiones, hoy resulta difícil determinar en qué campo estamos. La distinción público-privado es formulada a partir de la modernidad. Lo público se vinculó con "lo Estatal" y lo privado con el espacio de la familia y de la sociedad civil.

En el área de lo regulado por el derecho público se ha producido una crisis en la doctrina tradicional, a partir de los procesos de privatizaciones que vinieron con el desarrollo de políticas neoliberales. Al privatizarse las empresas estatales que brindaban servicios públicos, se abrió el debate acerca de quien debía regular la nueva situación. Sin embargo un debate más profundo requeriría una completa redefinición acerca de qué aspectos debe regular el derecho público.

Durante el siglo XX, se fue consolidando en la práctica jurisdiccional de nuestro país la supremacía de la Constitución sobre las leyes.²⁷ Sin embargo, en nuestra cultura jurídica formalista y dogmática, la Constitución parecía no ser tan importante. Es conocida la frase de Guillermo A.

27. En Argentina el proceso comenzó con la incorporación de la doctrina de *Marbury vs. Madison*, a través de los Fallos *Sojo*, CSJN Fallo 32:120 y *Municipalidad de la Capital c/ Elortondo*, CSJN Fallo 33:162, que atribuyeron al Poder Judicial el control de la supremacía de la Constitución Nacional sobre las leyes.

Borda: "...(estoy) tentado de decir que el Código Civil es más importante que la propia Constitución Nacional, (porque ella) está más alejada de la vida cotidiana del hombre (que el Código Civil, el cual, en cambio), lo rodea constantemente. Es el clima en que el hombre se mueve, y tiene una influencia decisiva en la orientación y conformación de una sociedad".²⁸

Pese a estas resistencias el derecho constitucional se pone cada vez más al mando del sistema jurídico. Hesse²⁹ analiza las complejas relaciones que existen entre el derecho constitucional y el derecho privado. Para este autor, después de la primera guerra mundial comienzan una relación de recíproca complementariedad y dependencia. El derecho constitucional importa al derecho privado entre otras razones por ofrecer singulares funciones de garantía, orientación e impulso. La Constitución contiene condiciones para la efectividad real de importantes institutos jurídico-privados y los protege de un vaciamiento por parte de la ley. También garantiza los fundamentos del derecho privado al tutelar la personalidad libre y autodeterminada. Un ejemplo es la protección de la vida y la integridad física. La norma suprema ofrece funciones de orientación y guía por medio de los mandatos de igualdad de los derechos de los hombres y las mujeres y por último ofrece la función de impulso cuando reacciona con rapidez a los cambios de la realidad por contar con normas más amplias.

El Derecho Privado importa al Derecho constitucional porque contiene concreciones de los derechos fundamentales. Sin las reglas del derecho privado, estos derechos enunciados no podrían concretarse. Asimismo, un derecho civil que protege la personalidad y la autonomía privada forma parte de las condiciones fundamentales del orden constitucional. El hombre despliega su personalidad libre pero a la vez está ligado a la comunidad.

2.4 El sujeto a la intemperie

Poner en cuestión la noción de sujeto es mover una pieza que sostiene la estructura íntegra del sistema jurídico moderno. A partir de su

28. La frase es atribuida a Guillermo A. Borda en oportunidad de presentar a la opinión pública la ley 17.711, que en 1968 introdujo trascendentes reformas al Código Civil Argentino. La cita fue extractada de la presentación del Proyecto de Código Civil y Comercial unificado Argentino de 1998.

29. Hesse, Konrad, *Derecho Constitucional y Derecho Privado*, Madrid, Civitas, 1995, pp. 69-88.

desplazamiento, todas las demás categorías deben ser discutidas, reelaboradas, y con ello la lógica interna del discurso jurídico se conmueve y queda abierta a revisión. Se trata de desmontar doblemente la noción de sujeto de derecho. No hay un sujeto libre y autónomo, y esta categoría esta cargada de historicidad.³⁰

Partiendo de esta intuición podemos considerar que el sistema de derecho privado moderno está en crisis. Poniendo el énfasis en las contingencias del sujeto de derecho durante el siglo XX, podemos mirar los quiebres del paradigma del derecho privado construido a imagen y semejanza del hombre blanco europeo de fines del siglo dieciocho.

La crisis del concepto de sujeto implica la crítica a la noción de verdad y al concepto de razón. Si el sujeto ya no es el autor cuya conciencia y razón le garanticen el conocimiento pleno y verdadero y la capacidad de decisión absoluta, esta ficción de sujeto individual consciente parece perder fuerza.

El concepto de sujeto descripto por el ordenamiento jurídico es construido por la ley, la cultura y en relación con otros.³¹ Hay una construcción simbólica del sujeto: el yo cartesiano (autoafirmación), el otro (la comunidad de Rousseau) y el otro diferenciado (la sociedad multicultural).³² Para abordar esta conceptualización hay que romper con la categoría binaria de la modernidad, para asumir una categoría múltiple que nos permita comprender la diversidad y complejidad existente. ¿Es posible concebir el reconocimiento de sujetos colectivos en la construcción de un nuevo paradigma de derecho privado?

El derecho privado debe superar la noción de "sujeto aislado" para arribar a una idea de "sujeto situado". En una sociedad masiva se hace necesario no circunscribir las relaciones entre los individuos a la perspectiva bilateral, sino "situar al sujeto" en relación con los demás individuos y con los bienes públicos. Esta perspectiva es la que comienza a aflorar con las disposiciones

de orden público de protección de grupos de contratantes y con las disposiciones imperativas en los contratos de consumo.³³

En la brecha abierta entre el derecho público y el derecho privado nació un grupo de derechos entre los que se encuentran los "derechos de los particulares"³⁴ y el "Derecho Privado Colectivo".³⁵ A partir del reconocimiento de la existencia de bienes colectivos puede haber daño colectivo. El derecho privado se enfrenta a la necesidad de reconocimiento de sujetos colectivos. El sujeto a la intemperie busca refugio en grupos con los que se identifica en su calidad de víctimas o simplemente en procura de un interés común. La riqueza y diversidad de estos grupos plantea la dificultad de encontrar ejes articuladores, comunes a sus reclamos. La unicidad del sujeto buscada en el siglo XVIII ya no es sostenible como realidad de la vida social y jurídica.

3. Una nueva mirada del derecho privado

La edad de la codificación, pese a los pronósticos apocalípticos, no está muerta: los códigos subsisten, y mientras el proceso de diferenciación que vive la sociedad fragmenta el derecho, siempre hay nuevos intentos de sistematizar; el proyecto de Código Civil Unificado de Argentina de 1998 es una muestra de ello. Puede faltar voluntad política para que sea sancionado, pero el ideal sistematizador sigue bien presente en la mente de los juristas y gobernantes.

Lo que está en crisis son los principios generales del derecho civil. El ingreso de los derechos del consumidor en el código, el reconocimiento de sujetos colectivos, bienes públicos, principios de responsabilidad colectiva y la existencia de débiles jurídicos en las relaciones contractuales pueden

30. Ruiz, Alicia, "La Ilusión de lo Jurídico", en AA. VV., *Materiales para una Teoría Crítica del Derecho*, op. cit., p. 185.

31. En este sentido Alicia Ruiz en la obra precitada, sostiene que desde el derecho se construye una ilusión donde la realidad está desplazada y en su lugar se presenta otra imagen como real. Instalada, esa imagen se torna determinante.

32. El surgimiento de la sociedad multicultural está bien tratado en la obra de Will Kymlicka, *Ciudadanía Multicultural*, Buenos Aires, Paidós, 1996.

33. Lorenzetti, Ricardo L., *Las Normas Fundamentales de derecho privado*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1995, p. 48.

34. Cf. Sforza, Widar Cesarini, *El derecho de los particulares*, Madrid, Civitas, 1986. Para el autor el derecho colectivo es una categoría intermedia entre derecho público y derecho privado. El derecho de los particulares es el que los mismos particulares crean para regular determinadas relaciones de interés colectivo a falta, o por insuficiencia, de ley estatal.

35. En la doctrina argentina Ricardo L. Lorenzetti, como la denominación lo adelanta, encuadra este derecho dentro del derecho privado.

ayudar a pensar, desde una perspectiva interdisciplinaria externa e interna los nuevos principios del derecho privado y del derecho en general.

No creo que el fin de la separación de lo público y privado haya llegado: en todo caso, lo que comienza a visibilizarse en la teoría jurídica es la dimensión política de lo privado. El derecho civil se construyó con el fantasma de la Revolución Francesa, con el miedo a los riesgos que podrían devenir si todo asunto se politiza. Este nuevo enfoque del derecho civil nos hace descubrir la existencia de una dimensión política. Desde una perspectiva de legitimidad democrática se exige que la sociedad deba construir argumentativamente decisiones acerca de qué principios deben regir las relaciones entre particulares y su efectividad.

Recuperar la dimensión ciudadana del derecho privado es buscar una nueva legitimación para el Estado de derecho. En la sociedad actual la legitimidad se construye por consenso. No se pueden delegar los criterios del intercambio social a los departamentos de *marketing* y planificación estratégica de las empresas.

Esta nueva mirada del derecho privado en una perspectiva de construcción de ciudadanía³⁶ nos permite abordar el fenómeno jurídico de una manera diferente. De esta manera se colocan en la nueva agenda del derecho privado los siguientes puntos:

- Redefinición de la división entre público y privado al interior del derecho.
- Reconsideración de los abordajes multidisciplinarios internos y externos en todos los aspectos teóricos y prácticos del fenómeno jurídico.
- Reconceptualización de las nociones de seguridad jurídica, autonomía de la voluntad y legitimidad en forma integrada.
- Construcción de nuevos principios generales para el derecho privado que soporten antinomias en su interior.
- Nueva visualización de los conflictos jurídicos como parte del conflicto social.

36. Luchar por la ciudadanía es luchar por la construcción de nuevos derechos. Es poner en el espacio del debate público temas que antes se encontraban en la intimidad de las víctimas. Politizar el daño sufrido es el primer paso en la construcción de nuevos derechos. Los movimientos sociales y los agrupamientos colectivos en general son quienes cumplen un papel fundamental en esta construcción.

3. 1 Redefiniendo lo público y lo privado en el campo del derecho

Redefiniendo la separación de lo público y lo privado a partir de la conceptualización de Hannah Arendt,³⁷ podemos encontrar nuevos caminos de interacción entre los conceptos de sujeto de derecho construidos por el derecho público y el derecho privado.

Para Arendt, lo público significa, en primer lugar, que todo lo que aparece en público puede ser visto y entendido por todos. Lo que no puede ser visto queda en el mundo privado. En segundo lugar, lo público designa al mundo mismo que nos es común a todos y que se distingue del lugar que tenemos en él individualmente. En el mundo antiguo lo privado significaba carácter privativo. Importaba la privación de las facultades más nobles, esto es, la vida pública. Quienes padecían esta minusvalía eran los esclavos y los bárbaros. Pero en sentido moderno lo privado—identificado como lo íntimo— ya no se opone tanto a lo político sino a lo social. En cambio la esfera pública refiere al espacio donde los ciudadanos interactúan mediante los recursos del discurso y la persuasión, descubren sus identidades y deciden mediante la deliberación colectiva acerca de los temas de interés común.

Esta última conceptualización de lo público escapa al tradicional alineamiento que la teoría jurídica hizo entre lo público y lo estatal. En este sentido podemos ver como el mercado es un espacio público, aunque de su regulación jurídica se ocupe el derecho privado. Si adoptamos el concepto de construcción de ciudadanía de Arendt, podemos hablar de construcción de ciudadanía en el mercado, mediante la construcción de espacios de deliberación pública en el mercado.

Esta es precisamente la potencialidad que revisten los derechos del consumidor, que tornan pública una cuestión privatizada. Las decisiones del mercado ahora nos incumben a todos. En este sentido esta incumbencia a “todos” nos remite nuevamente al concepto de ciudadanía.

37. Arendt, Hannah, *Condition del l'homme moderne*, París, Calmann-Levy, 1982.

3. 2 Ampliar lo público del derecho privado

El Derecho privado, desde la óptica tradicional, es el derecho del que nos privaron como ciudadanos. La demanda de publicización tiene por finalidad denunciar esa falta de protección frente a la vulnerabilidad de las personas, producida por quienes enajenaron las reglas, llevándolas a un terreno donde no todos valen lo mismo (el mercado), sino donde el más fuerte puede ejercer libremente su mayor fuerza. La burguesía desarrolló su proyecto de llegar al poder haciendo alianzas con sectores que, a largo plazo, obstaculizaron la realización de su proyecto. Estado Nacional y Código Civil se asociaron como dos instrumentos modernizadores frente al viejo derecho medieval. Había que alzar un muro de contención frente a la monarquía: ese muro, comenzado a construir a fines de la edad media, quedó definitivamente erguido con los códigos civiles modernos.

En nuestros días, en el espacio del mercado se constituyó un poder transnacional con gran influencia sobre los Estados, un *soberano privado difuso supranacional*,³⁸ que visualiza a lo estatal –sobre todo después del desarrollo de políticas de bienestar– como un peligroso obstáculo para sus transacciones.

Desde el sistema político, la última ola neoliberal consagró al mercado como el mejor regulador de los conflictos, frente al Estado que fue su tibio aliado. Los mismos grupos políticos, con el desarrollo de los movimientos sociales y el fortalecimiento de los grupos de la sociedad civil, buscaron ampliar ese ámbito mixto público y privado donde desarrollar la lucha por los derechos.

En el ámbito del derecho privado, por ejemplo, los reclamos de los consumidores son una demanda que se realiza en el espacio público: debate público mediático, parlamento, tribunales, pero afecta un derecho privado en el sentido en que la relación que pretende regular se desarrolla en el mercado, fuera del ámbito estatal. A partir de esta descripción se torna muy difícil pensar al mercado como un espacio privado.

El desarrollo del derecho constitucional ha sido un avance. En la Argentina, a partir de la Reforma Constitucional de 1994, se incorporaron las declaraciones de Derechos Humanos a la Constitución, otorgándoseles

38. Cf. Capella, Juan Ramón, *Fruta Prohibida. Una aproximación histórico-teórica al estudio del derecho y del Estado*, Madrid, Trotta, 1997, pp. 260-265.

jerarquía constitucional. Esto nos hace replantear el lugar que ocupa el orden público en el derecho privado.

3. 3 La cuestión del poder. Politizar el derecho civil

En el comienzo de la modernidad lo público se refería a todo lo vinculado al espacio del Estado y lo privado al espacio de la sociedad civil. La cuestión del poder era materia de regulación del derecho público. El derecho privado presuponía la igualdad formal de los varones, y no veía relaciones de poder en estos vínculos. Aun en el caso de que estas relaciones de poder estuvieran presentes, fueron ocultadas, tal como lo expresamos, mediante la técnica de enviar las diferencias entre sujetos a la parte de los predicados jurídicos.

Desde el grito feminista del los '70 –“Lo personal es político”– hasta los trabajos contemporáneos de teoría política feminista y ciudadanía –donde se critica la separación que la modernidad hizo entre espacio público y privado para limitar a la mujer a este último– se pone de manifiesto la fragilidad de esta distinción, que fue utilizada para relegar a sectores de la población del espacio de disputa del poder.

Chantal Mouffe afirma que “el objetivo de una política democrática no es erradicar el poder, sino multiplicar los espacios en los que las relaciones de poder estarán abiertas a la contestación democrática”.³⁹ Politizar el derecho privado no quiere decir volverlo derecho público, sino hacer presente en el tratamiento jurídico de los asuntos privados la dimensión de poder.

Quizá llegó la hora de superar las prevenciones de Portalis, cuando advertía: “En tiempos de revolución todo se convierte en derecho público, todo se convierte en asuntos políticos generales”. El mismo codificador señalaba, citando a Bacon, “*ius privatum sub tutela juris publici late*”, es decir, que el Código Civil se encuentra bajo la tutela de las leyes políticas, y debe adecuarse a ellas.⁴⁰

39. Mouffe, Chantal, *El retorno de lo político. Comunidad, ciudadanía, pluralismo, democracia radical*, Barcelona, Paidós, 1999, p. 24.

40. Portalis, Jean-Etienne-Marie, *Discurso Preliminar del Proyecto de Código Civil Francés*, Valparaíso, Edeval, 1978, p. 48.

El derecho civil debe también recuperar su criterio fundacional de diálogo con la filosofía y las ciencias sociales. En esta encrucijada la teoría jurídica puede hacer un aporte significativo para construir nuevos modelos.

La perspectiva multidisciplinaria con que pacíficamente la doctrina está abordando el derecho del consumidor es un ejemplo claro de la riqueza de este principio metodológico.

3.4 La autonomía que supimos construir

Todo era más claro para la doctrina iusprivatística tradicional cuando se trataba de la separación entre público y privado. En los comienzos de la modernidad el objetivo era sustraer de la sujeción del poder del monarca (lo público) un espacio de la vida para la privacidad de los individuos, reconociendo un pequeño espacio de autonomía. Esa autonomía era imprescindible para desarrollar el comercio. Contradictoriamente, otro espacio privado como el de la familia no era alcanzado por estos ideales de autonomía de la voluntad con la atribución de incapacidad de hecho a la mujer.

El desarrollo del derecho privado se enlaza con la modernidad por el desarrollo del principio de autonomía. Pero esa autonomía no es necesariamente libertad. Gordon, importante exponente del movimiento norteamericano *Critical Legal Studies*, analiza detalladamente una relación contractual de consumo, que podríamos describir como cotidiana, quebrando la mirada a la que estamos acostumbrados por la dogmática mayoritaria. Nos muestra que esa pretendida autonomía de la voluntad no significa libre elección de la parte débil. Es el Estado, mediante el Código Civil, quien vigila las formas de los contratos y establece las exigencias y los aspectos dispositivos con que cuentan las partes. El Estado es intervencionista cuando garantiza la seguridad del empresario en obtener ganancias de un contrato en donde la libertad de elegir no estuvo garantizada.⁴¹

El Estado siempre interviene, dejando hacer y protegiendo relaciones jurídicas —a través del Código Civil o Comercial— sin preocuparse por los términos reales en que fueron realizadas. La sanción de Códigos es ejercicio

41. Gordon, Robert W. "Cómo 'descongelar' la realidad legal: una aproximación crítica al derecho", en este mismo volumen.

de poder público que le indica a los habitantes de un territorio que tienen la libertad para relacionarse entre sí siguiendo determinados criterios.

La forma en que las personas se relacionan siempre implica una relación de poder.⁴² Donde hay poder, hay resistencia. Sin embargo, teniendo en cuenta la advertencia que las Teorías Críticas del Derecho nos formulan al señalar que "el derecho habla también por lo que no dice",⁴³ podemos afirmar que cuando el derecho privado no dice nada sobre los términos de la negociación de quienes contratan y bendice con legalidad esa relación (a la que da el carácter de) jurídica, toma partido a favor del más fuerte.

Siguiendo la ficción de personas iguales con el mismo conocimiento, experiencia, manejo de estrategias y tácticas e igual disponibilidad de opciones, la doctrina civilista moderna concibe que, mediante un libre intercambio de opiniones las personas acuerdan vincularse en la forma estipulada en el contrato. Observar los vínculos contractuales cotidianos nos hace ver la distancia entre esta ficción jurídica y la realidad de los intercambios en la sociedad de nuestro tiempo.

El Estado no sólo establece límites formales, sino que obliga a cumplir el trato sin importarles las condiciones en las que se lo celebró. No se detiene allí: está dispuesto a usar la fuerza pública mediante la ejecución forzada de bienes como respaldo frente al incumplimiento. Así muestra el Estado, a través del Derecho Privado, su disposición a hacer cumplir los efectos de estas transacciones desiguales que día a día se realizan en el mercado, imponiendo la fuerza.

Por eso el principio "*in dubio pro consumidor*" y "*favor debilis*"⁴⁴ no es un tema marginal, sino uno de los principales puntos de quiebre con los

42. En los términos de Foucault se considera al poder no como un instrumento que unos posean, sino como una situación estratégica en una sociedad determinada.

43. Tal como lo explicita Alicia E. C. Ruiz en "Aspectos ideológicos del discurso jurídico", en AA. VV., *Materiales para una Teoría Crítica del Derecho*, op. cit.: "Los blancos, los silencios, las contradicciones, son signos desplazados del problema que, a través de tales huellas, revelan su propia condición problemática. La ideología señala al negar, dice al callar, "revela en su ignorar". El par alusión/elusión, supone un discurso de desplazamiento, de implícitos, de lo no dicho, en el cual los significantes siempre parecen ajenos, distantes, impropios de sus significados".

44. Para ver el desarrollo del principio "*favor debitoris*" y el paso al principio de "*favor debilis*" y "a favor del consumidor", cf. Lorenzetti, Ricardo L., *Las Normas Fundamentales del Derecho Privado*, op. cit., pp. 97-103.

principios del derecho privado construido por el paradigma moderno. Algunos autores visualizan a este principio como la continuidad del principio "*favori debitoris*". Coincidimos con la crítica que hace Lorenzetti en que no siempre el deudor es la parte más débil en la relación jurídica. Descubrir la parte débil de una relación jurídica requiere de un análisis más profundo⁴⁵ que aquel al que nuestros juristas y magistrados están acostumbrados.

3. 5 Seguridad jurídica, autonomía de la voluntad y legitimidad

La autonomía de la voluntad está profundamente vinculada a la cuestión de la legitimidad. La crisis de la autonomía de la voluntad se traduce en crisis de la legitimidad del contrato. Cuando la dogmática iusprivatista hegemónica enfoca el problema desde la seguridad jurídica, toma partido por una mirada de la seguridad jurídica que sólo considera relevantes la certeza y previsibilidad para los inversores extranjeros. No se tiene en cuenta la seguridad que proviene de la confianza de los ciudadanos en la institución del contrato que se ve asegurada por estos nuevos principios que trae bajo su capa el derecho del consumidor.

¿De qué hablamos cuando decimos seguridad jurídica? Nos referimos a la certeza en la validez y vigencia de las relaciones jurídicas. Esta idea proviene de la doctrina del Estado de Derecho, donde el Código Civil ha prestado un servicio fundamental. La seguridad jurídica construida por la doctrina tradicional es la seguridad de la parte empresaria que no tiene en cuenta a la parte débil de las relaciones jurídicas. Un reconocimiento de los derechos del consumidor en el centro del derecho privado resulta un peligro para esta posición doctrinaria hegemónica. Desde la mirada del consumidor podríamos afirmar que hay "seguridad jurídica" cuando el derecho privado protege a los débiles jurídicos, generando confianza en la institución del contrato, generando certeza en las relaciones jurídicas que estos entablan. La certeza de poner en cuestionamiento la antigua seguridad jurídica basada en la falsa apariencia del formalismo, la certeza que brindan los nuevos mecanismos protectorios para la parte contratante débil.

45. Como el que hace Gordon en el artículo mencionado.

3. 6 El futuro de la codificación y las antinomias

El futuro de la codificación es un debate de pronosticadores. La despedida que formula Irti me parece apresurada. Se puede ver a la sistematización de las leyes como una cuestión técnica, formal, secundaria. Pero en el derecho muchas veces la forma hace al contenido. No podemos dejar de ver la fuerza simbólica que tiene un código en cuanto legitima las relaciones jurídicas que regula.

A la codificación le queda tiempo por delante. Ahora bien, si incorporamos los criterios aquí sugeridos a los códigos de derecho privado aparecerán principios contradictorios. Sin embargo, el desarrollo del constitucionalismo nos muestra que el derecho ya tiene experiencia en sobrellevar antinomias en su interior. Por eso considero saludables las contradicciones que puedan suscitarse en el derecho privado a raíz de esta incorporación.

Tal como sostiene Ferrajoli: "una concepción sustancial de la democracia, garante de los derechos fundamentales de los ciudadanos, requiere que se admita la posibilidad de antinomias y de lagunas generadas por la introducción de límites y vínculos sustanciales".⁴⁶

Las disposiciones de orden público ya no tienen que esconderse detrás de los cortinados del Código Civil. Si observamos las cuantiosas disposiciones de orden público que se encuentran en el derecho sucesorio, de familia, derechos personalísimos, derechos del consumidor, este principio antiguamente excepcional en el derecho privado se encuentra en mejores condiciones para disputar batallas con los tradicionales principios generales del derecho privado.

Se pueden construir nuevos principios generales del derecho privado que contengan principios antagónicos en su interior, y que permitan fortalecer la posición de los débiles jurídicos. Esto, *a contrario sensu* de lo que afirma la doctrina tradicional, puede brindar una mayor seguridad jurídica en los términos que aquí expresamos, y puede ayudar a que el derecho civil ocupe otra vez el centro del sistema jurídico, como instrumento de solución de conflictos con la menor violencia posible y con un mayor grado de igualdad sustancial.

46. Ferrajoli, Luigi, "El derecho como sistema de garantías", en *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, p. 25.