



2018

Comparative Law Review

VOL. 9/1

ISSN: 2038 - 8993

SPECIAL ISSUE ON
LATIN AMERICA

VOLUMEN ESPECIAL SOBRE
AMERICA LATINA

N1

COMPARATIVE LAW REVIEW

The Comparative Law Review is a biannual journal published by the
I. A. C. L. under the auspices and the hosting of the University of Perugia Department of Law.

Office address and contact details:

Department of Law - University of Perugia
Via Pascoli, 33 - 06123 Perugia (PG) - Telephone 075.5852437
Email: complawreview@gmail.com

EDITORS

Giuseppe Franco Ferrari
Tommaso Edoardo Frosini
Pier Giuseppe Monateri
Giovanni Marini
Salvatore Sica
Alessandro Somma

EDITORIAL STAFF

Fausto Caggia
Giacomo Capuzzo
Cristina Costantini
Virgilio D'Antonio
Sonja Haberl
Edmondo Mostacci
Valentina Pera
Giacomo Rojas Elgueta

REFEREES

Salvatore Andò
Elvira Autorino
Ermanno Calzolaio
Diego Corapi
Giuseppe De Vergottini
Tommaso Edoardo Frosini
Fulco Lanchester
Maria Rosaria Marella
Antonello Miranda
Elisabetta Palici di Suni
Giovanni Pascuzzi
Maria Donata Panforti
Roberto Pardolesi
Giulio Ponzanelli
Andrea Zoppini
Christian von Bar (Osnabrück)
Thomas Duve (Frankfurt am Main)
Erik Jayme (Heidelberg)
Duncan Kennedy (Harvard)
Christoph Paulus (Berlin)
Carlos Petit (Huelva)
Thomas Wilhelmsson (Helsinki)
Mauro Grondona

Comparative Law Review is registered at the Courthouse of Monza (Italy) - Nr. 1988 - May, 10th 2010.

COMPARATIVE

LAW

REVIEW

VOL. 9 /1

SPECIAL ISSUE ON LATIN AMERICA N. 1

Helena Alviar

4 *Violencia economica contra la mujer y deber de alimentos en Colombia: visiones teoricas en conflicto.*

Giovanni Marini

29 *El Italian Style entre Centro y Periferia, o Gramsci, Gorla y lo que està en juego en el derecho privado.*

Carlos Petit

98 *Debido proceso y proceso civil, o cómo hacer códigos con teorías*

I. Jaramillo-Sierra

120 *El Papel de derecho en la production de desigualdad: el caso de los alimentos*

Lucio Pegoraro

143 *La Constitución española en su contexto comparado. Una lectura a través de las citas comparadas de los Constituyentes españoles y de algunas Constituciones influenciadas por ella*

Andres Botero Bernal

154 *Codigo Civil, Bello y La Exegesis en Colombia*

Mario Alberto Cajas Sarria

174 *La construcción de la justicia constitucional colombiana, 1910-1991: una aproximación histórica y política*

EL *ESTILO ITALIANO* ENTRE CENTRO Y PERIFERIA, O GRAMSCI, GORLA Y LO QUE ESTÁ EN JUEGO EN EL DERECHO PRIVADO¹.

GIOVANNI MARINI²

El derecho italiano ha sido representado como una solución intermedia entre el sistema francés y el sistema alemán, considerados estos dos los arquetipos sobre los cuales descansa la tradición jurídica continental. Le han seguido análisis bastantes simples que se han limitado a comprender las razones de la similitud o de la diversidad. Desde hace varios años, esta imagen se ha visto difundida por la presencia cada vez más frecuente del common law y, más precisamente, del modelo jurídico estadounidense.

Esta condición, que ha perdurado en el tiempo, nos ha llevado a diseñar un instrumento metodológico articulado y flexible. Este instrumento ha demostrado ser valioso para tratar y amalgamar materiales diferentes y compuestos. Nos ha permitido lograr tanto equilibrios a veces originales como soluciones a menudo de vanguardia en el panorama europeo.

Sobre el significado, el origen y la singularidad del eclecticismo del modelo italiano como de otras culturas jurídicas, tendremos la oportunidad de volver más adelante. Mientras tanto, una acotación: ser ecléctico en el derecho, esencialmente, significa evitar tomar partido a favor de una de las posiciones en el campo. Aunque, según una versión más tradicional, no habría necesidad de alinearse porque no hay competencia en el derecho. Sin embargo, ser ecléctico parece más que una modalidad "retórica": eclécticos, podría ser una posición que evita las incomodidades de una crisis, de traumas que pueden resultar de una ruptura, o de simplemente permanecer "de moda".

TABLA DE CONTENIDO

- I. EL ECLECTICISMO Y LA CULTURA JUSPRIVATISTA ITALIANA.
- II. EL "ESTILO" ITALIANO.
- III. CONSTRUIR TRADICIONES JURÍDICAS.
- IV. NOTA SOBRE GRAMSCI, HEGEMONÍA CULTURAL Y POSCOLONIAL.
- V. A LOS ORÍGENES DEL "HÍBRIDO" EN LA "SEMI PERIFERIA" ITALIANA.
- VI. RECONSIDERAR LOS ARQUETIPOS: EL CASO DEL PENSAMIENTO CLÁSICO.
- VII. LA "RUPTURA" DEL PENSAMIENTO SOCIAL.

¹ Traducción: Yuri Tornero Cruzatt. Ph. D. en Comparación Jurídica e Histórica Jurídica por la Universidad de Ferrara (Italia), profesor de Derecho Constitucional Comparado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Lima Perú).

² Giovanni Marini es Profesor de derecho privado comparado de la Universidad de Perugia. El consejo de redacción ha invitado al autor a publicar este artículo en esta revista.

- VIII. LA TRANSFORMACIÓN DE LAS JERARQUÍAS CLÁSICAS, HACIA UNA NUEVA ESTÉTICA.
- IX. LA LEY CIVIL "SOCIAL" ENTRE LA CRÍTICA Y LA RECONSTRUCCIÓN.
- X. MÁS ALLÁ DEL TEXTO: RUTAS DE LA CRÍTICA A LA "BELLE EPOQUE".
- XI. DEL CENTRO A LAS PERIFERIAS, HACIA LA HEGEMONÍA DEL MODELO DE EE. UU.
- XII. LA "CUESTIÓN SOCIAL" EN ITALIA: DERECHO, EVOLUCIÓN, "SISTEMA".
- XIII. LA AMBIGÜEDAD DE LO SOCIAL: HACIA EL "NUEVO ORDEN CORPORATIVO".
- XIV. SOBRE LOS "GÉRMENES DE UN NUEVO DERECHO".
- XV. DECADENCIA Y RENACIMIENTO DE LO SOCIAL: LOS AÑOS SETENTA.
- XVI. CRISIS Y DECLIVE DE LO SOCIAL.
- XVII. LOS LÍMITES DE LA VISIÓN TELEOLÓGICA, CONFLICTO ENTRE LOS INTERESES.
- XVIII. NOTA SOBRE GORLA Y EL MÉTODO EN "EL CONTRATO".
- XIX. LA TERCERA FASE: PRINCIPIOS, VALORES Y POLÍTICAS.
- XX. PLURALISMO Y "PROSPECTIVISMO": QUÉ IDENTIDADES CUENTAN.
- XXI. EL CONFLICTO EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL.
- XXII. ... Y EN EL CONTRATO.
- XXIII. ¿Y AHORA QUÉ?

I. EL ECLECTICISMO Y LA CULTURA JUSPRIVATISTA ITALIANA

La cultura jurídica italiana, especialmente la jusprivatista, siempre ha sido representada como una solución intermedia entre el sistema francés y el sistema alemán, considerados estos dos los arquetipos sobre los cuales descansa la tradición jurídica continental. Le han seguido análisis bastantes simples que se han limitado a comprender las razones de la similitud o de la diversidad, de la derivación o de la oposición a los dos modelos considerados dominantes³. Desde hace varios años,

³ Recientemente se publicó A. DE VITA, *L'influenza del diritto italiano in Francia. Iter frammentario per una consapevole ricognizione*, en Ann. dir. comp. st. leg., 2014.

esta imagen se ha visto difundida por la presencia cada vez más frecuente del *common law* y, más precisamente, del modelo jurídico estadounidense.

Si "el viento ha cambiado" y ahora proviene de los Estados Unidos, la perspectiva general de estos análisis no parece haberlo hecho. En efecto, se tiende a proponer, nuevamente, el esquema clásico de la confrontación con un arquetipo, en su variada gama. Es decir, se desarrolla un esquema que va, dependiendo del caso, de la subordinación al "enamoramiento" o "provincialismo". Dicho enfoque prevalece, en lugar de considerar la naturaleza dinámica y el movimiento continuo de las formaciones a las cuales este hace referencia en su desarrollo.

También a raíz de este enfoque, está bastante difundida la conclusión de que una de las características principales del jurista italiano y de nuestra cultura jurídica, o más bien su verdadera originalidad, sea el eclecticismo.

En la tradición del derecho romano común, frente a la línea divisoria entre los dos modelos franceses y alemanes, los italianos han debido necesariamente saber cultivar la curiosidad por las otras experiencias.

Esta condición, que ha perdurado en el tiempo, nos ha llevado a diseñar un instrumento metodológico articulado y flexible. Este instrumento ha demostrado ser valioso para tratar y amalgamar materiales diferentes y compuestos. Nos ha permitido lograr tanto equilibrios a veces originales como soluciones a menudo de vanguardia en el panorama europeo.

Así, de esta manera, el pensamiento italiano habría sabido mantener su distancia de aquellas formas extremas de legalismo y logicismo que, en cambio, caracterizaban a otras tradiciones jurídicas⁴. Con esta medida evitando las mismas fatales "desviaciones"⁵ que hacían cada vez más difícil entrar en relación con los caracteres típicos de nuestro tiempo.

⁴ Si se quiere revisar por un lado, sobre las anfibiologías que pueden tomar estos términos y sobre su relación con el estatismo; y por el otro, el conceptualismo, en su conjunto, de manera resumida y eficaz se puede consultar R. SACCO, *Prospettive della scienza civilistica italiana all'inizio del nuovo secolo*, en *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 417.

⁵ Así, con referencia a la "*french deviation*", es decir, a la variante desarrollada, según Merryman, desde el positivismo francés y por el conceptualismo alemán respecto a los caracteres propios de su tradición jurídica de derecho civil antes de la Revolución Francesa, véase J.

Uno puede entonces preguntarse, si en virtud de estas características, ¿no se podría siquiera pensar para el derecho, como ha sucedido en otros campos de las humanidades, en reconquistar una posición hegemónica para la *Italian Theory*?⁶

Sobre el significado, el origen y la singularidad del eclecticismo del modelo italiano como de otras culturas jurídicas, tendremos la oportunidad de volver más adelante. Mientras tanto, una acotación: ser ecléctico en el derecho, esencialmente, significa evitar tomar partido a favor de una de las posiciones en el campo. Aunque, según una versión más tradicional, no habría necesidad de alinearse porque no hay competencia en el derecho. Sin embargo, ser ecléctico parece más que una modalidad "retórica": eclécticos, podría ser una posición que evita las incomodidades de una crisis, de traumas que pueden resultar de una ruptura, o de simplemente permanecer "de moda".

II. EL "ESTILO" ITALIANO

A principios de los años 60, un norteamericano, John Merryman, reconoció que la cultura jurídica italiana desempeñó un papel crucial en la génesis y desarrollo del sistema de las tradiciones jurídicas occidentales. Creó un verdadero *Italian Style* que - con su dimensión *judge made law* de tipo pluralista y cosmopolita - durante muchos siglos, se habría permitido que nuestra tradición corriera en paralelo al *common law*⁷. Con un análisis impecable, que habría suscitado la indignación de toda

H.MERRYMAN, *The French Deviation* en 44 *Am. J. of Comp. Law*, 1 (1996) 109-119; Id., J.H. MERRYMAN, *How Others do it: The French and German Judiciaries* 6. *S. cal. L Rev.* 1865 (1988) 1865.

⁶ En el debate filosófico actual, por ejemplo, se está volviendo a la discusión sobre una verdadera *Italian Theory* que, por su particular articulación, podría aspirar a una difusión tan extendida al igual que aquella realizada por la *French Theory* y podría más bien estar orientada a reconquistare una posición hegemónica, incluso respecto a las otras tradiciones filosóficas europeas R. ESPOSITO *Pensiero vivente. Origine e attualita della filosofia italiana*, Turín, Einaudi, 2010, 3. No hay duda de que se pueden encontrar características similares en la tradición jurídica italiana (ver *infra* G. Bascherini).

⁷ J. H. MERRYMAN, *The Civil Law Tradition. An Introduction to the Legal System of Western Europe and Latin America*, trad. es. Stanford, 1973, 1-2; D. S. CLARK, *The Idea of the Civil Law Tradition*, en D.S. CLARK (Ed.), *Comparative and Private International Law*, Berlín, 1990, 11-23; es evidente la presencia, a cargo de Merryman, de Gino Gorla (G. GORLA, L. MOCCIA, A revisiting of the Comparison between Continental Law and English Law (XVI-XIX), en 1981 *Journal of Legal History* 147; ID *Il diritto comparato in Italia e nel "mondo occidentale" e una introduzione al "dialogo civil law - common law"*, Milán, 1983).

la doctrina italiana, su trabajo explicó también el proceso del declive inevitable de aquel *Italian Style*⁸.

En la agonía del formalismo excesivo, el *Italian Style*, ahora inarmónico, dentro del ámbito jurídico y europeo, se habría convertido en otra experiencia más completamente incapaz de ofrecer respuestas claras y adecuadas a los problemas planteados por las sociedades modernas.

El "estilo" que Merryman avizoraba (y promovía) su renacimiento, era, entonces, aquel que - recuperando tanto los caracteres de nuestra tradición como la dimensión historicista, el carácter "no nacional" y la contaminación de esta experiencia con otros saberes - se demostraba capaz de desarrollarse en base de una comparación continua de textos, casos y opiniones diferentes, para evitar la reificación de conceptos; con todo esto, potenciando el dinamismo del derecho y la multiplicidad que históricamente podrían asumir sus formas.

La descripción del "estilo" italiano de Merryman no estaba obviamente completamente "desinteresado": mientras se condenaba el *mainstream*, más bien se exaltaba y valorizaba la modernidad de aquellos autores que se habían diferenciado por su sensibilidad realista, acercándose a los Estados Unidos y dando vida a lo que él consideraba un verdadero "renacimiento" del estilo italiano⁹.

Un "estilo" que permitió mejorar los vínculos entre el derecho y la sociedad, de ir más allá de la forma jurídica para comprender las opciones de la *policy* que se toman a través del derecho. De apelar a la responsabilidad del jurista por sus resultados¹⁰.

⁸ La referencia es a la trilogía publicada en la *Stanford Law Review*, principalmente en la contribución relacionada con el pensamiento doctrinal J. H. MERRYMAN, *The Italian Style I: Doctrine*, en 18 *Stanf. L. Rev.* 39 (1965).

El "estilo", como una forma en que el derecho es producido y se reproduce a lo largo del tiempo, y por lo tanto uno de los elementos fundamentales que caracterizan una tradición o una cultura jurídica, y ayuda a demarcar los límites con respecto a las otras.

⁹ La descripción está en continua contraposición, por el contrario, con la mayor ductilidad y sensibilidad jusrealista, a las circunstancias concretas ampliamente difundidas más allá de nuestros horizontes continentales. A los inconvenientes, para todos los países que comparten la misma tradición continental, la única solución plausible parece referirse al derecho de los EE. UU., de nuevo, cf. J. H. MERRYMAN, *The civil law tradition*, cit.

¹⁰ Sobre este punto, J.H. MERRYMAN, *On the convergence and the divergence of Civil Law and Common Law*, en M. CAPPELLETTI (editado por), *New Perspectives for a Common law of Europe Nouvelles*

La reapropiación de una tradición, el tema de una "identidad perdida" a recuperar, se convierte, como ya muchas veces en el pasado, en una herramienta retórica que permite legitimar un proceso de renovación¹¹.

III. CONSTRUIR TRADICIONES JURÍDICAS

Frente a los discursos en términos de tradición, resulta necesario evidenciar dos formas diferentes de reduccionismo: la primera es de tipo orgánico, identifica la tradición con una identidad nacional particular, un conjunto único con su propio espíritu que evoluciona gradualmente y mantiene su "originalidad" en el tiempo, una totalidad de la cual es necesario tomar (o intuir mejor) las características específicas¹². La segunda forma es más bien no semiótico, reduce la tradición a un simple depósito en el que se encuentran los diversos elementos (reglas de funcionamiento, esquemas conceptuales, clasificaciones, modelos de razonamiento y argumentos típicos a favor y en contra) que se combinan, en diferentes situaciones concretas, según las fuerzas que gobiernan las relaciones entre las estructuras que operan dentro de una tradición, para dar lugar a una diferente versión de esta¹³.

Ambos reduccionismos pueden ser evitados. Por un lado, no hay duda de que existan diferencias nacionales; no tanto en el sentido de una identidad nacional precisa, sino como un conjunto de caracteres nacionales de los que es posible que los intérpretes ofrezcan representaciones diferentes. Sin embargo, por otro lado, no hay duda de que la originalidad de una tradición no es otra cosa que el resultado de una serie de variaciones y matices dentro de una estructura cuyos elementos están ampliamente predeterminados.

La idea de la *legal consciousness* ofrece una posible clave para la lectura, mediando entre las dos tendencias opuestas. La *legal consciousness* se refiere a los *belief*

Perspectives d'un droit Commun de l'Europe, Florencia, Bruselas, Leyden, Londres, Boston, Stoccarda, 1978, 200. Id., *Legal Education There and Here: A comparison*, 27 *Stan. L. Rev.* 859 (1974).

¹¹ La referencia es A. SCHIAVONE, *Un'identità perduta: la parabola del diritto romano in Italia*, en Id. (editado por), *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, Bari, 1990, 275 ss.

¹² Sobre el organicismo y las relaciones entre historia y sistema M. BRUTTI, *Vittorio Scialoja, Emilio Betti. Due visioni del diritto civile*, Turín, 2013.

¹³ Una aplicación está desarrollada en R. SACCO, *Introduzione*, cit. y Id., *Legal formants: a dynamic approach to comparative law*, en 39 *Am. J. Comp. Law* (1991), 343.

systems, a las estructuras de pensamiento determinadas colectivamente que guían implícita y explícitamente la forma de pensar de los operadores jurídicos. Estos paradigmas intelectuales, de naturaleza histórica y contingente, limitan el campo en el cual se sitúan las diversas condiciones de posibilidad de los intérpretes y condicionan los resultados a los que se pretende conseguir.

Por lo tanto, es importante identificar los diferentes elementos culturales y jurídicos, que pueden haber sido considerados como pertenecientes a una tradición; la forma en que las tradiciones han funcionado, combinando y recombinando sus elementos constitutivos y generando sus mitos fundadores; y finalmente, cómo las tradiciones han adaptado y mantenido su diversidad, empleando el derecho estratégicamente para definir la relación con otras culturas y con otras tradiciones jurídicas.

A este propósito, hoy en día recogido por los juristas, se ha difundido de manera amplia la referencia al método genealógico. Con esto se quiere indicar la reconstrucción hacia atrás de un camino seguido no dirigido a la búsqueda de hipotéticos orígenes fundacionales, sino orientado a identificar todos los componentes que constituyen una tradición y la forma en que se han combinado, en momentos de cambio, para producir una nueva versión con respecto a la anterior¹⁴.

Entonces, las tradiciones aparecen no tanto como el producto de un desarrollo gradual, sino como una sedimentación compleja, una capa de estratificación. En este proceso la capa más reciente descansa sobre los fragmentos más antiguos con los que se combinará. Los elementos antiguos transformados ahora permanecen juntos con los más nuevos.

En sus relaciones internas, las diferentes tradiciones nacionales pueden colocarse en una posición de apertura mutua (o cierre). El grado de esta apertura

¹⁴ A lo largo de este itinerario, se hace evidente que el proceso no está marcado por un desarrollo gradual, sino que se caracteriza por una serie de rupturas. D. KENNEDY, *Three globalizations of Law and Legal Thought*, en D. Trubek, A. Santos (a cargo de), *The new law and development: a critical appraisal*, Cambridge, 2006.

(o cierre) es recíproco. Sin embargo, históricamente se refleja, está, en todo caso, siempre en movimiento continuo.

En esta prospectiva no debemos descuidar la existencia de relaciones muy complejas de jerarquía, dominación y hegemonía. Dentro de un marco transnacional, entre las diferentes tradiciones, ellas se crean necesariamente: los juristas que pertenecen a una tradición que pueden influenciar sobre las otras diversas formas de influencia, a través de mecanismos que van desde la "imposición" por medio de la fuerza, pasando por la imitación sobre la base del simple prestigio, a la negociación acordada.

En un determinado contexto histórico, algunos lugares se convierten en un sitio de producción modelo ("el centro") y otros un sitio de referencia ("la periferia"). Al llegar a su destino, la adaptación al sistema y a la cultura local obviamente produce una recepción selectiva que genera diferencia junto con la integración. A nivel local, los modelos se vuelven a trabajar de una manera original e incluso radical¹⁵, por lo que la transformación se puede transmitir a otras periferias "distantes" (algunos sitios se vuelven "semiperiferia")¹⁶ o regresan al centro¹⁷. Por lo tanto, se establece una dinámica compleja entre el centro y la periferia.

Por lo tanto, es importante entender cómo y dónde se forma esta estructura y lenguaje común que determina la *legal consciousness*, quién determina y dónde comienza este proceso de circulación y cuáles son los objetivos que la difusión de estas prácticas intelectuales permite llevar adelante¹⁸.

¹⁵ De donde provenga la influencia, los juristas locales hacen una selección de acuerdo a sus intereses y a sus orientaciones que siempre produce, junto con la integración, también la diferencia. En estos procesos de transformación, reciclaje y canibalización ver D. LOPEZ-MEDINA, *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Colombia, 2004, donde incluso se desarrolla una teoría de *misreading*, el modo en cual las ideas y los autores pueden usarse de manera diferente en las dos localidades, a veces esto dificulta la comunicación en el espacio transnacional o produce efectos "perversos" "(en el sentido de diferente respecto de aquellos producidos en el contexto originario de producción).

¹⁶ Sobre el papel "semiperiférico" adoptado por Italia en diversos contextos. S. CAPRIOLI, *Rescissione (storia)*, en Enc. dir., XXXIX, *Milano, 1988*, 933; M.R. MARELLA, *The geopolitics of law in Latin America. The case of the social function of property*, en *Studi in onore di Corapi*, 2016.

¹⁷ Muchas de las elaboraciones "periféricas" han retroalimentado sobre el derecho metropolitano, para ver un ejemplo importante G. BASCHERINI, *Ex oblivione malum. Appunti per uno studio sul diritto coloniale italiano*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, 245.

¹⁸ Las tradiciones están conectadas con las "*historical forms of consciousness or subjectivity*", la referencia a esta sirve para enfatizar el hecho de que los sujetos pueden operar solo dentro de un específico contexto cultural, que proporciona el lenguaje que estos pueden utilizar cuando deben

IV. NOTA SOBRE GRAMSCI, HEGEMONÍA CULTURAL Y POSCOLONIAL

Aquello que hace que el pensamiento de Antonio Gramsci sea importante en el marco del análisis marxista y explica su actualidad, incluso más allá de su tiempo, es precisamente, su análisis de la hegemonía.

La hegemonía está vinculada al concepto de ideología. En efecto, la hegemonía significa ejercer formas de dominación a través del consentimiento de los gobernados, con persuasión, en suma, en lugar del uso de la fuerza.

La ideología, el consenso y la hegemonía están, por lo tanto, entrelazados. Aunque de manera fragmentaria y, por lo tanto, abierto a diferentes interpretaciones, en los escritos de Gramsci se sugieren una serie de ideas sobre la forma en que estos elementos se combinan y producen sus efectos. Ideas que, aunque no se refieren directamente al derecho, pueden ser interesantes para los juristas¹⁹.

A través de la hegemonía de Gramsci, alejándose de la ortodoxia marxista, todavía se da importancia al hecho de que la forma de pensar de las personas, una vez transformada en sentido común, pueda influenciar para garantizar el mantenimiento de un liderazgo moral, político e intelectual.

En efecto, para comprender cómo un régimen, una vez establecido, puede seguir gobernando, resulta necesario comprender el poder ideológico. Asimismo, la influencia que logra ejercer dicho poder, su capacidad de generar consenso (en las masas) a través de la creación de instituciones, modelos y prácticas sociales que aparecen legitimadas a los ojos de la mayoría.

lidiar con un problema jurídico particular. La *legal consciousness* está históricamente localizada y señala los confines dentro de los cuales las luchas pueden tener lugar a través del derecho por la hegemonía y la contrahegemonía. En este sentido, el tema más relevante para el derecho comparado se refiere a la comprensión de las formas en que se modela la *legal consciousness*. Quién participa en este proceso y cuáles son los objetivos que se plantean a través de este proyecto intelectual, ver D. KENNEDY, *Three Globalizations of Law and Legal Thought*, cit., 19-73.

¹⁹ Ver D. KENNEDY, *Antonio Gramsci and the legal system*, 6 *ALSA Forum*, e ID., *The critique of adjudication. Fin de siècle*, para un resumen sobre las relecturas de la hegemonía Gramscian en entornos cercanos al derecho LITOWIZ, *Gramsci, Hegemony and the Law*, 2000 Universidad Brigham Young L. Rev. (2000), 2.

En particular, su idea de "bloque histórico" evidencia cómo el significado de una determinada formación económica o de una particular serie de relaciones económicas sea entrelazada con una serie de ideas económicas, sociales, políticas y culturales precisas que lo legitiman. Esto en conjunto es complejo, y la idea de separarlo en una estructura, de un lado, y superestructura, del otro, es una simplificación que, como tal, está destinada a no captar la dimensión real del problema.

En consecuencia, la hegemonía resalta la presencia y el papel de aquellos mecanismos que contribuyen a la construcción de una racionalidad dominante, es decir, de una autoridad cultural. La "hegemonía" va más allá de la mera cultura: relaciona todo el proceso social a través de cual la cultura se construye con una específica distribución de poder e influencia. Esta pone en evidencia las transformaciones que esta origina en términos de dominación y subordinación realizada (por una clase particular o grupo dominante). Y así se va más allá de la ideología. En efecto, aquello que es importante, no es solo el conjunto de ideales y concepciones que la constituyen, sino además la ideología es también una forma de cómo se obtiene ciertos resultados sobre la sociedad, esto es, la forma en la cual los límites que estos principios productores llegan a considerarse como el resultado de la experiencia simple y del sentido común.

Como lo va explicar más adelante Foucault, Gramsci no creía que la dominación pudiera asegurarse a través de formas simples de coerción, sino que necesitaba formas más complejas, entre las cuales jugaba un rol crucial, justamente, la visión compartida del mundo, en la cual se forman todas las expresiones "moleculares" y colectivas de la vida²⁰. La modernidad de Gramsci está dada, anticipándose a algunos de los temas de gobernabilidad de Foucault, en plantear un modelo de poder que no es represivo, sino productivo, es decir, un modelo de poder que, actuando sobre las formas del conocimiento, crea relaciones entre los seres humanos y la verdad, y por consiguiente, este poder produce subjetividad y formas de vida.

²⁰ La contraposición entre la fuerza y la hegemonía será desarrollada, entre otros, por Althusser en el binomio "*repressive state apparatus*" y "*ideological state apparatuses*".

Por lo tanto, la ideología se materializa en una serie de instituciones y prácticas que garantizan el consenso y la hegemonía. Sin embargo, una hegemonía nunca es total y absoluta: dentro de cada conjunto de representaciones siempre puede haber elementos que pueden emerger lo suficiente como para amenazar constantemente con romper el equilibrio logrado.

Gramsci atribuyó gran valor a la autonomía de lo ideológico, considerándolo un área importante de conflicto para ejercer una contrahegemonía.

El pensamiento de Gramsci y el concepto de hegemonía recientemente, han sido puestos en el centro del debate global poscolonial²¹. En efecto, Gramsci ha constituido una invitación a pensar o repensar las presunciones de la experiencia colonial. En esta perspectiva, la teoría ha sugerido diferentes planos de análisis, comenzando desde la consideración de la colonización misma como una experiencia planetaria, realizada a través de la universalización de las representaciones, monopolio de las antiguas potencias coloniales. La visión ideológica de los colonizados por parte los colonizadores se ha extendido y se ha transformado en un instrumento para realizar la dominación de las sociedades no europeas, vulnerando todas las instancias de representación conseguidas por los "oprimidos".

Entonces, el análisis gramsciano se preocupó por el modo en que funciona el poder de definición y representación de los vencedores, además, por encontrar la forma adecuada en que los "oprimidos" puedan tomar parte de la discusión²².

²¹ Gramsci ha influido en todos los *cultural studies*, ofreciendo por medio de la hegemonía un modo para mediar los excesos que había generado el unilateralismo de la cultura clásica como también la estructural. S. HALL, *Cultural studies: two paradigms*, en *Culture, Ideology and Social Process*, London, 1981 y C. MOUFFE, *Hegemony and Ideology in Gramsci*, ivi, 219) y con esto también el debate postcolonial.

²² Esta operación debe tener en cuenta que si Europa es el sujeto que ha producido esta situación, es también el mismo sujeto que ofrece las herramientas para desarrollarla (y aquí el análisis poscolonial está separado del pensamiento "decolonial"). Sobre las dificultades inherentes al proceso de desestabilización del paradigma cultural, desarrollando y utilizando sus propias herramientas conceptuales, "provincializando la Eutropa" CHAKRABARTHI.

V. A LOS ORÍGENES DEL "HÍBRIDO" EN LA "SEMIPERIFERIA" ITALIANA

Diversos son los estudios dedicados a la reconstrucción de escuelas y figuras de la civilística italiana²³, así como aquellos destinados a estudiar el método de nuestra civilística²⁴, parece preferible prestar atención a la forma en que se creó la *legal consciousness* moderna en Italia.

Para nosotros, italianos, fueron cruciales las últimas décadas del siglo XIX. Este periodo, en efecto, constituyó un punto de observación privilegiado: el final del siglo XIX marca la culminación de esa ruptura que alejó la cultura jurídica italiana de los modelos franceses y la lleva decisivamente dentro del área de influencia del modelo alemán.

Así nace un híbrido constituido por el caso italiano en el cual la civilística habría buscado aplicar un código de estilo francés (o tal vez - según algunos - incluso un código francés), pero para leerlo y teorizarlo, en cambio, habría usado los lentes ofrecidos por un modelo pandectístico de sistematización dogmática²⁵.

²³ N. IRTI, *Scuole e figure del diritto civile*, Milán, 1982, L. FERRAJOLI, *La cultura giuridica italiana del Novecento*, Roma - Bari, 1999, RESCIGNO, *La doctrina italiana del derecho privado*, en *Studi A. Arena*, IV, Padua, 1981, 2141 ss.

²⁴ C. SALVI, *La giusprivatistica fra codice e scienza*, en A. SCHIAVONE, *Stato e cultura giuridica*, cit., 233, P. PERLINGIERI, Prassi, principio di legalità e scuole civilistiche, en *Rass. dir. civ.*, 1984, 956, P. PERLINGIERI, Debate Scuole civilistiche e dibattito ideologico: introduzione allo studio del diritto privato in Italia, en *Riv. dir. civ.*, 1978, I, 42, P. ZATTI, *Methodenlehre*, U. BRECCIA, *Continuidad y discontinuidad en estudios de derecho privado. Testimonios y divulgaciones sobre los años anteriores y posteriores a la Segunda Guerra Mundial*, en *Quaderni fiorentini*, 28 (1999), 330, S. RODOTA, *Estudios sobre derecho contemporáneo*, en A. ACQUARONE, P. UNGARI y S. RODOTA, *Gli studi di diritto contemporaneo*, in A. Acquarone, P. Ungari e S. Rodota, *Gli studi di storia e diritto contemporaneo*, Milán, 1968, 96.

²⁵ P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico. 1860-1950*, Milán, 2000; R. SACCO, *Perspectivas de la ciencia civiles*, cit., A. Guarneri, *la circulation des modeles au cours des deux derniers siecles en Rapports nationaux italiens XIII Congrès de l'A.I.D.C.*, Milán, 1990.

Con la oportuna precisión de que "Los autores alemanes de la Escuela Histórica y la escuela Pandectista fueron imitados por los escritores italianos en su método de análisis y exposición del sistema jurídico, pero su influencia entre los profesionales del derecho siempre ha sido indirecta, es decir, por medio de la doctrina italiana. Por el contrario, faltaron fenómenos de más difundida osmosis, como las que se produjeron en el momento de la recepción del modelo francés" A. GAMBARO, *Vicende della codificazione civilistica in Italia*, en *Le fonti del diritto italiano*, 1, *Le fonti scritte*, en R. SACCO (a cargo de), *Trattato di diritto civile*, Torino, 1998, 416-7.

Sobre el canon ecléctico mucho antes de este encuentro L. LACCHÉ, *Il canone eclettico. Alla ricerca di uno strato profondo della cultura giuridica italiana dell'Ottocento*, en *Quad. fior.*, 2010, 153. En Francia C. Jamin.

Esta reconstrucción, ciertamente, no puede ser discutida, pero merece algunas aclaraciones a la luz de lo que se ha dicho hasta ahora: la primera se refiere a la contraposición entre los dos modelos y la segunda a la anomalía del caso italiano.

La presencia de los alemanes, principalmente, como cultores del derecho romano, fue una constante que no comprende solamente el panorama italiano. Con su enfoque sistemático, usaron una técnica de vanguardia, capaz de ofrecer soluciones a todas las dudas que se pudieron encontrar en la aplicación de los textos, producto de ello, los alemanes tuvieron que ejercer un encanto irresistible. Y esto así sucedió no solo entre los juristas italianos que, especialmente por esta razón, fueron convencidos de "dejar" a los franceses²⁶; sino también lograron este efecto frente a un círculo mucho más amplio, que incluyó la misma Francia²⁷.

Después de la codificación alemana, entonces, la mayoría de las jurisdicciones del *civil law* se pueden considerar un "híbrido" en el que la legislación francesa se encuentra con la doctrina alemana.

Esto ocurrió en Italia como en otros países vinculados al *code* Napoleón y, por lo tanto, fue un proceso de adaptación de materiales jurídicos dentro del nuevo marco ofrecido por el sistema²⁸. Un proceso que, en Francia, se realizó transponiendo de manera críptica los conceptos sistemáticos del ordenamiento, es decir, transformándolos en criterios exegéticos dentro de los comentarios del *code*²⁹.

²⁶ Sin embargo, es bien conocido que mientras realizaba elogios del codice, en la Escuela de la Exégesis se producía una larga cadena de interpretaciones antiliterales. Ph. REMY, *Eloge de l'exégèse, 1 Droits* (1985), 115, C.A. CANNATA, A. GAMBARO, *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea, II. Dal medioevo all'epoca moderna*, Milán, 1989, 245; P. G. MONATERI, *The synecdoche, Milan*, 1984, 7, R. SACCO, *La circolazione del modello francese*, en Riv. dir. civ., 1995, I, 51.

²⁷ Confirmando la diferencia entre el sitio de producción y el sitio de recepción, mientras los alemanes usaban el sistema para evitar la codificación; a los franceses y a los demás países que adoptaron el código, les serviría para reorganizarlo.

²⁸ Algo que no implica necesariamente el abandono de las nociones de ordenantes fundamentales de origen francés. "La propiedad se transfiere con la venta, la responsabilidad civil extracontractual se restablece con hipótesis no típicas, la posesión no es tal si falta la intención de ser considerado propietario, se prohíben los acuerdos del sucesor, etc." R. SACCO, *Il codice civile: un fossile legislativo?*, en *Le fonti del diritto italiano, 1, Le fonti scritte*, en R. SACCO (a cargo de), *Trattato di diritto civile, Turín*, 1998, 446.

²⁹ Y la tradición francesa no debe identificarse exclusivamente con la exégesis o peor con las reconstrucciones que de esta hicieron sus opositores, la presencia de modelos de origen alemán está presente al menos en Aubry y Rau, ver, P. JE-STAZ, C. JAMIN, *La doctrine*, Paris, 2004.

VI. RECONSIDERAR LOS ARQUETIPOS: EL CASO DEL PENSAMIENTO CLÁSICO

Alimentar la contraposición entre los dos modelos, entonces, al considerarlos como arquetipos, no contribuye a una comprensión del fenómeno. Por un lado, hace casi invisible las indiscutibles continuidades, que a pesar de tener estilos³⁰ y técnicas legislativas³¹ completamente diferentes, históricamente tienden a crearse entre los dos, especialmente fuera de su sitio de producción. Por otro lado, no nos permite comprender las rupturas igualmente innegables que se han producido dentro de ellos y que se destinarán a proyectarse fuera de sus fronteras nacionales. Justamente, es a partir de una de estas rupturas que toma fuerza, aquello que puede considerarse, en efecto, una segunda globalización, cuyas consecuencias van a ser nada menor de aquella que le precedió, y que incluso estassiguen siendo claramente visibles.

Esquemáticamente, la primera (globalización) tuvo lugar en razón a la difusión del Código de Napoleón y su conjunto de ideas sobre el derecho, que generalmente se resumen en el binomio individualismo / formalismo (entendido como legalismo y/o deductivismo). En comparación con este último, la contribución alemana, que alcanza su pico en la relación del BGB, no puede considerarse una ruptura real, sino la continuación lógica a través de un orden sistemático. La ciencia jurídica alemana perpetúa y reelabora las posturas del racionalismo que subyacen en el código francés³².

La base sobre la cual descansa esta fase y obviamente está representada por la combinación de la idea de "sistema" con la teoría de la voluntad. Sigue la distinción entre derecho privado y derecho público, que se organizan según un orden jerárquico en el que el primero precede al segundo y ocupa una posición

³⁰ Ver P.G. MONATERI, *Jurisprudence, en Dig. disco. priv. secta. civ.*, X, Turín, 1993.

³¹ A. GAMBARO, *Vicende della codificazione civilistica in Italia*, cit., 428; R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, cit.

³² Si bien para la mayor parte de los intérpretes franceses la idea de que la interpretación del Código pudiese consistir en la formación de un sistema (interno y externo a este) resultaba absolutamente inaceptable; era ampliamente desarrollada la aspiración a la formación de una estructura racional (incluso por medio técnicas que ocultaban la existencia de esta y a pesar de que se rechazaba cualquier esperanza constructivista del derecho privado). Sobre la continuidad GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., 9.

privilegiada en el centro del sistema³³. El derecho privado, dentro de él, conoce sin embargo una profunda fractura entre el derecho del mercado y el derecho de la familia: la teoría de la voluntad se detiene en las fronteras del mercado, en el umbral de otros espacios en los que, como en el caso del derecho de familia, entran en juego los deberes y obligaciones entre los diversos componentes de esa estructura social, cuya definición se confía a la moral y a la cultura tradicional³⁴.

El prestigio dentro de los países del mundo occidental y el imperialismo al exterior tuvieron que promover la difusión del modelo. En efecto, esta primera globalización se expande por toda Europa, alcanzando (hacia el este) incluso aquellas experiencias que aún no estaban "romanizadas"³⁵. Su influencia también es fuerte más allá del espacio europeo, donde también es innegable el posicionamiento de prestigio absoluto que disfrutaban los jueces e incluso en el espacio transatlántico, en los Estados Unidos donde, al resistirse a la codificación, los resultados de la ciencia jurídica alemana fue ampliamente utilizada de diversas maneras.

En todas partes donde el *case law* reemplazó al código, la organización de los materiales producidos mediante decisiones judiciales comenzó a orientarse hacia lo sistemático y trató de imitar aquello que los doctrinarios hicieron en el continente en el aspecto metodológico y a veces en lo sustancial, transponiendo los esquemas

³³ No hay duda de que, incluso en esta perspectiva, la Escuela Histórica fue fundamental. La capacidad de combinar la expresión del *Volkgeist* en la idea sistémica permitió a los juristas locales presentarse al mismo tiempo como herederos de la tradición del derecho romano y de la ciencia jurídica europea y exponentes de su universo normativo particular, facilitando la integración en el orden global sin traicionar su origen nacional. Sobre el tema existe amplia bibliografía, incluso con perspectivas originales. cf. D. KENNEDY, distinción Familia / Patrimonio de Savigny y su lugar en la genealogía global del pensamiento legal clásico, en 58 *Am J. Comp. L.* (2010), 811.

³⁴ Esto le permitió defender su autonomía contra la hegemonía occidental. El ejemplo más clásico, en este sentido, está representado por el derecho de familia que, en la periferia, siempre podrá permanecer nacional, organizado de acuerdo con las particularidades locales, lo mismo sucede con el derecho público, que también es una expresión típica del *Volkgeist*, no obliga al jurista a intervenir ante las dictaduras o la oligarquía. En este punto, la referencia a M.R. MARELLA, G. MARINI, *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia*, cit.

³⁵ En Europa del Este y en el proceso de romanización tardía de un espacio caracterizado por culturas diferentes (también jurídicas) cf. T. GIARO, ¡*Comparemus!* en *Riv. Crit. dir. priv.*, 199X e ID., *Le radia europeee...*

y las categorías conceptuales ordenadas en el *common law*, aunque a veces cambia su contenido³⁶.

En suma, de diferentes maneras, Francia e Inglaterra, a su vez, tuvieron que contribuir a la difusión: directa en las colonias e indirecta en todos los demás países afectados por su influencia³⁷. El prestigio que Italia disfrutaba en España y Portugal tenía que convertirse en una "semiperiferia", un centro desde el cual los modelos "centrales", a menudo "revisados", podían extenderse por toda el área mediterránea y América Latina³⁸.

VII. LA "RUPTURA" DEL PENSAMIENTO SOCIAL

La ruptura que da lugar a la segunda (globalización) tuvo como su principal artífice en Alemania a Jhering, y su construcción del derecho fue un medio para la realización de los objetivos sociales³⁹. Una ruptura muy conocida desde la cual debieron tomar vida (entre 1880 y 1920) toda una serie de escuelas que trabajarían

³⁶ Este es el caso no solo de los teóricos de la jurisprudencia como Austin, la compañía y documentados por A. GAMBARO, *Propiedad*, A. CANDIAN, A. GAMBARO, B. POZZO, *Propety, Propriété, Eigentum*, Padua, 1992; pero también por Langdell y el c.d. Tratados norteamericanos, queriendo ver, G. MARINI, *Ipotesi sul metodo nel diritto privato. Piccola guida alla scoperta di altri itinerari*, en *Riv. crit. dir. priv.*, 1990,343.

³⁷ P. STEIN, *The influence of Roman Law on the common law*, en J.H. FRANKE, J.P. JORDAANS y J.M. SMITS (editado por), *Historisch vooruitzicht*, Arnhem, 1994, 417, diferente del otro tema de reorganización del *common law* R. ZIMMERMANN, *Diritto romano ed unita giuridica*, in AA.VV., *Studi di storia del diritto*, I, Milano, 1996,16.

³⁸ Sobre el tema C. PETTI, *Qualcosa che somiglia all'ammirazione. Ecos de la civilistica italiana en España*, en *Anuario de derecho civil*, 2004, 4. Con la advertencia oportuna de que la influencia italiana no puede considerarse homogénea en toda América Latina, E. CORTES, *Un'influsso del diritto italiano in Colombia*, en *Il modello giuridico-scientifico e legislativo-italiano fuori dall'Europa* (editado por S. Lanni y P. Sirena), Nápoles, 2013, 167.

³⁹ R. VON JHERING, *Der zweck im Recht*, Leipzig, 1923, trad. es. *El propósito en la ley*, Turín, Einaudi, 1972. Sobre la variedad de los hilos que pueden inscribirse en él cf. F. WIEACKER, *Historia del Derecho Privado Moderno*, II Milán, A.M. HESPANA, *Introduzione alla storia del diritto europeo*, Bologna, 1999, 227. Clásico y ahora L. LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*. Sobre este punto, referencias útiles en F. MAZZARELLA, *Dialoghi a distanza in tema di socialita e storicita del diritto. Italia, Francia e Germania tra fine Ottocento e primo Novecento*, en *Quaderni fiorentini*, 2015, 381.

La jurisprudencia de los intereses no rechaza el sistema, sino solo un cierto tipo de sistema, el sistema lógico, cerrado. En cambio, la jurisprudencia de los intereses acepta el sistema como un "sistema abierto". En cualquier caso, no cuestiona el monopolio del legislador al promulgar la ley. Porque la ley es la "resultante" que se deriva del "paralelograma de las fuerzas de intereses que luchan por ser reconocidas". La búsqueda de los elementos individuales de los que se ha determinado la interferencia mutua es la representación del objetivo perseguido. Sobre el tema cf. G. ORRU, *Giurisprudenza degli interessi*. priv. secta. civ, IX, Turín, 1993, 176.

juntas para ofrecer una visión alternativa del derecho oficial: desde la jurisprudencia de los intereses a la escuela del derecho libre, de la jurisprudencia sociológica al realismo legal. Con especial énfasis, la misma ruptura tuvo que producirse en Francia, donde Saleilles y Géný (pero también Duguit) habrían hecho una contribución esencial a su transposición, especialmente, en el ámbito del derecho privado.

La narrativa tradicional habla de una contraposición doctrinal organizada en razón a la "instancia social", es decir, la necesidad de adaptar el derecho a las nuevas condiciones sociales. En realidad, no hay duda de que el siglo anterior, especialmente a través de la historia, ya contenía muchos de los elementos que fueron el prelude de la nueva fase.

Asimismo, la misma construcción de la época clásica como una entidad coherente, oculta, ciertamente, la complejidad y las variaciones que existían dentro de ella. Esta etapa aparece en última instancia como una "invención" retórica que permitió alcanzar un importante objetivo estratégico: producir una ruptura aún más significativa que en el pasado⁴⁰.

Sin embargo, no cabe duda de que el final del nuevo siglo es una fuente de gran fervor porque el jurista comienza a comparar sus propias categorías conceptuales con nuevos problemas económicos y sociales a los que la

⁴⁰ Evidentemente, los críticos enfatizan los defectos y al mismo tiempo se olvidan de los diferentes matices y componentes que existían a su interés. ¡Antes Géný y Bonne no había ni siquiera una caracterización de la fase previa en términos de la Escuela de Exégesis, proponiéndose redescubrir sus características en muchos autores precedentes! Según el mismo Bonnacase, la exégesis se desarrolla en tres períodos diferentes que muestran sensibilidad y estilos que no son necesariamente idénticos. El primero (1804-1830) se caracteriza por los primeros comentarios sobre la naturaleza estrictamente textual y literal (Delvincourt). El segundo (1830-1880) comprende a los "grandes comentaristas" más maduros (Duranton, Demolombe, Marcadé, Troplong y Laurent) a los que se suman Aubry y Rau que marcan el abandono del comentario a favor del Tratado. Finalmente, el tercero (1880-1890) incluye el compendio ("Précis"), un modelo que elimina las disputas y busca simplificar, que no solo ofrece las soluciones correctas (Baudry-Lancantinerie), sino también los elementos innovadores (Labbé, Saleilles). En la tercera fase, de hecho, emerge algo diferente que tal vez anticipa la ruptura representada por la escuela "científica" y se acerca a otros caminos críticos como el de la jurisprudencia sociológica de Pound. Igualmente, Gounot reconstruye la autonomía de la voluntad como un sistema coherente en lugar de criticar su debilidad (cfr. E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomías de la volonté en droit privé, Contribución a la crítica de l'étude individualisme Jurídico*, París, 1912) igualmente Gaudemet con respecto a las nulidades (E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, París, 1937).

industrialización masiva y el consecuente aumento de una "Cuarto Estado" dieron vida.

Bajo la influencia de una nueva generación, los juristas operan una reversión significativa de los cánones, reconociendo en diversos grados el trabajo del juez ("*law in action*")⁴¹ y sobre todo de quienes lo inspiran (la doctrina), las prácticas normativas ("*Diritto vivente*") que se elaboran continuamente dentro de grupos intermedios (entre el Estado y el individuo)⁴² y las costumbres ampliamente difundidas en el tráfico comercial.

En la nueva perspectiva, la sociedad fue entendida como un conjunto de individuos, esta desplazó al individuo y tomó el centro del sistema interpretativo. Caracterizada por una estructura fuertemente interdependiente, la sociedad necesitaba un derecho diferente, un derecho más flexible y solidario que el anterior⁴³. Un modelo de derecho generado dentro de la sociedad, esto es, un derecho capaz de alcanzar objetivos sociales y de hacer responsables a los sujetos de las consecuencias de sus propias acciones.

El surgimiento de un nuevo paradigma epistemológico inspirado en las ciencias naturales - esto es, la imagen de organismos vivos en continua evolución regida por los objetivos de adaptación al ambiente - debería haber producido un aporte fundamental a la crítica, provocando la renovación de la perspectiva que hasta ahora había dominado el conocimiento jurídico.

Este enfoque permitió reaccionar frente a las degeneraciones de construcciones conceptuales que, cada vez más elaboradas, fueron materializados y

⁴¹ Esto podrá suceder considerando la jurisprudencia como una forma de costumbre o una fuente real del derecho (E. LAMBERT, *Une réforme nécessaire des études de droit civil*, in *Rev. int de l'enseignement*, 1900, 232) o el poder de interpretar los textos de manera diferente sobre la base de las inspiraciones de la conciencia y el derecho comparado para ir "*au-dela du Code civil, maiže par le Code civil*" (R. SALEILLES, Prefacio a F. GÉNY, *Methode d'interprétation y sources en droit privé positif*, París, 1899, o bien ocupar los espacios que dejó libres el legislador mediante un "*libre recherche scientifique*". Véase F. GÉNY, *Methode d'interprétation y sources en droit privé positif*, cit.).

⁴² E. EHRLICH, *Grundlegung der Soziologie des Rechte*, Berlín, 1913, tr. es. 1, *Fundamentos de Sociología del Derecho*, Milán, 1975.

⁴³ El positivismo sociológico, difundido en la segunda mitad del siglo XIX e inserto en el campo jurídico por Emile Durkheim, formula la reacción crítica ("El punto de partida de cualquier doctrina sobre los fundamentos del derecho debe ser, sin duda, el hombre natural Pero el hombre natural no es el ser aislado y libre de los filósofos del siglo XVIII, sino el individuo prisionero de los lazos de la solidaridad social", véase L. DUGUIT, *Manuel de droit constitutionnel*, París, 1923, 5.

reproducidas mecánicamente por los intérpretes⁴⁴. El constructivismo conceptual, que inicialmente constituyó una técnica de vanguardia, se había convertido con el tiempo en puramente "imitativa" o "mimética" y ahora planteaba dudas y problemáticas, pero no certezas. Junto con el individualismo que transmitía el conceptualismo, subió al banquillo de los acasados, el abuso de las construcciones abstractas y las metodologías deductivas de diversa índole, que hacían cada vez más al derecho distante de la realidad⁴⁵.

A través de una crítica rigurosa de los institutos y de los procesos argumentativos, se cuestionó la consistencia y la integridad del sistema⁴⁶. En la versión francesa, el objetivo era "liberar" a los juristas del "*feticisme de la loi écrite et codifiée*" que había dominado la época anterior, llamándolos a justificar abiertamente las diferentes soluciones interpretativas sobre la base de su capacidad para responder a las necesidades sociales, en lugar de refugiarse detrás del razonamiento lógico-deductivo.

El derecho ya no se buscaba en un texto centenario, que pretendía expresar la "razón" o el "derecho natural", sino que tenía que buscarse en sus fuentes reales como necesidades sociales, prácticas y conflicto de intereses.

⁴⁴ Al principio, la dogmática se presentó como una teoría del derecho constructivista, y por esta razón el conceptualismo logró formar una vanguardia a comienzos del siglo diecinueve. La clave del éxito y el recurso a la idea de un principio jurídico – extracto de un técnico de un cierto, capaces de organizarlas en una narrativa coherente y vincularlas con una justificación jurídico y/o política, permitieron la construcción de un sistema. Para los juristas, al principio se trataba de identificar algo científico e histórico, superior a los elementos únicos que constituían el sistema, algo "hipotético" o "provisional" siempre sujeto a verificación y eventual cambio. Para Savigny, la tarea del jurista es extraer el concepto de la casuística y encontrar los principios rectores en el usus pandectarum, el pasaje coorresponde a F. C. VON SAVIGNY, *La vocazione del nostro tempo per la legislazione e la giurisprudenza* (1814), en *La polemica sulla codificazione* (a cargo de Giul. Marini), Nápoles, 1982 a F. C. VON SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale* (1840-1849), Turín, 1886.

⁴⁵La crítica que algunos de sus exponentes llevaron fue dirigida a la "arbitrariedad" del método conceptual, revelando no solo la posibilidad de construir siempre diferentes sistemas conceptuales, sino también demostrando que la clasificación de un concepto en un género nunca es exclusiva. ya que un concepto también puede pertenecer a muchos otros géneros. De esta manera, trajeron exponencialmente la necesidad de otras consideraciones (de tipo social) para justificar el reacondicionamiento de un concepto al género y, por lo tanto, a esa proposición normativa relativa, dejando a los oponentes sin herramientas para defenderse.

⁴⁶ Sobre la crítica demoledora de las construcciones classicistas. M.C. BELLEAU, "*Les Juristes Inquiets*". Legal classicism and criticism in early twentieth-century France, *en* 1997 Utah L. Rev. 379.

En la misma crítica, sin embargo, todos los demás productos del pensamiento clásico se vieron atrapados por la jurisprudencia de los conceptos elaborados por las corrientes post-savignyanas alemanas al formalismo langdelliano en los Estados Unidos.

La conclusión fue que había muchas más opciones en juego respecto de aquello que el debate jurídico había reconocido previamente y que el objeto materia de dicha discusión - material e ideológico - y sobre el cual se realizaban las opciones aún era significativamente amplio.

VIII. LA TRANSFORMACIÓN DE LAS JERARQUÍAS CLÁSICAS, HACIA UNA NUEVA ESTÉTICA

Las innovaciones fueron múltiples. La inversión de las perspectivas metodológicas realizadas por el pensamiento social también debería contribuir a la transformación de todo el orden conceptual del pensamiento clásico en todas las áreas del derecho.

Desde esta perspectiva, el derecho ya no es, como en la imagen liberal, un límite frente al poder estatal, necesario para defender la vida individual, sino que se convierte en un instrumento de organización social capaz de limitarla, sometiendo su ejercicio a una serie de necesidades sociales que se consideran prioritarias⁴⁷.

El Estado ya no podía ser considerado como el resultado y el efecto de la libertad privada (a través del contrato social), sino que se convirtió en su origen⁴⁸. Esta inversión de la metáfora determina una situación en la cual la intervención

⁴⁷ R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté*, Pichon 1901, 351; E. GOUNOT, *Le prince de l'autonomie de la volonté en droit privé. Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, cit., 23; R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, Paris, 1, 1923, pero lo mismo sucede con los demás institutos de derecho privado, como la responsabilidad civil, que ya no pueden considerarse meramente una fuente de obligación entre dos individuos, la teoría de riesgo está fundado en la responsabilidad social de los que actúan R. SALEILLES, *Les accidents du travail et la responsabilité civile*, Rousseau, 1897, 5; L. JOSSERAND, *Un ordre juridique nouveau*, DH, 1937, Ch. 43 y la propiedad.

⁴⁸ En todo caso, el orden social y político ya no es el producto del contrato social estipulado entre los individuos para asegurar sus derechos naturales e innatos, sino el resultado de demandas objetivas de la vida social. Y el estado ya no es el mero garante de la libertad y los intereses individuales, sino el portador de intereses "superiores" propios del organismo social; en la actualidad, es posible observar a la entidad que puede garantizar formas de racionalización social de la mejor manera posible.

legislativa que anteriormente se había considerada una interferencia a favor la libertad individual fue ampliamente legitimada.

En el contexto de una relación diferente entre lo público y lo privado, el primero ganó el centro de la escena, que en la fase anterior estuvo enteramente ocupado por este último, atrayendo a su esfera (a través de una legislación especial) gran parte de lo que era anteriormente privado. En la segunda fase, el derecho de familia (y de las personas) continúa estando separado del de mercado, pero el recurso a lo "social" en la familia sirve teóricamente para fundamentar los intentos de regularlo en interés de la sociedad⁴⁹.

La instancia social legitimó la búsqueda de la proporción y el equilibrio entre las diferentes partes que componen el organismo, fundamentando principalmente la intervención del Estado en la sociedad y en los programas de "derecho social".

Y el orden jerárquico sobre el cual se estructuraron las instituciones de derecho privado podría, así, ser completamente transformado⁵⁰.

En el campo del derecho privado, la influencia de los objetivos sociales contribuyó a atenuar la regla del principio de la voluntad, justificando sus limitaciones en toda el área que iba del derecho contractual a la propiedad, impidiendo que tales instituciones traicionaran los objetivos sociales por el cual fueron creados y, por lo tanto, resueltos a dañar a la sociedad.

En la misma dirección, se afirma la necesidad de garantizar, junto con la protección de los individuos, el logro de objetivos de carácter general como la protección de la seguridad y la estabilidad del tráfico jurídico, justificando una protección más amplia de las expectativas de terceros de buena fe.

⁴⁹ La regulación, a diferencia de lo que sucede en el mercado, asumirá una coloración mucho más proteccionista, mejorando todas las peculiaridades locales, en lugar de inspirarse en los ideales de libertad e igualdad. En las colonias, la disciplina de la familia ofreció la posibilidad al nacionalismo de oponerse al poder colonial y la degeneración del mundo occidental, reafirmando las características de la tradición y dando vida a una compleja serie de compromisos en los que las posiciones extremadamente avanzadas en la ley del mercado se combinarán con visiones familiares extremadamente tradicionales. Una vez más, se permite regresar a M.R. MARELLA, G. MARINI, *Di che cosa parliamo quando parliamo di famiglia*, cit.

⁵⁰ Esto también permite romper el orden interno a las categorías de derecho privado (en el que el contrato precede a la responsabilidad civil y dentro de él la falta precede a la responsabilidad objetiva) y releer toda una serie de instituciones como la lesión contractual, las contingencias.

En efecto, la teoría de la buena voluntad no solo había demostrado ser problemática en términos de consecuencias sociales, sino que también había demostrado - caso tras caso - ni siquiera ser capaz de mantener sus requisitos de coherencia⁵¹.

Sin embargo, el poder del Estado no está exento de límites, la legitimidad que se reconoce en su intervención varía en grado e intensidad según los enfoques. En efecto, lo "social" está abierto a proyectos de diverso tipo que van desde una versión liberal a una versión más colectivista.

Si, por un lado, lo social fue capaz de promover una visión pluralista, llama la atención sobre el derecho nacido de las instituciones sociales⁵² y contribuye así a limitar el absolutismo estatal; por otro lado, también, podría tomar la dirección diferente, disolviendo el individuo en las instituciones⁵³ o en el grupo, de los cuales el Estado puede convertirse en principal y en otras solo en expresión, subordinándolo a sus propios fines.

IX. LA LEY CIVIL "SOCIAL" ENTRE LA CRÍTICA Y LA RECONSTRUCCIÓN

La sola capacidad de las redes sociales para adaptarse a las diferentes formas de política del derecho fue una preocupación constante⁵⁴, como lo demuestra el

⁵¹ De hecho, la teoría de la voluntad por sí sola no podía dar cuenta de todas las instituciones y desarrollos presentes en el sistema, y que, por lo tanto, era necesario al menos restringirla a un área más restringida.

⁵² Véase G. GURVITCH, V, *idée du social: Notions et système du droit social*, París, 1932.

⁵³ El derecho nacido de las mismas instituciones sociales existía independientemente de las voluntades individuales y más allá de la voluntad del estado y en un plano superior como para imponerse a uno y al otro. La "función social" de Duguit, el "derecho social" de Gurvitch, como de hecho el I-social de los santos romanos, rechazó el autoritarismo y cualquier forma de poder jurídico superior. Sin embargo, en algunas versiones, el énfasis puesto al mismo tiempo en la función reguladora del estado como expresión política de una organización superior (la nación) podría servir para mitigar este perfil, restaurando la primacía de la ley en la constitución de la ley. el estatismo autoritario del fascismo es un ejemplo.

⁵⁴ (No confunda el socialismo legal con la solidaridad o la socialización de la ley. Emblemático las perplejidades de L. JOSSERAND, *Aperçu des tendances actuelles de la théorie des contrats*, en Rev. trim. dr. civ., 1937.1-30 frente al reduccionismo que conduce a una crítica indiscriminada del propietario o del acreedor en abstracto como de todos aquellos que podrían ocupar un puesto de relevancia jurídica o material. En el punto M.C. HERRERA, *Par le droit, au-dela du droit? Sur les origines du socialisme juridique en France, Par le droit, au-dela du droit. Textes sur le socialisme juridique*, París, 2003, 7.

cuidado que a menudo usan los juristas para trazar una línea de demarcación frente a las posibles derivaciones que puede asumir la crítica⁵⁵.

En la versión más moderada de la crítica social, el objetivo de la intervención estatal era asegurar la armonía entre individuos, desigualdad, constitución de la sociedad, para mediar conflictos entre grupos (clases) que estaban en peligro de amenazar la existencia de la misma sociedad, garantizando así la protección de los sujetos más débiles bajo el interés general.

Lo "social" criticaba la idea de que la libertad contractual podía garantizar el logro del bienestar social. En efecto, en la perspectiva "social", se reconoció que el contrato necesitaba algo más que una simple libertad contractual: debido a las condiciones económicas y sociales negativas de las partes que operan en el mercado, los resultados producidos por los acuerdos voluntarios parecían sospechosos.

Ante el "descubrimiento" de la desigualdad del poder contractual, mientras tanto, se hace necesario intervenir para evitar las consecuencias negativas de su ejercicio, permitiendo que las clases bajas tengan acceso al mercado y salvaguarden la armonía social. En resumen, fue necesario restablecer una cierta cantidad de armas entre las partes contratantes: cada sistema debe decidir, en suma, cuánto se puede tolerar la desigualdad para disfrutar de los beneficios del mercado.

⁵⁵ Al igual que la primera, la segunda fase también está abierta a proyectos reconstructivos de diversos signos que van desde la ley católica natural y el cristianismo social (como lo atestiguan las expresiones del deber del individuo hacia el prójimo, la fraternidad, la caridad cristiana) hasta la socialdemocracia y el socialismo hasta al conservadurismo Bismarckiano y luego al fascismo: "la imaginación simbólica podría tener enfoques opuestos: señalar la idea abstracta del estado soberano o fortalecer los cuerpos sociales organizados y también construir la esfera de poder económico del ciudadano privado de acuerdo con aquellos". Sobre el tema U. BRECCIA, *Continuità e Discontinuità*, cit.

Lo mismo sucede con respecto a los otros institutos de derecho privado, como la responsabilidad civil, que ya no se puede considerar una mera fuente de obligación entre dos personas, la teoría del riesgo se basa en la responsabilidad social de quien actúan R. SALEILLES, *Les Accidents du travail et civil liability*, cit., 5; L. JOSSERAND, *Un ordre juridique nouveau*, cit., 43, la crítica de la responsabilidad enfatiza que la teoría del riesgo se habría vuelto contra sí misma, ya que la extensión de la responsabilidad habría llevado a los potenciales responsables a cubrirse de los riesgos a través del contrato de seguro, en lugar de actuar responsablemente, desinteresándose, por otro lado, de asumir la responsabilidad de los daños.

El individuo abstracto que constituía el pueblo homogéneo de Savigny se rompió en una serie de subjetividades concretas ("propietarios" y "campesinos", "empresarios" y "trabajadores" desiguales y desiguales).

Así como se ha hecho referencia, se planteaba la cuestión de la legitimidad del ejercicio del poder contractual, es decir, de los límites y la medida en que es posible explotar en condiciones de negociación "desigual", la condición ventajosa que una parte puede disfrutar frente a la otra. Se plantea así abiertamente, y con esto también se puso en evidencia la naturaleza inevitablemente "política" (en el sentido de simple ingeniería social o de la política del derecho) de las decisiones sobre la problemática en que cada ordenamiento está llamada a tomar una determinada definición⁵⁶.

Se desarrollan problemáticas análogas sobre el tema de la responsabilidad civil, donde la dimensión colectiva se une a la dimensión individual. La solución del problema del sujeto sobre el que "debe recaer el daño", problema que se convierte en más complejo por la multiplicación de las ocasiones de daño propiciado por el crecimiento de la industrialización, y se desplazó hacia la sociedad y el objetivo de su defensa⁵⁷, y respecto de la propiedad, en la cual surgen problemáticas respecto

⁵⁶ En el trasfondo parecen del todo evidentes las influencias de las críticas a la libertad contractual, en sus diversas variantes. Ellas habían puesto en discusión la importancia del mercado y su respectiva reglamentación. Estas pretendían justificar la intervención en la política económica y social por parte del Estado. Dichas críticas buscaban reconducir las relaciones que desarrolla el Estado en el mercado en busca de una igualdad, confiadas a un conjunto de subsistemas de legislación especial o también han puesto en discusión de manera más radical la neutralidad del derecho privado, más bien, evidenciando las indiscutibles características de la forma en que el Estado administra la fuerza y el poder contractual. Así S. DAWSON, *Economic duress and the fair exchange in French and German law*, en 11 *Tulane L. Rev.* (1937), 345 "As welcome fiction is slowly displaced by sober fact, the regime of "freedom" can be visualized as merely another system, more elaborate and more highly organized, for the exercise of economic pressure".

⁵⁷ Aun cuando el *neminem laedere* no está desvinculado del todo de las reglas de composición de los conflictos que se basan en la atribución de derechos (subjetivos), se abre paso a la idea de que el acusado se escapa a la responsabilidad porque los beneficios de la conducta del acusado se consideran superiores a los daños causados (cfr. R. DEMOGUE, *Traité des obligations Sources*, París, 1923, III, 226. Reafirma la centralidad de la lesión de un derecho, elemento objetivo que, junto al elemento subjetivo de la culpa, produce un resarcimiento por cualquier *suchdamage*, pero añade un significativo elemento: "sin embargo, determinar los límites de un derecho es una tarea difícil, ya que su extensión varía dependiendo de la persona que está opuesta a las circunstancias en las que se afirmó, también los derechos deben ejercerse en vista de un fin social, "pero ya O. W. HOLMES, *Privilege, Malice and Intent*, en 8 *Harv. L. Rev.*, (1894), 1, el demandado puede escapar a la responsabilidad si el tribunal considera que hay una "causa justa" de su conducta. En estos casos, los beneficios de la conducta del demandado se consideran superiores a los costos causados por el daño).

de su uso egoísta y de las formas en que es posible evitar los excesos, asignándole una función social hecha de límites y obligaciones⁵⁸.

El renacimiento de la propiedad colectiva fue uno de los tópicos sociales clásicos que, de esta manera, contrasta con el modelo individualista de la propiedad romana. Se trató de una alternativa igualmente consolidada en la tradición y resultó importante desde el punto de vista económico-jurídico.

La inversión de las jerarquías realizadas por lo social también permite que las cosas recuperen su importancia con respecto al individuo. Ahora la cosa ya no es el objeto bajo el cual están los poderes incondicionales del individuo y que es instrumental para la realización de sus intereses, sino que se la considera según el rol que puede desempeñar dentro de la organización económica y del Estado.

En esta perspectiva, los bienes y las cosas no pueden limitarse en una visión exclusivamente individualista, sino juegan un papel fundamental en la sociedad. De este modo surge el tema de un nexo necesario entre el interés público y el interés privado en su disciplina que será un "*leit motiv*" de toda renovación.

La inversión de la perspectiva con respecto al pensamiento clásico puede dar lugar a diferentes enfoques que también pueden coexistir: por un lado, una lectura más crítica que destaca el carácter discriminatorio de las instituciones del derecho individualista y burgués, legitimando en diversa medida la introducción de una serie de límites a la iniciativa de los individuos; y, por otro lado, la aparición de una visión diferente que favorece la afirmación de una serie de nuevos esquemas de ordenamiento, que ya no giran en torno a la individual, pero valoran la dimensión objetiva y las características concretas de los fenómenos sociales que regulan, de esta manera, exaltando la funcionalidad de los esquemas jurídicos, con respecto a la organización económica⁵⁹.

⁵⁸ En la perspectiva de Duguit, la propiedad se mantiene, pero debe servir para mantener la interdependencia social (véase DUGUIT, *Les transformations generales*, 158), mientras que se perfila un límite más sutil, que no se concreta en reglas fijas (JOSSERAND, *De l'esprit des droits*, 18 "*relativité des droits*"), con el abuso de la propiedad en la realización práctica no tiene que colisionar con la solidaridad social, pero es difícil de identificar y dio lugar a interminables debates.

⁵⁹ La investidura fáctica de un derecho se vuelve fundamental y da lugar a una recuperación 'social' justificada por el hecho de oponerse a las geometrías del derecho formal. El *Genere* sirve

X. MÁS ALLÁ DEL TEXTO: RUTAS DE LA CRÍTICA A LA "BELLE EPOQUE".

La reconducción a la unidad de todo lo nuevo surgido, que parece desprovisto de un "concepto orgánico y directivo", se convierte en la tarea de una nueva generación de juristas⁶⁰.

La metáfora organicista ha tenido una legitimidad científica a través del darwinismo social y ha ganado un nuevo impulso, el movimiento, la vida se vincula al derecho, la idea de un "derecho vivo" se encuentra con frecuencia en las páginas de los autores de esta generación.

El enfoque historicista, como veremos, tiende cada vez en más lugares a encontrarse con la idea de la transformación orgánica del derecho. El derecho está sujeto a las leyes de la evolución que constituyen las leyes de todos los organismos vivos, esto significa cambio o más aún evolución científica. La ciencia del derecho se convierte en ciencia social y se acerca a las ciencias biológicas.

La idea de que no todo el derecho está contenido, sino que una parte de alguna manera había permanecido "latente" en la sociedad tenía que acreditar un cambio metodológico.

La interpretación puede ir más allá de la voluntad del legislador. El texto representa un organismo viviente que tiende a integrarse continuamente con nuevas necesidades, adaptándose a sí mismo. En este ámbito, Saleilles elaborará su "*droit naturel á contenu variable*", capaz de adaptarse a los cambios sociales, a través de los cuales el juez podrá interpretar los textos de manera diferente para ir "*au-delá du Code civil, mais par le code civil*"⁶¹. Y Gény, de manera diferente, alentará al juez a

para desviar la atención del propietario hacia aquellos que conducen económicamente el bien, es decir, el emprendedor (ver FINZI).

⁶⁰ "La cuestión social y casi todo en el código civil". Así E. GIANTURCO, *L'individualismo e il socialismo nel diritto contrattuale*, en *Opere giuridiche*, II, Roma, 1947, 262-269.

⁶¹ La existencia de un sistema no tanto como aquel clásico sino cambiante, generado por hechos sociales, que varían y evolucionan; por lo tanto, vinculado a datos sociológicos puros que constituye su base de referencia (R. SALEILLES, *Le code civil et la méthode historique*, en *Le Code civil 1804-1904. Livre du centenaire*, Paris, 1904, ID., *Ecole historique et droit naturel d'après quelques ouvrages récents*, en *Rev. trim. dr. civ.*, 1902, 99, sobre la cual se puede ver P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato. Lungo l'itinerario scientifico di Raymond Saleilles (1815-1912)*, en *Riv. dir. civ.*, 1993, 39. Con una

ocupar los espacios que dejó el legislador a través del "*libre recherche scientifique*", una búsqueda libre, porque está fuera de toda autoridad científica positiva, ya que sus raíces se encuentran en elementos objetivos⁶².

En comparación con Saleilles, la propuesta de Géný, por lo tanto, no apunta tanto a manipular los textos existentes, sino a llenar los vacíos a través de un fructífero ir y venir entre los "datos" y los "construidos" (los conceptos) para ir "par tail civil, maíz au dela du code civil". Y una reconstrucción rigurosa de la voluntad del legislador, como la que Géný espera, deja muchos vacíos que se pueden llenar de esta manera.

Sobre todo en esta última versión, la nueva visión prometía evitar todas las formas de subjetivismo para lograr una mayor científicidad, una lógica aún más escrupulosa que la de sus predecesores. En resumen, el método aspiraba a un estudio metódico de la empresa, capaz de ofrecer una base objetiva a las decisiones de los jueces.

Por lo tanto, se reconoció que la ley estaba impregnada de opciones políticas, pero la observación científica de los hechos y las consecuencias podían ofrecer una base objetiva (y neutral) sobre la cual fundamentar las decisiones de los jueces⁶³.

En resumen, en ambas versiones, se trataba de revivir la ciencia jurídica, pero lentamente y sin demasiado impacto⁶⁴.

En la mayoría de los casos, los juristas de la segunda etapa, al menos en Europa, no tenían que poner en peligro la coherencia interna del derecho. En efecto, con el advenimiento del social no se pierde la confianza en la posibilidad de

prospettiva diversaM. XI-FARAS, *La Veritas Juris selon Raymond Saleilles. Remarques sur un projet de restauration du juridisme*, Droits, 2008, 77.

⁶² P. COSTA, *L'interpretazione della legge: François Géný e la scienza giuridica del Novecento*, en *Quaderni fiorentini*, 1991, 429, P. GROSSI, *Ripensare Géný*, en *Quaderni fiorentini*, 1991.

⁶³ Así se defendieron contra la acusación de subjetivismo, con la cual el justificativo fue asignado erróneamente (ver GNAEUS FLAVIUS, *der Kampf um die Rechtswissenschaft*), revisado a la luz de esta acusación y luego traducido en *La lotta per il diritto*, Milán-Palermo- Nápoles, 1908) pero, solo en caso de una laguna, la solución habría sido confiada a un "derecho libre" siempre en un sentido no subjetivo, sino vinculado al "derecho de la sociedad", interpretando las dinámicas sociales y equilibrando los intereses opuestos siempre en conformado con el "*Rechtsgefühl*" (L. Lombardi Vallauri, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, cit., ID., *Diritto libero en Digesto disc. priv. sez. civ.*, VI, Turín, 1990).

⁶⁴ Entonces, no se contrapone solo al individualismo, sino también al socialismo.

reconstruir un orden. Por un lado, se afirmó la necesidad de una renovación de los códigos que eliminan los defectos sociales⁶⁵ más macroscópicos; de otro lado, se gana la posibilidad de para dar contenido a los nuevos principios, combinando un nuevo núcleo con un enfoque social junto con el anterior de una matriz individualista⁶⁶.

XI. DEL CENTRO A LAS PERIFERIAS, HACIA LA HEGEMONÍA DEL MODELO DE EE. UU.

Como es más que individualismo, lo social, precisamente por su capacidad para adaptarse a las diferentes políticas del derecho, tuvo que tener un éxito considerable. A comienzos del siglo pasado, si bien el "centro" seguía siendo una corriente de pensamiento, en general una minoría, la crítica social, en cambio, tenía una difusión significativa en las "periferias", adquiriendo una dimensión cosmopolita. Impuesto por la autoridad colonial o importado de manera independiente por los eruditos que se formaron en el "centro", en las periferias, lo social encuentra un *humus* particularmente fértil debido a su capacidad de modelar lo jurídico para permitir respuestas más elásticas (capaz de tomar en cuenta las diferencias existentes dentro de las diversas empresas) y de responder mejor con su visión de solidaridad a las características de muchas de las culturas locales⁶⁷.

⁶⁵ La crítica de los códigos como defensa de los intereses burgueses fue compartida por bandos opuestos que convergían en la necesidad de mitigar el individualismo, desde el arabismo de Gierke que defendía la defensa de los "pobres" y defendía la estructura tradicional de la familia y la propiedad (mitigado por el redescubrimiento en el sentido social de la antigua ley germánica) GIERKE, *Die Soziale Aufgabe des Privatrechts*, Berlín 1889 y por el socialismo de A. MENER, *Il diritto civile e il proletariato. Studio critico sul progetto di un codice civile per l'impero germanico*, Turín, 1894 sobre este ver R. ORRU, *Idealismo e "realismo" nel socialismo giuridico di Menger*, Quaderni 1974-75.

⁶⁶ En Francia, la tensión va desde la idea de un código social que debe reemplazar el código civil, en el que se muestra junto al código burgués de la propiedad, la presencia de un código "social" del trabajo. La legislación social conservaba el carácter de la ley del privilegio, pero también indicaba la necesidad de nuevos principios generales de derecho privado, capaces de refundar un código civil que se consideraba inadecuado. Con la crítica de la parcialidad de un código burgués, cuya naturaleza general demostró ser cada vez más funcional a los intereses de las clases pudientes, sin embargo, no declinaba del todo la aspiración de una renovación que mantuviese el carácter general en las formas renovadas de un código de derecho privado-social", así se apoyase proyectos de reforma e intervención estatal.

⁶⁷ D. KENNEDY, *Three globalizations of Law and Legal Thought*, cit. En el caso del Lejano Oriente, lo social es el canal que permite la recuperación de las formas jurídicas de la tradición y los derechos consuetudinarios, en la ley islámica A. SHALAKANY, *Sanhuri: The Historical Origins of*

De la "instancia social" la "periferia" tuvo entonces que apropiarse para volver a trabajarla, de una manera significativa. Y a menudo, precisamente para ejercer una forma de "resistencia" con respecto al derecho metropolitano de los colonizadores⁶⁸.

En los Estados Unidos, que se debe enfatizar que en esta etapa, aún constituyen una "periferia", la jurisprudencia sociológica de Roscoe Pound y Benjamin Cardozo puede considerarse como una hibridación hecha y derecha producida por la recepción de lo social⁶⁹. Aunque, ciertamente, Holmes⁷⁰, incluso antes que los europeos, había allanado el camino para la crítica, introduciendo consideraciones de "*justice and policy*" en el razonamiento jurídico y la inevitabilidad para los jueces, en sus decisiones, de llegar a un equilibrio entre los intereses en conflicto.

De nuevo en este espacio, la crítica parece seguir una dirección diferente: mientras que en Europa se mueve principalmente sobre la base de las fuentes del derecho, reivindicando un rol más relevante para la jurisprudencia; en los Estados Unidos, la crítica se expresará sobre todo mediante un ataque a la lógica y a la coherencia interna de la teoría clásica (individualista), reivindicando un método capaz de moverse independientemente del conceptualismo para alcanzar los objetivos de *policy*⁷¹.

Comparative Law in the Arab World, en A. RILES (a cargo de), *Rethinking the Masters of Comparative Law*, Portland, 2001, 152.

⁶⁸ Es significativo cómo ocurre esta operación, recordando tanto la tradición como la modernidad. Lo social, al traducir la interdependencia que caracterizaría a todo periodo un antecedente de la tradición de esos países, acredita a aquellos países como más modernos con respecto al individualismo y el formalismo del pensamiento clásico R. POUND, *The Law as Developed in juristic Thought*, en 30 *Harv. L. Rev.* 201 (1917).

⁶⁹ R. POUND, A Call for a Realistic Jurisprudence, 44 *Harv. L. Rev.* 697 (1931).

⁷⁰ Holmes también tiene primacía al enfatizar la necesidad de abandonar las abstracciones y observar cómo funciona la ley en la sociedad ("el derecho no es lógica, pero tiene experiencia" O.W. HOLMES, *The Common Law*, Boston, Little Brown and Co. 1881, I), considerando el impacto del fenómeno legal en la dinámica social ("el derecho como una profecía de lo que harán los jueces" ver Id., *The Path of the Law*, en 10 *Harv. LR*, (1896 - 1897), 457, 461).

⁷¹ A lo largo de este itinerario se desarrolla la crítica del realismo jurídico. Su principal objetivo no era la crítica global de la ley, no era una teoría escéptica sobre la imposibilidad de vincular a los jueces o la relación entre el derecho y la política, la suya era una crítica conceptual como una denuncia de una brecha entre "*law in the books*" y "*law in action*", la apertura de las reglas y la búsqueda de qué otros factores determinan los resultados de la decisión. En este sentido, se

Por lo tanto, el *common law* de los Estados Unidos gradualmente tiende a divergir del inglés. Presentado como más social y, por lo tanto, mucho más moderno, comienza a ofrecerse como un modelo a ser imitado.

En la "periferia" la crítica social se mantuvo viva hasta hace algunas décadas, constituyendo la base en una de sus posibles versiones para proyectos de reforma poscolonial, a menudo en una simbiosis interesante con interpretaciones más o menos nativas o nacionales de la cultura local⁷².

XII. LA "CUESTIÓN SOCIAL" EN ITALIA: DERECHO, EVOLUCIÓN, "SISTEMA"

En Italia, lo social tomará múltiples facetas, a través de adaptaciones, si no del todo contradictorias, sin duda, un signo de retroceso entre estas. En Italia, como se sabe, lo social después de su afirmación reformista inicial, vinculada al discurso sociológico, adquiere una connotación particular en la experiencia fascista, donde expresa los valores emergentes del marco político del "nuevo orden corporativo", testimonio de la ambigüedad que la idea inevitablemente estaba destinada a llevar consigo⁷³. Lo "social" retomará su vigor entre fines de la década de 1960 y principios de la década de 1970, basándose principalmente en el principio de la igualdad "constitucional" en la Constitución de 1948 y en las intervenciones públicas en la economía.

ubicar en la misma línea de Ehrlich, Fuchs, Isay y del primer Kantorowicz que escribe bajo el seudónimo de Gnaeus Flavius.

⁷² Ver G. MARINI, *Diritto e Politica. La Costruzione delle tradizioni giuridiche nell'epoca della globalizzazione*, en *Polemos*, 1/2010, 31, como en México, donde lo social está asociado a la tradición precolombina o en Egipto, donde está asociado con el derecho islámico (A. Shalakany, *Between Identity and Redistribution: Sanhuri, Genealogy and the Will to Islamic*, *Islamic Law & Soc. J.* 201 (2001) y en África donde está asociado con la "negritud" (J.N. HAZARD, *Negritude, Socialism and the Law*, 65 *Colum. L. Rev.* 5 (1965), 778).

⁷³ En las diferentes variantes, véase también G. SOLARI, *Socialismo e diritto privato. Influenza delle odierne dottrine socialiste sul diritto privato*, Milano, 1980 (1906), 113 que traza una diferencia entre el enfoque que se mueve desde una premisa biológica evolutiva y el que se desarrolla desde una premisa histórica y entre estos y el socialismo legal P. UNGARI, *In memoria del socialismo giuridico*, en *Pol. dir.*, 1970, 241 que recuerda cómo los rumores de los innovadores mezclaron, equívocamente, los promotores de los conservadores en busca de una fórmula de estabilidad social y ahora orientados hacia un socialismo estatal cauteloso". (248), el nuevo pensamiento fue más sólido en Italia y, por lo tanto, menos necesario fue su recuperación crítica y polémica. Ver los ensayos recogidos en *Quaderni fiorentini*, 3/4, 1974-75. (Véase D. CORRADINI, *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato*, Milán, 1970, 347; C. SALVI, *Le immissioni industriali*, Milán, 1979, 147).

En efecto, no hay duda de que el pensamiento sociológico había comenzado hace mucho tiempo en Italia, incluso antes de que los franceses operaran su ruptura, un análisis sobre los "defectos sociales" y una crítica sobre la forma en que se consideraban los códigos y las instituciones de derecho privado eran tratados por la cultura oficial, delineando una "nueva tendencia" o abriendo "nuevos horizontes" al derecho civil⁷⁴.

La "cuestión social", colocada en el centro de las investigaciones, había producido una ansiedad de reforma que encontraría amplio espacio en los sucesivos debates sobre las propuestas de recodificación y luego en intervenciones individuales por obra de la legislación especial. El programa de refundación integral de la sociedad y de sus estructuras políticas tendrá que esperar algunas décadas más y encontrará espacio -pero también una reducción significativa solo más tarde con el advenimiento del régimen fascista.

La crítica social ciertamente puede considerarse la figura típica del tiempo. Todos compartieron la idea de ser parte de una transformación más amplia que iba más allá de las singulares disciplinas⁷⁵. De esta forma, la institución social logró traducir en reconstrucciones nacionales precisas, en derecho civil, es decir, problematizando la responsabilidad civil⁷⁶, introduciendo medidas a favor de las

⁷⁴ Después de todo, el mismo Saleilles llega a reconocerlo, en el *Livre du Centenaire* para describir esta ansiedad de la renovación del derecho privado a este

expresión "querida por los italianos", la misma con la que Cavagnari había nombrado algunos de sus libros unos años antes (SALEILLES, op.cit., 114) en referencia a los *Nuovi orizzonti del diritto civile in Rapporto colle istituzioni pupillari*, Milán, 1891).

La propuesta de poner el derecho en relación con la "vida", para vincular el momento histórico de la emanación de la ley con el proceso dinámico de la evolución social, se remonta al menos a Vadala Papale F. MAZZARELLA, *Darwinismo, storicismo, socialita. La "nuova tendenza" di Giuseppe Vadala Papale*, en *Quaderni fiorentini*, 2010, 583, G. CAZZETTA, *Coscienza giuridica nazionale e giurisprudenza pratica nel primo Novecento italiano*, en *Quaderni fiorentini*, 2011, 781).

⁷⁵ En el trabajo de G. SALVIOLI, *I difetti sociali del Codice civile in relazione alle classi non abbienti ed operaie, Palermo 1890*, e G. VADALÁ PAPALE, *Diritto privato e codice privato sociale*, en *La scienza del diritto privato*, I, 1893 E. CIMBALI, *La nuova Fase del diritto civile nei rapporti economici e sociali*, Turín, 1895; A. TORTORI, *L'individualismo e socialismo nella riforma del diritto privato*, en *La scienza del diritto privato*, III, 1895, 575.

⁷⁶ Ver G. VENEZIAN, *Danno e responsabilita fuori dei contratti (1884-86)*, in *Opere giuridiche*, I, cit., revierte la perspectiva de la responsabilidad civil, despojándola de un modelo de responsabilidad subjetiva, sanción por un comportamiento moralmente reprensible, anclándola en cambio a un sistema objetivo de responsabilidad, como una forma de defensa de la sociedad, confiada a la causalidad (vínculo entre daño y esfera legal del sujeto). Para una solución que presenta la culpa y

clases más débiles en el contrato⁷⁷, y construir una red de protección en torno al contrato, imponer obligaciones incluso sin la mediación de un individuo voluntario y formas de protección de las expectativas de terceros de buena fe⁷⁸. Y al mismo tiempo generó un interés renovado en todas aquellas culturas jurídicas que privilegiaron, en su tradición, la dimensión fáctica y colectiva.

En todo caso, de la crítica dejó intacta la dimensión intermedia de la construcción del sistema⁷⁹. El sistema se consideraba incompleto e imperfecto, pero siempre evolucionando y, por lo tanto, susceptible de reconstrucción. Los juristas siempre podían reconstruir sus elementos internos para mantener intacta la armonía y el vínculo con la estructura social⁸⁰. La elasticidad del sistema también permite, si es necesario, mover sus fronteras ligeramente hacia atrás para dar cabida a una nueva legislación social, capaz de ofrecer una respuesta más adecuada a los defectos más obvios del viejo formalismo.

la responsabilidad objetiva en el mismo nivel ver COVIELLO, *La responsabilita senza colpa*, en *RISG*, 1897.

⁷⁷ Véase E. GIANTURCO, *L'individualismo e il socialismo nel diritto contrattuale*, ora in *Opere giuridiche*, II, Roma, 1947. Con los comercialistas (C. VIVANTE, *1 difetti sociali del codice di commercio*, *Monitore Trib.* 1899, y ID., *Le nuove influenze sociali nel diritto privato* en *Ann. della R. Università Roma* a.a. 1902/03, P. SRAFFA, *La lotta commerciale*, en *La Scienza del diritto privato*, II, 1894) el "espíritu social" tiene características más definidas, lo que resulta en la protección de los intereses de los consumidores, depositantes, tenedores de pólizas, los trabajadores, la cooperación antes de que el poder económico de la empresa y los distribuidores y frente a la supresión posterior de cualquier verdadera libertad contrato en nombre de la libertad de convenciones. La codificación se convirtió en un elemento de resistencia a los abusos de las grandes fuerzas económicas, capaces de incorporar grandes instituciones sociales o moldeables para el uso social, como la cooperación y la aseguración.

⁷⁸ La atención a la seguridad y la estabilidad del tráfico jurídico impulsó la recuperación de la situación jurídica de los hechos, realmente presentes en la sociedad, a los que no se les daría protección G. VENEZIAN, *La tutela dell'aspettativa*, *Opere giuridiche*, I, cit. con referencias al *Gewere* de la ley consuetudinaria alemana.

⁷⁹ Ver V. POLACCO, *La funzione sociale dell'odierna legislazione civile*, *Camerino* 1885. Recoge, precisamente, las diferentes formas que la referencia al sistema puede asumir entre nosotros F. TREGGIARI, *Questione del metodo e interpretazione delle leggi in uno scritto di Vincenzo Simoncelli*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*

⁸⁰ Para Cimbali, el sistema es útil como punto de partida para una nueva legislación, pero el ingenio italiano debe encontrar los medios correctos entre el crudo mecanismo francés, el empirismo de su legislación y el organismo abstracto alemán, que requiere abarcar todo con sus excesos especulativos, terminan teniendo poco o ningún contenido". Este nuevo método fue el enlace o la correlación orgánica de las singulares instituciones jurídicas" (El estudio del derecho civil en los Estados modernos). Y luego Vivante aún subrayó que hay dos tipos de construcción dogmática, una mecánica y otra orgánica. Esta última, a pesar de orientarse con la ley, considera "la estructura técnica y económica de cada instituto como la base principal de su estructura jurídica". La promulgación de la ley no es más que el sello formal de los resultados ya obtenidos con la observación sistemática de los hechos.

Por lo tanto, a través de la adopción de una idea particular de sistema, se realiza la ampliación del organismo normativo por parte de la ciencia jurídica. En la semiperiferia de Italia, el papel y la fuerza de los principios vivificantes fueron fértiles. Estuvieron presentes en los textos en sí mismos, eran capaces de dar soluciones legales a la máxima amplitud posible.

La continuidad entre las dos épocas, creadas en el espacio italiano, permite dar cabida a ideas de solidaridad sin renunciar a la unidad del derecho común civilístico⁸¹.

Además, en el contexto de una visión orgánica del derecho, es normal que se otorgue preferencia a las formas de adaptación gradual, realizadas desde dentro, por parte de la ciencia jurídica⁸². En la competencia entre las diferentes élites, la ciencia jurídica puede así redefinir sus relaciones con el político (legislación) y con los jueces (jurisprudencia), afirmando su superioridad⁸³.

Sin embargo, es evidente que la elaboración científica del sistema, al tiempo que permite adaptar el derecho a las transformaciones en curso, también abrirá el camino a la subsiguiente reafirmación de la coherencia y la autonomía de la ciencia jurídica⁸⁴.

⁸¹ El debate sobre la responsabilidad por accidentes de trabajo, iniciado a fines del siglo XIX, ofrece una síntesis perfecta: la resistencia de los principios de responsabilidad basados en la culpa llevan a articular las posibles soluciones en términos de derecho procesal mediante la inversión de carga sobre la prueba o el derecho público con la introducción del seguro obligatorio. CAZZETTA, *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico (1865-1914)*, Milán, 1991, 163.

⁸² El poder político no puede disponer de la ley contenida en el código, la legislación especial y excepcional, las condiciones sociales no permiten la introducción de una pluralidad de regímenes jurídicos: "intervención especial puede resolver la injusticia del caso concreto, pero crea fragmentación, impide pensar en instituciones jurídicas unitarias, destruye el derecho y el papel del jurista, poniendo en peligro la correspondencia entre lo jurídico y lo social en una demanda incesante de "cobertura" para casos nuevos; vestidos hechos a medida de un solo modelo y fáciles de desgastar, inútiles en situaciones nuevas "(ver G. CAZZETTA, *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico*, cit.).

⁸³ Poco a poco la intervención del legislador dejará de ser excepcional para convertirse en "una carta de un mosaico en el proceso de composición, que combinada con otras piezas, y capaz de revelar un nuevo paisaje" (F. CARNELUTTI, *Infortuni sul lavoro*, Roma, 1913, XII).

⁸⁴ Fundado en la observación científica de los fenómenos y en la búsqueda de sus conexiones para identificar las leyes que rigen el nuevo método mientras el sistema legal sigue siendo real. Esto plantea, al mismo tiempo, las condiciones para una redefinición de sus instrumentos ("los conceptos se vuelven proyecciones teóricas de un orden real "ver M. BRUTTI,

Al mismo tiempo, la capacidad del modelo para mantener en pie la idea savignyana, esto es, de un derecho que se desarrolla en la sociedad por obra de la ciencia jurídica que el legislador debe reconocer simplemente en sus leyes, tiende a convertirse en la figura de una tradición italiana que podrá prevalecer, al menos en algunas partes del mundo, en relación con el legalismo derecho francés y frente a la abstracción de la escuela alemana⁸⁵.

XIII. LA AMBIGÜEDAD DE LO SOCIAL: HACIA EL "NUEVO ORDEN CORPORATIVO"

Sin embargo, con el fascismo lo "social" adquiere un matiz particular. No hay duda de que la necesidad de renovación, promovida por el pensamiento social, constituyó una preocupación general que se extiende rápidamente "en todos los países civilizados". Dichas iniciativas se tradujeron en todas partes bajo nuevas formas jurídicas de gobierno de la iniciativa de los privados. Estas fueron necesarias para responder a las cambiantes condiciones de desarrollo económico. Este requisito que ciertamente no es el resultado exclusivo del fascismo (y en Italia no necesariamente se identifica con este, aunque sin embargo también conoce diferentes matices dentro de él⁸⁶), aunque con este asume un matiz original de forma decididamente autoritaria.

Vittorio Scialoja, cit., 589, R. ORESTANO, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, Turín, 1963, "a menudo se asume un resultado de la ciencia (...) como un hecho ofrecido por la realidad").

⁸⁵ Desde una perspectiva italiana, la legislación en sí misma no se considera un producto del legislador, sino un trabajo gradual de sedimentación, hasta que alcanza el derecho romano con el cual no se da solución de continuidad. No solo el código es tan continuo, sino que a través de la identificación de principios generales también es posible llegar a una contraposición menos rígida entre la ley y la jurisprudencia (A. SPINOSA, "L'economia dei codici moderni". *Legislazione e giurisprudenza nella dottrina italiana dell'Ottocento*, Quaderni 2011, 711).

⁸⁶ En el fascismo hay varias tendencias que se mueven desde la idea de desarrollo y desde su inicio hasta su ruptura con el liberalismo. Sobre el tema ver P. CAPPELLINI, *Il fascismo invisibile. Una ipotesi di esperimento storiografico sui rapporti fra codificazione civile e regime* en *Quaderni fiorentini*, 28, 1999, 175 ss.; A. SOMMA, *I giuristi e l'asse culturale Roma-Berlino*, Frankfurt a.M., 2005, 23, R. TETI, *Codice civile e regime fascista. Sull'unificazione del diritto privato*, Milán, 1990, P. COSTA, *La codificazione fascista, osservazioni in margine ad un testo di Sergio Panunzio*, en *Diritto privato*, 2006, 569.

Un modelo cuyos promotores pensaron que podría proponerse, una vez afirmado en Italia, como un ejemplo de un "nuevo orden" incluso más allá de las fronteras europeas.

En efecto, en la alternativa italiana, la propiedad y la iniciativa económica individual deben salvaguardarse, pero están unidas por objetivos externos que trascienden a ellas: las necesidades fundamentales de la economía nacional y del orden corporativo. La autonomía y la utilidad social marcan los límites dentro de los cuales pueden tener lugar las actividades privadas. Y el orden jurídico gradualmente comienza a equiparse con una serie de instrumentos que le permiten al gobierno de estas actividades hacerse cada vez más perenne.

En verdad, la exigencia de una reorganización general del derecho privado a la luz de la necesaria presencia de la intervención del Estado fue un tema que ya se sentía fuertemente al menos a partir de la "legislación del periodo de la guerra". Diversos autores aceptan no considerarla meramente como el producto de una contingencia excepcional, sino la expresión de la nueva sensibilidad de que lo social había madurado. En efecto, dentro de ella, los autores más sensibles no dejaron de captar la presencia de esos nuevos temas inspirados en lo social como la superación del individualismo y la presencia cada vez más generalizada del derecho público en el derecho privado con toda la parafernalia necesaria para garantizar la protección de ciertos estratos débiles y proporcionar a la propiedad e iniciativa privada de una red de obligaciones y de límites para garantizar la realización de los objetivos sociales⁸⁷.

Una gran parte de estas innovaciones estará presente en la legislación colonial. Por demás, ahí donde existen de manera más extendida las "opresiones" es mucho más fácil decir aquello que en Italia todavía muchos pretenden negar.

⁸⁷ F. VASSALLI, *Della legislazione di guerra e dei nuovi confini del diritto privato* (1919), en *Studi giuridici*, II, Milano, 1960, 337, pero también F. FERRARA, *Diritto di guerra e diritto di pace, Scritti giuridici* II. Sobre el rol clave de Vassalli en diversas formas G.B. FERRI, *Filippo Vassalli e la defascistizzazione del codice civile*, en *Diritto privato*, 1996, 593 e SALVI, *La giusprivatistica*, cit., 254.

En el camino hacia su afirmación definitiva, una parte de la ciencia jurídica italiana le contrapone la primacía del código civil, pero no niega la necesidad de su renovación.

La oportunidad para una confrontación se ofrece de manera inmediata por la discusión sobre el proyecto italo-francés y sobre el modelo que propone: una actualización moderadamente social de la disciplina codicística en materia de las obligaciones y los contratos⁸⁸.

Si bien el Proyecto mantiene la importancia de la voluntad individual, aún reconoce la necesidad de una serie de límites que graven sus posibles expresiones, reduciendo así sus excesos. Límites que se configuran de manera elástica, cuya realización con el objetivo de lograr un mejor equilibrio con las necesidades sociales se queda confiada a la acción judicial⁸⁹. Son, precisamente, las incógnitas y las oscilaciones que se deducen de la apertura del modelo, consideradas excesivas, para ser objeto de las mayores variabilidades.

El carácter excesivamente francés de la obra y el distanciamiento excesivo de la tradición del derecho italiano constituyen las armas retóricas de la confrontación. Evidentemente, el verdadero objetivo es la superación del paradigma liberal realizado en una dirección decididamente no deseada⁹⁰.

Así, se reproduce una confrontación típica en la esfera del social, la que se da entre una postura más moderado, que no renuncia a una inspiración liberal, y otra más audaz, que también se abre al colectivismo en diferentes áreas geográficas.

Según esta última, es necesario una reconsideración completa de la relación entre los poderes privados y el ordenamiento jurídico, acompañado además de una

⁸⁸ G. ALPA, G. CHIODI, *Il progetto italo-francese delle obbligazioni (1927). Un modello di armonizzazione nell'epoca della ricodificazione*, Milán, 2007.

⁸⁹ El Art. 22 que introduce una acción general de lesión que conduce a la cancelación de todos los contratos desproporcionados en los que "según las circunstancias, se debe suponer que su consentimiento no ha sido lo suficientemente libre" y el art. 74 que conduce a una indemnización por todos los daños causados "al exceder, en el ejercicio de su derecho, los límites establecidos para la buena fe y para el propósito por el cual se reconoció el derecho". Aunque los parámetros evaluativos giran en torno al dogma de la voluntad, que sigue siendo central (M. BRUTTI, *Vittorio Scialoja, Emilio Betti*, cit.), son cuestionados los límites que determinan y circunscriben su alcance.

⁹⁰ E. BETTI, *Il progetto di un codice italo-francese delle obbligazioni e dei contratti*, en *Riv. dir. comm.*, 1929, 665, replica M. D'Amelio y luego V. Scialoja, y G. DE RUGGIERO, *Il progetto del codice, Studi in onore di Alfredo Ascoli*.

profunda reelaboración de las categorías civilísticas a la luz de las finalidades públicas y sociales⁹¹.

En Italia, más bien, se exige al derecho en vez de asegurar, tutelar y fortalecer aquellas actividades privadas que pueden considerarse socialmente productivas.

Reestructurado de acuerdo con la nueva visión política, el derecho privado debe convertirse tanto en anti individualista como heterónimo. De esta forma, el derecho debe poder, estar en capacidad, reflejar la pura normalidad económica o alejarse de esta, y ahí donde sea necesario intervenir más incisivamente, orientarla y plasmarla.

No se trata de desarrollar instituciones de derecho privado para reflejar mejor las necesidades sociales y lograr un mejor equilibrio social; más bien, se trata de configurar las categorías civiles dentro de un sistema de dirección que puede canalizar la realidad económica en un sentido específico. En este marco, es crucial que el Estado tenga mecanismos para garantizar el control de las actividades privadas, especialmente las actividades empresariales, y que responsabilice a los individuos por la forma en que se utilizan los bienes y los recursos⁹².

Con respecto al objetivo de reducir las desigualdades del liberalismo democrático, la lógica del fascismo es por lo tanto diferente: mantiene firmemente la lógica propietaria, pero antepone el interés público, como un límite externo a la iniciativa privada que sigue siendo "el instrumento" más efectivo y más utilidad en interés de la nación"⁹³.

⁹¹ El proyecto conjunto del fascismo refleja un modelo en el que el poder estatal elimina progresivamente los conflictos de clase, reemplazando el pluralismo de las partes con una reorganización en el sentido jerárquico de la sociedad para garantizar toda la productividad de la que era capaz una comunidad.

En la perspectiva neo-realista, el papel de la ciencia legal (y de la doctrina) tiende a reducirse. La crítica neo-realista, tomando el "dato", la conexión con el mundo empírico y el resultado positivista del pensamiento sistemático.

⁹² Sin embargo, en algunos matices, también emerge la idea de superar la misma ley privada S. PANUNZIO, *Il problema dei codici ed i limiti della codificazione*, en *Motivi e metodo della codificazione fascista*, Milán, 1943, 30 ss.

⁹³ La vía italiana se propone preservar tanto el beneficio como la acumulación privada de capital como una alternativa tanto al liberalismo como al colectivismo. El liberalismo democrático fue el objetivo por eliminar. A quienes reducen las diferencias sociales se les acusa de producir una nivelación social excesiva que no es funcional a los objetivos económicos del régimen, al objetivo del fascismo y el uso del capitalismo, manteniendo firme la iniciativa individual enjaulada en las

Y la producción, cuando pone en juego el bienestar de la nación, por lo tanto, lleva a "instancia social" y a la necesidad de poner límites, en su nombre, a las actividades de los privados.

Ahora, en la nueva perspectiva social, la presencia necesaria del interés público junto con el interés individual en la disciplina del disfrute de las cosas autoriza una consideración diferente y más compleja de las relaciones entre los individuos y las cosas⁹⁴.

No es la cosa estáticamente considerada como un objeto del poder absoluto del individuo, sino la cosa incluida en el proceso de producción y, por lo tanto, más precisamente el complejo de cosas, realizado en la "pluralidades vinculadas" en la que las personas, cosas y servicios se funden en el fenómeno organizacional para la búsqueda de un interés común que el derecho debe regular para asegurar una mejor producción⁹⁵.

En resumen, la cuestión de la pertenencia del bien pierde importancia frente al problema de la gestión de la producción, la condición del propietario frente a la del productor⁹⁶.

Esto también nos permite comprender cómo el conflicto sobre el código de ítalo- francés no se refirió a la posibilidad de limitar la voluntad ni las actividades de los individuos, sino la calidad de los límites.

necesidades de la solidaridad social, separándose así del nazismo y su lógica de la comunión de intereses en vista de la aniquilación del individuo en una comunidad orgánica cf. A. SOMMA, *L'asse culturale*, cit., 197. Otras declinaciones en A. SOMMA, *I giuristi francesi e il diritto della "grande trasformazione"*, en AA.VV., *Le droit sous Vichy*, Frankfurt-am-Main, 2006, 437 ss.

⁹⁴ La dimensión colectiva del fenómeno (del disfrute de las cosas) realizado dentro de los grupos ya había sido analizada en G. VENEZIAN, *Reliquie della proprietà collettiva in Italia* (1888), en *Opere giuridiche*, II, Roma, 1930.

⁹⁵ Mirando "bajo el perfil de las cosas" (ver FINZI, Derecho de propiedad y disciplina de producción), el sistema puede recuperar las diferentes realidades estructurales y funcionales de las cosas, considerándolas por la forma en que se insertan en el territorio y en la sociedad, es posible dar vida a una serie de diferentes estatutos de bienes. Como es sabido, esta línea de pensamiento será desarrollada por PUGLIATTI, la propiedad y las propiedades.

⁹⁶ El propósito de la organización es vincular los activos en la empresa y se vuelve central, en la empresa los elementos patrimoniales, estos se unifican en el plan económico funcional y se coordinan para un propósito común. En ese contexto, el empresario no es tanto propietario de la empresa, sino el gerente que realiza una función y, como tal, está investido de deberes y derechos.

XIV. SOBRE LOS "GÉRMENES DE UN NUEVO DERECHO"

Junto con la revisión de las categorías tradicionales, a la larga, la renovación también produce una reasignación más completa del código sobre el terreno de las fuentes. Un terreno que ahora parece mucho más rico y complejo que aquel diseñado por el pensamiento clásico.

En el contexto de una nueva relación entre lo público y lo privado, la sociedad está vinculada a una legislación especial que ya no se puede considerar residual, sino que se coloca en el mismo plano y se integra regularmente, lo que contribuye a diseñar la fisonomía de los particulares institutos, que están abiertos a la intervención heterónoma como lo atestiguan entre otros, los mecanismos garantizados por la combinación del art. 1339 c.c. y 1419, 2 c. y por el art. 1374 c.c.⁹⁷.

A pesar de que los criterios elásticos para evaluar el comportamiento de los particulares, tales como la buena fe y la *correttezza* siguen abiertos a la importancia que llegue a desarrollar el interés general y a su posible redefinición a la luz de los cambios políticos y sociales; sin embargo, de manera simultánea, son confiados a la actividad judicial.

En suma, el código se ubica en una jerarquía que ahora se ve en su vértice "principios generales del derecho", que no son una simple síntesis del material normativo existente, sino que al igual que el pensamiento social quería algo más y diferente en torno a los cuáles es posible reorganizar las singulares normas para vincular el derecho civil con los objetivos perseguidos por el Estado⁹⁸.

⁹⁷ No hay duda de que el fascismo construya su modelo organizativo bajo la primacía de la ley con respecto a la iniciativa de los particulares. Y en este sentido, se pueden explicar fenómenos como la reorganización de disciplinas como el abuso de la ley y el mismo daño contractual a favor de la regulación legal de las relaciones de propiedad y contractuales. "El derecho, en efecto, se inserta en el cuerpo mismo del código. y en la referencia al sistema jurídico como un canon de evaluación de los poderes del propietario, de la idoneidad del hecho para producir la obligación, del ámbito reservado para la propiedad privada "(ver C. SALVI, *La giusprivatistica*, cit., 268).

⁹⁸Se conoce el largo debate sobre el valor normativo de las declaraciones de la *carta del lavoro*, que al final se considerarán principios generales del sistema legal del estado y, por lo tanto, "criterios de interpretación de las leyes vigentes".

Nada mejor que las nuevas teorías de Emilio Betti: desde el negocio jurídico⁹⁹ a la causa¹⁰⁰ y la valoración de las cláusulas generales¹⁰¹ expresa este vínculo. Un proyecto Bettiano que no dejará de encontrar una mayor legitimidad en una continuidad renovada con la tradición romana (obviamente entendida de una manera diferente del modo en que el pensamiento clásico y el ala más liberal lo entendieron¹⁰²) y el espíritu nacional¹⁰³.

En el nuevo negocio jurídico emerge todo el valor social asignado a la regulación de los intereses privados, a la que se vinculaba la realización de intereses "generales" como la protección de la confianza y la seguridad de la circulación jurídica.

Al mismo tiempo, el proyecto Bettiano, mientras desarrolla las nuevas categorías dogmáticas capaces de aceptar la intervención pública, ejerce una resistencia con respecto al intento del fascismo de restablecer la superioridad de la

⁹⁹La orientación en un sentido antidualista se realiza en la imposición de límites y cargas a la expresión de la autonomía privada que debe promover funciones determinadas por la ley. Para un resumen significativo ver E. BETTI, *Sui principi generali del nuovo ordine giuridico*, en AA.VV., *Studi sui principi generali dell'ordinamento giuridico*, Pisa, 1941, 321.

¹⁰⁰A las reglas clásicas de la causa, heredadas de la tradición francesa, la relectura bettiana contrasta el paradigma romano, como modelo abstracto, junto a los negocios típicos referidos producen efectos solo los negocios cuyos objetivos responden a funciones económico-sociales previstas por la ley o que sin embargo, encuentran una correspondencia en "la conciencia social, la economía nacional y el orden público", de la cual el orden corporativo es una parte integral.

¹⁰¹En las relaciones individuales, una serie de criterios (protección del crédito, deber de corrección y buena fe, deber de solidaridad corporativa) está flanqueada por la regulación normativa para subordinar los derechos individuales a las necesidades de la economía nacional.

¹⁰²En el pensamiento clásico, la legitimidad que proviene del derecho romano está vinculada no solo a la perfección de los modelos, sino a su característica de ley fundada en la libertad individual, Betti recuerda la referencia al pasado, la ley romana no sirve para afirmar la primacía de los valores de esa cultura, pero por "su capacidad de ofrecer materiales que todavía son crudos, pero preciosos ... sobre los cuales se puede ejercer y respetar el poder lógico" dogmático "de las categorías de la nueva civilización, respetando y mejorando la continuidad. de una tradición "(ver A. SCHIAVONE, *L'identità*, cit., 298), invirtiendo así la posición.

¹⁰³En este sentido, Betti reafirma la autonomía de la razón legal basada en la centralidad de la tradición. Para Betti, el principal instrumento para crear una política que esté a la altura de los tiempos y la colocación de valores, los "nuevos" objetivos en la corriente de una continuidad sustancialmente ininterrumpida de procedimientos argumentativos y convicciones metodológicas, tradición y la condición para una concepción y funcionalidad de la jurisprudencia. La idea es controlar la dinámica social a través de la dogmática. Sobre las características de la dogmática bettiana y de sus categorías jurídicas metahistóricas P. COSTA, *Emilio Betti: dogmatica, politica, storiografia*, en *Quaderni fiorentini*, 7 (1978), 311, A. SCHIAVONE, *Il "nome" e la "cosa". Appunti sulla romanistica di Emilio Betti*, *ivi*, 293.

política sobre jurisprudencia (tanto teórica como práctica). , tratando de llevar la ciencia jurídica al centro del escenario.

Con la repentina caída del fascismo, todo lo nuevo creado por la codificación del '42 a través de la indistinción entre las categorías privadas y la intervención pública, en la búsqueda de una nueva relación entre la sociedad y el Estado, cayó en la sombra. Reducido a una simple referencia ideológica o a un requisito estrechamente vinculado a las estructuras particulares que se le había dado a ese régimen, en efecto, estaba destinado en ambos casos para eclipsar con él¹⁰⁴.

Será la idea del "excepcionalísimo" del fascismo, considerado como un fenómeno absolutamente extraordinario y pasajero, al que la ciencia jurídica pudo resistir muy bien a través de "una geometría de formas conceptuales unidas en un elaborado sistema" para permitir la supervivencia de la codificación del 42, incluso cuando se purga de sus incrustaciones más propagandísticas¹⁰⁵.

El camino se allana hacia la restauración de la versión clásica del derecho privado¹⁰⁶. Y con ello, por lo tanto, a la edificación de todos los juristas que habían participado en la construcción de esa construcción con el nuevo código, que luego podría aplicarse para la guía de la nueva Italia.

Solo más tarde, en un marco de ideas y valores totalmente modificado, esos "gérmenes de un nuevo derecho" deberán de ser retomados y reanudados, en particular, el tema del impacto en las categorías de derecho privado de la función de gestión y programación asignada a las autoridades públicas¹⁰⁷. Y junto con ellos, una gran parte del arsenal técnico elaborado en ese período.

¹⁰⁴ En esta dirección se ubican aquellos que creen que el formalismo de los juristas sirvió como una pantalla que impide la conformación del código por el fascismo y en su lugar crea una conexión con la tradición liberal anterior en el signo de un papel puramente técnico de la ley privada cf. R. NICOLÒ, *Codice civile*, in *Enc. dir.*, VII, Milán, 1960, 246.

¹⁰⁵ Cf. S. PUGLIATTI, *La giurisprudenza come scienza pratica*, en *RISG*, 1950, 49. La discusión y recuperación en M. BRUTTI, *Vittorio Scialoja*, cit.

¹⁰⁶ Incluso quien resalta la novedad de la codificación, situándose más bien desde el punto de vista funcional, puede afirmar la continuidad entre lo antiguo y lo nuevo *Vassalli*, *Il diritto di proprietà*, in *Studi giuridici*, II, Vassalli, *Motivi e caratteri della codificazione civile*, en *RISG* 1947, 76.

¹⁰⁷ P. RESCIGNO, *Codici. Storia e geografia di una idea*, Bari, 2013.

XV. DECADENCIA Y RENACIMIENTO DE LO SOCIAL: LOS AÑOS SETENTA

La complejidad de la sociedad y la necesidad de llevar a cabo un proceso de transformación en un sentido democrático, de acuerdo con los valores sociales reconocidos en muchas de las nuevas constituciones de la posguerra, condujeron al cierre definitivo de la experiencia del social, de la cual resulta necesario recuperar todas sus potencialidades.

Junto con el intento de restaurar el orden del pensamiento clásico, como un baluarte contra las degeneraciones a las que condujo lo social, en los años inmediatamente posteriores al final de la guerra, comienza un complejo proceso de renovación, tomando diferentes itinerarios.

La presencia en las nuevas constituciones de valores sociales induce así a reanudar ese proceso de relativización de conceptos clásicos, ya en boga desde el comienzo del siglo, con el fin de hacerlos más "aptos para soportar las tensiones a que fueron sometidos por una interpretación". Teleológicamente orientados a la actuación de los nuevos principios¹⁰⁸.

En efecto, el derecho privado siguió estando presente personalidades que, debido a su atención a los datos reales o su oposición frente al formalismo, bien podría caracterizárseles como estudiosos "críticos". Más que un enfoque metodológico común, los mantuvo unidos una sensibilidad común, caracterizada por el rechazo a las abstracciones. En diferentes niveles, todos habían contribuido a mantener viva la crítica de las categorías clásicas, consideradas demasiado generales y rígidas para gobernar las diferentes realidades de los hechos, y sugerir soluciones alternativas¹⁰⁹.

En particular, ahora se trataba de mejorar precisamente la deriva desarrollada en las reglas del derecho privado mediante la elaboración teórica de lo "social". Este hecho ha contribuido a abrir las categorías tradicionales, por un lado, a la intervención del legislador que ahora encuentra su ubicación "natural" dentro de

¹⁰⁸ Por lo tanto, R. NICOLÒ, *Diritto civile*, en Enc. dir., XII, Milán, 1964, 71 que resalta las características particulares del formalismo pugliattiano en el cual el sistema no es estático y cerrado, sino abierto y elástico, siempre en equilibrio dinámico.

¹⁰⁹ Véase en P. GROSSI, *La cultura del civilista*, cit.

ellos y, de otro lado, al juez que podría, de manera igualmente "natural", operar a través de las cláusulas generales, gradualmente la necesaria reconciliación entre la solidaridad social y los valores de la racionalidad económica¹¹⁰.

Las herramientas desarrolladas por lo "social" ahora se usaban en una perspectiva radicalmente diferente a la experiencia corporativa. En efecto, se pusieron en práctica para lograr objetivos redistributivos e igualadores bajo el carácter de los nuevos valores constitucionales de igualdad y solidaridad.

Un rol fundamental desarrolló la inclusión del artículo 3 de la Constitución que, identificando en la eliminación de los obstáculos económico-sociales a la igualdad como uno de los deberes principales de la República, se constituyó en uno de los puntos clave de referencia para dar un significado diferente a lo "nuevo" que lo social había puesto en marcha.

En efecto, a través de estas nuevas aperturas podrían establecerse todas las premisas de un derecho privado del *welfare state*. Un derecho privado capaz de constituir el vínculo principal a través del cual se pueda realizar una redistribución efectiva de los recursos. En esta perspectiva, por lo tanto, el carácter de excepcionalidad del *welfare law* podía ser redimensionado: la regulación estatal ya no constituía más una intervención aislada y, de alguna manera limitada, a un área normalmente bajo la prerrogativa de un orden espontáneo, representado por el derecho privado, cuyas instituciones- del mercado a la familia- surgen de forma previa e independiente del desarrollo de la regulación estatal y cuyas reglas constituyen, por lo tanto, el derecho común.

Siempre en la misma dirección, más adelante, lo social debía de encontrarse con la tradición marxista en el "uso alternativo del derecho"¹¹¹. Con esa, en efecto,

¹¹⁰ La cuestión del contrato es emblemática cuando la competencia entre las fuentes puestas en una posición igual y el principio de buena fe permitieron una amplia facultad de intervención. Ejemplo, cuando es necesario rediseñar todos los derechos y obligaciones de los contratistas para apreciar concretamente las recíprocas posiciones según los principios de la solidaridad social.

¹¹¹ La referencia es AA.VV., *L'uso alternativo del diritto: 1, Scienza giuridica ed analisi marxista. Ortodossia giuridica e pratica politica* (a cargo de P. Barcellona), Bari, 1973. Ahora, el tema está recogido en L. NIVARRA, *Gli anni settanta del diritto privato*.

lo "social" entra en una relación compleja que, a causa de la visión antagónica con la que se compromete, a veces se vuelve conflictiva.

Frente a "opciones teóricas diferenciadas", en efecto, la presencia de un principio clave como el de la igualdad sustancial, sancionado por el segundo párrafo del art. 3, tuvo que autorizar tanto la superación de la abstracción de la norma como la recuperación de la dimensión de lo real para llevar a cabo una interpretación funcional de la "emancipación de las clases subordinadas".

Con respecto a estas pautas, el elemento teleológico y la identificación de los intereses que subyacen a las categorías jurídicas representan el punto en común con lo social. Al igual que a fines del siglo XIX, la sociedad y su observación, por un lado, y la reevaluación de las fuentes jurisprudenciales y doctrinales, por el otro, son los elementos claves de la innovación.

Sin embargo, hay una variante significativa: si, por un lado, en la primera versión, la sociedad de cuya observación se deriva soluciones y se la considera en una perspectiva predominantemente estática, como ese complejo de elementos que constituye la "naturaleza de las cosas" para reproducir el equilibrio; por otro lado, en la segunda, la sociedad se toma en cuenta en su perspectiva dinámica, es decir, se la analiza críticamente con referencia a las tensiones, los conflictos de intereses y las "contradicciones" que afectan toda la realidad¹¹².

Una vez más, Italia constituyó un punto de referencia importante, una semiperiferia, que también transmite la difusión de este segundo pensamiento de lo social en todo el sur de Europa y en América Latina¹¹³.

¹¹² A. M. HESPANHA, *La cultura giuridica europea*, Bologna, 2012, 317. La atención de la "realidad social" en "clases sociales", la sustitución de "la 'evolución' con 'conflicto'", la denuncia de las 'mentiras' de neutralidad y el descubrimiento de la dimensión ideológica del derecho son todos elementos que contribuyen a transformar el anti-formalismo en una necesidad de ruptura, cuyo significado fue representado por la prefiguración de una alternativa y la posibilidad de una transformación. Dominando y especialmente el tema de la contradicción, pero entendida en la perspectiva ofrecida por la presencia de una estructura profunda "real" y "objetivo" de la sociedad capitalista que se adentra en el sistema legal, y que está en la raíz de todos los conflictos en los que la legislación de "clase" estaba en curso de colisión con "principios incompatibles". Ver P. COSTA, *L'alternativa "presa sul serio": manifesti giuridici degli anni settanta*, en *Mat. st. cult. giur.*, 50.

¹¹³ A. M. HESPANHA, op. cit. Para algunos eventos significativos M.G. LOSANO, *La legge e la zappa. Origini e sviluppo del diritto alternativo in Europa e Sudamerica*, en *Materiali st. pen. giur.*, 2000, 109.

Por lo tanto, a finales de los años 60, lo social tendrá en diferentes lugares su regreso. Al mismo tiempo, sin embargo, también esos son los años que marcan el comienzo de su transformación radical. Un proceso a través del cual la idea de lo social comenzará a tabularse lentamente dentro de un marco intelectual más complejo que aún caracteriza la era contemporánea. En efecto, hoy en día las adquisiciones del social parecen consolidadas; pero más bien, parecen combinarse, con diferentes modalidades, con aquellas características de la etapa anterior¹¹⁴.

XVI. CRISIS Y DECLIVE DE LO SOCIAL

Es precisamente esta extrema variedad de manifestaciones a través de la cual lo "social" puede presentarse es su inestabilidad, que puede dar lugar a resultados radicalmente diferentes; esta variedad se llevará al banquillo de los acusados.

Inicialmente, esta inestabilidad será acusada, en diferentes partes del mundo, de conducir a resultados trágicos.

Se condenará, en especial, a la visión instrumental, en la cual el derecho es considerada como una simple ingeniería social que es susceptible de ser organizado para la realización de cualquier política. El énfasis puesto en las ciencias sociales, si por un lado justificaba la necesidad de una política de reforma de la sociedad, por otro lado, ponía las elecciones sobre los destinos de la colectividad en manos de científicos sociales o de una política "positiva" o "científica" que a menudo terminaba adquiriendo connotaciones intolerablemente autoritarias.

En su posterior reactivación, a partir de los años 60 en adelante, se acusará a la sociedad por las consecuencias a las que puede conducir una política económica mucho más activista y con una fuerte caracterización redistributiva.

A las complejas problemáticas planteadas en el período de la posguerra ahora se superponen aquellas producidas por la transformación en sentido social del Estado. El aumento constante de sus deberes había causado el crecimiento de un

¹¹⁴ El modelo es el de la sedimentación o estratificación utilizada por D. KENNEDY, *Two Globalization of Law and legal thought*, cit., 631 e ID., *Three globalization of law and legal thought*, en D. TRUBEK, A. SANTOS (a cargo de), *The new law and development: a critical appraisal*, Cambridge, 2006.

gigantesco aparato burocrático para implementarlos. Entonces, por un lado, va ser cuestionado el funcionamiento de un mecanismo que demostró ser demasiado engorroso, costoso e imperfecto para ser considerado realmente socialmente útil. Por consiguiente, nuevas problemáticas están destinadas a ser cuestionadas por las consecuencias de las intervenciones realizadas. Según los observadores, muy a menudo, esto resulta perjudicial para aquellos que, encontrándose en los puestos más bajos de la escala social, deberían haber sido sus beneficiarios¹¹⁵. De otro lado, y más sofisticado aspecto, el blanco de las críticas son las múltiples formas de interferencia ("disciplina") en la esfera privada de los ciudadanos, consideradas inaceptable, ya que producen consecuencias mucho más negativas de la indigencia material que pretendían proteger¹¹⁶.

A todas estas críticas, provenientes desde posiciones opuestas, lo social no sabrá encontrar respuestas convincentes.

XVII. LOS LÍMITES DE LA VISIÓN TELEOLÓGICA, CONFLICTO ENTRE LOS INTERESES

Sin embargo, existe otro perfil, intrínseco en la visión teleológica del derecho, a la raíz de la renovación, que es interesante poner a la luz. En efecto, desde aquí está destinado a generar una reacción que conduce a un itinerario diferente que aún influye en la época contemporánea.

Si la visión teleológica del derecho se hubiera mostrado inicialmente para reemplazar la estética del pensamiento clásico, el vínculo desarrollado entre el derecho y la sociedad, sin embargo, no se hubiera demostrado, a la larga, capaz de producir resultados verdaderamente convincentes. El hecho relevante era que la sociedad, con su creciente complejidad, no había demostrado ser una referencia capaz de ofrecer una respuesta científicamente sólida¹¹⁷.

¹¹⁵ En este punto ya vemos las reflexiones de Pound sobre los problemas y los resultados obtenidos con los programas sociales: R. POUND, *New Paths of The Law*, Nebraska, 1950, 51.

¹¹⁶ M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire*, Turín, 1976, F. EWALD, *L'Etat providence*, Paris, 1986.

¹¹⁷ Incluso en la perspectiva inspirada por el marxismo, surge la dificultad de correlacionar los eventos producidos en la sociedad con la adopción de una determinada forma jurídica, a los instrumentos jurídicos solo se pueden reservar tareas muy vagas como la de facilitar la

El proceso de interpretación de las reglas partiendo de los fines y de los intereses sociales estaba destinado a ser impreciso, denunciando la extrema dificultad de identificar reglas verdaderamente coherentes y exponiéndose a la crítica de reproducir a su vez una nueva forma de conceptualismo, aunque ahora de tipo social¹¹⁸.

A diferencia de lo que inicialmente pensaban la mayoría de sus promotores, el nuevo método sacó a la luz una pluralidad de fines e intereses, a menudo en conflicto entre sí, lo que dejó espacio para soluciones abiertas.

Dentro de los diversos procedimientos jurídicos, se hizo cada vez más evidente cómo las diferentes soluciones no eran más que el producto de un compromiso entre diferentes intereses sustanciales, cuyo resultado favorece a uno y desfavorece al otro¹¹⁹.

Asimismo, el propio Jhering ya había revelado la existencia de una tensión dentro del derecho entre sustancia (el interés protegido) y forma, en virtud de la cual el interés protegido siempre debe atenerse a los requisitos formales, es decir, aquellas que se derivan de su admisibilidad concreta (la capacidad de ser aplicado de manera simple) a través de formas jurídicas. Y la mejor administración de una regla, en el sentido de aumentar su certeza en su funcionamiento, provoca una mayor imprecisión en la protección del interés sustancial (que termina siendo

previsibilidad o certeza de las relaciones comerciales. ya no es posible encontrar una explicación racional de la relación entre ley y sociedad en la dinámica de los intereses concretos. S. RODOTÁ, *Proprieta ed industria. Variazioni intorno alla responsabilita civile*, en *Pol. dir.*, 1978, 429 ss.; M. BESSONE, *Disciplina dell'illecito, distribuzione dei rischi e costi sociali dei sistemi di risarcimento*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1977, 721.

¹¹⁸ La opción difiere de la del positivismo sociológico que concibió el derecho como el producto del desarrollo social, del cual pensaron que habían encontrado leyes científicas. En esta perspectiva, la empresa producía su derecho a través de un proceso automático que no implicaba ninguna elección.

¹¹⁹ En la jurisprudencia de intereses existe una clara conciencia de que la regla es el resultado de más vectores, no solo uno. Según Heck, cada ley ofrece la solución a un conflicto de intereses, se origina en un conflicto de intereses y, a su vez, constituye el resultado, incluso si a menudo uno solo puede captar uno que es el que prevalece. Las reglas operan en un mundo lleno de intereses conflictivos y, por lo tanto, cada ley siempre opera a expensas de los intereses de alguien. La palabra intereses puede ser ambigua porque se refiere a dos tipos diferentes: personal e impersonal. Son solo estos, como universalizarles, que pueden entrar en juego P. HECK, *Das Problem der Rechtsgewinnung*, Tubinga, 1912, donde el juez frente a un conflicto o una brecha debe reproducir el mismo equilibrio de intereses que la ley.

aproximativa por exceso o defecto), mientras que la mayor precisión disminuye, mas bien la certeza.

El mismo conflicto puede remontarse en diversos de los intereses que constituyen las preocupaciones recurrentes del pensamiento social, como la tutela de la confianza o la protección de la seguridad de la circulación jurídica¹²⁰.

Por ejemplo, esto último puede apreciarse según dos perspectivas diferentes: la estática, que es el interés en la seguridad del titular de la situación jurídica, y la dinámica, el interés en la estabilidad de la transferencia de quien la ha adquirido¹²¹. Dos objetivos que están en conflicto entre sí y que requieren una especie de mediación por parte del sistema legal.

Este enfoque tuvo que influir en gran medida en la elaboración de la jurisprudencia sociológica estadounidense. Esto puso de manera expresa la importancia del compromiso entre los intereses, renunciando, sin embargo, durante su camino teórico a trazar una fórmula o un criterio científico que permitiría al juez evitar una elección¹²².

Para responder a las críticas de los predecesores, las reglas de derecho privado se articularon de otra forma: estas buscaron reflejar un delicado equilibrio entre las diversas finalidades de la *policy* destacadas por la crítica y equilibrada con los otros intereses más clásicos para alcanzar compromisos razonables (porque son proporcionales)¹²³.

¹²⁰ La necesidad de proteger a quien ha confiado en la buena fe en las declaraciones de otras personas entra en conflicto con la necesidad de proteger a aquellos que no quieren verse obligados por su propia voluntad.

¹²¹ La protección de la seguridad de circulación legal tiene al menos dos perfiles diferentes: seguridad estática y seguridad dinámica. El primero coincide con el interés de todos los titulares de un derecho de no perderlo contra su voluntad, el segundo y, en cambio, el interés de todos los compradores de un derecho que la situación real adquirida no se pierda debido a la invalidez de la transferencia. Todas las instituciones de derecho privado requieren elecciones entre estos dos propósitos. Promover la seguridad estática significa alentar a la persona que posee el bien a realizar todas las mejoras e inversiones necesarias para mejorarlo y favorecer la seguridad dinámica, pero más bien fomentar la circulación legal y la asignación de bienes a usos más eficientes. Ver R. DEMOGUE, *Traité des obligations*, cit. de nosotros E. Finzi.

¹²² R. POUND, *Introduction to the Philosophy of law*, New Haven, Yale Univ. Press 75-76. K. LLEWELLYN, *A realistic jurisprudence - The next step*, 30 *Col. L. Rev.* (1930), 431. K.N. LLEWELLYN, *Some Realism about Realism - Responding to Dean Pound*, 44 *Har. L. Rev.* 8 (1931) 1222-1264.

¹²³ L. FULLER, *Consideration and form*, 41 *Colum. L. Rev.* 799, (1941). Los objetivos sociales se han convertido en políticas que deben medirse con la otra política de respeto a la autonomía individual, los intereses particulares se han universalizado.

En esta perspectiva, los motivos sociales, típicos de la segunda fase, se transformaron en *policies* y *principles* que tuvieron que equilibrarse con otros elementos más clásicos en conflicto, como la voluntad individual y los singulares derechos. Así como también pueden equilibrarse con los intereses generales a través de decisiones, teniendo en cuenta consideraciones de administrabilidad, es decir, la mayor o menor generalidad que se le debe dar a la regla (como en la recurrente alternativa entre la regla o el estándar), y también consideraciones de competencia institucional, es decir, las oportunidades vinculadas a un mayor o menor activismo judicial¹²⁴.

Transpuesto a nivel global, esto produjo un fenómeno interesante: la desaparición de las preocupaciones sociales del centro de la escena en el derecho estadounidense, lo que nos permitió a los europeos presentar nuestros derechos, en general, como mucho más sensibles a lo social; por otro lado, a diferencia de Europa, era más fácil para los estadounidenses adaptar sus categorías jurídicas a fines sociales¹²⁵.

18. NOTA SOBRE GORLA Y EL MÉTODO EN "EL CONTRATO"

Estábamos diciendo, al principio, sobre una presencia cada vez más significativa en el período de la posguerra de un nuevo enfoque metodológico cuya genealogía se remonta al derecho estadounidense. La experiencia del *common law* no era desconocida para los italianos desde el comienzo del siglo. El pensamiento social, como hemos mencionado, había catalizado la atención en aquellos sistemas

¹²⁴ Las evaluaciones se refieren a la elección entre reglas y estándares de general menor o mayor. El conflicto entre los diversos propósitos ya había sido señalado por Jhering cuando contradecía las reglas que aseguran la certeza entre las partes, el control del juez, pero están sujetas a la imprecisión y los estándares que en cambio aseguran una mayor flexibilidad equitativa, pero son abierto a la discreción, no es suficiente apelar a la administración, porque su exactitud también debe verificarse (pueden ser demasiado inclusivas). Para Demogue, por otro lado, el contraste entre seguridad estática y seguridad dinámica requiere una aclaración de los costos que ambos implican.

¹²⁵ En Europa, la respuesta predominante a las intervenciones sociales ha sido la compartimentalización de intervenciones de este tipo en un ámbito específico, separado del *common law*, que impide la desintegración de la coherencia interna (excepción necesaria para rectificar las consecuencias indeseables desde un punto de vista social).

que, como ese, valoraban el trabajo de la jurisprudencia y la dimensión fáctica. Pero a partir de mediados de los años cincuenta con Gino Gorla, el *common law*, en su versión estadounidense, comienza un proceso de penetración más significativo en Italia.

Definitivamente, Gino Gorla pertenece a ese grupo de juristas, que ya hemos mencionado, unidos por una sensibilidad anti formalista que los lleva a lanzar un ataque contra las abstracciones del derecho clásico.

Aunque no había tenido éxito inmediato, no hay duda de que su monografía sobre el contrato estaba destinada a marcar un punto de inflexión metodológico fundamental en el panorama italiano y a despertar un renovado interés en un mundo que, más allá de la *doctrines* utilizada y de las teorías utilizadas para organizarlo, no se mostró tan distante de lo nuestro¹²⁶.

Las innovaciones introducidas por Gorla no son pocas, partiendo de la estructura original de la obra, dividida en dos libros: el primero dedicado a la reconstrucción histórico-crítica del problema de la eficacia vinculante a las promesas, el segundo constituido más bien de una colección de sentencias significativas, según el método casuístico, típico del modelo de enseñanza anglosajón¹²⁷.

La reelaboración de muchos problemas sociales críticos es evidente. Aunque, en aquellos años, la instancia social que durante tanto tiempo había influido en el pensamiento jurídico ya había comenzado su lento declive, no hay duda de que la crítica social había dejado una marca indeleble.

¹²⁶ Gorla era un profundo conocedor de la ley común que había estudiado durante mucho tiempo, después de haber realizado un viaje de estudio a los Estados Unidos donde habría vivido varias veces, la última para los famosos seminarios de Cornell, en la vida real. bisagra entre los diversos sistemas que fue constituido por Alejandría de Egipto, donde permaneció hasta 1957.

Proyectado en un mundo cosmopolita en el que la crítica, promovido por la escuela moderna en Francia, se había extendido más allá de las fronteras nacionales y se había convertido en un patrimonio ampliamente compartido incluso fuera del océano, donde el realismo legal él propuso como el continuador, aunque de una manera absolutamente original.

¹²⁷ La atención a la jurisprudencia también puede considerarse el reflejo de la necesidad de llamar la atención sobre las decisiones de los jueces como la unión que llena la brecha entre la norma y su aplicación, equilibrando la brecha y los diferentes factores (retóricos, lingüísticos, políticos) de los que utiliza la jurisprudencia, en la continuación de su investigación se convertirá en estudio del "ius" decir "y los procesos de su formación y luego se extendió a la organización del funcionamiento de los tribunales tales MONATERI, *Gino Gorla*, en *Dizionario degli autori italiani*.

Así, la dimensión histórica de los institutos y la importancia del *law in action*, que luego se convierten en los temas principales de su análisis, se retoman y se vuelven contra del modelo lógico-sistemático y de la idea del contrato, basado en el poder de la voluntad, que lo trasmitía. En efecto, a través de este punto de vista, Gorla pudo poner en evidencia el abuso de las deducciones a las que debía recurrir el pensamiento clásico para cumplir con sus presuposiciones de consistencia.

Al mismo tiempo, había otro elemento importante que debía sacarse a la luz: la investigación real de los problemas detrás de las fórmulas de los juristas¹²⁸. Gorla vio claramente cómo, a través de diferentes instrumentos, los derechos continentales y el *common law*, fueron llamados a resolver los mismos problemas análogos.

La respuesta a esta pregunta, sin embargo, ya no podía encontrar a través de la deducción lógica de un principio como el de la voluntad individual, ni en la búsqueda de un propósito inmanente al derecho contractual, como la seguridad de las contrataciones o la utilidad social.

En efecto, ninguno de estos elementos era por sí mismo suficiente para responder a la interrogante que se planteaba Gorla: en qué situaciones el *promisario* desilusionado puede actuar contra la otra parte que no quiere más respetar aquello que ha debido hacer.

La investigación sobre el *case law*, de la que no se puede pasar por alto ninguna comparación seria, en cambio arrojó un panorama más articulado del que surgieron más bien una serie de reglas diferentes, que arbitran un conflicto entre la libertad del promitente para deshacerse de una promesa que se ha vuelto inoportuna y la seguridad de lo prometido, en quien se ha confiado, quiere que se le garantice el respeto.

¹²⁸ Como FULLER (*Consideration and form*, 41 *Col. L. Rev.* (1941), 799) en el S.U. había mirado cuidadosamente la crítica realista sin emoción, por el contrario, reaccionando a los excesos de un método científico para el cual el comportamiento de los jueces era considerado un simple hecho para ser observado y predicho y el ser (la investigación sobre la sociedad) debía ser transformado en tener que ser (categorías legales).

Estas reglas aparecen como el resultado de una serie de compromisos complejos en los cuales una serie de razones de naturaleza sustancial (autonomía, intercambio, confianza) se entrelazan con una serie de razones formales: la necesidad de probar la presencia (*evidentiary*) la ponderación (*cautionary*), la seriedad y la definición (*channelling*) del acuerdo.

Con el fin de asegurarle al promitente la posibilidad de actuar para el cumplimiento de la promesa, estas reglas, en efecto, requirieron un *quid* adicional en comparación con la voluntad del promitente: la presencia de una contraparte realizada o solo prometida por el *promisario* o el hecho de que la promesa se había revestido de una forma solemne o de toda una serie de otros elementos, tales como "la proporción entre los intereses del acreedor y la carga del deudor, la búsqueda de una confianza particular hecha por este primero o el perjuicio sufrido, la moderación, sin embargo, la responsabilidad de quienes prometen gratuitamente, incluso a través de la interpretación favorable para este"¹²⁹.

Proyectada en un conflicto entre la libertad del promitente que quiere deshacerse de la promesa y la seguridad del promitente que quiere que se garantice su custodia, estas reglas pueden considerarse un equilibrio entre estos dos intereses, no desvinculadas por consideraciones más generales que se refieren a los costos de las transacciones y la administración de justicia (a fin de establecer la seguridad jurídica y facilitar la tarea del juez). Consideraciones que no parecen más antitéticas entre sí, sino que compiten¹³⁰: desde una perspectiva que tiene en cuenta todos los intereses y los protege de un sacrificio que no es estrictamente necesario.

Las razones de estas soluciones pueden encontrarse, según Gorla, en una variada gama de motivaciones relacionadas con los intereses del *promisario*, pero también en la necesidad de un orden social para proteger la fe colocada en ciertas promesas. Junto con estos requisitos, Gorla también enfatiza la necesidad de

¹²⁹ La conexión con la lógica medieval del revestimiento del contrato aseguró la solución de la cobertura de la tradición G. GORLA, *Il contratto*, cit., 170, 464. Significativamente antes ya G. VENEZIAN, *La causa del contratto*, en *Opere*, cit.

¹³⁰ Fuller combina la teoría de la voluntad y el principio de "*sanctity of promises*" de Cohen y el principio de la negociación y especialidad de Gardner traduciéndolos en un principio de orden social, D. KENNEDY, *From the Will Theory to Principle of Private Autonomy: Lon Fuller's Consideration and Form* (2000), 100 Col. L. R. 94.

proteger incluso al *promitente*, pero no en el sentido de proteger su interés en obtener un gravamen o una sanción, sino como una protección de su interés (considerado objetivamente) de una naturaleza más general para no contraer restricciones a la ligera, para liberar o aligerar el peso de ciertas promesas.

Debido a la nueva propuesta de una visión del contrato como un conjunto de obligaciones y de la fuerte controversia con Betti, la reconstrucción de Gorla se interpretó principalmente como un retorno a la configuración clásica del contrato en una clave de garantía individual¹³¹. En realidad, la operación de Gorla parece ser mucho más compleja, sus trabajos sobre el contrato son, en efecto, un momento de transición del que vive todo el esfuerzo entre dos épocas: la de lo social que está "en el centro", pero no en Italia, donde tendrá un renacimiento significativo, se abre la conclusión, y la apertura de la tercera fase que, incluso hoy, caracteriza el marco actual, cuyos elementos consisten en una elaboración original de los principales tiempos de las dos épocas que lo precedieron¹³².

Gorla quería eliminar la voluntad individual del pedestal sobre el que la teoría clásica la había colocado para relacionarla con todas las demás consideraciones, tanto formales como sustantivas, que habían surgido en el curso del análisis realizado por el pensamiento social. Asimismo, lo social, que ya estaba en gran parte comprometido por las soluciones corporativas, ya no ocupaba el campo de desarrollo, anulando la teoría de la voluntad, sino que ofrecía solo otro componente de análisis que se tradujo en términos de *policy*. Si, en teoría, pudieran encontrarse en conflicto, en la práctica estos objetivos podrían recomponerse armoniosamente, poniendo el derecho de los contratos en condición de funcionar correctamente.

Este modelo se oponía al de las fases precedentes en las que la solución está dictada por una serie de principios organizados empezando por la voluntad o el propósito que impulsa sistemáticamente un sistema regulador.

¹³¹ Así que el absolutamente compatible E. NAVARRETTA, *La causa e le prestazioni isolate*, Milán.

¹³² D. KENNEDY, *Three globalizations*, cit.

Lo que se opone a la voluntad individual no es una invasión desde el exterior por la intervención heterónoma del Estado, sino la presencia de otro principio y otras razones dentro del derecho privado.

Aunque no adopta un matiz claramente ideológico, la reconstrucción de Gorla demuestra ser una intervención con un valor político muy fuerte. Gorla, en efecto, al tiempo que criticó la excesiva confianza depositada en el poder de la voluntad y reclamó la apertura del contrato a una serie de *policy judgements*, en el que debe determinar cuándo se debe "intervenir por la fuerza del derecho", con los costos relacionados, como resultado de la falta de cumplimiento de la promesa, pero le dio a su aporte una forma particular: esto es, reconoció que ningún problema podría haber sido resuelto sobre la base de una conceptualización sencilla (clásica) o de evocación de carácter social (objetivo), porque era necesario recurrir a una pluralidad de principios y razones internas al mismo *corpus* del derecho privado. Por lo tanto, mientras que aclaraba que definir el ámbito y el alcance del contrato es el resultado de una elección (y como tal siempre implica una decisión política), también aclaró que, dentro de este, los conflictos creados se refieren solo a principios éticos u objetivos prácticos frente a los cuales nadie puede poner en duda la oportunidad política.

En la medida en que el derecho contractual se pueda reconstruir sobre la base de principios éticos y legales, la necesidad de intervención del legislador también se vuelve menos necesaria¹³³.

Por un lado, a la crítica interna incisiva de las contradicciones de la teoría de la voluntad y la utilidad social, llevada a cabo en la obra de Gorla, y la nueva evidencia atribuida a las evaluaciones de *policy* contenidas en el derecho contractual, corresponde, por otro lado, más bien, la reducción a los márgenes de la mayoría de las preocupaciones distributivas que durante mucho tiempo habían atormentado a los intérpretes en los años precedentes desde el comienzo del siglo¹³⁴.

¹³³ Como tal, se opuso a dos tipos de enfoques, uno según el cual el principio de volición debería ceder a otro principio superior, el de las utilidades sociales, pero también el de acuerdo con el cual debería restringir su alcance a una esfera más reducido, dejando el resto a la intervención de legislación especial.

¹³⁴ Sigue habiendo rastros en la idea de que recurrir a la forma sirve como una función preventiva, protegiendo al colono de transferencias injustificadas, que luego la forma puede

XIX. LA TERCERA FASE: PRINCIPIOS, VALORES Y POLÍTICAS

La crítica de lo "social" tuvo que conducir a una nueva fase de globalización: la tercera, del cual su trabajo es un testimonio muy significativo.

Ahora bien, no hay nada similar a las ideas de individualismo e interdependencia que caracterizaron las fases anteriores, sino una sedimentación compleja de los elementos típicos precedentes de las dos fases anteriores que, ahora, transformadas, coexisten.

Décadas de confrontación han debilitado el pensamiento clásico pero también el pensamiento social. La falta de una estructura arquitectónica capaz de contener la energía y de canalizar la fuerza de los vectores que nos ha permitido identificar, a la larga, lo desacredita porque aparece como un sistema rudimentario desde un punto de vista teórico y poco refinado desde un punto de vista estético¹³⁵.

El contraste parece haberse desvanecido, nadie reclama toda la escena para sí mismo. Por el contrario, pueden estar uno al lado de los otros, considerados ambos como argumentos sustanciales, se han vuelto secundarios respecto del procedimiento, en el sentido de la forma en que se justifican las soluciones alcanzadas.

El marco que caracteriza esta fase se enriquece con un lenguaje ampliamente compartido: el de los derechos humanos. La reproposición de los derechos, no como derechos individuales, ni como derechos sociales, sino como derechos humanos opera en diferentes niveles: se proponen como derechos fundamentales

realmente responder adecuadamente a esta función, pero sigue siendo un problema abierto. Asimismo, en el caso de cambios en el contrato o condonación de la deuda, cuando la idea de vincular a la parte a su compromiso y cuestionamiento debido a la falta de una contraparte o debido a la presencia de cualquier presión que la otra parte pueda ejercer para obtener más.

¹³⁵ Tarde o temprano, debemos rendirnos a la idea de que las formas legales no tienen la elasticidad necesaria (o incluso tienen demasiado) para adaptarse a todos los nuevos equilibrios posibles causados por la recombinación constante de esos intereses, revelando todo el carácter instrumental de las diferentes reconstrucciones. El terreno ahora está listo para dismantelar definitivamente los aparatos metodológicos que se basan en una relación rudimentaria entre la ley y la sociedad. Y eso es precisamente al final de esa década, al final de esa década, por nosotros por el análisis estructural, adoptado por la comparación. Ver el manifiesto en R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, Turín, 1980.

que se atribuyen a las prerrogativas individuales, los derechos humanos operan más bien como principios o valores, llegando a ser tan relevante virtualmente en cada disputa.

Los derechos humanos constituyen el verdadero símbolo de una idea de derecho que opera sobre una base universal, tanto natural como positiva, de una manera absolutamente análoga a lo que sucedió con el derecho subjetivo, la voluntad o la culpa en el pensamiento clásico.

Los objetivos sociales que habían surgido con fuerza en la segunda fase, alrededor de los cuales se reconstruyeron nuevos sistemas de reglas coherentes con estas, ahora se han convertido en meras *policies*. Junto con los valores y otros principios, entre los que ahora también está la autonomía individual, entran en juego como elementos que deben equilibrarse entre sí. A menudo complementado por consideraciones adicionales sobre la administración de las reglas y la competencia institucional del *decision-maker* que toma las decisiones (en el sentido de un activismo más o menos judicial y ahora también en el sentido de una mayor o menor intervención de las fuentes internacionales) para dar vida a reglas que constituyen compromisos específicos.

El producto debía ser la afirmación definitiva de las técnicas ponderativas originadas en la segunda fase. Un mecanismo que depende de su funcionamiento por completo por la intervención del juez, que juega un papel fundamental, tomando el lugar del profesor de derecho o del científico social que había ejercido una hegemonía indiscutida en las fases anteriores¹³⁶. En lugar de considerar las relaciones del derecho con la moral o del derecho con la sociedad, el pensamiento jurídico contemporáneo se ocupa, principalmente, de las relaciones entre el derecho y la política.

El surgimiento del nuevo método ha llevado a la discusión la autoridad del texto, sacando a la luz las operaciones realizadas por los intérpretes.

¹³⁶ Junto con la redefinición de los sistemas jurídicos más allá de los espacios nacionales, también se afirma una "*global community of courts*", cuyo diálogo se ha convertido en uno de los temas centrales en las recientes discusiones sobre la globalización.

Anteriormente, el texto y los principios se usaban para derivar reglas con las cuales resolver problemas, ahora, la atención parece estar completamente absorbida por los valores y los posibles conflictos que deben ser compuestos entre ellos. Entre los valores y las reglas, las cláusulas generales se vuelven cruciales porque aseguran el vínculo y aparecen en continua expansión: a las ya conocidas por los códigos, las flanquean otras de origen doctrinal o propuestas por la jurisprudencia (constitucional).

Desde este punto de vista, la misma argumentación jurídica parece sufrir un giro igualmente significativo: las afirmaciones científicas hegemónicas de una razón formal y "calculadora" han sido finalmente colocadas en el ático, dejando espacio para un modelo abierto cuyas técnicas no están tan condicionadas por limitaciones sustanciales, sino principalmente de procedimiento. Sus reglas, que adoptan diferentes configuraciones en los diversos contextos que van desde la comunicación intersubjetiva hasta la confrontación dialógica, a la razonabilidad / proporcionalidad, se han convertido en fundamentales.

La argumentación y la profundización retórica de los procedimientos interpretativos se han convertido en la clave para garantizar una legitimación de la intervención del juez y una justificación ética de los resultados que puede lograr. Todo lo demás permanece en el trasfondo.

Su genealogía se puede encontrar fácilmente en el derecho de los Estados Unidos¹³⁷, pero no sin antes reconocer que, todo esto, al mismo tiempo, constituye una reelaboración original del elemento teleológico que ha estado presente durante mucho tiempo en el pensamiento social europeo.

¹³⁷ Según esta postura, la manera más correcta para comprender el derecho es separar la sustancia del procedimiento, el modo en el cual se resuelven las controversias ("*legal process*") es más importante que el contenido, porque su adecuación a la tipología de controversias por resolver y su correcto funcionamiento permiten llegar a tales resultados correctos. La técnica integra a su interior los peligros que conlleva el carácter indeterminado de esta técnica y el juez como legislador. El compromiso a nivel de principios es establecido según su facilidad de administración a nivel práctico y según las consideraciones institucionales (de separación de poderes) que permiten un mayor o menor pasivismo del juez frente al legislador o según las instancias nacionales frente a las internacionales (ver HART-SACKS, *The Legal Process: Basic: Problems in the making and application of Law* (1958), 1994 eds. W. N. ESKRIDGE & P. P. FRICKEY).

XX. PLURALISMO Y "PROSPECTIVISMO": QUÉ IDENTIDADES CUENTAN

Una segunda característica del momento presente parece ser el reconocimiento por parte de cada régimen legal de una cierta cantidad de pluralismo. Esto ya no es en el sentido típico del pensamiento legal clásico de coordinar a los individuos a través de reglas abstractas y universalmente válidas, ni en el pensamiento social de interés para las clases/categorías sociales (y las minorías nacionales) y la distribución necesaria para mantener la armonía social entre ella, sino en el sentido de reconocer y tratar adecuadamente las "diferencias".

El proceso de descomposición del sujeto abstracto, iniciado con lo social, ha permitido el surgimiento de diferentes figuras subjetivas como resultado de la materialidad de las relaciones en que se ubican las relaciones sociales que las caracterizan¹³⁸. Hasta la identidad nacional puede convertirse en una identidad para protegerse contra la uniformidad supranacional. Esto plantea la cuestión de qué identidad considerar relevante para el derecho y en qué contextos asegurar su protección.

La nueva relevancia que asume la identidad rompe la unidad del individuo: cada uno de nosotros, en efecto, puede tener más de una (en el sentido de sus expresiones posibles) y esta también pueden cambiar con el tiempo y entrar en conflicto. Y esto plantea la pregunta de hasta dónde puede llegar esta fragmentación y cuál de ellos debería prevalecer¹³⁹.

¹³⁸ Ahora, la *Carta di Diritti* parece haber completado este proceso, dando lugar a identidades que parecen móviles o precarias, aunque, jurídicamente relevantes (si son objeto de posible discriminación), ya sea, por un lado, que se relacionen con las condiciones materiales y con el cuerpo (nacimiento, edad, características genéticas, sexo, tendencias sexuales) o, por otro lado, por creencias personales (opiniones políticas, sindicales y religiosas). En este punto me gustaría referirme a G. MARINI, *Globalizzazione attraverso i diritti e metamorfosi del diritto comparato*, en G. ALPA, V. ROPPO, *La vocazione civile del giurista. Saggi dedicati a Stefano Rodotà*, Roma-Bari, 2013.

¹³⁹ Al respecto de debe detallar dos aspectos, uno primero, referido a las consecuencias negativas de la estigmatización de la protección de las identidades excluidas, esto es, de sujetos que pueden ser portadores de estas identidades. Fenómeno conocido como el "dilema de la diferencia". Y de otro lado, uno segundo, los efectos contradictorios que la protección de una identidad de este tipo puede tener. Sobre el punto clásico K. CRENSHAW, *Mapping the Margins: Intersectionality: Identity, politics and Violence Against Women of Color*, 43 *Stan. L. Rev.* 1241 (1991).

Hay varias maneras en que la identidad puede establecer las bases para invocar reglas o tratamientos legales "más favorables", y hay varios casos en los que es posible reaccionar a la discriminación a través de una serie de remedios.

De esta forma, toda la serie de conceptos y técnicas basados en la idea de identidad/ diferencia se ha generalizado¹⁴⁰.

Así también los diversos tipos de argumentación, a favor o en contra del reconocimiento (reificación, interseccionalidad), tienden a representarse en todos los contextos¹⁴¹.

Los sujetos antagónicos cuyos intereses debían coordinarse de forma que se garantice el interés general se han convertido en "partes débiles" que deben protegerse mediante un régimen de derecho privado que tenga en cuenta esta debilidad y busque mitigarlo mediante la definición de relaciones jurídicas en las que los "fuertes" están llamados a hacer concesiones a los "débiles".

Lo social ha adquirido una connotación predominantemente ética, que tiende a identificarse con la protección de las partes "débiles"¹⁴². Sin embargo, cada vez es

¹⁴⁰ La referencia es, por supuesto, entre otras, la *feminist legal theory* y la *critical race theory* que han resaltado las perspectivas de los excluidos, pero también el hecho de que el derecho está permeado y marcado por la parcialidad y los prejuicios. Sobre el tema M. R. MARELLA, *Le donne*, en *Gli anni '70 del diritto privato*, en L. NIVARRA (a cargo de), *Gli anni '70 del diritto privato* (Atti del Convegno di Palermo, 7-8 luglio 2006), Milán, 2007 341 ss. Para una puesta a punto y una crítica J. HALLEY, *Split Decisions: How and Why to Take a Break from Feminism*. Princeton, Princeton University Press, 2006. Ulteriori informazioni e possibile ricavare da G. MINDA, *Teorie postmoderne del diritto*, Bologna, il Mulino, 2001, a pesar de que incluso la traducción al italiano no ayuda.

¹⁴¹ Ver P. SCHLAG, *The aesthetics of American Law*, 115 *Harvard L. Rev.* (2005) 1047 El recurso a este mecanismo está expuesto al riesgo de simplificar aquellas mismas identidades, a fin de oscurecer por completo la complejidad de su formación y la multiplicidad de los posibles pertenencias.

¹⁴² Las partes débiles se identifican como opuestas a las partes fuertes. Al binomio bien probado en las fases previas en que el trabajador se oponía al empleador, al que se agregó, no sin sorpresa, aquel en que el inquilino se oponía al arrendador, los consumidores contra los profesionistas, pero también las mujeres contra los hombres y luego, dependiendo de los diferentes contextos nacionales y las diversas sensibilidades contingentes, las discapacidades mentales en comparación con lo "normal", los discapacitados con respecto a los capaces, los niños en comparación con los adultos y entre estos los ancianos con respecto a los más jóvenes, los desempleados crónicos frente con los empleados, y con ellos ahora los inmigrantes ilegales frente con los legales y los ciudadanos, incluso los pobres tienden a ser considerados una categoría con respecto a la clase media y los que tienen algo". Se puede considerar como el producto de una mediación operada por la "semiperiferia" italiana. La apertura del agravio de negligencia llevado a cabo por el famoso caso *Donoghue v. Stevenson* no coloca la ley de responsabilidad civil directamente en la trayectoria de la atípica, siempre se ha interpretado como una ampliación

más difícil comprender las consecuencias (distributivas) que tales intervenciones están destinadas a producir.

Sin embargo, este tipo de investigación también ha influido en la argumentación jurídica, tocando sus elementos. En efecto, la nueva sensibilidad induce al jurista a tener en cuenta, cada vez con mayor frecuencia, las perspectivas desde las cuales es posible examinar los problemas y encontrar soluciones que sean consideradas adecuados y consistentes con respecto a aquellas que se consideran correctas y necesarias, teniendo en cuenta las diferentes situaciones. Para el análisis jurídico esto significa una complejidad considerable del marco de referencia, cuyos contornos se han vuelto móviles y están destinados a cambiar de acuerdo con el punto de vista que se puede asumir legítimamente.

Una vez que el contexto, perspectiva o posición del autor u observador cambia, también puede cambiar la forma en que se considera la solución. Por lo tanto, la identidad se convierte en el lugar crucial del conflicto y la investigación legal.

En el pensamiento clásico el derecho se presentaba (estática) como un campo que debe ser mapeado y organizado en un orden jerárquico, del cual es necesario preservar los confines. Por el contrario, en el pensamiento social, el derecho era reformulado (dinámicamente) sobre la imagen de la energía del flujo y del movimiento, la tarea del jurista resulta gobernar los vectores (principios, valores, políticas) que emiten la energía, dando a todos un peso y una grandeza y equilibrándolos entre ellos. Era posible ver que la interpretación de las normas o precedentes se contraía o se ampliaba de acuerdo con los principios y valores a los que se sometía la atracción gravitacional o con la cual estaba en curso de colisión.

Ahora la fuerza de los vectores en el campo cambia, sin embargo, dependiendo del punto de vista desde el que se observa. Esto significa que la elección del contexto, la perspectiva o la posición afecta la corrección de la solución. En este contexto, se trata de identificar quiénes son los interlocutores

progresiva de los diferentes deberes que establecen la responsabilidad, dejando reglas más restrictivas para las lesiones puramente económicas y para los denominados daños psíquicos.

legítimos, dónde están y qué temas pueden utilizar. Algunas perspectivas o posiciones parecen más apropiadas o coherentes que otras.

La pregunta se ha convertido así: ¿cuál o cuáles de estas perspectivas son legítimas?

Además, la evaluación del impacto (distributivo) de las soluciones a las que uno puede llegar, por lo tanto, puede variar según la perspectiva elegida. Entonces, los resultados que se pueden considerar adquiridos si miras desde cierta posición pueden desaparecer cuando se mira desde un ángulo visual diferente.

XXI. EL CONFLICTO EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL

No hay duda de que, hoy, la evolución de muchas de nuestras instituciones lleva la marca de este modelo, comenzando por la responsabilidad civil.

En Italia, la afirmación de lo que se puede definir como el modelo alemán de responsabilidad civil, que es un sistema basado en la calidad, que había conquistado progresivamente un área muy grande, imponiéndose en Francia, cuyo código es bien sabido que prevé una situación atípica, hasta el punto de conquistar todo el *common law*¹⁴³ que hace tiempo se ha detenido.

A partir de los años 60, con los estudios de Sacco y Schlesinger y luego de Trimarchi y Rodota, de hecho hubo una redefinición progresiva del límite impuesto por la codificación del '42.

Una relectura que, al ubicar la interpretación de los textos en un segundo plano y valorar la jurisprudencia y sobre todo la función del instituto, podría aparentemente considerarse un retorno a un modelo más abierto como el del código francés¹⁴⁴.

En realidad, estos desarrollos parecen apuntar mucho más hacia el modelo de EE. UU. Y eso puede no ser sorprendente: son, de hecho, los años en los que se

¹⁴³ Es bien sabido que, mientras declamaban la atipicidad, los franceses tendían a aproximarse a la tipicidad y exponían la necesidad de la lesión de un "*interet legitimament*".

¹⁴⁴ Un desmantelamiento similar tuvo lugar más tarde en el terreno del daño no patrimonial en el cual el límite ha sido eliminado frente a la violación de los derechos no pecuniarios de la persona de importancia constitucional.

traducirán y difundirán el "costo de los accidentes" de Calabresi en Italia, a la luz de los cuales se reconsiderará toda la responsabilidad civil¹⁴⁵.

No es solo el franco reconocimiento de que la búsqueda del sujeto sobre el que deben descartarse las consecuencias del acto ilícito es una cuestión de elección y de la política del derecho a ser conducido, equilibrando los intereses, posiblemente a la luz de los criterios económicamente fundados. La pregunta en cambio parece más compleja. En efecto, a través de la cláusula de injusticia, la jurisprudencia comienza a delinear una serie de reglas, producidas al agregar y desagregar hipótesis inversas, sobre la base de una evaluación de las *conflicting considerations* involucradas¹⁴⁶. Reglas que las 500 sentencias de 1999 intentaron resumir y condensar en una formulación más general.

Detrás del juicio de la responsabilidad existe una operación más compleja confiada a un criterio de utilidad pública, entendida en el sentido de conformidad con el interés general, una evaluación que proyecta los intereses dentro de todo el sistema "a la totalidad" de los valores reales y sustanciales del ordenamiento¹⁴⁷ con el fin de verificar la prevalencia de uno con respecto al otro, mientras que se minimiza el sacrificio de uno con respecto al otro. En todas estas situaciones, es necesario elaborar criterios de decisiones y resolver conflictos teniendo en cuenta la totalidad del sistema (y la presencia de las fuentes europeas y diseñado para que

¹⁴⁵Se pueden extraer más observaciones sobre estos puntos de G. MARINI, Responsabilidad civil en los años 70. Un estudio sobre la relación entre público / privado, en Riv. Crit. dir. priv., 2008, 23 (I) y Riv. Crit. dir. priv., 2008, 229 (II).

¹⁴⁶El tema central es la creación de normas por los tribunales a través de la evaluación de las consideraciones conflictivas (estos pueden, a su vez, aplicar criterios y pre-organismos mecánicos o sólo se puede determinar en retrospectiva, como en casos de conflicto entre la libertad de la prensa y derecho a la intimidad, el honor y la reputación (Cass 9. junio de 1998, 5658, Foro que, de 1998, 2387 con PALMIERI conocido en daños y resp. con notas por A. horas- Stano), de doble alienación inmobiliaria, donde no es posible establecer a priori en qué medida la mala fe del segundo comprador puede justificar el resultado negativo en presencia de una situación de inercia real y plena conciencia de la otra parte (Cass. 8 Enero 1982, n 76 en Foro ella, 1982 I, c. 393 con Pardolesi nota y luego Cass. 2 de febrero de de 2000 I, 1687), en casos de daño por información falsa para el ahorrista en presencia de una forma de control de la autoridad con el objetivo de una eficaz protección del ahorro, como un bien de rango primario garantizado constitucionalmente (Cass. 3 de marzo de 2001, n. 3132, en Foro it, 2001, I, 1139 con una nota de PALMIERI, Cass. 2 de mayo de 2003, n. 6719).

¹⁴⁷"En cuya unidad y síntesis cada interés específico necesita integrarse de tanto en tanto para los necesarios procesos de adaptación, corrección o modificación" cf. V. SCALISI, Injusticia de daño y análisis de responsabilidad civil, en Riv. dir. civ, 2004, que habla de un "interés fundamental de la comunidad jurídica".

sea aún más complejo) y por lo tanto equilibrando así entre ellos una serie de consideraciones que recuerdan mucho a los tópicos característicos de lo social entre los cuales "consideraciones relativas a la eficacia de las limitaciones de sanciones jurídicas, la dificultad y el coste de la aplicación de determinadas normas en relación con el valor del interés protegido y la existencia de otros impedimentos para su lesión, ante la posibilidad de que la existencia de ciertas reglas y sanciones indirectamente puedan causar consecuencias socialmente dañinas (...), la capacidad del lesionado para evitar el daño ... "148

XXII. ... Y EN EL CONTRATO

Lo mismo ocurre con el contrato, cuya validez se prueba con la misma red de valores¹⁴⁹. Es posible que el contrato reconduzca valores de la misma intensidad, y no superiores, que los que establecen la legislación. El hecho de que el contrato, sin tener en cuenta nuestro ordenamiento un valor constitucional¹⁵⁰, reconduzca, más bien, valores fundamentales del cual este constituye el soporte y permite la realización de algunas consecuencias significativas¹⁵¹.

¹⁴⁸Cfr. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 2005, 111. Sobre la injusticia como una comparación de intereses entre los muchos cfr. TRIMARCHI, *Illecito (dir. priv.)* 98, ALPA, *Il problema dell'atipicità dell'illecito*, Nápoles, 1979, 245, C. SCOGNAMIGLIO, *Ingiustizia del danno* 10, A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 175.

¹⁴⁹E. NAVARRETTA, *Libertà fondamentali dell'U.E. e rapporti fra privati: il bilanciamento di interessi e i rimedi civilistici*, en *Riv. dir. civ.*, 2015, 10878.

¹⁵⁰ No hay duda de que hay una tendencia a reforzar la autonomía contractual que, reflejando una de las libertades ciudadanas, no puede estar sujeta a límites que no están explícitamente establecidos por la ley (E. NAVARRETTA, *Uevoluzione dell'autonomia contrattuale fra ideologia e principi*, en *Quaderni fiorentini*, 2014, 589 para un proyecto de lectura combinada del tercer al segundo párrafo la reserva de la ley). La utilidad social puede volver a leerse en la perspectiva del mercado, mejorando la capacidad del mercado para producir riqueza y bienestar, corrigiendo con medidas apropiadas (tanto preventiva como posteriormente) las asimetrías del poder de negociación en detrimento de la libertad y la racionalidad de las elecciones individual.

¹⁵¹ Emblemática la historia de la reducción de la pena, en el que la protección se basa en la voluntad de las partes (deducible de la declaración de "ninguna obligación") y la interpretación de la misma se ha transferido a un nivel más objetivo, ya no es excepcional, pero de normal control "en el contexto exigido de la llamada constitucionalización de relaciones de derecho privado, no puede ahora también dejar de implicar un equilibrio 'valores', igual relevancia constitucional, dada la confluencia reconocido en la relación negocial - junto al estado constitucional de" iniciativa económica primaria vata "(art sub. 41), que se expresa precisamente en sí a través del instrumento contractual de un competidor" solidarios "deber interrelaciones (art. 2 de la Constitución.) ... que entre en sinergia con el canon general de buena fe objetiva y corrección, le da una visión normativa

Cuando esto sucede, de hecho, si se amplían los márgenes de control judicial, ocurren otras consecuencias. Entre estas, aquel para el cual el interés público no prevalece más sistemáticamente, como en el pasado, sobre el interés privado, sino que está sujeto a un control de medición según el criterio de proporcionalidad. La proporcionalidad es garantizar la protección privada contra cualquier "exceso" del legislador.

Todo esto deja espacio para una serie de reglas que los tribunales han elaborado evaluando todos los componentes involucrados, buscando compromisos entre intereses para que nadie prevalezca sobre el otro y poniendo en la nada solo las restricciones más severas.

Por un lado, este método ha permitido recuperar un amplio espacio para la autonomía privada, haciendo retroceder los límites de lo ilícito, reintegrando la operación contractual en el orden jurídico sin ponerlo en la nada del todo¹⁵².

Así, el contrato entró en la esfera del cuerpo y de los derechos de la persona, dando lugar a una especie de libertad contractual controlada, adaptando los elementos en consideración de su objeto¹⁵³.

Así operaciones contractuales que usualmente se consideran ilícitas se pueden considerar válidas ahí donde no se prevee su pago¹⁵⁴ o reestructuradas para mantener siempre abierta la posibilidad de la disolución del vínculo mediante el desistimiento¹⁵⁵.

Así, en el derecho de familia, la nulidad de los acuerdos en vista del divorcio se ha ido circunscribiendo progresivamente. Se ha afirmado la validez de aquellos

y lo enriquece con contenidos positivos, incluidas las obligaciones, incluso instrumental, protección de la persona y cosas de la otra parte, mediante la funcionalización de la relación obligatoria para proteger los intereses del socio negociador "(Cass. 24 de septiembre de 1999, n. 10511, en Foro it, 2000, I, 1, 1930).

¹⁵² Ver JAPIOT, *Des nullités en matieres d'actes juridique*, I, Paris, 1909, GAUDEMET, *Théorie generale*, cit. El abandono del modelo reactivo- demoleedor de la nulidad y la adopción de una visión conservadora reconstructiva de la regulación contractual ha permitido una reestructuración y graduación de la eficacia en función de los intereses en juego y los sujetos involucrados y los bienes y servicios producidos (ver V. SCALISI, *Il contratto in trasformazione. Invalidità ed inefficacia nella transizione al diritto europeo*, Milano, 2011 y A. DI MAJO, *La nullità*, in *Trattato di diritto civile* (a cargo de M. Bessone), *Il contratto in generale*, VII, Turín, 2002).

¹⁵³ G. RESTA, *Contratto e persona*, en *Trattato del contratto*, VI, *Interferenze*, a cargo de E. Roppo, Milano, 2006, 1.

¹⁵⁴ G. RESTA, op. ult. cit.

¹⁵⁵ G. RESTA, op. ult. cit.

dirigidos hacia el pasado en la medida en que no comprometen los intereses de los otros miembros de la familia y permanecen abiertos a circunstancias cambiantes; se excluye que su eventual nulidad pueda hacerse instrumentalmente para deshacerse las obligaciones asumidas¹⁵⁶.

Por otro lado, la reelaboración de la disciplina de la nulidad en sintonía con los intereses protegidos ha abierto escenarios completamente nuevos. Abandonado el escenario tradicional de nulidad, volvimos a su versión normativa propuesta por lo social a principios del siglo pasado. Ahora el interés representa el hilo conductor de la disciplina de la nulidad, pero los intereses no son más que los vectores de los derechos y valores fundamentales. Una imagen complicada por el hecho de que la protección individual tiende a coordinarse con la regulación del mercado y la competencia, materializando objetivos que pueden remontarse a intereses o valores generales¹⁵⁷.

Está pendiente la tarea de adaptar la nulidad a los intereses protegidos y firmemente en las manos del juez que completa la disciplina a través de reglas que responden a la búsqueda de un equilibrio proporcional entre los diferentes intereses en juego en las diversas situaciones y que toman en consideración cuestiones de administrabilidad y competencia institucional¹⁵⁸.

La intervención regulatoria ya no se niega, pero la interferencia (pública) se vuelve mucho menos problemática para el mercado (privado), ya que ahora sirve para restablecer las condiciones para su correcto funcionamiento.

La contraposición entre lo público y lo privado, que había constituido el rasgo característico de lo social, tiende a recomponerse; una parte del público (intervención reguladora) es atraída y metabolizada en el sector privado y la cuestión

¹⁵⁶ G. OBERTO, *Contratto e famiglia*, in *Trattato del contratto*, VI, cit., 105, M. R. MARELLA, *La contrattualizzazione delle relazioni di coppia. Appunti per una rilettura*, en RCDP, 2003.

¹⁵⁷ De manera resumida, pero con eficacia A. GENTILI, *Nullità, annullabilità, inefficacia (nella prospettiva del diritto europeo)*, en *Contr*, 2003, 201, queriendo también en G. MARINI, *Il contratto annullabile*, en *Trattato del contratto (a cargo de E. Roppo)*, Milano, 2002, 341.

¹⁵⁸ Entre los muchos Cass. 29 de septiembre de 2005, n. 19024, en *Foro it*, 2006, I, 1105 con una nota de E. SCODITTI.

crucial de la reasignación del poder contractual, ejercida a través de las reglas de la ley privada, es empujada a una sombra, en la cual ahora es percibida¹⁵⁹.

Observaciones similares podrían llevarse a cabo en relación con la propiedad y su función social¹⁶⁰.

En resumen, por lo tanto, en todas estas situaciones, los tribunales (no resuelven casos mediante el equilibrio, sino) eligen, entre varias alternativas, una regla que es el resultado de una tensión entre diferentes consideraciones de varios tipos en conflicto entre ellos. Una regla que, por lo tanto, constituye el resultado de una tensión y no el desarrollo coherente de un principio implícito o de un propósito presente en el sistema jurídico.

Entre las consideraciones que pueden evaluar no solo están los principios, sino también las políticas, los valores e incluso los precedentes que pueden tener un peso diferente. Sin embargo, las consideraciones deben ser universales, que no se refieran a necesidades individuales o intereses particulares, y deben referirse todas ellas al derecho.

XXIII. ¿Y AHORA QUÉ?

Este tipo de análisis nos permite sacar a la luz la existencia de una dimensión estética en el derecho, para apreciar las diferentes formas y las diferentes estructuras a través de las cuales es posible, dentro de una comunidad jurídica dada, en un momento histórico dado, pensar, elaborar y presentar los múltiples productos hechos con el derecho. Esta la conciencia jurídico, que opera consciente o inconscientemente a través de todos los operadores jurídicos, demuestra estar históricamente ubicada; y marca los límites dentro de los cuales el derecho puede

¹⁵⁹ Para aquellos que quieran referencias adicionales, me gustaría referirme a G. MARINI, *Distribuzione e identità nel diritto dei contratti*, en *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, 66.

¹⁶⁰ M. R. MARELLA, *La funzione sociale oltre la proprietà*, en *Riv. crit. dir. priv.*, e Id., *Diritto di proprietà e CEDU fra realismo ed ideologia*, en *Studi in onore di A. Gambaro*, (en curso de publicación).

ser producido y desarrollado tanto a nivel de elaboración teórica como a nivel de la práctica cotidiana.¹⁶¹

¹⁶¹ Para entender cómo puede tener lugar esta diseminación es necesario tomar una posición en un espacio intermedio. Desde aquí es posible captar las conexiones complejas entre el centro y la periferia y la interacción continua entre estos dos polos. El riesgo de mirar desde esa posición obviamente es el de ser atraídos por la perspectiva opuesta, es decir, representar el centro como un sistema unitario y coherente de conceptos.