

Justicia contractual  
y constitucionalización  
del derecho privado  
en los procesos recodificatorios

*Milton Hernán Kees*

## **JUSTICIA CONTRACTUAL Y CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO EN LOS PROCESOS RECODIFICATORIOS.**

*Milton Hernán Kees*

### **RESUMEN**

El concepto de justicia contractual ha sido mirado de distintas formas en la historia, ya que el derecho es sin duda un fenómeno de control social y el contrato es un instrumento de control económico dentro de la estructura social, por ello, se presenta el problema en su contexto histórico, económico y social o desde una aproximación y comprensión epistemológica. Se busca un redescubrimiento o resignificación de este concepto, lo que implica una migración en la forma de ver el asunto; desde una posición voluntarista y de una mirada o de razonamientos que privilegiaban las libertades individuales, el formalismo y la rigidez de las instituciones y el absolutismo de los derechos, hacia una mirada socializadora y orientada a la búsqueda de límites morales en las relaciones contractuales.

**PALABRAS CLAVES:** Justicia Contractual - Procesos Recodificatorios - Relaciones Contractuales – Codificación - Movimiento Codificador - Microsistemas Jurídicos - Polisistemas – Descodificación - Recodificación.

## **CONTRACTUAL JUSTICE AND CONSTITUTIONALIZATION OF PRIVATE LAW IN RECODIFICATION PROCESSES.**

*Milton Hernán Kees*

### **ABSTRACT**

The concept of contractual justice has been looked at in different ways in history, undoubtedly law is a phenomenon of social control and the contract is an instrument of economic control within the social structure. Therefore, the problem is presented in its historical, economic and social context or from an epistemological approach and understanding. A rediscovery or resignification of this concept is sought, which implies a migration in the way of seeing the matter; from a proactive position and a look or reasoning that concentrating the individual freedoms, the formalism and the rigidity of the institutions and the absolutism of the rights towards a socializing look and oriented to the search of moral limits in contractual relationships.

**KEYWORDS:** Contractual Justice - Recoding Processes - Contractual Relations - Codification - Encoding Movement - Legal Microsystems - Polysystems - Decoding - Recoding.

# Justicia contractual y constitucionalización del derecho privado en los procesos recodificatorios

Milton Hernán Kees<sup>1</sup>

## Introducción.

Si bien la ponencia trata sobre la justicia contractual debemos tener presente que el tema conecta con cuestiones filosóficas, económicas, históricas y sociológicas. No solo porque el concepto de justicia contractual ha sido mirado de distintas formas en la historia, sino además porque el derecho es sin duda un fenómeno de control social y el contrato es un instrumento de control económico dentro de la estructura social,<sup>2</sup> por ello -en la medida del espacio que disponemos-, pretendemos presentar el problema en su contexto histórico, económico y social o desde una aproximación y comprensión epistemológica.

Como primer premisa afirmaremos que el problema de la justicia contractual en tanto es una “especie” de equidad -en este caso vista desde la mirada de los contratos-, no es un concepto nuevo, desde la presentación misma del Código Civil Napoleónico se aseguraba que las normas del Código Civil serían mal concebidas si no las entendiéramos como reglas elementales

---

1 Profesor adjunto regular a cargo de la materia Derecho Civil III, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional del Comahue (Argentina).

2 Carlos Ghersi y Celia Weingarten, Manual de contratos civiles, comerciales y de consumo. (Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2017).

de equidad.<sup>3</sup> Se trata más bien de un redescubrimiento o resignificación de este concepto.

En idéntico sentido, Portalis, uno de los codificadores del Código de Napoleón, nos informaba que la libertad contractual no solamente está subordinada a las leyes de orden público y a la buenas costumbres, sino también a la justicia y utilidad pública.<sup>4</sup> El verdadero asunto, según lo vemos, es cómo ha sido leído este principio en los distintos procesos históricos.

Esta resignificación de la que hablábamos implicó una migración en la forma de ver el asunto; desde una posición voluntarista y de una mirada o de razonamientos que privilegiaban las libertades individuales, el formalismo y la rigidez de las instituciones y el absolutismo de los derechos, hacia una mirada socializadora y orientada a la búsqueda de límites morales en las relaciones contractuales. El nacimiento del derecho del consumo es una cabal muestra del fenómeno, pero esos límites también comienzan a ser buscados fuera de las relaciones de consumo, específicamente en los contratos denominados paritarios o de negociación individual.

Estos límites son buscados a partir de la superación de los presupuestos fundantes del derecho contractual clásico que parte por reconocer una igualdad genética y formal de los sujetos contratantes. *“La protección del débil jurídico del iter contractual emerge para colisionar con la miopía social propia de los códigos decimonónicos”*.<sup>5</sup>

Por ello esta “nueva mirada” asume que no solamente deben crearse mecanismos para combatir los desequilibrios contractuales (genéticos o sobrevinientes), antes se trata de un reenfoque del derecho privado, que busca socializarlo, dotarlo de un contenido ético, orientarlo hacia la felicidad solidaria

---

3 Bigot-Prémeneu, *Exposición de motivos del título III, libro III del Code Civil* (París: Edit. Firmin Didot frères, 1838.),425.

4 Portalis. *Discours préliminaire*, Loqué, t. IV, p. 302. Citado por J. Ghestin, *Traité de droit civil. Les obligations*. París: Le contrat. Edit. L.G.D.J. 1980), 29.

5 Rosa Barcelo Compte, *Hacia un derecho contractual más justo*, Working Paper 1/2016 Cátedra Jean Monnet de Derecho privado europeo UB. 2016 (Barcelona: Universitat de Barcelona. 2016). [http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/104556/6/WP\\_2016\\_1.pdf](http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/104556/6/WP_2016_1.pdf).

y, en lo que nos toca, darle un tratamiento específico a la falta de equidad entre prestación y contraprestación.

La irrupción de una mirada moralizante en el derecho de los contratos ha sido objeto de debates doctrinarios, pero también se ha comenzado a plasmar en diversas instituciones contenidas en los códigos civiles más modernos y reguladas en el *soft law*.

Las nuevas regulaciones evidencian que el recurso a consideraciones *procedimentales*, propiciada por la teoría clásica del contrato, representada por la ausencia de vicios en la formación del consentimiento, resultó insuficiente para cautelar una efectiva simetría prestacional.<sup>6</sup>

Por lo tanto, bajo la idea de justicia contractual (o principio de equilibrio contractual) debemos incluir a aquellas instituciones legales que buscan mitigar, corregir y sancionar las desproporciones significativamente importantes que acontecen en la formación del contrato (equilibrio inicial, genético u originario, *gross disparity* o *unfair advantage*) o durante su ejecución (equilibrio funcional, sobreviniente o *hardship*).

Este proceder implica revisar también si la igualdad de las partes es formal o real, pues como lo afirma Ghersi, *“la igualdad y la libertad no pueden estar en las normas, como monumentos pétreos, deben estar en las prácticas cotidianas del derecho”*.<sup>7</sup>

La pérdida de base negocial del contrato es lo que justifica su adaptación para reestablecer esa simetría perdida, pero también el deber de no dañar y la buena fe, ambos preceptos de anclaje constitucional.

Por ello es que vinculamos ambos temas en nuestra ponencia: este fenómeno (justicia contractual) debe ser visto como un capítulo de un proceso mucho más amplio, *“la doctrina también contempla la posibilidad de hablar de una*

---

6 Patricia Lorena López Díaz, “El principio de equilibrio contractual en el código civil chileno y su particular importancia como fundamento de algunas instituciones del moderno derecho de las obligaciones en la dogmática nacional”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, (2015): 151-157.

7 Carlos Ghersi y Celia Weingarten, *Manual de contratos civiles, comerciales y de consumo*.

*tendencia hacia la constitucionalización del Derecho privado”;*<sup>8</sup> la introducción de una dosis de moralización en el derecho de los contratos para restaurar o sancionar el desequilibrio encuentra su justificación en del derecho constitucional.

Ese justamente creemos que debe ser el punto de partida, la constitucionalización del derecho privado, no solo porque que la justicia contractual es un capítulo de esta nueva mirada, sino además porque este tema conecta de forma directa con los procesos recodificatorios de la normativa civil y comercial que se dan en diversos países latinoamericanos y con cambios jurisprudenciales profundos que vienen sucediendo en el mundo donde el “equilibrio prestacional” comienza a ser visto como un principio de derecho que debe ser tutelado y donde la recodificación civil comienza a “dialogar” con los preceptos constitucionales para mostrar una coherencia sistémica; o en otras palabras, los derechos fundamentales comienzan a tener una eficacia horizontal (o *Drittwirkung der Grundrechte* como es conocida en la doctrina alemana) en el sentido de que son invocados en las relaciones entre particulares.

Por ello, en invertido vuelo, analizaremos brevemente la sistematización histórica de las leyes civiles (y la filosofía de la cual estaban impregnados nuestros primeros códigos) para que, de esta forma, desde la comprensión revisionista histórica de los procesos codificatorios, nos podamos aproximar de una mejor forma al fenómeno de la justicia contractual.

### I. Codificación. Breve revisión histórica. Los principios ideológicos del movimiento codificador del siglo XIX.

La necesidad o idea de codificación históricamente se estribó en la necesidad de ordenar, simplificar y agrupar una multiplicidad de normas bajo un único cuerpo normativo y, a su vez como una forma de dotar de publicidad y estabilidad a esta fuente de derecho, es decir a la ley (frente a la volatilidad y

---

<sup>8</sup> Rosa Barcelo Compte, *Hacia un derecho contractual más justo*.

vaguedad que ofrecía el derecho “no escrito”). “La codificación es una especie de fijación del derecho, una fijación cuyo resultado es un cuerpo fijador que se denomina código”.<sup>9</sup> Por ello, en cuanto es ordenador y organizador el código presupone la existencia de normas jurídicas preexistentes que son reemplazadas por el nuevo cuerpo legal.

Si bien existieron varios códigos en el Bajo Imperio Romano (*Gregorianus*, *Hermogenianus* y el *Codex Theodosianus*, etc.) cuando se habla de codificación o de movimiento codificador no nos referimos centralmente al movimiento surgido a fines del siglo XVIII producto centralmente del iluminismo francés, y de la pandectística alemana (ya sobre el siglo XVIII y XIX) que se desarrolla en la mayoría de los países de Europa y América a partir siglo XVIII.<sup>10</sup>

De hecho, el siglo XVIII es designado como el siglo de la ilustración y del enciclopedismo y el movimiento codificador que surge en ese período histórico no es ajeno a esa visión: los códigos franceses se efectuaron bajo una mirada filosófica y por principios económicos inspirados por las ideas de la Revolución de 1789. Estos códigos fueron los modelos a seguir por las naciones incipientes de América.

Por eso es que afirmamos que el movimiento codificador que surge en esa época no se trata solo de una tarea “administrativa” o compiladora ni es un fenómeno propiamente jurídico, por el contrario, la actividad codificadora imbuida bajo la mirada de la ilustración “*corresponde a un fenómeno histórico expresivo de un cierto movimiento o estilo jurídico, constituido por elementos de tipo ideológico, político y social*”,<sup>11</sup> y también filosófico -agregamos nosotros-. En su esencia se trata de una forma de concebir el derecho.

Una de las máximas expresiones de este movimiento -y quizá la obra más influyente en el derecho civil hispanoamericano- fue la elaboración del Código

---

9 Paulina Victoria González Vergara, “Codificación y técnica legislativa.” *Revista Chilena de Derecho* 25 (1998): 867-895.

10 No fue el único aporte el que este movimiento legó a las ciencias jurídicas, también debe ser mencionado su preocupación por los derechos naturales del Hombre.

11 Paulina Victoria González Vergara, “Codificación y técnica legislativa.”

Civil Francés de 1804, también conocido como Código Napoleónico o “*Code civil*” y la escuela de la exégesis que se desarrolló luego de su promulgación.<sup>12</sup> Esa escuela abogó por la protección del texto del Código Napoleón y anheló una veneración del texto de la ley y de la intención de los codificadores.<sup>13</sup>

Este cuerpo normativo fue la piedra de toque del movimiento codificador moderno e influenció a la totalidad de los códigos civiles que surgieron después, particularmente a los de Latinoamérica (y también el de Louisiana). El “code” que promulgó Napoleón en 1804 fue el verdadero modelo a seguir, no solo por su metodología, sino centralmente por la ideología liberal herencia de la Revolución Francesa que se mostraba como de vanguardia.

En suma, el movimiento codificador rompe el sistema plural de fuentes por una fuente única, es racionalizador en tanto busca simplificar el acceso a las normas y simplificar la ley pero además es catalizador del progreso, “*ya que el código es el arma de expansión del concepto socioeconómico de la burguesía liberal*”,<sup>14</sup> por ello ante todo es una forma de consolidar el nuevo orden social, económico y político.

Consolida el sistema político (particularmente el de las nuevas naciones) y tiene una vocación de durabilidad: “*liquida el antiguo régimen, lo que supone una garantía de los derechos individuales (...). Código es al derecho privado lo que la constitución es al derecho público...*”<sup>15</sup> Por ello viene a constituirse como un garante el nuevo orden social y económico y, particularmente en América, los procesos

---

12 Debemos apuntar que la influencia no fue solo para Iberoamérica, el Código Napoleón tuvo vigencia en las colonias del imperio francés (Por ejemplo, en Martinica y Guayana) y siguió a los ejércitos de Napoleón (v.gr. Bélgica y los territorios hanseáticos) Asimismo, fue adoptado mediante persuasión directa (v.gr., en el gran ducado de Varsovia y de Westfalia). Luego de que terminaran las campañas militares expansionistas de Francia, otros territorios europeos adoptaron por voluntad propia varias disposiciones del Código Napoleón, ya sea mediante meras traducciones o con considerables modificaciones (v.gr. los Países Bajos y Rumania). Finalmente, en el Medio Oriente, el Líbano encontró inspiración en el texto francés; y en el Lejano Oriente, Japón elaboró un código civil influenciado por el texto francés, que fue aplicado sin aprobación legislativa entre 1880 y 1896. Cf. Agustín Parise, “The Place of the Louisiana Civil Code in the Hispanic Civil Codifications: Inclusion in the Comments to the Spanish Civil Code Project of 1851” en *Louisiana LawReview*, Volumen 68, Baton Rouge, (2008): 823-929.

13 Abelardo Levaggi, *Manual de Historia del Derecho Argentino*, Vol. 1 (Buenos Aires: Ediciones Depalma, 2001).

14 José E. Castañeda, “La codificación en España y su influjo en Hispanoamérica.” *Cuadernos de Estudios Empresariales* (Universidad Complutense de Madrid) (1997): 359-368.

15 Ibid.

codificatorios contribuyeron al proceso de consolidación y construcción del ser nacional: los códigos civiles fueron un gran aporte para dotar de identidad propia a las naciones incipientes y fijaron el proyecto social, mientras que paralelamente el proyecto político estaba fijado en la constitución y el proyecto económico y comercial queda acrisolado en los códigos de comercio.

*“Desde otro punto de vista, lo que queda en claro es la salvaguarda de los intereses socioeconómicos y políticos de la burguesía como clase social, lo cual es evidente si se estudia la formación de los grandes códigos Europeos, especialmente el civil y el mercantil”.*<sup>16</sup>

El movimiento concebía el Derecho como un producto de la razón humana, que se concretaba en la ley. Por ese motivo, los códigos así pergeñados asumían que serían la forma de ordenar el desorden existente en las incipientes naciones y de romper el particularismo jurídico reinante y en esa vocación ordenadora, la veneración de la ley que nos hablaba Levaggi tenía un lugar central; se pretendía convertir a la ley en fuente hegemónica y excluyente, en desmedro de otras fuentes de derecho, como la jurisprudencia, la doctrina o incluso la costumbre.

Como corolario de lo hasta aquí expuesto es que afirmamos que se pueden reastrear en esa visión codificadora características bien determinadas:

- Totalidad (o Universalidad) y hermeticidad: *“A la idea básica de la Revolución en torno a una única nación, surge la idea revolucionaria de un único derecho”*,<sup>17</sup> por ello todos los conflictos sociales debían hallar respuesta en el código. Un solo texto para todos que pusiera término a las normas exclusivas para ciertas regiones o para ciertas clases sociales; el fin de los textos discriminatorios, de los estatutos de privilegio, de los particularismos de las costumbres locales.<sup>18</sup>

---

16 Miguel Acosta Romero, “El fenómeno de la descodificación en el derecho civil”, *Revista de la Facultad de Derecho de México* (1990), 37-61.

17 Juan Baro Pazos, “Derecho Civil en España (1808-1889)”, *Servicio de publicaciones de la Universidad de Cantabria*, (1992), 25.

18 Gonzalo Figueroa Yañez, “Codificación, descodificación y recodificación del derecho civil”, *Cuadernos de análisis jurídico. Serie Colección de Derecho Privado*. (Universidad Diego Portales) (2005).

A su vez, abarcan todas las cuestiones vinculadas con la vida en sociedad. Por ello, afirma Sozzo, son sistemas cerrados *que tienen pretensiones similares (interrelación) a las de un sistema: ser completos, autosuficientes (nota de totalidad o universalidad) y sin lagunas (nota de plenitud)*.<sup>19</sup> La sistemática del código asume que este no presenta lagunas, e idea un sistema para cubrir las: mediante la analogía se cubren todos los vacíos por lo que su eficiencia es absoluta, todas las respuestas a los conflictos civiles estarían allí.

- Unidad: Los códigos carecen de antinomias (por eso lo de sistémicos): *“Los códigos persiguen y pretenden haber conseguido la unicidad interna de sus elementos”*.<sup>20</sup>
- Simplicidad y practicidad: bajo la idea de unificación y sistematización se supera el confuso sistema de fuentes disperso: las leyes debían ser pocas, claras y precisas.<sup>21</sup> Importaban un sistema ordenado, no contradictorio internamente y, si excepcionalmente llegaba a serlo, el propio sistema preveía las normas para dirimir los conflictos normativos: la ley superior se imponía sobre la de jerarquía inferior (criterio de jerarquía), la ley posterior sobre la anterior (criterio temporal) y la especial prevalecía sobre la general (criterio de especialidad).<sup>22</sup>

En este contexto histórico, la constitución no tiene injerencia en las relaciones entre los particulares. Los derechos constitucionales son blandidos contra el avance del Estado sobre los derechos de los particulares (derechos de defensa frente al Estado), pero no tienen injerencia en las relaciones entre los particulares, es decir, los derechos fundamentales no tienen eficacia frente a terceros (*Drittwirkung der Grundrechte*), tal como ha sido planteada en la

---

19 Gonzalo Sozzo, “¿Es tan importante recodificar?”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales-UNL*, (2001): 83-112.

20 Ibid.

21 Agustín Motilla, “La codificación como técnica de producción legislativa.”, *Revista de Derecho Privado*, (1987): 545-574.

22 Gonzalo Sozzo, “¿Es tan importante recodificar?”.

dogmática constitucional alemana.<sup>23</sup> Esto es lo que se ha llamado “eficacia vertical” de los derechos fundamentales frente a la “eficacia horizontal”, que postulan los principios de la justicia contractual en el sentido de que los derechos fundamentales también pueden ser invocados en las relaciones entre particulares (particularmente la equidad, la buena fe y el deber de no dañar).

Va de suyo que esta última mirada implica desconocer que el poder (económico o social) se ostenta no sólo por el Estado sino también por los particulares y que la opresión también puede venir desde un particular.

Por lo tanto, esta forma de concepción histórica del derecho y esa “eficacia vertical” de los derechos constitucionales asigna una función secundaria al juez quien no es llamado a armonizar el sistema y menos aún se le asignan herramientas para buscar la justicia social (y dentro de ella, la contractual). “*La rígida sumisión del juez a la ley no admitía excepción alguna*”.<sup>24</sup>

## II. La mirada económica y las bases contractuales del movimiento codificador.

La ideología burguesa que condujo el modelo histórico revolucionario se volcó en los códigos civiles y comerciales decimonónicos y, en lo que nos interesa (ya mirando a los contratos dentro de este movimiento), se tradujo en las siguientes premisas:

---

23 El Tribunal Constitucional alemán recurrió a esta teoría por primera vez en el caso Lüth-Urteil (BverfG 7, 198). Allí, un periodista (Eric Lüth), llamó al boicot contra una película realizada por un productor filonazi (Urteil). El productor (Urteil) consiguió del juez una orden para que el periodista se abstuviese de seguir llamando al boicot. Ante esta decisión, el periodista apeló la decisión ante el Tribunal Constitucional, que recordó que la libertad de expresión no se aplica directamente a las relaciones entre particulares; no obstante, consideró que la sentencia del juez ordinario vulneraba el derecho fundamental del señor Lüth toda vez que éste (el juez) se encontraba vinculado por los derechos fundamentales en el sentido que debía de tener en cuenta a la hora de interpretar y aplicar las normas de derecho privado, la influencia de los derechos fundamentales en el campo de la relaciones de carácter civil o laboral, al no hacerlo, al no valorar en su justa medida el efecto irradiación que un determinado derecho fundamental despliega en una relación jurídica privada concreta, el juez incurrió en su vulneración. Así, el Tribunal de *Karlsruhe* reconoció la vinculación de los derechos fundamentales en el tráfico jurídico privado.

24 Luciano Timm Benetti y Maximiliano Marzetti, “Descodificación, constitucionalización y recodificación del Derecho Privado: ¿es todavía útil el código civil?”, *The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies* 3 (2008).

- La incorporación y tutela de la propiedad privada y la adopción del sistema capitalista de acumulación privada.
- El reconocimiento de la libertad contractual (formal) de los individuos. “*El pilar fundamental de la concepción actualmente más extendida del contrato sigue siendo, como hace más de doscientos años, el de la libertad contractual*”.<sup>25</sup>
- El reconocimiento de la igualdad de los sujetos.
- La fuerza vinculante de los contratos y la imposibilidad de injerencia judicial en la revisión posterior de los contratos (excepto en el caso de que la voluntad de los sujetos esté viciada).

Por ello, bajo estas premisas, se adoptó un modelo de contratación e intercambio de bienes paritario de negociación individual cuyas bases teóricas son justamente la libertad de los individuos y la autonomía negocial o contractual. El derecho asume que las partes se van a vincular en un plano de igualdad jurídica, y esa igualdad puede rastreársela en cualquier constitución (por el caso en la Constitución de El Salvador en su artículo 3 y en la Argentina en los artículos 14 y 17).

El efecto que genera esta ideología liberal es que nuestros códigos no reparan ni tutelan la justicia contractual o el equilibrio de las prestaciones como un reflejo del respeto por la integridad de las personas o como la realización de un valor supremo vinculado con la buena fe y la equidad que debe perseguirse en las relaciones económicas. Claramente se trata de una visión acorde a las ideas ultraliberales del racionalismo burgués y de la influencia de la Escuela de la fisiocracia francesa que afirmaba la existencia de una ley natural por la cual el buen funcionamiento del sistema económico estaría asegurado sin la intervención del Estado, ideología que se la suele resumir en el aforismo: *laissez faire, laissez passer* (dejar hacer dejar pasar). Lo libremente querido obliga como la ley misma y el Estado no debe entrometerse.

---

25 Nuria Gines Castelet, “La ventaja o explotación injusta en el ¿futuro? Derecho contractual.”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, (2016).

Bajo una idea de igualdad “formal” el legislador asume que los sujetos son libres de obligarse de no hacerlo y que, si se encuentran en pleno uso de sus facultades mentales y no son víctimas de un “vicio en la voluntad”, pues entonces sus palabras los encadenan y obligan “como la ley misma”, como lo mencionan con distintas palabras la mayoría de los códigos latinoamericanos. Esto es, explicado brevemente, la fuerza vinculante de los contratos.

Por ello, el pacto así efectuado será indisoluble y en la mayoría de los códigos no se previeron mecanismos para atenuar una excesiva onerosidad sobreviniente (conocida como teoría de la imprevisión), o el aprovechamiento de la necesidad, inexperiencia o ligereza de una persona (lesión enorme o enormísima, o también conocida como lesión subjetiva) o la violencia económica reconocida en el nuevo “code” francés vigente desde octubre del año 2016 (artículo 1143).

Fuera de los casos donde puede rastrearse un vicio en la voluntad (violencia o fuerza física, error, dolo) el juez normalmente no tiene en la mayoría de las legislaciones (como la salvadoreña<sup>26</sup>) facultades para modificar los términos de un contrato y solo puede modificarse el mismo por un acuerdo de partes o bien por causas “legales” (solo allí donde estas fueron reconocidas): lesión, teoría de la imprevisión, o incluso bajo la figura del abuso del derecho o de la acción de nulidad.

La mayoría de los códigos civiles siguen sin permitir una revisión frente al desequilibrio o falta de equilibrio contractual y eso sucede no solo en nuestro continente, en este sentido “*el Código civil español, fiel a los principios ultraliberales del período en que fue elaborado, establece contundentemente en su art. 1.293 que ningún contrato se rescindiré por lesión, fuera de los casos mencionados en los números 1. y 2. del artículo 1291*”.<sup>27</sup>

---

26 Excepto el caso de la transacción (Artículo 132 de la ley procesal civil y mercantil salvadoreña) pero resáltese que en ese caso se puede rechazar si no es conforme a la ley o si se realiza en perjuicio de un tercero.

27 Nuria Gines Castelet, “La ventaja o explotación injusta en el ¿futuro? Derecho contractual.”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, (2016).

A modo de graficar lo antes dicho, si comparamos aquellos artículos que prevén el efecto del contrato o su fuerza vinculante en los códigos civiles salvadoreños y en el derogado Código Civil argentino<sup>28</sup> (y en general los códigos latinoamericanos que siguieron el modelo francés), sin trepidar advertiremos que -salvando pequeñas diferencias semánticas-, dicen exactamente lo mismo: el contrato es inmodificable por el juez y solo puede modificarse por causas legales.

Los jueces no tienen facultades para buscar una justicia contractual en el campo del derecho privado o menos aún de poder aplicar un derecho constitucional a una relación privada para salvaguardar, por ejemplo, la integridad moral que generaría la violencia económica o situaciones que, aunque no se pueden constituir como verdaderas situaciones de abuso, generan una onerosidad excesiva o una situación de inequidad manifiesta en una relación privada.

### III. Fisuras “sistémicas” y surgimiento de microsistemas jurídicos (polisistemas): descodificación y recodificación.

El concepto o la descodificación es atribuido a Natalino Irti, quien lo popularizó al publicar su artículo *L'età della decodificazione*, en 1978, demostrando que el modelo de Estado surgido con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, (llamado Estado Social) transformó la legislación europea promoviendo una verdadera fuga desde el Código Civil italiano (de 1942), en dirección hacia los principios y valores de la Constitución italiana, (la llamada constitucionalización del Derecho Civil).<sup>29</sup>

---

28 Código Civil de El Salvador, (El Salvador: Art. 1416.- Todo contrato legalmente celebrado, es obligatorio para los contratantes, y sólo cesan sus efectos entre las partes por el consentimiento mutuo de éstas o por causas legales.

Código Civil Argentino (derogado): Art. 959.- Efecto vinculante. Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Su contenido sólo puede ser modificado o extinguido por acuerdo de partes o en los supuestos en que la ley lo prevé.

29 Luciano Timm Benetti y Maximiliano Marzetti, “Descodificación, constitucionalización y recodificación del Derecho Privado.

Cuando hablamos de descodificación nos referimos a la dispersión de las reglas civiles, al rompimiento de la vocación totalizante de los códigos civiles monolíticos y al surgimiento de microsistemas (o polisistemas) que antiguamente estaban regidos por la onda expansiva y totalizante del código civil. Son “*ramas completas desojadas del tronco civil originario*”.<sup>30</sup>

Igualmente, no solo se trata de la creación de sistemas jurídicos paralelos de materias antes regidas en exclusividad por el código civil. También caen dentro de este fenómeno el surgimiento de legislación complementaria o de nuevas ramas jurídicas (dentro del mismo derecho privado) y en particular de esa fuga hacia los principios constitucionales de las que nos hablaba Irti.

En la mayoría de los países que siguieron el modelo francés, a poco de andar, surgieron una pluralidad de microsistemas jurídicos: leyes de consumo (o códigos, como en Brasil o el Perú), leyes sobre arrendamientos urbanos o rurales, sobre venta de inmuebles en lotes y a plazos, leyes sobre propiedad horizontal, códigos de familia (como fue dictado en El Salvador por ejemplo), leyes sobre trasplantes de órganos, sobre propiedad intelectual, leyes de prenda, operaciones de crédito, y un larguísimo etcétera.

Igualmente la modificación y dispersión de las normas civiles no solo debe ser atribuida a la proliferación normativa interna de los países, también se ve influenciada por la incorporación de los tratados internacionales (con impacto específico en las relaciones civiles) al derecho interno mediante la jerarquización y elevación a rango constitucional de los mismos; constituciones de Argentina (artículo 75 inc. 22) Honduras, (artículo 16), República Dominicana (artículo 3) Colombia, (artículo 93), México (artículo 133), Venezuela (artículo 23) o incluso “supra constitucional” como acontece en la Constitución de Guatemala, (artículo 46) o la de El Salvador (artículo 144).

La descodificación en tanto es dispersión normativa, implica el rompimiento de los principios fundantes del movimiento codificador de los que

---

30 Gonzalo Figueroa Yañez, “Codificación, descodificación y recodificación del derecho civil”.

hablábamos más arriba y ello, a su vez, implica reconocer la imposibilidad de regular la totalidad de la conducta de las personas a través de una única Ley. *“En este sentido, dentro del conjunto de microsistemas el código es uno más. Pierde su cualidad de estatuto de Derecho común y general, ocupa el papel de un Derecho residual que regula los aspectos no alcanzados por las leyes especiales”*.<sup>31</sup>

Esta circunstancia, sumada a la inconveniencia de regular las relaciones civiles del siglo XXI con una ley del siglo XIX, ha generado un movimiento “recodificador”. Varios ejemplos contemporáneos de recodificación podemos citar en nuestro continente, quizá el más reciente fue el caso argentino que en el año 2015 (que además unificó el códigos civil y comercial), pero antes de esta unificación podemos citar ejemplos de este fenómeno a los de los códigos civiles del Perú (1984), Brasil (2002) de Quebec (1994), o incluso los códigos de Holanda (1992) o la profunda modificación introducida en el BGB alemán (2002) y la de Francia (2016).

En la visión de Figueroa Yañez:

*“Recodificar no consiste en recopilar. No se trata, en consecuencia, de juntar todas las obras civiles, una detrás de otra, en una especie de anexo monstruoso de mil colores, detrás del texto de Código Civil.(...) Tampoco requiere esa compilación de un esfuerzo intelectual de magnitud: bastará solo con un esfuerzo editorial de precisión”*.<sup>32</sup>

Muy por el contrario, los códigos que surgen en este proceso “recodificadorio” se diferencian del movimiento codificador decimonónico centralmente porque asumen su carácter de ser microsistema jurídico más o, lo que es lo mismo, asumen una legislación civil y comercial al amparo de poli sistemas normativos, ya no tienen esa vocación totalizante y única ni la hermeticidad a la que aspiraban su predecesores pero, además, porque algunos de ellos permiten expresamente la penetración del derecho privado por el

---

31 Juan Carlos Frontera, “La Erosión del Código de Comercio de la República Argentina a través del instituto de la quiebra. Primer estudio sobre su descodificación.” *IUS Historia* (IJ Editores) IJ-LXV-31 (2007).

32 Gonzalo Figueroa Yañez, “Codificación, descodificación y recodificación del derecho civil”.

derecho constitucional o reconocen la eficacia “horizontal” de los derechos constitucionales, como es el caso del código argentino.

#### IV. La nueva mirada de la recodificación: eficacia horizontal de los derechos constitucionales y justicia contractual.

De lo hasta aquí expuesto, surge que la recodificación no implica un cambio solo en la forma de organizar el sistema jurídico, no se trata de cambios en los principios sistematizadores, también implicó una revisión profunda sobre las bases ideológicas y filosóficas que subyacen detrás del código y sus sistemas normativos.

Esa “fuga” desde el Código Civil hacia los principios y valores de la Constitución de la que nos hablaba Irti nos sugiere que el movimiento recodificador no fue una simple re sistematización, sino una revisión profunda de las bases filosóficas e ideológicas sobre el que se asientan los viejos cuerpos normativos, donde *“el concepto y la práctica del Estado social de derecho colocan a la Constitución por encima de todos los demás sistemas normativos, y sus directrices informan íntegra la normatividad, que no solo ha de ajustarse a ella, sino que debe interpretarse con arreglo a la ideología acogida en su parte dogmática”*.<sup>33</sup>

Quizá uno de los hitos más significativos en este sentido -en lo que hace a nuestro tema- fue asumir que el derecho de los contratos debe cumplir una función social, el reconocer que el poder (y su abuso) puede provenir no solo del Estado sino también de los particulares y entender, que las relaciones particulares deben ser respetuosas de los derechos fundamentales.

Las relaciones de poder en el nuevo milenio se muestran con una tendencia al desequilibrio y el contrato también puede ser una herramienta de opresión y, frente a ello, debe asumirse que los derechos constitucionales también pueden ser opuestos en las relaciones privadas.

---

33 Fernando Hinestrosa, “Codificación, descodificación y recodificación.”, *Revista de Derecho Privado* (Universidad Externado de Colombia) (2014): 3-13.

Igualmente debemos apuntar que no pocas son las voces que se alzan en contra de estas ideas, centralmente bajo la crítica de que si los derechos constitucionales nacieron como límites al poder del Estado, “concebirlos como vinculantes en las relaciones particulares es desvirtuar por completo su naturaleza jurídica”.<sup>34</sup> También han sido vistas como una amenaza a la seguridad jurídica y a la estabilidad de los negocios.

Este mayor protagonismo del juez y la subordinación del derecho privado al derecho constitucional en el campo de los contratos claramente implica una limitación de la autonomía de la voluntad, por lo que también el reproche a tal doctrina vino por el lado de que la misma va a “propiciar inseguridad jurídica, acabar con la autonomía privada y subordinar el derecho privado al constitucional”,<sup>35</sup> incluso permitió “hipotizar” acerca de un “governo giudiziario della discrezionalità contrattuale”.<sup>36</sup>

Aun así, es innegable que con el constitucionalismo social -que es propio de las constituciones surgidas (o modificadas) luego de la Segunda Guerra Mundial- y con el nacimiento del Estado social de derecho, nace una nueva percepción de los derechos fundamentales que se adecuará a las nuevas necesidades y formas de organización social y económica: “En su multiplicidad de niveles funcionales, los derechos fundamentales poseen hoy en primer término el carácter de conferir status: determinar, asegurar o limitar la posición jurídica del individuo en sus bases y en sus relaciones jurídicas con otros individuos”.<sup>37</sup>

Por cuestiones de espacio, no analizaremos los antecedentes jurisprudenciales que cada vez con más fuerza reciben estas ideas, sí

---

34 José Juan Anzués Gurría, “La eficacia horizontal de los derechos fundamentales”, Editado por UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, (2010).

35 Julio Alexei, “La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares”, *Universidad Externado de Colombia*, (2000).

36 Cfr. Rita Rolli, *Causa in astratto e causa in concreto*, (Verona: CEDAM, 2008), 239. (BARCELO COMPTE, 2016).

37 Hans Peter Schneider, “Derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático.”, *Revista de Estudios Políticos* (1979): 7-36.

mencionamos que aún fuera de los países que no han re-sistematizado sus códigos civiles o incluso aquellos que no tienen herramientas de derecho positivo que permitan nivelar el desequilibrio contractual (lesión, teoría de la imprevisión, violencia económica, etc.), la tendencia a la eficacia horizontal de los derechos se muestra como una tendencia irreversible, particularmente en lo que hace al derecho contractual: la mirada crítica hoy más bien antes que limitarse a la aplicación de los derechos constitucionales en las relaciones de los particulares (dentro de la admisión de esa eficacia) se reduce a la discusión sobre si la misma es inmediata (o directa) o si por el contrario tiene una eficacia mediata o indirecta.

*“El objeto de la discusión que ha mantenido ocupada a la doctrina constitucional durante los últimos 60 años se ha centrado más bien en determinar la forma y modo en que estos derechos han de hacerse efectivos en las relaciones privadas”.*<sup>38</sup>

Esta nueva dimensión, como *valores*, que se le ha atribuido a los derechos fundamentales puede ser definida como el contenido de los derechos fundamentales, que aunado al subjetivo, es constituido por normas objetivas de principio (*objektive Grundsatznormen*) y decisiones axiológicas (*Wertenscheidung*)<sup>39</sup> que representan el sistema de valores y principios concretos de una sociedad (sistema cultural), y se convierten -en consecuencia-, en la razón y fundamento del Estado.<sup>40</sup>

Por ello los derechos fundamentales cobran una dimensión objetiva (indistintamente frente a quien se tienen), asumen el rango de valores que representan la ideología de un Estado, lo que significa que los derechos entendidos como subjetivos son transformados en valores para que el juez pueda ponderarlos (objetivos): esos derechos se trasladan al campo de las relaciones

---

38 José Juan Anzures Gurría, “La eficacia horizontal de los derechos fundamentales”, Editado por UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, (2010).

39 E. W. Böckenförde, *Escritos sobre derechos fundamentales*, trad. de J. L. Requejo e I. (Villaverde: Baden-Baden, Nomos, 1993), 95. Citado por (Anzures Gurría, 2010).

40 R. Smend, “Verfassung und Verfassungsrecht”, *Teoría de la Constitución* (Madrid: Alianza, 1982), 170. citado por José Juan Anzures Gurría, “La eficacia horizontal de los derechos fundamentales”.

privadas y en el campo de los contratos, en alguna medida buscan superar la igualdad formal que propone el liberalismo (y que asumen los viejos códigos) mediante un activismo del Estado (por medio del poder judicial) quien debe asegurarlo aún en las relaciones particulares (eficacia horizontal).

El reconocimiento de la eficacia de la Constitución en las relaciones particulares nos sugiere que los principios fundamentales de las relaciones civiles debemos buscarlos hoy, en primer lugar, en la Constitución, *en otros términos, “es el Estado en el que la sociedad se protege por él y no frente a él”*<sup>41</sup> y esto implica repensar la eficacia de la Constitución y, centralmente, repensar el rol de los operadores llamados a defender el derecho constitucional violado (jueces).

Esta asignación u objetivación de los derechos fundamentales impactó en el legislador (como en el caso de Argentina que seguidamente veremos) o en el *soft law* pero también en la forma de concebir la labor del custodio de la realización de estos valores, el juez.

La nueva legislación, como acontece en el método constitucional, requiere de normas “abiertas” y la resistematización del derecho privado asume otra forma; las contradicciones no solo no deben estar dentro del cuerpo civil, sino que la ley civil no puede entrar en contradicción con los derechos fundamentales.

A su vez los derechos fundamentales a la par de aportarles coherencia al sistema, adquieren una función interpretativa que asume dos formas: *“como factores de interpretación del derecho privado, desde o dentro del espíritu de los derechos fundamentales y, por otra parte, a través de las cláusulas generales y los conceptos jurídicos abiertos. Es en esta forma que los derechos fundamentales desenvuelven una “eficacia irradiante” sobre la legislación civil”*.<sup>42</sup>

La nueva mirada del juez como encargado de asegurar o más bien ser garante de que esa eficacia de los derechos constitucionales se derrame sobre las relaciones particulares, lo vuelca al centro de la escena (por sobre el papel

---

41 E. R. Huber, *Rechtsstaat und Sozialstaat in der modernen Industriegesellschaft*, 1968, citado (Anzures Gurría, 2010).

42 José Juan Anzures Gurría, “La eficacia horizontal de los derechos fundamentales”.

residual que tenía en la etapa codificatoria decimonónica) y en ella, debe poner al sujeto como centro de ese sistema.

La coherencia se restablece por la coordinación flexible y útil de las fuentes: el descubrimiento de la racionalidad de las normas que se da por medio de la convivencia y del «diálogo». Entre ellas, Jayme bautizó como «diálogo» de las fuentes, a la aplicación simultánea, coherente y coordinada de fuentes legislativas convergentes,<sup>43</sup> por sobre la aplicación monolítica y asilada de un solo cuerpo normativo (código civil por ejemplo) a las relaciones particulares.

Esta resignificación de la función judicial debe ir acompañada de herramientas que le permitan hacerla efectiva: El juez debe respetar la autonomía contractual y velar porque las convenciones particulares no contravengan el orden público ni la moral o las buenas costumbres, pero, a su vez, es el garante de velar por la realización de la justicia contractual y de que la igualdad de los contratantes no sea reconocida solo en su aspecto formal.

Al concebir los derechos fundamentales como derechos subjetivos que el individuo ostenta directamente frente a sus semejantes en sus relaciones particulares, ya sea con mediación legal o sin ella, se está otorgando al juez una capacidad concretizadora de éstos que pertenece en principio al legislador.<sup>44</sup>

## V. La traducción normativa de la justicia contractual: el caso argentino.

La justicia contractual puede ser exclusiva del legislador (mediante la implementación de remedios generales) o bien ser una pauta de integración normativa que debe efectuar el juez (justicia contractual pretoriana) y este último control pretoriano puede enfocarse en desequilibrios genéticos o existentes al momento de su celebración (cláusulas abusivas, vicios en el consentimiento,

---

43 Alberto. Do Amaral Jr, "El «diálogo» de las fuentes: Fragmentación y coherencia en el Derecho Internacional contemporáneo.", *Revista Española de Derecho Internacional. Sección ESTUDIOS*, Asociación de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, (2010): 61-88.

44 José Juan Anzures Gurría, "La eficacia horizontal de los derechos fundamentales", Editado por UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, (2010).

aprovechamiento de la necesidad, ligereza o inexperiencia para obtener una ventaja desproporcional) o bien de desequilibrios sobrevinientes (excesiva onerosidad sobreviniente, teoría de la imprevisión, buena fe en la ejecución, etc.).

Aun así, y fuera de estos institutos específicamente en la mirada recodificadora, en Argentina se ha dotado al juez de diversas (y novedosas) facultades que le permiten desarrollar la justicia contractual bajo el amparo de la compatibilización de las relaciones civiles con los preceptos constitucionales.

De hecho en el caso argentino en forma expresa se ha receptado esta mirada constitucionalizadora o la eficacia horizontal de la que hablábamos y el “*dialogo de fuentes*” del que hablaba Jayme: en el artículo 1º del nuevo código se establece que “*Los casos que este Código rige, deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos*” (...) y el artículo 2º establece que “*La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento*”.

Dentro de la nueva función del juez como integrador del sistema normativo y de la mirada “moralizante” del nuevo sistema, son ejemplificativos los casos enunciados en los artículos 771 que faculta a los jueces a reducir intereses,<sup>45</sup> al enunciado en el artículo 890 que otorga la facultad de disponer una condena con un pago en cuotas<sup>46</sup> cuando el deudor no pueda afrontar el monto de condena.

Incluso se faculta al juez a reducir el precio o fijar una retribución “equitativa” en un contrato de servicios o de obra si surge que “*la aplicación estricta de los aranceles locales conduce a una evidente e injustificada desproporción entre la retribución resultante y la importancia de la labor cumplida*” (artículo 1125).

---

45 Artículo 771 Los jueces pueden reducir los intereses cuando la tasa fijada o el resultado que provoque la capitalización de intereses excede, sin justificación y desproporcionadamente, el costo medio del dinero para deudores y operaciones similares en el lugar donde se contrajo la obligación. Los intereses pagados en exceso se imputan al capital y, una vez extinguido éste, pueden ser repetidos.

46 Artículo 890.- Carga de la prueba. El acreedor puede reclamar el cumplimiento de la prestación, y corresponde al deudor demostrar que su estado patrimonial le impide pagar. En caso de condena, el juez puede fijar el pago en cuotas.

En idéntico sentido podemos invocar al artículo 1610 que autoriza al juez a *“reducir la deuda directamente originada en el juego si resulta extraordinaria respecto a la fortuna del deudor”*.

Por último, en lo que creemos es el cambio más significativo en materia contractual y ejemplo de la admisión de la teoría de la justicia contractual y del cambio en la mirada económica y filosófica del cuerpo legal, es el artículo 960 que establece que *“Los jueces no tienen facultades para modificar las estipulaciones de los contratos, excepto que sea a pedido de una de las partes cuando lo autoriza la ley, o de oficio cuando se afecta, de modo manifiesto, el orden público”*.

Ya no solo podrá modificar un contrato *“por causas legales”* como decía la vieja norma, sino que si el orden público se ve violentado por una norma individual el juez podrá reestablecer ese orden violado, buscar la equidad del contrato o reestablecer la *“justicia contractual”*.

## Conclusiones.

Doctrinariamente se ha instalado la idea de que deben ser admitidos instrumentos de justicia contractual en los códigos civiles y que las relaciones particulares también deben ser interpretadas bajo una mirada respetuosa de los derechos constitucionales, esto implica afirmar que los derechos constitucionales reconocen una eficacia horizontal (invocable entre los particulares o frente a un particular) además de una eficacia vertical (entre las relaciones del Estado con los particulares).

Reconocer una eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones particulares genera una intolerancia de la ventaja injusta y del contrato desequilibrado -o lesivo- en tanto genera un daño injusto. El reclamo moral en un contexto de derecho privado se postula como elemental principio de justicia y equidad que encuentran fundamento y cobertura en la Constitución.

Los proyectos de armonización del Derecho europeo e internacional de los contratos<sup>47</sup> prevén mecanismos para combatir la explotación injusta en

---

<sup>47</sup> En este sentido la propuesta de la Comisión Europea sobre un reglamento del Parlamento europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea [COM(2011)

materia contractual al igual que los Principios de Derecho Contractual Europeo (*Principles of European Contract Law*).<sup>48</sup>

Fuera de estos preceptos comunitarios, diversos códigos civiles modernos se enderezan hacia la inclusión de una dosis de moralización del derecho privado. Así podemos citar al BGB alemán, que en su artículo 138, fulmina de nulidad a la transacción que ofende la moral, al nuevo código civil francés que receta en su artículo 1143 la teoría de la violencia económica y sanciona la ventaja excesiva, además del reciente caso argentino que autoriza al juez a modificar al contrato (incluso de oficio) si se afecta el orden público o si surge una onerosidad excesiva (artículo 960).

Esto nos sugiere que el principio de autonomía contractual debe ser entendido en dos dimensiones: desde la dimensión sinalagmática individual, pero también desde la recepción del principio de solidaridad como un valor independiente (y que trasciende) a las partes.

El contrato debe permitir la realización de valores protegidos constitucionalmente tales como la lealtad, la equidad, la justicia conmutativa o la confianza entre las partes. Esto implica resignificar al contrato no solo como el producto de una voluntad individual sino ser visto en un nuevo rol como elemento fundamental para desarrollar la felicidad solidaria. Los valores asignados por la ley al contrato deben ser buscados en la Constitución y no solo en la voluntad de las partes.

La apertura de la autonomía privada hacia este nuevo perfil (social o solidarista) implica una limitación de la autonomía privada y una mayor atribución de funciones al juez para reestablecer el equilibrio contractual o eliminar la ventaja injusta.

---

635 final - 2011/0284 (COD)] en el artículo 51, dispone sobre la ventaja injusta lo siguiente: *“Una parte podrá anular un contrato si, en el momento de su celebración: a) tenía una relación de dependencia o de confianza con la otra, se encontraba en dificultades económicas, tenía necesidades urgentes o era imprevisora, ignorante o inexperimentada; y b) esta otra parte sabía o debía esperar que supiera dicha situación del otro contratante y, atendidas las circunstancias y finalidad del contrato, se aprovechó de ello para conseguir un beneficio excesivo o una ventaja injusta”*. (Ginés Castellet, 2016)

48 En su artículo 4:109 contienen una previsión sobre el *“excessive benefit or unfair advantage”*.