



Derecho PUCP

ISSN: 0251-3420

revistaderechopucp@pucp.edu.pe

Pontificia Universidad Católica del Perú
Perú

Palacios Martínez, Eric
Autonomía privada, principio de legalidad y derecho civil
Derecho PUCP, núm. 60, 2007, pp. 97-110
Pontificia Universidad Católica del Perú
Lima, Perú

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=533656156003>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica
Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

Autonomía privada, principio de legalidad y derecho civil

Eric Palacios Martínez*

La justicia es algo más que economía.

Richard Posner

SUMARIO: Introducción.— Los límites a la autonomía privada. Límites extrínsecos e intrínsecos. Su progresiva desaparición. Algunas hipótesis de análisis. Nuevas contradicciones.— Colofón.

Introducción

En la realidad cotidiana se vive una cruel ficción: los fenómenos actuales —y me refiero sobretodo a la globalización de la economía, la crisis de la soberanía de los estados y la debilitación de la esfera pública¹— aparentemente fundamentan la «nueva» primacía del derecho civil —sostenida en la creciente importancia que ostenta el mercado— cuando en verdad sucede todo lo contrario en tanto dichos fenómenos destruyen las mismas bases del derecho civil establecidas sobre la identidad entre la igualdad formal y sustancial. Se ha llegado incluso a ilusoriamente afirmar la recreación de la idea de un derecho de los particulares, frase acuñada hace ya algún tiempo por el profesor italiano Widar Cesarini Sforza.²

* Profesor de Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Academia de la Magistratura

¹ Son los tres fenómenos a los que da importancia FERRAJOLI, Luigi *Diritto civile e principio di legalità in Europa e diritto privato*, rivista trimestrale a cura di Bonell, Castronovo, di Majo y Mazzamuto, Milano: Dott. A. Giuffré Editore, 2005, fascículo 3, p. 655.

² CESARINI SFORZA, Widar, *El derecho de los particulares*, traducción y nota introductoria a la versión castellana de José Calvo González, presentación a la edición italiana de Salvatore Romano, Madrid: Editorial Civitas, 1986.

Para corroborar esta afirmación, que para algún devoto del *common law* o del análisis económico del derecho podrá aparecer como temeraria, es ciertamente necesario efectuar algunas reflexiones sobre las consecuencias que los acotados acontecimientos tienen en vinculación con la preocupante deformación de las ideas de autonomía privada y ordenamiento jurídico en general, que ciertamente marcan, al contrario de lo que parece, un menoscabo importante para el propio derecho civil y para el mismo estado de derecho, pues al ir desapareciendo el rol de ordenación y de protección del Estado, es claro que los más débiles, la gran mayoría, podremos ser presa fácil de las «disposiciones» impuestas desde «entidades» que —respaldadas por las banderas del desarrollo y de la «sana» inversión— buscan ejercer su dominio absoluto en un mundo, al que ahora no pueden definir sin el adjetivo «globalizado».

La justificación que motivan las reflexiones que siguen a continuación se materializa en la creciente desorientación en la que repentinamente han caído algunos solo por el hecho de haber visitado, por un breve lapso, al gran país del norte.³

³ Y me arriesgo a que alguno vuelva a tildarme injustamente de esquizofrénico jurídico peligroso (Ver BULLARD G., Alfredo, «Esquizofrenia jurídica. El impacto del análisis económico del derecho en el Perú» en *Themis – Revista de Derecho*, segunda época, Lima, 2002, número 44, p. 30) basando dicho juicio valorativo solo en apreciaciones subjetivas que son constantemente repetidas por todos los que defienden, en razón a su conveniencia y status, la infiltración de ideas —si se les puede llamar así— derivadas del derecho norteamericano impuesto siempre, todos lo sabemos y sentimos, por la fuerza de la riqueza y el chantaje perpetrado cuando se amenaza con el retiro de las inversiones de un determinado país. Nótese como poco a poco observamos, día a día, como se predica la utilización de los famosos precedentes y decisiones vinculantes en instancias tan importantes como el Tribunal Constitucional y el Instituto de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), sin perjuicio de recordar, por ejemplo, como en sede administrativa se vive una aletargamiento con respecto a la actuación de las empresas mineras extranjeras en nuestro país, cuyo resultado más alarmante es la paulatina destrucción de nuestro ecosistema natural.

Por demás, no me explico cómo el autor mencionado, con quién llevé y aprobé satisfactoriamente el curso electivo de Análisis Económico del Derecho en nuestra Facultad de Derecho, pueda acusar de profanos a todos los que no comulgamos con su manera de pensar el Derecho, afirmación que se contradice cuando detecta una locura «abstracta» en la «jurisprudencia de conceptos» sin, y esto se desprende de su copiosa obra, haberla estudiado a profundidad.

Los límites a la autonomía privada. Límites extrínsecos e intrínsecos. Su progresiva desaparición. Algunas hipótesis de análisis. Nuevas contradicciones

¿Como explicar la autonomía privada sin recurrir a un enmarañamiento conceptual? La pregunta es relevante en cuanto uno de los pretextos utilizados para desdeñar la utilización del método dogmático (la dogmática), característico de los sistemas romano-germánicos e imponer en algunas hipótesis el llamado *leading case*, es justamente el excesivo uso de conceptos y supra-conceptos en la construcción de las soluciones de las controversias sustantivas cuya aplicación corresponde a los postulados del positivismo científico.

Aquí es oportuno referirme, aunque brevemente, a la dogmática jurídica,⁴ últimamente tan vituperada.⁵

⁴ Para tener una visión clara acerca de la visión que ofrece y la importancia de la dogmática en el desarrollo racional del derecho ver por todos la obra de MENGONI, Milano: *Luigi Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Dott. A. Giuffré Editore, 1996.

⁵ Es importante volver a recordar al profesor italiano Enrico Allorio quién, en defensa de la dogmática, denunció, en su momento, la antisistematicidad y pragmatismo que agobia a muchos de los llamados «juristas». Señalaba el recordado maestro que «si defender la coherencia del ordenamiento jurídico, si repugnar el pensamiento de que la ley admita, sin diferencia real de situaciones prácticas que regular, soluciones discordantes; si todo esto es dogmática, entonces no me ruborizo de profesarme dogmático». Para luego enfatizar que «al ampliar la observación de los fenómenos jurídicos, y advertir que arduo es el cometido de la construcción sistemática, que coherentemente abraza un número cada vez mayor de ellos; entonces, por una especie de insinceridad intelectual, acusamos al sistema; nos parece elegante y *bonton* renegar de nuestra vocación constructiva y encerrarnos en el caso, anteponer la experiencia a los principios, allí donde debería ser nuestra ambición buscar, con el doble auxilio del estudio y la imaginación, una solidaridad cada vez más audaz entre la experiencia, minuciosamente conocida y analizada, y los principios ampliamente reconstruidos. Y es así como, persuadidos de encontramos en el camino de Damasco, nos metemos, en cambio, en un callejón sin salida; agotamos así la ciencia, nivelamos nuestro método a la altura de la mentalidad de los prácticos, respecto de los cuales deberíamos siempre considerar mantenernos superiores» (ALLORIO, Enrico. *Problemi di Diritto* Dott. Milano: A. Giuffré Editore, 1957, vol. I, p.8). Cabe indicar que la cita es casi textualmente la efectuada en un artículo de mi autoría, originalmente publicado en el año 1995 en una revista cuya orientación ha mutado sustancialmente, intitulado *Algunos apuntes dogmáticos sobre el concepto de negocio jurídico* ahora en *Contribución a la teoría del negocio jurídico* Lima: Jurista Editores, 2002.

La relevancia de la construcción dogmático-sistemática queda así enmarcada, no como una actividad netamente científico-jurídica de orden estrictamente académico, sino por el contrario, como una actividad dirigida a la construcción de los principios a partir de una experiencia correctamente analizada, considerando, por demás, que

La dogmática (el método dogmático) debe ser considerada como una actividad racional dirigida a la construcción de los principios a partir de una experiencia correctamente analizada, pues es evidente que esta última requiere de un edificio conceptual que sirva de apoyo para lograr una coherencia intrínseca en la aplicación del Derecho. La dogmática jurídica no puede ser tomada como una forma cerrada de entender la fenomenología jurídica, tal y como lo expresan los viejos prejuicios que se tornan contra todo aquello y contra quiénes adoptan tal orientación, materializados en una desconfianza creciente y una hostilidad abierta. Tal vez la verdadera razón, que se oculta por elemental lógica, es la aversión y la impotencia que se siente ante la pretensión de pensamiento teórico y sus incómodas exigencias. De ello se tiene que el estandarte de batalla, o aparente sustento de fondo, de dichas críticas se manifieste en la expandida frase tal vez eso sea correcto en teoría pero no sirve en la práctica, la que intrínsecamente contiene un cuestionamiento usual al método de la ciencia jurídica que consiste en argüir su, casi siempre no constatada, separación de la realidad.

Todo ello, no obstante, olvida que ninguna teoría puede prescindir de la constatación casuística, como bien ha demostrado Claus-Wilhelm Canaris, discípulo, nada menos, del recordado profesor alemán Karl Larenz, ya que el hecho que una doctrina sea correcta en teoría pero no sirva para la práctica no es compatible con la orientación aplicativa de las teorías jurídicas, y, por tanto, bien mirado, es una situación que, de ningún modo puede darse; antes bien, frente a una contradicción de este carácter, se deberá abandonar o corregir la teoría, ya que ello excluiría toda posibilidad de referirnos a la idea misma de concepto.⁶

Incluso el desdén hacia la ciencia jurídica puede teñirse de jocosidad. Así, en un ejemplo extraído de la filosofía, Platón ha hecho inmortal en el *Teeteto* la risa de la criada tracia burlándose de Tales, quién era un astrónomo y que, según cuentan, contemplando las estrellas cayó en un pozo. La historia, sin embargo, debe ser completada con una anécdota, relatada

esta última requiere también del edificio conceptual que le sirva de apoyo para lograr su intrínseca coherencia en la aplicación material de sus directrices. Una relación de interdependencia dinámica entre ambas realidades.

⁶ CANARIS, Claus-Wilhelm *Función, estructura y falsación de las teorías jurídicas*, traducción del alemán de Daniela Bruckner y José Luis De Castro, Madrid: Editorial Civitas, 1995, p. 120.

por Aristóteles en la *Política*, donde se advierte que Tales supo aprovechar muy bien en la práctica sus capacidades teóricas, pues, fundándose en sus conocimientos astronómicos, previó una favorable cosecha de olivas, alquiló a tiempo todas las prensas de aceite y obtuvo una elevada ganancia. Lo importante es que Tales no se había caído al pozo, sino que había descendido voluntariamente al mismo, al objeto de utilizar la superficie del agua para observaciones astronómicas. Este, siguiendo la idea, es el signo del auténtico teórico o, como se acostumbra decir, del dogmático: el está por buenas razones dentro de su pozo y no se deja confundir por la incompreensión y la burla de vulgares criadas.⁷

Efectuadas tales aclaraciones, y tomando partido por la orientación denotada, podemos definir a la autonomía privada como el poder reconocido a los sujetos privados (particulares) para la ordenación de las relaciones e intereses propios, no se trata de un poder atribuido, como postulan los que siguen los lineamientos del normativismo, en tanto los privados en forma autónoma realizan actividad negocial a efectos de satisfacer sus necesidades espontáneamente y en un momento de vinculación estrictamente social (momento pre jurídico), entiéndase incluso anterior a la calificación jurídica, y sin que tengan ni siquiera necesidad de que exista un ordenamiento jurídico conciencia jurídica o intuición jurídica⁸ — por lo que lógicamente este no puede atribuirse la concesión de dicho poder a los particulares, sino solo limitarse a su reconocimiento otorgando formas de tutela más eficaces, en términos de coacción, frente a otras formas de tutela de corte social.⁹

El hecho que se otorgue un poder a los particulares no implica que el uso de dicho poder genere normas jurídicas: piénsese solamente en los poderes que ejerce un propietario cuando dispone o reivindica el bien.

⁷ *Ídem*, p. 123.

⁸ La idea de conciencia jurídica puede ser tomada de tres formas distintas: puede ser el saber aquello que es el derecho, la seguridad del derecho; también puede ser saber que cosa debe ser el derecho (derecho justo); y por último, puede ser el saber que solamente el derecho debe constatare, el respeto por el ordenamiento jurídico. Así REHBINDER, Manfred, *Sociologia del diritto*, traducción del alemán e introducción por Salvatore Patti, Casa Editrice Dott. Antonio Milani (CEDAM), Padova, 1982, pp. 166–167.

⁹ Que incluso pueden ser «eficaces» que los mecanismos de tutela jurídica. Esta afirmación se puede constatar en la realidad, solo pensando en la propia experiencia cuando cumplimos las promesas o las deudas, por ejemplo de orden familiar, sin que pueda decirse que ello se realiza por temor al uso de los mecanismos jurídicos destinados a materializar coacción.

No creo que nadie pueda lógicamente sostener que el ejercicio del poder reivindicatorio pueda considerarse como una norma jurídica.

Asentado lo anterior es posible, a manera de resumen, considerar dos principales formas de regulación de la autonomía privada.

- 1) Como fuente de normas destinadas a formar parte integrante del mismo ordenamiento jurídico que la reconoce (por ejemplo, contrato colectivo de trabajo entre entes dotados de autonomía).
- 2) Como presupuesto y *fattispecie* generadora de relaciones jurídicas, previstos o regulados con antelación, y en modo abstracto y general por las normas de aquel ordenamiento jurídico (contrato privado).

La autonomía como fenómeno social, preexiste históricamente al ordenamiento estatal que la reconoce y avala su eficacia original, pero no solamente se queda en ello pues también la autonomía cuenta, a efectos de su relevancia, con un *enforcement* es decir con una «justiciabilidad» que se resume, de manera significativa, el alcance de la transformación de un acto meramente interprivado o amical en un acto dotado de efectos jurídicos, incluso con valor de «ley» interpartes.¹⁰ Sin perjuicio de ello, reafirmemos como la autonomía es originaria e independiente del ordenamiento, pero esto no puede llevar a calificarla como apoyo del ordenamiento jurídico de los particulares ni que su ejercicio se equipare a las funciones y poderes estatales como poder normativo,¹¹ a pesar de que en ciertos casos los

¹⁰ SCHLESINGER, Piero, *La autonomía privada y sus límites*, en *Proceso & Justicia*, Revista de Derecho Procesal, traducción de Leysser L. León, Lima: Asociación Civil Taller de Derecho, N° 3, Año 2002.

¹¹ La destrucción dogmática de la teoría normativa ha sido incontestablemente efectuada desde la misma visión objetiva, que se propugna en conjunto contra el conocido «dogma de la voluntad», por el ilustre profesor Renato Sconagmiglio, en la *Recensione* a la obra de Luigi FERRI *La autonomia privata* publicada por Giuffrè Editore, Milano, que fuera publicada en la «Rivista di diritto civile», año XI, parte I, 1961, especialmente cuando sostiene que tomar al negocio jurídico como fuente normativa es asumir una posición «viciada de apriorismo y, en todo caso, errónea e infecunda. En torno a esto último basta con tener en cuenta como la exigencia de fundamentar con válidos argumentos tal visión del fenómeno negocial induce al autor al reexamen y a la revisión de una serie de nociones fundamentales de la moderna dogmática (norma, poder, deber, derecho subjetivo, etc.) que desbordan a nuestra problemática por la más amplia vastedad de la materia. [...] La teoría normativa, en efecto, se apoya, principalmente, en un equívoco, a saber: que solamente concibiendo el negocio como fuente del derecho sería posible rendir adecuada cuenta de su esencia dispositiva. [...] Se debe replicar, en cambio,

particulares ejercen poderes así de diferenciados, pero esto en virtud de algún poder conferido expresamente por el propio ordenamiento.

Es el momento oportuno de examinar los límites impuestos a la autonomía privada por el ordenamiento jurídico. La justificación en la imposición de límites se encuentra, en mi entender, en la propia función calificadora del ordenamiento pero también en la constatación según la cual el ordenamiento jurídico no puede prestar su apoyo a la autonomía privada para la satisfacción de cualquier interés que esta persiga; por el contrario, antes de otorgar reconocimiento en los términos expuestos, realiza un proceso de tipificación y evalúa la función práctica del intento «práctico» de los particulares. Dicha evaluación, exteriorización del proceso de calificación, puede tener tres distintos resultados a saber:

1. Lo cataloga como digna de tutela, reconoce y otorga protección. Esta protección puede materializarse de distintas maneras: así es posible que el ordenamiento, al margen de otorgar los efectos negociales típicos, puede también intervenir directamente en el contenido negocial sin afectar la validez del negocio (piénsese en el fenómeno de la sustitución automática de cláusulas negociales); pero también puede cubrir los vacíos generados por la incompleta actividad declarativa de las partes.
2. Lo cataloga como no digna de tutela, no la reconoce, y la toma como social y jurídicamente indiferente, con la que dicho intento práctico estaría desprovisto de reconocimiento jurídico.
3. Pero también puede reprobalo y lo combate con los mecanismos jurídicos predispuestos generalmente para la tutela del interés general.

que el negocio tiene relevancia ya en la realidad prejurídica, como instrumento de intereses privados, y el derecho se limita solo a atribuirle los efectos correspondientes a su naturaleza. [...] Pero la teoría normativa no solo compromete la posibilidad de una correcta visión del fenómeno negocial: ella suscita, inevitablemente, las más graves dificultades cuando se trata —y este es, por lo demás, su postulado principal— de identificar el negocio con las otras normas jurídicas. Aquí se opone, una vez más, la observación fundamental de que la figura del negocio constituye, más bien, objeto de reconocimiento y regulación por parte del ordenamiento jurídico (y por lo tanto, no puede ubicarse en el mismo plano)». Puntualicemos que la mayor parte de la cita fue originalmente traducida por el profesor Leysser L. León en su artículo «Los actos jurídicos en sentido estricto. Sus bases históricas y dogmáticas», en *Negocio jurídico y responsabilidad civil, Estudios en memoria del profesor Lizardo Taboada Córdova*, al cuidado de Freddy Escobar Rozas, Leysser L. León, Rómulo Morales Hervias y Eric Palacios Martínez, Lima: Editora Jurídica Grijley. E.I.R.L. 2004, pp. 73–74, ver número 95.

En esta hipótesis se generan efectos pero estos son contrarios al propósito perseguido con el intento «práctico». Esta hipótesis comprende todos los casos en que se plantean las denominadas sanciones civiles (nulidad, anulabilidad, rescisión, etcétera).

Entonces la reacción del ordenamiento puede verse tanto en forma positiva o negativa (esta segunda con los matices reseñados), pero ella siempre está vinculada a la determinación anticipada de límites al actuar privado de los sujetos ya que en el fondo se trata de limitar el derecho de libertad contractual reconocido en el inciso 14° del artículo 2° de la Constitución Política del Perú cuyo único límite literalmente reconocido está en las leyes de orden público. La tradición jurídica apoyándose en la ciencia jurídica —la dogmática— ciertamente, ha logrado justificar la existencia de dos grandes grupos de límites: extrínsecos e intrínsecos —ambos basados sobre normatividad imperativa y/o principios rectores— que se ubican dentro de la estructura del negocio y fuera de ella.

Así, los límites extrínsecos están basados estrictamente en la normatividad imperativa «externa», es decir, que no guarda vinculación directa con la estructura del negocio jurídico, principal expresión de la autonomía privada, sin perjuicio que ellos podrían en alguna forma incidir sobre la estructura negocial (piénsese en normatividad imperativa que permita sustentar la ilicitud de la causa). Ellos se concretan casi siempre en las normas imperativas¹² cuyo contenido se dirige, casi siempre, a establecer

¹² En este punto es interesante considerar como el planteamiento normativista llega a los mismos resultados aunque utilizando instrumentos teóricos diversos, así se puede apreciar cuando se afirma que «la autonomía privada es limitada en las normas de Derecho privado de carácter de inderogables en el sentido que el reglamento establecido por las partes está subordinado a las normas de mayor jerarquía por razones de protección de intereses colectivos o de intereses generales, ambos superiores a los intereses privados. La violación de una norma inderogable de derecho privado es por el contrario sancionada solo si es el mismo privado interesado el que pide al juez que la sanción sea aplicada» [...] «Las normas imperativas de Derecho privado son normas inderogables que ponen límites al contenido del acto privado por motivos de interés general, utilizando sustancialmente dos diversas técnicas. Un primer tipo de limitación consiste en colocar una suerte de perímetro dentro del cual la actividad deber ser mantenida, bajo sanción de nulidad del acto realizado. Se trata de límites externos, en el sentido que el privado puede moverse, al definir el contenido del acto mismo, hasta el punto de no traspasar tales límites, que son representados por particulares normas imperativas» (MORALES HERVIAS, Rómulo *Carácter supletorio de las normas sobre contratación en Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas*, Gaceta Jurídica S.A., Lima, 2004, Tomo VII, Contratos en general, pp. 74–75 Ciertamente debe

lineamientos de orden público (incluso político) así como aquellos referidos a las buenas costumbres inmersas en una valoración moral no desligada de lo social.

Por otro lado, los límites intrínsecos actúan desde el interior de la estructura del negocio jurídico de forma tal que los particulares, al momento de efectuar su composición de intereses, no podrán dejar de lado las exigencias planteadas por el ordenamiento jurídico para los componentes que conforman la estructura reflejada en el contenido del negocio jurídico; como se tiene al momento de valorar la necesidad que el negocio tenga una causa que justifique la atribución de efectos negociales pues, mediante dicha verificación y al considerarse como criterio de merecimiento de tutela, ella involucra un análisis que se apoya, en el fondo, lo reiteramos, en la necesidad que toda autorregulación pueda ulteriormente ser caracterizada sobre su función, finalidad o contenido evaluando si merita tutela por parte del ordenamiento al constatarse que son útiles, necesarias o deseables para la sociedad.

Así, nótese como poco a poco los límites trazados a la autonomía privada se van debilitando en forma preocupante para quienes creemos en un ordenamiento coherente y sistemático que proteja y tutele a los que sufren los efectos de la desigualdad sustancial. Ahora, y esto parece ciencia-ficción jurídica, se llega a negar la propia existencia de normas

acotarse que el autor citado se apoya en Francesco GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, X edizione aggiornata e con riferimenti di dottrina e di giurisprudenza, Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane S.p.A., 2003, pp. 13-15).

Nótese cómo dicho autor aborda la concepción de la autonomía privada al sostener que «si reconocemos el carácter normativo del contrato y definimos a la autonomía privada como poder de producir cambios jurídicos mediante el establecimiento (o modificación o derogación) de una norma jurídica, la distinción entre derecho público y privado, entre poder público y poder privado, puede ser perfectamente hallada en el propósito o fin perseguido con la emanación de la norma. Poder público es solo aquel que es asignado e impuesto a la obtención del interés público. Lo privado resulta, a *contrariis*, de la ausencia de tal imposición, es decir de la independencia del poder del interés público. En este sentido, precisamente, la autonomía privada es poder privado. También las normas de derecho privado, como por ejemplo las contenidas en el código de derecho civil, son normas privadas solo en cuanto a su objetivo inmediato, pero son normas públicas si son consideradas en su formación y en el fin que las han inspirado. En efecto son el resultado de las actividades de órganos públicos en el ejercicio de sus poderes normativos. Lo «privado» de tales normas no se refiere a su naturaleza o a su formación, sino a la materia que regulan, que es materia sobre la cual puede ejercitarse también el poder normativo de los privados» (MORALES HERVIAS, *Op. cit.* p. 74).

imperativas, que incidirían sobre la autonomía privada, en sectores tan sensibles como el derecho laboral ignorando el carácter tuitivo de las mismas. Un ejemplo palpable, extraído de mi experiencia profesional, lo tenemos en la extraña aplicación de la normativa referida a los convenios de prácticas pre-profesionales. El artículo 44° de la Ley N° 28518 – Ley de Modalidades Formativas Laborales establece imperativamente un máximo de treinta horas semanales para la realización de las prácticas pre profesionales; sin embargo, he tenido la oportunidad de conversar con no pocos abogados de las empresas en que se realizan tales prácticas, lo que tienen una interpretación bastante peculiar que se concreta en tomar al mandato contenido en dicha norma como susceptible de ser materia de un «pacto en contrario» y que la imperatividad de la norma estaría referida a que la empresa no podría constreñir al practicante al cumplimiento de una «jornada» mayor a la descrita por la norma, salvo que este último esté de acuerdo con cumplir un horario mayor al indicado (!) (sic). Otro ejemplo es la actuación del Instituto de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) que le ha quitado «competencia» al Código Civil (incluida la normatividad imperativa) en sectores tan importantes, de corte netamente civil, tales como la propiedad intelectual (derechos de autor) y, sobretudo, la competencia, los que, es evidente, son vitales para los intereses de los grupos de poder económico; todo ello al margen que dicha entidad es uno de los medios a través de los que se produce una infiltración progresiva de mecanismos extraños a nuestro sistema romano germánico, como cuando se habla de «precedentes» obligatorios.

Como bien se ha señalado en un no tan reciente artículo,¹³ pero ya en términos macro estatales, el fenómeno aludido de debilitamiento progresivo de los límites a la autonomía privada —carencia de límites a veces se lo denomina— ha sido avalado y ocultado por un equívoco teórico, común a un estudio superficial del fenómeno de la autonomía privada, que consiste 1) en caracterizar al derecho privado como un lugar de libertad «natural» del hombre y 2) en caracterizar a los derechos civiles de libre iniciativa económica y de autonomía privada —negocial como

¹³ Me refiero nuevamente al artículo de FERRAJOLI, Luigi *Diritto civile e principio di legalità in Europa e diritto privato*, rivista trimestrale a cura di Bonelli, Castronovo, di Majo y Mazzamuto, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2005, fascículo 3, pp. 655 y ss, del cual se recogen la mayoría de ideas vertidas en los párrafos siguientes.

derechos derivados de la libertad,¹⁴ no diversos de la libertad de opinión, de expresión, de asociación y de reunión. Lo cierto es que esta concepción ignora, u olvida, que los llamados «derechos civiles de autonomía» son ejercidos en forma bastante distinta a los llamados «derechos de libertad» pues los primeros siempre suponen una modificación de la realidad jurídica mediante actos productivos de efectos en la esfera jurídica propia y ajena (piénsese en los contratos con efectos frente a terceros) mientras que los segundos se identificarían, en sentido estricto, con el llamado *agere licere* —parafraseando a Barbero— lo que supone un actuar lícito que mantiene o realiza una situación permitida por el ordenamiento. Por ello, es que la actuación de estos «poderes privados» de autonomía requieren ser precisamente limitados por el ordenamiento jurídico pues de no ser así están destinados a degenerar en poderes absolutos y salvajes, lesivos de los intereses generales y paradójicamente de los derechos fundamentales de los propios individuos.

En relación a este tipo de poderes, que conllevan una producción de autónoma de preceptos, normas o relaciones jurídicas, según la óptica desde donde se mire, y a pesar de considerárseles como la base del sistema de mercado —tomado como el instrumento más «idóneo» para la producción de riqueza— es impensable, en respeto de la regla que no permite la existencia de poderes absolutos, que ellos no estén sujecionados a las directrices impuestas por el ordenamiento jurídico, es decir a reglas y a límites de tipo jurídico. Genera entonces realmente perplejidad

¹⁴ El ejemplo más claro en nuestro medio de esta «tendencia» la encontramos en FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *El supuesto de la denominada «autonomía de la voluntad» en Contratación contemporánea. Teoría general y principios* Palestra — Temis, Lima — Bogotá, 2000, pp. 243 – 254 donde el conocido profesor sanmarquino afirma que «cuando nos referimos al acto «jurídico» como un acto «voluntario», estamos haciendo dos simultáneas afirmaciones. La primera, que el acto «jurídico», como cualquier otro acto, es una expresión contemporánea de la libertad que es mi existencia y, la segunda, que la voluntad no se presenta o se da solitaria, sino que se manifiesta conjuntamente con todas las demás potencias de mi *psique*. Es decir, con el discernimiento o inteligencia y con nuestros sentimientos o pasiones». Se llega a la conclusión que «la “autonomía” radica en la persona en cuanto esta es un ser libertad. Es el ser humano, en tanto ser libre, quien es autónomo o autárquico. Es en la libertad donde radica su autonomía. Es esta libertad la que sustenta o fundamenta la “voluntad” y los demás ingredientes del psiquismo. Es su supuesto. Resulta equívoco, como se ha sostenido, referirse a la “autonomía” de la “voluntad”. En todo caso, esta expresión debería entenderse como que la “voluntad” es la expresión fenoménica de la autonomía inherente a la libertad constitutiva del ser humano».

como se vienen produciendo en contraste con tales lineamientos, ya lo anticipamos, una progresiva reducción de los límites legales al ejercicio de la «autonomía» privada, pero ello encuentra sospechosamente concreción con respecto a los poderes económicos, los mismos que alentados por esta «tendencia» continúan con su creciente expansión, acumulación, invasión y posibilidad de condicionar la vida civil, y también política. Los poderes «privados», así avizorados, son un riesgo latente para la libertad y los derechos fundamentales de todos los ciudadanos en tanto ellos graciosamente se escudan justamente en el respeto a la «esfera privada».

Entre los peligros concretos originados por esta inaplicación concreta de los límites a los poderes privados, tenemos a los siguientes:¹⁵

1. La concentración y confusión de poderes que se verifica en la realidad nacional y mundial. Los poderes económicos y políticos lamentablemente encuentran una sintonía en los objetivos que ambos se proponen, máxime cuando es innegable la vinculación estrecha entre dinero y política: dinero para hacer política, política para hacer dinero. En esto claramente juega un papel trascendental la información que ambas esferas tienen y que comparten. Se forma un círculo vicioso que nos afecta todos, nos limita y nos domina. Se destruye así la frontera, necesaria diría yo, entre esfera pública y esfera privada; en suma, entre poderes políticos y poderes e intereses económicos lo que trae como consecuencia lógica la subordinación de los primeros a los segundos.
2. La progresiva erosión de la función que cumplen las instituciones estatales que aplican las reglas y los controles establecidos en garantía de los intereses generales, todo ello pensado en ventaja de la correlativa expansión de la esfera privada del mercado; se puede decir que se viene produciendo una privatización de la esfera pública: seguridad social, asistencia sanitaria, jurisdicción exclusiva, e incluso, contradiciendo el viejo modelo liberal, la defensa militar, confiada ahora, y pensemos en los Estados Unidos de Norteamérica, a fuerzas privadas mercenarias, lo que puede ser constatado en nuestra realidad recordando los no para nada lejanos momentos de la contratación de soldados en los países sudamericanos.

¹⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Op. cit.*, pp. 658 y ss.

3. La inversión de la relación entre autonomía privada y norma jurídica (ley). La referencia es directa al fenómeno de la «conurrencia» entre ordenamientos jurídicos que está invirtiendo la relación entre estado y mercado, que premia a los ordenamientos más ventajosos para las empresas y más desventajosos para los usuarios. El Estado ya no ordena a las empresas sino son ellas (las denominadas transnacionales) las que ordenan a los Estados «escogiendo» a los que les ofrecen mejores condiciones para la satisfacción de sus intereses: bajos salarios, menores derechos laborales, paraísos tributarios, ausencia de normas protectoras de la salud y del medio ambiente. Claro está, también podría entrar en su valoración las posibilidades que se tienen en un país determinado (¿?) de corromper altos funcionarios para moldear las leyes de acuerdo a sus intereses.

En lo jurídico, ¿cuál es la consecuencia más grave de esta experiencia actual? Ella, es, sin duda, la caída del principio de legalidad en el derecho privado, todo es susceptible de pacto en contrario, y con ello se le pierde respeto al carácter imperativo de las normas legales: la regresión al absolutismo de los grandes poderes, ya no políticos sino económicos, que luchan por obtener a su favor la ley más fuerte que les permita actuar de acuerdo a sus conveniencias. Se busca que los acuerdos de estas empresas transnacionales sean normas, del mismo nivel e incluso, hasta superiores a las normas emanadas por el Estado.

Las contradicciones que genera la realidad descrita se hacen patentes. La humanidad en conjunto es incomparablemente más rica que en el pasado; sin embargo, porque la riqueza se distribuye asimétricamente, hay más seres humanos pobres que en toda historia. Pero, hay otra contradicción mayor que se despliega sobre el plano que nos concierne: los hombres son ciertamente sobre el plano jurídico incomparablemente más iguales que en cualquier otra época gracias a las innumerables cartas, constituciones y declaraciones de derechos fundamentales, pero en los hechos son incomparablemente más desiguales. La moderna edad de los derechos en el plano formal es también la edad de la más profunda desigualdad a nivel sustancial.

Colofón

No quisiera terminar el presente ensayo sin denunciar la relación existente entre la debilitación del principio de legalidad, referencialmente explicado con algunos ejemplos «vivos», y la visión que ahora nos impone la economía que intenta, por si alguno no se ha dado cuenta, dominar el análisis jurídico y supeditarlo a la obtención de sus fines. En otras palabras, una de las formas de debilitación del principio de legalidad, un soporte vital del estado de derecho y de la propia democracia tal y como la conocemos, está en el endiosamiento de la economía como única ciencia que salvará al mundo «globalizado». El pensamiento único es el pensamiento del primado de la economía, respecto del cual parece que no tenemos alternativas. Parece que los hombres no sabemos más decir sí, respecto al modo de ser y de vivir, pudiera haber algún otro. Parece que tales cuestiones no son más legítimas. Se discute acerca de las compatibilidades, pero nunca de las alternativas. En la base de tal enfoque hay un modelo de eficacia que se confunde con la eficiencia y con el suceso. Una cultura del suceso es también la cultura del encasillamiento, porque respecto al imaginario dominante la experiencia, desgraciadamente, aporta una masa de mentiras y frustraciones que hacen a las nuevas generaciones singularmente apáticas respecto a la perspectiva de una responsable proyección de su propio destino. Los efectos de todo esto son visibles a todos: desculturización de la sociedad, ruptura de toda relación entre las culturas particulares y las formas de vida, pérdida del gusto, barbarización de la relación con las cosas, desocialización del individuo.¹⁶

¹⁶ Perfectamente aplicables a la realidad que vivimos son las palabras tomadas de BARCELLONA, Pietro. *Il suicidio dell'Europa. Dalla coscienza infelice all'edonismo cognitivo*, Bari: Edizioni Dedalo, 2005, p. 130.