Fundamentos de la Nueva Teoría General del Contrato

Estudio interdisciplinario institucional, exegético y casuístico

E D I T O R A J U R Í D I C A G R I J L E Y

MIGUEL TORRES MÉNDEZ
Doctor en Derecho por la
Pontificia Universidad Católica del Perú

FUNDAMENTOS DE LA NUEVA TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO

Estudio interdisciplinario institucional, exegético y casuístico

GRIJLEY

Primera edición, octubre 2016

DERECHOS RESERVADOS: DECRETO LEGISLATIVO Nº 822

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente sin permiso expreso de la Editorial.

© 2016, *Fundamentos de la Nueva Teoría General del Contrato*
© 2016, Miguel Torres Méndez
mtorres@pucp.edu.pe
© 2016, Editora y Librería Jurídica Grijley EIRL
www.grijley.com
Jr. Azángaro 1077 - Lima
Tlfs.: 321-0258 • 427-1881
mentejuridica@hotmail.com
Av. Francisco Lazo 1924 - Lince
Tlfs.: 661-9922 • 337-5252
Cel.: 955474204
info@grijley.com
distribucion@grijley.com

Composición e Impresión:
Editora y Librería Jurídica Grijley E.I.R.L.
Jr. Azángaro 1075 • Cercado de Lima

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú Nº 2016-11426
ISBN: 978-9972-04-532-5

Tiraje: 1,000 ejemplares

*A la memoria de Manuel de la Puente y Lavalle, mi Maestro**

* *"Non Nobis, Domine, Non Nobis, sed Nomini tuo da Gloriam".*

"El nuevo modelo de contrato,
que se puede entrever detrás de la crisis del viejo,
no está para nada completamente definido,
es el reflejo de una realidad aún magmática,
apenas naciente"
Vincenzo Roppo

"En la evolución del contrato
se reflejan, sin duda,
los mismos pasos del hombre"
Néstor de Buen

"El fundamento del vínculo contractual está
en el orden de las verdades necesarias, está
en los principios necesarios de la equidad material"
Jorge Giorgi

“¡Se fiel cumplidor de los contratos!
¡Lo que tú eres se lo debes exclusivamente
a los contratos!”

“El oro del Rin”
Richard Wagner

ÍNDICE

Introducción 23

CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO DE LA CONTRATACIÓN COMO PROBLEMÁTICA JURÍDICA

I.1. Planteamiento del problema: La ***Teoría General del Contrato*** como la solución de la problemática jurídica de la contratación o mercado 39

I.2. La necesidad de los estudios interdisciplinarios como requisito para la creación de auténtica doctrina sobre la nueva ***Teoría General del Contrato*** 45

CAPÍTULO II

ESTUDIO INSTITUCIONAL DEL PRINCIPIO DE OBLIGATORIEDAD DEL CONTRATO

II.1. El fundamento del principio de obligatoriedad del contrato 47

II.2. Breve historia del principio de obligatoriedad del contrato..... 49

II.3. Planteamiento de la problemática jurídica relativa a la fuente u origen de la obligatoriedad del contrato..... 55

II.4. Análisis 57

II.4.1. La naturaleza normativa del acto jurídico como consecuencia del ejercicio de la autonomía negocial de los particulares 57

II.4.2. La autonomía negocial como potestad normativa 61

II.4.3. El principio de Autonomía de la Voluntad. El concepto subjetivo e individualista, o liberal, del contrato. La desmitificación de la autoría kantiana de este principio. El concepto de este principio como una aplicación del Jusnaturalismo 64

II.4.4. La vinculación del Principio de Autonomía de la Voluntad con la Economía de Libre Mercado y el Capitalismo. El Estado Liberal (abstencionista) y el principio de Inmutabilidad del Contrato como efectos de esta vinculación y como situaciones favorables a las empresas 90

II.4.5. El principio de Autonomía privada. El concepto objetivo o social del contrato. La Socialización del Contrato o la función social del contrato . 99

II.4.6. La vinculación del principio de Autonomía Privada con el régimen económico de Economía de Administración Centralizada. La creación de un Estado totalmente intervencionista y la mutabilidad del contrato como efectos de este vínculo..... 136

II.4.7. La vinculación del principio de Autonomía Privada con el régimen económico de Economía Social de Mercado. El Estado Social o parcialmente intervencionista y la mutabilidad del contrato, como efectos de este vínculo; y como situaciones favorables a los consumidores 137

II.4.8. Igualdad y diferencias entre los principios de Autonomía de la Voluntad y de Autonomía Privada..... 142

II.5. La crisis o decadencia, seguida de muerte, del concepto subjetivo (individualista o liberal) de contrato..... 148

II.6. Solución de la problemática jurídica sobre el fundamento de la obligatoriedad del contrato 150

II.7. La problemática jurídica que genera el conflicto entre los principios de Autonomía de la Voluntad y Autonomía Privada, o la problemática jurídica sobre la relación entre la libertad y la ley. ¿Cómo consigue el Derecho que los contratantes sean libres en la contratación o mercado, sin o con intervencionismo estatal? ¿Es innecesario o necesario el intervencionismo estatal en la contratación o mercado? La opción, para la contratación o mercado, entre un Estado abstencionista o un Estado parcialmente intervencionista. ¿A quién debe proteger el Estado mediante el Derecho Contractual, a las empresas o a los consumidores? 153

II.7.1. Planteamiento..... 154

II.7.2. Análisis..... 155

II.7.3. Solución 163

II.8. La Buena Fe como el principio general que sustenta la obligatoriedad del contrato. El rescate ético-jurídico de este principio, como fundamento de esta obligatoriedad, propuesto por John Rawls al Derecho Contractual: El rescate de la diosa romana ***Fides***, con su posterior evolución, para la justificación de la obligatoriedad del contrato..... 165

II.9. El ejercicio de la Autonomía Privada. Los derechos que conforman este principio..... 195

II.9.1. La Libertad de Contratar..... 196

II.9.2. La Libertad Contractual o libertad de configuración interna..... 199

CAPÍTULO III

ESTUDIO EXEGÉTICO DEL PRINCIPIO DE OBLIGATORIEDAD DEL CONTRATO: ANÁLISIS DE LAS NORMAS DE LA LEGISLACIÓN PERUANA RELATIVAS A ESTE PRINCIPIO

III.1. La Libertad de Contratar y la Libertad Contractual en la legislación peruana 201

III.1.1. La Libertad de Contratar en el Código Civil peruano 201

III.1.2. La Libertad Contractual en el Código Civil peruano 203

III.1.2.a. Análisis del artículo 1354 del Código Civil..... 203

III.1.2.b. Análisis del artículo 1355 del Código Civil. 204

III.1.3. La Libertad de Contratar en la Constitución política de 1993..... 207

III.1.4. La Libertad Contractual en la Constitución política de 1993. La problemática jurídica generada por la antinomia constitucional sobre el intervencionismo estatal en la contratación en el Perú. 208

III.1.4.a. Planteamiento. La antinomia constitucional sobre el intervencionismo estatal en la contratación o mercado peruano. ¿La Constitución peruana de 1993 protege a los consumidores o protege a las empresas? 208

III.1.4.b. Solución de la problemática jurídica generada por la antinomia constitucional sobre el intervencionismo estatal en la contratación o mercado peruano. La solución del conflicto constitucional peruano consistente en la incompatibilidad de los regímenes económicos de la Economía Social de Mercado y la Economía de Libre Mercado para la contratación o mercado peruano: La invalidez del artículo 62 de la Constitución de 1993 219

III.2. Análisis del artículo 1361 del Código Civil..... 353

CAPÍTULO IV

ESTUDIO CASUÍSTICO SOBRE EL PRINCIPIO DE OBLIGATORIEDAD DEL CONTRATO: ANÁLISIS DE CASOS DE INTERVENCIONISMO ESTATAL EN LA CONTRATACIÓN PERUANA

IV.1. Necesidad de un estudio exegético inicial: La complementación del análisis del artículo 1355 del Código Civil..... 367

IV.1.1. La no derogación tácita del artículo 1355 del Código Civil, en virtud de la aplicación del artículo 62 de la Constitución de 1993, por la invalidez de esta norma constitucional. La ***desuetudo***, de esta norma, como segundo fundamento o prueba práctica, que demuestra su invalidez 367

IV.1.2. Las causales o motivos por los cuales el Estado puede intervenir en la contratación o mercado peruano 374

IV.2. Estudio Casuístico: Análisis de tres leyes mediante las cuales se ha realizado intervencionismo estatal en la contratación o mercado peruano. Tres leyes que demuestran la invalidez del artículo 62 de la Constitución 388

IV.2.1. El intervencionismo estatal en la Seguridad Social peruana. Análisis contractual de la Ley de Libre Desafiliación de las AFPs. 389

IV.2.1.a. Reseña legal y descripción de la modificación contractual impuesta por esta ley..... 389

IV.2.1.b. Análisis de la validez y legitimidad del intervencionismo estatal, impuesto por esta ley, en la contratación o mercado correspondiente a la Seguridad Social peruana 391

IV.2.2. El intervencionismo estatal en la contratación o mercado peruano de la educación privada. Análisis contractual de la Ley de Protección de la Economía Familiar respecto al pago de pensiones en Centros y Programas Educativos Privados 394

IV.2.2.a. Reseña legal y descripción de la modificación contractual impuesta por esta ley. 394

IV.2.2.b. Análisis de la validez y legitimidad del intervencionismo estatal, impuesto por esta ley, en la contratación correspondiente a la educación privada peruana. 397

IV.2.3. El intervencionismo estatal en la contratación publicitaria correspondiente a la contratación

o mercado del consumo de la comida chatarra. Análisis contractual de la Ley de Promoción de la Alimentación Saludable para Niños, Niñas y Adolescentes..... 405

IV.2.3.a. Reseña legal y descripción de la modificación contractual impuesta por esta ley. 405

IV.2.3.b. Análisis de la validez y legitimidad del intervencionismo estatal, impuesto por esta ley, en la contratación publicitaria de la contratación o mercado peruano de la comida chatarra. 408

CAPÍTULO V

ESTUDIO INSTITUCIONAL DEL PRINCIPIO DE PATRIMONIALIDAD DEL CONTRATO

V.I. El principio de patrimonialidad del contrato 445

V.1.1. Planteamiento de la problemática jurídica de la patrimonialidad del contrato 446

V.1.2. Análisis..... 448

V.1.2.a. Los criterios clásicos o tradicionales de patrimonialidad..... 450

V.1.2.b. La Juridicidad como criterio previo necesario para determinar la patrimonialidad contractual. 459

V.1.2.c. El criterio de la Patrimonialidad Económica como meramente referencial para la determinación de la patrimonialidad contractual. 464

V.1.2.d. La Patrimonialidad Jurídica como la situación que determina la patrimonialidad contractual. 465

CAPÍTULO VI

ESTUDIO EXEGÉTICO Y CASUÍSTICO DEL PRINCIPIO DE PATRIMONIALIDAD DEL CONTRATO

VI.1. Estudio exegético del principio de patrimonialidad del contrato 491

VI.1.1. Análisis del artículo 1351 del Código Civil en cuanto a la patrimonialidad del contrato 491

VI.2. Estudio casuístico del principio de patrimonialidad del contrato 495

VI.2.1. Análisis de la problemática sobre la patrimonia lidad o extrapatrimonialidad del matrimonio... 496

VI.2.1.a. Planteamiento del problema. 496

VI.2.1.b. Análisis..... 496

VI.2.1.c. Solución 500

VI.2.2. Análisis de un caso práctico tipo examen sobre la patrimonialidad del contrato 500

VI.2.2.a. Análisis y soluciones 501

VI.2.3. Absolución de una consulta profesional sobre la patrimonialidad del contrato 504

VI.2.3.a. Análisis..... 505

VI.2.3.b. Solución. 507

CAPÍTULO VII

ESTUDIO INSTITUCIONAL DEL PRINCIPIO DE RELATIVIDAD DEL CONTRATO

VII.1. El principio de relatividad del contrato 509

VII.1.1. Planteamiento de la problemática jurídica de la relatividad del contrato 509

VII.1.2. Análisis 514

VII.1.3. Solución de la de la problemática jurídica de la relatividad del contrato. Explicación del conflicto de derechos y de perspectivas jurídicas que contiene al respecto el texto jusliterario del "*Éxodo*" 530

CAPÍTULO VIII

ESTUDIO EXEGÉTICO Y CASUÍSTICO DEL PRINCIPIO DE RELATIVIDAD DEL CONTRATO

VIII.1. Estudio exegético del principio de relatividad del contrato..... 537

VIII.1.1. Análisis del artículo 1363 del Código Civil.. 537

VIII.2. Estudio casuístico del principio de relatividad del contrato..... 544

VIII.2.1. Análisis y soluciones 545

Epílogo..... 549

Bibliografía..... 575

INTRODUCCIÓN



"El consenso por sí mismo no crea, sino que el orden jurídico, caracterizado por una marcada desconfianza hacia las voluntades individuales en solitario, ejerce cierto control sobre ellas interpretando en general las necesidades de la sociedad".

PAOLO GROSSI[1]

I. Sobre la temática de la presente obra doctrinaria

La presente obra doctrinaria definitivamente no es una obra más sobre la *Teoría General del Contrato*, porque la investigación que contiene no consiste en el estudio clásico o tradicional que se ha venido haciendo abundantemente hasta el momento sobre esta importante teoría general. Todo lo contrario, esta investigación es novedosa porque aborda específicamente lo que modernamente se ha llegado a identificar, tanto legislativa como doctrinariamente, y lamentablemente todavía no es conocida satisfactoriamente del todo; como la nueva *Teoría General del Contrato*.

Por eso, la presente obra doctrinaria, sobre la nueva *Teoría General del Contrato*, es la seria y rigurosa exigencia académica que, como estudio o investigación interdisciplinaria, me he propuesto ahora satisfacer, como investigador y jurista especializado en Derecho

---

(1) GROSSI, Paolo, "Propiedad y contrato", en *El Estado moderno en Europa*, Edición de Mauricio FIORAVANTI, Trotta, Madrid, 2004, p. 134.

Contractual; continuando de esta manera con las obras doctrinarias que ya vengo produciendo hasta el momento sobre el mismo[2].

Definitivamente en esta producción doctrinal hacía falta con urgencia, como me lo habían hecho saber tanto mis alumnos como mis colegas investigadores, así como la presente Editorial; una obra que esté dedicada al estudio del complejo conjunto de problemas que conforman esta importante teoría general.

Precisamente por ser esta teoría general, un conjunto de problemas socioeconómicos que jurídicamente se deben resolver, mediante el Derecho que regule esta teoría; la misma es una de las problemáticas jurídicas más relevantes y complejas que forman parte del Derecho. Y es por eso que se inicia, la presente obra doctrinaria, con el planteamiento de esta problemática, en el primer capítulo.

En este planteamiento preciso que son cuatro los principios contractuales básicos, cuyos conceptos o entendimiento conforman la problemática jurídica en que consiste la nueva *Teoría General del Contrato*.

Tales principios contractuales básicos son la Obligatoriedad, la Patrimonialidad, la Buena Fe; y la Relatividad.

El contenido de esta obra doctrinaria está dedicado concretamente, entonces, tanto a los correspondientes estudios analíticos, como a la determinación de las correspondientes soluciones; de todos estos principios generales que, como problemas, conforman la problemática jurídica en que consiste la nueva *Teoría General del Contrato*.

Como se ha precisado y se podrá comprobar de la lectura de esta obra doctrinaria, estos principios generales son, además de los más relevantes; también los más complejos de esta teoría general.

---

(2) Estas otras obras doctrinarias son "Estudios sobre el contrato de compraventa" T. I (Grijley Lima, 1993), T. II, "La compraventa de bien futuro", (Grijley, Lima, 2002); y "La contratación del mercado de valores" (Grijley, Lima, 2012).

Precisamente, la complejidad de la que están revestidos estos principios generales ha dado lugar a que en el Perú aún no se les haya estudiado con la necesaria rigurosidad académica que corresponde. Esto es, aún no se les había estudiado de manera seria, exhaustiva y con profundidad. Pues en la poca auténtica doctrina peruana que hay, sobre esta teoría, se les estudia solo reducidamente. Lo cual no significa que este carácter reducido, que sobre este estudio tiene esta auténtica doctrina, la desmerezca como tal.

No, en absoluto es así. El estudio de estos principios generales, que figura en la poca auténtica doctrina peruana que hay, sobre la *Teoría General del Contrato*, si bien es reducido; por tener un buen nivel académico sí se le puede considerar como un buen inicio de la investigación seria y rigurosa que se debe hacer sobre los principios generales que conforman esta teoría general. Esta es, precisamente, una de las razones que motivaron la elaboración de la presente obra doctrinaria; lo cual se da cuenta o informa en el siguiente ítem.

Asimismo, el estudio y análisis de los principios generales que son los fundamentos, de la nueva *Teoría General del Contrato*; en la presente obra doctrinaria se ha realizado teniendo en cuenta siempre la mayor necesidad o exigencia social que debe satisfacer esta nueva teoría general, por así exigirlo el interés social o público.

Tal necesidad o exigencia, social, no es otra que ***la protección jurídica del consumidor***, que es efecto o consecuencia de tener esta última parte contratante la calidad de parte débil de la relación contractual. Por eso OLIVIER SORO RUSSELL destaca al respecto que: "El llamado Derecho del Consumo: la protección del contratante más débil. Si existe un ámbito de la contratación en el que esté especialmente implicado el interés público, este es, sin lugar a dudas, el ámbito del llamado Derecho de Consumo"[(3)].

(3) SORO RUSSELL, Olivier, "El principio de la autonomía de la voluntad privada en la contratación: génesis y contenido actual", Reus, Madrid, 2016, p. 131.

II. Tres continuaciones necesarias como las motivaciones que impulsaron la elaboración de la presente obra doctrinaria: La necesidad de continuar con la creación de auténtica doctrina peruana sobre la nueva *Teoría General del Contrato* y, de esta manera, la necesidad de continuar el legado magisterial y doctrinario del *Jurista peruano de los Contratos*; y, para ello, la necesidad de continuar un estudio pospositivista mediante estudios interdisciplinarios y no solo positivistas

II.1. La necesidad de continuar con la creación de auténtica doctrina peruana, interdisciplinaria, sobre la nueva *Teoría General del Contrato*. La tercera obra doctrinaria interdisciplinaria, de mi autoría, sobre Derecho Contractual.

Las causas que me motivaron o impulsaron realizar la presente investigación jurídica, que ha dado como resultado la creación, de esta obra doctrinaria; fueron exactamente tres. La primera de ellas fue la necesidad académica de continuar con la creación de auténtica doctrina peruana sobre la nueva *Teoría General del Contrato*.

Lamentablemente, auténtica doctrina nacional, peruana, sobre la parte general del Derecho Contractual; ha sido siempre muy reducida o escasa. La primera auténtica obra doctrinaria sobre esta parte, de este importante Derecho; fue "Estudios sobre el contrato privado", de MANUEL DE LA PUENTE Y LAVALLE (2 tomos, Cultural Cuzco, Lima, 1983).

Esta fue la primera obra doctrinaria peruana, sobre la parte general del Derecho Contractual; porque en la misma por primera vez en el Perú se investigó, con un alto nivel académico, sobre los fundamentos en los que se sustenta la teoría general que es el contenido de esta parte de este Derecho.

Posteriormente a esta pionera obra doctrinaria peruana, sobre Derecho Contractual, dicho jurista continuó con la producción de auténtica doctrina peruana, sobre dicho Derecho; con otro verdadero tratado sobre la parte general del mismo: "El contrato en general" (3 tomos, Palestra, Lima, 2001).

Principalmente por estas grandes y auténticas obras doctrinarias, sobre la parte general del Derecho Contractual; **MANUEL DE LA PUENTE Y LAVALLE** fue calificado doctrinariamente con justicia como **"*El jurista peruano de los contratos*"**[4].

Pero lamentablemente, después de los tratados que escribió MANUEL DE LA PUENTE Y LAVALLE, en el Perú se ha realizado poca auténtica investigación jurídica sobre la *Teoría General del Contrato*. Pues sobre esta teoría general lo que abunda en el mismo mayoritariamente son solo estudios positivistas. Y lo que es peor, muchos de estos estudios, positivistas; son solo repeticiones de los textos legales correspondientes, o ingentes recopilaciones de citas doctrinarias, sin que en los mismos haya fundamentos que puedan calificarse como verdaderos aportes en cuanto a dicha teoría general.

Es por ello que dichos estudios positivistas no califican como verdadera doctrina sobre la parte general del Derecho Contractual, por lo cual son solo meros manuales. O, si se advierte con acierto, este último calificativo es en realidad un eufemismo; son *seudo doctrina* sobre este Derecho.

En efecto, en el Perú son solo tres las obras que contienen investigaciones jurídicas que pueden calificarse como auténtica doctrina peruana sobre la *Teoría General del Contrato*. Así es, junto con la última obra doctrinaria pionera de MANUEL DE LA PUENTE Y LAVALLE, solo hay otras dos auténticas obras doctrinarias más, en el Perú, sobre esta teoría general[5]. Estas son "Patologías y remedios del contrato", de RÓMULO MORALES HERVIAS (Jurista, Lima, 2011); y la presente obra doctrinaria que tienes en estos momentos en tus manos distinguido lector.

---

(4) BIGIO CHREM, Jack, "El jurista peruano de los contratos", en *Nuevas Tendencias del Derecho Contractual-Libro Homenaje a Manuel de la Puente y Lavalle*, GRUPO PERUANO DE LA ASOCIACIÓN HENRI CAPITANT, Lima, s/f.

(5) Ya no se está tomando en cuenta el tratado "Estudios sobre el contrato privado", porque la investigación jurídica contenida en el mismo está referida al Código Civil de 1936, ya derogado.

Sobre la presente obra doctrinaria de mi autoría se debe tener en cuenta que no existe en el Perú una obra doctrinaria contractualista igual. Ello resulta del hecho de que esta obra es la primera investigación jurídica interdisciplinaria que, sobre la moderna *Teoría General del Contrato*, se ha hecho en el Perú. A ello se debe precisamente el subtítulo de la misma: "Estudio interdisciplinario institucional, exegético y casuístico".

Efectivamente, las otras dos obras doctrinarias peruanas, sobre la parte general del Derecho Contractual, que se han destacado; solo la de MANUEL DE LA PUENTE Y LAVALLE contiene algún estudio interdisciplinario (el cual es jushistórico), pero solo en algunos de sus capítulos. La obra de RÓMULO MORALES HERVIAS es un estudio institucional y exegético, que no es interdisciplinario; pero ello no impide que se le califique como una auténtica obra doctrinaria. Ello se debe a que contiene una investigación jurídica de bastante nivel académico, porque en la misma, además de haber consultado la doctrina europea más moderna que hay, sobre la *Teoría General del Contrato*; también contiene fundamentos relevantes que son verdaderos aportes para esta teoría.

Como se sabe, los estudios interdisciplinarios son actualmente una necesidad impostergable que se debe satisfacer en la labor de investigación jurídica; sobre todo en la que se realiza en los estudios de posgrado. Tal necesidad se debe al hecho de que el positivismo, o sea el estudio de solo la ley; siempre ha resultado limitado y, por ende, insuficiente; para captar, conocer y comprender la realidad socioeconómica subyacente que regula la ley.

La doctrina moderna más especializada y, por ende, autorizada, en *Teoría General del Derecho*; ha destacado siempre la necesidad de superar y descartar el positivismo como método de investigación jurídica. Así, **ALBERT CALSAMIGLIA** destaca ilustrativamente, con mucho acierto, que: *"No deja de ser curioso que cuanto más*

necesitamos de orientación, la teoría positivista enmudece"[6]. **FRANCOISE OST**, por su parte, destaca que: ***"Si el modelo positivista valora las voluntades al inscribirse dentro de una perspectiva monista y jerarquizada del sistema jurídico, el modelo post-positivista, por el contrario, presupone que el Derecho se articula en una red, es decir, presupone la pluralidad y el anudamiento de las fuentes normativas entre las que se requiere que se desarrolle una colaboración"***[7].

Por eso es que en la *Teoría General del Derecho* figura ya, como parte de ella, desde hace buen tiempo, esta imperiosa necesidad académica: realizar estudios interdisciplinarios en la investigación jurídica. Como se está precisando, esta necesidad académica la ha generado la insuficiencia de información de la que adolece siempre la ley o positivismo; advertida también, desde hace bastante tiempo ya, como también se está precisando, por la doctrina especializada en esta teoría general. Así, desde mediados del siglo pasado **LUIS RECASÉNS SICHES**, ilustre teórico del Derecho; denunció al respecto que: ***"El jurista se halla con que la ley maneja ciertos conceptos que tampoco define, y que deben ser determinados por otras disciplinas culturales"***[8].

Así es, uno de los casos en los que se presenta la situación descrita por estos juristas, es precisamente el estudio de lo que es actualmente la nueva *Teoría General del Contrato*. Ello resulta del hecho de que esta nueva teoría general está conformada por conceptos, teorías específicas e instituciones; cuyo estudio sobrepasa largamente al correspondiente estrictamente al de las leyes, o Derecho positivo, que regula esta teoría general.

---

(6) CALSAMIGLIA, Albert, "Pospositivismo", en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Nº 21, Alicante, 1998, p. 212.

(7) OST, Francoise, "Tiempo y Contrato. Crítica del Pacto Fáustico", en *Revista Peruana de Derecho y Literatura*, Nº 3, Lima, 2008, p. 118.

(8) RECASÉNS SICHES, Luis, "Filosofía del derecho", Porrúa, México D.F., 2006, p. 6.

En otras palabras, la investigación que es necesario realizar, para estudiar la nueva *Teoría General del Contrato*, sobrepasa a la que corresponde a la investigación jurídica; entendiéndose esta investigación como estudio positivista. Ello se debe a que los conceptos, teorías específicas e instituciones, de esta teoría, además de tener un contenido jurídico, legal o positivista; tienen también contenido filosófico, político, económico, ético; e histórico. Una muestra, de este multidisciplinario contenido, lo constituyen por, ejemplo, los principios autonómicos; los cuales son la Autonomía de la Voluntad y la Autonomía Privada.

Al estudio de estos dos principios generales está dedicado el segundo capítulo de la presente obra doctrinaria, por ser los posibles fundamentos en los que se puede sustentar el principio de obligatoriedad del contrato. Como se demuestra en este capítulo, para entender en qué consisten, y cómo se aplican, estos principios generales; no basta o es suficiente con estudiarlos jurídicamente, sino que resulta absolutamente necesario estudiarlos, también, a través de otras disciplinas adicionales al Derecho.

En efecto, ello resulta del hecho de que los principios de Autonomía de la Voluntad y de Autonomía Privada, que de manera individual y excluyente, sustentan la vieja y nueva *Teoría General del Contrato*, respectivamente; tienen una base o trasfondo que no es solo jurídico, sino multidisciplinario. Así es, tal base o trasfondo, además de jurídico, es también filosófico, político, económico, ético; e histórico. Lo mismo sucede con otros principios generales, de la nueva *Teoría General del Contrato*, como la patrimonialidad. La base o trasfondo, de este otro principio general, también es multidisciplinario.

Por tal razón, la investigación de lo que es actualmente, la nueva *Teoría General del Contrato*; no puede limitarse a ser únicamente jurídica, o sea, legal o positivista. Además de jurídica, tal investigación tiene que ser también, necesariamente; filosófica, política, económica, ética; e histórica. Lo cual se ha hecho abundantemente,

en esta obra; como es lo que se exige para la elaboración de una auténtica obra doctrinaria.

Es por eso que la investigación jurídica únicamente positivista, que lamentablemente aún predomina en el estudio del Derecho, en el Perú[9]; es rechazada desde hace bastante tiempo ya, para aceptar y calificar, a las investigaciones o estudios del Derecho, como auténticas obras doctrinarias. Esto es, los estudios o investigaciones positivistas vienen siendo ya totalmente superados, largamente, por los estudios interdisciplinarios. Una prueba palpable y contundente de ello, en la doctrina contractualista moderna; son las obras que sobre esta doctrina vienen produciendo los mejores juristas europeos. Estos son los casos, por ejemplo, de los libros de CHRISTIAN LARROUMET, VINCENZO ROPPO, MASSIMO BIANCA; y DIETER MEDICUS. Las obras de estos autores, sobre Derecho Contractual, las cuales se han citado bastante en la presente obra doctrinaria; sí son auténtica doctrina, sobre el mismo; porque en las mismas el estudio o investigación realizada no es solo positivista, sino también político e histórico. O sea son estudios interdisciplinarios sobre este Derecho, lo cual, pues, como se está comprobando; es lo que se exige para que la investigación jurídica, contenida en un libro, pueda ser calificada como auténtica obra doctrinaria.

El positivismo, en consecuencia, sigue siendo derrotado en el campo de batalla de la auténtica doctrina o investigación jurídica que es necesario realizar para poder ser jurista. Este calificativo bélico, para la labor de investigación jurídica o producción doctrinaria y, por ende, para adquirir la condición de jurista; no es en absoluto exagerado y, por ende, inapropiado.

---

(9) La razón del lamentable predominio del positivismo, en el estudio del Derecho, en el Perú; Juan MONROY GÁLVEZ la explica, acertadamente, de la siguiente manera: "Un arraigado y extremo positivismo ha reducido la actividad jurídica a un simple aprendizaje y aplicación de un listado memorístico de enunciados normativos, complementado por su eventual interpreta ción" (*Prólogo* del libro "Jurisprudencia literaria y filosófica. La aplicación del movimiento '*Derecho y Literatura*' en la jurisprudencia", Miguel TORRES MENDEZ, Grijley, Lima, 2002, p. 18).

Porque de lo que se trata o lo que hay que hacer, en la labor de investigación jurídica, o sea la finalidad de la misma; es combatir la lamentable involución que le ha causado el positivismo excluyente a este importante estudio o investigación. Tal efecto o daño involutivo lo ha proclamado certeramente **PAOLO GROSSI**, uno de los más reconocidos y, por ende, más influyentes teóricos modernos del Derecho: "***El proceso de involución del Derecho moderno ha sido imparable: la ley es un mandato general, un mandato indiscutible, con esa vocación esencial tan suya de ser obedecida silenciosamente. De ahí nace su inclinación a consolidarse en un texto, a encerrarse en un texto de papel donde cualquiera puede leerla para obedecerla después; en un texto que, por su naturaleza, es cerrado e inmóvil y que en seguida se convertirá en polvoriento e, incluso, envejecido en relación con la vida que continúa su rápido discurrir a su alrededor. Pero el poder continuará haciéndose fuerte a través de ese texto con el auxilio de juristas serviles que persistirán en sus liturgias sobre el texto***"[10].

Solo se debe acotar, a esta brillante y lapidaria descripción de los males del positivismo, y de la ignorancia de sus seguidores; que el calificativo de "juristas", de estos últimos, no es, en realidad, el que les corresponde. Porque para el estudio del Derecho ser positivista es lo más fácil, ocioso e ignorante que hay. Esto es, eso es lo que hacen los incapaces e ignorantes al investigar, lo cual, pues, no los convierte, de ninguna manera, en juristas.

Por tanto, para poder seguir realizando auténtica investigación jurídica y, con ello, para poder seguir creando auténtica doctrina sobre Derecho Contractual; va a ser siempre necesario tener en cuenta la proclama antipositivista de **PAOLO GROSSI**, que se acaba de reseñar, la cual puede apreciársele como un brillante complemento de la proclama, también antipositivista, que hiciera ya hace bastante tiempo **EMILIO BETTI**:

---

(10) GROSSI, Paolo, "La primera lección de derecho", Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2006, p. 20.

"En pocos campos se advierte, como en de las obligaciones y contratos, que la comprensión de la estructura jurídica postula una consideración teleológica de las relaciones y una valoración comparativa de los intereses tenidos en cuenta por el Derecho. En pocos campos se revela con mayor evidencia que en estos el pleno fracaso de un árido análisis formal, abstractamente conceptualista, como el propuesto por la orientación estatalista y antiteleológica".
Kelseniana[11]

II.2. La presente obra doctrinaria como la continuación del legado magisterial y doctrinario del *Jurista peruano de los Contratos*

En el medio jurídico peruano es ampliamente conocido y reconocido, desde hace bastante tiempo, la calidad de Maestro y jurista que tuvo **MANUEL DE LA PUENTE Y LAVALLE**; calidades que obtuvo tanto por su auténtica producción doctrinaria, como por su labor docente, ambas desplegadas sobre el Derecho Contractual[12].

Pues bien, la presente obra doctrinaria de mi autoría tiene una significativa inspiración en el legado magisterial y doctrinario de MANUEL DE LA PUENTE Y LAVALLE. Por ello, por basarse y cumplir con la rigurosidad y nivel, académicos, de este legado magisterial y doctrinario; esta obra genuina y auténticamente es una proyección o continuación del estilo de investigación, de auténtica doctrina en Derecho Contractual; que produjo este Maestro.

Como se sabe, fue principalmente por su producción doctrinaria que este Maestro fue precisamente el único que, hasta el momento,

---

(11) BETTI, Emilio, "Teoría general de las obligaciones", Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969, pp. XV y XVI.

(12) Para una mayor información sobre las calidades de auténtico jurista, de MANUEL DE LA PUENTE Y LAVALLE, véase el libro: *Nuevas Tendencias del Derecho Contractual-Libro Homenaje a Manuel de la Puente y Lavalle*, GRUPO PERUANO DE LA ASOCIACIÓN HENRI CAPITANT, Lima, s/f.

llegó a obtener los méritos académicos suficientes para ser calificado con holgura como "***El jurista peruano de los contratos***". Es por ello que estos méritos académicos, esta justa calificación doctrinaria; es el grandioso legado académico que este jurista nos ha dejado como un claro ejemplo de auténtica investigación jurídica en Derecho Contractual.

Y este es, pues, precisamente, el legado magisterial y doctrinario que me propuse seguir en la elaboración de la presente obra doctrinaria; seguimiento o aplicación que espero haber cumplido satisfactoriamente. De esta manera continúo también con el justo homenaje a su memoria. Esta es, por tanto, la razón de la *Dedicatoria* de la presente obra doctrinaria.

La continuación del legado magisterial y doctrinario de este Maestro, mediante la presente obra doctrinaria; era entonces una auténtica obligación académica y moral para mí. Porque soy el que tuvo la gran oportunidad de seguir las enseñanzas, de este Maestro, no solo como discípulo suyo en su cátedra de Derecho Contractual; sino también como consocio o compañero del grupo académico de juristas que creamos aquí en el Perú para realizar investigación jurídica.

Así es, con este Maestro, "*Manolo*", creamos en 1991 el ***GRUPO PERUANO DE LA ASOCIACIÓN HENRI CAPITANT***, el cual es la Asociación que nos permitió incorporarnos, como grupo nacional peruano; a la ***ASSOCIATION HENRI CAPITANT DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE FRANCAISE***, la cual es la institución más prestigiosa, a nivel internacional, dedicada a la investigación jurídica que siempre ha agrupado a los mejores juristas del mundo entero.

Por ello, junto con la algarabía que motiva la culminación satisfactoria, de toda obra doctrinaria; también me embarga un sentimiento de tristeza o dolor, por el hecho de que este, mi *Maestro*, no haya llegado a conocer esta obra. Porque como tal, como mi *Maestro*, se hubiera sentido muy orgulloso de la misma. Es exactamente la misma tristeza o pesar que sentí al no haber podido pronunciar el *Discurso Fúnebre* que, en representación del grupo de juristas al que perteneció *Manolo* y per-

tenezco también junto con otros juristas peruanos, el cual es el ***GRUPO PERUANO DE LA ASOCIACIÓN HENRI CAPITANT***; debí pronunciar en su sepelio.

Pero esta última tristeza pudo tornarse finalmente en honda alegría, y satisfacción, cuando dicha omisión pude subsanarla mediante el *Discurso Fúnebre* que pude escribir y publicar después; al conmemorarse el primer año de su fallecimiento. Pues tal discurso pude escribirlo con la debida pausa necesaria correspondiente, para que en el mismo le haya podido hacer la total y necesaria justicia, que se debía hacer, a la memoria de este *Maestro*[13].

De la misma manera abrigo la esperanza de que la tristeza, por el hecho de que este *Maestro* no haya llegado a conocer esta obra doctrinaria, se torne finalmente en honda alegría, y satisfacción; cuando la misma pase o apruebe la crítica especializada tanto nacional como extranjera.

Porque será esta crítica especializada la que determine, o califique, si la presente obra doctrinaria tiene igual o el mismo nivel o rigor académico de las obras doctrinarias de MANUEL DE LA PUENTE Y LAVALLE; o tal vez, si acaso, las ha superado.

III. Colofón

"*Esta relación de la voluntad con otra voluntad,*
es el campo propio y verdadero en el que la
libertad tiene existencia. Esta meditación por
la que se tiene una propiedad no solo mediante
una cosa y mi voluntad subjetiva, sino al mismo
tiempo mediante otra voluntad y por lo tanto
en una voluntad común, constituye la esfera del contrato"

HEGEL[14]

---

(13) Tal discurso tiene como título: "***Discurso Fúnebre Jusliterario en honor a MANUEL DE LA PUENTE Y LAVALLE por el GRUPO PERUANO DE LA ASOCIACIÓN HENRI CAPITANT: La Despedida a un Gran Maestre y Humanista***", *Revista Peruana de Derecho y Literatura*, Nº 3, Lima, 2008, pp. 333 y ss.

(14) HEGEL, Friedrich, "Principios de la filosofía del derecho", Edhasa, Barcelona,

Finalmente, en la *Introducción* de la presente obra doctrinaria se deben reseñar, en primer lugar, los pensamientos que se han elegido para destacar tanto la importancia socioeconómica del contrato, como de la evolución que ha tenido el mismo.

El primero de ellos pertenece nada menos que a HEGEL, el cual es uno de los filósofos de mayor consagración universal; y, por ello, es siempre uno de los más influyentes en el pensamiento. Como se aprecia de la cita que se usa como epígrafe, de este *Colofón*, "***el campo propio y verdadero en el que la libertad tiene existencia es el del contrato***".

Así es, efectivamente, ***¿cuándo nos sentimos socioeconómicamente libres si no es cuando contratamos?***

El segundo pensamiento, que destaca la importancia socioeconómica del contrato, y su evolución; es de JORGE GIORGI, el cual es un reconocido jurista clásico especializado en Derecho Civil patrimonial. Tal pensamiento es el siguiente:

> "*El fundamento del vínculo contractual está*
> *en el orden de las verdades necesarias, está*
> *en los principios necesarios de la equidad material*"(15)

Efectivamente también, socioeconómicamente ***el fundamento del contrato tiene la calidad de una verdad necesaria, porque no es otra cosa que un principio socioeconómico impostergable, el cual es el de la equidad material***. Como se demuestra en la presente obra doctrinaria, ***este principio socioeconómico jurídicamente se cumple mediante la lucha contra desigualdad, de las partes contratantes; que regula actualmente el Derecho Contractual. Lucha o combate que no es otro, pues, que el de la protección de la parte débil o Protección***

1999, p. 160.

(15) GIORGI, Jorge, "Teoría de las obligaciones en el derecho moderno", V. III, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1910, p. 27.

Jurídica del Consumidor.

El tercer pensamiento, que destaca la importancia socioeconómica del contrato, y su evolución; es de NÉSTOR DE BUEN LOZANO, el cual es también un reconocido jurista clásico especializado en Derecho Contractual. Tal pensamiento es el siguiente:

"*En la evolución del contrato*
se reflejan, sin duda,
los mismos pasos del hombre"(16)

Como también se demuestra en la presente obra doctrinaria, y sobre ello esta versa, el contrato ha tenido una variación significativa tanto en su concepto como en sus principios o fundamentos. Por ello, esta variación es sumamente trascendente y, felizmente, refleja o indica, socioeconómicamente; que la misma es una evolución y no una involución.

Así es, es una evolución porque esta variación ha consistido en un cambio que le ha dado una condición de mejor humanidad para la contratación o mercado. Ello se produjo mediante la derrota del Individualismo, que fue la corriente filosófica que llegó a imponer el concepto subjetivo e individualista o liberal del contrato. Este concepto, pues, finalmente ha sido cambiado o reemplazado por el concepto objetivo y social del contrato; el cual es el que le ha dado al mismo, socioeconómicamente, un contenido y alcance más humano.

Es así como, efectivamente, ***la evolución del contrato siempre va a reflejar la evolución o los pasos que el hombre da en la civilización; la cual para esta felizmente, mediante el concepto objetivo y social del contrato, está resultando para bien y no para mal, o sea está siendo una evolución y no una involución***.

(16) DE BUEN LOZANO, Néstor, "La decadencia del contrato", Porrúa, México D.F., 2004, p. 1.

Por último, culmino la presente *Introducción*, destacando pertinentemente la frase platónica que siempre me ha marcado desde mis estudios universitarios de pre-facultad; y que espero seguir cumpliendo con la presente obra doctrinaria.

Tal frase platónica es la siguiente: *"el discurso lleno de vida y de alma que tiene el que sabe y del que el escrito se podría decir justamente que es el reflejo"*[17].

[17] PLATÓN, "Fedro", 277 a.

CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO DE LA CONTRATACIÓN COMO PROBLEMÁTICA JURÍDICA

I.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.- LA *TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO* COMO LA SOLUCIÓN DE LA PROBLEMÁTICA JURÍDICA DE LA CONTRATACIÓN O MERCADO

"*¿Qué es el contrato? ¿De dónde viene?*
¿A dónde va? Tres interrogantes que
expresan, en la parquedad de unas
cuantas palabras, toda una problemática jurídica".

NÉSTOR DE BUEN LOZANO[1]

¿Qué es lo que se ejerce como causa y lo que se produce, como efecto, cada vez que se contrata?

Socialmente estamos acostumbrados a contratar simplemente, conociendo vagamente qué es lo que hace posible la contratación; así como qué es exactamente lo que se produce mediante la misma. Así, sabemos o intuimos que lo que hace posible la contratación es el ejercicio de un derecho; y que el efecto jurídico que produce la misma

(1) DE BUEN LOZANO, Néstor, "La decadencia del contrato", Porrúa, México D. F., 2004, p. 1.

es un compromiso de cumplimiento, para las partes, con carácter vinculante u obligatorio.

Pero jurídicamente estas situaciones no tienen la simpleza de como se les aprecia socialmente. El estudio del Derecho Contractual sería falsamente muy fácil si se limitara a conocer estas situaciones con esta simpleza, como se hace en los estudios positivistas sobre este Derecho, así como en los textos o manuales que abundan, sobre el mismo; y que, por eso, no son auténtica doctrina.

Jurídicamente se conoce que las respuestas a estas dos preguntas son concretamente dos principios generales, los cuales son el de autonomía y el de obligatoriedad.

Efectivamente, la celebración de un contrato tiene como causa el ejercicio de un derecho de autonomía, por parte de las partes; y como efecto la creación de una relación jurídica de carácter obligatorio, para las mismas.

De tal manera que en toda celebración de un contrato siempre van a estar presentes esta causa (autonomía), así como este efecto (obligatoriedad). Esto es, siempre la contratación se va a producir y desenvolver, necesariamente, mediante estas dos situaciones; siendo esta la razón por la cual estas tienen la calidad de principios generales contractuales. Por ello KARL LARENZ concluyó acertadamente al respecto que: "La conclusión de un contrato es de este modo un acto de autodeterminación a través de una autovinculación"[(2)]. Así es, la autodeterminación se realiza mediante el ejercicio de la autonomía; y la autovinculación se produce mediante el efecto de obligatoriedad del contrato.

Complementando los principios generales que conforman, la *Teoría General del Contrato*, CYRIL GRIMALDI explica cómo operan

[(2)] LARENZ, Karl, "Derecho justo. Fundamentos de la ética jurídica", Civitas, Madrid, 2001, p. 67.

estos principios apreciando que son: "'Principios rectores' que contribuyen a dar al derecho contractual una identidad, un himno. Cada cual es libre de contratar, cada cual tiene derecho a pedir la ejecución del contrato y cada cual puede exigir a su contraparte que actúe de buena fe"[3]. Por su parte, JOSÉ MARÍA GASTALDI aprecia sobre los mismos que: "El principio de la autonomía de la voluntad se complementa con otros dos: la fuerza obligatoria de este, que dimana claramente también del art. 1197 –lo que las partes acuerdan debe cumplirse 'como la ley misma', esto es, el *pacta sunt servanda*- y el efecto relativo, es decir, que el contrato solo produce efectos entre las partes que lo celebran, sin perjuicio de su extensión a quienes la ley asimila a ellas -tal resulta del art. 1195–. Dichos tres principios pueden así considerarse las claves de la eficacia del contrato, pues lo que la autonomía permite acordar tiene trascendencia en función de la obligatoriedad asignada y está vinculada a las mismas partes y no a terceros"[4].

Lamentablemente estos autores no toman en cuenta a todas las situaciones jurídicas contractuales que son trascendentales para la contratación o mercado, como principios rectores del mismo. CYRIL GRIMALDI no toma en cuenta a la patrimonialidad y la relatividad, y JOSÉ MARÍA GASTALDI no toma en cuenta a la patrimonialidad y a la buena fe.

Pues resulta que la patrimonialidad, la relatividad y, por supuesto, la buena fe; definitiva e inobjetablemente también tienen la calidad de principios generales contractuales. O sea, también forman parte de la *Teoría General del Contrato*. Ello resulta del hecho de que, de acuerdo

---

(3) GRIMALDI, Cyril, "Presentación del Anteproyecto de Reforma del Derecho de Contratos, elaborado por la Cancillería en julio del 2008", en *Las Transformaciones del Derecho Civil Francés-Jornadas Colombianas de la ASSOCIATION HENRI CAPITANT DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE FRANCAISE*, ASSOCIATION HENRI CAPITANT DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE FRANCAISE-Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010, p. 46.

(4) GASTALDI, José María, "Introducción al estudio del contrato", La Ley, Buenos Aires, 2003, p. 3.

a los términos que acertadamente utilizan, estos autores; para la identificación del Derecho Contractual, así como para la eficacia del contrato; la patrimonialidad, la relatividad y la buena fe también son absolutamente necesarios.

Así es, la patrimonialidad, la relatividad y la buena fe, también operan como identificadores del Derecho Contractual, así como también son necesarios, para la eficacia del contrato; porque estas situaciones jurídicas contractuales también son necesarias para que la *Teoría General del Contrato*, y el derecho que la regula, sean totales o completos.

En efecto, sin la exigencia del carácter patrimonial que debe tener el contenido del contrato, por consistir en las prestaciones de las obligaciones que crea, así como sin la exigencia de la determinación del alcance o extensión de los efectos jurídicos que produce el mismo, y sin la exigencia de una conducta de lealtad y honestidad entre las partes; nunca llegarán a estar total y absolutamente definidos, o determinados, tanto la *Teoría General del Contrato* como el Derecho Contractual que la regula.

Ahora bien, todos estos principios generales contractuales concretamente son las respuestas o soluciones mediante las cuales el Derecho pretende siempre solucionar las exigencias o necesidades socioeconómicas más relevantes que existen en la contratación o mercado. Es por eso que se le debe identificar siempre, a la *Teoría General del Contrato*, en su conjunto; como la solución que el Derecho da a la problemática jurídica de la contratación o mercado. Como se puede advertir, esta necesaria identificación se la puede comprobar nítidamente de las ya célebres palabras, de NÉSTOR DE BUEN LOZANO; con las que precisó dicha problemática, y que se usan como epígrafe del presente capítulo inicial.

En efecto, por razones multidisciplinarias, las cuales son filosóficas, jusfilosóficas, políticas, económicas y humanistas; la contratación o mercado siempre ha sido, y lo será, un conjunto de problemas que

al Derecho, como ciencia social, le compete solucionar. Por ejemplo, solo para el caso de la autonomía y la obligatoriedad, contractuales; existen los siguientes problemas de elección o definición por parte del Derecho: ¿Teoría voluntarista o teoría normativista? ¿Autonomía de la Voluntad o Autonomía Privada? ¿Individualismo contractual o Carácter Social del contrato? ¿Jusnaturalismo o Positivismo? ¿Inmutabilidad o Mutabilidad del contrato? ¿Economía de Libre Mercado o Economía Social de Mercado? ¿Estado Liberal o Estado Social? Igualmente, para el caso de la patrimonialidad existen los siguientes problemas también de elección o definición por parte del Derecho: ¿Patrimonialidad Económica o Patrimonialidad Jurídica? ¿Criterio subjetivo o criterio objetivo? Y así igual para las otras situaciones, como la relatividad y la buena fe, contractuales; existen también varios problemas.

Y la manera que tiene el Derecho para solucionar estos problemas es, pues, mediante un conjunto de principios generales; los cuales conforman lo que se conoce como la *Teoría General del Contrato*.

Asimismo, estos principios contractuales no han tenido el mismo significado siempre; porque han tenido significativas variaciones a lo largo de la historia. Esto es, estos principios son fundamentos jurídicos contractuales que han ido evolucionando con el tiempo.

En tal virtud, existe una variación evolutiva de la *Teoría General del Contrato*, que se debió a que los fundamentos, con los que antaño se estudiaba, esta teoría; eran entendidos de una manera clásica o tradicional, conforme a ciertas ideologías o corrientes de pensamiento que ya no mantienen vigencia o actualidad en la realidad socioeconómica y, por ende, para el Derecho moderno. Peor aún, uno de estos fundamentos era entendido de una manera totalmente errada; como consecuencia de un error histórico de traducción de los términos latinos mediante los cuales se identificaba a dicho fundamento en el Derecho Romano.

Así es, los principios generales que conforman la *Teoría General del Contrato*, ya no son entendidos y aplicados de la manera en que

como fueron concebidos antiguamente. Estos principios, como fundamentos pilares en los que se sustenta el Derecho Contractual, han evolucionado significativamente durante todo el siglo pasado y en lo que va del presente siglo.

La evolución significativa de estos principios generales contractuales, generada concretamente por el cambio de los pensamientos filosóficos, jusfilosóficos, políticos, económicos y humanistas, en los que dichos principios se sustentaban; es lo que ha determinado, pues, que en el Derecho exista, ya desde hace buen tiempo, una nueva *Teoría General del Contrato*. Efectivamente, esta nueva teoría general contractual no es novedosa realmente, porque la doctrina y cierta codificación civil ya la ha estado destacando y aplicando desde hace más de medio siglo. Sin embargo, increíblemente aún es desconocida o ignorada por muchos operadores del Derecho, tanto nacionales como extranjeros.

Lo cierto del caso es también que la recepción o aceptación, de la nueva *Teoría General del Contrato*, no ha sido pacífica o unánime doctrinariamente. Esto significa que hay todavía quienes rechazan o se oponen a la misma, pretendiendo con ello salvaguardar o mantener ideas, teorías y regímenes que actualmente ya son decimonónicos. Y lo son no solo por pertenecer a un pasado ya muy remoto, sino por sobre todo por no formar parte de la propia realidad socioeconómica subyacente correspondiente a la contratación o mercado.

Por ello, como lógica consecuencia, esta pretendida oposición o rechazo, de la nueva *Teoría General del Contrato*; también forma parte de la problemática jurídica de la contratación o mercado que se pretende solucionar mediante dicha teoría.

El objetivo entonces, de la presente obra doctrinaria, es determinar cómo son actualmente, multidisciplinariamente, los fundamentos que conforman la nueva *Teoría General del Contrato*; como solución a la problemática jurídica planteada.

I.2. La necesidad de los estudios interdisciplinarios como requisito para la creación de auténtica doctrina sobre la nueva *Teoría General del Contrato*

De acuerdo a lo planteado en el ítem anterior, la contratación o mercado es una problemática jurídica para cuya solución existe, en el Derecho, una nueva *Teoría General del Contrato*. Asimismo, la determinación de cómo está conformada, esta nueva teoría, es el objetivo o finalidad de la presente obra doctrinaria.

Por todo ello, el presente estudio doctrinario, sobre la nueva *Teoría General del Contrato*; exige como requisito que el mismo sea necesariamente interdisciplinario. Ello se debe a que los principios generales, que conforman esta teoría general, tienen un contenido multidisciplinario. Así es, tal contenido no solo es jurídico; sino también filosófico, jusfilosófico, político, económico; y humanista.

Asimismo, tal pluralidad de contenido, de los principios generales que conforman la nueva *Teoría General del Contrato*; exige como requisito que necesariamente su estudio o análisis sea también, por ello, seriamente analítico y exhaustivo académicamente.

Y resulta inobjetable que académicamente la seriedad analítica y exhaustiva no se consigue, pues, mediante estudios positivistas; esto es, no se consigue mediante solo el estudio de la ley. Por el contrario, ello únicamente se consigue mediante los estudios interdisciplinarios correspondientes. Solo así, de esta manera, tal estudio o análisis podrá ser una auténtica investigación jurídica, de Derecho Contractual; y, como tal, también auténtica doctrina del mismo. Lo cual es lo que se hace en la presente obra, hecho que la califica, por tanto, como auténtica obra doctrinaria sobre este Derecho.

CAPÍTULO II

ESTUDIO INSTITUCIONAL DEL PRINCIPIO DE OBLIGATORIEDAD DEL CONTRATO

II.1. El fundamento del principio de obligatoriedad del contrato

"Al día siguiente trillé el grano y lo cribé de manera que yo acostumbraba, y pronto aprendió a hacerlo tan bien como yo, especialmente cuando hubo comprendido el significado de aquello y que servía para hacer pan; luego le hice saber cómo yo amasaba mi pan y lo cocía. En poco tiempo Viernes fue capaz de hacer todo mi trabajo tan bien como yo mismo. Entonces empecé a pensar que teniendo dos bocas que alimentar, en vez de una, debía ampliar el terreno de cultivo y sembrar una mayor cantidad de grano de la acostumbrada, por lo tanto, marqué una parcela de tierra más grande y empecé a cercarla de la misma manera que antes, en lo cual Viernes no solo trabajó mucho, sino alegremente. Le dije que era para plantar cebada con el fin de hacer más pan, porque ahora él estaba conmigo y debíamos tener suficiente para los dos. Pareció muy conmovido por eso y me dio a entender que trabajaría más para mí si le decía lo que debía hacer".

"*Robinson Crusoe*"
Daniel Defoe

PREGUNTA:

¿El acuerdo entre Robinson Crusoe y Viernes, mediante el cual este aceptó trabajar para ambos, es obligatorio o vinculante para ellos?

Es harto conocido y, por ende, se asume siempre, prácticamente como una verdad de perogrullo, no sólo jurídicamente, sino también socialmente; que el principio de obligatoriedad del contrato consiste en que este tiene un efecto jurídico vinculante o coercitivo, como el de una ley, en virtud del cual: "*Los contratos son obligatorios y hay que cumplirlos*". Por eso es que desde la doctrina antigua se llegó a proclamar, sobre el mismo, como lo hace CHARLES DEMOLOMBE, que: "¡Eso es evidente!, ¡ese efecto es esencial!"[5].

Como se puede colegir, este principio jurídico contractual deriva o es consecuencia, de la aplicación de un principio jurídico general; el cual es el de Seguridad Jurídica.

Ello resulta del hecho de que para que la contratación, y con ello el mercado o comercio, tengan el respaldo del Derecho, mediante la Seguridad Jurídica que este necesariamente le debe otorgar; se requiere que esta seguridad se traduzca, como efecto o consecuencia, socioeconómica, en una necesaria estabilidad jurídica respecto al cumplimiento de la palabra comprometida en la contratación que constituye el mercado o comercio.

Por esta gran necesidad socioeconómica de que la obligatoriedad del contrato consista jurídicamente siempre en la fuerza o coerción, que tiene la exigencia de su cumplimiento; es que el Derecho siempre le ha otorgado una supremacía especial, a esta obligatoriedad, como regla jurídica. Es por eso que en el mismo siempre se le ha conceptuado y aceptado como una regla superior, o principio general jurídico; según el cual mediante la contratación siempre se obtiene la necesaria garantía

[5] DEMOLOMBE, Charles, "Cours de Code Napoleon, T. XXIV, Durand-Hachette, Paris, 1870, p. 372.

o seguridad de que las partes contratantes están comprometidas a no variar la voluntad o consentimiento dado en el contrato. O, lo que es lo mismo, se obtiene la necesaria garantía o seguridad de que las partes contratantes deben cumplir sus contratos. Esta es la razón por la que el latinazgo correspondiente, con el cual también se le conoce, a este principio, sea el de "*Pacta Sunt Servanda*"; el cual textualmente significa "*Somos siervos de nuestros pactos*".

II.2. Breve historia del principio de obligatoriedad del contrato

El principio de obligatoriedad del contrato es muy antiguo. El registro histórico más antiguo que legislativamente existe, del mismo, figura en el *Código de Hammurabi* (siglo XVIII A.C.); en el cual se da cuenta que se aplicaba religiosamente(6).

Hannah Arendt considera como posibilidad histórica que el personaje bíblico Abraham fue quien descubrió este principio: "O cabe ver a su descubridor en Abraham, el hombre de Ur, cuya historia, tal como la cuenta la Biblia, muestra tal apasionamiento en pactar alianzas que parece haber salido de su país con el único fin de comprobar el poder de la mutua promesa en el desierto del mundo, hasta que finalmente el propio Dios aceptó una Alianza con él"(7).

En realidad, solo es acertado lo último que menciona esta gran filósofa respecto al contrato. Este es un instrumento jurídico que otorga

(6) En este primer conjunto de leyes de la Historia, que se puede calificar como Código, este principio no se encuentra presente en un solo artículo, sino en varios; los cuales regulan el cumplimiento de los contratos más frecuentes de la época del mismo. Los historiadores dan cuenta de ello: "Para la plena garantía del acto, las partes podían realizar un juramento en nombre de la divinidad titular de la ciudad o en el del rey, con el que se sancionaba la obligación contraída. (...) La violación de los contratos era castigada por la ley". (Federico Lara Peinado, "Estudio Preliminar" del *Código de Hammurabi*, Tecnos, Madrid, 2008, p. CXV).

(7) Arendt, Hannah, "La condición humana", Paidós, Barcelona, 2005, p. 262.

cierto poder a las partes del mismo, el cual es, como se ha precisado, la obligatoriedad de su cumplimiento; como efecto o consecuencia de la seguridad jurídica que es necesario que exista en el comercio; y, por ende, en la civilización.

Pero la posibilidad histórica que menciona, esta filósofa, está totalmente descartada, o fuera de lugar; porque históricamente el relato bíblico de ABRAHAM es de fecha posterior al *Código de Hammurabi*. La antigüedad de este Código, respecto a dicho relato, resulta de dos hechos históricos contundentes.

El primero de ellos es que los relatos iniciales del Antiguo Testamento, los que conforman el libro del Génesis, fueron escritos en el siglo VII A.C.[8]; mientras que dicho Código es, como se ha precisado, del siglo XVIII A.C., concretamente alrededor del año 1753 A.C. O sea once siglos antes que dicho texto bíblico.

El otro hecho histórico que demuestra la antigüedad del *Código de Hammurabi*, frente al relato bíblico de ABRAHAM; consiste en que los relatos iniciales del Antiguo Testamento, así como otros más, del mismo; son copias de los relatos populares de la cultura caldeo-asiria, o mesopotámica, a la cual pertenece este Código.

Así es, los escritores judíos que escribieron dichos relatos del Antiguo Testamento, se inspiraron y hasta copiaron dichos relatos populares orientales. Lo que lo evidencia y demuestra son los escenarios geográficos de estos relatos. El "Génesis", por ejemplo, en el cual se encuentra el relato de ABRAHAM, al indicar que el paraíso o *Jardín del Edén*, se ubicaba en la tierra comprendida entre los ríos Tigris y el Eúfrates; con ello está indicando que la civilización nació en ese territorio o lugar, el cual es Sumeria, el mismo que es una región mesopotámica. El historiador moderno de la National Geographic, MARVIN

(8) "El libro de los libros, entre el mito y la historia", en *Mitos del Antiguo Testamento*, Colección *Grandes Enigmas de la Historia*, National Geographic, Barcelona-Buenos Aires, 2012, p. 8.

MEYER, da cuenta de ello precisando que los relatos del Génesis son una Literatura copiada de otra Literatura; la cual es la oriental o mesopotámica: "Los textos de la Biblia hebrea tienen su origen primero en la Antigüedad del Oriente Próximo. (…) Estos relatos de las Escrituras hebreas, el Tanaj, están ambientadas en los países y las culturas rivales de Oriente Próximo, y la literatura que nace con el libro sagrado judío forma parte de la literatura oriental. Los sabios y los poetas judíos se insertan en el marco del amplio mundo literario de la época. El relato mítico del Génesis sobre el Jardín del Edén, sobre el árbol de la vida y la serpiente taimada, refleja los relatos mesopotámicos del *Enuma Elish* y del poema épico de *Gilgamesh*"[9].

Por tal razón, la tradición oral caldeo-asiria, que relata que el origen de la civilización tuvo lugar en Sumeria; fue copiada, pues, en el "Génesis", por los escritores judíos que escribieron este inicial texto bíblico. Igual es el caso de otros relatos no solo de este texto[10], sino también de los que conforman otros textos del Antiguo Testamento.

Precisamente, el propio texto bíblico del "Génesis" corrobora esta situación de copia, mediante el relato del patriarca ABRAHAM; el cual también forma parte del mismo. Así es, tal corroboración se encuentra en el hecho de que este texto indica que este personaje, al cual identifica como fundador de la nación de Israel; originalmente perteneció a la cultura caldeo-asiria. Pues el mismo da cuenta que fue natural de la ciudad de Ur[11], la cual fue una de las principales ciudades de esta cultura o civilización. De tal manera que al emigrar de la misma,

---

(9) MEYER, Marvin, "Misterios de las Escrituras hebreas", en *Mitos del Antiguo Testamento*, Colección *Grandes Enigmas de la Historia*, National Geographic, Barcelona- Buenos Aires, 2012. pp. 5 y 6.

(10) Tales otros relatos, que también son, del texto del Génesis, son el de "El Arca de Noé", el cual es copia del relato caldeo-asirio de "La Epopeya de Gilgamesh"; y el de "La Torre de Babel", cuya escritura se inspiró en un monumento caldeo-asirio histórico: el Zigurat de la ciudad de Ur.

(11) "Génesis", 11, 31, *Antiguo Testamento*.

para fundar esta nueva nación; de ello puede colegirse, por tanto, que, para ello, trajo consigo los relatos populares de su lugar de origen. Esta es, entonces, la consecuencia que resulta de la relación o derivación que, como secuencia o concatenación lógica; se produce de la copia que hizo la cultura judía de los relatos populares caldeo-asirios.

Es por eso que la historiografía moderna[12] ha comprobado ya que el Antiguo Testamento no es un libro o documento histórico. Es concretamente Literatura[13] y no Historia.

El relato bíblico de ABRAHAM es, entonces, un texto literario cuya finalidad fue recrear un hecho histórico, el cual fue la fundación de la nación de Israel. Y para ello este texto literario se basó en otro hecho histórico, el cual fue la gran emigración que se produjo de los habitantes de la ciudad de Ur; como consecuencia de una hambruna[14]. El historiador de la antigüedad ANGEL LUIS VERA ARANDA lo corrobora afirmando que: "A partir del año 2000 A.C. los habitantes de Ur comenzaron a abandonarla y la ciudad dejó de ser la más poblada del mundo. En el contexto de esta emigración, que probablemente se prolongó durante varios siglos, hay que situar la marcha de Abraham, el gran patriarca hebreo fundador del judaísmo"[15].

En tal virtud, fueron caldeo-asirios de origen, emigrados hacia Medio Oriente (Canaán), los que difundieron, para fundar el nuevo pueblo de Israel; los relatos populares de la cultura caldeo-asiria, con

---

(12) Principalmente las investigaciones arqueológicas e históricas realizadas por la National Geographic.

(13) Por cierto, buena parte de ella es una muy bella Literatura con contenido jurídico. Por ello, varios de los textos, del *Antiguo Testamento*, forman parte de las principales obras literarias que, con fines ilustrativos; son estudiadas provechosamente por el estudio interdisciplinario "*Derecho y Literatura*", en la variante "El Derecho en la Literatura". Véase, por ejemplo: "Derecho y Literatura", Pedro TALAVERA, Capítulo Segundo, Comares, Granada, 2005.

(14) "El libro de los libros, entre el mito y la historia", cit., p. 11.

(15) VERA ARANDA, Angel Luis, "Breve historia de las ciudades del mundo antiguo", Nowtilus, Madrid, 2009, p. 35.

la finalidad de que los mismos sirvieran también tanto para civilizar a dicha nueva nación, como para fomentar el desarrollo sociológico jurídico de la misma. De tal manera que fue así como, finalmente, los nuevos habitantes de esta nación, los judíos; copiaron la Literatura caldeo-asiria en su texto religioso, para darle un origen histórico a su nueva nación.

Históricamente fue así entonces que, al conocer el Derecho o legislación de su pueblo de origen (caldeo-asirio), en el cual figuraba el *Código de Hammurabi*; estos emigrantes conocían el principio de obligatoriedad del contrato que imponía de manera efectiva este Código. Y por eso sabían también, por tanto, la gran utilidad práctica que socioeconómicamente ofrece el mismo, para la necesaria estabilidad o seguridad jurídica del comercio y, por ende, de la civilización. Fue así entonces como se llegó a consagrar, como creencia religiosa, el uso del contrato como una idea o concepto que sirviera como fundamento, o justificación, del origen del nuevo pueblo que habían creado. Tal uso contractual fue, concretamente, el de la celebración de un contrato, o "Alianza", con Dios; creencia popular que fue recogida, después, en el libro sagrado de esta nueva nación (*Antiguo Testamento* o *La Tanaj*).

El origen histórico del principio de obligatoriedad del contrato no se encuentra entonces en la cultura judía, sino en la cultura caldeo-asiria; la cual le dio consagración legislativa al imponerlo, con contenido religioso, en varias de las normas del *Código de Hammurabi*.

Sobre el contenido religioso de este principio, JUAN BENÍTEZ CAORSI precisa bien que dicho contenido le dio un cariz sagrado a dicho principio; al identificar que este proviene de una deidad que, como tal, es una autoridad superior el que la impone: "El principio de la fuerza obligatoria –en esto hay consenso– tiene un origen religioso y por eso se habla del carácter sacrosanto de la promesa y de la palabra dada. Así pues, aunque la voluntad que existió en la conclusión del vínculo se modifique durante la vida del contrato, este se impone como la orden

de una autoridad superior"[16]. Sin embargo, paralelamente contradice el origen religioso, de este principio, al considerar, siguiendo a CARLOS RAÚL SANZ; que el mismo tiene origen filosófico, concretamente origen estoico: "El origen de esta regla obedece a las postulaciones morales estoicas que mandaban cumplir la palabra dada"[17].

Debe aclararse al respecto que el Estoicismo fue una escuela filosófica griega que fue fundada a fines del siglo IV A.C., por ZENÓN de Citium; por lo cual también es muy posterior al *Código de Hammurabi* (siglo XVIII A.C.) en el cual ya figuraba el principio de obligatoriedad del contrato.

Siglos más tarde, siguiendo el origen caldeo-asirio de este principio, el Derecho Romano consagró también jurídicamente, al mismo; mediante una creencia mística religiosa.

Así es, en la antigua Roma el principio de obligatoriedad del contrato se hizo cumplir, jurídicamente, mediante el culto o adoración de una deidad en particular; la cual era la diosa que tenía como función o misión velar por el fiel cumplimiento de los contratos. Esta diosa se denominaba "*Fides*" y a partir de ella se elaboró y consagró después, en el Derecho, el principio general erradamente conocido hasta el momento como "Buena Fe"[18]; y de dicho término latino proviene también el término actual de "*Fidelidad*".

También siglos más tarde después de la antigua Roma, el principio de obligatoriedad del contrato fue consagrado jurídicamente en el Derecho Canónico, por sus autores, los canonistas medievales; quienes fueron los que lo identificaron con los términos latinos de "*Pacta Sunt Servanda*" con los que también se le conoce hasta la actualidad[19].

---

(16) BENÍTEZ CAORSI, Juan, "La revisión del contrato", Temis, Bogotá, 2010, p. 23.

(17) *Ibídem*.

(18) El principio general de la Buena Fe, como fundamento de la obligatoriedad del contrato, se estudia en el ítem II.6. de este capítulo.

(19) Por eso cuando los historiadores del Derecho (Spies, Berman, Legendre, Barmann) aprecian que los canonistas medievales fueron los que crearon este principio, ello

II.3. Planteamiento de la problemática jurídica relativa a la fuente u origen de la obligatoriedad del contrato

Si bien el principio de obligatoriedad del contrato es harto conocido, y siempre asumido, no solo como un concepto jurídico básico, sino también como una situación socioeconómica elemental, que existe como una verdad de perogrullo; no sucede así en cambio con la fuente u origen del mismo.

Así es, sucede que este principio es efecto o consecuencia de otro principio. Ello se debe a que las características o propiedades de una cosa, en este caso de una institución jurídica, deben producirlas algo; o sea alguna circunstancia o situación jurídica en particular. De tal manera que la característica de la obligatoriedad de los contratos es un efecto, el cual debe producirlo entonces alguna situación jurídica en particular.

Por ello, a este principio se le identificó también, pertinentemente, como el "efecto de obligatoriedad del contrato". Esto es, este efecto -obligatoriedad del contrato- es un principio efecto y no un principio causa. Esta situación la corrobora PIERO SCHLESINGER: "Tampoco es aceptable el permanente esfuerzo de acreditar como fundamento

---

debe entenderse como que estos solo fueron los que lo identificaron utilizando este latinazgo. Porque como se demuestra en este ítem, los auténticos autores o descubridores, del principio de obligatoriedad contractual, fueron los habitantes de la antigua cultura caldeo-asiria o mesopotámica. Lo que sí es correcto, respecto a estos clérigos juristas; es que ellos fueron los que extendieron la aplicación, de este principio, a los contratos consensuales o no formales. Esta aclaración se amplía más adelante en este capítulo.

Como la misma apreciación hace Juan BENÍTEZ CAORSI: "La regla *pacta sunt servanda* se originó en la necesidad de consagrar a texto expreso el principio del consensualismo (*solus consensus obligat*), es decir que la voluntad de aquí en adelante confiere fuerza obligatoria al contrato" ("La revisión del contrato", cit., p. 20); esta apreciación también debe entenderse en el mismo sentido, o sea como que con dicho latinazgo se identificó, al principio de obligatoriedad del contrato, para poder aplicarlo también a los contratos consensuales.

de la eficacia vinculante que obtienen los acuerdos entre particulares la máxima, de formación jusnaturalista, pacta sunt servanda"[20]. En efecto, este principio no es el fundamento de la obligatoriedad del contrato, pues implica incurrir en una conceptuación tautológica, que, como tal, no es válida; porque consiste en decir que el fundamento de la obligatoriedad del contrato es la obligatoriedad del contrato.

Pues bien, como la obligatoriedad del contrato es un efecto, es necesario saber o determinar, entonces, cuál es la causa que lo produce. En otras palabras y, como puede colegirse, se debe determinar el principio causa que produce dicho principio efecto de la obligatoriedad del contrato.

Y sucede que la determinación de esta causa (la fuente de la obligatoriedad del contrato) ha generado una gran problemática jurídica, la cual se estudia y analiza en este capítulo inicial de la presente obra doctrinaria.

Esta interesante problemática jurídica se encuentra sintetizada en la pregunta que se ha formulado respecto al pasaje literario con el que se ha iniciado la presente obra. Consiste en saber o determinar de dónde proviene o emana la obligatoriedad del contrato; o de los actos jurídicos en general. GINO GORLA planteó esta problemática técnicamente de la siguiente manera: "El problema fundamental de la obligatoriedad del contrato es el siguiente: ¿sobre la base de qué condiciones o requisitos engendra obligación un contrato en un determinado sistema de Derecho positivo?"[21].

Y quien planteó esta problemática jurídica de esta manera interdisciplinaria, auxiliándose de la Literatura, o sea utilizando el pasaje de una obra literaria para ilustrar este planteamiento (aplicación del

[20] SCHLESINGER, Piero, "La Autonomía Privada y sus límites", en "Proceso y Justicia. Revista de Derecho Procesal", Nº 3, Lima, 2002, p. 104.

[21] GORLA, Gino, "El contrato. Problemas fundamentales tratados según el método comparativo y casuístico", T. I, Bosch, Barcelona, 1959, p. 20.

movimiento "*Derecho y Literatura*" en la variante "El Derecho en la Literatura"); fue MANUEL DE LA PUENTE Y LAVALLE. Tal planteamiento lo hizo comparando los principios de Autonomía de la Voluntad y Autonomía Privada; y es como sigue: "Al llegar Robinson Crusoe a la isla que creyó deshabitada, dictó reglas para su propia conducta, tales como cuándo dormir, cuándo comer, cuándo cazar, cuándo pescar, cuándo limpiar la cabaña. Sin embargo, estas reglas podían ser variadas a su libre albedrío. Posteriormente, al encontrarse con Viernes y convenir con él en llevar una vida en común, tuvieron que ponerse de acuerdo para distribuirse entre sí la práctica de los mismos menesteres. ¿Convirtió este acuerdo en obligatorios tales deberes para ambos?"[22].

La finalidad del presente Capítulo consiste entonces en determinar la solución correcta de la problemática jurídica planteada.

II.4. ANÁLISIS

II.4.1. La naturaleza normativa del acto jurídico como consecuencia del ejercicio de la autonomía negocial de los particulares

Como se puede constatar fácticamente, la producción del efecto jurídico de obligatoriedad, para las partes que lo celebran, es el hecho que demuestra que el contrato tiene naturaleza normativa. Por ello, en la *Teoría General del Contrato* debe existir un fundamento causal, o causa, que justifique este efecto. Es decir, en la parte general del Derecho Contractual Privado debe existir una razón o situación que sustente o explique la producción de este efecto jurídico (obligatoriedad) por parte del contrato.

La naturaleza normativa del contrato se conoce como el aspecto objetivo del mismo, el cual se contrapone a su aspecto subjetivo que está representado por la voluntad. MASSIMO BIANCA da cuenta de esta

[22] DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, "¿Por qué se contrata?", en *Revista Peruana de Derecho y Literatura*, Nº 2, Lima, 2007, p. 335.

confrontación así: "La definición de contrato como autorregulación, formulada en términos de abierta oposición a la denominada teoría subjetiva, integra la noción de contrato remitiéndose al momento objetivo, que es inexcusable, o sea a la 'disposición' o la 'regla' que las partes generan mediante su acuerdo"[23].

Y esta razón o fundamento causal no es, en realidad, propia o especial del contrato, sino del acto jurídico en general. De tal manera que esta razón o fundamento se encuentra en la Teoría General del Acto Jurídico de manera genérica y se aplica en la Teoría General del Contrato de manera específica.

Pues bien, la razón o fundamento causal que sustenta la obligatoriedad de los actos jurídicos, es un concepto o idea que, por ser el sustento de estas teorías generales (del acto jurídico y del contrato); concretamente tiene la calidad o naturaleza de principio general. O sea tiene la naturaleza de una regla superior del Derecho que preside o rige a todos los actos jurídicos.

Tal principio tiene el nombre de "Autonomía", como sustantivo, pero puede tener dos distintos calificativos, como adjetivos; los cuales son el de "de la Voluntad" y "Privada".

Este principio, en cualquiera de estas dos variantes, es el fundamento o idea principal mediante el cual encuentra justificación o sustento la contratación o mercado; tanto a nivel teórico como a nivel práctico. Por eso destaca con acierto FRANCESCO MESSINEO que este principio general es: "La piedra angular de la disciplina del contrato"[24].

En tal virtud, existen el principio de Autonomía de la Voluntad y el principio de Autonomía Privada, los cuales sustentan o justi-

---

[23] BIANCA, Massimo, "Derecho Civil", T. 3, "El Contrato", Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p. 28.

[24] MESSINEO, Francesco, "Doctrina general del contrato", T. I, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1986, p. 15.

fican, de manera distinta, el efecto de obligatoriedad de los actos jurídicos; por lo cual estos principios son los que otorgan naturaleza normativa a los mismos.

Es por eso que antes de estudiar o analizar los conceptos de estos principios, es necesario tener en cuenta la naturaleza normativa del acto o negocio jurídico[25], del cual el contrato es una especie.

La naturaleza normativa del acto jurídico, determinada, como se está precisando, por el efecto de obligatoriedad que produce el mismo; fue consagrada dogmáticamente mediante una teoría del acto jurídico en particular, la cual es la teoría normativa de este acto. Esta teoría consiste, como puede colegirse, en conceptuar el acto jurídico como una norma jurídica; o sea como una ley privada que crean o producen los agentes de este acto para regular sus intereses.

Como se puede advertir, la teoría normativa del acto jurídico simplemente toma en cuenta la realidad socio-económica subyacente al mismo. O sea corrobora tal realidad como la que se encuentra presente como base del mismo. En esta realidad, o sea en el sustrato en el que se producen y operan los actos jurídicos, la naturaleza normativa de estos resulta del hecho práctico funcional, o estímulo, al que responden. Esto es, ¿para qué sirven los actos jurídicos? Pues sirven para la regulación de los intereses privados de los particulares.

La teoría normativa del acto jurídico fue propuesta por la doctrina alemana, dentro de la cual sobresalió ALFRED MANIGK; al advertir que el acto jurídico o negocio es una norma que se ubica dentro de la legislación, tanto como fuente de Derecho y como supuesto de hecho[26].

---

(25) Para efectos prácticos, en esta obra se está utilizando como equivalentes los conceptos de acto jurídico y negocio jurídico; sin que ello signifique que sean lo mismo, porque desarrollar la diferencia conceptual entre ambos excede los alcances de la misma.

(26) MANIGK, Alfred, "Die Privatautonomie im Aufbau der Rechtsquellen", Berlin, 1935.

Y la teoría normativa del acto jurídico fue consecuencia de la aplicación, en el pensamiento jurídico, de la corriente filosófica del individualismo. Esto es, mediante esta teoría se consagró en el Derecho la idea de que la persona es reguladora de sus propios intereses. Fue así entonces, mediante este concreto pensamiento individualista, como finalmente en el Derecho positivo se empezó a aplicar la teoría normativa de los actos jurídicos, dándole con ello naturaleza normativa a los mismos.

Finalmente, la teoría normativa obtuvo consagración legislativa a partir del Código Civil francés (Código Napoleónico), que en su artículo 1134 consagra como principio que: "*EL CONTRATO ES LEY ENTRE LAS PARTES*"; consagración que también hace el Código Civil italiano (Artículo 1372). PAOLO GROSSI explica cómo se fue dando la calificación del acto jurídico como ley o norma (teoría normativa), en el Derecho Positivo; de la siguiente manera: "El individualismo jurídico concibe al particular como legislador en su esfera privada. Es bastante significativo que el mismo Código Napoleón califique el contrato como 'ley entre las partes' (art. 1134), con una dicción que repite, por ejemplo, el Código italiano de 1942 (art. 1372)"[(27)]. Por su parte, VINCENZO ROPPO explica esta calificación así: "La idea del contrato como norma está apoyada posteriormente en el plano empírico por el fenómeno que exalta el valor general, en todo caso, supraindividual de la regla contractual"[(28)].

Es así entonces como, por la regulación de estos intereses, los actos jurídicos son normas de Derecho Subjetivo y, como normas, obligan a los agentes que los han celebrado. Por eso es que la doctrina moderna identifica conceptualmente al acto jurídico y, por ende, al contrato, como una norma.

Del tal manera que el contrato no se limita a ser solo un simple acuerdo entre dos o más partes. El contrato no es un simple acuerdo

(27) GROSSI, "Propiedad y contrato", cit., p. 135.

(28) ROPPO, Vincenzo, "El contrato", Gaceta Jurídica, Lima, 2009, p. 89.

porque, por sobre todo, es un acuerdo normativo; o sea es una norma que obliga o vincula a las mismas. Así, por ejemplo, VINCENZO ROPPO hace al respecto la siguiente conceptuación del contrato: "La categoría del contrato invoca de varias maneras –fecundas de sugestiones para el jurista– la categoría de norma jurídica, es decir, de la regla de conducta o del vínculo, legalmente protegido, que incide en la esfera de los sujetos"(29).

Por ello, cuando se tenga que aplicar las teorías generales del acto jurídico y del contrato, se debe tener siempre presente la conclusión que legó para la posteridad LUIGI FERRI sobre la teoría normativa del acto jurídico; la cual permitirá determinar la solución del problema planteado: "No hay verdaderas razones para no adoptar la tesis de que el negocio jurídico es fuente de normas jurídicas. (...) La categoría dogmática del negocio, cuya esencia es esencia normativa"(30).

II.4.2. La autonomía negocial como potestad normativa

El poder o posibilidad que tenemos los particulares para celebrar actos jurídicos, identificados también como negocios, es concretamente un poder de autonomía negocial o potestad normativa.

Es así como los contratos, por ser actos jurídicos, son normas privadas; por lo cual la celebración de los mismos, o sea la dación de estas normas de Derecho Subjetivo, por parte de los particulares; es realizada por estas mediante el ejercicio de un conjunto de derechos, los cuales constituyen grupalmente una potestad o poder de la cual gozan; la cual es, por tanto, una, "potestad normativa" o "poder normativo". LUIGI FERRI explica este poder o potestad, así: "El negocio jurídico es el resultado del ejercicio de un poder o de una potestad. Y la autonomía privada se identifica con este poder o potestad. Poder de

(29) *Ibídem*, p. 28.

(30) FERRI, Luigi, "La autonomía privada", Comares, Granada, 2001, pp. 8 -9.

producir cambios jurídicos y de producirlos del único modo posible: con el establecimiento (o modificación o derogación) de una norma jurídica. Se deduce de esto que los negocios jurídicos, como manifestación de autonomía privada son siempre actos de ejercicios de poder"[31]. Igual explicación dan MASSIMO BIANCA: "La autonomía privada es fundamentalmente el poder de auto determinación del sujeto, o sea el poder del sujeto de decidir de su propia esfera jurídica"[32]; y RENATO SCOGNAMIGLIO: "el poder de los particulares para darse de por sí reglas en el campo de las relaciones económico–sociales"[33].

El hecho de que este poder o potestad normativa se le identifique, filosófica y jurídicamente, con el nombre de "Autonomía"; se debe a que este es el término que etimológicamente resulta compuesto de los términos griegos "autos", que significa "por uno mismo", y "nomos", que significa "ley". Por ello, "Autonomía" significa exactamente "Ley de uno mismo". Esto es, significa "la ley que se da uno mismo".

De tal manera que si los actos jurídicos, entre ellos el contrato, son manifestaciones de voluntad mediante las cuales los particulares regulan sus intereses privados; ello es, pues, porque los particulares tenemos o gozamos de "Autonomía", es decir, somos "autónomos" porque nuestra voluntad es ley de sí misma, PIERO SCHLESINGER aprecia esta situación así: "La palabra 'autonomía' –regla autodispuesta por los interesados– resume bien el principio según el cual el contrato tiene fuerza de ley entre las partes"[34].

Con mucho acierto PIETRO SIRENA advierte que el valor de la autonomía negocial reside en que, mediante la misma, se puede apreciar

---

[31] *Ibídem*, pp. 36 y 37.

[32] BIANCA, "Derecho Civil", T. 3, "El contrato", cit., p. 32.

[33] SCOGNAMIGLIO, Renato, "Teoría general del contrato", Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, p. 19.

[34] SCHLESINGER, "La autonomía privada y sus límites", cit., p. 105.

al contrato "*en sí mismo*"[35]. En efecto, ello se debe a que el contrato es esencialmente un acto de autoregulación o autonomía privada.

Por eso es que, como se anticipó en el ítem anterior, todas las personas gozamos de autonomía negocial o potestad normativa; porque es una libertad individual y, como tal, reconocida constitucionalmente. Y como consecuencia de ello, en el Derecho es considerado como un principio general, o regla superior, que se aplica en todos los actos jurídicos habidos y por haber. LINA BIGLIAZI GERI, UMBERTO BRECCIA, FRANCESCO BUSNELLI y UGO NATOLI dan cuenta de ello así: "Es indispensable considerar la autonomía negocial en el marco de un determinado sistema de relaciones sociales y económicas y de la disciplina –general y específica– que corresponde a dicho sistema"[36].

JUAN ANTONIO MARTÍNEZ MUÑOZ aprecia bien que la autonomía negocial es la manera en que jurídicamente se interpreta la libertad: "Resulta patente que la autonomía, estrictamente, constituye una interpretación de la propia acción y de la propia vida al margen de referencias externas"[37]. A lo que se debe agregar que es la única manera correcta o acertada mediante la cual el Derecho puede interpretar la libertad de la cual gozamos, los particulares, para la celebración de los actos jurídicos.

Ahora bien, como también se anticipó en el ítem anterior, el principio de Autonomía tiene dos modalidades o clases; las cuales son identificadas como los principios autonómicos y se denominan "Autonomía de la Voluntad" y "Autonomía Privada". JUAN ANTONIO

---

(35) SIRENA, Pietro, "La integración del Derecho de los Consumidores al Código Civil, en "Derecho PUC", Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Nº 58, Lima, 2006, p. 241.

(36) BIGLIAZI GERI, Lina; BRECCIA, Umberto; BUSNELLI, Francesco; NATOLI, Ugo; "Derecho Civil", T. I, V. 2, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995, p. 609.

(37) MARTÍNEZ MUÑOZ, Juan Antonio, "Autonomía y Responsabilidad", en *Modalidades de Responsabilidad Jurídica: Deber y Obligación*, Dykinson, Madrid, 2008, p. 25.

MARTÍNEZ MUÑOZ da una precisión contundente respecto a estas clases de autonomía, la cual es una de las conclusiones que se comprueban del estudio que, pormenorizadamente, se hace de las mismas en la presente obra doctrinaria: "La autonomía se puede entender de muy diferentes maneras que van desde la más benévola, como un intento –fracasado- de expresar la libertad, a la más realista, como un mero sucedáneo de la genuina libertad"(38).

A continuación se estudian los principios autonómicos para determinar cuál de ellos, o sea cuál de estas dos clases de autonomía; es la que forma parte del Derecho Civil como el principio general que sustenta la obligatoriedad de los actos jurídicos, entre ellos el contrato; determinación en que consiste, pues, la solución de la problemática jurídica que existe sobre la fuente u origen de esta obligatoriedad.

II.4.3. El principio de Autonomía de la Voluntad. El concepto subjetivo e individualista, o liberal, del contrato. La desmitificación de la autoría kantiana de este principio. El concepto de este principio como una aplicación del Jusnaturalismo

Este principio autonómico resulta de la aplicación de la "teoría voluntarista" para determinar la fuente u origen de la obligatoriedad de los actos jurídicos, entre ellos el contrato. Esta situación exige, entonces, tener que explicar primero en qué consiste esta teoría; para luego así poder saber con exactitud en qué consiste la Autonomía de la Voluntad como principio.

La "teoría voluntarista" consiste en considerar que la obligatoriedad de los actos jurídicos proviene o emana de la voluntad humana. Según esta teoría, en consecuencia, la voluntad humana tiene el poder o fuerza suficiente para dotar de efectos jurídicos obligatorios o vinculantes a los actos jurídicos; esto es, para convertir a estos actos en

(38) *Ibídem*.

normas privadas. Por eso, por darle este poder normativo a la voluntad, esta teoría determina que la voluntad es lo único que cuenta para que los actos jurídicos obliguen; por lo cual se le debe considerar a la misma como un principio, el cual concretamente se denomina "Autonomía de la Voluntad". GINO GORLA corrobora el concepto de esta teoría diciendo que ella: "Entendida en el sentido de un poder o energía creadora de la voluntad: el poder que tendría la voluntad (del promitente) para crear la obligación, el vínculo o relación jurídica"(39). Esta idea o teoría, como se explica más adelante, fue consagrada después por una corriente filosófica-política en particular; la cual es el Liberalismo.

En tal virtud, la "teoría voluntarista" propone que la voluntad humana goza de poder absoluto para comprometer u obligar a las personas. Esta situación, consistente en este poder de carácter absoluto de la voluntad, que propone esta teoría; se la identificó también doctrinariamente como la "*soberanía de la voluntad*". CHRISTIAN LARROUMET lo explica así: "Decir que la voluntad es soberana, significa que es la única que tiene el poder de comprometer a los individuos"(40). JUAN CARLOS REZZÓNICO complementa esta explicación afirmando que: "El ser humano encuentra en sí mismo el fundamento de su conducta, de manera que el hombre es libre y las reglas que le gobiernan emanan de su voluntad"(41).

Históricamente, la "teoría voluntarista" llegó a tener un gran impacto en el Derecho, desde la consagración filosófica y política que tuvo en el siglo XVIII, mediante el Individualismo o Liberalismo; respectivamente. Pues legislativamente obtuvo consagración al haberse aplicado, esta teoría, mediante la adopción, en legislaciones históricas importantes; el principio jurídico que sustenta, la cual es la Autonomía de la Voluntad. Así se dio en la Declaración Universal de los Derechos

(39) GORLA, "El contrato", cit., p. 95.

(40) LARROUMET, Christian, "Teoría general del contrato", V. I, Temis, Bogotá, 1993, p. 86.

(41) REZZÓNICO, Juan Carlos, "Principios fundamentales de los contratos", Astrea, Buenos Aires, 2011, p. 186.

del Hombre y del Ciudadano (Artículo 4), en el Código Civil francés (Código Napoleónico); y en todas las codificaciones civiles que en este último se inspiraron. Así es, por eso los historiadores del Derecho concluyen al respecto que: "La voluntad humana creaba derecho; el individuo se obligaba como había querido y cuanto había querido"(42).

Prácticamente toda la doctrina contractualista antigua la refrendó y acogió. Tal fue el impacto favorable que tuvo esta teoría, que se la llegó a considerar incluso como un dogma. Así es, VINCENZO ROPPO describió la categoría dogmática que llegó a tener esta teoría de esta manera: "La voluntad humana es la fuerza creadora de los efectos jurídicos; y en el contrato la voluntad de los individuos contratantes es todo. Dogma de la Voluntad es la fórmula que expresa este papel totalizador de la voluntad del contrato"(43). MASSIMO BIANCA abunda más al respecto afirmando que: "El llamado dogma de la voluntad no se limitaba a ver en el contrato un acto de voluntad. Ante todo expresaba la idea del señorío de la voluntad individual, que el ordenamiento debe reconocer y tutelar en su plenitud"(44).

Es de esta manera, entonces, mediante la aplicación de la "teoría voluntarista" en la determinación del concepto de autonomía negocial, como principio; que surge el principio de "Autonomía de la Voluntad" como principio general del Derecho Civil, el cual consiste en ser la potestad normativa que tienen los seres humanos, como derecho natural, para celebrar actos jurídicos como normas privadas cuya obligatoriedad proviene de la voluntad humana.

Como puede colegirse, este principio determina o produce como efecto, o consecuencia; un concepto de contrato en particular, el cual es el concepto subjetivo de contrato.

---

(42) OURLIAC, Paul; DE MALAFOSSE, Jehan; "Histoire du droit prive", T. I, Presses Univesitaires de France, Paris, 1969, p. 114.

(43) ROPPO, "El contrato", cit., p. 59.

(44) BIANCA, "Derecho Civil", T.3, "El contrato", cit., p. 46.

MANUEL DE LA PUENTE Y LAVALLE reseña que algunos aprecian que el principio de Autonomía de la Voluntad fue propuesto o elaborado por KANT[45]. Esta apreciación resulta del hecho de que este filósofo, en su célebre obra "Fundamentación de la Metafísica de las costumbres", explicó que si la voluntad humana es ley de sí misma; este poder de la voluntad humana puede regir como un principio universal, al cual denominó "Autonomía de la Voluntad". Tal explicación es como sigue: "Así, pues, el principio de toda voluntad humana como una voluntad legisladora por medio de todas sus máximas universalmente. (...) Llamaré a este principio el de la autonomía de la voluntad, en oposición a cualquier otro que, por lo mismo, calificaré de heteronomía"[46].

Sin embargo, la autoría de KANT, respecto a esta teoría, no es en absoluto correcta, por lo cual es una falacia histórica. Ello se debe a que el principio de Autonomía de la Voluntad fue elaborado y propuesto varios siglos antes de Kant. En efecto, este principio fue elaborado y propuesto concretamente en la Edad Media por un grupo especial de juristas de esta época, conjuntamente con teólogos de la misma.

Así es, resulta que fueron investigadores jurídicos de inspiración religiosa de la Edad Media, los que elaboraron y propusieron el principio de Autonomía de la Voluntad. Tales investigadores fueron los canonistas conjuntamente con los teólogos de esta época. Así da cuenta de ello CHRISTIAN LARROUMET: "Fueron los canonistas y los teólogos de la Edad Media, seguidos en esta materia por los partidarios de la Escuela del derecho natural en los siglos XVII y XVIII, los primeros en exponer el principio de autonomía de la voluntad"[47].

En efecto, la prueba histórica contundente de ello es el hecho de que, para la contratación, fueron los canonistas los primeros en hacer

(45) DE LA PUENTE Y LAVALLE, "¿Por qué se contrata?", cit., p. 335.

(46) KANT, Immanuel, "Fundamentación de la Metafísica de las costumbres", Tecnos, Madrid, 2005, pp. 121-122.

(47) LARROUMET, "Teoría general del contrato", cit., V. I, p. 85.

prevalecer la voluntad sobre las formas; para que aquella (la contratación) produzca el efecto jurídico obligatorio correspondiente. Esto es, los canonistas fueron los primeros en establecer, mediante una regla moral cristiana, que para que rija el principio de obligatoriedad del contrato y, con ello, para que este sea norma; solo basta o es necesario el concurso de la voluntad, prescindiéndose así de las formas como por ejemplo, los juramentos.

Corrobora esta prueba histórica, de la autoría canonista de la prevalencia de la voluntad, para la formación del contrato, como norma; ALAIN SUPIOT. Este reseña este hecho histórico así: "Es sabido que la Iglesia combatía el uso del juramento en las transacciones porque consideraba que frente a Dios la simple promesa comprometía igualmente. Los actos del cristiano deben efectivamente estar siempre fundados en la verdad. El fiel debe ser fiel a su palabra; el que promete y no mantiene su promesa actúa contra la verdad; engaña a su prójimo y comete un pecado mortal. El respeto a la palabra dada se planteó entonces en primer lugar como una regla moral, basada en las escrituras y en la jurisprudencia de los padres de la iglesia. Su formulación inicial –Pax sevetur, pacta custodiantir– se halla en el canon Antiginios mediante el cual el primer Concilio de Cartago (348) se pronuncia sobre las consecuencias de un acuerdo establecido entre dos obispos referido a los límites de sus respectivas diócesis (Spies, 1928: 228 ss.). El cristiano que no mantiene su palabra incurre en los castigos eclesiásticos previstos para la mentira. Fue en el siglo XIII cuando esa regla moral se transformó en obligación jurídica"[(48)]. Por su parte, OLIVIER SORO RUSSELL precisa dicha autoría canonista destacando que: "Gracias al desarrollo de las técnicas mercantiles y a la influencia de la doctrina canonista, la conclusión de los negocios jurídicos pasó de ser un proyecto lento y complejo, dominado por las formalidades,

(48) SUPIOT, Alain, "Homo Juridicus. Ensayo sobre la función antropológica del derecho", Siglo XXI editores, Buenos Aires, 2007, pp. 137 y 138.

a uno más rápido y simple, en el que se dotaba de eficacia obligatoria al simple acuerdo de voluntades"[49].

Ahora bien, es aquí donde se debe realizar la ampliación de la aclaración que quedó pendiente en el inicio de la presente obra doctrinaria (Ver cita 19). La regla moral cristiana, creada por los canonistas, consistente en que el principio de obligatoriedad del contrato debe siempre cumplirse porque su incumplimiento es un pecado, la cual se convirtió en obligación jurídica en el siglo XIII; fue creada para aplicarla solo a los contratos consensuales o no formales, mas no a los formales o solemnes. Ello se debió a que la finalidad, de dicha regla moral, era dotar también de obligatoriedad a los contratos consensuales o no formales; pues desde un inicio, históricamente (Babilonia, Roma), únicamente los contratos formales o solemnes, o sea los que estaban revestidos de una forma, eran los que tenían efecto obligatorio, u obligaban. En el Derecho Romano esta situación estaba consagrada bajo el principio "*Ex nudo pacto, actio non nascitur*".

Fue entonces por eso, para que se pueda aplicar también el principio de obligatoriedad del contrato, a los acuerdos verbales (sin forma probatoria); que los canonistas valiéndose de la gran influencia que en la Edad Media tenía la moral cristiana; consiguieron que la idea de esta moral, consistente en que el incumplimiento contractual es pecado, se identificara con dicho principio. Y con ello pudieron convertir, pues, en contratos a los acuerdos verbales (sin forma probatoria). Así lo corrobora ALAIN SUPIOT: "Fue entonces porque se creía en la existencia de un Dios único, que lo ve todo, y frente al cual nadie debe mentir nunca, que la simple convención (el pacto desnudo) terminó identificándose así con el contrato"[50].

---

[49] SORO RUSSELL, Olivier, "El principio de la autonomía de la voluntad privada en la contratación: génesis y contenido actual", Reus, Madrid, 2016, p. 25.

[50] SUPIOT, "Homo Juridicus. Ensayo sobre la función antropológica del derecho", cit., p. 138.

Pero de ello queda totalmente claro que la identificación del efecto jurídico obligatorio de los contratos, como un principio jurídico –principio de obligatoriedad contractual–, ya existía desde Babilonia (Código de Hammurabi) (Ver cita 6); pero solo para los contratos formales o solemnes.

De tal manera que lo que en rigor, o propiamente, crearon o inventaron los canonistas; fue el principio del consensualismo de los contratos, pero no el principio de obligatoriedad o efecto jurídico obligatorio de los mismos; el cual ya existía desde la cultura caldeo-asiria (Código de Hammurabi). Esto es, los canonistas aportaron al Derecho Contractual el concepto o la categoría contractual de los contratos consensuales.

Por lo expuesto y reseñado se comprueba, entonces, que KANT solo le puso el nombre de "Autonomía de la Voluntad" al concepto jusfilosófico según el cual la fuente de obligatoriedad del contrato es la voluntad humana; pero este concepto o idea, como principio jurídico, había sido elaborado y propuesto ya por los canonistas y los teólogos de la Edad Media. En tal virtud, la labor de este célebre filósofo, con respecto al principio de Autonomía de la Voluntad, al no haber sido de creación de la teoría o fundamento de este principio; tampoco fue, pues, de creación de este último. Ello lo refrenda MICHEL VILLEY: "De Kant se toma la expresión autonomía de la voluntad"(51).

Para que quede totalmente clara y contundente esta situación, para que quede bien corregida la falacia histórica de la autoría kantiana del principio de Autonomía de la Voluntad, o sea para que quede desmitificada esta autoría kantiana; es pertinente reseñar la evolución histórica que ha tenido este principio luego de su creación, en la Edad Media, por los canonistas y los teólogos de esta época.

(51) VILLEY, Michel, "Essor et décadence du voluntarisme juridique", en *Archives de Philosophie du Droit*, París, 1957, pp. 83-92.

Para tal efecto, para efectuar la reseña de la evolución histórica de este principio jurídico, simplemente se debe seguir el derrotero que tuvo el fundamento o idea que le sirve de sustento o justificación; el cual es la "teoría voluntarista".

Pues bien, resulta que luego de haber sido creado por el pensamiento jusfilosófico cristiano medieval; la teoría voluntarista fue recepcionada, con notable acogida, en el Renacimiento y la Edad Moderna. Ello se debió a que en estas épocas se consagró jurídicamente la corriente filosófica del Individualismo(52), la cual a nivel político se le conoce como "Liberalismo".

Mediante el Individualismo se considera a la persona, y sus derechos individuales, como el prioritario propósito o finalidad del Derecho. Un Derecho positivo o conjunto de normas es, entonces, un sistema jurídico individualista; cuando privilegia la defensa o protección de las personas y sus derechos individuales, sobre la protección de los otros derechos que se pueden proteger; los cuales son los derechos sociales. La pregunta que se debe responder de inmediato entonces es la siguiente: ¿protección de la persona y sus derechos individuales respecto de qué? ADELA CORTINA da esta respuesta corroborando la identificación que existe, como se está precisando, entre Individualismo y Liberalismo: "El liberalismo, como venimos comentando, nace en occidente con el afán de defender a los individuos de interferencias ajenas, con la convicción de que el individuo es sagrado para

(52) Antiguamente se creyó que la consagración jurídica del Individualismo se dio en el Derecho Romano. El jurista italiano FRANCESCO DE MARTINO demostró que esta es otra falacia histórica, porque en este Derecho, en la antigua Roma, dentro del sistema de las fuentes y en cuanto a los negocios jurídicos; la voluntad individual tuvo una función muy restringida ("Individualismo y derecho romano privado", Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005). Efectivamente, la consagración jurídica del Individualismo se dio mucho más antes del Derecho Romano. Se dio en la antigua Grecia, concretamente en Atenas. Así lo destaca Lorenzo INFANTINO: "No es difícil encontrar en Atenas elementos significativos de 'verdadero individualismo' ("Ignorancia y libertad", Unión Editorial, Madrid, 2004, p. 17).

el individuo, de que goza de una inalineable dignidad, en virtud de la cual ostenta unos derechos para cuya protección se crea la comunidad política. Desde esta perspectiva, el individuo es anterior a la comunidad política, ontológica y axiológicamente, de suerte que la comunidad es un instrumento creado para defender los derechos individuales. A esta forma de pensar se ha llamado individualismo"[53].

Puede advertirse, entonces, que para un sistema jurídico individualista no interesan los intereses colectivos o sociales, o sea los intereses de la sociedad o comunidad; sino única y exclusivamente los intereses individuales. O, lo que es lo mismo, los intereses individuales están por encima de los intereses colectivos o sociales. Es así, entonces, como el Individualismo se contrapone al colectivismo o comunitarismo. FRANCESCO DE MARTINO lo explica así: "Individualista es, entonces, un sistema en el que la libertad individual es concebida y regulada como un fin en sí misma, por fuera de cualquier subordinación a los intereses del grupo. Este se considera nada más que como la suma de los intereses individuales, que debiendo coexistir, se limitan mutuamente en sentido negativo"[54]. Esta contraposición ideológica filosóficamente se le conoce también como el conflicto Individualismo-Holismo. ADELA CORTINA así lo precisa: "Individualismo frente a las posiciones que afirman la prioridad, ontológica y axiológica, de la colectividad, del todo social frente a las partes, frente a los individuos, posiciones que autores como Louis Dumont congregan bajo la rúbrica de holismo"[55]. Por eso el Individualismo es concretamente una aplicación ideológica política de la filosofía nominalista[56]. Ello se aprecia de lo que FRIEDRICH SCHELLING sentenció al respecto: "No

---

(53) CORTINA, Adela, "Alianza y contrato", Trotta, Madrid, 2005, p. 69.

(54) DE MARTINO, Francesco, "Individualismo y derecho romano privado", Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, p. 16.

(55) CORTINA, "Alianza y contrato", cit., p. 69.

(56) Teoría filosófica según la cual todo lo que existe son particulares.

existe nada universal, solo el individuo, y el ser universal solo existe si es el individuo absoluto"[57].

Entre los intereses o derechos individuales, que el sistema jurídico individualista protege, desde su consagración en el Renacimiento y la Edad Moderna; figura, claro está, el derecho de contratar, el cual se ejerce mediante la voluntad humana. FRANÇOISE OST reseña esta situación de la siguiente manera: "Con el renacimiento y la edad moderna el centro de gravedad del Derecho giró hacia el individuo y hacia sus derechos subjetivos, siendo la propiedad privada el caso arquetípico. Este modelo triunfaría en el concepto de Derecho liberal de corte angloamericano, donde la función de la colectividad es la de proteger los derechos que los individuos han heredado directamente de su naturaleza. A partir de entonces, la soberanía ya no recae en el Estado sino en el individuo. LEGENDRE habla de las instituciones individuales como una multitud de mini-Estados"[58].

En efecto, el pensamiento jurídico imperante de esa época (Renacimiento y Edad Moderna) fue la corriente filosófica del Individualismo; conocida políticamente como Liberalismo. Y fue el Derecho anglosajón el que, siguiendo esta corriente política, determinó, de acuerdo a ella, que lo correcto jurídicamente era que la voluntad de los seres humanos sea legisladora de sus actos. EDUARDO ZANNONI lo sintetiza así: "El individualismo voluntarista: el individuo es el valor fundamental y su voluntad es omnipotente, esto es, dotada de fuerza creadora de normas jurídicas"[59].

---

[57] Citado por ARENDT, Hannah, "Existencialismo y compromiso", RBA, Barcelona, 2013, pp. 72 y 73.

[58] OST, Françoise, "El reflejo del Derecho en la Literatura", en Revista Peruana de Derecho y Literatura, Nº 1, 2006, pp. 36 y 37.

[59] ZANNONI, Eduardo, "Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos", Astrea, Buenos Aires, 1986, p. 26.

En tal virtud, el ejercicio de instituciones o libertades individuales, como el derecho de contratar; hace que las personas se constituyan en mini-Estados, porque al contratar cada persona crea sus propias leyes.

Es por eso que la obra literaria que al final de esta época, se escribió para consagrar universalmente al Individualismo; fue precisamente la novela cuyo pasaje se está utilizando ilustrativamente para efectuar el presente análisis: "*Robinson Crusoe*", de DANIEL DEFOE. Pues, como se sabe, la Literatura siempre ha sido fiel reflejo de la época en que las obras son escritas por sus autores. Fue así entonces que este escritor decidió retratar literariamente, en esta novela, la situación política en la que vivió.

Tal situación política fue concretamente la gran revolución liberal de la Edad Moderna, la cual se originó en Inglaterra en el siglo XVI. Esta revolución, decisiva para la historia de Inglaterra, es necesario tenerla en cuenta para poder comprender mejor la vida y la obra de DEFOE; porque ambas están íntimamente ligadas a su época(60). La ligazón o relación escritor-época, correspondiente a este escritor, la describe bien TERESA SUERO ROCA: "Defoe no fue un simple espectador, uno de tantos que en actitud pasiva, se limitan a aceptar los hechos, sino que se compenetra con los acontecimientos que se desarrollan en torno a él. No huye de la realidad: se interesa, se mantiene en contacto con las cosas de cada día, y por ello todo en él, desde su mentalidad o su vida, y hasta sus escritos; es la Inglaterra de la época"(61). Por su parte, FRANÇOISE OST hace esta misma descripción, pero en cuanto a lo jurídico específicamente: "Robinson Crusoe, escrito por Daniel Defoe en 1719, es un libro fundacional en esta revolución de la autodeterminación y la autosuficiencia del hombre"(62).

---

(60) SUERO ROCA, Teresa, "Estudio Preliminar" de "Robinson Crusoe", Bruguera, Colección Libro Clásico, Barcelona, p. 18.

(61) *Ibídem*.

(62) OST, "El reflejo del Derecho en la Literatura", cit., p. 37.

Fue así, entonces, que durante este hecho histórico, la gran revolución liberal de la Edad Moderna; en la Literatura la novela que retrató e ilustró, para el mundo, esta revolución liberal individualista, fue "*Robinson Crusoe*", de DANIEL DEFOE. Es por ello que, con justa razón, esta obra literaria ha sido calificada históricamente como una epopeya o himno del Individualismo(63); y al célebre personaje del mismo se le ha calificado doctrinariamente, en el Derecho, como "el héroe del individualismo en acción"(64). Así es, MARÍA JOSÉ FALCÓN Y TELLA explica ampliamente por qué esta célebre novela ha sido calificada históricamente como tal epopeya o himno: "La obra *Robinson Crusoe* ha sido calificada de 'biblia de las virtudes mercantiles e industriales' y 'epopeya de la iniciativa individual'. Se trata de un relato liberal (mercantilista, más bien capitalista) sobre la emancipación de la pobreza por la aplicación al trabajo de la libre empresa. Bajo la apariencia de una simple aventura tropical, en el estilo rudo de un marinero inglés, esta historia narra cómo un hombre solo logra progresivamente construir su identidad, apropiándose de su entorno, construyendo una sociedad en embrión, sobre el modelo de los principios individualistas, con la bendición de la Providencia, alcanzando una refundación del mundo a partir del individuo soberano, como modelo universal de libertad y prosperidad"(65).

En conclusión, al ser la novela "*Robinson Crusoe*" una defensa del Individualismo para el desarrollo humano; es también, al mismo tiempo, una defensa del concepto subjetivo e individualista, o liberal, del contrato(66). Por eso es que desde la Sociología esta célebre novela

(63) GRIMBERG, Carl y SVANSTROM, Ragnay, "Historia Universal", V. 9, "El siglo de la Ilustración", Daimon, Barcelona, 1973, p. 127.

(64) FROSINI, Vittorio, "La estructura del derecho", Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1974, p. 167.

(65) FALCÓN Y TELLA, María José, "Derecho y Literatura", Marcial Pons, Madrid, 2015, p. 127.

(66) Resulta claro, al respecto, que en la presente obra doctrinaria no se está utilizando esta novela con la finalidad de hacer una defensa del concepto subjetivo e individua-

también ha sido calificada, acertadamente, como una "*Bildungsroman*" o novela de formación humana. CÉSAR RENDUELES hace esta calificación, con mucho acierto, al advertir que el argumento de la misma versa sobre cómo un hombre civilizado se puede ir formando, como tal; actuando solo individualistamente, o sea actuando solo para sus intereses personales: "Es la historia de un hombre que finalmente acepta la nueva moral asociada a la generalización del comercio, a una sociedad caracterizada por una cordialidad basada no en la empatía, la tradición o el sentimiento de comunidad, sino en el interés individualista o egoísta"(67).

La "teoría voluntarista", entonces, fue primero una teoría jusfilosófica de origen medieval, la cual obtuvo su consagración, finalmente, en la Edad Moderna; porque se convirtió en una de las principales ideas o conceptos de la corriente filosófica política del Liberalismo, el cual fue un aporte de la revolución liberal de dicha época o edad. Puede colegirse que el destino "liberal", que ha tenido la "teoría voluntarista"; se ha debido a que el Liberalismo tiene, como principal objetivo, la defensa de los derechos individuales como eje o factor determinante de toda organización o sistema político.

Al respecto debe tenerse presente que antes de Kant, escribió sobre ideas liberales, o Liberalismo, como corriente política; JOHN LOCKE. Este fue uno de los mejores filósofos especialistas en Filosofía Política, porque si bien también escribió sobre Filosofía en general; sus obras que más destacaron y trascendieron, universalmente, fueron las de Filosofía Política.

En efecto, a fines del siglo XVII, concretamente en 1690, JOHN LOCKE publica su obra "Ensayo sobre el gobierno civil" en la que pro-

lista, o liberal, del contrato; sino que solo se le está utilizando con la finalidad de contrastar, este concepto, con el concepto opuesto o antagónico del mismo, el cual es el concepto objetivo y social del contrato.

(67) RENDUELES, César, "Capitalismo canalla. Una historia personal del capitalismo a través de la literatura", Seix Barral, Barcelona, 2015, p. 39.

clama a la teoría liberal como fundamento político de todo gobierno. La finalidad de esta obra fue justificar los acontecimientos históricos de Inglaterra de los años 1688 y 1689, los cuales fueron el destronamiento de Jacobo II y la coronación de Guillermo III. Ello porque este último desplegó su gobierno sobre la base de esta teoría política.

Esta grandiosa obra de filosofía política tuvo un gran impacto o repercusión en los Estados Unidos y en Francia, por lo cual fue una de las fuentes ideológicas para las históricas revoluciones de estos dos países. Fue así como se dio que, históricamente, en el siglo siguiente (siglo XVIII); tuvieron enorme influencia las ideas liberales, las cuales produjeron, finalmente, el constitucionalismo.

Fue JOHN LOCKE el precursor de las ideas que dieron origen a todo el liberalismo político del siglo XVIII, cuya influencia se prolongó todavía mucho después en la Francia prerevolucionaria y en la América de las guerras de la independencia. Posteriormente a LOCKE, los filósofos que prosiguieron o continuaron la difusión del pensamiento liberal; fueron KANT y MILL. Por ello, se debe tener siempre presente la identificación histórica que existe entre LOCKE y el concepto moderno de Liberalismo: "Para resumir en pocas palabras las ideas de John Locke es preferible acudir al concepto moderno de liberalismo"(68).

Así fue entonces como KANT, advirtiendo que la "teoría voluntarista", de origen canónico medieval, era ya una idea o fundamento de consagración liberal, o propia del Liberalismo; denominó "Autonomía de la Voluntad" al principio jurídico según el cual la voluntad humana es la fuente de la obligatoriedad del contrato.

KANT hizo esta denominación, para este principio, como parte de su programa o ideario ético, el cual es considerado como innovador o un gran aporte por los estudiosos de su pensamiento; como MANUEL GARRIDO: "El programa ético de Kant es profundamente

(68) GRIMBERG/SVANSTROM, "Historia Universal", cit., p. 127.

revolucionario. Una de sus ideas clave, la principal a juicio de muchos, es la idea de la autonomía de la voluntad"[69].

Pero de acuerdo a la evolución histórica del principio de Autonomía de la Voluntad, que se ha reseñado, queda bien claro al respecto que el mérito de este gran filósofo no fue haber creado este principio; pues éste ya existía como un fundamento jusfilósofico y político (Liberalismo). Con respecto a ello, por tanto, KANT no creó nada. Su mérito, entonces, no consistió en la creación de teorías liberales, sino únicamente en darle el nombre, al principio que tiene como sustento una de estas teorías ("teoría voluntarista"), de "Autonomía de la Voluntad".

Así es, prueba de ello lo constituye el hecho de que en la obra de LOCKE anteriormente citada ("Ensayo sobre el gobierno civil"), cuya fecha de publicación (1690) es anterior al nacimiento de KANT, se explica que las libertades individuales son derechos que tienen los seres humanos, los cuales gozan de estos derechos porque son derechos naturales. Entre estas libertades individuales, o derechos naturales figura, claro está, el derecho de celebrar actos jurídicos con carácter vinculante cuando así lo decida la voluntad humana; lo cual, pues, es la "teoría voluntarista".

Por ello, queda bien claro al respecto que la obra de KANT, relacionada con la Filosofía del Derecho en particular; no fue innovadora u original, porque simplemente se limitó a reformular conceptos jusnaturalistas que formaban parte del Liberalismo. Esta situación se encuentra corroborada por la doctrina jusfilosófica. GIORGIO DEL VECCHIO, por ejemplo, uno de los mejores exponentes o representantes de esta doctrina, afirma al respecto lo siguiente: "En la filosofía del Derecho, Kant no fue un gran innovador; se limitó solo a corregir y depurar con método riguroso el antiguo procedimiento de la Escuela del Derecho Natural. (...) Kant no hizo más que cumplir un proceso de corrección

[69] GARRIDO, Manuel, "Una Ética de la libertad", Estudio introductorio del libro "Fundamentación de la Metafísica de las costumbres", cit., p. 15.

metodológica que ya se había iniciado desde mucho tiempo atrás y que se había casi perfeccionado por obra de Rousseau"[70].

El principio de Autonomía de la Voluntad tuvo un gran impacto y acogida en el Derecho, porque mediante el mismo jurídicamente se puede explicar la fuente de obligatoriedad del acto jurídico como norma privada. Tal fuente no era otra, por tanto, que la voluntad humana. En tal virtud, en un comienzo se consideró que este principio era el auténtico principio general del Derecho en el que se fundamentaba la obligatoriedad de los actos jurídicos como normas subjetivas. De tal manera que mediante este principio, fundamentado en la "teoría voluntarista", la cual después se consagró como una teoría liberalista, se llegó a determinar jurídicamente que los actos jurídicos son normas y, por tanto, obligan; porque así lo ha dispuesto la voluntad humana que ha sido creadora de los mismos. Por eso es que JEAN CARBONNIER precisa que este principio concretamente es una teoría filosófica jurídica según la cual "la voluntad humana constituye por sí misma su propia ley y se crea su propia obligación"[71].

La vinculación que existe entre el principio de Autonomía de la Voluntad, con el Individualismo o Liberalismo, es contundente por la evolución histórica que se ha reseñado en este ítem; de la "teoría voluntarista" que es su fundamento. MASSIMO BIANCA sintetiza esta vinculación afirmando que: "El llamado dogma de la voluntad tuvo ciertamente un significado ideológico. La noción de contrato como expresión de voluntad del individuo encontró correspondencia en el planteamiento liberal con que se desarrollaba el capitalismo industrial y comercial. El ordenamiento jurídico debía limitarse a garantizar al individuo las condiciones de ejercicio de sus libertades y, entre ellas, su libertad de iniciativa económica"[72].

---

[70] DEL VECCHIO, Giorgio, "Filosofía del Derecho", Bosch, Barcelona, 1980, pp. 90 y 91.

[71] CARBONNIER, Jean, "Droit Civil", T. 4, "Las obligaciones", Presses Universitaires de France, París, 1979, p. 43.

[72] BIANCA, "Derecho Civil", T. 3, "El contrato", cit., p. 47.

Sin embargo, hay quienes sorpresivamente niegan esta vinculación, como es el caso de WERNER FLUME: "El principio de autonomía privada[73] y de la libertad contractual en contra de interpretaciones frecuentes no tiene nada que ver con el individualismo o el liberalismo del siglo XVIII o del siglo XIX. Lo que sucede es que desde el siglo XVII cada vez se fue más consciente del principio de la autonomía privada como valor, y sobre todo el siglo XIX se esforzó por extender el ámbito de la autonomía privada. En la actualidad, del principio de la autonomía privada puede decirse que es, como siempre ha sido, un principio individualista, que significa el reconocimiento de la autodeterminación del individuo en la configuración de sus relaciones jurídicas"[74].

Adviértase bien que en esta afirmación hay una flagrante contradicción, pues en ella al inicio se niega la vinculación entre el principio de Autonomía de la Voluntad y el Individualismo o Liberalismo; pero al final de la misma se califica a este principio como un "principio individualista". Total, ¿en qué quedamos, tiene o no vinculación con el Individualismo o Liberalismo este principio? Por esta lamentable contradicción no se debe tomar en cuenta esta posición doctrinaria.

Quien hace una descripción muy didáctica de este principio (Autonomía de la Voluntad) y de esta teoría (voluntarista), como su fundamento, es MANUEL DE LA PUENTE Y LAVALLE: "Piensan unos, siguiendo a Kant[75], que la autonomía privada significa el poder absoluto de la voluntad, que es no solo el principal elemento en la formación del acto jurídico y en la determinación de sus efectos, sino también el fundamento de su fuerza obligatoria. Esta concepción de la autonomía privada llegó a cobrar tal auge en el siglo XVIII que fue incorporada

---

(73) Por "autonomía privada" se está refiriendo al concepto genérico de autonomía y no al principio que tiene dicho nombre.

(74) FLUME, Werner, "El negocio jurídico", Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998, pp. 39-40.

(75) Ya se ha aclarado, en este ítem, el carácter falaz del origen kantiano del principio de Autonomía de la Voluntad.

en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, en cuyo artículo 4 se declara que el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que aquellos que aseguran a los demás miembros de la sociedad al goce de los mismos derechos. La libertad existente dentro de marcos tan amplios permitió a los particulares crear todas las relaciones imaginables, sin verse constreñidos por límites legales que afectaran su autonomía, al extremo de que llegó a decirse que la 'libertad es un bien por el cual la ley que limita dicha libertad es un mal'. Tal concepción, llamada doctrina clásica de la autonomía de la voluntad, ha sido sintetizada del siguiente modo: 'En la base de la construcción jurídica está el hombre, ser libre por naturaleza, amo de sí, responsable de sus actos. En la voluntad libre del hombre está el origen del derecho, el origen de la ley, el origen del acto jurídico. El derecho subjetivo es un poder de la voluntad; la ley obliga si la voluntad libre del hombre ha concurrido a su sanción; el acto jurídico –voluntad jurídica lícita, dirigida inmediatamente a crear, modificar o extinguir una relación de relación de derecho– es fruto de esa voluntad libre, en la que debe hallarse no solo el resorte de su formación, sino también de sus efectos precisos. Elemento esencial del acto de ella deriva este su fuerza obligatoria, y su fiel esclarecimiento es la más correcta norma para la interpretación"[(76)].

Pues bien, por considerar la "teoría voluntarista" que el derecho individual de autonomía negocial o potestad normativa, que tenemos para celebrar actos jurídicos vinculantes como normas privadas, es un derecho natural; puede apreciarse de ello que esta teoría y el principio jurídico que fundamenta (Autonomía de la Voluntad), son entonces una aplicación de la corriente jusfilosófica del Jusnaturalismo. GINO GORLA da cuenta de ello: "Esta afirmación de un poder o energía creadora de la voluntad se remonta al jusnaturalismo"[(77)].

(76) DE LA PUENTE Y LAVALLE, "¿Por qué se contrata?", cit., pp. 335-336.

(77) GORLA, "El contrato", cit., p. 95.

Por Jusnaturalismo se está haciendo referencia concretamente al Jusnaturalismo moderno, o sea al Jusnaturalismo de la Edad Moderna. Esto es, se está haciendo referencia a la revitalización, desarrollo y difusión que tuvo, la idea de los derechos que son propios e inherentes a la naturaleza humana durante dicha época; en el periodo comprendido entre los inicios del siglo XVII y finales del siglo XVIII.

Así, fue HUGO GROCIO, considerado tradicionalmente como el iniciador del Jusnaturalismo[78]; el primero que proclamó que la autonomía negocial o potestad normativa es un derecho natural consagrando, para tal efecto, la equiparación o igualdad entre el poder de disposición de la propiedad, con el poder o derecho de contratar. Esta equiparación la hace al afirmar que el contratar "consiste en la libertad de disponer de sus actos que tiene el hombre, y así como el poder del hombre para disponer de su propiedad le faculta para enajenarla, asimismo, un hombre tiene el poder de enajenar en favor de otro, que la acepte, una porción o más bien una consecuencia de su lealtad"[79]. Fue con la aplicación de esta equiparación que en la doctrina mayoritariamente se consagró el principio de Autonomía de la Voluntad desde el siglo XVII hasta mediados del siglo XX.

La aplicación del Jusnaturalismo que es consecuencia de la identificación de la teoría voluntarista como un derecho natural a la autonomía negocial, o potestad normativa, para celebrar actos jurídicos vinculantes, como normas privadas; se aprecia con nitidez a través del concepto o fundamento esencial en que se sustenta esta corriente jusfilosófica. Tal fundamento es el conocido como "El estado de naturaleza".

---

(78) En la Filosofía del Derecho modernamente se está llegando a considerar que no es GROCIO, sino HOBBES, el auténtico iniciador del Jusnaturalismo moderno. Al rsspecto véase: "Estudios de historia de la filosofía. De Hobbes a Gramsci", Norberto BOBBIO, Debate, Madrid, 1991.

(79) GROCIO, Hugo, "Introducción a la jurisprudencia de Holanda", Libro III, Cap. I, Nº 12, La Haya, 1631.

El estado de naturaleza concretamente es un fundamento filosófico político, porque fue creado por el filósofo THOMAS HOBBES, en su célebre obra "*Leviatán*"; para explicar la no posible dependencia estatal de los seres humanos o individuos. JOHN LOCKE lo precisa así: "Estado de naturaleza es un estado de perfecta libertad para regular los propios actos y para disponer uno de su persona y bienes como mejor le parezca, dentro de los límites de la ley natural, sin necesidad de pedir permiso ni depender de la voluntad de ningún otro"(80). Por su parte, JUAN RAMÓN CAPELLA describe ampliamente este estado de la siguiente manera: "El otro gran invento de Thomas Hobbes es el modelo imaginario de estado de naturaleza, retomado como punto de partida por todos los grandes pensadores políticos ilustrados (por Locke, Spinoza, Rousseau, Kant, etc.) aunque dándole rasgos diferentes de los suministrados por Hobbes. El estado de naturaleza (llamado a veces condición natural de la humanidad) es el constructo abstracto adecuado para dotar de movimiento al individuo extrasocial antes descrito. El estado de naturaleza se construye haciendo abstracción –se afirma– de toda institución política, imaginando la vida de los 'individuos' –tal como han sido definidos precedentemente– en ausencia de todo poder superior, que obviamente sería de índole institucional. En realidad con el concepto de estado de naturaleza se describe una ausencia; pero lo relevante es el paisaje que sin lo ausente se presenta como visible"(81).

Así es, en el estado de naturaleza el ser humano ejerce la libertad de manera total o absoluta, porque puede ejercer sus derechos premunido solamente de su subjetividad o individualidad, la cual la determina la naturaleza de su ser, como persona o individuo; sin que necesite para ello del apoyo o respaldo de un Estado u organización jurídica. De tal manera que este concepto jusnaturalista (estado de naturaleza) es

(80) LOCKE, John, "Due trattati sul gobierno", Utet, Torino, 1948, p. 235.

(81) CAPELLA, Juan Ramón, "Fruta prohibida. Una aproximación histórico-teorética al estudio del derecho y del estado", Trotta, Madrid, 2008, p. 140.

una idea o fundamento que identifica también al Jusnaturalismo con el Individualismo. MICHEL TROPER corrobora esta identificación refiriendo que: "La Escuela del Derecho natural moderno es la que enseña –principalmente bajo la influencia de la filosofía nominalista- que la única realidad es el individuo, y que cada hombre, en virtud de su propia naturaleza, posee derechos. Estos derechos llamados 'subjetivos', es posible descubrirlos con la ayuda de la razón, mediante el examen de la naturaleza del hombre. El poder político no los crea, sino que tiene el deber de consagrarlos, y en su caso, los hombres pueden esgrimirlos en su contra"(82). Por su parte, ERNEST BLOCH sintetiza la identificación del Jusnaturalismo con el Individualismo, afirmando que: "Una de las exigencias más perdurables y más importantes del Derecho natural es la vindicación de los *derechos subjetivos en su totalidad*"(83).

Es por ello que el estado de naturaleza, como puede colegirse, es la base o el presupuesto político de la corriente filosófica del Individualismo. ALFONSO RUIZ MIGUEL describe este fundamento precisamente en función de esta corriente: "El estado de naturaleza es el primer presupuesto individualista del esquema iusnaturalista. Como situación más o menos hipotética o real, los individuos aparecen en él como titulares de derechos naturales, o derechos morales -básicamente, aún con variaciones según los autores, la vida, la seguridad, la libertad y la propiedad-, pero sin que gocen de una organización espontánea ni de un aparato específico destinado a protegerlos, es decir, sin una organización social ni política. Esta falta de sociedad y de Estado que caracteriza al estado de naturaleza pone de manifiesto el carácter asocial y en permanente conflicto, al menos potencial, que esta corriente atribuye a la condición humana cuando no existe un poder común"(84).

(82) TROPER, Michel, "La filosofía del derecho", Tecnos, Madrid, 2008, p. 37.

(83) BLOCH, Ernest, "Derecho natural y dignidad humana", Dykinson, Madrid, 2011, p. 346.

(84) RUIZ MIGUEL, Alfonso, "Una filosofía del derecho en modelos históricos de la antigüedad a los orígenes del constitucionalismo", Trotta, Madrid, 2002, p. 196.

Puede apreciarse que el estado de naturaleza, descrito por estos jusfilósofos, es exactamente el escenario jusliterario de la novela "*Robinson Crusoe*". En efecto, en esta obra literaria este personaje es un náufrago que se encuentra solo en una isla deshabitada, o sea se encuentra en estado de naturaleza porque en este lugar no hay Estado u organización jurídica; por lo cual tampoco hay leyes. De tal manera que es por eso, por encontrarse en estado de naturaleza, que este personaje, para su vida diaria; puede dictarse sus propias normas por la sola fuerza de su voluntad.

Como puede colegirse, es de este concepto abstracto consistente en el estado de naturaleza, el cual es el fundamento esencial del Jusnaturalismo; de donde se determina que la potestad normativa para celebrar actos jurídicos como los contratos, con efecto obligatorio, es un derecho natural. ALFONSO RUIZ MIGUEL así lo explica: "En el modelo jusnaturalista del racionalismo hay distintos elementos que confluyen en la defensa de una visión individualista de la sociedad y el Estado, desde la preeminencia de los derechos o intereses individuales sobre los colectivos, clave tanto en el estado de naturaleza como en la sociedad civil, hasta la propia referencia a la voluntad o consentimiento de las partes, crucial en la categoría del contrato"[(85)].

Fue entonces por eso que la publicación de la novela "*Robinson Crusoe*", en plena Edad Moderna, no fue una coincidencia o casualidad; porque resulta claro que lo que buscaba con ella su autor, DANIEL DEFOE, era difundir el Jusnaturalismo como fundamento de la gran revolución liberal, de esta época. Porque precisamente en esta época se consagró, para el Derecho, la autodeterminación y autosuficiencia del hombre.

El estado de naturaleza, pues, es el fundamento mediante el cual el Jusnaturalismo demuestra que la obligatoriedad del contrato emana de un elemento o condición natural del ser humano; el cual es el ejercicio de su voluntad. Fundamento que se consagró después, en la

(85) *Ibídem*, pp. 226 y 227.

antigua *Teoría General del Contrato*, como una teoría ("voluntarista") y como un principio (Autonomía de la Voluntad).

La aplicación, en la novela "*Robinson Crusoe*" del concepto o idea del "estado de naturaleza", con una finalidad de fundamentación jurídica, o sea para justificar un concepto jurídico; no fue novedosa en la Literatura. No debe pensarse que el autor de esta novela, DANIEL DEFOE, fue el primero que en la Literatura aplicó este concepto.

Por el contrario, esta idea (estado de naturaleza) ha estado presente en la Literatura y, por ende, en la humanidad; desde el inicio de la civilización. Así es, en orden cronológico figura primero en el mito del "paraíso terrenal" de la cultura caldeo-asiria (Relatos mesopotámicos del "*Enuma Elish*" y del poema épico de "*Gilgamesh*"); luego figura también en la recreación que, de este mito, hizo la cultura judía ("Génesis", *Antiguo Testamento*); y, por último, figura también en el relato de la "Edad de Oro" de la cultura griega ("*Los trabajos y los días*", HESIODO).

Si bien estos mitos inicialmente, en su época, fueron textos religiosos; actualmente está comprobado que son textos literarios. Y todos estos antecedentes literarios, de esta idea (estado de naturaleza), tuvieron una finalidad jurídica. Esta consistió en justificar o fundamentar el concepto jurídico de la autodeterminación del ser humano como derecho natural, dentro de la cual figura la capacidad de celebrar actos jurídicos con efectos obligatorios por su sola voluntad.

Se demuestra así aún más la intrínseca y fructífera relación que siempre ha existido entre el Derecho y la Literatura. Por ello, para la investigación jurídica interdisciplinaria, o no positivista; se debe siempre tener presente la válida conclusión que al respecto ha sentenciado, para la posteridad, uno de los más insignes cultores o exponentes del movimiento "*Derecho y Literatura*"; el cual es FRANÇOISE OST: "*Ex fabula oritur jus*" ("*Primero fue el relato después fue la ley*")[86].

[86] OST, "El reflejo del Derecho en la Literatura", cit., p. 30.

La consagración que tuvo en la doctrina jurídica el principio de Autonomía de la Voluntad, la sintetizó BERNARD SUPERVIELLE[87] así: "De acuerdo con la doctrina y la tradición clásicas, la obligación contractual recibe la sanción del Derecho como homenaje al respeto debido a la libre voluntad de quien quiere obligarse... Pienso, luego existo, dijo Descartes. Quiero, luego me obligo, dice Saleilles"[88].

Como se puede colegir, estas doctrinas y tradición, clásicas, a las que hace referencia este autor, son las correspondientes al Individualismo. Según esta concepción, en consecuencia, como la potestad normativa en que consiste la Autonomía de la Voluntad, es un derecho natural; el Estado no nos la puede quitar ni recortar, porque no nos la ha dado, sino simplemente debe reconocérnosla respetándola siempre íntegramente, por ser esta autonomía o potestad una condición propia de nuestra naturaleza humana. EDUARDO NOVOA MONREAL explica esta concepción afirmando que: "El individualismo entiende que el hombre posee por sí mismo ciertos derechos subjetivos, los que por ello se denominan derecho naturales, y que nace libre, con el derecho de desarrollarse en todos sus aspectos y de hacerse dueño del producto de su actividad"[89].

Luego de un largo tiempo de tener auge o aplicación plena en el Derecho Civil, se empezó a cuestionar o dejar de creer que la Autonomía de la Voluntad sea el auténtico principio general en que se sustenta la obligatoriedad del contrato. Tal cuestionamiento sobre este principio y la consiguiente falta de credibilidad, del mismo; lo que produjeron entonces fue una desestabilización o fisura del

---

(87) Fue un destacado comparatista francés miembro de la *ASSOCIATION HENRI CAPITANT DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE FRANCAISE*, de la cual también fue miembro MANUEL DE LA PUENTE Y LAVALLE y es miembro el autor de la presente obra; entre otros juristas peruanos.

(88) Citado por GORLA, "El contrato", cit., p. 96.

(89) NOVOA MONREAL, Eduardo, "El Derecho como obstáculo al cambio social", Siglo XXI, México DF, 2006, p. 123.

fundamento en que se sustenta, dicho principio; la cual es la "teoría voluntarista", a la que mediante la aplicación, de este principio, se le llegó a encumbrar como una verdad absoluta o irrefutable, esto es, como un dogma: El "dogma de la voluntad".

Finalmente, al cuestionamiento y la falta de credibilidad, de este fundamento o teoría; doctrinariamente se le llegó a identificar mediante el concepto de "la crisis del dogma de la voluntad".

Como se puede colegir, por ser la teoría voluntarista el fundamento del principio de Autonomía de la Voluntad, el cual determina el concepto subjetivo e individualista o liberal del contrato; "la crisis del dogma de la voluntad" concretamente es entonces la crisis de este concepto de contrato en particular. JUAN BENÍTEZ CAORSI corrobora ello destacando que: "Particular destaque merece la consideración referida a que en realidad hay una crisis de la concepción individualista y liberal del contrato"(90).

Es por eso que a "la crisis del dogma de la voluntad" doctrinariamente también se le llegó a identificar, ya no solo en función de esta teoría o fundamento; sino también en función del concepto subjetivo e individualista o liberal del contrato en particular. Esta identificación doctrinaria se ha dado mediante los calificativos de "la decadencia del contrato"(91) y la "muerte del contrato"(92). Estos calificativos de "crisis", "decadencia" o "muerte", del contrato subjetivo e individualista o liberal(93); principalmente se debió a dos razones o circunstancias.

La primera de ellas es la falta de seguridad jurídica respecto al cumplimiento contractual, cumplimiento que no es otro que el de la relación obligatoria correspondiente creada por el contrato.

(90) BENÍTEZ CAORSI, Juan, "Solidaridad contractual", Unijus-Reus, Zaragoza, 2013, p. 39.

(91) DE BUEN LOZANO, "La decadencia del contrato".

(92) GILMORE, Grant, "La morte del contratto", Giuffrè, Milan, 1999.

(93) Estos calificativos, de este concepto de contrato, se explican ampliamente en el ítem II.4.

FRANÇOISE OST describe así la falta de esta seguridad: "Si en lo sucesivo asociamos al contrato con la libertad y la confianza, todavía no logramos comprender cómo puede surgir de la voluntad que promete un vínculo que compromete. Mientras que el contrato no tenga más garantía que la decisión voluntaria del que la hace, ¿qué me asegura que este último no se desdiga?"(94).

Por su parte, VINCENZO ROPPO describe históricamente la falta de Seguridad Jurídica que produjo la "crisis del dogma de la voluntad"; apreciando que esta crisis la produjo en buena cuenta el sistema económico capitalista, porque es este sistema económico el que exige o impone que la contratación goce siempre de seguridad jurídica: "Hacia el fines del ochocientos el dogma de la voluntad entra en crisis y con esto la teoría subjetiva del contrato. Son decisivas, sobre todo, las exigencias de un mercado capitalista ya más maduro. En fase de capitalismo emergente, era esencial que los *animal spirits* de la iniciativa económica se desencadenaran en su trascendente subjetividad. En la fase del capitalismo más evolucionado y asentado, deviene importante la certeza de las relaciones jurídico-económicas: si el contrato puede ser incumplido por factores que pertenecen a la esfera síquica de las partes, cada parte en todo contrato corre el riesgo de que sus derechos contractuales sean eliminadas por factores impalpables, incontrolables, no conocibles, cada parte vive su contrato en la desagradable y desalentadora dimensión de la incertidumbre. Esto, probablemente, deprime su deseo de comprender. Pero una depresión de la iniciativa es intolerable para el desarrollo del capitalismo"(95).

La otra razón o circunstancia que produjo la "crisis del dogma de la voluntad", fue la falta de igualdad entre las partes de la contratación o mercado; que produjo la aplicación de este dogma en la misma. Tal falta de igualdad, o desigualdad, de dichas partes; como lógica conse-

(94) OST, Françoise, "El tiempo del derecho", Siglo XXI, México, D. F., 2005, p. 164.

(95) ROPPO, "El contrato", cit., p. 60.

cuencia terminó por exigir, inexorablemente, la protección por parte del Estado de la parte débil de la contratación o mercado. OLIVIER SORO RUSSELL así lo destaca: "El orden liberal económico vigente entrará en crisis, debido fundamentalmente a la quiebra de sus principios rectores, entre los cuales el más importante era sin duda el que presumía que para que la economía se desarrollase convenientemente, los operadores económicos debían interactuar desde un plano de igualdad en el momento de la contratación"[96].

La protección estatal de la parte débil de la contratación o mercado es actualmente necesaria, porque por haberse considerado jurídicamente, a la voluntad contractual, como un dogma, mediante el principio de Autonomía de la Voluntad; con ello se empezó a producir, como inmutable dañino resultado, que la parte fuerte económicamente cometa abusos en contra de la parte débil. Efectivamente, como lo destaca FRANCESCO MESSINEO, el contrato se prestó también para ser "instrumento de opresión económica"[97]; lo cual, pues, el Derecho, por razones de Justicia Social, no lo puede permitir.

Esta razón se estudia y analiza en el ítem correspondiente al principio de Autonomía Privada (Ver II. 3. 5.).

II.4.4. La vinculación del Principio de Autonomía de la Voluntad con la Economía de Libre Mercado y el Capitalismo. El Estado Liberal (abstencionista) y el principio de Inmutabilidad del Contrato como efectos de esta vinculación y como situaciones favorables a las empresas

Como se adelantó en el ítem anterior, el principio de Autonomía de la Voluntad está íntimamente vinculado con el régimen económico de la Economía de Libre Mercado; también conocido como Liberalismo

[96] SORO RUSSELL, "El principio de la autonomía de la voluntad privada en la contratación: génesis y contenido actual", cit., p. 29.

[97] MESSINEO, "Doctrina general del contrato", T. I, cit., p. 35.

Económico. Dado que es evidente que esta vinculación tiene connotaciones jurídicas y económicas, resulta necesario explicarla, entonces, tanto jurídicamente como económicamente.

Jurídicamente tal vinculación consiste concretamente en que la adopción legislativa del principio de Autonomía de la Voluntad implica necesariamente que, a su vez, se haya adoptado, también legislativamente, la Economía de Libre Mercado como régimen económico. Ello se debe a que se considera, bajo este principio, a la voluntad humana como un dogma para la celebración de los actos jurídicos y, por ende, para la contratación o mercado; tal como se ha explicado en el ítem anterior.

MASSIMO BIANCA precisa al respecto que mediante la Autonomía de la Voluntad: "El contrato llegó a ser reconocido como afirmación de la voluntad libre del individuo, y como tal era el medio jurídico por el cual se desenvolvía una economía liberal confiada exclusivamente a la iniciativa del particular"[98]. Asimismo, VINCENZO ROPPO también precisa que: "El dogma de la voluntad tiene un notable significado ideológico y político. Y tiene precisas consecuencias en el plano técnico, para la solución de importantes problemas de tratamiento en el contrato. El significado ideológico y político se encuentra en la conexión entre *voluntad y libertad*. Exaltar la voluntad del individuo significa *exaltar la voluntad individual*. Exaltar la voluntad individual es precondición cultural para la fundación del modelo socioeconómico que se afirma en gran parte de occidente a partir de los primeros años del ochocientos: el modelo de la sociedad burguesa y de la economía capitalista, contrapuestas a la sociedad y a la economía del *ancien régime*"[99].

En efecto, la vinculación que existe entre la Autonomía de la Voluntad y la Economía de Libre Mercado se identifica también con la vinculación que existe entre el Individualismo y el Capitalismo. Lo cual determina, a su vez, que haya una identificación entre este

[98] BIANCA, "Derecho Civil", T. 3, "El contrato", cit., p. 47.

[99] ROPPO, "El contrato", cit., p. 59.

régimen económico y el Individualismo. JACOB SALWYN SCHAPIRO da cuenta de ello al afirmar que: "Lo que se ha denominado 'liberalismo económico' o 'capitalismo' derivó sus principios de las obras de los economistas clásicos, escuela inglesa cuyas principales figuras fueron David Ricardo (1772-1823) y Thomas Robert Malthus (1766-1834). Se propusieron establecer una economía en la que el individuo tuviera libre campo de acción para desarrollar su energía y talentos por medio de la libertad de empresa y la libertad de contrato. Se inspiraron originalmente en Adam Smith, pero desarrollaron sus ideas en un sistema integrado que influyó profundamente en el pensamiento económico durante el siglo XIX"(100). Por su parte, ALBERT CALSAMIGLIA corrobora la identificación que existe entre el liberalismo económico y el Individualismo: "La economía de mercado se basa en un conjunto de supuestos y valores. El *individualismo* es el primer valor sustancial"(101).

Como se advierte, la vinculación que existe entre el principio de Autonomía de la Voluntad y el régimen de Economía de Libre Mercado; resultó del hecho de que, como se ha precisado en el ítem anterior, el Individualismo fue la corriente filosófica política que, partiendo del Jusnaturalismo, motivó la consagración de dicho principio para la contratación o mercado. Lo cual económicamente hizo consagrar, después, a dicho régimen económico; y, con ello, al régimen capitalista.

Económicamente, entonces, la vinculación que existe entre este principio y dicho régimen económico; consiste concretamente en identificar, a la autonomía negocial o potestad normativa, como una de las racionalidades que tiene el ser humano. El célebre economista JAMES BUCHANAN, Premio Nobel de Economía 1986, es quien explica esta identificación; y lo hace de una manera muy didáctica mediante

(100) SALWYN SCHAPIRO, Jacob, "Liberalismo", Paidós, Buenos Aires, 1965, p. 45.

(101) CALSAMIGLIA, Albert, "Justicia, Eficiencia y Optimización de la Legislación", en *Racionalidad y Eficiencia del Derecho*, Distribuciones Fontamara, México D. F., 2003, p. 37.

la interdisciplinariedad economía y literatura[102]: "El hombre adopta normas. El creador de normas impone límites sobre sí mismo de manera explícita y deliberada para poder canalizar su propio comportamiento hacia normas seleccionadas de manera racional. (…) Es racional adoptar normas que 'gobernarán' de manera efectiva el comportamiento individual, y en este sentido decimos que Crusoe es 'gobernado', incluso antes de la llegada de Viernes"[103].

Es por eso que como todo mercado es contratación[104], a la Economía de Libre Mercado se le puede identificar también como Economía de Libre Contratación. Ello fue acertadamente identificado por GEORGES RIPERT, cuando al respecto precisó que: "El liberalismo se afirmaba a través de la libre conclusión de los contratos"[105].

De tal manera que bajo el principio de Autonomía de la Voluntad la contratación se rige única y exclusivamente por la voluntad de los

---

(102) Siguiendo el buen ejemplo del movimiento "*Derecho y Literatura*", en la Economía también se está utilizando a la Literatura como un provechoso complemento para su aprendizaje; como se aprecia en esta cita, en la que un economista utiliza, con fines ilustrativos, a personajes literarios; para explicar conceptos económicos. Si bien el estudio interdisciplinario "Economía y Literatura" aún no es un movimiento o corriente de pensamiento, en la ciencia económica; ya se están dando las primeras manifestaciones para ello. Además de James BUCHANAN, otros célebres economistas, que también utilizan Literatura, en sus obras de doctrina económica; son Amartya SEN ("La idea de la justicia", Taurus, México D.F., 2011) y Giorgio RUFFOLO ("El capitalismo tiene los siglos contados", RBA, Barcelona, 2013). Para conocer a otros economistas, que hacen lo mismo; véase: *Economía y Literatura*, Luis PERDICES DE BLAS y Manuel SANTOS REDONDO (Compiladores), Ecobook-Instituto de España-Comunidad de Madrid, Madrid, 2007. En el Perú solo dos economistas siguen este moderno estudio interdisciplinario, los cuales son Rodolfo ARELLANO (Ver cita 217); y Luis CARRANZA ("Faetón", "David y Goliat", diario "El Comercio", Lima, 2-2-16/5-7-16).

(103) BUCHANAN, James, "Los límites de la libertad. Entre la anarquía y el Leviatán", Liberty Fund-Katz, Madrid, 2013, pp. 141-142.

(104) Para un estudio de la identificación entre contratación y mercado, véase: "La contratación del mercado de valores", Miguel TORRES MÉNDEZ, Grijley, Lima, 2012.

(105) RIPERT, Georges, "Aspectos jurídicos del capitalismo moderno", Comares, Granada, 2001, p. 31.

contratantes, lo cual, en términos económicos, significa la imposibilidad del intervencionismo estatal en la contratación o mercado.

Así es, bajo este principio el Estado no puede intervenir en la contratación o mercado. Esto es, no puede controlar el mercado, o la contratación, imponiendo limitaciones y supresiones de la autonomía negocial; bajo ninguna circunstancia o justificación, lo cual significa que son los agentes del mercado los que únicamente dirigen al mismo. Y económicamente ello consiste, por tanto, en la adopción del régimen de Economía de Libre Mercado o Liberalismo Económico. JESÚS ALFARO AGUILAR REAL lo explica así: "En una economía de mercado el contrato ocupa una posición central como instrumento para la realización de los intercambios de bienes y servicios cuando la realización de los mismos se deja a los particulares y a su libre actuación"(106). CHRISTIAN LARROUMET, por su parte, explica respecto a esta vinculación, entre el principio de Autonomía de la Voluntad y el Liberalismo Económico, que: "Si bien no siempre ha sido inherente al contrato, el principio de autonomía de la voluntad descansa esencialmente en dos postulados: el liberalismo económico y un entorno filosófico individualista y voluntarista. Más exactamente, el principio de autonomía de la voluntad es el punto de confluencia jurídica de estos dos elementos, económico y filosófico"(107).

Por ello, por la vinculación que existe entre este principio jurídico y este régimen económico, este principio (Autonomía de la Voluntad) se aplica, en la contratación o mercado; mediante las reglas de origen fisiocrático, del "*laissez faire, laissez passer, laissez contracter*" ("*dejar hacer, dejar pasar, dejar contratar*"), las cuales son las reglas que identifican a dicho régimen económico; tal como lo precisa LUDWIG VON MISES(108).

(106) ALFARO AGUILA-REAL, Jesús, "Las condiciones generales de la contratación", Civitas, Madrid, 1991, p. 60.

(107) LARROUMET, "Teoría general del contrato", cit., p. 85.

(108) VON MISES, Ludwig, "Planificación para la libertad y otros ensayos", Unión Editorial, Madrid, 2012, p. 70.

Puede colegirse que estas reglas económicas, que sintetizan el régimen de la Economía de Libre Mercado, o Liberalismo Económico; indican la imposibilidad o prohibición del intervencionismo estatal en la contratación o mercado. Y como se explicó en el ítem anterior, este es el efecto jurídico que propiamente produce el principio de Autonomía de la Voluntad.

Por tal razón, a nivel estatal la consecuencia de la vinculación que existe, entre el principio de Autonomía de la Voluntad y el régimen económico de Economía de Libre Mercado; consiste concretamente en la adopción legislativa de un Estado Liberal o abstencionista. CHRISTIAN LARROUMET explica esta situación así: "El principio de autonomía de la voluntad, filosofía que encaja muy bien en el liberalismo económico del siglo XIX. En efecto, la autoridad política no se inmiscuye en los intercambios económicos que son producto de las voluntades individuales; en un sistema de esta índole, el contrato, puesto que descansa en la voluntad única de las partes, es el instrumento por excelencia de los intercambios económicos (...). Como principio, la ley no debe inmiscuirse en el contrato"[(109)].

La imposibilidad del intervencionismo estatal en la contratación o mercado, bajo el principio de Autonomía de la Voluntad, resulta, por tanto; del hecho de que este principio es la aplicación, en el Derecho, del régimen económico de Economía de Libre Mercado o Liberalismo Económico. Y puede advertirse que la aplicación jurídica, de este régimen económico, consiste no en otra cosa que en la imposición del Individualismo en la *Teoría General del Contrato* o Derecho Contractual. Ello porque el derecho de contratar forma parte de los derechos individuales de las personas, respecto de los cuales el Estado no los puede limitar.

En conclusión, un inexorable efecto jurídico que produce la adopción del principio de Autonomía de la Voluntad, al ser la aplicación

(109) LARROUMET, "Teoría general del contrato", cit., p. 86.

jurídica del régimen económico de Economía de Libre Mercado; es la adopción legislativa de un Estado Liberal o abstencionista.

Como se ha precisado en el ítem anterior, mediante el principio de Autonomía de la Voluntad se llega a la conclusión extrema de considerar que la voluntad humana es un dogma que, como tal, el Estado no la puede vulnerar. Lo cual coincide totalmente, pues, con el régimen económico de Economía de Libre Mercado; el cual requiere, como Estado, un Estado Liberal o abstencionista. Por eso es que a esta clase de Estado, en la Economía, se le conoce también con los nombres de "Estado policía" o "vigilante nocturno"(110); porque su función únicamente es resguardar el orden público. PARTHA DASGUPTA explica esta posición extrema, respecto al concepto de Estado, afirmando que: "En otro extremo encontramos una defensa basada en la primacía de derechos individuales del tipo que justifica al Estado como vigilante nocturno, o un Estado cuyas actividades se limitan a la provisión de unos pocos servicios tales como el de hacer cumplir los contratos y proteger a personas y grupos contra la fuerza, el robo y el fraude"(111).

JUAN ANTONIO CRUZ PARCERO explica, esta clase de Estado (Liberal o abstencionista), de la siguiente manera: "Para el liberalismo los individuos son libres por naturaleza y poseen derechos, por lo cual solo a través de su consentimiento con otros individuos pueden restringir su libertad y sus derechos. El Estado tiene como función

(110) Sobre estos calificativos de Estado, así como sobre el concepto del cual derivan los mismos; se da cuenta en el tercer capítulo, en el subítem *Estudio económico. La utopía o fantasía de una contratación ideal, como óptimo paretiano, para justificar la prohibición del intervencionismo estatal en la contratación. La Economía Social de Mercado como el adecuado concepto de justicia económica para la contratación o mercado. El rechazo de la mitología neoliberal económica conformada por el Idola Fori o falso ídolo del mercado y de su mitología homóloga contractual conformada por el dogma de la voluntad y la inmutabilidad del contrato. La necesidad económica de un Estado Social en vez de un Estado Liberal o mínimo.*

(111) DASGUPTA, Partha, "Libertad positiva, mercados y estado de bienestar", Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, p. 16.

asegurar la paz y la seguridad, y proteger la libertad y los derechos de los individuos"[112]. Asimismo, el Estado Liberal puede apreciársele con nitidez también, en lo que proclamó sobre el mismo HERBERT SPENCER, defensor acérrimo del Liberalismo: "La función del liberalismo en el pasado consistía en limitar el poder de los reyes. La función del verdadero liberalismo en el futuro será limitar el poder de los parlamentos"[113]. O también en lo que precisa MAURO BARBERIS, sobre este Estado, en cuanto a que: "El liberalismo es la doctrina política que, más allá de privilegiar la libertad sobre otros valores, la concibe como conjunto de derechos individuales oponibles no solo a otros individuos, sino también a las leyes del Estado"[114]. Por eso es que EDUARDO NOVOA MONREAL advierte que el Estado Liberal o abstencionista resulta ser entonces: "El imperio pleno de la más irrestricta libertad de acción en el campo del contrato y del comercio"[115].

Asimismo, otro inexorable efecto jurídico que produce la adopción del principio de Autonomía de la Voluntad, como aplicación en el Derecho, del régimen económico de Economía de Libre Mercado; es la no modificación del contrato. Ello resulta de la imposibilidad o prohibición del intervencionismo estatal, en la contratación o mercado, que impone el principio de Autonomía de la Voluntad; como aplicación jurídica de este régimen económico. Así es, si el Estado no puede intervenir en la contratación o mercado, ello significa que el contrato no puede entonces nunca ser modificado por las leyes; sino solo por las partes del mismo.

Se determina así entonces la Inmutabilidad o Intangibilidad del contrato como un posible principio general de la contratación

---

(112) CRUZ PARCERO, Juan Antonio, "El lenguaje de los derechos. Ensayo para una teoría estructural de los derechos", Trotta, Madrid, 2007, p. 155.

(113) SPENCER, Herbert, "El hombre contra el Estado", Unión Editorial/InnIsfree, Madrid, 2008, p. 224.

(114) BARBERIS, Mauro, "Ética para juristas", Trotta, Madrid, 2008, p. 95.

(115) NOVOA MONREAL, "El Derecho como obstáculo al cambio social", cit., 169.

que, como se puede colegir, solo será principio cuando sea efecto o consecuencia de la adopción legislativa de otro principio, el cual es la Autonomía de la Voluntad, vinculado o identificado, económicamente, con la Economía de Libre Mercado. ALFONSO DE COSSÍO explica ampliamente este otro posible principio: "Así tenemos como entes perfectamente distintos el sistema de normas creado por el contrato y las relaciones obligatorias que en virtud del mismo se constituyen. Tanto aquellas normas como estas relaciones tienen su fundamento en el consentimiento prestado, lo que hace que ni aquéllas ni éstas puedan ser modificadas si no es en virtud de un nuevo acuerdo contractual, de donde deriva el principio de la inalterabilidad del estatuto contractual establecido"(116). Por su parte, GUSTAVO VALLESPINOS sintetiza este principio de la siguiente manera: "En los albores del liberalismo, ni la ley ni los jueces podían intervenir en las relaciones jurídicas de los particulares. Aún resuena la categórica afirmación de que hay en nuestro Derecho un principio constante: una ley no puede agregar ni suprimir nada a un contrato concluido"(117).

Igualmente, el principio de Autonomía de la Voluntad, como siempre ha resultado evidente, se identifica finalmente con la ideología política del Capitalismo. Ello porque precisamente esta vinculación resulta, a su vez, de la vinculación que tiene, este principio, con el Liberalismo Económico. GEORGES RIPERT así dio cuenta de ello: "El capitalismo se llamó porque había nacido bajo el signo de la libertad y porque creía útil para él vivir en su seno (...) El capitalismo puede decir que no pide nada, que solamente necesita libertad y puede repetir: dejad hacer"(118).

Por último, debe resaltarse que el Estado Liberal o abstencionista y el principio de Inmutabilidad del Contrato, además de ser

(116) DE COSSÍO, "Instituciones de derecho civil", T. I, Alianza Editorial, Madrid, 1975, p. 276.

(117) VALLESPINOS, Gustavo, "El contrato por adhesión a condiciones generales", Editorial Universidad, Buenos Aires, 1984, p. 208.

(118) RIPERT, "Aspectos jurídicos del capitalismo moderno", cit., pp. 7-9.

efectos o consecuencias, de la vinculación del principio de Autonomía de la Voluntad, con el régimen de Economía de Libre Mercado, y la ideología política del Capitalismo; son también situaciones que son favorables a las empresas.

Así es, ello resulta del hecho de que tanto las inversiones como las posteriores ganancias que, como consecuencias de aquellas, obtienen las empresas, en el mercado o contratación; no van a poder ser modificadas por el Estado al estar prohibida, en el mismo, su intervención. De tal manera que mediante la Inmutabilidad del Contrato, lo cual se consigue imponiendo constitucionalmente un Estado Liberal o abstencionista, las empresas siempre van a gozar de una seguridad jurídica total y absoluta para sus inversiones y ganancias; lo cual, pues, es lo que siempre les va a resultar favorable.

No resulta así en cambio para los consumidores, de cuyos consumos obtienen sus ganancias las empresas. Porque si la contratación mediante la que realizan estos consumos tienen contenidos desiguales y, por ende, perjudiciales e injustos; no van a poder conseguir que el Estado intervenga para que proteja sus derechos e intereses.

II.4.5. El principio de Autonomía privada. El concepto objetivo o social del contrato. La Socialización del contrato o la función social del contrato

Posteriormente a la consagración del principio de Autonomía de la Voluntad surgió, como reacción a este principio, otra idea o concepto para entender la autonomía negocial o potestad normativa que tienen las personas para regular sus intereses privados y, por ende, para determinar la fuente de obligatoriedad de los actos jurídicos; entre ellos el contrato. Tal idea o concepto es considerar que lo que sustenta o justifica esta obligatoriedad no es la voluntad, sino la ley.

Esta otra distinta manera de asumir o concebir la autonomía negocial o potestad normativa, que tienen los seres humanos, así como la obligatoriedad de los actos jurídicos, que deriva de ella; se le conoce

con el nombre de "teoría normativista". Tiene este nombre porque mediante ella se considera que es la norma o la ley, y no la voluntad humana; la que otorga esta obligatoriedad. Por ello, como teoría justifica o fundamenta el otro principio autonómico que existe; el cual es el de Autonomía Privada. Su origen históricamente se dio en el siglo XIX en Alemania, concretamente con el Derecho de Pandectas. ALFONSO DE COSSÍO reseña al respecto que: "Ya la Pandectística alemana partía, generalmente, de la afirmación de que la autonomía privada, es decir, la facultad atribuida a la voluntad del hombre para crear normas jurídicas, implicaba una autorización conferida a las partes dentro de determinados límites por el propio legislador: los negocios jurídicos vincularían exclusivamente en cuanto existe un artículo en el código civil que les concede fuerza de ley entre las partes contratantes"(119).

La teoría normativista empezó a difundirse luego con el Historicismo, o Escuela Histórica del Derecho; pues a partir de esta corriente de pensamiento jurídico se replantearon los fundamentos teóricos del Individualismo y, con ello, por tanto, se cuestionó la teoría voluntarista que es parte de esta ideología o corriente filosófica. Como destaca EDUARDO ZANNONI, con dicha nueva tendencia, o corriente de pensamiento, se cuestionaron "las concepciones del derecho como expresión del puro querer y poder individual no limitado o condicionado, a las que se oponen la necesaria dependencia del poder individual a un orden normativo que constituye su medida"(120).

Fue así como la manera clásica de entender la autonomía negocial o potestad normativa, como una autonomía de la voluntad, sustentada como un principio general, en la "teoría voluntarista"; se vio confrontada por la "teoría normativista", que considera que tal autonomía o potestad no proviene de la voluntad humana, sino de la ley. Por tal razón, a esta autonomía o potestad, como principio general, se le

(119) DE COSSIO, Alfonso, "Instituciones de Derecho Civil", T. 1, cit., p. 166.

(120) ZANNONI, Eduardo, "Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos", cit. p. 26.

debe identificar con un nombre en el que no se aluda a la voluntad; el cual, pues, resultó siendo el de Autonomía Privada. MANFRED WOLF precisa que lo principal de esta teoría consiste en que la ley no solo garantiza la autodeterminación mediante la contratación, sino que también es ella la que otorga obligatoriedad a la misma(121).

LUIGI FERRI es el que describe bien la teoría normativista: "Se ha abierto el camino a la idea de que solo la voluntad del Estado es fuente de derechos subjetivos; que los efectos jurídicos se producen por obra del ordenamiento jurídico, entendido en el estricto conjunto de normas, creadas por el Estado. Al negocio se atribuye la sola función de dar existencia al supuesto de hecho al que la norma estatal liga el efecto jurídico o –como han dicho los alemanes con expresión imaginativa– la exclusiva función de liberar o desatar los efectos jurídicos ya fijados por la ley"(122). GUSTAV RADBRUCH fue uno de los juristas alemanes(123) que dio esa expresión: "La voluntad en el contrato, es desde luego, una voluntad de ligarse u obligarse, pero no ya por si obligación. La voluntad jamás puede producir una obligatoriedad, no solo la voluntad ajena, sino aun la propia; todo lo más que puede es querer ocasionar la situación de hecho a la que una norma, que está por encima de ella, une la obligatoriedad. No es, por consiguiente, el contrato el que obliga, sino es la ley la que obliga en el contrato"(124).

Como se puede colegir, al ser la teoría normativista opuesta o antagónica, de la teoría voluntarista; ello es lo que da lugar a que el principio de Autonomía Privada sea opuesto o antagónico del principio de Autonomía de la Voluntad.

---

(121) WOLF, Manfred, "Die Privatautonomie", en *Grundlagen des Vertrags-und Schuldrechts*, AA.VV., T.I, pp. 20 y ss.

(122) FERRI, "La autonomía privada", cit., p. 18.

(123) Giuseppe STOLFI da cuenta que el primero que hizo esta declaración fue en realidad el jurista francés Charles TOULLIER ("Teoría del negocio jurídico", Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, p. XXIV).

(124) RADBRUCH, Gustav, "Filosofía del derecho", Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1944, p. 190.

Este antagonismo resulta, a su vez, como también puede colegirse, del hecho de que el principio de Autonomía Privada se sustenta en la corriente jusfilosófica del Positivismo; la cual es opuesta o antagónica del Jusnaturalismo, que es la corriente jusfilosófica en que se sustenta el principio de Autonomía de la Voluntad. Tal positivismo concretamente es de carácter estatista, como lo refiere CHRISTIAN LARROUMET: "Desde la segunda mitad del siglo XIX, muchos autores pusieron en duda el principio de autonomía de la voluntad. El positivismo estatista, que ejerció poderosa influencia sobre gran parte de la doctrina se inclinaba hacia la decadencia del principio, en la medida en que la identificación del derecho con el Estado tenía como consecuencia dar a la ley y al reglamento el privilegio de ser fuente de todos los derechos subjetivos y de reducir la voluntad individual, es decir, del contrato, al desencadenamiento de una situación jurídica cuyo contenido no debía depender de las voluntades de los sujetos de derecho"(125).

Así, el principio de Autonomía Privada explica que la fuente u origen de la obligatoriedad del contrato, conforme al Positivismo, es solo la ley; tal como lo hace HANS KELSEN, máximo exponente de esta corriente jusfilosófica: "La convención es obligatoria en la medida que el orden jurídico la considera como un estado de hecho creador de derecho; o, en otros términos, en la medida que una norma de un grado superior (la ley o la costumbre) autoriza a los sujetos a crear (por delegación) una norma de un grado inferior. Esta es la aplicación de la regla *pacta sunt servanda* en la cual la validez se remonta finalmente a la norma fundamental del orden jurídico"(126).

En tal virtud, el principio de Autonomía Privada, bajo la teoría normativista, determina el concepto objetivo de contrato al considerar que la autonomía negocial o potestad normativa no proviene de la voluntad humana, que es algo subjetivo; sino de la ley, que es algo

(125) LARROUMET, "Teoría general del contrato", V. I, cit., pp. 88 y 89.

(126) Citado por Jacques GHESTIN, "Le contrat: Formation", L.G.D.J., París, 1988, p. 169.

objetivo. MICHEL VILLEY sintetiza este concepto así: "La voluntad de las partes se verá sustituida más o menos por la ley objetiva, como causa generadora del contrato, pieza integrante de su concepto"(127). Prácticamente todas las codificaciones civiles que se han promulgado, a partir del siglo XX, adoptan esta teoría.

El antagonismo conceptual que existe entre los principios autonómicos es lo que demuestra, por tanto, que el principio de Autonomía Privada fue elaborado para rechazar el Individualismo o Liberalismo en la contratación o mercado; porque esta fue la corriente ideológica en la que se inspiró el principio de Autonomía de la Voluntad, para sustentar el concepto subjetivo e individualista o liberal del contrato. Fue de esta manera como la Autonomía Privada fue incorporada en el Derecho, como el principio jurídico que es la reacción o rechazo al principio de Autonomía de la Voluntad.

Como se puede colegir, la superación y sustitución que se dio en el Derecho, del principio de Autonomía de la Voluntad, por el principio de Autonomía Privada; tuvo que darse como consecuencia lógica por la pérdida del valor supremo que tenía la voluntad, para la contratación o mercado, mediante el primero de estos principios.

La pérdida del valor sacrosanto de la voluntad empezó a producirse entonces no de otra manera que mediante la inexorable, por muy necesaria, intervención del Estado en la contratación o mercado; para que aquel pudiera combatir la desigualdad económica de las partes de dicha contratación, realizando protección jurídica del consumidor, la cual es la parte débil o que sufre esta desigualdad en la misma. De tal manera que con este intervencionismo estatal, en la contratación o mercado, el cual empezó a ser ingente; empezó a perder certeza o seguridad el carácter sacrosanto que tenía la voluntad para la contratación o mercado. Esto es, se empezó a dudar y cuestionar si se

(127) VILLEY, Michel, "En torno al contrato, la propiedad y la obligación", Ghersi Editor, Buenos Aries, 1980, p. 23.

mantenía vigente, o todavía era real, la fuerza o autosuficiencia de la voluntad como productora de la obligatoriedad del contrato; dado que ya no producía la inmutabilidad del mismo, por las modificaciones a los contenidos contractuales que produce el intervencionismo estatal en la contratación o mercado. OLIVIER SORO RUSSELL describe esta situación así: "Con la llegada de la revolución industrial y el auge del liberalismo económico, la iniciativa privada disfrutó de su época dorada, pues la libertad humana en la contratación no se vería limitada más que por las leyes de la oferta y la demanda. Sin embargo, este hecho provocó una gran desigualdad social frente a la que el Estado no podía quedarse de brazos cruzados"(128).

Como ya se ha precisado (Ver II.3.3.), a la falta de certeza que se produjo, respecto del otrora valor supremo o carácter sacrosanto de la voluntad, o sea de la voluntad como dogma para la contratación o mercado; se le identificó doctrinariamente como "la crisis del dogma de la voluntad".

Puede colegirse que a "la crisis del dogma de la voluntad" se le puede entender mejor como "la decadencia del concepto subjetivo e individualista o liberal del contrato". Así es, como se ha demostrado en el ítem anterior, socioeconómicamente fue declinando la importancia o valor jurídico del aspecto meramente voluntarista o subjetivo de la contratación o mercado; lo cual finalmente devino en la desaparición del carácter individualista de la misma. MASSIMO BIANCA describe esta situación así: "Un aserto corriente desde hace tiempo denuncia la decadencia del contrato. Esta afirmación se explica seguidamente como la declinación de la voluntad contractual, y se presta para indicar principalmente tres fenómenos distintos. El primero es el de la restricción del papel del acuerdo frente a la reglamentación imperativa del contrato (publicitación del contrato)"(129).

(128) SORO RUSSELL, "El principio de la autonomía de la voluntad privada en la contratación: génesis y contenido actual", cit., p. 25.

(129) BIANCA, "Derecho Civil", T. 3, "El contrato", cit., p. 55.

En efecto, como se está precisando en este ítem, en la contratación o mercado empezó a producirse una reglamentación imperativa de la misma por parte del Estado. Tal reglamentación, pues, fue consecuencia del intervencionismo estatal en la contratación o mercado; todo lo cual se le conoce como Dirigismo Contractual. Doctrinariamente se considera que esta situación obedece a dos razones o factores sociales, los cuales son el Estado providencia y el proteccionismo social"[130].

Pero en realidad, como también se está precisando en este ítem, es solo una la razón o el factor social por el cual se produce el intervencionismo estatal en la contratación o mercado; también conocido como Dirigismo Contractual. Tal razón es el proteccionismo social, el cual concretamente es protección del consumidor; porque este proteccionismo es el fin o la finalidad de dicho dirigismo, mientras que el Estado providencia, mejor identificado como Estado Social[131]; es el medio mediante el cual se puede conseguir este fin. HÉCTOR LAFAILLE explica esta situación destacando que: "Intervención del Estado: El poder público, en su calidad de representantes de los intereses colectivos, asumió esta función, en vista primeramente del individualismo reinante, que había menospreciado con exceso el factor social. (…) Así, la corriente del egoísmo, que tanto se combatió y que por nuestra parte censuramos de un modo constante, ha venido a ser reemplazada por la diametralmente contraria, que se manifiesta de múltiples maneras, dentro y fuera del contrato[132].

Así es, en la contratación o mercado es necesario satisfacer las necesidades sociales de corrección de injusticia contractual; porque esta es la realidad socioeconómica subyacente, correspondiente a la misma. Tal realidad está dominada marcadamente por la desigualdad económica de las partes contratantes; porque en esta realidad se comprueba, empíricamente, que si bien siempre hay paridad jurídica entre

---

(130) LARROUMET, "Teoría general del contrato", V. I, cit., p. 90.

(131) El concepto de "Estado Social" se explica en el subítem II.3.7.

(132) LAFAILLE, Héctor, "Derecho Civil-Contratos", T. I, La Ley-Ediar, Buenos Aires, 2009, pp. 25-26.

ellas, nunca hay paridad económica entre las mismas. Y esta desigualdad económica se debe a que la parte contratante, que tiene bastantes recursos económicos; es siempre la parte fuerte, mientras que la que carece, de los mismos, es siempre la parte débil.

Esta realidad socioeconómica subyacente, de desigualdad económica que produce injusticia contractual, correspondiente a la contratación o mercado; la describen bien NOEMÍ NICOLAU, CARLOS HERNÁNDEZ y SANDRA FRUSTAGLI: "Si bien desde un punto de vista normológico la autonomía de la voluntad debe ser plena y, por tanto, obligar a lo pactado, desde la realidad social se reconoce hoy que, quienes acuerdan, no siempre tienen voluntad autónoma, de modo que con frecuencia, en la negociación contractual se evidencian desigualdades económicas que dan origen a una subordinación que limita la autonomía. Para paliar esta situación aparece la intervención del Estado en el contrato, que va determinando un lento proceso de publicización, fenómeno también conocido con la expresión de Josserand, 'dirigismo contractual'. El Estado interviene, en ocasiones, dictando leyes, en otros supuestos mediante una intervención administrativa antes de la celebración del contrato, y, en otros, después de celebrado con la intervención judicial"(133). Así es, como ha sintetizado bien esta realidad socioeconómica GÉRARD CORNU: "La libertad contractual y la fuerza obligatoria del contrato deben tener en cuenta las *aspiraciones de la justicia contractual*"(134).

Solo cabe hacer una precisión a esta excelente descripción que hacen los primeros de estos autores, de la realidad socioeconómica subyacente de la contratación o mercado. El intervencionismo estatal

(133) NICOLAU, Noemí; HERNÁNDEZ, Carlos; FRUSTAGLI, Sandra; "Comentarios al libro 'Derecho Civil-Contratos de Héctor LAFAILLE'", T.I, La Ley-Ediar, Buenos Aires, 2009, p. 38.

(134) CORNU, Gérard, "Introducción" del libro "Del contrato, de las obligaciones y de la prescripción. Anteproyecto de reforma del Código Civil francés. Libro III, títulos III y XX", Universidad Externado de Colombia, Lima, 2006, p. 34.

en la contratación o mercado que se realiza después de celebrado el contrato no solo se produce mediante la intervención judicial. También se produce, este intervencionismo estatal *post* y no *ante* celebración del contrato; mediante leyes que modifican los contenidos contractuales. Precisamente, esta clase de intervencionismo estatal es el que más se realiza en la contratación o mercado peruano; razón por la cual se dedica todo un capítulo para su estudio o análisis en la presente obra doctrinaria. (Ver Capítulo IV).

Por su parte, el derecho positivo, o legislación, empezó a asimilar esta realidad socioeconómica. Una clara muestra de ello es lo proclamado en la Exposición de Motivos del Código Civil mexicano de 1928: "La necesidad de cuidar de la mejor distribución de la riqueza, la protección que merecen los débiles y los ignorantes en sus relaciones con los fuertes y los ilustrados; la desenfrenada competencia originada por la introducción del maquinismo y el gigantesco desarrollo de la gran industria; han hecho necesario que el Estado intervenga para regular las relaciones jurídicas económicas, relegando a segundo término al no hace mucho triunfante principio de que 'la voluntad de las partes es la suprema ley de los contratos".

En la contratación o mercado, pues, siempre la parte fuerte, de la relación contractual; es la que tiene poder económico, mientras que la parte débil, de la misma, es la que no tiene este poder. Por ello, resulta claro advertir que este poder, económico, lo ostentan, en el mercado o contratación, las empresas. JUAN RAMÓN CAPELLA lo corrobora precisando acertadamente, además, que este poder no solo consiste en dinero; sino también en las relaciones que este recurso económico produce: "El poder económico se expresa en dinero, pero no consiste sólo en dinero, sino substancialmente en la relación entre personas que se establece respecto del conjunto de actividades o bienes que se pueden activar para el incremento del propio poder económico empresarial"[135].

[135] CAPELLA, "Fruta prohibida. Una aproximación histórico-teorética al estudio del derecho y del estado", cit., p. 29.

El poder económico empresarial que existe en los mercados y que determina la desigualdad económica que hay, entre empresas y consumidores; produce como lógica consecuencia que los mercados consistan, mayoritariamente, en una contratación también desigual o desequilibrada, entre estos agentes económicos. La cual, pues, siempre será una contratación injusta. CRAWFORD BROUGH MACPHERSON describe con precisión esta contratación injusta: "Cuando los capitales corporativos llegan a ser tan grandes que pueden controlar los mercados en lugar de ser controlados por ellos, ya no se puede decir que el mercado trata a los compradores y los vendedores de igual manera, ni que todo intercambio es por definición un intercambio justo"(136).

Fue así como, por esta injusticia contractual, como realidad socioeconómica producida por la desigualdad económica, de las partes contratantes; se empezó a exigir que, jurídicamente, en la contratación o mercado, sea necesaria la corrección de esta injusticia por parte del Estado. Esto es, fue así como empezó a exigirse el Dirigismo Contractual; el cual lo concreta o materializa el Estado Social mediante el intervencionismo estatal en la contratación o mercado. CHRISTIAN LARROUMET lo explica ampliamente: "Según la doctrina del Estado providencia, corresponde a la autoridad estatal atender el bienestar de los miembros del cuerpo social y la satisfacción de sus necesidades, especialmente en el orden económico. Las voluntades de los sujetos de derecho no están en condiciones de satisfacer esas necesidades, no solo porque ellas no pueden conseguir ese fin sino de un modo anárquico, sino porque es el más fuerte, social y económicamente, el que impone su voluntad al más débil. En estas circunstancias, la doctrina del Estado providencia, que confía al Estado el cuidado de redistribuir las riquezas, alcanza al proteccionismo social, en virtud

(136) MACPHERSON, Crawford Brough, "Ascenso y caída de la Justicia Económica", en *Ascenso y caída de la Justicia Económica y otros ensayos. El papel del estado, las clases y la propiedad en la democracia del siglo XX*, Manantial, Buenos Aires, 1991, p. 27.

del cual la libertad contractual es solo un señuelo, debido a la desigualdad socioeconómica fundamental de los sujetos de derecho"[137].

Y la solución jurídica para que el Dirigismo Contractual fuera posible, fue tener que cambiar, pues, el principio jurídico en que se sustenta la contratación. Fue de esta manera como se produjo el cambio principista de Autonomía de la Voluntad, por Autonomía Privada; con lo cual el contrato cambió su concepto de subjetivo e individualista o liberal, a objetivo y social. Así lo reseña MARÍA DEL CARMEN GETE-ALONSO Y CALERA: "La evolución posterior de la sociedad, en verdad el transcurso del tiempo junto a las innovaciones técnicas de los medios de comunicación y a las necesidades de las personas (Estado social), ha puesto de manifiesto, junto a la variación del juego de las posiciones contractuales y a la 'desaparición' de la situación de igualdad, que también los intereses en los que se cobijaron los tipos contractuales codificados, se han alterado y han perdido la nota de individualidad que les caracterizaba"[138].

Efectivamente, el concepto subjetivo e individualista o liberal del contrato en la actualidad ya ha sido superado por el concepto objetivo y social del mismo; con la finalidad de que jurídicamente se permita el intervencionismo estatal en la contratación, para corregir los efectos desiguales e injustos que produce, en la misma, la desigualdad económica de las partes contratantes. CHRISTOPHE JAMIN así lo destaca precisando que la realidad de desigualdad contractual fue solucionada por una doctrina más social, con la finalidad de encontrar una armonía de libertades que restablezca una cierta justicia conmutativa[139].

---

(137) LARROUMET, "Teoría general del contrato", V. I, cit., p. 90.

(138) GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen, "Estudios sobre el contrato", Atelier, Madrid, 2008, p. 131.

(139) JAMIN, Christophe, "Quelle nouvelle crise du contrat?", en *La nouvelle crise du contrat*, dirigida por Christophe JAMIN y Denis MAZEUD, Dalloz, Paris, 2003, p. 22.

GUSTAV RADBRUCH explica ampliamente esta superación conceptual del contrato, de subjetivo e individualista o liberal, a objetivo y social; de la siguiente manera: "La concepción jurídica individualista, sostiene, por una parte, que los contratos *sólo* obligan en lo que la voluntad contractual alcanza (teoría de la voluntad); y, por otra, que los contratos *siempre* obligan en todo aquello a que la voluntad se extiende (libertad contractual). La concepción social del derecho opone a esta doctrina estas otras dos proposiciones: que el contrato, no solo puede obligar en lo que alcanza la voluntad contractual, sino en la medida a que alcanza la confianza de la otra parte en la declaración (teoría de la declaración) y que los contratos no son absolutamente obligatorios en todo aquello que la voluntad contractual se extiende, sino que, por varias razones, pueden ser no obligatorios (limitaciones de la libertad contractual). Las limitaciones legales de la libertad contractual se mostraron, pues, como necesarias, porque en un proceso dialéctico la libertad contractual se limitó a sí misma, anulándose muchas veces. Desde el principio le fueron impuestas limitaciones por el medio social en que se movía, por el *milieu* contractual"(140).

La única manera en que se podía desterrar el Individualismo, del concepto del contrato; era, pues, dotándolo del fundamento opuesto, el cual es el fundamento social. Para ello, entonces, para que el contrato tenga un cariz o componente social; jurídicamente había que aplicar al mismo tal fundamento opuesto, el cual determina, finalmente, el concepto objetivo y social del mismo; como el concepto antagónico del concepto subjetivo e individualista o liberal del contrato

Es por eso que al concepto objetivo y social del contrato también se le identifica como el fenómeno específico de la Socialización del Contrato, el cual, a su vez; es una aplicación del fenómeno genérico de la Socialización del Derecho o Derecho Social.

(140) RADBRUCH, "Filosofía del derecho", cit., p. 193.

Pues bien, estas conclusiones exigen tener que determinar, con precisión, en qué consiste el Derecho Social o Socialización del Derecho; y cómo es la aplicación del mismo al Derecho Contractual. Esto es, ¿qué se entiende por Derecho Social o Socialización del Derecho, genéricamente, y en qué consiste la Socialización del Contrato o concepto social del mismo específicamente?

Genéricamente, como se ha adelantado y su nombre lo indica, el Derecho Social es el que resulta opuesto o antagónico al Derecho Individualista. Históricamente, en la doctrina jurídica, las primeras ideas de Derecho Social, como reacción o antagonismo, contra el Individualismo; fueron anunciadas por los representantes del Jusnaturalismo de los siglos XVII y XVIII(141). HUGO GROCIO fue uno de ellos, siendo seguido después por GOTTFRIED LEIBNIZ(142). Este último, genial filósofo y matemático, explica así este concepto, según reseña de GEORGES GURTVICH: "El derecho social –*jus societatis* o *jus sociale*– es según Leibniz el derecho de paz y de armonía en una totalidad, *consistit in harmonia seu congruentia*. El derecho social no es un orden de conflicto, sino un orden de colaboración común en provecho directo de la totalidad"(143). Efectivamente, se trata de un Derecho que, mediante sus normas, impone concretamente deberes de colaboración mutua para que, de esta manera, puedan resultar beneficiados todos los miembros de la comunidad. En esto consiste genéricamente el Derecho Social. Como se advierte, la finalidad del mismo es combatir el abuso del provecho individualista, por ser contrario a los fines sociales o de toda una sociedad.

Posteriormente, el Derecho Social, o la idea social del derecho; fue un concepto que fue desarrollado y perfeccionado concretamente por la Escuela Histórica del Derecho. Los principales seguidores de

(141) GURVITCH, Georges, "La idea del derecho social", Comares, Granada, 2005, p. 191.

(142) *Ibídem*, p. 211.

(143) *Ibídem*, p. 227.

esta escuela, que perfeccionaron este concepto; fueron SAVIGNY, PUCHTA y STÄHL(144).

Con un mayor alcance o precisión, GUSTAV RADBRUCH explica el concepto genérico de Derecho Social afirmando que: "Llamamos derecho social a aquellas modificaciones del derecho público de la igualdad jurídica formal, de la libertad jurídica de contratación y propiedad, en pocas palabras, del derecho privado individualista, modificaciones que sirven para equilibrar las diferencias de poder entre los económicamente débiles y los fuertes"(145). Así es, la aplicación del Derecho Social solo se puede dar mediante las modificaciones, que este impone, a las instituciones del Derecho Privado que este antes las regulaba como individualistas; entre las que figura el contrato.

Ahora bien, finalmente, ¿qué es específicamente el concepto social del contrato? Consiste en identificar al contrato de acuerdo a una función social y no individualista o liberal que debe cumplir el mismo. Por ello, el concepto social del contrato es el concepto opuesto o antagónico del concepto individualista y liberal del mismo.

Por tal razón, por contraposición lógica también, la función social del contrato es el concepto opuesto o antagónico de la función individualista o liberal del mismo.

Como resulta obvio colegir, el concepto social del contrato es adoptado legislativamente cuando el Estado regula el contrato mediante normas que imponen que la contratación o mercado debe cumplir una función social. Y finalmente, ¿qué es lo que concretamente imponen estas normas para que la contratación o mercado cumpla una función social? Imponen, pues, como precisa RADBRUCH, modificaciones a la autonomía negocial, para combatir la desigualdad económica entre

(144) Para una explicación de la idea social del derecho, como concepto del historicismo, véase "Filosofía del Derecho Privado", Giole SOLARI, T. II, Depalma, Buenos Aires, 1950.

(145) RADBRUCH, Gustav, "Relativismo y derecho", Temis, Bogotá, 2009, p. 15.

las partes. Porque solo de esta manera se puede conseguir que ya no siga siendo, el contrato, una institución individualista. Al respecto LEIBNIZ es más preciso aún, al indicar con contundencia, que para combatir esta desigualdad económica, la función social del contrato, que determina el concepto social del mismo, o la socialización del contrato; concretamente se debe aplicar, en el Derecho Contractual, mediante normas que se dirijan contra los grupos de dominación, que impongan limitaciones a sus derechos(146).

En tal virtud, la función social del contrato, que determina el concepto social del mismo, consiste en el contenido equitativo o igualitario y, por ende no individualista o liberal, que debe tener el contrato; como consecuencia de las normas que, para tal efecto, impone el Estado mediante su intervención en la contratación o mercado. Sobre este concepto se hacen más precisiones más adelante.

El primero en proclamar, en la doctrina contractualista, el concepto social del contrato; fue ENRICO CIMBALI. Esta proclamación la hizo en plena Revolución Industrial al conocer, mediante la prensa y la Literatura(147), las incivilizadas consecuencias sociales que producía, para la parte débil, la contratación correspondiente a esta revolución. Por ello proclamó que como el contrato es propio y esencial de la naturaleza humana, mediante el mismo se debe necesariamente satisfacer una necesidad propia de esta naturaleza, la cual es la de la convivencia entre las partes(148).

---

(146) Citado por GURVITCH, "La idea del derecho social", cit., p. 231.

(147) Las implicancias sociales que produjo la Revolución Industrial fueron la causa de mucha Literatura de denuncia social. Sobre ello véanse los artículos que figuran en el cuarto número de la *Revista Peruana de Derecho y Literatura* (2009), dedicada en parte, a la novela "Oliver Twist" de Charles DICKENS.

(148) CIMBALI, Enrico, "La funzione sociale de contratti a la causa giuridica della loro forza obligatoria" en *Archivo Giuridico di Diritto* da Filippo Serafini, Vol. XXXIII, 1884, pp. 46-48.

Pero quien técnicamente demostró el concepto social del contrato fue EMILIO BETTI. Este gran jurista italiano demostró que como la teoría voluntarista es propia o correspondiente al Individualismo, lo que debe primar o ser esencial, del negocio jurídico, es en realidad la declaración y no la voluntad. Porque solo de esta manera se pueden dar los límites sociales y jurídicos que el principio de Autonomía Privada permite a la ley para proteger a la parte débil. Tal demostración es la siguiente: "La institución del negocio jurídico no consagra la facultad de 'querer' en el vacío, como place afirmar a cierto individualismo que no ha sido aún extirpado de la dogmática actual. (...) Las consecuencias antisociales e inmorales que resultan son fáciles de vislumbrar, en esta errónea mitología de la voluntad, para quien tenga el valor de ser coherente. Ella hace creer en la omnipotencia de la voluntad individual (la cual en el fuero de la conciencia, no halla límites extrínsecos) e induce así a desconocer los múltiples límites sociales y jurídicos de la autonomía privada"(149).

Es de esta manera, entonces, mediante el fenómeno de Socialización del Contrato, o función social del mismo; como se pudo determinar el concepto social del contrato y eliminar así el concepto subjetivo e individualista o liberal del mismo.

Así es, como mediante el contrato satisfacen sus intereses patrimoniales, las partes del mismo, esta satisfacción de intereses la realizan de la manera que más les convenga. Y como resulta que la desigualdad económica de las partes contratantes hace que en el contrato haya una parte fuerte y una parte débil, por esta desigualdad dicha manera conveniente, en que estas realizan dicha satisfacción de intereses, arroja como resultado situaciones de injusticia que afectan a la parte débil. Por ello, el contrato era una de las muchas instituciones individualistas de las que estaba conformado el Derecho.

(149) BETTI, Emilio, "Teoría general del negocio jurídico", Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, pp. 51-55.

Pero para evitar que el contrato sea siempre el resultado de la desigualdad económica de las partes, resultado consistente en ventajas y beneficios para la parte fuerte y desventajas y perjuicios para la parte débil; se puede aplicar al mismo, de manera específica, el fenómeno de Socialización. Para ello, la ley crea mecanismos o situaciones mediante las cuales se pueda combatir la desigualdad económica, que es la que permite dicha injusticia contractual en contra de la parte débil.

Por ello, puede comprobarse que el fenómeno de Socialización del Derecho no es otra cosa que la aplicación, al Derecho, de ideas socialistas. En efecto, ello resulta del hecho de que mediante este fenómeno se combate la desigualdad económica; el cual es un efecto propio del Capitalismo, que a su vez es consecuencia del Liberalismo o Individualismo.

De tal manera que es la aplicación de este fenómeno, a la contratación, lo que produce la Socialización del Contrato como finalidad del Derecho Contractual; la cual consiste en que la contratación tenga un resultado de igualdad económica en cuanto a sus efectos o consecuencias patrimoniales; lo cual, pues, es lo propio de la ideología política socialista. Efectivamente, esta situación es simplemente el resultado del hecho de que la contratación o mercado tiene la calidad de una herramienta que puede ser utilizada con distintos fines políticos y jurídicos.

Porque así como la contratación o mercado es utilizado para la aplicación del Capitalismo; de la misma manera, al mismo también se le puede utilizar para la aplicación del Socialismo. ANTHONY DE JASAY lo corrobora de la siguiente manera: "El mercado puede ser adaptado para promover metas socialistas, de la misma manera que ahora sirve a las capitalistas. En efecto, aunque los autores no lo dicen, tácitamente consideran al mercado como una herramienta neutra en las manos de su amo político, que puede usarlo para moldear el tipo de sociedad que desee"[150].

---

[150] DE JASAY, Anthony, "Un análisis del Socialismo de Mercado: 'Este círculo cuadrado'", en *Libertas*, Edición semestral de ESEADE, Nº 14, mayo de 1991, Buenos Aires, p. 9.

LINA BIGLIAZI GERI, UMBERTO BRECCIA, FRANCESCO BUSNELLI y UGO NATOLI; demuestran que la socialización del contrato es una aplicación del fenómeno de la Socialización del Derecho, al explicar con claridad que: "Esquemáticamente se puede decir que las causas de la transformación de la institución y del principio de la libertad contractual se ponen en evidencia, de una parte, con el propio proceso de desarrollo inmanente a la economía, con el paso de un capitalismo monopolista y oligopolista caracterizado por la producción en serie de bienes y servicios; y, de otro lado, con el nacimiento –en función parcialmente antagónica con respecto a ese mismo proceso de desarrollo– de la 'cuestión social', una cuestión casi del todo ignorada al tiempo de las codificaciones cuando aún no se había formado un proletariado, ni se habían difundido las ideologías socialistas"(151). MASSIMO BIANCA precisa también al respecto que la superación social, del principio autonómico individualista y liberal; se debió a la aplicación de la ideología política socialista: "En términos ideológicos claros, la confutación del dogma de la voluntad fue elaborada por la doctrina marxista"(152).

De acuerdo a la explicación que se está haciendo de la Socialización del Derecho en general, así como de la Socialización del Contrato en particular; debe quedar claro que el término "socialización" se utiliza para difundir estos fenómenos bajo un único significado. Tal significado es el de combatir el individualismo liberal corrigiendo jurídicamente los efectos perniciosos que producen las desigualdades económicas, lo cual en la contratación se traduce en evitar las situaciones dañinas y gravosas que la parte fuerte puede infringir a la parte débil. Por consiguiente, este único significado de "Socialismo" resulta del hecho de aplicar solo una de las ideas de la ideología política socialista; la cual es la de la igualdad como resultado patrimonial de la contratación.

(151) BIGLIAZI, GERI, BRECCIA, BUSNELLI; y NATOLI, "Derecho Civil", cit., p. 613.

(152) BIANCA, "Derecho Civil", T. 3, "El contrato", cit., p. 47.

Por tal razón, para el fenómeno de Socialización del Contrato no son aplicables las demás ideas del Socialismo, como la eliminación de la propiedad privada, la estatización de los medios de producción, la administración centralizada de la economía, etc.; sino únicamente la lucha o combate contra la desigualdad económica que produce el sistema individualista liberal. FRANCESCO MESSINEO prefiere identificar al Socialismo, aplicado al Derecho Contractual, con un término menos fuerte; el cual es el de principio de "socialidad": "La defensa del contratante débil contra el contratante fuerte (...), etc., son otras manifestaciones de un nuevo 'espíritu' contractual que no se puede vacilar en reducir al principio de socialidad. Este principio constituye el correctivo a una concepción excesivamente individualista y a una disciplina en ella inspirada"(153).

El constitucionalista GERMAN BIDART CAMPOS explica técnicamente este único significado de Socialización, que se aplica en el fenómeno de Socialización del Contrato, afirmando que: "La socialización, lejos de significar un curso hacia la colectivización de los bienes, hacia la propiedad común de los medios productivos, aspira a desfraccionar la riqueza real acumulada y excesivamente concentrada y a descomponer el poder económico"(154).

En cuanto al derecho positivo concretamente, debe precisarse que el fenómeno de Socialización del Contrato, el cual se aplica mediante el intervencionismo estatal en la contratación; históricamente fue una necesidad legislativa. Porque las legislaciones civiles del siglo XIX se habían inspirado en el individualismo liberal. LINA BIGLIAZI GERI, UMBERTO BRECCIA, FRANCESCO BUSNELLI; y UGO NATOLI dan cuenta de ello así: "La ideología, la praxis y la disciplina del contrato en la realidad del capitalismo naciente y en las codificaciones decimonónicas

(153) MESSINEO, "Doctrina general del contrato", T.I, cit., pp. 20 y 21.

(154) Citado por VALLESPINOS, "El contrato por adhesión o condiciones generales", cit., p. 171.

difieren sensiblemente de la ideología de la praxis y de la disciplina del contrato en la realidad socio-económica y en los ordenamientos contemporáneos. (...) Estas realidades sociales nuevas e imponentes de un lado alimentaron, al mismo tiempo que la acentuación de la disparidad de poderes sustanciales entre las partes del contrato, la conciencia de que la libertad contractual es una forma vacía, en la medida en que no se integre con una paridad social y económica de los contratantes, y, de otro lado, provocaron la difusión gradual de la intervención del Estado en la economía, en coincidencia, con el ocaso de la fe en la virtud de las doctrinas económicas del laissez faire"(155). MASSIMO BIANCA corrobora también que la Socialización del Contrato fue una necesidad legislativa: "La restricción del papel del acuerdo frente a la reglamentación imperativa del contrato (socialización del contrato), no es una historia particular del contrato; sino que es el reflejo del paso, aún en curso, de un ordenamiento liberal a un ordenamiento social. Como se ha visto, no se trata simplemente de verificar la presencia de un número creciente de limitaciones publicistas de la libertad contractual, sino de darse cuenta de la creciente exigencia de subordinar dicha libertad a la utilidad social"(156).

Debe quedar absolutamente resuelta o desvirtuada, entonces, la preocupación doctrinaria que existía en cuanto al significado del término "Socialización", la cual consistía en la identificación de éste término con la ideología política del Socialismo. Tal preocupación la plantearon GUSTAVO VALLESPINOS, para quien de éste término "pareciera inferirse una neta connotación política"(157); y MANUEL DE LA PUENTE Y LAVALLE: "Ha causado preocupación la tendencia a considerar el intervencionismo del Estado en la contratación como una manifestación de lo que, con mayor o menor propiedad, se ha denominado 'socialización del contrato'. Se piensa que esta socialización

(155) BIGLIAZI GERI, BRECIA, BUSNELLI; y NATOLI, "Derecho Civil", cit., pp. 613 y 614.

(156) BIANCA, "Derecho Civil", T. 3, "El contrato", cit., pp. 55 y 56.

(157) VALLESPINOS, "El contrato por adhesión a condiciones generales", cit., p. 170.

debe ser entendida en el sentido de aproximamiento al 'socialismo', con lo cual se le ha dado una marcada connotación política. La similitud de estas palabras ha dado lugar a esta asimilación"[158].

Como se ha demostrado en este ítem, el término "Socialización", aplicado tanto al Derecho como al contrato, sí tiene una connotación política, la cual consiste en identificarse con la ideología política del Socialismo. Pero esta connotación no es neta o marcada, en el sentido de "absoluta" o "total", como les preocupa a estos juristas respectivamente.

No, por aplicarse mediante la Socialización al Derecho y, por ende, al contrato, sólo una idea o fundamento socialista, la cual es la lucha contra la desigualdad; la connotación política que tiene la "Socialización", con el Socialismo, solo es parcial y, por ello, relativa.

Respecto a la contratación, entonces, el fenómeno de Socialización del Contrato sí tiene una connotación política socialista. Esto es, esta socialización sí se identifica con la ideología política del Socialismo; pero sólo de manera parcial o relativa, al aplicarse mediante ello sólo una idea o fundamento de esta ideología.

Por tal razón, deben quedar también desvirtuados, entonces, los eufemismos que doctrinariamente se dieron para tratar de evadir la vinculación de la contratación con el Socialismo al estudiar el fenómeno de la Socialización del Contrato. Al parecer, muchos siempre han tenido un infundado temor de aceptar esta vinculación. Tales eufemismos fueron los de ROBERTO MICCIO, quien considera que esta locución tiende a expresar que las relaciones jurídicas deben ser sociales, en cuanto a desenvolverse en el campo social[159]; y de ALBERTO SPOTA, quien afirma que la Socialización del Contrato tiene como finalidad la "paz social": "Aquella intervención del Estado pone de manifiesto cómo se persigue la finalidad de que el Derecho sirva

(158) DE LA PUENTE Y LAVALLE, "¿Por qué se contrata?", cit., p. 338.

(159) Citado por DE LA PUENTE Y LAVALLE, "¿Por qué se contrata?", cit., p. 338.

como un instrumento, como una herramienta de paz social, otorgando, a su vez, al contrato un aspecto más social. Allí nos encontramos con la socialización del contrato"[160].

Con el concepto social del contrato sí se le vincula al mismo, en parte, con el Socialismo; porque lo que se busca, mediante dicho concepto, es que el Derecho Contractual cumpla la función social de combatir la desigualdad económica de las partes contratantes; haciendo que este responda o satisfaga a la razón, o necesidad social, de corrección de los efectos negativos que dicha desigualdad produce. Y para ello va a ser siempre necesario vulnerar la voluntad o acuerdo de las partes, imponiendo limitaciones a la libertad contractual de las mismas, mediante el intervencionismo estatal en la contratación; siendo el principio de Autonomía Privada la justificación jurídica de tal intervencionismo.

Es por ello que como el intervencionismo estatal en la contratación es hoy en día muy necesario, para corregir los efectos negativos que produce esta desigualdad; al mismo se le ha llegado a identificar incluso como el principio jurídico que actualmente rige a la contratación o mercado. De esta manera, tanto la Autonomía Privada (libertad para contratar),como el intervencionismo estatal que vulnera la misma (limitaciones a la Autonomía Privada); son actualmente principios contractuales básicos. Y, por supuesto, ambos principios son antagónicos o contrapuestos. Así lo destaca LARS D. ERIKSSON: "El derecho moderno está escindido por principios integradores conflictivos. Por un lado, tenemos el principio de autonomía privada, cuya expresión, en el nivel del orden jurídico, es la racionalidad formal, y por otro, el principio de la intervención estatal, cuya expresión es la racionalidad material"[161].

---

(160) SPOTA, Alberto, "Instituciones de Derecho Civil–Contratos", V. I, Depalma, Buenos Aires, 1984, pp. 35-36.

(161) ERIKSSON, Lars D., "Tendencias conflictivas en el Derecho Moderno", en *La Normatividad del Derecho*, Aulis AARNIO, GARZÓN VALDÉS, UUSITALO Jyrky (Compiladores), Gedisa, Barcelona, 1997, p. 115.

La función social del contrato consiste concretamente entonces en satisfacer, mediante el mismo, la necesidad social de combatir contra la desigualdad económica de las partes; satisfacción que se realiza mediante el intervencionismo estatal en la contratación, para corregir los efectos negativos que produce esta desigualdad. Con la identificación de la función social del contrato se terminó de consolidar el concepto objetivo y social del mismo. MARÍA DEL CARMEN GETE-ALONSO Y CALERA describe esta función así: "La función social vela para que la finalidad (objetivo) del contrato, conforme a su naturaleza y al espacio social y de mercado en el que haya de operar, se produzca de manera adecuada. Situación que, en inicio, permite expresar que cada contrato en las relaciones sociales debe respetar, pese a su carácter relativo, los intereses sociales con los que interfiera. La libertad contractual se restringe desde que se ejercita en el seno de una sociedad, que es de la que proviene su reconocimiento y mantenimiento legal"(162).

Pero para que resulte bien claro en qué consiste específicamente el concepto de función social del contrato, es absolutamente necesario precisar también en qué consiste genéricamente el concepto de función social. Esto es, ¿qué es genéricamente la función social? ¿Cuándo cumple o tiene función social una institución jurídica?

Puede advertirse que el concepto simplista de la función social consiste en que esta función se cumple o existe, por parte las instituciones jurídicas, cuando estas respetan o se adecúan a los derechos sociales. Pero para determinar el concepto completo o cabal, de esta función, debe identificarse entonces a los derechos sociales.

Los derechos sociales son ciertos derechos fundamentales de la persona, los cuales son concretamente los que están relacionados con la Justicia Social(163). Esto es, los derechos sociales son aquellos

(162) GETE-ALONSO Y CALERA, "Estudios sobre el contrato", cit., p. 131.

(163) Sobre este concepto de justicia, así como sobre el concepto de derechos sociales, se realiza una mayor explicación en el subítem *Estudio económico. La utopía o fantasía*

mediante los cuales se puede obtener Justicia Social. De tal manera que hay una identificación entre derechos sociales y Justicia Social. JUAN ANTONIO CRUZ PARCERO los explica mediante esta identificación: "Cuando hablamos de derechos sociales, hacemos referencia a ciertos bienes o valores (justicia, igualdad, salud, educación, etcétera), y más específicamente, a una serie de pretensiones o demandas para obtener o garantizar dichos bienes o valores que consideramos un medio para obtener aquello que llamamos 'justicia social'"(164).

Por consiguiente, el concepto de función social consiste en el respeto o adecuación que las instituciones jurídicas tienen; cuando protegen los derechos fundamentales de la persona, cuyo ejercicio es exigido o demandado por la justicia social.

Efectivamente, los derechos sociales se identifican con varios de los derechos fundamentales de la persona; porque varios de estos derechos, fundamentales, son conceptuados actualmente desde una perspectiva social y no individualista y liberal. Esto es, su conceptuación en el Derecho moderno, como derechos fundamentales; ha tenido como finalidad excluir de su concepto la perspectiva individualista y liberal, para que el mismo solo sea el resultado de la perspectiva social. Es por eso que resulta, pues, que la función social, por ser contraria al individualismo y liberalismo; consiste en la adecuación o respeto de los derechos fundamentales de la persona, por parte de las instituciones

de una contratación ideal, como óptimo paretiano, para justificar la prohibición del intervencionismo estatal en la contratación. La Economía Social de Mercado como el adecuado concepto de justicia económica para la contratación o mercado. El rechazo de la mitología neoliberal económica conformada por el Idola Fori o falso ídolo del mercado y de su mitología homóloga contractual conformada por el dogma de la voluntad y la inmutabilidad del contrato. La necesidad económica de un Estado Social en vez de un Estado Liberal o mínimo.

(164) CRUZ PARCERO, Juan Antonio, "Los Derechos Sociales como técnica de protección jurídica", en *Derechos Sociales y derechos de las minorías*, Miguel CARBONELL, Juan Antonio CRUZ PARCERO, Rodolfo VÁSQUEZ (Compiladores), Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 2000, p. 89.

jurídicas. PETER HÄBERLE corrobora esta situación afirmando que: "Cuando se habla aquí de una función social de los derechos fundamentales, ello significa simultáneamente un rechazo de una visión unilateral de los derechos individuales de libertad y, con mayor razón, de una concepción liberal e individualista de los derechos fundamentales. También para éstos tiene vigencia la concepción de Hauriou de que no hay ningún derecho detrás del cual no exista, a través del interés que lo satisface, una función social"(165).

Por ello, el Derecho cumple una función social, sobre una institución jurídica, cuando realiza una labor de control social sobre la manera en que se usa la misma. Esto es, cuando realiza una labor de control para verificar si una institución jurídica se está aplicando adecuadamente de acuerdo a las exigencias sociales que existen sobre la misma.

De manera que la función social que debe tener o cumplir la contratación, la verifica el Estado mediante el Derecho o leyes que impone para conseguir este efecto o resultado de adecuación social. Por tal razón, el significado de control social que se aplica, para ello, es concretamente el de dirigir(166).

MASSIMO BIANCA refiere también que en Alemania e Italia el rechazo ideológico del Individualismo y Liberalismo, mediante el concepto objetivo y social del contrato; inicialmente se inspiró en la ideología fascista: "La confutación del dogma de la voluntad, como es fácil de entender, debía estar ligada a la confutación de la propia concepción de la economía y de la sociedad. En las doctrinas alemana e italiana la teoría objetiva del contrato se inspiró inicialmente en la ideología fascista. Esta fue, en efecto, indicada explícitamente como

(165) HÄBERLE, Peter, "La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales", Dykinson, Madrid, 2004, p. 11.

(166) Jurídicamente "Control social" no solo significa supervisar como parece de primera impresión, también significa dirigir. Para una explicación detallada, de estos dos posibles significados, véase "El sentido del derecho", Manuel ATIENZA, Ariel, Barcelona, 2001, p.151.

antítesis de la concepción individualista a la cual se contraponía la visión del Estado que reconoce relevancia a la autonomía privada en la medida en que esta realiza una función socialmente útil según los fines superiores de la nación. La doctrina objetiva del contrato abandonó esta inspiración política. Ella se encuadra más bien en la concepción positivista-normativista del ordenamiento y aplica el criterio técnico-jurídico que impone examinar el hecho, o mejor, el supuesto de hecho, al que la ley vincula efectos jurídicos"(167).

Tal como lo refiere MASSIMO BIANCA, el concepto objetivo del contrato ya no se fundamenta en una ideología política en particular; sino que actualmente únicamente se fundamenta en un fundamento técnico jurídico, el cual es la teoría normativista. Porque es la ley la que otorga efectos jurídicos obligatorios o vinculantes al supuesto de hecho contrato. Es así como resulta entonces que, para el principio de Autonomía Privada, la potestad normativa en que ella consiste no es un derecho natural que tienen los seres humanos; sino un derecho que les ha sido delegado u otorgado, a los mismos, por el Estado mediante leyes. LUIGI FERRI lo explica así: "La autonomía privada no es un poder originario o soberano. Es un poder conferido a los individuos por una norma superior, la cual regula su actuación, estableciendo cargas y limitaciones"(168). Por ello, así como el Estado les he dado esta autonomía para regular sus intereses mediante actos jurídicos; así también se las puede recortar y hasta quitar. LUIGI FERRI también lo explica así: "La ley, lo mismo que puede ampliar el campo en el que actúa la autonomía privada, puede también restringirlo"(169).

A nivel económico puede apreciarse, entonces, que fue así como en la *Teoría General del Contrato*, o Derecho Contractual; se elaboró otro principio autonómico (Autonomía Privada); para combatir el

(167) BIANCA, "Derecho civil", T.3, "El contrato", cit., p. 47.

(168) FERRI, "La autonomía privada", cit., pp. 42 y 43.

(169) *Ibídem*, p. 43.

Liberalismo Económico mediante el intervencionismo estatal en la contratación o mercado.

El principio de Autonomía Privada, por tanto, no es una aplicación del Jusnaturalismo (potestad normativa como derecho natural), por el contrario, es la aplicación de la corriente jusfilosófica contraria o antagónica de ella; la cual es el Positivismo (potestad normativa como un derecho otorgado por la ley).

Seguidamente se debe complementar la razón o necesidad social por la cual, además de los que inicialmente fueron los fines superiores de la nación, correspondientes a la ideología fascista, aplicados en Alemania e Italia; se hizo necesario que surgiera, en el Derecho, el principio de Autonomía Privada para sustituir al principio de Autonomía de la Voluntad.

Como se está precisado en este subítem, esta razón o necesidad social consiste en la necesidad de corregir los efectos negativos que produce la desigualdad económica de las partes contratantes. Pero resulta necesario, a su vez, complementar esta razón o necesidad social; complementación que se traduce en la respuesta de la siguiente interrogante: ¿Cómo o de qué manera se supera concretamente esta desigualdad mediante el intervencionismo estatal en la contratación?

Tal manera consiste concretamente en la protección de la parte que no le resulta favorable la desigualdad económica. Por sufrir, o serle perjudicial, esta desigualdad, a esta parte se le identifica, jurídicamente, como la parte débil de la contratación.

Así es, como la contratación o mercado se realiza mediante el ejercicio de la autonomía negocial de los particulares, conocida como principio de Autonomía Privada; resulta que estos ejercen esta autonomía en una situación de desigualdad económica, la cual produce, como resultado, una contratación o mercado con efectos dañosos o gravosos para una de ellas. Estos efectos consisten en la obtención de ventajas o beneficios para la parte más fuerte económicamente, en desmedro

de la parte débil económicamente, la cual recibe desventajas o perjuicios. Así, esta desigualdad económica entre las partes finalmente se traduce, por tanto, en una situación de injusticia social que se produce en la contratación o mercado; hecho que el Estado no debe dejar de remediar mediante su intervención.

GEORGES RIPERT explica, con acierto, que esta injusticia social concretamente la produce la adopción del régimen económico de Economía de Libre Mercado y, como consecuencia de ello; del principio jurídico de Autonomía de la Voluntad: "El liberalismo se afirmaba a través de la libre conclusión de los contratos. El contrato permite cambiar productos y servicios y el derecho clásico lo considera justo porque es discutido y consentido por las partes. Pero esto supone, se dice, igualdad de fuerzas y libertad de conclusión. Si uno de los contratantes puede imponer su voluntad, si el otro está obligado por la necesidad a adherirse sin discutir, el contrato no es otra cosa que la ley del más fuerte. Si los empresarios capitalistas imponen sus condiciones a su clientela y a su personal, falsean la noción de contrato, tal como el código civil nos lo presenta"(170).

En tal virtud, como el Derecho debe tener siempre un contenido humanista, para conseguir ello no puede permitir esta injusticia social; por lo cual la única manera en que puede corregirla, o solucionarla, es permitiendo que el Estado modifique la contratación que produce esta injusticia. Es decir, el Derecho debe permitir que el Estado intervenga en la contratación o mercado, para evitar que mediante contenidos contractuales desiguales se perjudique a la parte débil de la misma; lo cual, pues, es una consecuencia de la aplicación del principio de Autonomía Privada, cuyo fundamento es la teoría normativista. Esto es, para posibilitar la corrección de esta injusticia social contractual, mediante el intervencionismo estatal en la contratación o mercado; el Derecho ya no debe concebir al contrato mediante la aplicación del

(170) RIPERT, "Aspectos jurídicos del capitalismo moderno", cit. p. 31.

principio de Autonomía de la Voluntad, cuyo fundamento es la teoría voluntarista. O sea, el Derecho ya no debe establecer que la obligatoriedad del contrato proviene de la voluntad humana, sino que, por el contrario, debe establecer que esta obligatoriedad proviene de la ley.

Por eso es que modernamente la teoría normativista se ha consagrado ya tanto doctrinariamente como legislativamente. Así, en la doctrina moderna MASSIMO BIANCA afirma al respecto que: "El estado no puede, pues, limitarse a reconocer el derecho de cada cual a regular sus propios intereses si este derecho se vuelve un instrumento de abuso en daño a otros. La intangibilidad de la voluntad individual cede frente a la exigencia de justicia social. Aquella está especialmente garantizada constitucionalmente en lo que hace a la iniciativa privada económica, pero dicha iniciativa no puede desarrollarse en contraposición con la utilidad social"(171). Por su parte, en la legislación moderna el Anteproyecto de Código Europeo de los Contratos, o *Contract Code*, el cual se elaboró para unificar el *Common Law* y el *Civil Law*, en su primer artículo conceptúa al contrato aplicando el principio de Autonomía Privada, cuyo fundamento es la teoría normativista: "*Contrato es el acuerdo entre dos o más personas al que el derecho reconoce el efecto de crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones*"(172).

MANUEL DE LA PUENTE Y LAVALLE hace la necesaria reseña histórica sobre la necesidad de reemplazar el principio de Autonomía de la Voluntad, por el principio de Autonomía Privada; para que el Derecho permita el intervencionismo estatal en la contratación o mercado y, así, superar la desigualdad económica de las partes contratantes y la injusticia social que hay en ella: "El Estado se limitó inicialmente a establecer un marco muy amplio para que dentro de él los particulares

(171) BIANCA, "Derecho Civil", T.3, "El contrato", cit., p. 54.

(172) Si bien este proyecto no llegó a ser ley, fue utilizado como antecedente por la Academia de Iusprivatistas Europeos, de Pavía; la cual elaboró el último Proyecto de Código Europeo de los Contratos.

ejercitaran su autonomía privada, esto es, el poder de regular entre sí sus derechos subjetivos. Creyó conveniente que bastaba prohibir que el contenido de los contratos fuera contrario a las leyes y a las buenas costumbres; concediendo en lo demás una absoluta libertad de configuración del contenido contractual. Empero, con el discurrir del tiempo, el propio Estado pudo comprobar que una libertad de tal magnitud, admisible cuando la sola igualdad jurídica se consideraba garantía suficiente para asegurar el equilibrio contractual, era contraproducente, pues, debido al cada vez más frecuente desequilibrio económico que se presenta en la celebración de diversas categorías contractuales, tales como los contratos de trabajo, de arrendamiento de viviendas, de transferencia de bienes y prestación de servicios en situación de monopolio, en los cuales suele existir una marcada desproporción en el poder de negociación de las partes, dando lugar a la presencia del contratante fuerte frente al contratante débil al que impone sus condiciones con patente injusticia. Resulta necesario, pues, que el Estado, para combatir esta situación, estrechara el marco del contrato, dictando reglas imperativas aplicables al contenido del mismo, para mantener el equilibrio contractual mediante la protección del contratante débil. Es entonces, como dicen los Stiglitz, que se alteran los términos y se acuña la idea opuesta: 'es la libertad la que esclaviza y es la ley la que liberta'. Se marca así el intervencionismo estatal en la contratación"[173].

Efectivamente, esta idea opuesta, mencionada en la última cita doctrinaria, refleja el carácter paradójico que tienen las leyes mediante las cuales se realiza la protección de la parte débil de la contratación o mercado; por cuanto esta legislación es una lucha o combate, que se realiza en el Derecho, contra dicha injusticia contractual. Porque esta legislación tiene como finalidad dar libertad a los que han sido víctimas de los que han ejercido mal la libertad (contractual). O, como

[173] DE LA PUENTE Y LAVALLE, "¿Por qué se contrata?, cit., p. 337.

lo precisa GEORGES RIPERT: "La lucha ha sido dirigida contra esta libertad en nombre de la misma"(174).

Ahora ¿quién es concretamente la parte débil de la contratación, cuya protección justifica el intervencionismo estatal en la contratación? De manera correcta se le ha identificado ya como el "consumidor".

Así es, desde hace ya buen tiempo existe en el Derecho el concepto de "protección del consumidor". Así lo destaca DIETER MEDICUS: "Frente a la libertad contractual se ha objetado a menudo, que solo se podría efectuar contratos justos en sistemas de equilibrio –esto es, entre participantes de fuerzas equivalentes–. De otro modo posibilitaría, en las situaciones de desequilibrio, aprovechar sin consideración su supremacía en la configuración del contrato. Por esta razón, por motivaciones sociales –recientemente ante todo bajo el santo y seña de la protección del consumidor– se han originado progresivas injerencias en la libertad contractual. A ello hay que añadir que los peligros referidos subsisten"(175). Por eso es que MASSIMO BIANCA refiere al respecto que: "En toda el área occidental está en boga un amplio movimiento legislativo que se ha traducido concretamente en varias formas de control de la autonomía contractual en tutela de la parte débil, identificada principalmente en el consumidor"(176).

En efecto, actualmente la parte débil de la contratación o mercado es la que participa como tal en la contratación masiva. Y en esta contratación a dicha parte débil se le conoce con el nombre de "consumidor". Ello resulta del hecho de que en esta contratación la parte económicamente fuerte son las empresas que producen o comercializan masivamente bienes y servicios, porque la necesidad de celeridad con

(174) RIPERT, "Aspectos jurídicos del capitalismo moderno", cit., p. 30.

(175) MEDICUS, Dieter, "Tratado de las relaciones obligacionales", V. I, Bosch, Barcelona, 1995, p. 41.

(176) BIANCA, "Derecho Civil", T. 3, "El contrato", cit., p 54.

que debe contar la misma, para que se realice el consumo de los bienes y servicios, también masivamente, les permite poder efectuar contratación con poca o ninguna posibilidad de negociación; lo cual, pues, les permite cometer abusos o violaciones de los derechos de la otra parte, siendo esta última los consumidores. Por eso es que actualmente existe o se encuentra consagrado ya, en el Derecho, como una rama especial del mismo; el Derecho de Protección al Consumidor, el cual está conformado por las leyes especiales que regulan tal protección.

EDUARDO POLO explica, en función de la modalidad más representativa de la Contratación en Masa, la cual es el de las Cláusulas Generales de la Contratación; que la necesidad del intervencionismo estatal en la contratación, mediante leyes, se da para que el Estado realice protección de la parte débil de la misma (los consumidores): "Por encima de esa ley contractual voluntariamente asumida por los contratantes y que se apoya en su libre consentimiento, ha de existir también otra Ley que debe imponerse con carácter general o imperativo o independientemente de la voluntad de las partes y cuya misión consiste no tanto en impedir la libertad de contratar cuanto en proteger esa libertad impidiendo precisamente el abuso de una parte sobre la otra y eliminando en lo posible los efectos del desequilibrio económico de los contratantes. El problema sin embargo, no es nuevo, e incluso se podría afirmar que es uno de los que cuentan con una más amplia y antigua atención doctrinal entre los estudiosos de Derecho privado, si bien no ha sido hasta fecha reciente cuando el tema de las condiciones generales de los contratos se ha erigido, al amparo del movimiento de defensa de los consumidores y usuarios, en una de las preocupaciones esenciales de los legisladores de nuestro tiempo"(177).

Puede advertirse, por tanto, que como la finalidad del intervencionismo estatal en la contratación es, como precisa este último autor,

(177) POLO, Eduardo, "Protección del contratante débil y condiciones generales de los contratos", Civitas, Madrid, 1990, pp. 30 y 31.

eliminar en lo posible los efectos dañinos que produce el desequilibrio o desigualdad económica de las partes contratantes; dicho intervencionismo estatal obtiene esta finalidad de dos maneras distintas. Estas son imponiendo ciertos términos o condiciones igualitarias en los contenidos contractuales por celebrarse; o modificando los contenidos contractuales de los contratos ya celebrados imponiendo también estos términos o condiciones. Es mediante estas dos distintas maneras en que puede darse el intervencionismo estatal, en la contratación o mercado; como el Estado protege a la que es la parte débil (consumidores) de la misma.

La finalidad del intervencionismo estatal en la contratación o mercado no es otra, pues, que la imposición legal de situaciones de igualdad entre las partes contratantes. Precisamente, esta finalidad de igualdad, que persigue imponer el intervencionismo estatal, en la contratación o mercado; es lo que finalmente hizo que se produzca, en el Derecho Contractual, un concepto social del contrato. Y este concepto social fue uno de los varios conceptos sociales que ha llegado a imponer el intervencionismo estatal en el Derecho Civil. CARLOS RAMOS NÚÑEZ da cuenta de ello así: "El avance de las concepciones sociales en el derecho civil tiene como paralelo el auge del intervencionismo estatal en las relaciones privadas. El individualismo cede ante las formulaciones que exaltan el colectivismo y la solidaridad. Una fuerte carga tuitiva y paternalista empieza a reconocerse en la presencia del Estado, que ahora será visto como un participante en las relaciones sociales y económicas"[(178)].

Asimismo, al fenómeno de Socialización del Contrato se le ha llegado a considerar también como un principio general, de la *Teoría General del Contrato* o Derecho Contractual; al cual se le denomina Solidaridad Contractual. Tal identificación se produce cuando se le considera, a este fenómeno, como parte de la doctrina de la Solidaridad Social.

(178) RAMOS NÚÑEZ, Carlos, "Cultura jurídica, proceso y hombres del foro", Fundación Bustamante de la Fuente, Lima, 2014, p. 50.

Esta doctrina, o corriente de pensamiento, consiste en considerar que el Estado debe exigir a los particulares, mediante el Derecho; obligaciones mediante las cuales sean solidarios entre sí, imponiéndoles para ello una responsabilidad hacia la sociedad. Pero como esta actitud de cooperación o colaboración, a favor de la comunidad o por el bien colectivo, es difícil que sea cumplida voluntariamente; se hace necesario, pues, que el Estado la tenga que imponer legalmente. EDUARDO NOVOA MONREAL explica cómo esta situación hace necesaria la imposición de la Solidaridad Social, de la siguiente manera: "El Estado no puede quedar a la espera de que las convicciones éticas de los ciudadanos los lleven espontáneamente a abandonar su afán egoísta de satisfacer sus puros deseos personales o a reconocer en conciencia los beneficios que de la sociedad reciben; por consiguiente, impone las obligaciones de solidaridad social coercitivamente"(179).

Es así como de la aplicación de la Solidaridad Social al Derecho Contractual, resulta como regla superior, o principio general del mismo; la Solidaridad Contractual. Según este principio, entonces, el ejercicio de la Autonomía Privada debe ser atemperado o equilibrado (lo cual se realiza mediante el intervencionismo estatal en la contratación); cuando mediante dicho ejercicio se practica solo individualismo desentendido de los necesarios componentes sociales(180).

Puede apreciarse claramente entonces, que la Solidaridad Social es exactamente lo mismo que el fenómeno de Socialización del Derecho. Así es, esta identificación resulta del hecho de que ambas tendencias (Socialización del Derecho–Solidaridad Social) tienen la misma finalidad, la cual es que las instituciones jurídicas tengan o cumplan una función social.

De manera que esta identidad teleológica demuestra que, en realidad, no se trata de dos tendencias, sino de una sola, la cual se le

(179) NOVOA MONREAL, "El derecho como obstáculo al cambio social", cit., p. 130.

(180) CARNELUTTI, Francesco, "Teoría general del derecho", Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1995, p. 90.

puede identificar mediante estos dos nombres. Solo de primera impresión parecen dos tendencias porque la Socialización del Derecho se suele presentar simplemente como un fenómeno o circunstancia que es consecuencia de la evolución del Derecho, en este caso del Derecho Privado; mientras que la Solidaridad Social se suele presentar como una regla superior o principio general de este Derecho. JUAN BENITEZ CAORSI explica la manera de presentarse, de la Solidaridad Social, como un principio general: "La solidaridad horizontal concebida como un standard de comportamiento a través del fair dealing, procurándose un deber recíproco de salvaguarda de los intereses ajenos y tutela legítima de la confianza, se impone individualmente cuando en lugar de una efectiva libertad, hay una unilateral autodeterminación de las partes(181).

El Código Civil italiano fue el primero que consagró legislativamente el fenómeno de Socialización del Contrato, identificándolo como principio de "Solidaridad"; a la cual califica de "corporativa". Tal consagración legislativa está dada en una norma del libro *De las obligaciones*, de dicho Código; la cual es el artículo 1175. Pero en esta norma se identifica, a este principio, con las conductas de corrección o lealtad (*corretezza*); las cuales, como se sabe, son las conductas con las que se debe cumplir el principio de Buena Fe objetiva. MASSIMO BIANCA corrobora esta identificación: "Ahora tiende a afirmarse la idea de que la autonomía privada está fundamentalmente subordinada a la Solidaridad Social. Esta idea se concreta en el papel del principio de la buena fe como precepto que gobierna el ejercicio de los poderes contractuales"(182).

Igualmente, el fenómeno de Socialización del Contrato se le ha identificado también con los términos de "Dirigismo Contractual". Ello porque como este fenómeno se pone en práctica mediante el intervencionismo estatal en la contratación, el Estado, entonces, al realizar

(181) BENITEZ CAORSI, Juan, "Solidaridad contractual. Noción posmoderna del contrato", Vaijus-Reus, México-Madrid, 2013, p. 49.

(182) BIANCA, "Derecho Civil", T. 3, "El contrato", cit., p. 55.

esta intervención; lo que hace es dirigir o direccionar la contratación para corregir los efectos dañinos que produce la desigualdad económica de las partes de la misma.

En tal virtud, pareciera que estos términos ("Dirigismo Contractual") si son correctas para identificar el fenómeno de Socialización del Contrato; por lo cual vendrían a ser un sinónimo de esta última denominación.

Sin embargo, no es así. "Socialización del Contrato" y "Dirigismo Contractual" no son exactamente sinónimos, porque ambos conceptos están vinculados bajo una relación de causa–efecto.

Así es, el fenómeno de Socialización del Contrato es la causa y el Dirigismo Contractual es el efecto de esta causa. Ello se debe a que, como se está explicando, este fenómeno es aplicado o ejecutado, por el Estado; mediante su intervencionismo en la contratación o mercado. De tal manera que, al realizarse este intervencionismo estatal, en la contratación o mercado, mediante la aplicación de este principio y este régimen; el resultado que en ésta se produce, o sea el efecto o consecuencia que inexorablemente produce siempre dicho intervencionismo, en los contratos; consiste concretamente en la manipulación o direccionamiento de los mismos por parte del Estado.

Y en ese sentido, tal manipulación o direccionamiento es un rumbo o ruta, que tiene como destino o finalidad, socializar el contrato mediante la imposición de una idea socialista; la cual es la lucha contra la desigualdad. De ahí que se haya apreciado con acierto, por GEORGES RIPERT, que la finalidad del Dirigismo Contractual es la conciliación de dos tesis económicas opuestas: "Pretende conciliar las tesis opuestas, al mantener la iniciativa privada, dirigiéndola"(183). GUSTAVO VALLESPINOS da cuenta que la Socialización del Contrato, al aplicarse mediante el intervencionismo estatal en la contratación,

(183) RIPERT, "Aspectos jurídicos del capitalismo moderno", cit., p. 207.

produce como efecto o resultado el Dirigismo Contractual; afirmando que: "Por el auge de la socialización del Derecho comenzó el crecimiento del intervencionismo estatal y, por ende, de la constitución de un dirigismo contractual acorde con las nuevas circunstancias socio–económicas del mundo contemporáneo"(184).

Asimismo, puede concluirse, respecto al principio de Autonomía Privada, que este es un principio general jurídico que resulta de la aplicación conjunta de la corriente jusfilosófica del Positivismo y de parte de la ideología política del Socialismo.

En efecto, el principio de Autonomía Privada es el resultado de la conjunción del Positivismo (teoría normativista) y de una idea socialista en particular (lucha contra la desigualdad en la contratación mediante el intervencionismo estatal en la misma).

Por último, el Estado parcialmente intervencionista, además de ser efecto o consecuencia, de la vinculación del principio de Autonomía Privada, con el régimen de Economía Social de Mercado; también es, dicho Estado, una situación que es favorable a los consumidores.

Así es, ello resulta del hecho de que la correspondencia y vinculación que existe, entre el principio jurídico de Autonomía Privada y el régimen económico de Economía Social de Mercado; permite que la contratación o mercado pueda ser modificada por el Estado. Y este principio y este régimen, permiten la intervención estatal en la contratación o mercado; para que el Estado pueda realizar protección jurídica del consumidor.

Esto es, este principio jurídico y este régimen económico imponen al Estado la corrección de la principal deficiencia de la contratación o mercado; la cual es una injusticia social consistente concretamente en una contratación desigual generada por el abuso de los derechos de los consumidores por parte de las empresas.

(184) VALLESPINOS, "El contrato por adhesión a condiciones generales", cit., p. 210.

De tal manera que, mediante este intervencionismo estatal en la contratación o mercado, lo cual se consigue imponiendo constitucionalmente un Estado parcialmente intervencionista a favor de los consumidores; estos siempre van a gozar de la posibilidad de la protección del Estado para la defensa de sus derechos sociales, lo cual, pues, es lo que siempre les va a resultar favorable.

II.4.6. La vinculación del principio de Autonomía Privada con el régimen económico de Economía de Administración Centralizada. La creación de un Estado totalmente intervencionista y la mutabilidad del contrato como efectos de este vínculo.

Como el principio de Autonomía Privada, como se ha explicado en el ítem anterior, sí permite el intervencionismo estatal en la contratación o mercado; ello determina que la adopción legislativa de este principio puede producirse conjuntamente con la adopción del régimen económico de Economía de Administración Centralizada.

Ello resulta, como se puede colegir, del hecho de que en este régimen económico, el Estado, mediante leyes, interviene totalmente en la contratación o mercado. O, lo que es lo mismo, en este régimen económico el contrato no es inmutable, esto es, no rige el principio de inmutabilidad del contrato en el mismo.

Así es, en el régimen de Economía de Administración Centralizada, como su nombre lo indica, el Estado planifica y centraliza la administración de la economía; y también la controla. En tal virtud, es el Estado, a través del gobierno del mismo, el que dirige a la contratación o mercado. LUDWIG VON MISES describe al respecto que: "Planificación, en este sentido, significa que el gobierno ejerce un control total sobre la actividad económica. Es la antítesis de empresa libre y economía de mercado"[(185)].

(185) VON MISES, "Planificación para la libertad y otros ensayos", cit., p. 51.

Como puede advertirse de ello, este régimen económico (Economía de Administración Centralizada) lo aplican los países que se conducen bajo un régimen político comunista; como son los casos de Cuba, Corea del Norte y la China Continental. Como se sabe, en estos países en la contratación o mercado no intervienen sólo las partes de la misma, sino también principalmente el Estado. Porque una de las maneras mediante las cuales el Estado puede dirigir y controlar la economía es interviniendo totalmente en la contratación o mercado.

Así, por ejemplo, bajo este régimen económico, en estos países el Estado es el que decide qué bienes y servicios se deben producir (con lo cual le impone a los consumidores qué contratos deben celebrar), bajo qué precios se deben consumir; y con discrecionalidad administrativa puede modificar la contratación y, hasta imponerla, ilimitadamente. Y como se aprecia, todo esto es posible, en gran parte, mediante el intervencionismo estatal en la contratación.

En conclusión, la inexorable consecuencia que produce la aplicación del principio de Autonomía Privada, como efecto de la adopción del régimen económico de Economía de Administración Centralizada; es la creación de un Estado totalmente intervencionista.

II.4.7. La vinculación del principio de Autonomía Privada con el régimen económico de Economía Social de Mercado. El Estado Social o parcialmente intervencionista y la mutabilidad del contrato, como efectos de este vínculo; y como situaciones favorables a los consumidores.

Por su parte, en el régimen de Economía Social de Mercado, el Estado no planifica, centraliza y controla la administración de la economía, sino que esta es dirigida libremente por los agentes del mercado; siendo esta una situación propia de la Economía de Libre Mercado. Ello es así porque la Economía Social de Mercado se elaboró o concibió como un régimen económico que justifica y defiende el

régimen económico liberal[186]. Por eso LUDWIG VON MISES identifica a este régimen económico como: "El sistema de economía de mercado restringido o intervencionismo que difiere del socialismo por el mero hecho de que sigue siendo economía de mercado"[187].

Pero si bien tienen esta afinidad ambos regímenes económicos, la Economía Social de Mercado no se identifica total y absolutamente con la Economía de Libre Mercado; porque la gran diferencia, que tienen ambos regímenes, consiste en que el primero, como su nombre lo indica, es un régimen económico que debe tener un componente social en su aplicación. Para ello, la manera de obtener o producir, como resultado, esta consecuencia o efecto social, en la economía o mercado; es mediante la defensa, por parte del Estado, de los derechos sociales. Resultando por eso absolutamente necesario, pues, el intervencionismo estatal en el mismo y, por ello, en la contratación.

En consecuencia, entre estos regímenes económicos existe una sustancial diferencia en cuanto a los derechos que protegen los mismos. Así es, mediante la Economía de Libre Mercado se protege solo los derechos individuales; mientras que mediante la Economía Social de Mercado, como su nombre lo indica, además de los derechos individuales, principalmente se protege los derechos sociales. El concepto de estos derechos se explica ampliamente en el subítem *Estudio económico. La utopía o fantasía de una contratación ideal, como óptimo paretiano, para justificar la prohibición del intervencionismo estatal en la contratación. La Economía Social de Mercado como el adecuado concepto de justicia económica para la contratación o mercado. El rechazo de la mitología neoliberal económica conformada por el Idola Fori o falso ídolo del mercado y de su mitología homóloga contractual conformada por el dogma de la voluntad y la inmutabilidad*

(186) MIRO QUESADA RADA, Francisco, "Introducción a la ciencia política", Grijley, Lima, 2006, p. 760.

(187) VON MISES, "Planificación para la libertad y otros ensayos", cit., p. 55.

del contrato. La necesidad económica de un Estado Social en vez de un Estado Liberal o mínimo.

Efectivamente, la única manera en que la Economía o mercado, puede tener un componente social; es mediante el intervencionismo estatal en el mismo. Porque como los propios agentes de la contratación o mercado, ya sea por codicia o por conflicto de intereses (lo cual es lo que se da mayormente) no van a dotar de este componente al mercado; es necesario que un tercero imparcial lo haga, el cual no puede ser otro, pues, que el Estado.

Como se puede colegir, el componente social, que debe tener, el régimen de Economía Social del Mercado; lo constituyen principalmente las medidas económicas destinadas a recomponer la igualdad o equilibrio social que debe haber entre los agentes del mercado o economía. HANS TIETMEYER precisa esta situación así: "La Economía Social de Mercado es un sistema donde predomina la economía de mercado, pero al mismo tiempo un sistema dentro del cual la seguridad social y el equilibrio social son partes elementales"(188).

Puede advertirse que el concepto de Economía Social de Mercado lo determina, entonces, el hecho de que este régimen económico tiene, como regla general; que la economía o mercado no la dirige el Estado, sino los particulares o agentes del mismo; pero admite como excepción, a dicha regla, que el Estado solo interviene, en el mismo, para poder dotarlo del componente social consistente en la igualdad o necesario equilibrio, social, que debe haber entre dichos agentes. Así lo destaca MARCELO F. RESICO: "La Economía Social de Mercado se basa en la organización de mercados como mejor sistema de asignación de recursos, y trata de corregir y proveer las condiciones institucionales,

(188) TIETMEYER, Hans, "Las bases históricas y el desarrollo de la Economía Social de Mercado en la República Federal de Alemania", en *Economía Social de Mercado (Coloquio Peruano-Alemán)*, Cámara de Comercio e Industria Peruano-Alemana, Lima 1980, p. 53.

éticas y sociales para su operatoria suficiente y equitativa. En los casos requeridos no se abstiene de compensar o corregir posibles excesos o desbalances que puede presentar un sistema económico moderno basado en mercados libres, caracterizado por una minuciosa y extensa división del trabajo, y que, en determinados sectores y bajo ciertas circunstancias, puede alejarse de una competencia leal y eficaz"(189).

Es por eso que a este régimen económico se le identifica como una combinación o mixtura de los otros dos regímenes económicos que existen, los cuales son la Economía de Administración Centralizada y la Economía de Libre Mercado. FRANCISCO MIRÓ QUESADA RADA precisa al respecto que: "La economía social de mercado es un intento por combinar ciertas formas de planificación estatal con la libre competencia"(190). PETER HABERLE, por su parte, da cuenta que a este régimen económico, de carácter social, se le identifica concretamente como una "tercera vía": "La economía social de mercado constituye la tan frecuentemente evocada 'tercera vía' (Schlecht) y representa un relevante resultado en términos culturales"(191).

Traduciendo esta idea o concepto económico, a la situación jurídica concreta de la contratación o mercado, o sea desde la perspectiva de la institución jurídica del contrato; la Economía Social de Mercado significa, entonces, que la regla general es que el Estado no puede intervenir en la contratación o mercado, y la excepción a dicha regla es que sí puede intervenir, en la misma; pero sólo para que ella (la contratación o mercado) se realice, o se produzca, necesariamente, con equilibrio social para las partes de la misma.

---

(189) RESICO F., Marcelo, "La economía social de mercado. Una opción de organización económica para Latinoamérica", en *Serie Economía Social de Mercado*, Fundación Konrad Adenauer, No. 3, Guatemala, 2009, p. 49.

(190) MIRO QUESADA, "Introducción a la ciencia política", cit., p. 760

(191) HABERLE, Peter, "Incursus. Perspectiva de una doctrina constitucional del mercado: Siete tesis de trabajo", en *Constitución Económica del Perú (Foro Económico Asia-Pacífico APEC)*, César LANDA (Coordinador), Palestra, Lima, 2008, p. 45.

De tal manera que el Estado, para la Economía Social de Mercado, no es un mero Estado policía como sucede en el régimen de Economía de Libre Mercado, en el cual interviene en la contratación o mercado solo cuando en ella se atenta contra el orden público.

Por el contrario, es un Estado que sí participa o interviene en la contratación o mercado; pero esta participación o intervencionismo es solo parcial, porque solo tiene como finalidad corregir la injusticia social de contenidos contractuales desiguales, modificando para ello los mismos. Esto es, este intervencionismo estatal en la contratación o mercado tiene como finalidad que en ella se den, o se cumplan; las medidas necesarias para que la misma tenga siempre un componente social. HANS TIETMEYER describe esta situación afirmando que: "El concepto de Economía Social de Mercado -contrastando con el concepto de 'Estado guardián nocturno' del liberalismo de antiguo estilo- demanda un Estado que no sea débil, sino por lo contrario fuerte e independiente de los grupos de poder económico. Por esto sería un Estado que delimite su campo de acción y de influencia de manera consciente. De un lado debe dejar bastante libertad, pero de otro lado debe tener decisiones claras e independientes dentro de su propio campo"[(192)].

De este intervencionismo estatal en la contratación o mercado, que permite el régimen económico de Economía Social de Mercado, puede colegirse, entonces, que una lógica consecuencia contractual, que produce, el mismo; consiste concretamente en la mutabilidad del contrato.

En conclusión, las inexorables consecuencias que produce la aplicación del principio de Autonomía Privada, como resultado de la adopción del régimen económico de Economía Social de Mercado; son la creación de un Estado Social o parcialmente intervencionista y la mutabilidad del contrato, las cuales son situaciones que siempre van a ser favorables a los consumidores.

---

(192) TIETMEYER, "Las bases históricas y el desarrollo de la Economía Social de Mercado en la República Federal de Alemania", cit., p. 32.

II.4.8. Igualdad y diferencias entre los principios de Autonomía de la Voluntad y de Autonomía Privada.

Del estudio y análisis que se ha realizado en los ítems anteriores, sobre los principios de Autonomía de la Voluntad y Autonomía Privada; pueden apreciarse con nitidez tanto la única igualdad, como las varias diferencias que hay entre estos, los principios autonómicos.

Empezando con la igualdad, la Autonomía de la Voluntad y la Autonomía Privada son principios generales que solo tienen una igualdad de forma. En efecto, ambos principios formalmente son iguales porque externamente significan lo mismo: potestad negocial o normativa.

Pero estructuralmente, o sea en el fondo, son opuestos o antagónicos. Ello se debe a que para la Autonomía de la Voluntad dicha potestad es un derecho natural, mientras que para la Autonomía Privada dicha potestad no es un derecho natural; sino un derecho que es otorgado o concedido por la ley.

Puede inferirse, en consecuencia, que la diferencia estructural que hay, entre los principios autonómicos; consiste en que cada uno de ellos es una aplicación concreta de una corriente jusfilosófica en particular. Así es, la Autonomía de la Voluntad es una aplicación del Jusnaturalismo (potestad normativa como derecho natural); mientras que la Autonomía Privada es una aplicación del Positivismo (potestad normativa como derecho otorgado por la ley).

Asimismo, esta diferencia estructural, derivada de la aplicación por parte de cada uno de estos principios, de corrientes jusfilosóficas antagónicas (Jusnaturalismo–Positivismo); hace que a nivel político también exista una sustancial diferencia entre estos dos principios.

Esta diferencia política consiste en que el principio de Autonomía de la Voluntad sirve para la aplicación de la política capitalista de manera total (Economía de Libre Mercado), en la contratación o mercado; mientras que el principio de Autonomía Privada sirve para la

aplicación, en la misma, de la política socialista ya sea de manera total, o parcial (Economía de Administración Centralizada y Economía Social de Mercado, respectivamente).

A nivel político también, la sustancial diferencia que hay entre los principios autonómicos, se aprecia en el distinto concepto de Estado que adopta cada uno de ellos; el cual es el resultado, a su vez, del hecho de que, como se ha precisado, mediante cada principio autonómico se aplican ideologías políticas antagónicas.

Así es, como se ha precisado, la Autonomía de la Voluntad conceptúa al Estado como Estado Liberal y abstencionista (Ver II.3.4.), porque mediante este principio jurídico se aplica el Capitalismo. Mientras que la Autonomía Privada conceptúa al Estado, como Estado Social e intervencionista, o parcialmente intervencionista (Ver II.3.5.); porque mediante este otro principio jurídico se aplica el Socialismo de manera total o parcial, respectivamente.

Igualmente, a nivel político también, la sustancial diferencia que hay, entre los principios autonómicos; se aprecia en las distintas clases de derechos que se ejercen mediante los mismos.

Así, los derechos que se ejercen, mediante la Autonomía de la Voluntad, solo son los derechos individuales (derechos civiles y políticos). Mientras que los derechos que se ejercen, mediante la Autonomía Privada; además de los derechos individuales también son los derechos sociales. Y estas distintas clases de derechos, que se pueden ejercer mediante los principios autonómicos; es el resultado de las corrientes jusfilosóficas antagónicas en que se fundamentan estos principios (Jusnaturalismo y Positivismo respectivamente). LUIS PRIETO SANCHÍS explica estas diferencias, tanto de la concepción del Estado que tienen estos principios, como de los derechos que protegen los mismos; de la siguiente manera: "La vida, la propiedad y la libertad son para la filosofía política liberal derechos naturales anteriores a cualquier manifestación institucional, y precisamente, si el Estado existe, es con el

único fin de protegerlos; por ello el Estado puede resultar necesario para garantizar dicha protección, pero en ningún caso puede definir lo esencial del contenido de los derechos. (…) Es más, algunos sostienen que los derechos no solo son independientes de cualquier organización política, sino que cuanto 'menos Estado' exista tanto mejor para los derechos. Justamente lo contrario sucede con los derechos sociales. (…) No estamos en presencia de derechos racionales, de pretensiones que puedan postularse a favor de todo individuo cualquiera que sea su situación social, sino de derechos históricos cuya definición requiere una decisión previa acerca del reparto de los recursos y de las cargas sociales, que obviamente no puede adoptarse en abstracto ni con un valor universal. Y, por otra parte, si la protección de todos los derechos supone una mínima estructura estatal, la de los derechos sociales resulta mucho más compleja, dado que ha de contar con una organización de servicios y prestaciones públicas solo conocidas en el Estado contemporáneo; cabe decir que, en este punto, la distancia que separa a los derechos civiles de los sociales es la misma que separa al Estado liberal decimonónico del Estado social de nuestros días"[(193)].

De acuerdo a la explicación contenida en la última cita doctrinaria, se puede colegir que las distintas clases de derechos, mediante los cuales se ejerce la autonomía negocial o potestad normativa; resulta también de los regímenes económicos con los que resultan vinculados los principios autonómicos. La explicación de esta situación se amplía en el segundo capítulo, en el subítem correspondiente al *Estudio económico. La utopía o fantasía de una contratación ideal, como óptimo paretiano, para justificar la prohibición del intervencionismo estatal en la contratación. La Economía Social de Mercado como el adecuado concepto de justicia económica para la contratación o mercado. El rechazo de*

(193) PRIETO SANCHÍS, Luis, "Los Derechos Sociales y el principio de Igualdad Sustancial", en *Derechos Sociales y Derechos de las Minorías*, Miguel Carbonell, Juan Antonio Cruz Parcero, Rodolfo Vásquez (Compiladores), Porrúa-Universidad Autónoma de México, Mexico D.F., 2004, pp. 21 y 22.

la mitología neoliberal económica conformada por el Idola Fori o falso ídolo del mercado y de su mitología homóloga contractual conformada por el dogma de la voluntad y la inmutabilidad del contrato. La necesidad económica de un Estado Social en vez de un Estado Liberal o mínimo.

La pertinencia y utilidad que resulta teniendo el principio de Autonomía de la Voluntad, para la aplicación de la política capitalista; VINCENZO ROPPO la explica así: "El dogma de la voluntad tiene un notable significado ideológico y político. Y tiene precisas consecuencias en el plano técnico, para la solución de importantes problemas de tratamiento en el contrato. El significado ideológico y político se encuentra en la conexión entre la voluntad y libertad. Exaltar la voluntad del individuo es precondición cultural para la fundación del modelo socioeconómico que se afirma en gran parte de occidente a partir de los primeros años del ochocientos: el modelo de la sociedad burguesa y la economía capitalista contrapuestas a la sociedad y a la economía del *ancient régime* (...). Por otro lado, el modelo de la economía precapitalista (proteccionismo, fuerte injerencia del poder público) la economía capitalista opone un modelo de políticas liberales (*Laissez Faire*) que dejan grandes espacios a la iniciativa privada y a los procesos de autorregulación de las fuerzas del mercado (comenzando por el mercado laboral) y mínimos espacios a intervenciones de regulación pública"(194).

Por su parte, la pertinencia y utilidad que resulta teniendo el principio de Autonomía Privada, para la aplicación de la política socialista, así como de la política económica mixta que resulta de la Economía Social de Mercado; ARNOLD PLANT la sintetiza de la siguiente manera: "El Estado podría intentar hacer que el mercado respondiera a metas sociales, como mayor justicia social, igualdad y pleno empleo"(195).

(194) ROPPO, "El contrato", cit., p. 59.

(195) Citado por Antony de JASAY, "Un análisis del Socialismo de Mercado: 'Este círculo cuadrado'", cit. p. 9.

Por tal razón, como se ha precisado (Ver II.3.5.), estos sistemas políticos ofrecen la posibilidad del intervencionismo estatal, en la contratación o mercado; para la protección jurídica del consumidor. En el caso del Socialismo tal intervencionismo es prácticamente total o generalizado, mientras que en el caso de la Economía Social de Mercado tal intervencionismo es solo parcial, o limitado, a los casos de protección de la parte débil de la contratación; la cual son los consumidores.

La diferencia estructural de los principios autonómicos puede apreciársele, entonces, en función a la manera como, cada uno de estos principios, invoca la intervención de la ley como defensa o garantía de los derechos o libertades contractuales que conforman dichos principios. DANILO CASTELLANOS así lo precisa: "Hay doctrinas que invocan la tutela de la ley como garantía de la libertad respecto de terceros, y doctrinas (por ejemplo el liberalismo en sentido estricto) que invocan la misma garantía respecto del Estado: las primeras invocan al Estado considerándolo 'liberador'; las segundas desconfían del Estado considerándolo (al menos virtualmente) opresor"(196).

Efectivamente, el principio de Autonomía Privada invoca la intervención de la ley para que el Estado, mediante ella, libere a los consumidores de los abusos de las empresas; considerando, por ello, a la ley, mediante la cual interviene el Estado, como "liberadora".

Por su parte, el principio de Autonomía de la Voluntad invoca la intervención de la ley para que esta libere a los particulares del intervencionismo del Estado; considerando, por ello, al Estado, como "opresor".

A la contratación en la que se produce el intervencionismo estatal, LUIS DIEZ PICAZO la generaliza calificándola como "contratos de economía intervenida"(197). Pero para que esta generalización

(196) CASTELLANOS, Danilo, "Libertad y Derecho Natural", en *Cuestiones Fundamentales de Derecho Natural*, Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 24-25.

(197) DIEZ PICAZO, Luis, "Fundamentos del Derecho Civil patrimonial", V. I, Civitas, Madrid, 1996, p. 132.

no resulte engañosa, se debe hacer una diferenciación o deslinde, necesario, al respecto.

Resulta que existen, en realidad, dos clases de "economía intervenida". Estas son la que es total, la cual la produce la aplicación del régimen económico de la Economía de Administración Centralizada; y la que es solo parcial y limitada, la cual la produce la aplicación del régimen económico de la Economía Social de Mercado.

Esta situación produce entonces, como lógica consecuencia, que existan dos clases de contratos de economía intervenida; las cuales son los contratos totalmente intervenidos y los contratos parcialmente intervenidos.

LUIS DIEZ PICAZO sí hace esta diferenciación o deslinde, pero de manera implícita: "Los contratos de economía intervenida son básicamente contratos normados o reglamentados, en los que el Estado asume la tarea de dotar legislativa o reglamentariamente de un contenido imperativo a determinados contratos. La reglamentación puede alcanzar a las prestaciones contractuales (v. gr.: fijación de precios) y puede alcanzar también al resto del contenido normativo del contrato. Este fenómeno puede obedecer a razones de política social. Como quiera que la igualdad entre los contratantes ha dejado de existir y el puro juego de la libertad contractual clásica supondría dejar a uno de los contratantes, el económicamente más débil, a merced del otro, el Estado interviene para restablecer el equilibrio"(198).

Puede apreciarse que con esta descripción este autor se refiere al régimen político económico de la Economía Social de Mercado, pues precisa que el intervencionismo estatal en la contratación es el resultado de una política "social" en el que éste carácter "social", lo constituye la recomposición del equilibrio o igualdad de las partes contratantes. Asimismo, cuando afirma que: "La intervención estatal

(198) *Ibídem*, pp. 132-133.

en los contratos y la imposición de un contenido contractual predeterminado reglamentariamente puede obedecer también a razones de política económica. El Estado asume la tarea de establecer los límites de la producción, el destino de las mercancías producidas, su exportación y la fijación de los precios mediante sistemas de cupos, de tasas, etc."[199]; puede apreciarse también que se está refiriendo al régimen político económico del Socialismo.

II.5. La crisis o decadencia, seguida de muerte, del concepto subjetivo (individualista o liberal) de contrato

"*¿Llevará el desengaño del contrato a desechar*
su concepto subjetivo como inútil o pernicioso?
¿Exigirá la reducción de su ámbito?
¿Impondrá un nuevo concepto de tal institución?
¿Seguirá considerándolo como la manifestación
más genuina de la autonomía de la voluntad?
¿Es sólo, tal desengaño, un fenómeno transitorio?"

Demófilo De Buen[200]

De todo lo explicado y demostrado, en los ítems anteriores, se ha comprobado ya, desde hace buen tiempo; que socioeconómica y jurídicamente se encuentra consumada ya, la superación conceptual del contrato, de subjetivo e individualista o liberal, a objetivo y social. Hace buen tiempo ya, entonces, que se saben las respuestas de las preguntas que Demófilo De Buen formuló respecto a la decadencia del concepto subjetivo del contrato; decadencia que identificó con el término de "desengaño y que se usan como epígrafe del presente ítem".

---

(199) *Ibídem*, p. 133.

(200) De Buen, Demófilo, "Ensayo sobre el concepto del contrato. Primera Parte: Problemática del concepto", Boletín del Instituto de Legislación Comparada y Derecho Internacional, Nº 1, Panamá, 1944, p. 79.

Así es, la decadencia del concepto subjetivo del contrato ha determinado que tales respuestas, respectivamente, sean las siguientes: Sí se ha desechado o descartado el concepto subjetivo e individualista o liberal del contrato, no por inútil; sino por pernicioso o dañino. Sí se ha reducido el ámbito del contrato, en cuanto a la voluntad mediante la cual se celebra el mismo. Sí se ha impuesto un nuevo concepto del contrato, el cual es el concepto objetivo y social del mismo. Ya no considera la decadencia del contrato a este como la manifestación más genuina de la autonomía de la voluntad. Ello porque ya no es esta autonomía el principio general que válidamente es aplicable para la contratación o mercado. Por último, no ha sido, la decadencia del contrato un fenómeno transitorio. Por el contrario, ha sido un fenómeno definitivo e irreversible en la contratación o mercado.

Por todo ello, se debe tener siempre presente y claro que la fraseología doctrinaria, harta conocida ya, consistente en "la crisis o decadencia del contrato", así como "la muerte del contrato"; sí son jurídicamente válidas. Esto es, son conceptos que sí forman parte de la nueva *Teoría General del Contrato*; pero solo para poder diferenciarla de la antigua teoría general del mismo, porque están referidos única y exclusivamente al concepto de contrato que identificaba a esta última teoría, el cual era el concepto subjetivo e individualista o liberal del mismo. Es por eso que en plena época de esta crisis o decadencia, HÉCTOR LAFAILLE daba cuenta de ella así: "No hay duda en cuanto a que el contrato en nuestros tiempos experimenta una decadencia. Es un episodio del desmedro que ha sufrido la denominada 'autonomía de la voluntad', de la que se abusó desgraciadamente cuando el individualismo estuvo en auge"[(201)].

En consecuencia, el contrato que entró en crisis o decadencia, la cual finalmente le produjo la muerte; fue únicamente el contrato individualista y liberal.

---

(201) LAFAILLE, "Derecho Civil-Contratos", T. I, cit., p. 23.

Por último, tal muerte o extinción, de este contrato; provocó algunos intentos de resurrección del mismo, todos los cuales, felizmente, siempre fallidos. Uno de estos intentos, precisamente, se dio en el Derecho peruano; concretamente en la Constitución de 1993. El mismo se estudia en el tercer capítulo de la presente obra doctrinaria.

II.6. Solución de la problemática jurídica sobre el fundamento de la obligatoriedad del contrato

Como ya se han determinado los conceptos de Autonomía de la Voluntad y Autonomía Privada, se puede ahora sí entonces contestar o dar respuesta a la pregunta correspondiente a la problemática jurídica sobre el fundamento de la obligatoriedad del contrato; la cual se planteó jusliterariamente (Ver II.).

Pues bien, resulta que al respecto caben las dos posibles respuestas. O sea el acuerdo entre Robinson Crusoe y Viernes, por el cual éste último aceptó trabajar para ambos; puede ser, indistintamente, obligatorio o no obligatorio para ellos. Ello resulta así por la manera de cómo se considere, jurídicamente, de dónde proviene la obligatoriedad de los actos jurídicos.

Así es, si jurídicamente se considera que la obligatoriedad de los actos jurídicos proviene de la voluntad humana, o sea si jurídicamente se adopta la teoría voluntarista y, con ello, el principio de Autonomía de la Voluntad; dicho acuerdo entre Robinson Crusoe y Viernes sí sería obligatorio. Pues así lo ha determinado la voluntad humana. Esto es, este acuerdo es de obligatorio cumplimiento para sus partes porque así lo ha impuesto la voluntad de las mismas.

Por el contrario, si jurídicamente se considera que la obligatoriedad de los actos jurídicos proviene de la ley impuesta por el Estado, y no de la voluntad humana, o sea si jurídicamente se adopta la teoría normativista y, con ello, el principio de Autonomía Privada; dicho acuerdo entre Robinson Crusoe y Viernes no sería obligatorio. Ello resulta del hecho de que en la isla, en la que habitaban estos dos perso-

najes, no se había creado o constituido un Estado que haya impuesto una ley que imponga que los contratos son obligatorios.

Quien advirtió o dio cuenta, muy didácticamente, sobre esta respuesta ambivalente, a la pregunta correspondiente a esta problemática jurídica, la cual se ha planteado utilizando el texto literario correspondiente a este acuerdo, para la determinación de la fuente de obligatoriedad del contrato; fue MANUEL DE LA PUENTE Y LAVALLE: "La respuesta varía según la noción que se tenga de la autonomía privada (...). Si adoptamos la teoría clásica de la autonomía de la voluntad, el solo acuerdo de voluntades entre Robinson Crusoe y Viernes, actuando a título particular, haría obligatorios las obligaciones convenidas entre ellos (...). Solo si Robinson Crusoe y Viernes decidieron crear un sistema de gobierno en la isla, aunque fuera constituido por ellos mismos, que dictara normas reguladoras de la vida en común, entre las que estuviera una que concediera fuerza obligatoria a las convenciones, entonces el acuerdo celebrado entre ellos sobre distribución sobre distribución de faenas tendría valor vinculante y sería exigible compulsivamente"(202).

Exactamente, la obligatoriedad de los actos jurídicos, entre ellos el contrato, siempre va a depender, pues, de la circunstancia consistente en el principio general que jurídicamente se adopte para la determinación o imposición de dicha obligatoriedad.

Como se ha reseñado al respecto, antiguamente se aplicaba el principio de la Autonomía de la Voluntad a las teorías generales del acto jurídico y del contrato. Por ello, en la época en que regía este principio, la respuesta a la pregunta susodicha era solo una y no ambivalente. Tal respuesta era en sentido afirmativo. Esto es el acuerdo entre Robinson Crusoe y Viernes sí era obligatorio, porque bajo este principio la fuente de la obligatoriedad de los actos jurídicos es la voluntad humana (teoría voluntarista); por lo cual el hecho o circunstancia de que no existiera

(202) DE LA PUENTE Y LAVALLE, "¿Por qué se contrata?", cit., pp. 335 y 336.

un Estado de por medio; ello no impedía que dichos actos adquieran obligatoriedad, pues esta, la obligatoriedad, no dependía del Estado, sino solo de dicha voluntad. Quien destacó esta respuesta fue EDGAR BODENHEIMER: "La circunstancia de que en la isla de Robinson no haya poder superior –no haya gobierno– que pueda garantizar y hacer cumplir fielmente el acuerdo, no destruye el carácter jurídico de la relación"[(203)].

Pero actualmente, como se viene demostrando en este capítulo, son dos las respuestas posibles que se pueden dar respecto a la obligatoriedad de los contratos, como es en este caso el contrato celebrado entre los personajes literarios de Robinson Crusoe y Viernes.

La otra respuesta es consecuencia de la aplicación del principio de Autonomía Privada a las teorías generales del acto jurídico y del contrato. Tal respuesta es en sentido negativo. Esto es, el acuerdo entre estos dos personajes no era obligatorio, porque bajo este principio la fuente de la obligatoriedad de los actos jurídicos es la ley (teoría normativista); por lo cual el hecho o circunstancia de que no exista Estado, que haya dictado una ley, que imponga esta obligatoriedad, ello sí impide entonces que dichos actos adquieran este efecto (obligatoriedad).

Pero definitivamente en la actualidad este escenario ya no es viable o posible para el Derecho Contractual. Ello porque ya no existen lugares, en el mundo, que no se encuentren bajo la vigencia de una legislación en particular. Esto es, ya no hay lugares en los que los individuos se puedan encontrar en estado de naturaleza, sin legislación alguna.

Es así entonces como los Estados, cuyos correspondientes elementos (poder, pueblo y territorio) les permite imponer sus respectivas legislaciones; en estas van a tener siempre que decidir, u optar, por uno de estos dos principios autonómicos y, consecuentemente con ello, por uno de estos dos regímenes económicos que les son correspondientes.

---

(203) BODENHEIMER, Edgar, "Teoría del Derecho", Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1997, pp. 16-17.

Mediante esta decisión, u opción legislativa, los Estados van a poder determinar si los contratos obligan porque así lo impone la voluntad de las partes (Autonomía de la Voluntad, Economía de Libre Mercado); o, por el contrario, obligan porque así lo impone la ley (Autonomía Privada, Economía Social de Mercado).

Puede advertirse, en consecuencia, que mediante esta decisión, u opción, los Estados también van a tener que definirse como tales. Esto es, van a tener que determinar qué clase de Estado son concretamente en cuanto a la ideología política que adopten; determinación que puede consistir en Estados liberales o en Estados sociales.

Ahora bien, ¿cuál de estas dos opciones es la que resulta correcta para la legislación, o normas correspondientes, al Derecho Contractual?

El correspondiente análisis que determina la respuesta, a esta fundamental pregunta, para este Derecho; se realiza en el siguiente ítem.

II.7. La problemática jurídica que genera el conflicto entre los principios de Autonomía de la Voluntad y Autonomía Privada, o la problemática jurídica sobre la relación entre la libertad y la ley. ¿Cómo consigue el Derecho que los contratantes sean libres en la contratación o mercado, sin o con intervencionismo estatal? ¿Es innecesario o necesario el intervencionismo estatal en la contratación o mercado? La opción, para la contratación o mercado, entre un Estado abstencionista o un Estado parcialmente intervencionista. ¿A quién debe proteger el Estado mediante el Derecho Contractual, a las empresas o a los consumidores?

"¿Sabes cómo se consigue hacerse libre?
Primero, ganando dinero; luego pensando. (…)
El montón, la masa, nunca será nada"
"Aurora roja"

Pío Baroja

PREGUNTA:

¿Cómo se consigue hacerse libre en la contratación o mercado, ganando dinero sin restricciones legales en defensa de los consumidores, o ganándolo con estas restricciones legales?

II.7.1. Planteamiento

¿Cuál de los principios autonómicos (Autonomía de la Voluntad y Autonomía Privada) es el válido o correcto para aplicarlo tanto en la *Teoría General del Acto Jurídico* como en la *Teoría General del Contrato*?

Esto es, ¿la autonomía negocial o potestad normativa, y con ello la obligatoriedad de los actos jurídicos, de dónde proviene; de la voluntad humana o de la ley?

Como se puede colegir, jurídicamente esta pregunta se traduce, finalmente, en la pregunta correspondiente a la opción o preferencia por una de las corrientes jusfilosóficas que fundamentan a estos principios. Esto es, en el conflicto entre estas dos corrientes jusfilosóficas, para la determinación de la obligatoriedad del contrato; ¿cuál de ellas prevalece, el Jusnaturalismo o el Positivismo?

Por su parte, económicamente esta pregunta se traduce, finalmente, en la pregunta correspondiente a la opción o preferencia por uno de los regímenes económicos que se vinculan con estos principios: ¿Qué régimen económico se debe preferir para la contratación o mercado, la Economía de Libre Mercado o la Economía Social de Mercado?

El planteamiento de esta problemática jurídica también la estoy haciendo de manera interdisciplinaria, auxiliándome de la Literatura, o sea utilizando el pasaje de un texto literario para ilustrar este planteamiento (aplicación del movimiento "*Derecho y Literatura*" en la variante "El Derecho en la Literatura"); de la misma manera en que inicié este Capítulo.

Estas opciones o preferencias equivalen, entonces, a tener que elegir entre mercados sin restricciones o con restricciones sociales, respectivamente; lo cual, a su vez, significa determinar si es necesario o no el intervencionismo estatal en la contratación. PIETRO PERLINGIERI acertadamente plantea que esta pregunta alude a dos perspectivas contrapuestas, las cuales son el mercado como garantía de la libertad y el mercado como negación de la libertad[204].

En tal virtud, tanto jurídicamente, como económicamente, la pregunta que debe responder, el Derecho Contractual, a través de los legisladores que lo crean; es la que se ha formulado al inicio de este ítem: ¿Cómo se consigue hacerse libre en la contratación o mercado, ganando dinero sin restricciones legales o ganándolo con restricciones legales?

En otras palabras, esta pregunta también se traduce en estas otras dos: ¿Se debe permitir al Estado intervenir en la contratación o mercado?, o ¿es innecesario o necesario el intervencionismo estatal en la contratación o mercado?

II.7.2. Análisis

Para un necesario orden, las respuestas a las preguntas que jurídica y económicamente, respectivamente, se han planteado; se deben determinar por separado.

En primer lugar, históricamente la respuesta, jurídicamente, fue en un inicio a favor del Jusnaturalismo; y con ello se negaba entonces la posibilidad del intervencionismo estatal en la contratación o mercado. Porque se consideraba a la autonomía negocial, o potestad normativa, como un derecho natural, llegando al extremo de calificarla como un dogma. Y todo esto se conseguía, jurídicamente, adoptando legislativamente el principio de Autonomía de la Voluntad.

---

(204) PERLINGIERI, Pietro, "El Derecho Civil en la legalidad constitucional según el sistema italo-comunitario de las fuentes", Dykinson, Madrid, 2008, p. 455.

Actualmente, por el contrario, la respuesta es a favor del Positivismo; y con ello sí se permite la posibilidad del intervencionismo estatal en la contratación o mercado. Así es, como se ha demostrado (Ver II.4.), actualmente se encuentra descartado, en la *Teoría General del Contrato* o Derecho Contractual, el principio de Autonomía de la Voluntad. Por ello, al contrato subjetivo e individualista o liberal, que se sustentaba en este principio; en dicha teoría o derecho, con total acierto, se le considera ya muerto.

Como se ha precisado (Ver II.3.5.), la necesidad de realizar protección de la parte débil de la contratación, la cual son los consumidores; fue la principal razón por la cual se llegó a comprobar que sí es necesario el intervencionismo estatal en la contratación o mercado. Es por ello principalmente que, jurídicamente, sí se debe permitir al Estado que intervenga en la misma.

Por eso, actualmente el concepto correcto de contrato es el objetivo y social; según el cual el efecto de obligatoriedad del mismo y, por ende, su validez, lo otorga la ley y no la voluntad humana. Esto es, los contratos son obligatorios y hay que cumplirlos; porque así lo ordena o exige la ley, y no porque así lo ordena y exige la voluntad de las partes. LUIGI FERRI, precisa esta situación destacando la posibilidad del intervencionismo estatal en la contratación: "En la ley vemos la fuente de validez de la norma negocial. La ley, la misma que puede ampliar el campo en el que actúa la autonomía privada, puede también restringirlo. La ley puede incluso, interviniendo posteriormente, modificar el contenido de una norma negocial ya establecida"[(205)].

En tal virtud, el que actualmente en la *Teoría General del Contrato* o Derecho Contractual se considere como válido únicamente al concepto objetivo y social del contrato; determina que es la teoría normativista, o sea el Positivismo, y no la teoría voluntarista, o sea el Jusnaturalismo; lo que resulta válido o correcto aplicar, en las teorías

(205) FERRI, "La autonomía privada", cit., p. 43.

generales del acto jurídico y del contrato, para determinar la fuente de la obligatoriedad de los actos jurídicos.

Como también se ha precisado (Ver II.4.), la muerte del concepto subjetivo e individualista o liberal de contrato, que se produjo ya, hace bastante tiempo; se debió a que el principio de Autonomía de la Voluntad, que sustentaba este concepto de contrato, entró en total decadencia.

Así es, este principio autonómico dejó de ser un dogma por el necesario intervencionismo estatal que debe haber en la contratación o mercado; con la finalidad de que el Estado combata la desigualdad económica de las partes de la contratación, realizando protección jurídica del consumidor, por ser la parte débil de la misma. Por tal razón, este principio autonómico se encuentra ya ampliamente descartado; tanto en la doctrina como en la legislación comparada, incluida la peruana, del Derecho Civil. HÉCTOR LAFAILLE dejó constancia de ello afirmando que: "Pasó la época en que reinaba sin disputa la 'autonomía de la voluntad' y en que el ser humano imponía su arbitrio, poco menos sin restricciones"(206).

La inexorable consecuencia de ello es que el fundamento de este principio, el cual es la teoría voluntarista, que llegó a convertir al aspecto subjetivo del contrato en dogma ("el dogma de la voluntad"); es en la actualidad una idea totalmente desfasada o desajustada en este Derecho. De tal manera que la conclusión que siempre se debe tener al respecto es como la precisan, en la doctrina antigua, ANTONIO CICU y LUIGI FERRI: "Acertadamente afirma Cicu que la libertad negocial (yo diría mejor la potestad, por las razones que hemos visto) no es una libertad natural o su residuo, sino una libertad derivada del Estado y no originaria; es una libertad jurídica"(207).

(206) LAFAILLE, "Derecho Civil-Contratos", cit., p. 3.

(207) *Ibídem*, p. 44.

Es por eso que en la doctrina moderna MASSIMO BIANCA, por ejemplo, también precisa esta situación destacando el concepto objetivo del contrato: "La superación del llamado dogma de la voluntad es hoy un hecho cumplido en el terreno del derecho positivo. La disciplina legislativa del contrato no hace depender la relevancia jurídica del acto de la realidad de la voluntad interna de las partes. El contrato no se valora como un fenómeno síquico, sino como un fenómeno social, esto es, que lo que importa es el valor objetivo que este fenómeno adquiera como acto de decisión mediante el cual las partes constituyen, extinguen o modifican una relación patrimonial"(208). Este descarte o superación, del principio de Autonomía de la Voluntad, que hace que se tenga que preferir por el principio opuesto, que es el de Autonomía Privada; lo describe también didácticamente, JUAN CARLOS REZZÓNICO: "No es ya concebible un sentido voluntarístico como explicación del acuerdo privado. Hay que prescindir de la 'mitología de la voluntad' y sin pagar tributo ni apego desmedido a lo declarado ni a lo querido, considerar el acto –no ya de autonomía de la voluntad sino de autonomía privada– como destinado a producir efectos jurídicos"(209).

En segundo lugar, históricamente la respuesta a la pregunta planteada, económicamente, era a favor de la Economía de Libre Mercado; y con ello económicamente se negaba también el intervencionismo estatal en la contratación o mercado. Como se ha precisado (Ver II.3.3.), ello se debió al triunfo, en el Renacimiento y la Edad Moderna, de la corriente filosófica del Individualismo que, políticamente, se le conoce como Liberalismo; la cual, económicamente, se le identifica con las reglas del *Dejar Hacer*, *Dejar Pasar* y *Dejar contratar* (Ver cita 108).

Como siempre ha sido, humanísticamente, la Literatura también contribuyó, ilustrativamente, para el necesario descarte o superación, que se tiene que hacer, de la Economía de Libre Mercado.

---

(208) BIANCA, "Derecho Civil", T. 3, "El contrato", cit., p. 41.

(209) REZZÓNICO, Juan Carlos, "Contratos con cláusulas predispuestas. Condiciones negociales generales", Astrea, Buenos Aires, 1978, p. 344.

En efecto, así como la Literatura contribuyó ilustrativamente al descarte o superación del principio de Autonomía de la Voluntad, para que sea reemplazado por el principio de Autonomía Privada; también contribuyó, de la misma manera, para evidenciar los fundamentos socioeconómicos que imponen la necesidad o exigencia de no optar por el liberalismo económico.

Así es, como se aprecia en la cita literaria que se está utilizando con fines ilustrativos, para este análisis; en ella se denuncia que lo que se asumía antes, como prioridad, para el mercado o contratación, es la existencia de una estricta relación entre la libertad y el lucro.

Efectivamente, en este pasaje literario de la novela "Aurora roja", mediante un diálogo interrogativo, con su respectiva respuesta; se hace la denuncia social sobre la validez o justificación de la idea de considerar como prioridad, en el mercado, el lucro o la ganancia dineraria, por encima de los derechos de los consumidores, o "la masa", que participan en el mismo. Esto es, pues, se cuestiona al liberalismo económico extremo, o a ultranza; o vulgarmente también identificado como capitalismo salvaje. MARCELO F. RESICO explica este liberalismo "extremo": "Como aquella que postula que la sociedad es un conjunto de mercados, que la economía es eficiente y se autoregula, y que el Estado siempre 'distorsiona' los resultados eficientes del mercado. Como resultado de esta postura teórica la política económica de este liberalismo se reduce al axioma de que en cualquier contexto y bajo cualquier circunstancia hay que 'reducir al Estado'"[(210)].

El célebre AZORÍN es quien ha aportado, de manera magistral, el análisis y cuestionamiento, precisos y contundentes; que jurídica y económicamente se pueden obtener de este pasaje literario de la novela "Aurora roja". Tal análisis y cuestionamiento es el siguiente: "Para ser fuertes, para ser libres, debemos tener dinero. La verdadera libertad

(210) RESICO F., Marcelo, "La economía social de mercado. Una opción de organización económica para Latinoamérica", cit. p. 51.

consiste en el dinero. ¿Y la muchedumbre de los desposeídos? ¿Y la masa enorme de los que no han podido apoderarse de la fuerza, de los que no han sabido hacerse libres?"(211).

Es por eso que actualmente, por el contrario, la respuesta a dicha pregunta, planteada económicamente, ya no es a favor de la Economía de Libre Mercado; sino a favor de la Economía Social de Mercado. Porque mediante este último régimen económico sí se permite el intervencionismo estatal en la contratación o mercado, para la protección de dicha "masa", o consumidores, que son la parte débil del mismo.

Así es, modernamente se ha comprobado ya que, económicamente, entre estos dos regímenes; la Economía Social de Mercado es el que resulta correcto preferir. La fundamentación económica correspondiente, a esta preferencia, se realiza en el tercer capítulo (Ver III.1.4.b.).

Esto significa, entonces, que en la confrontación jurídica planteada por PERLINGIERI (Ver cita 204), es el mercado como negación de la libertad absoluta, y no el mercado como garantía de la libertad; lo que resulta válido o correcto aplicar para la contratación o mercado.

Efectivamente, PIETRO PERLINGIERI confronta jurídicamente estos dos regímenes económicos para determinar si no es necesario, o sí lo es, el intervencionismo estatal en la contratación. Concluye o determina que jurídicamente sí es necesario este intervencionismo, porque: "La desenfrenada libertad del mercado se traduce en lucha y en conflicto, amenazando de ahogar en el agua helada del cálculo ego[istico los santos estremecimientos de la exaltación religiosa y ética, de relegar la dignidad personal a simple valor de cambio, exponiendo a los sujetos débiles derrotados o explotados, a la marginalidad. En tal modo el mercado se configura como un instrumento de debilitamiento

(211) AZORÍN, "Marea Roja", en *Tiempos y cosas*, Salvat Editores S.A., Colección Biblioteca Básica, Nº 76, Madrid, 1970, pp. 94 y 95.

de las relaciones sociales, que conduce a los hombres a una mercantilización infinita y el conflicto continuo que no puede encontrar una reducción o una modificación en la política sin restringir las libertades económicas, sin contaminar el cuadro de las libertades civiles"[212].

Puede advertirse que este autor justifica el intervencionismo estatal, en la contratación o mercado, al considerar necesaria la restricción de las libertades económicas y civiles. Asimismo, si bien este autor no utiliza los términos de Economía de Libre Mercado y Economía Social de Mercado; sí se refiere a estos regímenes económicos en la fundamentación mediante la cual llega a esta conclusión que se acaba de citar. Primero se refiere a la Economía de Libre Mercado cuando denuncia el riesgo que tiene todo mercado sin limitaciones, el cual consiste en que el mismo atente contra la dignidad personal, convirtiendo a las personas en simple valor de cambio; por lo cual el mercado puede convertirse en el instrumento de debilitamiento de las relaciones sociales. Y también se refiere a la Economía Social de Mercado, con dicha fundamentación, cuando afirma que la restricción, de dichas libertades, tiene como finalidad proteger a la parte débil de la contratación o mercado; y así evitar que quede relegado a la marginalidad, la cual, pues es una finalidad social.

Por eso, en la elección entre estos dos regímenes económicos, PIETRO PERLINGIERI demuestra que se debe preferir la Economía Social de Mercado, por la exigencia constitucional de la defensa de los derechos sociales de los consumidores: "Un *laissez faire* que se configura como proyección del espacio de libertad de una propiedad inviolable. Una libertad funcional para obtener siempre los objetivos económicos del mercado, que, asegurando el mantenimiento del cuadro político liberal, asume la relevancia constitucional del presupuesto de las libertades personales. A pesar de ello, el mismo

[212] PERLINGIERI, "El Derecho civil en la legalidad constitucional según el sistema ítalo comunitario de las fuentes", cit., pp. 457 y 458.

pensamiento económico justifica la existencia de un gobierno de la economía"[213].

Así es, el mercado no debe operar mediante libertades económicas sin restricciones, sino que estas deben estar siempre sujetas a un necesario control o limitación por parte del Estado; con una finalidad protectora de los derechos sociales de los consumidores, la cual es la finalidad social que ofrece la Economía Social de Mercado. Por eso GUIDO ALPA identifica acertadamente al negocio jurídico, en general, como "un símbolo de la libertad que es frenado (o 'controlado', si se quiere) y modelado por el ordenamiento positivo. La perspectiva adoptada por el Autor –'entre libertad y norma'- no es mecánica: se ubica a justa distancia de la posición que ensalza la autonomía, en contra de las intervenciones estatales y de la posición, por decirlo así, 'intervencionista', que magnifica el interés público –identificado con los intereses perseguidos por el ordenamiento jurídico–, en contra de las decisiones de los particulares"[214].

Porque de lo contrario, en la contratación o mercado imperaría la injusticia más perjudicial y lamentable que puede haber para la humanidad; la cual no es otra que la injusticia del más fuerte, descrita o planteada por el sofista TRASÍMACO: "La justicia no es otra cosa que lo que le conviene al más fuerte"[215].

En efecto, si la contratación o mercado opera sin restricciones, o sea sin que el Estado controle o limite el poder económico de las empresas, para proteger los derechos de los consumidores; entonces el mismo solo se regiría por el poder de los más fuertes, los cuales son las empresas. De tal manera que las leyes o el Derecho que impusiera un régimen de no intervencionismo estatal, para el mercado, estarían estableciendo, mediante ellas; la justicia que le conviene a los más fuertes.

---

(213) *Ibídem*, p. 457.

(214) ALPA, Guido, "Presentación", del libro "El negocio jurídico", Giovanni Battista FERRI, Ara, Lima, 2002, p. 8.

(215) PLATÓN, "La República", 338c.

II.7.3. Solución

De acuerdo a todo lo expuesto y demostrado, la respuesta a la pregunta correspondiente a la problemática jurídica sobre el conflicto entre los principios de Autonomía de la Voluntad y Autonomía Privada, o sobre la relación entre la libertad y la ley, la cual se planteó jusliterariamente (Ver II.5.1.); consiste entonces en que se consigue hacerse libre, en la contratación o mercado, ganando dinero con restricciones legales en defensa de los consumidores.

Solución que, por lo demás, se encuentra corroborada por opiniones muy autorizadas en la ciencia económica. Tal es el caso, a nivel internacional, de **JOSEPH STIGLITZ, Premio Nobel de Economía 2001,** quien ha demostrado con certeza que: **"*Los mercados sin trabas no son eficientes ni estables*"**(216). Y a nivel nacional es el caso de ROLANDO ARELLANO, quien refiere al respecto lo siguiente: "Creo que en temas de mercado por el momento así debería ser nuestro Estado: un 'big brother' al que podamos recurrir cuando tengamos problemas, y no uno que intervenga tanto que nos haga desear haber sido hijos únicos"(217).

Ahora bien, se deben indicar dos razones, necesarias e importantes, sobre la obra literaria que se ha elegido para reforzar ilustrativamente el análisis sobre la problemática jurídica correspondiente a este ítem.

En primer lugar, la primera razón, que se debe indicar, es el motivo por el cual no se eligió, para este estudio o análisis, a la célebre novela "1984" de GEORGE ORWELL(218); la cual es la obra literaria que

(216) STIGLITZ, Joseph, "Regulación Financiera y Democracia", en *Caretas*, Nº 2134, Lima, junio del 2010, p. 48.

(217) ARELLANO, Rolando, "Big Brother", diario "El Comercio", Lima, 29-6-15.

(218) Esta obra, así como también "Rebelión en la granja", son las novelas orwellianas que tienen gran contenido jurídico. Esta última novela fue una de las obras literarias que sí resultó pertinente utilizarla, ilustrativamente, para la solución de otra problemática jurídica; la cual es la correspondiente al régimen jurídico obligatorio de la

se suele preferir, para dicho análisis, por tener un mensaje antiestatalista. Se comprueba ello en el Perú, por ejemplo, en el último autor citado (ROLANDO ARELLANO); quien advierte bien que, en esta novela, ORWELL llamaba "*Big Brother*" al Estado que permanentemente vigila y controla(219).

Como se puede advertir, el mensaje antiestatalista, de esta novela, es en contra de los Estados totalitarios o totalmente intervencionistas. Lo cual no resulta pertinente, esto es, propicia o acorde, para el estudio o análisis de la problemática jurídica y económica que generan los Estados solo parcialmente intervencionistas; que es lo que sucede cuando estos adoptan el régimen económico de Economía Social de Mercado.

En segundo lugar, la otra razón que se debe indicar, sobre la obra literaria que se ha elegido, para reforzar ilustrativamente el análisis sobre la problemática jurídica correspondiente a este ítem; consiste en la aclaración de que, dicha obra, no es, como sugiere su título, una apología de la ideología política del comunismo. Lamentablemente, este título puede llevar a pensar que esta novela tiene este contenido. Es más, podría pensarse que la traducción vulgar, del mismo, sería el de "Amanecer comunista".

Sin embargo, no es así en absoluto. La lectura cabal, de esta novela, revela que la misma es, más bien, la apología de una ideología política distinta; la cual es la del anarquismo. Así es, PÍO BAROJA fue un reconocido partidario o seguidor de esta ideología política; como en esa época (fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX) lo fueron muchos de los intelectuales del mundo entero. En el Perú fue el caso, por ejemplo, del célebre MANUEL GONZÁLEZ PRADA.

OPA. (Véase "La contratación del mercado de valores", Miguel TORRES MÉNDEZ, Grijley, Lima, 2012). También las novelas orwellianas tienen contenido económico, siendo esa la razón por la que el economista nacional, Rolando ARELLANO, utiliza una de ellas en su estudio o análisis económico (Ver cita anterior a esta).

(219) ARELLANO, "Big Brother", cit.

En efecto, el título de esta novela se debe a que uno de los personajes de la misma, Juan, funda, junto con sus compañeros, el grupo "Aurora roja"; el cual no era un partido comunista, sino un partido anarquista. Ello demuestra que Baroja sentía simpatía por las figuras de los anarquistas célebres de la época y gustaba más de sus ideas que de las de los socialistas.

Pero tampoco debe pensarse que se ha utilizado ilustrativamente esta novela por su mensaje político, el cual concretamente es anarquista. Actualmente esta ideología política es inviable. No, para efectos ilustrativos se utilizó esta novela debido a que muchos de sus capítulos están dedicados, exclusivamente, a analizar problemáticas trascendentes o relevantes para el Derecho.

Tales problemáticas son las correspondientes a la justicia social, a los regímenes políticos, a los derechos individuales; y a las leyes. Problemáticas que sí resultan pertinentes, ilustrativamente, para explicar la solución que en este ítem se está determinando para la problemática jurídica del antagonismo entre libertad y ley en la contratación o mercado (Autonomía de la Voluntad-Autonomía Privada/Economía de Libre Mercado-Economía Social de Mercado).

Precisamente, la "Justicia Social" es un concepto de justicia en particular que resulta determinante para solucionar este antagonismo; concepto que se estudia en el siguiente capítulo.

II.8. La Buena Fe como el principio general que sustenta la obligatoriedad del contrato. El rescate ético-jurídico de este principio, como fundamento de esta obligatoriedad, propuesto por John Rawls al Derecho Contractual: El rescate de la diosa romana *Fides*, con su posterior evolución, para la justificación de la obligatoriedad del contrato

Como en la presente obra doctrinaria se ha demostrado que, actualmente, entre los principios de Autonomía de la voluntad y Au-

tonomía Privada, el que válida o correctamente se debe aplicar, a las teorías generales del acto jurídico y del contrato, es el de Autonomía Privada (Ver II.5.); ello a su vez hace que la obligatoriedad de los actos jurídicos dependa de la ley. Así es, depende de la existencia de una ley que imponga que los actos jurídicos son obligatorios y por eso hay que cumplirlos.

Por ello, cuando no sea posible aplicar el principio de Autonomía Privada, por no haber una ley que imponga esta obligatoriedad; los actos jurídicos como el contrato no tendrían carácter vinculante por imposición de la ley, como debería ser, sino por imposición de la voluntad humana; lo cual sería muy riesgoso.

Efectivamente, siguiendo con el ejemplo literario del acuerdo entre Robinson Crusoe y Viernes; como se ha precisado, en aplicación del principio de Autonomía Privada este contrato no es obligatorio o vinculante por no haber un Estado que haya dictado una ley que imponga esta obligatoriedad. Pero como un contrato no puede dejar de producir el efecto jurídico de la obligatoriedad, porque de ser así se desnaturalizaría totalmente, o sea dejaría de ser contrato; este efecto (la obligatoriedad) tendría que obtenerlo entonces de la voluntad humana, lo cual, pues, también sería muy riesgoso.

Esto significa, en consecuencia, que cuando haya imposibilidad de aplicar el principio de Autonomía Privada, por ausencia de la ley; solo quedaría aplicar entonces el principio de Autonomía de la Voluntad.

Así es, como se está precisando, si bien en aplicación del principio de Autonomía Privada los contratos obtienen obligatoriedad de la ley; ello no significa o debe llevar a pensar que, por tanto, en ausencia de ella, los contratos no obligan y, por ende, no puede exigirse su cumplimiento.

No, lo que sucede exactamente en este caso es que la ausencia de la ley solo impide utilizar el fundamento de la teoría normativista y, por ello, el principio de Autonomía Privada; para dar obligatoriedad a

los contratos. Frente a lo cual este efecto o carácter (la obligatoriedad) lo tendrá que obtener del otro principio autonómico, el cual es el de la Autonomía de la Voluntad.

En efecto, el contrato entre Robinson Crusoe y Viernes si bien no podía obtener obligatoriedad de la ley, porque ésta no existía en la isla que habitaban ambos; tuvo que obtener entonces obligatoriedad de la voluntad de las partes del mismo. Y fue así, pues, como estos personajes ejecutaron o cumplieron este contrato en el argumento de la novela. Esto es, ante la falta de una ley, que les obligara a este cumplimiento, lo que los obligó al mismo fue entonces su voluntad.

Pero esta situación es riesgosa porque, como se ha demostrado, la aplicación del principio de Autonomía de la Voluntad impide el intervencionismo estatal en la contratación; el cual, como se ha demostrado también, tanto a nivel jurídico, como a nivel económico, sí es necesario. Es absolutamente necesario por razones o fines sociales y esenciales del Derecho, como son la Protección del Consumidor y la Seguridad Jurídica; respectivamente. De tal manera que, por estas razones tampoco, en el caso extremo de ausencia de la ley, la voluntad humana puede ser la fuente de la obligatoriedad del contrato.

Es así como modernamente, en la *Teoría General del Derecho*, se ha vuelto a proponer que se aplique nuevamente el principio general, que no es del Derecho Civil en particular, sino del Derecho en general; que históricamente fue el primero en ser considerado como la fuente o el fundamento de la obligatoriedad del contrato. Tal principio es el de la Buena Fe.

Quien propone rescatar la aplicación de este otro principio general, como el fundamento de la obligatoriedad del contrato, no desde la Filosofía del Derecho en particular, sino desde la Filosofía en general; es JOHN RAWLS, quien fuera célebre profesor de la Universidad de Harvard y es uno de los filósofos modernos más reconocidos e influyentes actualmente. Su fundamentación al respecto es la siguiente:

"Una vez que una persona pronuncia las palabras 'prometo hacer x' en las circunstancias apropiadas definidas por una práctica justa, hace una promesa *bona fide*. Es esencial, como he dicho antes, distinguir entre la regla de prometer y el principio de fidelidad. La regla es simplemente una convención constitutiva, mientras que el principio de fidelidad es un principio moral"(220).

El contenido ético del principio general de la Buena Fe lo destaca también la doctrina contractualista moderna. Así MASSIMO BIANCA refiere al respecto que: "La buena fe representa así uno de los principios basilares de nuestro ordenamiento social, y el fundamento ético que se le reconoce encuentra correspondencia en la idea de una moral social activa que se pone más allá de los confines tradicionales de las buenas costumbres"(221).

Ahora bien, la doctrina contractualista, tanto clásica como moderna, si bien reconoce que la obligatoriedad del contrato tiene un fundamento ético constituido por el principio de Buena Fe; no reconoce que deba prevalecer, este principio, sobre el de Autonomía Privada.

Así, en la doctrina clásica MARCEL PLANIOL y GEORGES RIPERT destacaron que lo pactado en los contratos contiene un gran contenido moral, porque tanto el no evadir las obligaciones libremente contraídas, como la eventual intervención de los poderes públicos cuando estas no se cumplían; constituyen una característica esencial de las sociedades civilizadas(222). Y por eso después GEORGES RIPERT llegó incluso a proclamar que: "La fidelidad jurada debe ser respetada"(223).

---

(220) RAWLS, John, "Teoría de la justicia", Fondo de Cultura Económica, México, D. F., 2000, p. 317.

(221) BIANCA, "Derecho Civil", T. 3, "El contrato", cit. p. 523.

(222) PLANIOL, Marcel/RIPERT, Georges/ESMEIN, Paul, "Tratado práctico de derecho civil francés", T. VI, Cultural, La Habana, 1946, p. 515.

(223) RIPERT, Georges, "Le régime démocratique et le droit civil moderne", Librairie, Gènèrale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1948, p. 252.

Por su parte, en la doctrina moderna VINCENZO ROPPO destaca que: "El vínculo contractual tiene ciertamente una razón ética. La otra fórmula que habitualmente lo expresa tiene el sentido de un imperativo moral: '*pacta sunt servanda*'. Es el imperativo moral de fidelidad a la palabra dada, de no traicionar el compromiso dado, de asumir la responsabilidad de sus elecciones, de afrontar las consecuencias de sus decisiones"(224).

Debe destacarse que esta propuesta, de volver a aplicar el principio general de Buena Fe, como el fundamento de la obligatoriedad del contrato; se trata, en realidad, de una nueva propuesta de rescate histórico de este principio.

Porque tal propuesta de rescate, de este principio como tal fundamento, ya se había dado varios siglos atrás; pero desde entonces se encontraba totalmente olvidado en el Derecho Contractual. Esta propuesta doctrinariamente se dio en Francia en los siglos XVII y XVIII, por los históricos juristas franceses JEAN DOMAT y ROBERT POTHIER; respectivamente. MANUEL DE LA PUENTE Y LAVALLE reseña al respecto que: "Para éstos la justificación de la fuerza obligatoria de los contratos es esencialmente moral y descansa no sobre la voluntad individual, sino sobre un deber de conciencia, de tal manera que las convenciones, además de respetar el orden público y las buenas costumbres, deben inspirarse en la buena fe y en la equidad"(225).

Así es, fue JEAN DOMAT el que en la doctrina jurídica propuso, por primera vez, que debía volverse a aplicar el principio de Buena Fe como el fundamento de la obligatoriedad del contrato(226).

Probablemente DOMAT se inspiró en el pensamiento del filósofo italiano GIAMBATTISTA VICO, el cual fue abogado y contemporáneo

(224) ROPPO, "El contrato", cit., p. 496.

(225) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, "El contrato en general", T. I, Palestra Editores, Lima, 2001, p. 200.

(226) DOMAT, Jean, "Los civiles", Libro I, Tit. I., sec. I, nums. 5 a 9.

suyo. Este propuso, desde la Filosofía, que existe como principio un deber de veracidad, que debemos cumplir todos; el cual es el que obliga a cada uno tener que cumplir sus promesas. Como se puede advertir, este deber tiene contenido ético, siendo por ello que se le identificó con el principio jurídico de Buena Fe. Durante el siglo XVIII, y gran parte del XIX, en la doctrina jurídica fue identificado así y admitido como el principio general que justifica la obligatoriedad del contrato. JORGE GIORGI, ilustre tratadista italiano de las obligaciones, proclamaba a este deber, veracidad, como el principio jurídico correspondiente a esta obligatoriedad; así: "Uno puede hablar o callar, pero si habla y al hablar promete, la veracidad, ley nacida con el hombre, lo obliga al cumplimiento"[227].

Sin embargo, en la doctrina jurídica moderna no hay unanimidad en considerar que el deber moral de veracidad se identifique con el principio jurídico de Buena Fe como justificación de la obligatoriedad del contrato. Algunos, como HÉCTOR LAFAILLE, sí admiten esta identificación[228]. Otros, como FEDERICO PUIG PEÑA, la cuestionan porque adolece de vaguedad; por lo cual no alcanza a producir esta justificación[229].

La propuesta de DOMAT, de volver a aplicar el principio de Buena Fe, como el fundamento de la obligatoriedad del contrato; la hizo luego de advertir que el origen o fundamento, de una obligación contractual, es la otra obligación contractual que asume cada una las partes de un contrato. Si bien al advertir esta situación hizo referencia expresa a la causa, puede deducirse que implícitamente con ello también hizo referencia a la legítima confianza o Buena Fe que deben tener las partes contratantes. Ello se advierte del hecho de que en los contratos cada parte se obliga y cumple su obligación, porque confía

[227] Citado por Héctor LAFAILLE, "Derecho Civil-Contratos", T. I, cit., p. 34.

[228] LAFAILLE, "Derecho Civil-Contratos", T. I, cit., p. 34.

[229] Citado por Héctor LAFAILLE, "Derecho Civil-Contratos", T. I, cit., p. 34.

y espera que la otra haga exactamente lo mismo; por lealtad. Esto es, siempre las partes contratantes esperan ser leales entre sí, siempre se tienen esa legítima confianza.

Posteriormente, la propuesta doctrinaria jurídica por el rescate histórico, del principio de Buena Fe, como el fundamento de la obligatoriedad del contrato; fue retomada por el célebre jusfilósofo norteamericano ROSCOE POUND(230).

Debe advertirse bien al respecto, en consecuencia, que el concepto de Buena Fe que se está aplicando, como principio general que sustenta la obligatoriedad del contrato; es concretamente el objetivo y no el subjetivo. En tal virtud, se trata de la Buena Fe entendida como conductas de lealtad, fidelidad o confianza. Este es el original y auténtico principio de Buena Fe, tal como fue formulado en el Derecho Romano.

Como se sabe, existen dos conceptos de Buena Fe o, lo que es lo mismo, existen dos conceptos distintos en el Derecho que se denominan Buena Fe.

Uno de estos conceptos es el de la Buena Fe como creencia, o estado mental o sicológico, que tiene una persona en un determinado momento con respecto a alguna relación jurídica. Este es el concepto subjetivo de Buena Fe debido a que las creencias, o estados sicológicos o mentales, de las personas, forman parte de la subjetividad de las mismas. Esta situación de creencia, como estado sicológico o mental, que determina el concepto subjetivo de Buena Fe, se produce concretamente por la ignorancia de un hecho o circunstancia relevante respecto a alguna relación jurídica; sobre la que tiene interés la persona que tiene esta situación de creencia o ignorancia(231).

---

(230) POUND, Roscoe, "Social Control Through Law", Yale University Press, New Haven, 1942, pp. 81-83 y 112-118.

(231) En el Derecho Contractual la Buena Fe subjetiva solo es aplicable para la formación del contrato, como un complemento de la Buena Fe objetiva. Tal complemento se da concretamente en la aplicación de la *Teoría de la Confianza*, la cual es una de las

Así, los casos más conocidos, en los que se aplica la Buena Fe subjetiva, son el de la posesión como propietario del poseedor no propietario; y el del cónyuge sorprendido en el matrimonio contraído con bígamo(a). Como se sabe, en estos casos la ley protege a estas personas mediante el otorgamiento de derechos a su favor. A dicho poseedor le otorga el derecho de adquirir la propiedad del bien mediante un proceso judicial (*Usucapión*), y a dicho cónyuge le otorga el derecho de conseguir la anulación del matrimonio también mediante un proceso judicial.

Todas estas situaciones concernientes a los dos significados, o conceptos jurídicos, de Buena Fe; las describe bien JOSÉ PUIG BRUTAU: "La expresión 'buena fe' tiene dos sentidos, subjetivo y objetivo. En el primero se refiere a la intención con que obran las personas o a la creencia con que lo hacen, como al decir el código que es poseedor de buena fe el que ignora que en su título o modo de adquirir existe un vicio que lo invalide (artículos 433 y 195 c.c.). El sujeto recibe del Derecho un tratamiento favorable por encontrarse en la creencia, nacida de un error excusable, de que su conducta está en conformidad con el ordenamiento jurídico. En sentido objetivo se trata igualmente de juzgar la conducta del individuo, pero a base de tener en cuenta si se ajusta a las reglas admitidas acerca de lo que es recto y honesto. Así ocurre cuando se dice que los contratos, además de los efectos expresamente pactados, producen las consecuencias que sean conformes a la buena fe (Art. 1258 C.C.). Por tanto, en el primer supuesto se trata de un estado sicológico que el ordenamiento jurídico valora para determinar el tratamiento que el sujeto ha de recibir. La norma aplicable será elegida a través de

teorías intermedias sobre la formación del acto jurídico. Noemí NICOLAU, Carlos HERNÁNDEZ y Sandra FRUSTAGLI explican esta aplicación así: "Esa buena fe, que por un lado se denomina *buena fe lealtad* o *buena fe objetiva*, tiene además, otra acepción, la *buena fe subjetiva* o *buena fe creencia*, que es la convicción razonada y diligente del contratante que se atiene a lo que surge de la apariencia, de lo externo, porque existe una situación más o menos invencible para poner de resalto la verdad jurídica" (NICOLAU/ HERNÁNDEZ/FRUSTAGLI, "Comentarios al libro "Derecho Civil-Contratos", LAFAILLE, cit., p. 36).

la averiguación y determinación de cuál ha sido la efectiva creencia o intención personal del sujeto. En el segundo caso, en cambio, se trata de un criterio de valoración objetiva para juzgar si una conducta alcanza el nivel exigible. Es un criterio objetivo de valoración, un standard o prototipo de conducta, fundado en las reglas objetivas que tipifican la honradez en el comercio o en las relaciones sociales"[232].

Por tal razón, la Buena Fe subjetiva es simplemente un requisito que exige la ley para ejercer derechos que esta otorga. En tal virtud, no es un principio general del Derecho. Esto es, no es una regla superior que, como fin programático o rector, como standard o modelo de conducta, la ley obliga alcanzar u obtener.

En efecto, los principios generales tienen esta calidad de reglas superiores como fines programáticos o rectores, porque son conductas que de manera consciente o voluntaria deben las personas tener o cumplir; para que en la sociedad puedan alcanzarse o realizarse valores como la justicia y la seguridad jurídica. Es así como la lealtad, fidelidad y confianza, al ser conductas que las partes contratantes saben o son conscientes que deben tener o cumplir, en la contratación, para obtener o realizar estos valores en la misma; ello es lo que hace o determina que tales conductas sí tengan la calidad jurídica de "principio general"[233].

En cambio, la creencia desacertada de una situación jurídica, como la posesión como propietario sin serlo, y el matrimonio con un contrayente ya casado también sin saberlo; no son en absoluto conductas que de manera consciente o voluntaria deben las personas tener o cumplir para que en la sociedad se realicen los valores de la justicia y la seguridad jurídica. Todo lo contrario, dichas creencias son

---

(232) PUIG BRUTAU, José, "Introducción al Derecho Civil", Bosch, Barcelona, 1981, pp. 415 y 416.

(233) Para la apreciación de cómo la ley aplica el concepto de principio general como fin programático o rector, véase "La Contratación del Mercado de Valores", Miguel TORRES MÉNDEZ, Grijley, Lima, 2012, pp. 392.

conductas inconscientes o involuntarias porque las produce la ignorancia que tienen no todas las personas, sino solo algunas de ellas; las cuales les ocasionan daños. Es por ello, entonces, que estas conductas inconscientes o involuntarias nunca han sido, ni van a poder serlo, en el Derecho, consideradas como un principio general del mismo; como sí lo son las conductas que constituyen la Buena Fe objetiva.

De tal manera que debe tenerse siempre claro, al respecto, que no existe o es válido, en el Derecho, un concepto unitario de Buena Fe que, como principio genérico; admite dos especies o modalidades, las cuales son la objetiva y la subjetiva. Absolutamente no. La Buena Fe objetiva y la Buena Fe subjetiva, como se está demostrando, son dos conceptos jurídicos que por su contenido son totalmente distintos entre sí. Así es, mientras la primera es un principio general del Derecho, la segunda es solo un requisito legal subjetivo para el ejercicio de ciertos derechos.

Tan es así que la utilización del *nomen juris* de "Buena Fe", para la Buena Fe subjetiva, es indebida o impertinente porque es totalmente incorrecta. Ello se debe a un error histórico de traducción del correspondiente término latino, que el Derecho Romano designó, para las conductas que constituyen el principio general de la Buena Fe objetiva. Este término latino es de "*Fides*".

Pues bien, resulta que en el Derecho Romano la palabra "*Fides*" no significaba "Fe"; sino "Fidelidad". Las pruebas históricas, sobre este exacto último significado, son contundentes. Tales pruebas son la mitología romana y lo consagrado en las obras de doctrina jurídica de los que, en lo que fue la antigua Roma, fueron exponentes y operadores de este Derecho. Tal es el caso, por ejemplo, de CICERÓN. Una de las frases o principios que acuñó, este gran jurisconsulto romano, fue: "*Fundamentum Justitiae est fides*" ("*El fundamento de la Justicia en la Fidelidad*")[234].

[234] CICERÓN, Marco Tulio, "Los Oficios", en *Tratados Morales de Cicerón y Séneca*, traducción de Menéndez Pelayo, M. de Balbuena y Gallegos Roca Full, Cumbre, México D.F., 1977, p.168.

Como se aprecia de esta cita, la traducción de "*Fides*", en esta frase, es identificada como "Fidelidad" y no como "Fe". Ello se debe a la relación que se le da a este término, en esta frase, con el valor de la justicia.

Así es, solo si "*Fides*" significa "Fidelidad" tiene sentido o coherencia el vínculo o relación que, en esta frase, se le otorga a este término con este fin supremo o máximo valor del Derecho. Porque, efectivamente, para que haya justicia los operadores del Derecho deben ser fieles, en el sentido de leales y honestos, con sus deberes; como, por ejemplo, las obligaciones contractuales.

Por el contrario, si "*Fides*" significara "Fe" no tiene ningún sentido o coherencia el vínculo o relación que, en esta frase, se le otorga a este término con la justicia. Para que queden perfectamente claras estas situaciones, en cuanto a la traducción correcta o válida de este término latino; simplemente se debe analizar, por separado, cómo resulta esta frase con cada una de estas traducciones.

Empezando por "*Fides*" como "Fe", la traducción de dicha frase sería la siguiente: "*El fundamento de la justicia es la Fe*". Pues bien, si, como se sabe, "Fe" significa "Creencia"; cabe entonces preguntar lo siguiente: ¿El fundamento de la justicia es la creencia en qué? ¿En alguna religión? ¿En alguna convicción política o ideológica? ¿O tal vez sea, sin discriminar, la creencia en cualquier situación personal o subjetiva que pueda uno tener? En suma, ¿en qué es lo que se debe creer o tener fe para que haya justicia?

Como se puede advertir, la traducción de "*Fides*", como "Fe", no es en absoluto válida o correcta por dos razones. En primer lugar, porque no tiene ningún sentido o coherencia al resultar total y absolutamente vaga o indefinida; pues no puede saberse o determinarse en qué es lo que se debe creer o tener fe para que haya justicia.

Y en segundo lugar, porque aun cuando sí pueda saberse o determinarse en qué es lo que se debe creer o tener fe, para que haya

justicia; ¿acaso con la creencia o fe en algo se puede hacer justicia? Absolutamente no. No basta o es suficiente la creencia o fe, que las personas tengan en algo, para conseguir que haya justicia. Pues las creencias o "Fe", que tengan las personas, siempre van a quedar en el fuero interno o subjetividad de las mismas.

En cambio, con "*Fides*" como "Fidelidad" la traducción de dicha frase, como ya se ha indicado, es: "*El fundamento de la justicia es la fidelidad*". Esta traducción sí es la válida o correcta también por dos razones, las cuales son exactamente las opuestas o antagónicas de las razones por las cuales la otra traducción no es válida o correcta.

Así es, en primer lugar, "*Fides*" como "Fidelidad" sí tiene sentido o coherencia porque sí se puede saber o determinar en qué es lo que se debe tener fidelidad para que haya justicia. Efectivamente, como se viene explicando, se debe tener fidelidad en el sentido de lealtad y honestidad con los deberes que uno asume, para que haya justicia.

Y en segundo lugar, porque con el cumplimiento u observancia de estas conductas sí se puede conseguir o hacer justicia. Esta situación goza de una absoluta y total contundencia y claridad. Pues siendo fieles con los deberes que asumimos, como las obligaciones contractuales, en el sentido de ser leales y honestos al negociar, celebrar y ejecutar los contratos; esta conducta de fidelidad definitiva y contundente sí produce o hace justicia.

Esta correcta traducción de "*Fides*", como "Fidelidad", y no como "Fe"; se encuentra corroborada también por la doctrina moderna. Así, FRANÇOISE OST precisa la misma afirmando que: "Así, pues, el análisis del tiempo futuro del contrato nos lleva al redescubrimiento, en su plano posterior, del zócalo, absolutamente fundamental del universo normativo (ético, jurídico, político), a saber: la *fides* romana, la 'fe' constitutiva de los compromisos sociales, tanto públicos (leyes, tratados) como privados (contratos, convenios). Una fe cuyo sentido originario y fundador no es tanto el de la 'creencia' como el de la relación, de la vinculación interactiva, y cuya versión positiva se declina

en el modo de la 'buena fe', generadora de 'fidelidad' y de 'confianza', en tanto que la 'mala fe', generadora de 'desconfianza', de 'recelo', de 'perfidia' y de 'infidelidad', expresaría su aspecto negativo"[235]. Igualmente, EMILIO BETTI también precisa al respecto que: "*Fides* en este aspecto representa la actitud de lealtad, de fidelidad, que, según la concepción de la sociedad romana, es costumbre observar y legítimo esperar en las relaciones entre hombres de honor. (…) Debemos observar aquí que en la buena fe contractual a la que modernamente se refiere la ley, sea con respecto a la conclusión o a la interpretación del contrato, o sobre todo con respecto al cumplimiento de la obligación asumida, resuena de nuevo el sentido de la *fides* y de la *bona fides*, del que hemos hecho mención, sea como *fidelidad* a un acuerdo concluido, sea como *compromiso* en el cumplimiento de una expectativa ajena. Es esencialmente *fidelidad* y *compromiso de cooperación*"[236].

Igual precisión, de esta correcta traducción de "*Fides*" como "Fidelidad", y no como "fe"; la hacen KARL LARENZ[237], JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS[238], JOSÉ MARÍA MIQUEL[239] y GUSTAVO ORDOQUI CASTILLA[240].

Es bajo este significado, entonces, entendiendo a la Buena Fe como "Fidelidad"; como se puede considerar también, a este principio, como otro principio general en que se puede sustentar o justificar la obligatoriedad de los contratos.

---

[235] OST, "El tiempo del Derecho", cit., pp. 165 y 166.

[236] BETTI, Emilio, "Teoría general de las obligaciones", T. I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969, p. 84.

[237] LARENZ, Karl, "Derecho de obligaciones", T. I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, p. 142.

[238] DE LOS MOZOS, José Luis, "El principio de la Buena Fe", Bosch, Barcelona, 1965, p. 27.

[239] MIQUEL, José María, "Reflexiones en torno a la Buena Fe", en *Derecho Civil*, Universidad de Lima, 1992, p. 163.

[240] ORDOQUI CASTILLA, Gustavo, "Buena Fe en los contratos", Temis S.A.-Ubijus-Reus-Zavalía, Bogotá, México D.F., Madrid, Buenos Aires, 2011, p. 132.

Pero es necesario precisar también la razón o circunstancia por la que, en el Derecho, la Buena Fe también es otro principio que válidamente puede aplicarse para consagrar dicha obligatoriedad. Tal razón o circunstancia es concretamente, como lo ha destacado RAWLS (Ver cita 220), el contenido ético que tiene este principio.

En efecto, a diferencia de los principios de Autonomía de la Voluntad y Autonomía Privada, el principio de Buena Fe consiste concretamente en una regla de conducta que es considerada jusfilosóficamente como "buena" o "correcta"; porque mediante ella se puede obtener justicia y, de esta manera, paz y armonía en la sociedad. Esto es, mientras que estos principios, autonómicos, solo se limitan a dar valor a la voluntad y la ley, como creadores de la obligatoriedad del contrato, respectivamente; la Buena Fe, como creadora de esta obligatoriedad, incide o recae sobre la conducta ética que deben tener las partes de dicho acto jurídico.

Por tal razón, el principio de Buena Fe resultó finalmente identificándose como una aplicación concreta de una corriente jusfilosófica en particular; la cual es la *Teoría de los Valores*. JULIÁN MARÍAS conceptúa esta teoría como la corriente de pensamiento que se caracteriza por considerar a los valores como situaciones que nos obligan a estimarlas, esto es, a valorarlas; porque las calificamos como buenas(241). De tal manera que, según esta teoría, las situaciones que apreciamos o calificamos como "buenas"; es porque ello es el resultado de que las estimamos o valoramos; y, por eso, las calificamos como "valores".

De ello resulta, entonces, que esta teoría explica la aplicación de la Buena Fe, como el fundamento de la obligatoriedad del contrato; porque, en efecto, las conductas de lealtad, honestidad y confianza, mediante las cuales se cumple con este principio; siempre se las ha estimado o valorado como buenas. Es así entonces como la Moral, que es lo que indica lo que es bueno; ejerce una presión social sobre

(241) MARÍAS, Julián, "Historia de la Filosofía", Alianza Editorial, Madrid, 2014, p. 380.

el Derecho que le exige a calificarlo, a este principio, a través de los valores que la conforman; como las conductas que indican lo que es bueno y correcto para, en este caso, la contratación.

Por eso es que como conducta ética que es, el principio de Buena Fe, como también lo ha destacado RAWLS (Ver cita 220); se le aprecia acertadamente como una norma superior que debe ser respetada o cumplida siempre en todos los ámbitos de la sociedad, principalmente el jurídico.

Modernamente al principio general de Buena Fe también se le identifica bajo los términos de "Principio de Eticidad". Así se lo ha identificado en uno de los Códigos Civiles más modernos, el cual es el brasileño del año 2002. GUSTAVO ORDOQUI CASTILLA da cuenta de ello explicando cómo este Código se sustenta, en este principio; sustentación que es una aplicación concreta de la Teoría de los Valores: "Su aprobación tuvo en el principio general y superior de la buena fe, denominado en el caso 'principio de eticidad' uno de sus puntos de apoyo básicos. Esta obra jurídica, que quizás sea una de las más importantes de las realizadas en lo que va del siglo XXI, se sustenta, según su redactor y coordinador Miguel REALE, en ciertos principios básicos entre los que destacamos el principio de la eticidad y el principio de la socialidad. Con el primer principio, se busca la mayor participación de los valores éticos en el orden jurídico"(242).

Ahora bien, como se está destacando, la propuesta de que jurídicamente se vuelva a considerar al principio de Buena Fe, como la fuente de la obligatoriedad del contrato; no solo es un rescate ético-jurídico propuesto por DOMAT y POTHIER, sino que también es un rescate histórico jurídico propuesto por los mismos. Ello se debe a que esta doctrina clásica francesa, para hacer esta propuesta; simplemente se basó o tomó en cuenta el origen histórico que tiene este principio general del Derecho.

(242) ORDOQUI CASTILLA, "Buena Fe en los contratos", cit., p. 27.

La evidencia del origen histórico que tiene el principio de Buena Fe, como la fuente de obligatoriedad del contrato; se encuentra en la mitología romana. Tal evidencia concretamente es la diosa romana *Fides*, la cual inicialmente fue una idea o concepto de carácter religioso al que después, en la antigua Roma, se le personificó, a este concepto, como una diosa que representaba la exigencia o imposición del cumplimiento de los contratos. Era por ello, la diosa que representaba la obligatoriedad de los contratos. Esta evidencia histórica se encuentra corroborada tanto en la Filología, como en la Historia del Derecho.

Así, en la Filología, de la cual forma parte el estudio de las mitologías; FRANCESC LL. CARDONA afirma al respecto lo siguiente: "*Fides* significaba en Roma la personificación de la Palabra Dada. Se la representaba como una anciana de cabello blanco, incluso con mayor edad que el propio Jupiter, dando a entender que el respeto a la palabra dada es la base de cualquier orden político y social"(243).

Por su parte, en la Historia del Derecho, MARTHA LUCÍA NEME VILLARREAL, una de las mejores romanistas latinoamericanas, explica cómo en la religión de la antigua Roma; figuraba la diosa *Fides* como personificación divinizada del respeto a los contratos: "La diosa *Fides*, por su parte, constituyó la personificación divina del vínculo y del respeto a los *officia* o compromisos bilaterales existentes entre dos sujetos. De allí deviene que en edad mítica '*fides*' represente ese vínculo religioso sellado por un juramento, cuya violación constituye ofensa directa a la diosa, transgresión que era punida por Júpiter con todo su furor"(244).

Con esta reseña filológica e histórica ha quedado determinada, entonces, la respuesta al cuestionamiento que al respecto pertinentemente había planteado MASSIMO BIANCA: "La afirmación, a menudo

(243) CARDONA, Francesc LL., "Mitología romana", Brontes S.L., Barcelona, 2008, pp. 165 y 166.

(244) NEME VILLARREAL, Martha Lucía, "La buena fe en el derecho romano. Extensión del derecho de actuar conforme a buena fe en materia contractual", Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010, p. 35.

repetida, de que el derecho romano no conoció el contrato en general, sino apenas contratos singulares, es insuficiente. De lo que se trata es de saber, más bien, si y cuándo los romanos llegaron a reconocer eficacia vinculante al pacto y a prescindir de su pertenencia a categorías típicas conocidas"(245). Los romanos reconocieron obligatoriedad al contrato, y con ello empezaron a prescindir de sus contratos típicos para ello; desde que oficializaron el culto a la diosa *Fides* como el respeto sagrado, que deben tener las partes, a lo que se comprometieron en los contratos.

Como se puede advertir, en el Derecho Romano la imposición de la obligatoriedad de los contratos, o sea la exigencia jurídica del respeto o cumplimiento, de los mismos; se aplicó concretamente mediante una interpretación mítica. Ello era completamente natural, porque esta exigencia formaba parte de las costumbres que constituían el orden moral que, como fenómeno social; siempre han contado con una interpretación mítica en todas las grandes culturas o sociedades. Porque, como lo ha proclamado ERNEST CASSIRER para la posteridad: "No existe fenómeno natural ni de la vida humana que no sea capaz de una interpretación mítica"(246).

Es así como del origen histórico del principio de Buena Fe, corroborado por la Filología y por la Historia del Derecho; se comprueba rotundamente que el significado auténtico, del término latino "*Fides*", es el de "Fidelidad" y no el de "Fe". Así es, si en la antigua Roma "*Fides*" era la personificación divinizada del respeto a los contratos, este término solo podía significar, pues, "Fidelidad" o lealtad para el cumplimiento de los mismos; y no "Fe" o creencia subjetiva.

Posteriormente, con el paso del tiempo, el concepto religioso de la diosa *Fides* romana, como el fundamento de la obligatoriedad de los contratos; terminó transformándose o convirtiéndose en el concepto

(245) BIANCA, "Derecho Civil", T. 3, "El contrato", cit. p. 26.

(246) CASSIRER, Ernest, "Antropología filosófica", Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1999, p. 114.

de "*Bona Fides*" identificado como un principio general del Derecho. Esto es, terminó convirtiéndose en una regla jurídica superior, de carácter universal, que imponía dicha obligatoriedad.

Ello se debió a que el contenido conceptual, de la obligatoriedad de los contratos, cambió de estrictamente religioso (culto a la diosa *Fides*) a ético-jurídico (conducta buena o correcta: "*Bona Fides*"). MARTHA LUCÍA NEME VILLARREAL reseña cómo fue este cambio o transformación: "En un periodo no muy largo y como consecuencia del contacto con un más amplio ambiente del pensamiento, en especial con la sociedad griega, y de las particulares modificaciones en las relaciones sociales que suscitó el tráfico comercial emprendido con otras ciudades del Mediterráneo, pero sobre todo gracias a una 'orgullosa toma de conciencia de sí por parte de la misma sociedad romana', a los elementos rituales, religiosos se agregaron paulatinamente aquellos de naturaleza ético jurídica, cuyo acrecentamiento y desarrollo dieron lugar a una más compleja concepción de '*fides*'. En dicho proceso, se surtirá una transformación esencial en la concepción de '*fides*', la eficacia inmediata del símbolo de garantía que implicaba la entrega de la derecha, la invocación de los dioses, la sujeción personal, se transformará hasta llevar a los romanos a ver la sede de la '*fides*' ya no en la mano, en el juramento, ni en el vínculo corporal, sino en una convicción íntima de respeto a una concepción ético jurídica, relevante en cuanto estimada y reconocida por la comunidad como fundante del complejo de reglas con vocación universal, el *ius gentium*, aplicables en las relaciones jurídicas, la cual se denomina *bona fides*"[247].

La razón por la cual se produjo esta evolución conceptual romana de la "*Fides*", a la "*Bona Fides*", como sustento de la obligatoriedad de los contratos, la cual concretamente es una evolución del contenido de este concepto, de religioso a ético-jurídico; fue dar sustento a la obli-

[247] NEME VILLARREAL, "La buena fe en el derecho romano. Extensión del derecho de actuar conforme a buena fe en materia contractual", cit., p. 35.

gatoriedad de los contratos que no estaban protegidos por el Derecho Civil romano. Ello se debió a que en muchos contratos sus partes no tenían la ciudadanía romana, eran extranjeros, por lo cual en caso de incumplimiento de los mismos ellas no podían acceder a los procedimientos judiciales de tutela que existían en el Derecho Romano; los cuales estaban reservados solo para los ciudadanos.

MARTHA LUCÍA NEME VILLARREAL explica esta razón afirmando lo siguiente: "¿Cuál era entonces el sustento de aquellas relaciones? No era otro que la '*fides*', que es particularmente viva y operante en relación con los extranjeros, cuya posición y cuyas relaciones con los romanos se van determinando y desarrollando precisamente bajo la égida de la '*fides*'. Pero no puede tratarse de la '*fides*' que evoque la sujeción personal, ni de la meramente promisoria cargada de elementos religiosos, pues el nuevo entorno resulta incompatible, como hemos visto, con los componentes rituales, imbuidos de formalismo. Se trata de una '*fides*' que está inicialmente ligada a la fidelidad, que se compendia en la *constantia et veritas* y en el *fit quod dicitur* a que alude CICERÓN, y que supone una relación igualitaria regulada por un acto de compromiso que define dicha relación. En este contexto '*fides*' significará el respeto a la palabra empeñada, la escrupulosa y sincera observancia de las promesas y de los pactos, la veracidad y la constancia en los compromisos asumidos. En fin, una recíproca confianza en la palabra dada"[(248)].

Es por este origen histórico del principio general de Buena Fe, que en la presente obra doctrinaria se identifica, a la propuesta de JOHN RAWLS, de rescatar el mismo como la fuente de la obligatoriedad de los contratos; como el rescate de la diosa romana *Fides*, con su posterior evolución, para esta obligatoriedad.

Finalmente, se debe analizar si realmente en la contratación o mercado la Ética puede ser u operar como la fuente de la obligatoriedad del contrato. Esto es, se debe determinar si jurídicamente es posible

(248) *Ibídem*, pp. 102 y 103.

aplicar la Teoría de los Valores para determinar si el principio ético jurídico de la Buena Fe es el que realmente sustenta o justifica esta obligatoriedad; como sucedió en el Derecho Romano al personificarse inicialmente, en la antigua Roma, a este principio, como una diosa a la que se le debía rendir adoración o culto; concepto o idea que evolucionó después como una regla superior de contenido ético-jurídico.

En otras palabras, se debe determinar si es posible la propuesta de JOHN RAWLS, consistente en que el Derecho Contractual moderno recurra al rescate ético-religioso de la *Fidelidad* romana ("*Fides*"), para justificar la obligatoriedad del contrato; consagrando para ello exclusivamente al principio de la Buena Fe. Determinación que se puede reducir o sintetizar también en la siguiente interrogante: ¿En el Derecho Contractual moderno se puede rescatar a la diosa romana *Fides*, con su posterior evolución ético-jurídica, para imponer la obligatoriedad del contrato?

LUIS DIEZ PICAZO es de los que considera que no es posible la aplicación de la Ética para la sustentación de la obligatoriedad del contrato. Tal rechazo lo explica así: "No cabe duda que una posición como la transcrita, al tratar de fundamentar todo el Derecho de la Contratación en imperativos de orden ético, entraña un importante avance en la movilización por la vía del orden jurídico de las relaciones sociales. Sin embargo, no parece posible admitir que el fundamento de la obligatoriedad de los contratos se encuentre en un deber ético de veracidad y de fidelidad a la palabra dada. Ni ha sido así en la historia del Derecho ni es así en el Derecho positivo actual. Para comprobar lo primero basta recordar que en los ordenamientos jurídicos históricos no se dotó de acción ni a las promesas informales, ni a los simples pactos. Para comprobar lo segundo es suficiente tener en cuenta que cuando el ordenamiento jurídico exige unos determinados requisitos –por ejemplo, de forma– para la eficacia del contrato no basta la 'palabra dada' ni la confianza suscitada para que la obligatoriedad en el orden jurídico se produzca. En tales casos, en el orden moral, el deber de respetar la veracidad subsiste, pero en el orden jurídico no hay ver-

dadera obligatoriedad. Los contratos no obligan en el orden jurídico solo por respeto a la palabra, sino porque son cauces institucionales de realización de fines y de intereses"[249].

Como se puede advertir, el primer fundamento, que invoca este autor, no es totalmente correcto. Ello se comprueba del hecho de que, como se ha precisado en este subítem, en el ordenamiento jurídico histórico, del Derecho Romano; se recurrió al deber ético religioso de veracidad y de fidelidad, a la palabra dada, para evitar precisamente que los contratos que no estaban protegidos por el Derecho Civil romano, que son a los que alude este autor; carezcan de obligatoriedad.

Asimismo, el segundo fundamento de DIEZ PICAZO, para este rechazo, está dado en función de un criterio en particular, el cual es el positivista; o sea el de la concepción del Derecho como un conjunto de leyes. Pero definitivamente este no es el único criterio que se puede tomar en cuenta para concebir al Derecho y, por ende, para determinar la fuente de la obligatoriedad del contrato.

En tal virtud, la validez, o admisibilidad jurídica, de la fundamentación ética de la obligatoriedad del contrato, depende concretamente de la corriente jusfilosófica que se asuma para la concepción del Derecho. Así es, para la corriente positivista, que ha dominado mucho tiempo esta concepción, dicha fundamentación ética, como describe DIEZ PICAZO, no es posible. Ello por la sencilla razón de que esta corriente concibe que el Derecho está conformado únicamente por normas jurídicas (teoría pura kelseniana), por lo cual no tienen cabida en el mismo normas distintas a las mismas, como son las normas morales.

Esta es una de las razones por las que, el adalid de esta corriente, HANS KELSEN, llega a calificar de "pura" a la misma. Su explicación es la siguiente: "La segunda razón es porque distingue la Ciencia del

[249] DIEZ PICAZO, Luis, "Fundamentos del Derecho Civil patrimonial", V. I, Civitas, Madrid, 1996, p. 125.

Derecho de la Ética, que es la ciencia que describe normas, al igual que la Ciencia Jurídica, pero normas diferentes a las jurídicas, puesto que se refiere a las normas morales"[250].

En cambio, para las corrientes no positivistas, por no concebir que el Derecho está conformado únicamente por normas jurídicas desprovistas de la moral; las normas morales sí pueden tener cabida en el mismo, por lo cual sí es válida o admisible jurídicamente la fundamentación ética de la obligatoriedad del contrato mediante el principio de Buena Fe.

Tal es el caso, por ejemplo, del Jusnaturalismo. Como se sabe, esta corriente jusfilosófica consiste en considerar que el Derecho positivo, las leyes, debe ser elaborado de conformidad con los principios ideales que determinan o constituyen la naturaleza humana, los cuales son fijados por la racionalidad[251].

En tal virtud, como la Buena Fe o lealtad es una conducta que racionalmente siempre se ha exigido como un principio ideal propio del ser humano, o de la naturaleza humana; ello significa que, de acuerdo al Jusnaturalismo, el Derecho Contractual, o sea las leyes que regulan al contrato, debe consagrar este principio.

En efecto, este principio fue primero parte de la Ética y no del Derecho; siendo después asumido por esta ciencia social. Por ello, para esta corriente jusfilosófica, las normas morales, como es el caso del principio de Buena Fe; sí pueden, pues, justificar o fundamentar las leyes o el Derecho positivo.

PAOLO PRODI, destacado historiador europeo, explica de manera precisa cómo los varios principios que conforman el Jusna-

---

(250) KELSEN, Hans, "Introducción a la teoría pura del Derecho", Grijley-Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México-Asociación Peruana de Derecho Constitucional, Lima, 2001, p. 59.

(251) RECASÉNS SICHES, Luis, "Introducción al estudio del Derecho", Porrúa, México D. F. 1979, p. 42.

turalismo, entre ellos el de la Buena Fe, fueron extraídos de la Ética; lo cual produjo un proceso de fundación ética del Derecho: "El orden cósmico y natural ya no coincide automáticamente con el orden político, y se abre el problema de una tensión que ya no atañe solo al vínculo político, sino también a la organización judicial, la administración de justicia. La apelación a una justicia superior a las leyes escritas no sigue siendo abstracta, sino que comienza a concretarse en una serie de principios: la persona humana, la propiedad, la *fides*, etc. Eso lleva, pues, a un proceso de juridización de las normas de comportamiento de la comunidad y a un proceso de fundación ética del derecho nunca antes conocido"(252).

Fue así también como ROSCOE POUND, uno de los grandes juristas antipositivistas, aplicando el pensamiento de JOSEF KOHLER(253) determinó que ciertas reglas morales son "postulados básicos de la civilización"(254); entre los cuales figura el principio de Buena Fe. Respecto a este postulado o principio explica que en una sociedad civilizada los hombres deben poder contar con que aquellos con quienes tratan en el intercambio social actuarán de buena fe y que, por ello, cumplirán las expectativas razonables que deriven de sus promesas o de su conducta(255).

Puede apreciarse que lo que POUND advierte al hablar de "postulados básicos de la civilización" es que la Ética, los principios morales; siempre son el mínimo instrumento necesario para que una sociedad sea civilizada.

---

(252) PRODI, Paolo, "Una historia de la justicia", Katz, Madrid, 2008, p. 29.

(253) Josef KOHLER fue un gran jusfilósofo alemán, también antipositivista, que advirtió que las sociedades se civilizan mediante normas morales ("Filosofía del Derecho e Historia Universal del Derecho", Madrid, 1910). También fue seguidor del movimiento ***"Derecho y Literatura"***, en la variante "El Derecho en la Literatura". Fue muy famosa la polémica que sostuvo con IHERING, sobre la interpretación de la conducta de invocación de justicia del célebre personaje shakespiriano Shylock.

(254) POUND, "Interpretations of legal History", cit., pp. 148-150.

(255) *Ibídem*.

Esta calificación de la Ética, como el mínimo instrumento civilizador necesario, que deben tener las sociedades; requiere la necesaria explicación correspondiente, la cual es como sigue. Si bien, como se ha precisado, la ley es el instrumento civilizador por excelencia, resulta que antes de ella siempre han existido las costumbres por las que se han regido los pueblos, las cuales les indicaban a sus miembros cómo era "bueno" actuar; o cómo se debía actuar correctamente. Fue así como en Atenas, por ejemplo, pudo SOLÓN introducir la ley. Se basó en la moral y la religión para mejorarlas mediante la ley; y con ello poder darle, a dicha polis, una nueva dimensión política(256).

La Buena Fe, entonces, fue el primer principio general que jurídicamente se tomó en cuenta como el fundamento de la obligatoriedad del contrato. Y ello fue así porque históricamente este principio perteneció primero a la Ética religiosa, para luego ser asumido por el Derecho mediante el Jusnaturalismo. Es decir, ello fue posible por tendencias como esta que consideran válido, o admisible jurídicamente, que las normas morales formen parte del Derecho.

Esta situación de captación de la Ética por el Derecho, o conjunción o bifurcación, de estas dos disciplinas; históricamente ha sido calificado con acierto como "el fenómeno de intercambio recíproco en que la moral se juridiza y el derecho se moraliza"(257). O como "la evolución de la relación entre la esfera jurídica y la esfera moral, la cual es el de un proceso de ósmosis"(258).

Es por eso que grandes juristas antipositivistas, como los clásicos ya citados, JOSEF KOHLER y ROSCOE POUND, y también modernos como LUIS RECASENS SICHES(259), PHILIPPE

(256) VEGETTI, Mario, "La ética de los antiguos", Editorial Síntesis, Madrid, 1989, p. 72.

(257) *Ibídem*, p. 305.

(258) *Ibídem*, p. 359.

(259) RECASÉNS SICHES, Luis, "Tratado General de Filosofía del Derecho", Porrúa, México, D. F., 2006, p. 616.

MALAURIE[260] y FRANÇOISE OST[261]; proponen que la Buena Fe sea nuevamente el principio general que se identifique como el fundamento de la obligatoriedad del contrato.

Y esta propuesta tiene mucho sentido si se tiene en cuenta que el principio de Buena Fe, como conducta ética que es, siempre ha existido antes de la ley, y por eso no dependía de esta antes para su aplicación. O, viéndolo desde la perspectiva inversa, la ley, el Derecho, se llegó a moralizar, en gran parte, mediante este principio.

Así es, lealtad, honestidad y confianza; siempre han sido costumbres que indicaban a los pueblos el accionar o actuar de manera buena o correcta. Habiendo sido ello siempre así, cuando falte la ley, como es el caso de la isla de Robinson Crusoe, que es el escenario del texto literario que se ha utilizado en este estudio con fines ilustrativos; se hubiera podido aplicar este principio ético, invocándolo como la buena costumbre que deben tener todas las personas para que puedan tener confianza en la contratación, y justificar así su obligatoriedad.

Por tal razón, entre los principios generales de la Autonomía de la Voluntad y la Buena Fe, siempre será preferible exigir el cumplimiento de este último principio o conducta ética; antes que aplicar este principio autonómico, por los riesgos o inconvenientes que el mismo conlleva.

Ahora bien, esta reflexión o planteamiento no consiste en proponer que el principio moral de la Buena Fe sea suficiente para fundamentar la obligatoriedad del contrato, prescindiendo enteramente de la ley. Sucede que, en realidad, en un plano teórico sí sería suficiente, sin necesidad de la ley; pero definitivamente no en un plano práctico, que es en el cual se despliega o realiza la contratación.

---

(260) MALAURIE, Philippe, "Droit civil. Los obligations", Cifras, París, 1993, Nº 610.

(261) OST, "El tiempo del Derecho", cit., p. 169.

Efectivamente, teóricamente el principio de Buena Fe sí justifica y fundamenta la obligatoriedad del contrato mejor de como lo hacen los principios de Autonomía de la Voluntad y Autonomía Privada. Pero sucede también que es de evidente comprobación que la Ética, o los principios morales, no son autosuficientes, *per se*, para que puedan aplicarse a nivel práctico; sino que, para esta aplicación, necesitan ser concretamente mandatos imperativos, o sea mandatos con coerción; y ello sólo es posible cuando sean el contenido de normas o leyes.

La insuficiencia de los principios morales, para aplicarlos en la realidad socio-jurídica, como mandatos coercitivos; la explica ampliamente JOAQUÍN GARCÍA-HUIDOBRO: "Los principios morales que el hombre descubre en sí mismo y en su cultura son muy importantes, pero no bastan para organizar la vida personal y social, por varias razones. En primer lugar, porque a veces su conocimiento es difícil y requiere tiempo, esfuerzo y la colaboración de otras personas. De otra parte, porque no todos los problemas de la vida en sociedad se resuelven con dichos principios, por más que nos hallemos entre personas bien dispuestas y generosas. (...) Aun en el caso de que todos pudieran conocer los principios morales más importantes, siempre habrá personas que no están dispuestas a seguirlos, es decir, que no quieran cumplir con ese mínimo que es exigible para que funcione la vida social. Nunca faltan aquellos que, como en los antiguos buques, buscan viajar en la bodega, sin pagar. De ahí que sea imprescindible dotar a ciertas normas morales del apoyo de la fuerza. Tal es el carácter, por ejemplo, de un Código Penal: un conjunto de exigencias morales respaldadas por la coerción estatal. Estas son algunas de las razones que hacen necesaria la ley positiva, es decir, una forma de legalidad que está puesta por la voluntad de los hombres. (...) En el caso de las normas morales, es cierto que podemos decir que una buena parte de la convivencia social descansa sobre ellas, pero su positivación permite ahorrar tiempo y realizar una coordinación más efectiva"[(262)].

[(262)] GARCÍA-HUIDOBRO, Joaquín, "Una introducción a la tradición central de la Ética", Universidad de Piura-Palestra, Lima, 2009, pp. 133-135.

De tal manera que sólo en el caso extremo de ausencia de la ley, como es el caso del escenario literario de la isla de Robinson Crusoe; sería preferible que la obligatoriedad del contrato provenga de un principio ético y no del principio de Autonomía de la Voluntad. Ello resulta del hecho de que la Ética tiene carácter objetivo, mientras que la voluntad humana tiene carácter subjetivo; y, para la necesaria obligatoriedad que, por Seguridad Jurídica, deben tener los contratos, se debe preferir la objetividad en vez de la subjetividad.

Por tal razón, en el conflicto entre las corrientes jusfilosóficas del Jusnaturalismo y la Teoría de los Valores, que había surgido en la isla de Robinson Crusoe, para determinar de dónde proviene la obligatoriedad del contrato en ausencia de la ley; es esta última corriente la que resulta válida o correcta aplicar en las teorías generales del acto jurídico y del contrato. De tal manera que en los casos de ausencia de ley, como es el de este escenario literario, la obligatoriedad de los contratos debe provenir de la Buena Fe objetiva; en vez de la voluntad humana. Pues esta Buena Fe, por ser objetiva, sí otorga Seguridad Jurídica; en cambio dicha voluntad, por ser subjetiva, no ofrece tal seguridad.

En efecto, resulta mucho mejor, o preferible, que el contrato entre Robinson Crusoe y Viernes sea obligatorio no porque así lo manda o impone la voluntad de estas partes; sino porque así lo manda o impone la Ética mediante el principio de Buena Fe. Esto es, jurídicamente es mucho más conveniente que estas partes sepan que su contrato los obliga a cumplirlo porque así lo impone la lealtad, honestidad y confianza mutua que se deben tener entre sí; a que sepan que esta obligatoriedad la impone solo la voluntad de las mismas. Situación que, se puede apreciar, se aplica para toda la contratación en general.

Y cuando sí existe ley, lo cual actualmente es el caso generalizado, mucho más conveniente también resulta que las partes contratantes sepan que si bien la ley es la que formalmente hace obligatorio a un contrato; en esencia, o sustancialmente, esta obligatoriedad es dada o producida por la lealtad, honestidad y confianza mutua que se deben tener entre ellas.

En otras palabras, en la forma la obligatoriedad del contrato proviene de la ley; pero, en el fondo, proviene del principio ético de Buena Fe. O lo que es lo mismo, la obligatoriedad del contrato es el revestimiento jurídico de este principio ético.

Lo que en buena cuenta se está concluyendo, entonces, sobre la obligatoriedad de los contratos; es que puede comprobarse que este efecto jurídico resulta de la aplicación de una combinación de jusnaturalismo y positivismo. Así es, ello resulta del hecho de que la moral o buenas costumbres han sido siempre anteriores a las leyes o derecho positivo. De tal manera que lo que ha hecho, este último, es simplemente darle la forma de leyes a buenas costumbres como, precisamente, es el caso de la Buena Fe.

ADELA CORTINA explica esta combinación de corrientes jusfilosóficas, como creadora de la obligatoriedad de los contratos; en función del concepto filosófico político del contrato social. Para ello comprueba que existen varios hechos que son los presupuestos necesarios para que un Estado exista como resultado de tal contrato social: "Para que el contrato social tenga sentido, es preciso admitir un buen número de presupuestos 'anteriores' a este contrato. (…) El primero de los presupuestos para que un contrato social tenga sentido es el de reconocer como un deber moral que *hay que cumplir los pactos*. Y este deber no es propio del derecho positivo, sino un presupuesto moral o religioso del derecho positivo. (…) La idea de que 'se deben cumplir los pactos' o es un presupuesto moral de los pactos mismos, o no tiene sentido alguno obedecerla cuando el pacto no interesa. Siglos más tarde recodará Karl-Otto Apel frente a los defensores de la autosuficiencia del derecho positivo que sin el presupuesto moral *pacta sunt servanda* el derecho positivo carece de base"[(263)].

Por eso resulta correcto identificar a las reglas éticas, como la Buena Fe, concretamente como "principios ético-jurídicos"; como lo hace KARL LARENZ. Este también célebre jurista acertó al considerar

(263) CORTINA, Adela, "Alianza y contrato. Política, ética y religión", cit., p. 47.

que estos principios son "pautas orientadoras de normación jurídica que, en virtud de su propia fuerza de convicción, pueden 'justificar' decisiones jurídicas. Se distinguen de los principios técnico-jurídicos, que se basan en razones de oportunidad, por su contenido material de justicia. Algunos de ellos tienen el rango de normas constitucionales, otros, como el principio de 'Buena Fe', están expresados en las leyes, o se infiere de ellas"(264).

De tal manera que esta posibilidad de aplicación de principios ético-jurídicos, no sólo se da cuando falte la ley, sino también cuando ésta exista; no es una posición antipositivista que se asume jusfilosóficamente, como desaprensivamente podría pensarse.

No, la posibilidad de aplicación de la Ética, cuando excepcionalmente no haya ley, o siempre conjuntamente con la ley; forma parte de la realidad social, porque, como se está precisando, antes de la ley siempre han existido las costumbres por las que se han regido las sociedades o pueblos. BRIAN BARRY explica esta situación de la siguiente manera: "Ninguna sociedad se las ha arreglado nunca sólo con reglas legales. Algunas sociedades simples han funcionado sin una agencia especializada para hacer cumplir la ley y, por tanto, sin ninguna necesidad de apartar las normas legales de las morales"(265).

Es por eso que actualmente la doctrina moderna califica de error la adopción aislada de cualquiera de los principios autonómicos. Porque con la Autonomía de la Voluntad los contratos no tendrían la suficiente credibilidad social al depender su obligatoriedad únicamente de la voluntad humana.

Y, por su parte, con la Autonomía Privada resulta limitado o insuficiente hacer depender esta obligatoriedad únicamente de la autoridad del Estado, por ser este ente el que garantiza la misma mediante una

(264) LARENZ, Karl, "Metodología de la ciencia del derecho", Ariel, Barcelona, 1994, p. 418.

(265) BARRY, Brian, "La justicia como imparcialidad", Paidós, Barcelona, 1997, p. 62.

ley. Así da cuenta de ello FRANÇOISE OST: "Vemos en qué consistiría el error de relacionar el contrato exclusivamente con la voluntad 'autónoma' del sujeto que la hace: semejante intención autárquica no sería capaz de generar por sí misma un compromiso socialmente verosímil; a la inversa, resulta igualmente limitado reducir el contrato en la autoridad externa (heterónoma) del Leviatán (el Estado) que supuestamente constituye su garantía. Antes bien, el contrato es una figura dialéctica de mediación que le permite al sujeto subsumir sus intenciones voluntarias bajo previos principios éticos, movilizando y regenerando de esa manera las estructuras preexistentes de cooperación. Podríamos decir que cada contrato le da vida a una confianza preexistente sin la cual el primero no sería nada"(266).

Efectivamente, la conclusión a la que llega este jusfilósofo, es de fácil comprobación en la práctica o en los hechos. Cada contrato es realmente la ejecución o aplicación de las actitudes de confianza, lealtad y honestidad mutua entre las partes del mismo. Porque es únicamente de esta manera, mediante estas conductas, que las partes pueden llegar a negociar, celebrar y, finalmente, ejecutar cada contrato.

De tal manera que si las partes no se tienen mutuamente estas conductas, la contratación o mercado realmente sería inviable; o como lo precisa este jusfilósofo, "no sería nada".

Así es, empezando por el principio, ¿cómo sería posible negociar un contrato si las potenciales partes no se tienen confianza? Igualmente, si inicialmente estas partes sí se tuvieron confianza y empezaron la negociación de un contrato; ¿cómo sería posible que esta negociación concluya exitosamente con la celebración de este acto si las mismas no mantienen dicha confianza?

Por último, si las partes mantuvieron esta confianza, con la cual llegaron a celebrar el contrato; ¿cómo sería posible la ejecución o cum-

(266) OST, "El tiempo del Derecho", cit. p. 165.

plimiento del mismo si ellas no prolongan o extienden dicha confianza también para este último momento o etapa?

Es por todo ello que se debe culminar el presente ítem, dedicado al estudio del principio de Buena Fe como el principio general que puede justificar la obligatoriedad del contrato; coincidiendo con la conclusión a la que llega DANILO CASTELLANO: "El orden moral sería posible sólo en la sociedad 'política' y en virtud de la sociedad 'política'. El derecho positivo sería el requisito de la propia moral, porque la ética sería sólo del ciudadano y no del hombre"[(267)].

II.9. EL EJERCICIO DE LA AUTONOMÍA PRIVADA. LOS DERECHOS QUE CONFORMAN ESTE PRINCIPIO

¿La Autonomía Privada, como potestad negocial o normativa, cómo o de qué manera se puede ejercer fácticamente o en la práctica? Esto es, ¿cómo o de qué manera los particulares podemos ejercer esta potestad para celebrar contratos con carácter vinculante u obligatorio?

O, lo que es lo mismo, ¿cómo los particulares podemos ejercer la Autonomía Privada, con la que contamos porque nos la ha dado el Estado mediante leyes, para celebrar contratos como normas privadas?

Como puede colegirse, el ejercicio de esta potestad normativa es necesario determinarla para que este principio general, en el cual se sustenta la contratación, no permanezca o se quede en un plano meramente teórico; lo cual sería poco útil, o serviría de muy poco su conocimiento.

Pues bien, por Lógica Jurídica, como la Autonomía Privada es una potestad negocial o normativa, o sea es el poder o potestad de celebrar actos jurídicos con efectos obligatorios; ella solo se puede ejercer entonces mediante el ejercicio de derechos potestativos.

---

(267) CASTELLANO, Danilo, "Orden ético y derecho", Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 30.

Así, la Autonomía Privada se ejerce concretamente mediante el ejercicio, a su vez, de dos derechos potestativos en particular; los cuales doctrinariamente se les conoce con el nombre de "libertades".

Estos derechos autonómicos son la libertad de contratar y la libertad contractual. LUIGI FERRAJOLI precisa sobre ellos que son: "libertades positivas consistentes en *potestates agendi*, es decir, en la potestad de autodeterminarse, directamente en la esfera del mercado e indirectamente en la esfera pública de la política, mediante actos jurídicos potestativos"(268).

En efecto, la libertad de contratar y la libertad contractual son derechos potestativos, porque los mismos, como precisa ANDREAS VON TUHR: "Confieren al sujeto la facultad de provocar, si lo desea, un determinado efecto jurídico"(269). Por ello, como también lo precisa este autor, estas libertades son concretamente derechos potestativos en sentido estricto; porque "dentro de una situación concreta , confieren a una persona poder para engendrar, por su sola y exclusiva voluntad, un determinado efecto jurídico"(270). Tal situación concreta es la de acordar el consentimiento contractual, y el efecto jurídico a crear, mediante la misma; es la relación jurídica contractual.

II.9.1. La Libertad de Contratar

La libertad de contratar consiste concretamente en el derecho de poder decidir, libre y voluntariamente, si se quiere contratar o no. Efectivamente, los particulares somos autónomos porque podemos tomar libremente esta decisión; esto es, tenemos el poder de decidir, si así lo queremos o deseamos, contratar o no contratar.

Es así entonces como mediante el ejercicio de este derecho o libertad (de contratar), los particulares pueden empezar a ejercer el

(268) FERRAJOLI, Luigi, "Democracia y garantismo", Trotta, Madrid, 2010, p. 296.

(269) VON TUHR, Andreas, "Tratado de las obligaciones", Comares, Granada, 2006, p. 12.

(270) *Ibidem*.

principio de Autonomía Privada. De tal manera que en virtud de este primer derecho o libertad, a nadie se le puede obligar a contratar, debido a que esta es una libertad o derecho potestativo del cual gozan los particulares; porque son autónomos o, lo que es lo mismo, porque gozan de Autonomía Privada. FRANCESCO MESSINEO explica esta situación afirmando que: "Libertad de contratar es, pues, la libertad de estipular o no estipular: el contrato es un acuerdo y, por tanto, algo a que uno no puede ser obligado"(271).

Como puede apreciarse, la libertad de contratar es siempre, necesariamente, el primero de los derechos mediante los cuales los particulares pueden ejercer su Autonomía Privada; para poder regular sus intereses privados mediante normas privadas como son los contratos. Porque la autodeterminación contractual-normativa de derechos y obligaciones, que realizan los particulares, y en la cual consiste la Autonomía Privada; es la satisfacción de una necesidad esencial de los mismos. Tal necesidad es, como advierte MANUEL DE LA PUENTE Y LAVALLE, "la de relacionarse contractualmente entre sí"(272). Ello se debe a que solo mediante la satisfacción, de esta necesidad, los particulares pueden desenvolverse o interactuar socioeconómicamente.

Así es, para que los particulares puedan relacionarse socioeconómicamente, y así puedan subsistir, necesitan siempre contratar. No hay otra manera posible. De ahí la gran importancia y utilidad práctica que tiene el contrato como herramienta socioeconómica e institución jurídica.

En tal virtud, esta libertad o derecho tiene un valor jurídico superior o esencial para el ejercicio o desenvolvimiento de la persona. MASSIMO BIANCA explica acertadamente esta circunstancia afirmando que: "En realidad, el reconocimiento de la libertad del sujeto de disponer de sus propios bienes y de comprometerse para con otros según

(271) MESSINEO, "Doctrina general del contrato", cit., p. 19.

(272) DE LA PUENTE Y LAVALLE, "El contrato en general", T. I, cit., p. 208.

sus propias escogencias, debe considerarse –con prescindencia de una fórmula normativa específica– un valor fundamental del ordenamiento"[273]. Para luego seguir afirmando que la libertad de contratar es la: "libertad del sujeto de tomar libremente sus opciones *en el mercado*. La actividad negocial penetra la realidad socio-económica y está necesariamente condicionada a ella"[274].

Es por esta razón que este primer derecho, mediante el cual se ejerce la Autonomía Privada, siempre ha tenido consagración constitucional; porque siempre ha sido reconocido por las Constituciones como un *derecho fundamental de la persona*. Este valor jurídico superior o esencial, del cual goza, la libertad de contratar, ha hecho que este derecho tenga primacía o preponderancia sobre la otra libertad o derecho mediante el cual también se ejerce la Autonomía Privada; el cual es la libertad contractual o de configuración interna. Esta primacía o preponderancia se estudia en el Capítulo II de la presente obra.

Ahora bien, la libertad de contratar se ejerce siempre, necesariamente, en dos momentos.

Un primer momento es el correspondiente a la toma de decisión, por los particulares, de contratar o no contratar. En tal virtud, la libertad de contratar se puede ejercer tanto de manera positiva (sí querer contratar) como de manera negativa (no querer contratar).

Asimismo, en caso que en este primer momento los particulares ejerzan la libertad de contratar positivamente, esto es, en caso que decidan sí contratar; el segundo momento del ejercicio de esta libertad consiste, también necesariamente, en la elección de la parte cocontratante.

En efecto, la elección de la parte cocontratante es absolutamente necesaria porque el contrato, como acuerdo, es un acto jurídico plurilateral; lo cual significa que para su celebración, o existencia, es necesario la participación o concurso de dos o más partes.

---

(273) BIANCA, "Derecho civil", T. 3, "El contrato", cit. p. 52.

(274) *Ibídem*.

II.9.2. La Libertad Contractual o libertad de configuración interna

La libertad contractual o de configuración interna consiste concretamente en el derecho, que tienen las partes contratantes, de poder fijar o determinar ellas, y solo ellas, libre y voluntariamente también; el contenido del contrato que ya han decidido celebrar previamente ejerciendo la libertad de contratar.

En tal virtud, los particulares también son autónomos porque pueden fijar libremente sus contenidos contractuales, sin interferencias ajenas a ellos. Esto es, también son autónomos porque tienen el poder de determinar, de común acuerdo; los contenidos contractuales que mejor les parezca sin tal interferencia.

Debe destacarse entonces que la libertad contractual o de configuración interna en principio la deben ejercer las partes contratantes por igual, por lo cual el contenido contractual debe ser el resultado de la participación de todas las partes. Por eso FRANCESCO MESSINEO destaca que: "Libertad contractual significa, entretanto, que ninguna de las partes puede imponer unilateralmente a la otra el contenido del contrato y que este debe ser el resultado del libre debate entre ellas"(275). Es así entonces como mediante el ejercicio de este segundo derecho o libertad (contractual), los particulares pueden terminar de ejercer el principio de Autonomía Privada. MANUEL DE LA PUENTE Y LAVALLE lo explica así: "La libertad de configuración interna es un segundo paso, posterior al primero, mediante el cual las partes, ya decididas a contratar, acuerdan libremente cómo va a ser el contrato, adecuándolo a los intereses que buscan satisfacer mediante la conclusión del mismo. Es, figurativamente, como si las partes, resueltas a sentarse en la mesa de negociaciones, van concertando sus voluntades en dicha mesa para modelar a su gusto el contrato"(276).

(275) MESSINEO, "Doctrina general del contrato", cit., p. 16.

(276) DE LA PUENTE Y LAVALLE, "El contrato en general", T. I, cit., p. 208.

De tal manera que en virtud de este segundo derecho o libertad, a nadie se le puede imponer o modificar sus contenidos contractuales, debido a que esta es una libertad o derecho potestativo del cual gozan los particulares; porque son autónomos o, lo que es lo mismo, porque gozan de Autonomía Privada.

Es así como la libertad contractual, o de configuración interna, es siempre, necesariamente, el segundo de los derechos mediante los cuales los particulares pueden ejercer su Autonomía Privada; para poder regular sus intereses privados mediante normas privadas como son los contratos. Porque la autodeterminación de los contenidos contractuales (que se dividen en cláusulas), que realizan las partes contratantes, es necesaria para que estas puedan terminar de ejercer su Autonomía Privada. Puede advertirse, en consecuencia, que el ejercicio de la libertad contractual, o de configuración interna, produce como resultado la determinación del contenido normativo del contrato; mejor identificado como reglamento contractual.

Así es, como todos los actos jurídicos, los contratos son normas privadas, porque mediante los mismos los particulares autoregulan, o reglamentan, sus intereses privados. Y la única manera en que las partes contratantes pueden realizar esta autoregulación, o reglamentación, es ejerciendo la libertad contractual o de configuración interna. Por ello, las partes contratantes, además de ponerse de acuerdo para sí celebrar un contrato mediante el ejercicio de la libertad de contratar; también es necesario que se pongan de acuerdo para fijar o determinar el reglamento contractual, o cláusulas del mismo, mediante el ejercicio de la libertad contractual o de configuración interna. Por eso VINCENZO ROPPO precisa al respecto que: "Es el acuerdo el que define el reglamento contractual como mecanismo de la autonomía privada"[277].

[277] ROPPO, "El contrato", cit., p. 318.

CAPÍTULO III

ESTUDIO EXEGÉTICO DEL PRINCIPIO DE OBLIGATORIEDAD DEL CONTRATO: ANÁLISIS DE LAS NORMAS DE LA LEGISLACIÓN PERUANA RELATIVAS A ESTE PRINCIPIO

PLANTEAMIENTO INTRODUCTORIO: ¿Mediante qué principio general la legislación peruana impone o consagra la obligatoriedad del contrato?

Como se sabe, de acuerdo a lo explicado y demostrado en el capítulo anterior, los posibles principios generales, mediante los cuales legislativamente se puede imponer o consagrar, la obligatoriedad del contrato; son dos: Autonomía de la Voluntad y Autonomía Privada.

Se debe ahora entonces, en el presente capítulo, realizar el estudio exegético correspondiente, que permita determinar cuál de estos principios adopta la legislación peruana.

III.1. La Libertad de Contratar y la Libertad Contractual en la legislación peruana

III.1.1. La Libertad de Contratar en el Código Civil peruano

No existe una norma específica, en el Código Civil peruano, que de manera expresa regule o consagre la libertad de contratar.

Pero no debe pensarse que la falta de esta norma es un vacío legal, o laguna del Derecho, del que adolece este Código respecto al principal de los derechos o libertades mediante los cuales los particulares pueden ejercer su autonomía negocial o potestad normativa.

No, en absoluto es así. En el Código Civil peruano no hay ningún vacío legal o laguna del Derecho en cuanto a la libertad de contratar. Ello resultó así porque, en realidad, no era necesario que, en este Código, se hubiera tenido que dedicar una norma específica para regular este derecho o libertad. Fueron dos las razones para ello.

La primera de ellas consiste en que, por la trascendencia e importancia que tiene, como derecho subjetivo o personal, la libertad de contratar siempre ha tenido regulación o consagración constitucional. Esto es, ha sido siempre la Constitución política la ley en la que se ha dedicado una norma especial para regular este derecho o libertad. Porque es en las Constituciones en donde se deben regular o consagrar siempre los principales derechos de los cuales es titular la persona.

La otra razón consiste en que en la norma del Código Civil, que contiene la definición legal de contrato; se encuentra regulada o consagrada también, de manera implícita, la libertad de contratar.

Así es, tal norma es el artículo 1351, el cual establece que el contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial.

Como se puede concluir de la lógica jurídica correspondiente, al definir esta norma al contrato, como un acuerdo; implícitamente establece entonces que los particulares tienen libertad de contratar. Esta conclusión lógica resulta del hecho de que el acto de acordar o contratar se realiza mediante el ejercicio del derecho que existe para ello; el cual, pues, es la libertad de contratar.

De tal manera que si esta norma establece que los particulares pueden contratar, es porque con ello está estableciendo también que tienen o gozan, de este derecho. Por ello, esta norma, además de de-

finir al contrato, conjuntamente con ello también otorga el derecho o libertad de contratar a los particulares.

Por tal razón, siempre que se identifique al contrato como acuerdo, como lo hace esta norma, mediante esta identificación se está también regulando o consagrando el derecho o la libertad de contratar.

Como esta norma define legalmente al contrato indicando las funciones que puede cumplir el mismo respecto a una relación jurídica patrimonial; el análisis de esta norma sobre estas funciones se realiza en el quinto capítulo, el cual es el correspondiente al estudio exegético sobre la patrimonialidad del contrato.

III.1.2. La Libertad Contractual en el Código Civil peruano

III.1.2.a. Análisis del artículo 1354 del Código Civil

> **Artículo 1354.-** ***Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo.***

Como puede advertirse, a diferencia de la libertad de contratar que, como se ha precisado en el ítem anterior, el Código Civil peruano la regula o consagra, de manera implícita; este Código sí dedica una norma específica para regular o consagrar, de manera expresa, la libertad contractual o de configuración interna. Puede apreciarse fácilmente que esta norma regula o consagra este derecho o libertad.

Dado que en el texto o redacción, de esta norma, se encuentra correctamente descrito en qué consiste la libertad contractual o de configuración interna; todo lo que ya se explicado o precisado sobre este derecho o libertad en el capítulo anterior (Ver II.9.2.), es aplicable también entonces, *mutatis mutandis*, para el análisis o estudio exegético de esta norma.

Lo único que se debe agregar, para este análisis, es lo correspondiente al único límite que impone, esta norma; a la libertad con-

tractual o de configuración interna. Tal único límite lo constituyen las normas imperativas.

En efecto, la libertad contractual o de configuración interna, como todo derecho, no tiene carácter absoluto. En este caso el único límite que tiene el mismo son las normas imperativas; dentro de las cuales figuran las normas de Orden Público.

III.1.2.b. Análisis del artículo 1355 del Código Civil.

> **Artículo 1355**.- ***La ley, por consideraciones de interés social, público o ético puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos.***

Como puede advertirse, esta norma también regula la libertad contractual o de configuración interna, pero no para definirla o describirla, pues eso ya se ha hecho en el artículo 1354; sino para consagrar legalmente la posibilidad, que tiene el Estado, de limitar o recortar este derecho o libertad.

Por tal razón, esta es la norma de la legislación peruana que, de manera específica, permite al Estado intervenir en la contratación o mercado peruano. La norma de esta legislación que, de manera genérica, establece lo mismo; es el artículo 58 de la Constitución, al consagrar el régimen económico de la Economía Social de Mercado. Esta norma constitucional se analiza en el subítem III.1.4.a.

En efecto, al establecer el artículo 1355, del Código Civil, que legalmente se pueden imponer reglas o límites a los contratos, por los motivos o causales que la misma indica; con ello está otorgando al Estado, de manera específica, el derecho de intervenir en la contratación o mercado. Pues es el Estado, a través de uno de sus poderes, el que puede crear e imponer las leyes.

Asimismo, debe destacarse también que mediante la permisión específica del intervencionismo estatal en la contratación o mercado,

que establece esta norma; con ello esta impone la función social del contrato. Porque con la consagración legal de la posibilidad de este intervencionismo, como se ha precisado (Ver III.3.5.), con ello al contrato se le identifica legalmente mediante su concepto objetivo o social; y no mediante su concepto subjetivo e individualista o liberal.

Y adviértase bien que esta norma adopta el concepto social del contrato de manera expresa. Ello resulta de los términos iniciales, utilizados en la misma, consistentes en "*La ley, por consideraciones de interés social,….*".

Efectivamente, al invocar esta norma, el "interés social", para el contrato; con ello impone expresamente que el mismo debe cumplir una función social; con lo cual, pues, adopta un concepto objetivo y social del contrato.

Por ello, esta norma no solo establece la posibilidad legal de intervencionismo en la contratación o mercado, como un derecho a favor del Estado; sino que también impone una determinada situación jurídica como deber, para el mismo; el cual es la función social del contrato. Esto significa, entonces, que el intervencionismo en la contratación o mercado también es un deber que debe cumplir el Estado.

En tal virtud, esta norma es, al mismo tiempo, permisiva e impositiva. De acuerdo a la clasificación normativa moderna, que actualmente es seguida en la *Teoría General del Derecho*, y fue proporcionada por RONALD DWORKIN; concretamente es una norma deóntica[278].

Esta norma no ofreció ninguna complejidad o problemática, sobre su interpretación y aplicación, correspondientes; mientras estuvo vigente la Constitución de 1979. Ello porque guardaba perfecta concordancia, con esta última carta magna, en cuanto al intervencionismo estatal en la contratación.

---

[278] DWORKIN, Ronald, "Los derechos en serio", Planeta-De Agostini, Madrid, 1993, pp. 72 y ss.

Esto es, como la Constitución de 1979 no prohibía el intervencionismo estatal en la contratación, la norma bajo análisis sí resultaba, por tanto, concordante con ello.

Sin embargo, la Constitución de 1993, que actualmente rige al Estado peruano; contiene una norma que expresamente prohíbe el intervencionismo estatal en la contratación, la cual es el artículo 62. Ello ha dado lugar, como lógica consecuencia, que se haya suscitado una problemática jurídica respecto a la norma del Código Civil bajo análisis.

Tal problemática consiste en determinar si esta norma, del Código Civil, ha quedado derogada tácitamente por dicha norma constitucional prohibitiva; o si, por el contrario, se mantiene vigente.

MANUEL DE LA PUENTE Y LAVALLE plantea esta problemática en función del posible efecto del contrato en cuanto a su mutabilidad o inmutabilidad: "Debe tenerse presente que el Código Civil entiende la *libertad de contratar*, más propiamente llamada *libertad de configuración interna*, en un sentido similar al que le otorga la Constitución, pues su artículo 1354 establece que las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo. Lo que ocurre es que, a partir de esta inicial coincidencia, la Constitución deriva hacia la inmutabilidad del contrato por razón de leyes posteriores a su celebración, mientras que el Código Civil peruano permite que posteriormente puedan imponerse reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos ya celebrados"[(279)].

Pero en realidad esta problemática jurídica tiene un contenido más extenso y complejo. Esto se debe a la variedad del mismo, el cual no es solo jurídico; sino también jusfilosófico, filosófico político, y económico.

La ampliación del planteamiento de esta problemática jurídica, así como la solución, de la misma; se realiza en el análisis correspondiente de esta norma constitucional; el cual figura en el ítem III.1.4.

---

(279) DE LA PUENTE Y LAVALLE, "¿Por qué se contrata?", cit., p. 341.

Asimismo, las causales o motivos que la norma del Código Civil bajo análisis, establece para que se pueda dar válidamente el intervencionismo estatal en la contratación; también es necesario analizarlas. Estas causales tienen carácter excepcional, porque la misma establece que son los únicos casos en los que es posible este intervencionismo. Por ello, las mismas revisten una gran importancia contractual; por lo cual es necesario estudiarlas aparte, lo cual se hace en el tercer capítulo correspondiente a los casos de este intervencionismo en la contratación o mercado peruano.

III.1.3. La Libertad de Contratar en la Constitución política de 1993.

> **Artículo 2, inciso 14.-** ***Toda persona tiene derecho a contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público.***

Como puede advertirse, esta norma constitucional, en este inciso, consagra la libertad de contratar otorgándole la calidad de derecho fundamental de la persona.

En tal virtud, esta norma constitucional, en este inciso, regula el primero de los derechos o libertades mediante el cual los particulares pueden empezar a ejercer la autonomía negocial, o potestad normativa de la cual gozan; la cual es la libertad de contratar.

El rango constitucional del cual goza el derecho o libertad de contratar no es novedoso, pues las Constituciones políticas lo regulan siempre desde que se comprobó que sí es, o tiene, la calidad de derecho fundamental de la persona. Ello porque mediante su ejercicio las personas pueden satisfacer una necesidad socioeconómica básica o esencial, la cual es la de interrelacionarse jurídicamente para satisfacer necesidades patrimoniales.

Ahora, si bien esta norma constitucional, en este inciso, regula la libertad de contratar; no indica mediante cuál de los principios autonómicos los particulares pueden ejercer este derecho o libertad. (¿Autonomía de la Voluntad o Autonomía Privada?).

Esto es, no indica si este derecho o libertad lo pueden ejercer los particulares como un derecho natural, que la ley solo se los reconoce (Autonomía de la Voluntad); o como un derecho que recién lo adquieren los particulares cuando la ley se los otorga o concede (Autonomía Privada).

Por tal razón, se debe encontrar en otra norma el principio general que la legislación peruana adopta para imponer la obligatoriedad del contrato.

Otra norma constitucional que regula la libertad de contratar es el artículo 62, lo cual constituye una repetición de regulación constitucional de este derecho. Esta norma constitucional merece un estudio aparte no solo para saber por qué regula repetidamente la libertad de configuración interna; sino también porque esta es la norma que produce contradictoria o conflictiva.

III.1.4. La Libertad Contractual en la Constitución política de 1993. La problemática jurídica generada por la antinomia constitucional sobre el intervencionismo estatal en la contratación en el Perú.

III.1.4.a. Planteamiento. La antinomia constitucional sobre el intervencionismo estatal en la contratación o mercado peruano. ¿La Constitución peruana de 1993 protege a los consumidores o protege a las empresas?

> Artículo 58.- *La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.*

Esta norma constitucional adopta expresamente el régimen económico de la Economía Social de Mercado. Son varias las situaciones jurídicas que produce la adopción constitucional, de este régimen económico, por parte de esta norma; que se deben analizar.

Un primera situación jurídica, que se debe analizar, consiste en que como este régimen económico se identifica, a nivel jurídico, con el principio de Autonomía Privada (Ver II.3.5.); el mismo sí permite entonces el intervencionismo estatal en la contratación, para darle a esta un cariz o carácter social.

Así es, con la adopción del régimen económico de Economía Social de Mercado, por parte de esta norma constitucional; la Constitución de 1993 le impone entonces a la contratación o mercado peruano el cumplimiento de una función social.

Otra situación jurídica que produce la adopción del régimen económico de Economía Social de Mercado, por parte de esta norma constitucional, que se debe analizar; consiste en que al haberse adoptado este régimen en la Constitución de 1993, esta concretamente ha adoptado este concepto de justicia económica en particular, el cual es la directriz o guía orientadora, o sea el principio, que, en lo económico, debe cumplir todo el ordenamiento jurídico peruano.

Efectivamente, en este aspecto la Constitución de 1993 participa de una de las características del constitucionalismo moderno; la cual consiste en la imposición expresa, por parte de normas constitucionales, de principios de justicia que tienen esta finalidad principista. Esta característica del constitucionalismo moderno la destaca GUSTAVO ZAGREBELSKY: "El segundo rasgo característico del constitucionalismo de nuestro tiempo consiste en la fijación, mediante normas constitucionales, de principios de justicia material destinados a informar todo el ordenamiento jurídico. Esto constituye un cambio importante respecto a las concepciones del Estado de derecho. Durante mucho tiempo no se advirtió y tales principios fueron

relegados al limbo de las proclamaciones meramente 'políticas', sin incidencia jurídica práctica"[280].

La calidad de justicia económica, del régimen de Economía Social de Mercado, va a ser determinante para la solución de la antinomia constitucional sobre el intervencionismo estatal en la contratación o mercado peruano, que se está planteando en este subítem; y cuya solución se realiza en el siguiente subítem.

Finalmente, otra situación que produce la adopción del régimen económico de Economía Social de Mercado, por parte de esta norma constitucional, que también se debe analizar; consiste en que la imposición de la función social, para la contratación o mercado, sí la impone esta norma de manera expresa.

Así es, la interpretación literal o gramatical, de esta norma, indica que la Constitución impone, para la contratación o mercado peruano, la obligación de cumplir con una función social; y, de ello también resulta, entonces, que esta norma sí permite el intervencionismo estatal en el mismo. Esto es porque, como se ha precisado (Ver II.3.5.), una de las características esenciales, del régimen de Economía Social de Mercado, es, como indica su nombre; dotar a la contratación o mercado de un componente social, lo cual se consigue mediante el intervencionismo estatal en el mismo.

Por ello, la Constitución peruana de 1993 es una de las pocas Constituciones que consagra de manera expresa la función social del contrato. Pues el estudio constitucional comparatista revela que en ninguna otra Constitución se hace esta consagración de manera expresa (función social del contrato). De ello da cuenta, por ejemplo, para el caso de la Constitución española, MARÍA DEL CARMEN GETE- ALONSO Y CALERA: "La función social, hasta el momento, se predica del derecho subjetivo, de los derechos reales y en concreto de la propiedad. Función

(280) ZAGREBELSKY, Gustavo, "El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia", Trotta, Madrid, 2007, p. 93.

social que delimita el derecho constitucionalmente, vía legal (art. 33 CE). No existe un precepto paralelo al del derecho de propiedad, que exija que el contrato deba cubrir una determinada función social"(281).

Asimismo, constitucionalmente la imposición expresa, de la función social del contrato, para la contratación o mercado; no solo resulta de la adopción específica del régimen económico de Economía Social de Mercado; sino también de la adopción de regímenes económicos que, de manera genérica, invocan o consagran el interés colectivo o general. Así lo precisa MARÍA DEL CARMEN GETE- ALONSO Y CALERA, por ejemplo, también para el caso de la Constitución española: "Además, principio rector del sistema económico instaurado en la Constitución es que 'toda riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general' (art. 128.1 CE), lo que es una formulación que alcanza no sólo a los derechos reales sino también a los personales, de carácter patrimonial. El contrato no está liberado de cumplir la función social que le corresponda, función que depende de los intereses concretos de cada caso"(282).

> **Artículo 62 (Primer párrafo).-** ***La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual solo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.***

(281) GETE-ALONSO, "Estudios sobre el contrato", cit., p. 130.

(282) *Ibídem*.

La Libertad Contractual, o de configuración interna, mediante esta norma recién ha empezado a tener regulación constitucional a partir de la Constitución de 1993.

Efectivamente, antes de esta Constitución este derecho o libertad siempre estuvo regulada únicamente en el Código Civil.

Las primeras preguntas que se deben responder entonces, como parte del análisis de esta norma constitucional, son las siguientes: ¿A qué se debe este cambio legislativo? ¿Por qué ahora, con la Constitución de 1993, la libertad contractual o de configuración interna no basta que esté regulada solo en el Código Civil, sino que, además de ello, también resulta necesario que esté regulada en la Constitución?

Como puede advertirse, la respuesta a estas interrogantes resulta obvia, pues consiste simplemente en otorgarle también rango constitucional a este derecho o libertad. ¿Y qué se logra con ello? También resulta obvio: Darle la mayor importancia, o valor jurídico posible, a dicho derecho.

La finalidad que, como efecto o consecuencia, se pretende obtener mediante esta modificación o novedad, sobre la regulación legislativa de la libertad contractual, que contiene la Constitución de 1993; concretamente consiste entonces en conseguir que las leyes que limiten o vulneren este derecho sean declaradas inconstitucionales.

Así es, antes de esta Constitución, o sea con la Constitución de 1979, las leyes que limitaban o vulneraban este derecho no eran declaradas inconstitucionales, porque esta última Constitución no prohibía el intervencionismo estatal en la contratación; lo cual sí prohíbe la norma constitucional bajo análisis.

La finalidad de este cambio legislativo, en la regulación de la libertad contractual o de configuración interna, no ha sido otra, pues, que tratar de impedir al Estado la limitación de este derecho o libertad.

En otras palabras, la finalidad de este cambio legislativo es prohibir, al Estado, que intervenga en la contratación o mercado limitando la Autonomía Privada; prohibición que expresamente contiene la norma constitucional bajo análisis.

Por ello, esta norma constitucional adopta concretamente, para la contratación o mercado, el régimen económico de Economía de Libre Mercado. Lo cual significa, pues, económicamente, no otra cosa que el "*Laissez Faire*" ("*Dejar Hacer*") para la contratación o mercado.

Sin embargo, a pesar de este cambio legislativo, que pretende esta finalidad prohibitiva contra el Estado; en la Constitución vigente (1993) el artículo 58 sí permite el intervencionismo estatal, en la contratación o mercado, al adoptar el régimen económico de la Economía Social de Mercado.

Pues bien, ¿cómo es entonces esta situación contractual en el Perú? ¿De acuerdo a la Constitución vigente (1993), el Estado puede o no puede intervenir en la contratación?

Como se puede advertir, existe una antinomia constitucional generada por el conflicto, de lo que establecen estas normas, en cuanto a la posibilidad del intervencionismo estatal en la contratación o mercado. Por un lado, el artículo 58, de esta Constitución, sí permite el intervencionismo estatal en la contratación o mercado. Pero, por otro lado, el artículo 62, de la misma Constitución, no permite este intervencionismo.

La existencia de esta antinomia o conflicto normativo de la misma jerarquía (en este caso constitucional), se puede corroborar del planteamiento positivista que, de la antinomia o conflicto normativo de la misma jerarquía, hace HANS KELSEN; quien es la máxima autoridad académica del positivismo: "Existe un verdadero conflicto de normas jurídicas, si una estatuye que, bajo condiciones determinadas, deberá aplicarse un determinado acto coercitivo, y la otra establece que, bajo

estas mismas condiciones, este acto coercitivo no deberá aplicarse. Este conflicto de normas puede presentarse en relación con dos normas de la misma jerarquía"[283].

La contradicción o inconsistencia, entre estas normas, se aprecia entonces como evidente o manifiesta; porque, como precisa ALF ROSS: "Existe inconsistencia entre dos normas cuando se imputan efectos jurídicos incompatibles a las mismas condiciones fácticas"[284].

Así es, los efectos jurídicos incompatibles que producen, estas dos normas, son, como se está precisando, la permisión y prohibición del intervencionismo estatal; y la condición fáctica sobre la que se aplican, estos efectos, es la contratación o mercado.

Finalmente entonces, ¿cómo ha quedado definida esta situación contractual en la Constitución vigente (1993)? Esto es, ¿en el Perú el intervencionismo estatal en la contratación es constitucional o inconstitucional?

O más concretamente, ¿las leyes mediante las cuales el Estado peruano interviene, en la contratación o mercado, son constitucionales o inconstitucionales?

La finalidad del presente ítem consiste en determinar la solución correcta de la problemática jurídica generada por esta antinomia constitucional.

– *La interpretación de Manuel de la Puente y Lavalle*

Como es harto conocido y reconocido, en el Perú la única auténtica doctrina contractual moderna ha estado conformada, hasta muy recientemente, solo por las obras de MANUEL DE LA PUENTE Y

(283) KELSEN, "Introducción a la teoría pura del derecho", cit., p. 41.

(284) ROSS, Alf, "Sobre el derecho y la justicia", Eudeba, Buenos Aires, 1963, p. 124.

LAVALLE. Fue por ello que al mismo se le llegó a calificar, con justicia, como el "jurista peruano de los contratos"[285].

Esta valoración doctrinaria no la motiva la subjetividad por haber sido este jurista mi Maestro. Por el contrario, tiene una base objetiva porque lo que la demuestra es que dichas obras, por contener una investigación seria y de muy buen nivel académico; siguen siendo los textos de consulta con los que en las Facultades de Derecho se estudia el Derecho Contractual peruano. De tal manera que es esta acertada y abundante consulta bibliográfica lo que le otorga la calidad, de auténtica doctrina, a dichas obras.

Otra prueba de ello lo constituye el hecho de que este jurista es el único que analizó e interpretó el artículo 62 de la Constitución. Así es, mientras que en los textos que abundan pretendiendo ser doctrina contractual, sus autores se limitan a realizar seudoanálisis de solo las normas contractuales del Código Civil; MANUEL DE LA PUENTE Y LAVALLE, siendo coherente con lo que exige una investigación seria y completa para que sea auténtica doctrina; además de ello, interpretó también esta norma constitucional por la significativa y trascendente relación que tiene con el Derecho Contractual. Tal interpretación reviste interés, porque mediante ella este jurista peruano fue el primero en advertir el serio conflicto normativo, o problemática jurídica, que genera esta norma; para lo cual tentó, pues, mediante su interpretación, una solución, a esta problemática. Por ello, es necesario estudiarla y analizarla, lo cual se hace en el presente subítem.

Considera MANUEL DE LA PUENTE Y LAVALLE, respecto a esta norma, que: "Parecería, a primer vista, que la prohibición constitucional

---

[285] BIGIO CHREM, Jack, "Manuel de la Puente y Lavalle, el jurista peruano de los contratos", en *Nuevas Tendencias del Derecho Contractual-Libro Homenaje a Manuel de la Puente y Lavalle*, GRUPO PERUANO DE LA ASOCIACIÓN HENRI CAPITANT, Lima, s/f, pp. 25 y ss.

de modificar por leyes los términos contractuales, al reconocer de este modo la santidad de los contratos, se orienta hacia la doctrina tradicional de la autonomía de la voluntad que deriva de la voluntad libre la fuerza obligatoria del contrato. Sin embargo, nada impide que dentro de la teoría normativista el Estado, pese a su poder de imponer reglas y establecer limitaciones al contenido de los contratos, se autolimite este poder renunciando a la facultad de modificar un contrato ya celebrado. La disposición del artículo 62 de la Constitución, según la cual los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes, no constituye de por sí, pues, un índice infalible sobre el sustento doctrinal de la libertad de contratar consagrada por nuestra Carta Magna, desde que puede sustentarse indistintamente en la doctrina tradicional o en la teoría normativista"[(286)].

Como se puede advertir, esta interpretación del artículo 62 de la Constitución de 1993, evita calificar de antinomia jurídica lo dispuesto por esta norma y el artículo 58 de la misma Constitución. Ello porque MANUEL DE LA PUENTE Y LAVALLE aprecia que el artículo 62 no adopta el principio de Autonomía de la Voluntad sustentado en la teoría voluntarista, y con ello el régimen de Economía de Libre Mercado; sino que puede considerarse que esta norma adopta en realidad el principio de Autonomía Privada sustentado en la teoría normativista, y con ello el régimen de Economía Social de Mercado. Esta situación resulta, según este jurista, del hecho de que al Estado le es posible renunciar, a su potestad de intervencionismo en la contratación, convirtiendo con ello, por su discreción o potestad, en inmutable a la misma. Finalmente, luego de este interesante planteamiento, concluye por la posibilidad de que mediante la interpretación de esta norma puede concluirse, por igual, que la Constitución adopta el concepto subjetivo del contrato como que adopta el concepto objetivo del mismo.

(286) DE LA PUENTE Y LAVALLE, "¿Por qué se contrata?", cit., pp. 341 y 342.

En virtud de esta conclusión, la interpretación de MANUEL DE LA PUENTE Y LAVALLE, del artículo 62 de la Constitución; puede sintetizársele como la interpretación que permite aplicar indistintamente tanto el concepto subjetivo como el objetivo, de la contratación, por parte de esta norma.

Pero, a pesar de lo interesante que resulta esta interpretación; no puede considerársele válida o correcta porque no evita realmente calificar de antinomia jurídica lo dispuesto por los artículos 62 y 58 de la Constitución.

Ello se debe a que interpretar que puede considerarse que el artículo 62 de la Constitución de 1993 indistintamente regula a la contratación de una manera subjetiva u objetiva; con ello sí se admite la posibilidad de la antinomia entre esta norma y el artículo 58 de la misma Constitución. Pues tal antinomia va a resultar de la interpretación según la cual el artículo 62 aplica el concepto subjetivo del contrato.

Efectivamente, interpretar que hay una aplicación del concepto subjetivo de la contratación, por parte de esta norma, resulta opuesta o antagónica con lo dispuesto por el artículo 58, de la misma Constitución; porque esta última norma adopta un concepto objetivo de la contratación.

Solo con la interpretación según la cual hay una aplicación objetiva de la contratación, por parte del artículo 62 de la Constitución de 1993; sí se evita la posibilidad de la antinomia entre esta norma y el artículo 58 de la misma Constitución; pues mediante esta interpretación resultaría que ambas normas regularían a la contratación de la misma manera, esto es, de manera objetiva.

Sin embargo, lamentablemente, los términos utilizados en el texto o redacción, del artículo 62, son muy claros y contundentes en el sentido de regular a la contratación de manera subjetiva. Porque contienen una tajante prohibición del intervencionismo estatal en la

misma; y, con ello, esta norma impone entonces no otra cosa que la inmutabilidad del contrato. Inmutabilidad que es efecto o consecuencia, pues, de la adopción del principio de Autonomía de la Voluntad, sustentada en la teoría voluntarista. Esto es, la inmutabilidad del contrato como efecto del "dogma de la voluntad".

Por tal razón, resulta muy forzado interpretar el artículo 62 de la Constitución, en el sentido de que aplica un concepto objetivo de la contratación porque el Estado puede renunciar a su potestad de intervencionismo en la misma. Porque si bien es cierto que el Estado puede renunciar a esta potestad, como a muchas otras que conforman su *jus imperium*; si lo hace no está conceptuando entonces a la contratación de manera objetiva, como correspondería si la fuerza obligatoria contractual proviniera de él mediante las leyes que dicta.

Todo lo contrario, al hacerlo estaría conceptuando a la contratación de manera subjetiva; porque estaría estableciendo que la fuerza obligatoria contractual no proviene de la ley dictada por él, sino de la sola voluntad de los particulares.

Pero aún cuando no es válida la interpretación de MANUEL DE LA PUENTE Y LAVALLE, del artículo 62 de la Constitución; debe reconocérsele el mérito de haber sido el primero que investigó sobre el conflicto normativo, o problemática jurídica contractual, que genera esta norma. Esto es, este jurista peruano fue el primero que hizo un estudio comparativo, contractualista-constitucional; sobre el concepto de contrato. Por eso es que en la *Introducción*, de la presente obra doctrinaria, se ha destacado que las investigaciones jurídicas contenidas, en las obras de este jurista; son de las pocas que conforman la auténtica doctrina peruana sobre Derecho Contractual.

De tal manera que esta investigación contractualista y constitucional, de MANUEL DE LA PUENTE Y LAVALLE; me ha motivado continuarla para, mediante la presente obra doctrinaria, poder determinar la solución correcta de esta grave antinomia constitucional.

III.1.4.b. Solución de la problemática jurídica generada por la antinomia constitucional sobre el intervencionismo estatal en la contratación o mercado peruano. La solución del conflicto constitucional peruano consistente en la incompatibilidad de los regímenes económicos de la Economía Social de Mercado y la Economía de Libre Mercado para la contratación o mercado peruano: La invalidez del artículo 62 de la Constitución de 1993.

"La ley, la reina de todos, de los mortales y de los inmortales, transforma en justicia la máxima fuerza con mano durísima. Lo deduzco de los trabajos de Heracles"

PÍNDARO

"Jamás podría establecerse ninguna ley con tales conductas: hacer retroceder a los que vencen en justicia y poner delante a los detrás"

"Ayax"

SÓFOCLES

- *Sobre cómo esta absurda antinomia constitucional ha hecho resurgir la antigua polémica doctrinaria sobre el conflicto entre autonomía e intervención en el estudio de la nueva Teoría General del Contrato. Un lamentable y vergonzoso atraso para el estudio de esta teoría general.*

Realmente lo que la antinomia constitucional peruana ha producido, al reavivar el viejo conflicto entre autonomía e intervención, en la contratación o mercado peruano; no solo es insólito y, por ende, desconcertante, sino también inútil y pernicioso, tanto a nivel teórico como práctico.

Ello se debe a que esta antinomia lo que ha hecho es resucitar, desde las más lejanas profundidades de ultratumba, a uno de los más antiguos conflictos o discusiones doctrinarias que se llegaron a suscitar en el Derecho Contractual; el cual consistió en la polémica doctrinaria entre autonomía e intervención.

Fue este el conflicto principal, precisamente, mediante el cual la *Teoría General del Contrato* sufrió el cambio significativo y sustancial

que actualmente ostenta. Cambio que fue la solución de este conflicto, porque mediante el mismo se optó por la intervención; lo cual determinó, pues, que actualmente exista, desde hace ya buen tiempo, un nuevo concepto o visión de dicha teoría general; todo lo cual se ha estudiado ya en la presente obra doctrinaria (Ver II.5.).

Por ello, el hecho de que mediante esta antinomia constitucional se haya hecho resurgir este antiguo y ya superado, también antiguamente, conflicto o discusión; es realmente muy lamentable y vergonzoso. Porque significa o demuestra que en el Derecho peruano, "aún mediante una Constitución moderna", se ha pretendido una involución en materia de Derecho Contractual.

Así es, actual o modernamente en el estudio de la *Teoría General del Contrato*, y del Derecho Contractual que la regula; ya no se cuestiona o analiza sobre el conflicto entre autonomía e intervención; porque, como se está precisando, el mismo se encuentra desde hace bastante tiempo ya, totalmente superado a favor de la intervención.

Hoy, actual o modernamente, son otros los temas que se cuestionan o analizan en el estudio de lo que es actualmente la nueva *Teoría General del Contrato*; así como del Derecho Contractual que la regula. Así dan cuenta de ello, con mucho acierto, NOEMÍ NICOLAU, CARLOS HERNÁNDEZ y SANDRA FRUSTAGLI: "Las grandes tensiones no se centran ya, exclusivamente, en resolver el dilema autonomía versus intervención. No se discute ya, por ejemplo, la intervención profunda del Estado en el contrato de consumo, hoy se plantean nuevas perspectivas de este instrumento jurídico básico para el desarrollo de las relaciones humanas, en cuanto a la función que cumple, la interrelación entre contrato y economía, la crisis de su fuerza obligatoria y su efecto relativo, así como un redimensionamiento de los Principios generales del derecho contractual"[(287)].

[(287)] NICOLAU/HERNÁNDEZ/FRUSTAGLI, "Comentarios al libro 'Derecho Civil-Contratos de Héctor LAFAILLE'", T.I, cit., p. 4.

El acierto de esta constatación doctrinaria, que hacen estos autores, sobre el estudio moderno que actualmente se está haciendo, de la nueva *Teoría General del Contrato*; radica en que la temática de dicho estudio versa efectivamente sobre cómo han ido evolucionando, o están determinados actualmente, los principios generales que conforman esta teoría general. Este estudio o investigación es el que precisamente se está haciendo, pues, en la presente obra doctrinaria.

Por todo ello, el reavivamiento del conflicto entre autonomía e intervención, que ha causado la antinomia constitucional peruana, que genera este conflicto; académica y técnicamente es un absurdo jurídico porque constituye un verdadero y vergonzoso atraso, en el Derecho peruano, para el estudio de la nueva *Teoría General del Contrato*, así como del Derecho Contractual que la regula. Tal carácter absurdo y vergonzante, de dicho reavivamiento, queda evidenciado aún más por el fracaso que constituye la nula aplicación que viene dándose, en la contratación o mercado peruano; de la pretendida prohibición del intervencionismo estatal en la misma mediante el artículo 62 de la Constitución.

Este fracaso corrobora la invalidez de esta norma, por lo cual la misma solo fue un fallido intento económico neoliberal para la contratación o mercado peruano. Todo lo cual se demuestra con amplitud, interdisciplinariamente, en los siguientes subítems.

- *El necesario estudio interdisciplinario para la solución de esta problemática jurídica constitucional.*

La solución de esta problemática jurídica constitucional necesariamente debe ser interdisciplinaria. Esto es, el contenido de la misma no solo debe ser jurídico, sino que también debe abarcar otras disciplinas. La antinomia constitucional que genera esta problemática así lo exige. Ello porque para que este análisis jurídico sea no solo acertado, sino también didáctico; en el mismo es necesario vincular, al Derecho, con otras disciplinas.

Para la solución de esta problemática jurídica, que genera esta antinomia constitucional, su contenido, además de jurídico o positivista; es necesario que sea también jusfilosófico, filosófico, económico, político; y, por supuesto, humanista. Por ello, los estudios meramente positivistas, como solución de la misma, siempre serán limitados, insuficientes y hasta falaces.

El contenido humanista, que debe tener esta solución, lo aportan las Humanidades de la Filosofía, la Historia, la Ética; y la Literatura.

- *Sobre el pertinente complemento jusliterario como reforzamiento de la solución de esta problemática jurídica constitucional.*

Como se advierte, en este análisis jurídico que se está realizando, para determinar la solución jurídica, de esta antinomia constitucional; se recurre también al auxilio de la Literatura como un necesario complemento humanista e ilustrativo.

Porque se debe tener en cuenta que el estudio interdisciplinario "*Derecho y Literatura*", institucionalizado en el Derecho, mediante el movimiento jurídico, del mismo nombre; es pertinente precisamente para el estudio del Derecho Constitucional, dentro del cual se ubica, pues, el análisis jurídico que se está realizando para la solución de esta antinomia constitucional.

La pertinencia del uso de la Literatura, para el estudio del Derecho Constitucional, lo demuestra abundantemente la opinión doctrinaria más autorizada[288] en este Derecho; la cual es la de PËTER HABERLE:

[288] Hago esta éndoxa necesaria porque en el Perú todavía existen casos de lamentable ignorancia que consideran impertinente el uso de la Literatura para la argumentación jurídica. La denuncia de estos casos véase en "Las sentencias con literatura. La literatura con sentencias. La aplicación jurisprudencial del pensamiento humanista de Michele Taruffo", Miguel TORRES MÉNDEZ, Grijley, Lima, 2015. Para seguir superando los ataques o críticas de estos casos, al igual como se hizo, en esta

"La Constitución va más allá del texto jurídico y de su experiencia práctica: comprende los procesos culturales y la producción y recepción de contenidos que fluctúan en una comunidad política, a la que pertenece la creación artística en literatura, cine, música, teatro y audiovisual. Los textos literarios y otras cristalizaciones culturales pueden entenderse como textos constitucionales en 'sentido amplio: a menudo contienen una retrospectiva de la construcción y de la erosión del Estado constitucional. Recuérdense los textos clásicos de Lessing sobre tolerancia en Natán el Sabio, de Schiller en el Don Carlos sobre la libertad ideológica, o las máximas de E. Bloch o de B. Brecht sobre la dignidad del hombre y sobre la democracia. La Literatura actual podría desde este planteamiento ser una exigencia para los juristas y podría, a la vez, ejercer un papel de autocrítica. (…) La literatura contiene una reserva de críticas y a menudo un potencial de tendencias reformadoras a las que el constitucionalismo debe atender: de las utopías más alejadas a las esperanzas más próximas y concretas. La sensibilidad del arte de todo género puede ser, en la Constitución del pluralismo, un catalizador, un elixir y un preciso sismógrafo que capte las corrientes espirituales del momento. La literatura permite aventurar los sucesivos caminos por los que se puede desarrollar el Estado constitucional, también participa en la tarea de desentrañar y preservar tradiciones y de fundamentar identidades"[(289)].

En tal virtud, las citas literarias, que se usan como epígrafes, de este análisis jurídico; van a resultar muy ilustrativas para reforzar la solución que se va a aportar de la antinomia constitucional que es materia de este análisis. Ello se va a precisar al final del mismo.

última obra; la éndoxa correspondiente que se debe hacer es la confrontación de la autoría de estos casos, con la autoría de las opiniones doctrinarias autorizadas, como resulta, en este caso, la opinión de PETER HÄBERLE.

(289) HÄBERLE, Peter, "La Constitución de los literatos", en *Poesía y Derecho Constitucional. Una conversación*, Peter HÄBERLE-Héctor LÓPEZ BOFILL, Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional peruano, Lima, 2015, pp. 47 y 48.

- *Estudio jusfilosófico: La necesidad de la solución de esta antinomia constitucional para la validez del sistema constitucional peruano.*

Como las antinomias atentan contra la validez de un sistema jurídico, en el caso de la antinomia bajo análisis esta atenta contra la validez de un sistema jurídico constitucional en particular; el cual es el de la Constitución peruana de 1993. Por ello, el inicio de la solución de la misma se debe obtener de la *Teoría General del Derecho*. Esta es, entonces, la parte jusfilosófica que tiene el contenido de la solución de esta problemática jurídica.

Ello porque es en esta teoría general en donde se encuentran establecidos o determinados, tanto los fundamentos como los principios generales en los que se sustenta el Derecho como sistema.

Y como se sabe, la *Teoría General del Derecho* es contundente al exigir que el Derecho positivo, como sistema, no debe admitir antinomias. Hay pues siempre, en el Derecho positivo, una exigencia anti antinómica; la cual resulta del hecho mismo del concepto de Derecho como sistema.

Así es, el Derecho positivo es un sistema, porque es un orden u ordenamiento de normas que, para que se mantenga como tal, como orden; no debe haber en el mismo antinomias, porque estas generan desorden, que es lo que resulta opuesto a sistema. Este es el concepto tradicional de sistema, el cual es el que lo identifica como orden"[290].

Esta exigencia anti antinómica normativa, que debe tener el Derecho positivo, como sistema jurídico; ha existido siempre en la Historia del Derecho, sobre todo para las normas que regulan las relaciones sociales relevantes como las productivas, como son, en este caso, las relaciones contractuales. Así lo corrobora JUAN RAMÓN

[290] BÜLLESBACH, Alfred, "Enfoques de Teoría de Sistemas", en *El Pensamiento Jurídico Contemporáneo*, Editorial Debate, Madrid, 1992, p. 313.

CAPELLA: "Las normas jurídicas, por su parte, han de ser coherentes con las relaciones productivas de la sociedad en las diversas formaciones históricas"(291).

Efectivamente, el sistema jurídico, entendido como orden, implica que las conductas que imponen las normas, que conforman el mismo; constituyan necesariamente conductas que guarden coordinación, para su cumplimiento, por parte de los destinatarios de las mismas. Porque es mediante esta coordinación, de conductas, como el sistema jurídico puede imponer límites a los derechos y a los deberes de tales destinatarios. GIORGIO DEL VECCHIO precisa esta situación afirmando que: "Todo sistema jurídico, según es bien sabido, constituye una coordinación de la conducta de una pluralidad de sujetos, en cuanto señala un límite a las facultades y a las obligaciones de cada uno"(292).

Es así como esta determinación y exigencia son el resultado de la aplicación de este concepto tradicional de sistema jurídico, según el cual su principal principio válido, pues, es la exclusión de la incompatibilidad de las normas(293).

LARS D. ERIKSSON explica que este concepto de sistema jurídico es una derivación del concepto weberiano de las funciones del Derecho: "Por mi parte, comparto la concepción weberiana, según la cual las funciones del derecho son: a) integrar los diferentes órdenes de los que la sociedad se compone, y b) resolver los conflictos que estos órdenes no son capaces de resolver, o bien dentro de sí mismos, o entre ellos. El sistema jurídico es, en otras palabras, un orden de integración y un orden de resolución de conflictos, que 'cubre' los otros órdenes diferenciados"(294).

---

(291) CAPELLA, "Fruta prohibida. Una aproximación histórico-teorética al estudio del derecho y del estado", cit., pp. 69 y 70.

(292) DEL VECCHIO, Giorgio, "Teoría del estado", Bosch, 1956, p. 205.

(293) BOBBIO, Norberto, "Teoría general del Derecho", Temis, Bogotá, 2013, p. 186.

(294) ERIKSSON, Lars D., "Tendencias conflictivas en el Derecho Moderno", cit., p. 114.

Por ello NORBERTO BOBBIO explica que la consecuencia inexorable de este concepto de sistema jurídico, respecto a las antinomias, es que: "Si en un ordenamiento existieren dos normas incompatibles, una de las dos, o ambas, deben ser eliminadas"(295).

Efectivamente, la necesidad o exigencia, de que el Derecho positivo, como sistema jurídico, no deba tener antinomias; resulta de la Lógica, concretamente de la Lógica Jurídica en este caso. Porque para que un conjunto u organización de normas pueda ser un sistema jurídico, esto es, para que tenga la calidad de sistema o conjunto coherente y ordenado de normas; tal coherencia y orden no puede, por tanto, existir, si es que en el mismo hay normas incompatibles.

Por tal razón, es concretamente por la aplicación de un principio elemental de la Lógica, a los sistemas jurídicos, que se obtiene como resultado, o inexorable consecuencia; la exigencia de que estos no deban tener antinomias. Tal principio lógico es el de *NO CONTRADICCIÓN*. A este principio en la doctrina jurídica también se le conoce como principio de coherencia. Así LUIS PRIETO SANCHÍS refiere al respecto que: "La coherencia puede definirse como aquella cualidad del sistema en cuya virtud cada situación de hecho recibe un único tratamiento normativo dentro del sistema en cuestión. Esa cualidad desaparece cuando nos encontramos con una antinomia o contradicción normativa, es decir, cuando el sistema imputa consecuencias jurídicas incompatibles a las mismas condiciones fácticas"(296).

Como el Derecho positivo, como se está precisando, es un sistema (conjunto ordenado de normas); el principio de *NO CONTRADICCIÓN* es realmente uno de los requisitos esenciales para su válida aplicación. En efecto, si al aplicarse las normas que conforman el Derecho positivo, no se respeta o cumple, este principio; el resultado de tal aplicación no será nunca, entonces, propio del de un sistema

(295) BOBBIO, "Teoría general del Derecho", cit., p. 186.

(296) PRIETO SANCHÍS, Luis, "Apuntes de teoría del derecho", Trotta, Madrid, 2005, p. 131.

jurídico. Porque dicha aplicación será la de un conjunto de normas en el que no habrá orden, sino desorden. Por eso GUSTAVO ZAGREBELSKY corrobora la importancia que tiene, para el Derecho positivo, este principio; calificándolo como principio superior: "El factor esencial del derecho, que lo constituye como ordenamiento, es el principio de no contradicción. Todos los instrumentos conceptuales (la primacía de la *lex superior*, de la *lex posterior*, de la *lex especialis*, etc.) a los que se recurre para resolver las llamadas 'antinomias' normativas, es decir, los contrastes entre regla y regla, entre regla y principio, entre principio y principio, se basan en el principio superior de no contradicción del derecho, lo que equivale a decir el derecho como ordenamiento"(297). Por su parte, LUIGI FERRAJOLI destaca también el carácter superior, de este principio, para el Derecho positivo; al apreciar que es un principio rector o normativo: "El principio de no contradicción, o sea, la prohibición de antinomias, es, respecto al derecho positivo, un principio normativo"(298).

Se ha planteado ya, en el ítem anterior, que la antinomia constitucional, bajo análisis, consiste en que dos normas de la Constitución vigente (1993) son incompatibles; porque una prohíbe y otra permite un mismo comportamiento, por parte del Estado, respecto a la contratación o mercado.

El análisis jusfilosófico, de la solución de esta problemática jurídica, consistente en esta antinomia constitucional; se debe iniciar determinando el concepto exacto de antinomia legal, así como el efecto jurídico inexorable que la misma produce.

Como se ha precisado en el subítem anterior, las antinomias atentan contra la validez de un sistema jurídico. En el caso de la an-

(297) ZAGREBELSKY, Gustavo, ""La ley y su justicia. Tres capítulos de justicia constitucional", Trotta, Madrid, 2014, p. 214.

(298) FERRAJOLI, Luigi, "Derechos y garantías. La ley del más débil", Trotta, Madrid, 2010, p. 61.

tinomia bajo análisis, atentan contra la validez de un sistema jurídico constitucional, el cual es el correspondiente a la Constitución de 1993. Por ello, JUAN RAMÓN CAPELLA precisa al respecto que: "En sentido estricto se habla de antinomia o contradicción normativa cuando (a) un mismo hecho real satisface las condiciones de aplicación de normas cuyos contenidos son mutuamente excluyentes entre sí"[299]. En el caso de la antinomia constitucional bajo análisis, el hecho real, o situación, para el que resulta aplicable las dos normas, que generan la misma; es concretamente la contratación o mercado.

Así es, para la contratación o mercado peruano resulta aplicable tanto el artículo 58 de la Constitución (intervencionismo estatal mediante Economía Social de Mercado); como el artículo 62 de la misma (no intervencionismo estatal mediante Economía de Libre Mercado).

Asimismo, el efecto jurídico que inexorablemente produce esta antinomia consiste en que la aplicación, de una las normas que generan la misma, sea violatoria de la otra. JUAN RAMÓN CAPELLA así lo precisa: "Ante prescripciones así un sujeto no puede obedecer una norma sin violar otra u otras"[300].

En efecto, la aplicación en la contratación o mercado peruano, del artículo 58 de la Constitución, produce una violación o contradicción del artículo 62 de la misma; y viceversa. Ello se va a dar concretamente cuando esta aplicación consista en realizar intervencionismo estatal en esta contratación o mercado, cuando el artículo 62 lo prohíbe.

Del mismo modo, la aplicación del artículo 62 de la Constitución, produce una violación o contradicción del artículo 58 de la misma. Pues esta aplicación consiste en denunciar como inconstitucional el

---

(299) CAPELLA, Juan Ramón, "Elementos de análisis jurídico", Trotta, Madrid, 2006, p. 109.

(300) *Ibídem*.

intervencionismo estatal en esta contratación o mercado, cuando el artículo 58 sí lo declara constitucional.

El análisis jusfilosófico de la solución de esta problemática jurídica, consistente en esta antinomia constitucional; se debe continuar determinando que las dos normas, que la generan, cumplen con los dos requisitos esenciales o elementales que deben cumplir las antinomias. Estos requisitos son la pertenencia a un mismo ordenamiento y el tener un mismo ámbito de validez.

El primero de estos requisitos resulta claro su cumplimiento porque las dos normas, que generan la antinomia bajo estudio, pertenecen a un mismo ordenamiento jurídico; el cual es la Constitución de 1993.

El otro requisito también lo cumple la antinomia bajo análisis porque las dos normas que generan la misma también tienen un mismo ámbito de validez. Como se sabe, el ámbito de validez de dos normas, para que generen una antinomia, abarca cuatro situaciones; las cuales son temporal, espacial, personal y material(301).

Y precisamente, el hecho de pertenecer a un mismo cuerpo de leyes hace que también, las dos normas que generan la antinomia bajo análisis, tengan un mismo ámbito de validez.

Así es, ambas normas rigen o se aplican en el mismo tiempo, el cual es indefinidamente desde 1993. También rigen o se aplican en el mismo espacio, el cual es el territorio peruano. Igualmente, también rigen o se aplican solo a un grupo de personas en particular, las cuales son las que tienen la nacionalidad peruana. Finalmente, ambas normas también rigen o se aplican para un supuesto de hecho en particular; el cual es el de la posibilidad de la intervención del Estado en el mercado o contratación.

(301) BOBBIO, "Teoría general del Derecho", cit., p. 192.

Asimismo, se debe precisar el tipo o clase de antinomia que es la antinomia constitucional bajo análisis.

Puede advertirse que se trata de una antinomia absoluta o total, porque no hay posibilidad alguna de que pueda aplicarse una norma sin entrar en conflicto con la otra. ALF ROSS califica a esta clase de antinomia como "total-total": "Inconsistencia total-total, esto es, cuando ninguna de las normas puede ser aplicada bajo ninguna circunstancia sin entrar en conflicto con la otra"(302).

Como ya se ha precisado todo lo que es necesario sobre la antinomia bajo análisis, corresponde ahora entonces determinar la solución de la misma.

¿Cuál es concretamente la solución de la antinomia generada por los artículos 58 y 62 de la Constitución de 1993 en cuanto al intervencionismo estatal en la contratación o mercado peruano?

NORBERTO BOBBIO aprecia, sobre la solución de las antinomias totales o absolutas, como esta, que: "Puesto que 'antinomia' significa choque de dos proposiciones incompatibles, que no pueden ser verdaderas a un mismo tiempo, la eliminación de este inconveniente no podrá consistir sino en eliminar una de las dos normas"(303).

Como se puede colegir, esta apreciación no es sino la aplicación del principio lógico de *NO CONTRADICCIÓN*, o coherencia, ya precisado. En efecto, como este principio exige que para que un sistema jurídico sea tal, para que sea sistema, no debe tener antinomias; ello resulta del hecho de la necesidad o exigencia de que las normas, de dicho sistema, no deben ser contradictorias entre sí.

Por tal razón, la única manera posible de solucionar la antinomia bajo análisis es mediante la eliminación de la contradicción entre las dos normas

(302) ROSS, Alf, "Sobre el derecho y la justicia", cit., p.124.

(303) BOBBIO, "Teoría general del Derecho", cit. p. 194.

que generan la antinomia. Y ello solo va a ser posible, como aprecia BOBBIO, eliminando una de las dos normas contradictorias o incompatibles.

Finalmente, se debe determinar cuál de las dos normas, que generan la antinomia bajo análisis, es la que se debe eliminar.

Es la respuesta a esta pregunta lo que, finalmente, es el meollo de toda esta problemática jurídica. Por ello BOBBIO plantea al respecto lo siguiente: "Pero, ¿cuál de las dos normas debe ser eliminada? Este es el problema más grave de la antinomia"(304).

Como se puede advertir, para responder esta pregunta, y así determinar la solución de la antinomia bajo análisis; resulta necesaria la aplicación de un criterio.

Pues bien, asimismo, también resulta que los criterios conocidos y comúnmente aceptados, para la solución de las antinomias; no permiten obtener la solución de la antinomia bajo análisis. Tales criterios, como se sabe, son el cronológico, el jerárquico y el de la especialidad; los cuales son también conocidos por sus respectivos latinazgos: *Lex posterior derogat priori*, *Lex superior derogat inferiori*; y *Lex especialis derogar generalis*.

Efectivamente, ninguno de los principios generales, en que consisten estos criterios, sirven para solucionar la antinomia bajo análisis. Estos criterios son aplicaciones concretas de un método de interpretación jurídica en particular, el cual es la interpretación lógica sistemática (*sedes materia*). Así lo corrobora EMILIO BETTI: "No son sino aplicaciones particulares del canon de la totalidad hermenéutica, las viejas reglas de escuela sobre los conflictos entre normas contradictorias con la prevalencia de la *lex posterior* sobre la *lex anterior*, o de la *lex especialis* sobre la *lex generalis*: '*lex posterior generalis non derogat legi priori speciali*'"(305). Por ser insuficientes para solucionar esta

(304) *Ibídem*.

(305) BETTI, Emilio, "Interpretación de la ley y de los actos jurídicos", Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1975, p. 119.

antinomia, este método de interpretación jurídica no debe aplicarse entonces mediante estos criterios; sino de una manera distinta; la cual se precisa al final de este subítem.

Así es, el principio de la ley posterior prima sobre la ley anterior no soluciona, la antinomia bajo análisis, porque las normas que generan la misma tienen una promulgación coetánea. Ambas normas empezaron a regir desde que entró en vigencia la Constitución de 1993.

Igualmente, el principio de la ley de mayor jerarquía prima sobre la de menor jerarquía tampoco soluciona, la antinomia bajo análisis, porque las normas que generan la misma tienen la misma jerarquía. Ambas son normas que tienen rango constitucional.

Finalmente, el principio de la ley especial prima sobre la ley general tampoco soluciona, la antinomia bajo análisis; porque las normas que generan la misma tienen carácter general al tener, ambas, rango constitucional.

Ninguno de estos principios generales determina, por tanto, si el artículo 58, o el artículo 62, de la Constitución de 1993; es el que debe primar o prevalecer para saber si el Estado puede intervenir en la contratación o mercado peruano.

Por tal razón, estos criterios para la solución de antinomias son insuficientes para la solución de la antinomia bajo análisis. ¿Qué se debe hacer entonces para solucionar esta antinomia?

EUGENIO BULYGIN plantea esta interrogante desde la perspectiva del juez, la cual en realidad puede plantearse desde la perspectiva del operador del Derecho en general: "Cuando se presenta un caso de colisión de normas, es decir, dos o más normas incompatibles aplicables al mismo caso, el juez no puede solucionarlo sin introducir alguna modificación en el derecho. En tal situación los jueces recurren normalmente a las conocidas reglas *lex superior*, *lex posterior* o *lex especialis*, es decir, cuando una de las normas en conflicto proviene de una

autoridad jerárquicamente superior o cuando había sido dictada con posterioridad o es más específica que la otra, los jueces aplican la norma preferencial y descartan las otras. Pero puede ocurrir que ninguna de esas reglas sea aplicable porque las normas en conflicto provienen de la misma autoridad, han sido dictadas al mismo tiempo y ninguna es más específica que la otra. ¿Qué hace el juez en tal caso?"(306).

Ante la insuficiencia de los criterios comunes, aplicando la estricta lógica jurídica correspondiente ya precisada, que es el principio lógico de *NO CONTRADICCIÓN*, en virtud del cual las dos normas que generan la antinomia no pueden ser verdaderas al mismo tiempo, por lo cual la solución solo puede consistir en la eliminación de una de ellas (Ver cita 303); para ello resulta necesario recurrir entonces a un *metacriterio*. Esta situación la explica JUAN RAMÓN CAPELLA de la siguiente manera: "Los criterios jerárquico, de especialidad y cronológico hacen posible la solución de numerosas antinomias. Pero no bastan para resolver todas las imaginables. Por eso se han construido metacriterios, 'criterios sobre criterios' o de segundo grado, para solventar las antinomias creadas por normas que son del mismo rango jerárquico, del mismo grado de especialidad, etc. Estos metacriterios son combinaciones jerarquizadas de los criterios fundamentales"(307).

Efectivamente, un metacriterio, como solución de una antinomia legal, es concretamente una metasolución para la misma. Y ello se debe precisamente al hecho de que la insuficiencia de los criterios comúnmente conocidos para la solución de las antinomias, para la antinomia bajo análisis; demuestra que esta antinomia no es una antinomia ordinaria o común, sino que es una clase distinta de antinomia en particular.

(306) BULYGIN, Eugenio, "Creación Judicial del Derecho", en *Problemas lógicos de la teoría y práctica del Derecho*, BULYGIN, Eugenio/ATIENZA, Manuel/BAYÓN, Juan Carlos, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, pp. 83-84.

(307) CAPELLA, "Elementos de análisis jurídico", cit., p. 110.

Así es, el hecho de que la contradicción o incompatibilidad de las normas que generan la antinomia bajo análisis, no resulte de las situaciones comunes de tener ambas distinto inicio de vigencia, distinta jerarquía, o distinto ámbito de aplicación, sino de una situación totalmente distinta a estos supuestos; determina que esta antinomia no sea común u ordinaria. En tal virtud, esta no es una antinomia propia, sino impropia.

Doctrinariamente otra clasificación de antinomias es la que las divide en las que son el resultado de situaciones propias o comunes, las cuales son las que ya se han enumerado y analizado; y las que son el resultado de situaciones que, por no ser comunes u ordinarias, son impropias(308). Y también doctrinariamente se ha clasificado a las antinomias impropias, las cuales pueden ser antinomias de principio, antinomias de valoración; y antinomias teleológicas(309).

Pues bien, como puede colegirse, la antinomia bajo análisis es concretamente una antinomia de principio; porque cada una de las normas, que genera la misma, adopta el principio general jurídico que es el opuesto o antagónico al que adopta la otra.

Así es, el artículo 58 adopta el principio de Autonomía Privada, mientras que el artículo 62 adopta el principio de Autonomía de la Voluntad. Efectivamente, estas situaciones resultan del hecho de que, como se ha precisado, la Economía Social de Mercado, que adopta la primera de estas normas, sí permite el intervencionismo estatal en la contratación (Ver II.3.6.). Mientras que la Economía de Libre Mercado, que adopta la segunda de estas normas, no permite tal intervencionismo (Ver II.3.4.).

Resulta también que como los principios, como principios generales, responden, o son el resultado, de ideologías; las antinomias de principio resultan ser, entonces, concretamente antinomias ideo-

(308) BOBBIO, "Teoría general del Derecho", cit., p. 193.

(309) *Ibídem*, pp. 193-194.

lógicas. Precisamente, ello puede comprobarse de la antinomia bajo estudio. Ella es resultado o consecuencia del hecho de que cada una de las normas, que la genera, adopta una ideología política económica en particular (Artículo 58, Economía Social de Mercado–Artículo 62, Economía de Libre Mercado).

NORBERTO BOBBIO precisa que las antinomias de principio, como antinomias ideológicas, se producen cuando una legislación, u ordenamiento jurídico, adopta o se inspira en valores o ideologías opuestas: "En derecho se habla de antinomia para referirse al hecho de que un ordenamiento jurídico puede estar inspirado en valores contrapuestos (o en ideologías opuestas) (…) En este caso se puede hablar de *antinomias de principio*. Las antinomias de principio no son antinomias jurídicas en sentido estricto, pero pueden dar lugar a normas incompatibles"(310).

Es totalmente correcta esta conclusión. Si se considera que las antinomias de principio, o ideológicas, se producen solo a nivel general, o macro, esto es, en un ordenamiento jurídico o legislación; ellas no son antinomias en sentido estricto, como advierte bien BOBBIO. Pero si se considera que estas antinomias también se pueden producir a nivel especial, o micro, esto es, en un par de normas en particular; ellas sí son antinomias en sentido estricto, como también advierte bien BOBBIO al reconocer la posibilidad, de que estas antinomias, produzcan normas incompatibles. Por ello, la antinomia bajo análisis sí es, en sentido estricto, una antinomia de principio o ideológica.

Ahora bien, ¿cómo se resuelven o solucionan las antinomias de principio o ideológicas? ¿Cuál es, finalmente, el metacriterio para esta solución?

LUIS PRIETO SANCHÍS considera que tal metacriterio es el principio neoconstitucionalista denominado "Principio de Pondera-

(310) *Ibídem*.

ción de Derechos": "La forma de resolver este género de conflictos, generalmente entre normas constitucionales, recibe el nombre de 'juicio de ponderación o proporcionalidad'. La ponderación, en efecto, conduce a una exigencia de proporcionalidad que implica establecer un orden de preferencia relativo al caso concreto. Lo característico de la ponderación es que con ella no se logra una respuesta definitiva para todo supuesto de conflicto (…) La ponderación viene a resolver un conflicto entre principios o normas del mismo valor o nivel jerárquico, pero lógicamente lo hace con motivo del enjuiciamiento de un caso concreto"(311).

Sin embargo, este principio no resulta ser el correcto o adecuado para resolver la antinomia bajo análisis. Ello se debe a dos razones fundamentales. La primera de ellas consiste en que este principio es pertinente aplicarlo solo para resolver los cuestionamientos sobre la constitucionalidad de las leyes. Esto es, este principio sirve, o tiene como finalidad, solucionar el conflicto de derechos fundamentales que genera una ley. En tal virtud, mediante este principio se puede determinar si una ley es conforme o no con la Constitución.

Pero como la antinomia constitucional materia de análisis no se genera por lo que establece una ley sobre algún derecho fundamental, contra lo que establece la Constitución, sobre otro derecho fundamental; sino que el conflicto que la genera es lo que establecen dos normas, de la propia Constitución; por ello, no es pertinente este principio como criterio para la solución de la misma. Por eso este principio se estudia y aplica en el cuarto capítulo, en el análisis correspondiente a una de las leyes recientes mediante la cual se ha realizado intervencionismo estatal en la contratación o mercado peruano (Ver IV.2.3.b.).

La otra razón consiste en que si bien es correcta la premisa de la que parte este principio, consistente en que la solución de una antinomia es preferir la validez de una de las normas antinómicas, por así

(311) PRIETO SANCHÍS, "Apuntes de teoría del derecho", cit., pp. 146-147.

exigirlo la lógica jurídica mediante el principio de *NO CONTRADICCIÓN* (Ver cita 303); tampoco resulta pertinente, para solucionar la antinomia bajo análisis, su conclusión consistente en que este principio, como solución de la misma, sea válido aplicarlo solo de manera específica y no de manera genérica.

En efecto, determinar la invalidez de una de las normas antinómicas, como solución de la antinomia bajo análisis; sí tiene una aplicación genérica. Esto significa que no solo es aplicable para un caso concreto en particular, sino para todos los casos habidos y por haber. Así es, determinar la invalidez de la norma constitucional que impone la Economía Social de Mercado, o determinar la invalidez de la norma constitucional que impone la Economía de Libre Mercado, para la contratación o mercado peruano; va a resultar aplicable para todas las contrataciones en general, y no para una contratación en particular. Esto es, para toda contratación o mercado peruano, en general, no será necesario que cumpla una función social, si resulta inválido el artículo 58 de la Constitución; o sí debe necesariamente cumplir esta función, si resulta inválido el artículo 62 de la misma.

EUGENIO BULYGIN precisa que el metacriterio correcto es el siguiente: "El procedimiento habitual cuando no hay un orden jerárquico entre las normas en conflicto consiste en imprimir un nuevo orden jerárquico al conjunto de normas en cuestión y luego aplicar la norma que resulte en algún sentido superior a las demás. Como han demostrado Alchourrón y Makinson en su clásico ensayo sobre las jerarquías de las normas este procedimiento equivale a la derogación de las normas descartadas por resultar jerárquicamente inferiores"(312).

Efectivamente, como había advertido BOBBIO (Ver cita 301), las normas que generan antinomias no pueden ser verdaderas a un mismo tiempo; razón por lo cual, pues, la superación de este inconveniente solo puede consistir en la eliminación de una de dichas normas.

(312) BULYGIN, "Creación Judicial del Derecho", cit., p. 84.

Esta inexorable situación resulta, como también se ha precisado en este subítem, de la aplicación al Derecho del principio lógico de *NO CONTRADICCIÓN*.

Por tal razón, esta fundamental exigencia lógica, como resultado de la aplicación de este principio; es la que determina que las antinomias de principio, o ideológicas, se tengan que resolver de esta manera consistente en la eliminación o derogación de una de ellas; y que esta eliminación o derogación se consiga mediante el otorgamiento de una mayor jerarquía a una de las dos normas que generan esta clase de antinomia.

Así es, ello resulta precisamente de la propia lógica, en este caso jurídica. Es de acuerdo a ella que resulta que no hay otra manera posible de solucionar una antinomia de principio o ideológica. Porque como la misma exige que se tenga que eliminar o derogar, una de ellas; no hay otra manera posible de conseguir ello que dándole mayor valor a una de las normas sobre la otra o, lo que es lo mismo, dándole mayor jerarquía a una de ellas.

Este es el criterio, por tanto, que se tiene que aplicar para solucionar la antinomia bajo análisis. De acuerdo al mismo se tiene que eliminar o derogar una las normas que generan la misma dándole mayor valor o jerarquía a una de ellas.

Finalmente, entonces, se ha llegado al *quid* de la cuestión o meollo del asunto; el cual consiste en la necesidad de tener que darle un mayor valor o jerarquía a una de las normas que generan la antinomia constitucional bajo estudio.

Pues bien, la pregunta correspondiente, mediante la cual se puede sintetizar esta cuestión, es, por tanto, la siguiente: ¿A cuál de las dos normas de la Constitución de 1993, que generan esta antinomia, se le debe dar mayor valor o jerarquía; al artículo 58 o al artículo 62?

Resulta obvio advertir que para que la respuesta a esta pregunta goce de validez jurídica, los fundamentos de la misma deben ser suficientes y, por ello, contundentes.

Como se puede colegir, tales fundamentos son los correspondientes al régimen económico que adopta cada una de estas normas. Por tal razón, en términos económicos la pregunta planteada se transforma entonces en la siguiente: ¿En la Constitución peruana de 1993, a cuál régimen económico se le debe dar mayor valor o jerarquía; a la Economía Social de Mercado o a la Economía de Libre Mercado?

Y en términos jurídicos, que es la perspectiva que principalmente se debe asumir o tener en cuenta, la pregunta planteada se transforma entonces en la siguiente: ¿En la Constitución peruana de 1993, a qué principio general se le debe dar mayor valor o jerarquía; a la Autonomía Privada o a la Autonomía de la Voluntad? FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA da una respuesta filosófica correcta, pero muy genérica a esta pregunta: "Dado que el contrato vive en el interior de una sociedad organizada bajo la forma de un Estado, no cabe duda de que el orden estatal, si bien establece una suerte de ínsulas de normatividad propia que llamamos contratos, no puede ser totalmente ajeno a sus regulaciones y de alguna manera tiene que gobernar el archipiélago. Es en ese sentido, que el Estado no puede dejar de tener presencia de una forma u otra dentro de este espacio eminentemente privado"(313). Como se advierte, la corrección de esta respuesta resulta del hecho de que, efectivamente, los contratos no son normas aisladas o totalmente independientes del Derecho Objetivo que emite el Estado. Ello porque los contratos son normas de Derecho Subjetivo que siempre forman parte del Derecho Objetivo estatal. Pero en esta respuesta este autor no toma en cuenta el principio de Autonomía Privada, así como el régimen de Economía Social de Mercado; los cuales son los fundamentos que concretamente permiten el intervencionismo estatal en la contratación o mercado.

(313) DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, "Reflexiones a propósito del papel del contrato en la construcción de un orden social libre", en *Cómo repensar el Derecho Privado moderno*, La Ley paraguaya, Asunción, 2010, p. 9.

La pregunta planteada, en términos jurídicos también, puede formularse en función de las libertades o derechos fundamentales que, a su vez, entran en pugna en el conflicto que existe entre estos dos regímenes económicos: ¿En la Constitución peruana de 1993, qué libertades o derechos deben prevalecer; los derechos sociales de los consumidores o el derecho individual de la libertad contractual irrestricta?

Adviértase al respecto que la respuesta a esta interrogante no puede derivar, en modo alguno, de una interpretación meramente subjetiva de lo que disponen las normas que generan la antinomia bajo estudio. Es decir, esta respuesta no puede ser el resultado o consecuencia de asumir preferencias o posiciones personales sobre estos principios generales, o sobre estos regímenes económicos que adoptan dichas normas; como de primera impresión podría pensarse.

Absolutamente no. Esta respuesta, de acuerdo a como tuvo que plantearse la pregunta correspondiente, solo puede derivar, o ser el resultado o consecuencia, de una interpretación objetiva de la Constitución de 1993; de conformidad a como fue elaborada esta ley superior como legislación principal del Estado peruano. Por ello, deben quedar totalmente descartadas las posibles interpretaciones subjetivas que como respuestas puedan resultar de las preferencias o posiciones personales.

RONALD DWORKIN da una explicación muy ilustrativa sobre cómo es esta objetividad interpretativa: "La interpretación trata de demostrar el objeto de interpretación (la conducta, el poema, la pintura o el texto en cuestión) en forma precisa, tal como es en realidad, y no como se sugiere a través de textos coloreados de color rosa o bajo su mejor perspectiva. Ello significa recuperar las intenciones verdaderas, históricas de sus autores y no imponer los valores del intérprete a aquello que los autores han creado"(314).

(314) DWORKIN, Ronald, "El imperio de la justicia", Gedisa, Barcelona, 2005, p. 50.

Por tal razón, tal respuesta no puede consistir en concluir subjetivamente que si uno es partidario de la Economía de Libre Mercado, este régimen económico y su principio jurídico correspondiente, el cual es la Autonomía de la Voluntad; son mejores o más apropiados, para la contratación, que la Economía Social de Mercado y su principio jurídico correspondiente, el cual es la Autonomía Privada; y viceversa.

Porque por la propia situación consistente en la existencia de una antinomia legal en la Constitución de 1993, se debe tener en cuenta que esta Constitución solo pudo haber adoptado uno de estos principios jurídicos y, correspondientemente, también solo pudo haber adoptado uno de estos regímenes económicos. Esto es, la adopción de ambos principios y regímenes, en un mismo Título o segmento, de una Constitución; por ser antinómicos e incompatibles solo pudo ser producto o consecuencia de un error, o de una actitud dolosa o malintencionada. Este es el necesario presupuesto o premisa, que se debe tener en cuenta, para la solución de la antinomia bajo análisis.

Y tal presupuesto o premisa tampoco se la está determinado subjetivamente, sino objetivamente, porque ella es el resultado o consecuencia del criterio que se tiene que aplicar para solucionar la antinomia bajo análisis; el cual consiste en darle mayor jerarquía a una de las normas que generan la misma, lo que equivale, pues, a darle mayor valor o jerarquía a uno de los principios o regímenes que adoptan dichas normas.

Es por eso que la corrección del error o dolo, que produjo la incorrecta adopción normativa constitucional, de dichos principios y regímenes a la vez; no puede realizarse mediante la aplicación de la subjetividad, o sea según la posición personal que cada operador jurídico pueda asumir de manera particular como intérprete de la Constitución.

Por el contrario, la corrección de este error o dolo solo puede hacerse mediante una comprobación objetiva de cuál de los dos principios y regímenes, incompatibles, son los que realmente se quisieron adoptar en esta Constitución.

Asimismo, puede advertirse que este error o dolo recayó en la adopción normativa constitucional de solo uno de estos principios y regímenes. Ello porque, como se está precisando, por antinómicos que son; la Constitución solo tuvo que haber adoptado uno de estos principios jurídicos y, correspondientemente, también solo tuvo que haber adoptado uno de estos regímenes económicos. Por tanto, solo en una de las normas constitucionales susodichas es en la que se cometió este error o dolo.

- *La aplicación de una necesaria interpretación dual: Constitucional y Sistemática.*

Para realizar la comprobación objetiva, de este error o dolo normativo constitucional, se necesita recurrir, entonces, a la labor de interpretación jurídica. Porque averiguando en cuál de las dos normas, que generan esta antinomia, es en la que se produjo, este error o dolo; es el único modo en que se puede solucionar la misma.

Pues bien, genéricamente la interpretación jurídica que para tal efecto se va a realizar, va a consistir, de acuerdo al acertado criterio de GUSTAVO ZAGREBELSKY; en "una actividad impulsada por una finalidad esencialmente práctica"(315). Así es, como toda antinomia legal crea un problema, jurídico en este caso; se recurre a la interpretación jurídica precisamente como experiencia para la solución de problemas. Por eso es que GIUSEPPE CAPOGRASSI advirtió, con acierto, que por la orientación problemática que tiene el Derecho, se le debe conceptuar al mismo como experiencia(316). Esto significa que el Derecho es conocimiento que se debe aplicar, el cual lo condiciona siempre la casuística o cada caso concreto(317). Porque es así como resulta que:

(315) ZAGREBELSKY, "La ley y su justicia. Tres capítulos de justicia constitucional", cit., p. 151.

(316) CAPOGRASSI, Giuseppe, "Il problema della scienza del diritto", Giuffrè, Milán, 1962, p. 32.

(317) ZAGREBELSKY, "La ley y su justicia. Tres capítulos de justicia constitucional", cit., p. 151.

"La controversia da origen al Derecho"[318]; y es precisamente, en el ámbito de la controversia, donde nace la interpretación jurídica[319].

Asimismo, podría pensarse que la clase de interpretación jurídica correspondiente, que resulta pertinente realizar, para tal efecto, es solo la interpretación constitucional; por ser las normas a interpretarse normas que pertenecen a una Constitución.

Sin embargo, sobre esta interpretación jurídica que se debe realizar, es necesario hacer dos precisiones importantes.

La primera de estas precisiones consiste en que si bien hubo una tendencia jusfilosófica neoconstitucionalista, de considerar que la interpretación constitucional es distinta de la interpretación jurídica ordinaria[320]; la tendencia negativa u opuesta es la que finalmente ha terminado imponiéndose.

Así es, en la moderna doctrina jusfilosófica, neoconstitucionalista, la tendencia mayoritaria es la de negar que exista una sustancial diferencia entre la interpretación constitucional y la interpretación jurídica ordinaria. GIORGIO PINO destaca ello afirmando que: "Las características que hacen aparentemente peculiar la interpretación constitucional se hallan también presentes en la normación infraconstitucional. (…) La diferencia entre la interpretación constitucional y la interpretación de la ley se ve debilitada también por el hecho de que, en el Estado constitucional, la ley es constantemente interpretada y aplicada 'a la luz de la constitución': lo que lleva a una suerte de fusión entre la interpretación de una y otra"[321].

---

(318) CAPOGRASSI, Giuseppe, Prólogo del libro "La certeza del diritto", Flavio LÓPEZ DE OÑATE, Giuffrè, Milán, 1968, p. 13.

(319) ZAGREBELSKY, "La ley y su justicia. Tres capítulos de justicia constitucional", cit., p. 151.

(320) Al respecto véase DWORKIN, Ronald, "Freedom's Law. The moral reading of the American Constitution", Harvard U.P., Cambridge, (MA), 1996; VIOLA, Francesco y ZACCARIA, Giuseppe, "Le ragione dil diritto", Il Mulino, Bologna, 2003.

(321) PINO, Giorgio, "Derechos e interpretación. El razonamiento jurídico en el Estado constitucional", Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014, pp. 232-233.

Por eso este jusfilósofo italiano llega a concluir al respecto que: "La diferencia entre la interpretación de la constitución y la interpretación de la ley parece ser, una vez más, cuantitativa y no cualitativa"(322). Complementando esta acertada conclusión, se puede decir también que esta diferencia de interpretación juídica (constitucional-legal); es solo de forma, mas no de fondo. En efecto, al momento de realizar la labor de interpretación jurídica, los intérpretes encontramos, respecto a las normas a interpretar; que estas están revestidas de distintas jerarquías, dentro de las cuales la Constitución es la más superior. Pero fuera de esta diferencia jerárquica, no existen en realidad diferencias sustanciales que ameriten o justifiquen que se deba interpretar la Constitución de una manera distinta a como se deben interpretar las leyes ordinarias o de menor jerarquía.

La segunda precisión sobre la interpretación jurídica que se debe realizar, para solucionar la antinomia bajo estudio; es destacar el carácter político que tiene siempre la interpretación constitucional.

Efectivamente, siempre toda interpretación constitucional tiene carácter político porque mediante las Constituciones los Estados adoptan regímenes políticos para regular los principales derechos e instituciones mediante los cuales las personas pueden subsistir y desarrollarse en todos los aspectos de la vida humana; los cuales son el social, el cultural, el jurídico, el económico; etc. JERZY WRÓBLESKY así lo destaca: "Una de las peculiaridades de la interpretación constitucional estriba en su carácter político. (…) La Constitución es un acto político y legal. Se puede argüir que cada regla legal es política por razón de la misma naturaleza del derecho, pero aquí importa subrayar que la Constitución es un acto normativo con el carácter político especialmente pronunciado. Esto es así por razón de la génesis de la Constitución, de su contenido y de su función. La Constitución en su conjunto expresa más o menos adecuadamente

(322) *Ibídem*, p. 233.

las relaciones políticas de una sociedad organizada en un Estado, fija las estructuras básicas del aparato estatal y funciona como salvaguarda del mantenimiento y desarrollo del sistema sociopolítico. La Constitución garantiza los derechos y libertades de los ciudadanos. La Constitución, por tanto, perfila las reglas básicas de la política que se expresan en formas legales"[323].

Así, resulta que mediante la interpretación constitucional, de las normas que generan, la antinomia bajo análisis; se puede determinar cuál es la política económica que puede realizar el Estado peruano de acuerdo a la Constitución de 1993.

En otras palabras, mediante la interpretación constitucional se puede determinar qué régimen político económico es el que ha adoptado el Estado peruano en la Constitución de 1993: ¿La Economía de Libre Mercado o la Economía Social de Mercado?

En segundo lugar, sobre esta interpretación jurídica constitucional se debe precisar, asimismo, que ella se va a tener que auxiliar de la aplicación de un método de interpretación jurídica en particular. Y tal método, que resulta pertinente aplicar, es concretamente el lógico sistemático (*sedes materia*). Ello por dos razones que resultan esenciales.

La primera de ellas es el hecho de que lo que se necesita solucionar es una antinomia producida por dos normas incompatibles de un mismo cuerpo legal, por lo cual, como ya se ha precisado, ello se soluciona mediante la aplicación de uno de los principios esenciales de la Lógica; el cual es el de *NO CONTRADICCIÓN*.

La otra razón consiste en la esencial y elemental circunstancia de que todas las normas, en general, siempre forman parte de un sistema jurídico o grupo de normas. MIGUEL REALE explica esta circunstancia así: "Ninguna disposición legal está aislada de las demás. Cada artículo

(323) WRÓBLESKI, Jerzy, "Constitución y teoría general de la interpretación jurídica", Civitas, Madrid, 2001, pp. 111-112.

de una ley se sitúa dentro de un Capítulo, y este dentro de un Título, y este dentro de un Libro: su valor depende, también, de su situación sistemática. Es preciso, pues, interpretar la ley según sus valores lingüísticos, pero siempre situándolos dentro del conjunto del sistema. Esta labor de comprensión de un precepto en relación con todos los que con él se articulan lógicamente, se denomina *interpretación lógico-sistemática*"[324]. OTTO BACHOF, por su parte, sintetiza este método certeramente afirmando que: "Una norma solo puede ser enjuiciada mediante otras normas"[325].

Es por ello que sobre todo las constituciones, por ser las leyes superiores o de mayor jerarquía, que rigen a los Estados; deben ser siempre un todo orgánico de normas que exige que su interpretación deba realizarse teniendo siempre en cuenta lo que destaca REALE. Esto es, que cada norma, constitucional en este caso, forma parte de un conjunto o grupo de normas, denominado Constitución política; el cual debe tener un orden y coherencia.

Por eso es que EMILIO BETTI, quien no solo es el mejor exponente de la teoría de la interpretación jurídica, sino también de la interpretación o hermenéutica, en general[326]; consagró que la interpretación lógico sistemática (*sedes materia*) es uno de los métodos, de interpretación jurídica, que se debe siempre observar o aplicar en

---

[324] REALE, Miguel, "Introducción al Derecho", Pirámide, Madrid, 1986, pp. 216 y 217.

[325] BACHOF, Otto, "¿Normas constitucionales inconstitucionales?", Palestra, Lima, 2008, pp. 43-44.

[326] Para que no se piense que esta es una opinión exagerada, a favor de BETTI; es la valoración, no de juristas, sino de célebres filósofos, sobre su obra doctrinaria de interpretación jurídica, las que corroboran esta opinión. Así, por ejemplo Gianni VATTIMO, uno de los filósofos modernos más influyentes, reseña esta valoración citando en ella al mejor exponente de la filosofía hermenéutica: "Pero si los juristas escuchan más a los hermenéuticos es porque, por un lado, estos últimos han renovado profundamente su propia disciplina remitiéndose, justamente, a la experiencia jurídica (piénsese en hasta qué punto pesa en Gadamer la referencia a la experiencia del Derecho, o a un autor como Betti)" ("Nihilismo y emancipación. Ética, política, derecho", Paidós, Barcelona, 2004, p. 165).

todo proceso interpretativo; cualquiera que sea su problema específico. Fue este gran jurista italiano el que denominó, a este método, como el *Canon Hermenéutico de la Totalidad*(327). PETER HÄBERLE corrobora la validez de este método de interpretación, en este caso para la interpretación constitucional, denominándolo "Interpretación de Conjunto": "La unidad en que se fusionan los bienes jurídicos normados en la Constitución y las relaciones complementarias existentes entre ellos justifica el mandato de interpretación 'de conjunto' de la Constitución. Los límites y el contenido de los derechos fundamentales hay que determinarlos en una 'visión de conjunto' que los tome en cuenta como parte constitutiva de un conjunto global. Ninguna norma constitucional puede interpretarse solamente desde sí misma"(328).

Pero antes de aplicar este método de interpretación jurídica en particular, se debe realizar primero la interpretación constitucional correspondiente, que también se debe aplicar; para determinar la solución de la antinomia constitucional bajo análisis. Y tal interpretación constitucional consiste concretamente en desplegar una de las finalidades o funciones que cumple esta clase de interpretación.

En tal virtud, resulta que de las finalidades o funciones, que cumple la interpretación constitucional; es la función orientadora la que resulta pertinente desplegar mediante esta interpretación para la solución de dicha antinomia.

Así es, ello se debe a que las antinomias generan dudas y confusiones sobre el significado y alcances de las normas que las generan; por lo cual esta clase de interpretación correspondiente, "constitucional", sirve para obtener la información pertinente, necesaria, para disipar dichas dudas y confusiones. Por eso JERZY WRÓBLESKY precisa al respecto que: "La 'función de orientación' consiste en ofrecer una

(327) BETTI, "Interpretación de la ley y de los actos jurídicos", cit., p. 109.

(328) HÄBERLE, "La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales", cit., p. 8.

información acerca de qué comportamiento es acorde o contrario a las reglas constitucionales"[329].

En efecto, para la solución de la antinomia bajo análisis, se debe averiguar cuál de los dos comportamientos que puede tener el Estado, respecto a la contratación o mercado, esto es, si este puede o no puede intervenir en ella; es el que resulta acorde o contrario a la Constitución como un todo normativo orgánico y coherente.

Pero para obtener esta información, o sea para que la interpretación constitucional correspondiente, que se debe realizar, cumpla su función orientadora, que permita obtener, esta información; va a resultar necesario que ella se auxilie de un método de interpretación jurídica en particular. Y, como se ha precisado, tal método es la interpretación lógico-sistemática.

De tal manera que es mediante la interpretación constitucional, auxiliada por la interpretación lógico-sistemática; que se va a poder determinar cuál de las normas, que generan la antinomia bajo análisis, fue incorporada por error o dolo en la Constitución peruana de 1993.

Pues bien, para ello va a ser necesario determinar, mediante la interpretación lógico-sistemática, la nomogénesis[330] correspondiente de estas normas. Así es, ello es necesario porque esta situación (la nomogénesis) es la que indica o revela cómo fueron concebidas y analizadas estas normas al momento de ser creadas. En efecto, es básico o elemental saber estas situaciones, que se dieron en la elaboración de estas normas, para poder entender cómo es que, finalmente, resultaron siendo totalmente contradictorias o incompatibles entre ellas. EMILIO

[329] WRÓBLESKI, "Constitución y teoría general de la interpretación jurídica", cit. pp. 93 y 94.

[330] El significado de este término interpretativo, utilizado por BETTI, es de fácil comprensión. "Nomos" significa ley (en griego) y génesis significa creación. Por ello, mediante el término "nomogénesis" simplemente se busca determinar cómo se realizó la creación de una ley.

BETTI explica así la necesidad de la nomogénesis en la interpretación jurídica: "Que en la interpretación jurídica no puede prescindirse de tomar en consideración la nomogénesis, es decir, del modo cómo en su origen fue pensada la norma y cómo los tipos de intereses en juego fueron valorados y coordinados, es incontestable"(331).

Es así como, para analizar la nomogénesis de las normas que generan la antinomia constitucional bajo análisis; se debe empezar teniendo en cuenta la parte o segmento en la que se encuentran ubicadas estas normas dentro de la Constitución de 1993. Tal parte o segmento es el Título denominado "Del Régimen Económico".

Este título, por cierto, es de los títulos más importantes de todas las constituciones y, por ello, también de esta. Tal importancia, en realidad, no necesita ser demostrada. Porque ella se aprecia de la realidad misma, en la cual se comprueba que la forma o manera, en que puede desenvolverse la economía, o mercado; es uno de los aspectos o situaciones que más trascendencia tienen para los Estados-nación, como es el caso del Perú.

La importancia que tiene el título o parte económica, de una Constitución, radica, por tanto, en el hecho de que las normas, que son su contenido; consagran el régimen o principio mediante el cual se organiza, económicamente, un Estado-nación. Lo cual es consecuencia, pues, de una de las características esenciales del constitucionalismo moderno (Ver cita 280); así como del concepto elemental de Constitución, entendida como el conjunto de los principios de organización de la sociedad estatal(332).

Y en tal virtud, el artículo 58 es la norma inicial de este título; o sea es la norma con la que se inicia uno de los grupos trascendentales de normas, de esta Constitución, como es el del título económico.

---

(331) BETTI, "Interpretación de la ley y de los actos jurídicos", cit., p. 114.

(332) PIZZORUSSO, Alessandro, "Justicia, constitución y pluralismo", Palestra-Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2005, p. 24.

Efectivamente, como norma inicial, el artículo 58 impone el régimen político económico que, como principio económico rector, adopta el Estado peruano; mediante el cual se debe desenvolver o materializar su economía o mercado. Esta adopción legislativa constitucional, mediante esta primera norma (Artículo 58), de este título, es totalmente lo idóneo y coherente; porque así lo exige la necesaria lógica jurídica, en este caso para la exégesis o positividad correspondiente, la cual debe ser corroborada después mediante la interpretación lógico-sistemática (*sedes materia*) que se debe aplicar.

Así es, siempre en un título como este (el económico), la primera norma, con la que debe principiar, el mismo; por lógica jurídica necesariamente es la que debe adoptar o consagrar un régimen político económico en particular. Y al respecto se aprecia que esta norma es rotunda, o contundente, en cuanto a dicha adopción o consagración constitucional. Opta de manera expresa, utilizando la denominación específica pertinente, por la Economía Social de Mercado.

Por tal razón, la interpretación lógico-sistemática (*sedes materia*), que se está aplicando, en el análisis de las normas que generan, la antinomia constitucional bajo estudio; exige siempre tener en cuenta esta circunstancia en particular: Que el artículo 58, por ser la norma inicial del título económico, de la Constitución; consagra el principio económico rector que es la norma base o directriz de este título o segmento normativo constitucional. ¿Y qué significado o importancia tiene destacar esta situación en particular? Pues que son todas las demás normas, de este título, las que deben ser necesariamente concordantes o congruentes con dicha norma inicial del mismo.

En efecto, como el Derecho positivo, las leyes, deben guardar necesariamente un orden lógico, como sistema (*sedes materia*); ello exige siempre que las normas sucesivas o posteriores, a una primera, deben a esta siempre respetarla o no contradecirla. Pues de lo contrario, si no fuera así, si pudieran contradecirla; entonces ya no constituirían todas estas normas en su conjunto, tanto las posteriores como la primera; un orden lógico como sistema jurídico.

Esta necesidad normativa lógico-sistemática del Derecho positivo, que se aplica en este caso como la necesidad de que las normas de un título no contradigan a aquella con la que se da inicia el mismo; la corrobora EMILIO BETTI al considerar que siempre las normas, como partes integrantes de un todo, deben hacer siempre referencia al todo: "El canon hermenéutico de la totalidad impone una perenne referencia de las partes al todo y por ello mismo una referencia de las normas particulares a su complejo orgánico"[(333)].

Y en un título normativo o conjunto orgánico de normas, como en este caso resulta ser de carácter constitucional; ¿qué norma es la que determina cómo debe ser dicho Título o conjunto como un todo al cual las demás normas deban siempre hacer referencia o guardar compatibilidad? Pues definitivamente, para este caso, siempre la primera de ellas; o sea la que da inicio al título.

Ello va a ser siempre así, en los títulos o segmentos, de una Constitución; porque la primera de las normas, de estos, es siempre la que fija el norte o marca la pauta, la que resulta la norma directriz en cuanto a la temática o contenido de los mismos.

De tal manera que por ser el artículo 58 la norma base o directriz, del título económico de la Constitución, porque impone el régimen político económico que, como principio, esta adopta; las demás normas, de este título, deben necesariamente, entonces, guardar concordancia con aquella con la que se da inicio al mismo. Y ello resulta así en todas ellas, menos, como se ha precisado, en el artículo 62.

En consecuencia, por este orden lógico sucesivo, que deben tener siempre las normas; es el artículo 62, de la Constitución, el que contradice o resulta incompatible con el artículo 58, de la misma; y no viceversa. Así es, como en el Derecho positivo, en las leyes, el orden lógico que estas deben tener tiene siempre carácter sucesivo;

(333) BETTI, "Interpretación de la ley y de los actos jurídicos", cit., p. 119.

son las normas posteriores las que deben guardar concordancia con las anteriores y no al revés, esto es, no son las normas anteriores las que deben guardar concordancia con las posteriores. Porque solo de esta manera podrá haber dicho necesario orden lógico sucesivo de las leyes: Cada norma posterior, de un mismo cuerpo legislativo, debe ser concordante con las normas anteriores del mismo.

Por tal razón, el error o dolo normativo constitucional se cometió en la elaboración e inclusión, del artículo 62, en el título económico de la Constitución. En efecto, al haberse prohibido al Estado, mediante esta norma, intervenir en la contratación o mercado; ello resulta, pues, erróneo o doloso respecto al artículo 58, del mismo título, porque este ya se lo permitía.

En otras palabras, el artículo 62 impone una regla o efecto propio del régimen económico de la Economía de Libre Mercado, el cual resulta erróneo o doloso respecto al artículo 58; porque este adopta el régimen económico de la Economía Social de Mercado, que impide la imposición de esta regla o efecto.

Como la norma que genera la antinomia o conflicto es el artículo 62, por lo cual es esta norma la que resulta errónea o dolosa, en el título económico de la Constitución de 1993; se debe analizar entonces la nomogénesis de esta norma para saber cuál fue la circunstancia mediante la cual se produjo el error o dolo.

Pues bien, la única explicación nomogenética, que se ha podido hallar al respecto; es que esta norma fue consecuencia de un influyente *lobby* empresarial, el cual solo lo pueden realizar las grandes empresas. Esto es, algunos congresistas constituyentes[334] fueron influenciados

[334] Los políticos que tuvieron a su cargo la elaboración de la Constitución de 1993, que actualmente rige al Estado peruano, fueron miembros del denominado Congreso Constituyente Democrático (CCD). Este fue el órgano legislativo que se creó, en 1992, luego del autogolpe de Estado que cometió el gobierno del entonces presidente Alberto Fujimori; con la finalidad de elaborar una nueva Constitución

por grandes empresas y, de esta manera, convencidos; para incorporar esta norma a pesar de estar en flagrante contradicción con la norma príncipe, o inicial, que impone la regla general que inspira dicho título, la cual es el artículo 58.

Es esta situación la que finalmente demuestra, entonces, que la razón o circunstancia, en la que consiste la nomogénesis del artículo 62, de la Constitución; no fue en realidad un error, esto es un acto involuntario, sino un acto doloso o mal intencionado para favorecer a las grandes empresas del mercado peruano.

Y este acto doloso o mal intencionado, de pretender constitucionalmente favorecer a las grandes empresas, mediante esta norma; tiene una explicación sociológica y política, la cual se da en términos de poder, concretamente de poder económico.

Como se sabe, en las economías que no son de administración centralizada, son las grandes empresas las que dominan o controlan los mercados. Y para poder mantener este poder económico necesitan, pues, que el Estado no les supervise o controle el uso que hacen del instrumento jurídico mediante el cual pueden ejercer este poder; el cual son los contratos.

La nomogénesis del artículo 62 de la Constitución tiene entonces un evidente carácter doloso, porque mediante esta norma se pretendió favorecer a las grandes empresas; fallido intento que consistió en mantener incólume, intocable, el poder económico de las mismas. Porque como lo destaca BERTRAND RUSSELL, uno de los filósofos

política para dicho Estado. Versiones, no confirmadas totalmente por parte de estos miembros, indican que el artículo 62, de esta Constitución; no fue elaborado en dicho Congreso, sino en uno de los grandes bufetes de abogados de Lima. Claro, ello se entiende perfectamente del hecho de que los grandes bufetes solo defienden a empresas y no a consumidores. Frente a ello, solo cabe repetir entonces una de las exclamaciones de **NIETZSCHE**, que resulta pertinente: **"*¡Qué miseria la de nuestros hombres de Estado!*"** ("La ciencia y el saber en conflicto", en *El libro del filósofo*, Taurus, Madrid, 2000, p. 112).

que más ha estudiado el fenómeno del poder: "El poder económico, a diferencia del poder militar, no es primario sino derivado. Dentro del Estado depende de la ley"(335).

El carácter doloso de la nomogénesis del artículo 62, de la Constitución, queda evidenciado aún más por el hecho de que los congresistas constituyentes que elaboraron, o recibieron elaborada más bien, esta norma; fueron oportunamente advertidos de la inconveniencia técnica jurídica de la misma por sus efectos contradictorios. Tal advertencia fue la pertinente, porque se las proporcionó el mejor jurista peruano especializado en Derecho Contractual, de ese entonces(336); como se ha dado cuenta en el subítem *La interpretación de MANUEL DE LA PUENTE Y LAVALLE* del capítulo anterior. Sin embargo, hicieron caso omiso de esta advertencia.

Ahora bien, esta fue la triste, y muy indigna por cierto, nomogénesis del artículo 62 de la Constitución de 1993. Pero con la determinación de este específico origen normativo constitucional, aún no se ha solucionado la problemática jurídica que ha creado la antinomia constitucional que existe entre los artículos 58 y 62 de esta Constitución.

Así es, con la determinación de dicha nomogénesis solo se ha descubierto el irregular y doloso origen de esta antinomia constitucional, el cual, además de erróneo y doloso, es también espúreo. Pero con ello aún no se ha resuelto la misma.

Como lo ha precisado EUGENIO BULYGIN (Ver cita 312), el metacriterio para solucionar esta antinomia, por no haber un orden jerárquico entre las normas en conflicto; consiste en otorgar un nuevo orden jerárquico a las mismas, para luego aplicar la norma que resulte en algún sentido superior a la otra; lo cual equivale a la comprobación de la situación de invalidez de la norma que resulte jerárquicamente inferior.

(335) RUSSELL, Bertrand, "El poder en los hombres y en los pueblos", Losada, Buenos Aires, 1939, p. 113.

(336) DE LA PUENTE Y LAVALLE, "¿Por qué se contrata?", cit., p. 341.

Efectivamente, no hay otra manera posible de solucionar una antinomia legal cuando las normas, que generan la misma, tienen la misma jerarquía; como es el caso de la antinomia constitucional bajo análisis.

Y adviértase que esta acertada solución tiene un carácter estrictamente lógico-sistemático. Ello resulta así porque es la lógica jurídica la que impone que, cuando dos normas del mismo rango o jerarquía, son contradictorias; necesariamente solo una de ellas puede ser válida. Y, la determinación de cuál de ellas es la válida, es posible solo comprobando, mediante dicha interpretación jurídica; que una tiene mayor valor o preponderancia que la otra.

En otras palabras, puede decirse, en los términos interpretativos de EMILIO BETTI, que es el *Canon Hermenéutico de la Totalidad*, aplicado al título económico de la Constitución; el que impone o exige que la solución de esta antinomia debe consistir en dar validez a solo una de las normas en conflicto, considerándola, para ello, superior jerárquicamente respecto a la otra. Porque solo de esta manera el conjunto de normas, que constituye dicho título, puede ser un orden lógico como sistema jurídico.

En consecuencia, como ya se había planteado páginas atrás, para la solución de la antinomia constitucional bajo análisis; ¿a cuál de las dos normas de la Constitución de 1993, que generan esta antinomia, se le debe dar mayor valor o jerarquía; al artículo 58 o al artículo 62?

Podría pensarse que la respuesta a esta pregunta consiste simplemente en determinar que, por ser el artículo 62 la norma cuya incorporación fue dolosa en el título económico, de la Constitución; es esta norma, entonces, la que es inválida, por lo cual ella es jerárquicamente inferior al artículo 58 del mismo título.

La validez de esta conclusión la corrobora la concordancia que tiene el artículo 58 de la Constitución, con la norma de la misma que define al Estado peruano, la cual es el artículo 43; concordancia de la que no goza o tiene el artículo 62, también de la Constitución, con esta última norma.

Así es, de conformidad con lo establecido por el artículo 43, primer párrafo, de la Constitución, el Estado peruano es republicano, democrático, social, independiente y soberano. En tal virtud, como de acuerdo a esta última norma, el Estado peruano es "Social"; ello significa entonces que el único régimen económico que le resulta compatible es el que tiene este carácter ("Social"), el cual es, pues, la Economía Social de Mercado. Por tal razón, el régimen económico de Economía de Libre Mercado, contenido en el artículo 62 de la Constitución; es incompatible con el Estado peruano porque no guarda concordancia con la norma constitucional que define a este Estado.

De tal manera que, con este razonamiento, quedaría finalmente solucionada o resuelta la antinomia constitucional bajo análisis. Pues al ser el artículo 58 de la Constitución de 1993, concordante con la norma de esta Constitución que define al Estado peruano (Artículo 43), así como jerárquicamente superior al artículo 62 de la misma; es dicho artículo 58 entonces el que debe ser aplicado, por los operadores del Derecho, con lo cual se comprueba que, para dicha Constitución, sí es válido y, por ende, constitucional; el intervencionismo estatal en la contratación o mercado.

Sin embargo, si bien este razonamiento es correcto, no es así de simple o fácil la solución cabal, o completa, de esta antinomia constitucional. Ello se debe a que esta solución atiende solo a la forma, mas no al fondo, de la problemática jurídica que genera esta antinomia; por lo cual es solo una solución superficial que, como tal, como se está precisando, es solo parcial y no total.

Efectivamente, resulta que para que la solución de esta antinomia constitucional sea total y, por ende, la que con un acierto o corrección, contundentes, se debe invocar, como tal; es necesario, como lo precisa EUGENIO BULYGIN (Ver cita 312), establecer un nuevo orden jerárquico, entre las normas en conflicto; mediante algún sentido o fundamento por el cual una de estas normas resulte siendo superior a la otra. Pero este fundamento debe atender a lo que indica la norma que resulta inválida, o sea a su contenido, lo cual es el fondo de la misma; y no solo a su origen o nomogénesis, lo cual, pues, es solo su forma.

Para tal efecto, entonces, para establecer este nuevo orden jerárquico, no resulta suficiente haber precisado que una de las normas en conflicto es inválida, porque su nomogénesis ha sido dolosa o irregular. Se requiere también, además de ello, sustentar o justificar esta invalidez, que determina esta nueva jerarquía normativa; en un fundamento de fondo o de carácter técnico.

Y resulta que si bien este fundamento principalmente es económico porque, como se ha precisado, lo que adopta esta norma, en su contenido, es un régimen económico en particular (Economía de Libre Mercado); dicho fundamento también en parte es jurídico, porque la invalidez de este régimen económico tiene en el Derecho fundamentos homólogos.

Por ello, en el siguiente subítem se realiza el estudio económico pertinente, auxiliado por dichos fundamentos jurídicos homólogos.

- **Estudio económico. La utopía o fantasía de una contratación ideal, como óptimo paretiano, para justificar la prohibición del intervencionismo estatal en la contratación. La Economía Social de Mercado como el adecuado concepto de justicia económica para la contratación o mercado. El rechazo de la mitología neoliberal económica conformada por el *Idola Fori* o falso ídolo del mercado y de su mitología homóloga contractual conformada por el dogma de la voluntad y la inmutabilidad del contrato. La necesidad económica de un Estado Social en vez de un Estado Liberal o mínimo.**

"La mitología del 'libre' mercado natural,
ese gozoso himno de alabanza que se nos
insufla sobre la competitividad, la racionalidad,
la eficacia y la justeza del sistema económico"
ROBERT W. MCCHESNEY[337]

"No puedo dar por justos
tus errores"
"Antígona"
SÓFOCLES

[337] MCCHESNEY, Robert W., *Prólogo* del libro "El beneficio es lo que cuenta. Neoliberalismo y orden global", Noam CHOMSKY, Austral, Barcelona, 2014, p. 14.

¿Cuál puede ser el fundamento económico de fondo que justifique o sustente que el artículo 58, de la Constitución, tiene mayor jerarquía que el artículo 62, de la misma; por lo cual es esta última norma la que es inválida y no se debe aplicar en la contratación o mercado peruano?

Al respecto resulta también que la determinación de este fundamento exige que necesariamente se deba realizar una labor de parangón, o comparación, entre los regímenes económicos que adoptan cada una de las normas que generan la antinomia constitucional bajo estudio.

Pues bien, la comparación, entre estos dos regímenes económicos ya se hizo, en parte, en el segundo capítulo (Ver II.5.); al solucionar la problemática jurídica que genera el conflicto entre los principios de Autonomía de la Voluntad y Autonomía Privada. De tal manera que lo que se va a hacer ahora, en este subítem, es la ampliación del fundamento económico correspondiente.

Ahora bien, para la necesaria corrección y autenticidad de la investigación científica, correspondiente a la ampliación del análisis comparativo, de estos dos regímenes económicos; se deben hacer dos necesarias precisiones.

La primera de ellas es que esta ampliación analítica comparativa no puede consistir en un estudio profundizado y exhaustivo de carácter netamente económico. Ello por las razones obvias de que para ello se necesitaría escribir un verdadero tratado sobre Economía, lo cual no es la finalidad, de la presente obra; y porque dicho estudio, por la especialidad científica y temática, correspondiente, le corresponde realizarlo, de manera auténtica, a los que son economistas de profesión.

En tal virtud, esta ampliación del análisis comparativo, de estos dos regímenes económicos, es uno interdisciplinario muy concreto o particular. Porque solo se va a limitar a determinar si el efecto o consecuencia que producen, cada uno de estos regímenes, respecto a

la contratación o mercado, son los que resultan mejores o apropiados para la contratación o mercado peruano.

En otras palabras, este análisis comparativo se limita a contestar la siguiente pregunta: ¿Qué es lo que resulta mejor o apropiado para la contratación o mercado peruano, que haya o no haya intervencionismo estatal pro consumidor en la misma?

La otra precisión que es necesario hacer, respecto a la ampliación del análisis comparativo, de estos dos regímenes económicos; es sobre la consulta bibliográfica correspondiente. Para esta ampliación analítica comparativa económica, se toma en cuenta, como se viene haciendo en el estudio de los temas económicos de esta obra; únicamente las opiniones autorizadas en materia económica, las cuales son la de los economistas y no la de los economicistas(338). Es necesario hacer también esta precisión porque podría pensarse, de primera impresión, que lo que resulta pertinente consultar o tomar en cuenta, para este análisis, es la opinión de estos últimos; o sea consultar la tendencia juseconómica.

Sin embargo, ello no es así porque sobre esta tendencia, conocida como Análisis Económico del Derecho; se ha comprobado ya, interdisciplinariamente, tanto su impertinencia como su incorrección, para el estudio y aplicación de las instituciones del Derecho de base románica. Ello se debe a varias razones o factores, las cuales son abundantes. Estas provienen tanto desde áreas importantes del conocimiento en general, como desde áreas importantes del conocimiento jurídico en particular.

Así es, empezando por la razón de la cultura, CARLOS RAMOS NÚÑEZ advierte bien que: "La falta de adecuación de sus postulados a la realidad cultural de cada país constituye el flanco débil de este movimiento"(339).

(338) Con el término de "economicistas" se identifica a los seguidores de la tendencia juseconómica (Análisis Económico del Derecho), para diferenciarlos de los economistas; quienes sí son los que ostentan el título profesional correspondiente.

(339) RAMOS NÚÑEZ, "Cultura jurídica, proceso y hombres de foro", cit., p. 51.

Desde la Filosofía se ha comprobado su carácter seudocientífico(340), así como fomentar un utilitarismo económico deshumanizante(341), cuya pretensión es aplicarse como un discernimiento definitivo(342). Por su parte, desde el Derecho Mercantil se ha demostrado que constituye o se limita a ser, la tendencia juseconómica, solo un método reduccionista(343).

Igualmente, desde la Filosofía del Derecho se ha comprobado que es un modelo unidimensional del pensamiento(344), y que la decisión individualista en la que se basa fomenta un egoísmo que no tiene en cuenta exigencias sociales irrenunciables(345). Y desde la Sociología del Derecho se ha comprobado el carácter utópico del criterio del "sujeto racional", el cual es uno de los principales criterios en que se basa el Análisis Económico del Derecho; al pretender que la racionalidad económica es permanente en los actos humanos, lo cual, pues, no se condice con la realidad(346).

De acuerdo a lo explicado en el segundo capítulo, respecto a cuál de los dos regímenes económicos es el que debe aplicarse, para la con-

(340) NUSSBAUM, Martha, "Justicia poética", Andrés Bello, Barcelona, 1997, pp. 17 y ss.

(341) HERNANDO NIETO, Eduardo, "¿Por qué no debemos elegir el Análisis Económico del Derecho?", en *Reconstruyendo la Legalidad (Ensayos de teoría general y teoría política)*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2002, pp. 43 y ss.

(342) TORRES MÉNDEZ, Miguel, "La defensa de George Bernard Shaw a nosotros los locos. (A propósito del criterio del sujeto racional del Análisis Económico del Derecho)", *Revista Peruana de Derecho y Literatura*, Nº 1, Lima, 2006, pp. 369 y ss.

(343) SÁNCHEZ ANDRÉS, Aníbal "Estudios jurídicos sobre el mercado de valores", Thomson-Civitas, Pamplona, 2008, p. 37.

(344) GONDRA, José María, "¿Tiene sentido impartir justicia con criterios de Economía?", en *Revista de Derecho Mercantil*, Nº 226, Madrid, 1997, pp. 1545 y ss.

(345) ALPA, Guido, "La interpretación económica del Derecho", en *Estudios sobre la Responsabilidad Civil*, Ara, Lima, 2001, pp. 67 y ss.

(346) GAGO PRIALÉ, Horacio, "Eficiencia y Justicia: ¿Agua y aceite? El Reto Ético del Derecho Económico", en *Revista Peruana de Derecho y Literatura*, Nº 1, Lima, 2006, pp. 67 y ss.

tratación o mercado; cada uno de estos regímenes consiste en posiciones contradictorias en cuanto a la participación del Estado en la misma.

Así es, como la Economía de Libre Mercado es la aplicación económica de la ideología política del Liberalismo, este régimen económico consiste en una posición liberal en cuanto a la función o papel que debe cumplir el Estado. Esta consiste en una participación mínima o reducida del mismo y por eso al Estado que la aplica se le califica, pues, como Estado Liberal. La versión moderna de este régimen económico ha propuesto la posición extrema sobre la participación del Estado, en la contratación o mercado; la cual consiste en el "Estado mínimo" o "vigilante nocturno".

Comúnmente se cree que esta idea o concepto fue propuesto por el filósofo político ROBERT NOZICK, quien es uno de los principales partidarios de esta versión moderna liberal económica. Este autor plantea, como concepto económico de Estado, un Estado totalmente abstencionista. Esto significa que mientras menos Estado haya, ello será lo mejor para el ejercicio de los derechos individuales en general, entre ellos de los derechos que se ejercen en el mercado(347).

Este concepto económico de Estado se le conoce actualmente como el concepto minimalista de Estado del Liberalismo Económico; calificado acertadamente así por GUSTAVO ZAGREBELSKY(348).

Sin embargo, la autoría de este concepto económico de Estado no es del neoliberal NOZICK. Este concepto proviene o tuvo su origen, en realidad, en la antigua Grecia; concretamente en Atenas. Así lo destaca el historiador francés GUSTAVE GLOTZ, el cual es una autoridad académica sobre la Antigua Grecia; particularmente sobre la polis y su historia económica: "El principio fundamental del liberalismo

(347) NOZICK, Robert, "Anarquía, estado y utopía", Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1988.

(348) ZAGREBELSKY, "El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia", cit., p. 99.

moderno: El Estado debe usar su poder al servicio del individuo"[349]. Comentando esta apreciación, LORENZO INFANTINO precisa que: "El punto crucial es que la interferencia del Estado en la vida de los ciudadanos resulta innecesaria, ya que ellos mismos resuelven sus problemas a través del mercado y la confrontación de sus decisiones individuales"[350]. De manera que la autoría de NOZICK, del concepto minimalista de Estado, es otra de las falacias de las que está conformado el Liberalismo Económico.

Como se puede colegir, mediante este concepto se consagra la supremacía de los derechos individuales frente al Estado, lo cual se le identifica también mediante la célebre frase "Separación Estado-sociedad". En realidad este concepto es errado, por lo cual se encuentra ya superado constitucionalmente; como se demuestra más adelante.

Con esta posición liberal económica extrema, y otras más, se generó la versión moderna del Liberalismo Económico; la cual se le conoce como Neoliberalismo Económico. Sobre la misma se explica más al final de este subítem. Otros representantes conspicuos, de esta nueva tendencia liberal económica, son MILTON FRIEDMAN[351] y FRIEDRICH HAYEK[352].

Por su parte, como la Economía Social de Mercado es la aplicación económica de solo una parte de la ideología política del Socialismo, la cual es la lucha contra la desigualdad (Ver II.3.5.); este régimen económico consiste entonces en exigir la aplicación de Justicia Social, por parte del Estado, en la contratación o mercado. Por eso al Estado que la

---

(349) GLOTZ, Gustave, "The greek city and its institutions", Routledge, London, 1996, pp. 128 y 129.

(350) INFANTINO, Lorenzo, "Ignorancia y libertad", Unión Editorial, Madrid, 2004, p. 32.

(351) FRIEDMAN, Milton, "Capitalism and freedom", University of Chicago Press, Chicago, 1962.

(352) HAYEK, Friedrich, "The constitution of liberty", University of Chicago Press, Chicago, 1972; y "Law, legislation and liberty". A new statement of the liberal principles of justice and political economy", University of Chicago Press, Chicago, 1973.

aplica se le califica, pues, como Estado Social; el cual se caracteriza por combatir dicha desigualdad mediante la protección, que debe realizar, de los derechos sociales.

Ahora bien, debe aclararse al respecto que el ser partidario de la Economía Social de Mercado no significa en absoluto ser un socialista; como por ignorancia, o mal intencionadamente, se ha pretendido crear esta falsa impresión. Ello se debe a que, como se está remarcando, este régimen económico es la aplicación de solo parte de la ideología política socialista. De manera que ser seguidor, de solo parte del socialismo, no te hace o convierte, pues, en modo alguno, en un socialista. Dos son las pruebas irrefutables de ello. Una atañe a los Estados y la otra a los partidos políticos. La primera consiste en que los Estados que adoptan este régimen económico no son políticamente socialistas. Tal es el caso del estado alemán en que se creó y adoptó, en la posguerra, por primera vez, el mismo. Pues bien, la que fue la República Federal Alemana, y la que es hoy la Alemania unificada, que mantiene este régimen; no pueden para nada ser calificadas como socialistas, calificarlas así es realmente una gran ignorancia. Igualmente, los partidos políticos, que tienen como bandera este régimen económico; tampoco pueden ser calificados como socialistas. Tal es el caso, por ejemplo, en la coyuntura política peruana, del partido político cuyos representantes fueron los que introdujeron este régimen económico en la Constituyente de 1978; el cual fue recogido después en el artículo 58 de la actual Constitución[353].

Como se ha adelantado (Ver II.3.5.), los derechos sociales que requieren protección por parte del Estado, en la contratación o mercado; son los que fueron identificados así, como sociales, para la necesaria corrección de los contenidos contractuales inequitativos o

[353] Se trata del Partido Popular Cristiano (PPC), el cual, por su actuación en la política peruana, no es difícil, sino imposible, poder calificarlo de "socialista". La adscripción de este partido, por la Economía Social de Mercado, la ha corroborado recientemente uno de sus ex congresistas (Véase "Economía Social de Mercado", Alberto BEINGOLEA, diario "El Comercio", 12-3-15).

desiguales, que es consecuencia de la desigualdad económica de las partes. Y lo que jurídicamente hace posible la corrección, de estos contenidos contractuales injustos, es la aplicación, en la contratación o mercado; del principio de Autonomía Privada, el cual es posible de aplicarse conjuntamente con el régimen económico de Economía Social de Mercado (Ver II.3.7.).

De ahí que la consecuencia tanto jurídica como económica, a nivel estatal, de que se haya identificado que hay derechos sociales que debe proteger el Estado, en la contratación o mercado; es la calificación de tal Estado como Estado Social, en contraposición a la de Estado Liberal, el cual es el Estado que no realiza esta protección social, porque solo protege los derechos individuales. Al final de este subítem se precisa el concepto y los alcances del Estado Social.

Complementando su concepto, entonces, los derechos sociales son los que, mediante su protección el Estado busca satisfacer finalidades sociales; las cuales concretamente son valores sociales. KERRY RITTICH precisa cuáles son estos valores sociales que, como finalidad social, tienen los derechos sociales: "Sirven como representantes de valores tales como cohesión social, solidaridad e inclusión, y operan como métrica de nuestro compromiso hacia la igualdad social relativa"(354).

LUIGI FERRAJOLI complementa aún más el concepto de derechos sociales, al identificarlos acertadamente en función de las necesidades socioeconómicas esenciales para la subsistencia: "Los derechos sociales son derechos a la supervivencia contra la ley de quien es más fuerte social y económicamente"(355).

Por tal razón, puede advertirse que los derechos sociales son la categoría conceptual jurídica que es antagónica o contrapuesta a los

(354) RITTICH, Kerry, "Social Rights and Social Policy. Transformations on the International Landscape" en *Exploring Social Rights: Between Theory and Practice*, D. Barack-Erez y A. Gross (Compiladores), Oxford-Portland, 2007, p. 109.

(355) FERRAJOLI, "Democracia y garantismo", cit., p. 44.

derechos individuales. Así es, de acuerdo a la subsistencia o supervivencia socioeconómica, que debe afrontar la humanidad; los derechos sociales específicamente son entonces el derecho al trabajo, el derecho a la salud, el derecho a la educación, el derecho a la seguridad social; etc. Mientras que los derechos individuales específicamente son los derechos civiles y políticos de las personas; como el derecho a la libertad, el derecho de propiedad, el derecho a la libre empresa, el derecho de contratar, el derecho al lucro o a la ganancia, el derecho de voto, el derecho a ser elegido; etc. LETICIA MORALES advierte con acierto que las necesidades socioeconómicas esenciales para la subsistencia, es realmente un criterio de justicia para la determinación del contenido de los derechos sociales; porque: "Está dado por la referencia a un conjunto de necesidades básicas de todos los seres humanos"(356).

Y se debe continuar determinando el concepto de derechos sociales, precisando que la manera en que el Estado realiza su protección es concretamente mediante el cumplimiento de obligaciones con prestaciones de hacer; como lo precisa GIANLUIGI PALOMBELLA(357). O, lo que es lo mismo, los consumidores pueden ejercer los derechos sociales, o hacerlos realidad; mediante el cumplimiento de obligaciones estatales, con prestaciones de hacer, a su favor. ANDRES ROSSETTI complementa esta última situación afirmando que: "En general, cuando se refiere a *derechos sociales* parece que se está pensando, en una primera y genérica aproximación, en derechos a *prestaciones positivas* por parte de los poderes públicos para con la población y que ellos guardan una fuerte relación con la idea de igualdad"(358).

(356) MORALES, Leticia, "Derechos sociales constitucionales y democracia", Marcial Pons, Madrid, 2015, p. 189.

(357) PALOMBELLA, Gianliugi, "La autoridad de los derechos. Los derechos entre instituciones y normas", Trotta, Madrid, 2006, p. 49.

(358) ROSSETTI, Andrés, "Algunos mitos, realidades y problemas en torno a los Derechos Sociales", en *Los Derechos Sociales en el siglo XXI. Un desafío clave para el Derecho y la Justicia*, Silvina Ribotta y Andrés Rossetti (Editores), Dykinson, Madrid, 2010, p. 104.

Finalmente, se debe terminar la determinación del concepto de derechos sociales precisando que, como por su ejercicio se pueden satisfacer las necesidades socioeconómicas esenciales para la subsistencia; los mismos son concretamente entonces una clase o especie de derechos humanos fundamentales. RODRIGO GARCÍA SCHWARZ precisa ello ampliamente: "Los derechos económicos, sociales y culturales, más comúnmente denominados 'derechos sociales', expresión que pertenece especialmente a los ámbitos de la filosofía política y jurídica y del derecho constitucional, se refieren a menudo a cuestiones relacionadas con expectativas básicas para la dignidad humana, si no con la satisfacción de necesidades vitales y, en consecuencia, se presentan como auténticos derechos humanos fundamentales, imprescindibles para la promoción del desarrollo humano y para la libertad, la democracia, la justicia y la paz en el mundo, pues se presentan como derechos que actúan como premisas para el ejercicio de otros derechos también fundamentales, relacionados con la libertad y la autonomía de la persona"(359).

En la ciencia económica, así como en la política, la exigencia de la defensa de los derechos sociales, por parte del Estado; ha dado lugar a un concepto de justicia en particular, el cual es el de la "Justicia Social".

Como todo concepto de justicia, la "Justicia Social" es un principio o regla superior; o conjunto de principios o reglas superiores. Por eso CHRISTIAN ARNSPERGER y PHILIPPE VAN PARIJS precisan al respecto que: "La teoría de la justicia social, entendida como el conjunto de principios que rigen la definición y la distribución equitativa de derechos y deberes entre los miembros de la sociedad"(360).

(359) GARCÍA SCHWARZ, Rodrigo, "Derechos sociales: Imprescindibilidad y garantías", Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona, 2011.

(360) ARNSPERGER, Christian; VAN PARIJS, Philippe; "Ética económica y social. teorías de la sociedad justa", Paidós, Barcelona, 2002, p. 19.

Efectivamente, los principios que establecen la distribución equitativa de derechos y deberes entre los miembros de la sociedad, y que con ello conforman o determinan, el concepto de "Justicia Social"; son, pues, los derechos sociales. JUAN ANTONIO CRUZ PARCERO lo corrobora destacando que doctrinariamente se identifica, a estos principios, como los propios derechos sociales: "Juristas de otros países insisten en que los derechos sociales son normas jurídicas que vinculan –deben vincular– a todos los poderes públicos, por lo que en principio nada impide que sean invocados en cualquier instancia jurisdiccional"(361).

El concepto de Justicia Social consiste entonces en la defensa de los derechos sociales, que es necesario que imponga el Estado; para que ciertas situaciones socioeconómicas sean justas. O, lo que es lo mismo, hay justicia social cuando el Estado hace respetar, o cumplir, los derechos sociales(362). Y una situación socioeconómica en la que, se necesita que haya siempre, justicia social; es precisamente la contratación o mercado.

Es así como los defensores de los derechos sociales y, por ende, del Estado Social que debe defenderlos; son los teóricos liberales de la "Justicia Social", los cuales consideran que esta justicia se traduce concretamente en un liberalismo igualitarista. Los principales de estos defensores son, desde la Economía AMARTYA SEN(363); desde la Filosofía Política JOHN RAWLS(364); y desde la Filosofía del Derecho RONALD DWORKIN(365).

---

(361) CRUZ PARCERO, "Los Derechos Sociales como técnica de protección jurídica", cit., pp. 95-96.

(362) MORALES, "Derechos sociales constitucionales y democracia", cit., p. 37.

(363) SEN, Amartya, "La idea de la justicia", Taurus, México D.F., 2010.

(364) RAWLS, "Teoría de la justicia", cit.

(365) DWORKIN, Ronald, "Sovereign Virtue. The theory and practice of equality", Harvard University Press, Cambridge, 2000.

Por tal razón, lo que se busca conseguir en la contratación o mercado es que haya en la misma un liberalismo igualitarista como justicia social. Y los medios, para conseguirla, son la defensa de los derechos sociales correspondientes a la contratación o mercado.

Estos derechos sociales son concretamente los derechos más urgentes de los consumidores, por lo cual requieren la protección del Estado; frente a la contratación injusta que produce la desigualdad económica que dominan los mercados. JOSÉ ANTONIO PÉREZ TAPIAS explica esta situación de la siguiente manera: "Las condiciones de asimetría, esto es, la desigualdad realmente existente, entorpecen o hacen imposible la traducción de la suma de utilidades individuales en utilidad colectiva. Por eso, liberales con otra sensibilidad y, como es el caso del ya mencionado Rawls, desde planteamientos deontologistas de corte kantiano, han desechado el utilitarismo en aras del compromiso con la igualdad, buscando que las instituciones operen de un modo justo"(366).

Por su parte, LUIS PRIETO SANCHÍS identifica acertadamente a los derechos sociales, de la contratación o mercado, como: "Derechos sociales que requieren algún género de intervención pública, pero que no pueden calificarse propiamente de prestacionales son, por ejemplo, todos los que expresan restricciones a la autonomía individual"(367).

Son dos las características importantes que se deben destacar de la identificación conceptual, de derechos sociales, que acertadamente precisa este último autor. La primera de ellas es que los derechos sociales de la contratación o mercado no tienen la calidad de prestacionales, o sea no son asistenciales. Esto es correcto porque estos derechos sociales no son derechos para cuyo ejercicio el Estado deba dar una

(366) PÉREZ TAPIAS, José Antonio, "Del bienestar a la justicia. Aportaciones para una ciudadanía intercultural", Trotta, Madrid, 2007, p. 103.

(367) PRIETO SANCHÍS, "Los Derechos Sociales y el principio de Igualdad Sustancial", cit., p. 23.

asistencia material a las poblaciones menos favorecidas que son sus titulares. O sea, los derechos sociales de la contratación o mercado no son derechos sociales programáticos.

La otra característica consiste en que los derechos sociales de la contratación o mercado se expresan o materializan mediante restricciones a la autonomía negocial. Así es, ello se aprecia en el régimen económico que, por proteger estos derechos, tiene un cariz o componente social, que es la Economía Social de Mercado; el cual jurídicamente se puede aplicar mediante el principio de Autonomía Privada. Como se ha precisado (Ver II.3.5. y II.3.6.), este régimen económico, así como este principio jurídico; sí permiten el intervencionismo estatal en la contratación o mercado, el cual se expresa o materializa mediante las limitaciones que las leyes imponen a esta autonomía.

Por eso es que ANDREAS ALFRED BÖHMLER destaca la necesaria participación, con fines sociales, del Estado en los mercados; identificándola de manera precisa con la Economía Social de Mercado: "La doctrina ordoliberal busca iluminar las condiciones de posibilidad del régimen económico liberal y define, en consecuencia, la economía como una economía política, donde la presencia de la mano invisible del mercado no implica que pueda prescindirse de la mano visible del Estado, ni tampoco de múltiples otros niveles de 'autoridad social'"[368]. Asimismo, LUDWIG ERHARD destaca que la Economía Social de Mercado tiene, como finalidad, la justicia social en la contratación o mercado; al precisar que este régimen económico ha de entenderse, en este contexto, como un intento de unir el orden a la libertad para que reine más justicia[369].

---

[368] BÖHMLER, Andreas Alfred, "El ideal cultural de liberalismo. La filosofía política del ordo-liberalismo", Unión Editorial, Madrid, 1998, p. 21.

[369] Citado por BÖHMLER, "El ideal cultural de liberalismo. La filosofía política del ordo-liberalismo", cit., p. 227.

En efecto, a la Economía Social de Mercado también se le conoce con el nombre de Ordoliberalismo, porque el prefijo "ordo" significa "orden" en latín; por lo cual esta denominación alude a la combinación de liberalismo con el orden necesario, que debe haber en el mercado; el cual lo debe imponer el Estado(370).

Pues bien, para determinar cuál de estas posiciones es la que resulta correcta, el fundamento que determine ello debe ser únicamente el correspondiente a la realidad socioeconómica subyacente. Tal fundamento, como se ha demostrado también en el segundo capítulo, es la necesidad de que el Estado realice protección de la parte débil de la contratación o mercado, la cual se le identifica como la "masa", o los consumidores.

Ampliando este fundamento se debe precisar, entonces, que la principal deficiencia, de los mercados; es el abuso o violación de los derechos de los consumidores por parte de las empresas. Lo cual es efecto o consecuencia de la desigualdad económica entre estos agentes económicos, en la que las empresas son la parte fuerte y los consumidores son la parte débil.

Por ello, como toda deficiencia mercantil produce o crea en el mercado, como lógica consecuencia, desorden; este es absolutamente necesario que sea corregido por el Estado imponiendo orden. Efectivamente, un mercado nunca va a ser ordenado si es que no se solucionan los problemas que existen en el mismo. En este caso resulta evidente que los abusos de los derechos de los consumidores causan problemas en cuanto al consumo de los bienes y servicios que se intercambian en los mercados, porque estas malas prácticas, mercantiles, siempre no solo dejan insatisfechos, a los consumidores; sino que también los hacen ser víctimas de daños y perjuicios.

(370) Secundariamente también alude, esta denominación, de la Economía Social de Mercado, al hecho de que el grupo de intelectuales que concibió y promovió, este régimen económico, publicaba sus artículos en la Revista económica "*Ordo*".

De tal manera que esta es la situación socioeconómica concreta, o realidad socioeconómica subyacente, que determina que la intervención del Estado, en la contratación o mercado, sí está justificada por ser necesaria. En la Economía, a este fundamento que justifica el intervencionismo estatal, en la contratación o mercado; se le conoce concretamente como "Los fallos del Mercado"(371). Si se prefiere, puede apreciarse al mismo en los términos mediante los cuales lo describe ALBERT CALSAMIGLIA: "El Estado introduce mecanismos correctores del mercado porque éste es incapaz de comportarse eficientemente en todos los ámbitos"(372).

En consecuencia, este fundamento o realidad socioeconómica subyacente, el cual siempre se le puede constatar empíricamente; es el que impone la necesidad o exigencia de que haya orden en los mercados. Y este orden lo debe imponer, pues, el Estado; para lo cual no se debe optar por el liberalismo económico, sino por la Economía Social de Mercado. Porque este último régimen económico sí permite el intervencionismo estatal pro consumidor en la contratación o mercado.

Por tal razón, es esta realidad socioeconómica subyacente, y no la hipótesis o supuesta existencia de un mercado ideal; la que se debe tener siempre en cuenta para el análisis comparativo entre los regímenes económicos de Economía de Libre Mercado y Economía Social de Mercado.

Así es, como es sabido, uno de los fundamentos principales, de la Economía de Libre Mercado o Liberalismo Económico, es la hipótesis del mercado ideal. Esta se basa en el fundamento económico conocido como el "Óptimo de Pareto". FRANCISCO BLANCO lo explica así:

---

(371) BLANCO, Francisco, "La economía social demócrata. Crisis y globalización", Tecnos, Madrid, 2014, p. 42.

(372) CALSAMIGLIA, Albert, "Un egoísta colectivo. Ensayo sobre el individualismo según Gauthier", en *Racionalidad y Eficiencia del Derecho*, Distribuciones Fontamara, México D. F., 2003, p. 7.

"Un sistema económico es eficiente cuando no desperdicia recursos, sino que los utiliza todos y de la mejor manera posible, haciendo máximo el bienestar de los individuos. Se entiende que el bienestar de los individuos es máximo cuando no existen asignaciones de recursos alternativas que permitan que el bienestar de un individuo mejore sin que, al mismo tiempo, el bienestar de los demás se resienta. Este concepto de máximo, predominante en la teoría económica, es lo que habitualmente se conoce como óptimo de Pareto"(373).

Por su parte, ALBERT CALSAMIGLIA explica este fundamento económico denunciando la falencia o deficiencia del mismo: "En un mercado ideal los intercambios producen un equilibrio que es un óptimo de Pareto. Complementario con el supuesto anterior: Los mercados reales, los actuales, no son mercados ideales pero tienden a producir situaciones cercanas al óptimo de Pareto. De ahí la *doctrina* infiere la justificación de la economía de libre mercado. Inferencia que ignora los límites del discurso de la teoría económica"(374).

Son varias las situaciones que se deben analizar sobre este fundamento económico. Una de ellas es que el mismo en buena cuenta consiste en considerar, a los mercados libres, como sistemas económicos de competencia perfecta. La otra situación consiste en que tal fundamento es un criterio utilitarista.

Empezando por el análisis de la última de estas situaciones, el carácter utilitarista del "Óptimo de Pareto" se aprecia en el hecho de que propugna que si algo produce utilidad, sin perjudicar a otro; ello siempre generará un proceso natural de optimización, que permitirá alcanzar un punto óptimo, al cual por eso se denomina "Óptimo de Pareto". RONALD DWORKIN corrobora el carácter utilitarista de este criterio: "Una distribución de recursos es Pareto eficiente (u óptima)

(373) BLANCO, "La economía social demócrata. Crisis y globalización", cit., p. 37.

(374) CALSAMIGLIA, "Justicia, Eficiencia y Optimización de la Legislación", cit., pp. 42-43.

si no se puede efectuar ningún cambio en esa distribución sin dejar a nadie peor y, al menos, a una persona mejor"[375].

Asimismo, puede advertirse también que la hipótesis del mercado ideal viene a ser la aplicación económica del concepto subjetivo e individualista o liberal del contrato o, lo que es lo mismo, es la aplicación económica del principio de Autonomía de la Voluntad. La aplicación económica, de este concepto jurídico, puede apreciarse de la deducción lógica mediante la cual concluye ello ALBERT CALSAMIGLIA: "El egoísmo individual guiado por la mano invisible conduce al resultado de un óptimo de Pareto. Cualquier restricción de los intereses egoístas conduce a un resultado subóptimo de Pareto"[376].

En tal virtud, asumir esta hipótesis económica (mercado ideal) significa jurídicamente no otra cosa entonces que considerar, a la voluntad de las partes contratantes, como autosuficiente y todopoderosa para que funcione de manera óptima el mercado. En síntesis, esta hipótesis económica consiste en considerar económicamente a la voluntad contractual, o sea a la voluntad con la que puede operar el mercado; como dogma (el "dogma de la voluntad").

Por tal razón, se debe llegar a la conclusión consistente en que el concepto jurídico "dogma de la voluntad", se equipara o identifica como sinónimo, homólogamente, con el concepto económico "mercado ideal".

Así es, como se ha precisado (Ver II.3.3.), el concepto del "dogma de la voluntad" se utiliza jurídicamente para impedir las restricciones a la voluntad contractual, que se realizan mediante el intervencionismo estatal en la contratación o mercado. Porque mediante dicho concepto se considera que la voluntad humana es sagrada y, por ello, no puede ser vulnerada por las leyes que impone el Estado.

---

(375) DWORKIN, Ronald, "Una cuestión de principios", Siglo XXI, Buenos Aires, 2012, p. 297.

(376) CALSAMIGLIA, "Un egoísta colectivo. Ensayo sobre el individualismo según Gauthier", cit., p. 12.

Igualmente, o de la misma manera, el concepto económico "mercado ideal" se invoca económicamente también para impedir las restricciones al mercado mediante el intervencionismo estatal en el mismo y, por ende, en la contratación. Porque mediante este concepto se considera que, solo cuando el mercado o contratación es libre, o sea sin restricciones; éste podrá ser perfecto.

Pero el concepto subjetivo, o individualista y liberal, del contrato, y el principio de Autonomía de la Voluntad, en el que se sustenta; han sido ya largamente superados en el Derecho Contractual por generar una contratación o mercado que genera daños y perjuicios en contra de los consumidores, como consecuencia de la desigualdad económica que tienen estos frente a las empresas. Por ello, es esta desigualdad económica, entre empresas y consumidores, la que permite comprobar que la hipótesis del mercado ideal no es, en modo alguno, la auténtica realidad socioeconómica subyacente; correspondiente a la contratación o mercado. EDUARDO NOVOA MONREAL describe esta realidad de la siguiente manera: "La teoría contractual individualista, concebida para hombres abstractos, supone la igualdad de todas las partes que intervienen en una declaración de voluntad bilateral. Por consiguiente, toda obligación contraída por personas jurídicamente capaces, sin la presencia de una coacción física exterior, es válida, salvo casos muy excepcionales en que se admite cuestionar su eficacia por vicio del consentimiento o, en medida aún más limitada, por lesión del reclamante o por razones de orden público. Sin embargo, la realidad es otra. Los hombres viven en condiciones enormemente desiguales y tienen entre sí desigualdades de muchas clases; una de éstas, que de hecho afecta en forma considerable la real libertad para ligarse jurídicamente es la desigualdad económica"[377].

En efecto, como toda contratación es mercado, entonces bajo el criterio paretiano siempre habrá de existir la contratación ideal.

[377] NOVOA MONREAL, "El derecho como obstáculo al cambio social", cit., pp. 167 y 168.

Y ello realmente es imposible, porque, como siempre se comprueba empíricamente, la principal deficiencia o falla, de los mercados; es una contratación injusta. Porque por la desigualdad económica de sus partes, en ella siempre se produce la violación de los derechos de la parte débil (los consumidores) por parte de la parte fuerte (las empresas). Contratación que no puede ser, pues, la situación óptima del mercado.

Por tal razón, los mercados libres no pueden ser siempre, como se pretende neoliberalmente, sistemas económicos óptimos o de competencia perfecta. NOAM CHOMSKY y ROBERT W. MCCHESNEY destacan ello afirmando que: "Como señala Chomsky, los mercados casi nunca son competitivos. La mayor parte de la economía está dominada por gigantescas corporaciones con un enorme control sobre los mercados, que por lo tanto presentan muy poca competencia del tipo que se describe en los manuales de economía y en los discursos de los políticos"(378). PIETRO SIRENA explica más ampliamente esta situación: "Según el reformismo liberal, el mercado es el mejor instrumento para incrementar el bienestar, no solamente económico sino también social, de la colectividad. En el lenguaje de los economistas, ello recibe el nombre de 'eficiencia en las asignaciones'. Sin embargo, el mercado, contrariamente a lo que sugieren las ideologías propiamente liberales, es una institución social bastante compleja y delicada, que no siempre está en condición de realizar automáticamente, por sí misma, aquél resultado óptimo. En algunos casos típicos, en efecto, y tal cual explicara, claramente, Adam Smith, sus mecanismos tienden a bloquearse y a autodestruirse"(379).

Es por eso que resultan muy exactas o precisas las palabras del texto literario sofocliano, que se utiliza como uno de los epígrafes de este subítem, para que, por los fallos y deficiencias del mercado; se deba rechazar siempre el régimen de la Economía de Libre Mercado,

(378) MCCHESNEY, *Prólogo*, cit., p. 14.

(379) SIRENA, "La integración del Derecho de los Consumidores al Código Civil", cit., pp. 238-239.

ahora extremado mediante su versión moderna, la cual tiene el nombre de Neoliberalismo económico.

Asumiendo entonces imaginariamente que los interlocutores de esta cita literaria son el Estado y el mercado respecto a los errores que este comete, el Estado siempre le debe no simplemente comunicar, sino proclamar, la frase que contiene la misma: "***No puedo dar por justos tus errores***".

Así es, ***por resultar los errores del mercado libre perjudiciales solo para una de las partes del mismo, la cual es la parte débil (los consumidores); el Estado no puede nunca aceptar como justos los errores del mercado, por lo cual esta situación es la que justifica la necesidad de su intervención en el mismo para corregirlos.***

Definitivamente entonces, para estudiar al mercado, como a toda otra institución socioeconómica; siempre es necesario tener una visión realista, y no idealista, del mismo. ANDREAS ALFRED BÖHMLER es quien, desde el estudio o investigación económica, así lo exige: "Es preciso no deslumbrarse –ingenua o desinteresadamente– con las luces del mecanismo de mercado, a fin de poder profundizar en lo que son sus sombras, límites o limitaciones, y, de esta forma, procurar corregirlas"(380). Por eso, en cuanto a optimización contractual o de mercado, se debe coincidir siempre con lo que ALBERT CALSAMIGLIA concluye al respecto: "El mercado, por tanto, no garantiza el intercambio en condiciones óptimas"(381).

De tal manera que no es en absoluto un criterio realista asumir que, en los mercados, la utilidad siempre se ha de producir sin perjudicar a otro. Todo lo contrario, en los mismos se comprueba siempre, real o empíricamente, que siempre existen casos en los que la utilidad, en

(380) BÖHMLER, "El ideal cultural del liberalismo. La filosofía política del ordo-liberalismo", cit., p. 266.

(381) CALSAMIGLIA, "Justicia, Eficiencia y Optimización de la Legislación", cit., p.55.

este caso la ganancia empresarial, sí se produce perjudicando a otros; los cuales son los consumidores, como consecuencia de la desigualdad económica que existe entre estos y las empresas. FRANCISCO BLANCO precisa esta situación afirmando que: "Es evidente que si un individuo puede mejorar sin que por ello nadie se vea perjudicado hay algo en la economía que no funciona correctamente. Y que, de la misma manera, no podemos considerar que una alternativa sea más eficiente que otra si las mejoras de bienestar que proporciona a determinados individuos se consiguen a costa del empeoramiento de otros"[(382)].

Por ello, como la utilidad empresarial que se obtiene con perjuicio de los derechos sociales de los consumidores, se realiza mediante un mercado o contratación de injusticia social; esta es, por tanto, la lamentable consecuencia que produce el liberalismo económico, o Economía de Libre Mercado, para el mismo.

Esta situación de injusticia social contractual-mercantil, que produce siempre inexorablemente el liberalismo económico, se encuentra corroborada ampliamente por la doctrina contractual moderna. Esto es, la corrobora la doctrina más autorizada modernamente sobre Derecho Contractual; la cual es la de los mejores juristas que modernamente han investigado sobre este Derecho. Esta doctrina principalmente es europea. Así, desde la doctrina moderna italiana, VINCENZO ROPPO destaca al respecto que: "En el Estado liberal, el principio de la plena libertad de iniciativa económica traía consigo el corolario de la plena libertad contractual: los particulares eran libres de hacer sus contratos como querían (y como podían) sin que el poder público interviniera para limitarlos o controlarlos o sostenerlos en sus contrataciones. Los únicos límites puestos a la libertad contractual eran funcionales al mantenimiento del orden constituido y de la moral corriente: se prohibían, por ejemplo, los contratos que fueran medio para cometer delitos, o que repugnaran a las buenas costumbres. Pero,

(382) BLANCO, "La economía social demócrata. Crisis y globalización", cit., p. 37.

por lo demás, *laissez faire, laissez passer*. En un sistema liberal, a causa de las *desigualdades económico-sociales*, los contratantes más débiles en el plano económico-social gozan, sin embargo, de una *libertad solo formal*, porque en sustancia su libertad es aplastada de hecho por el superior poder contractual de los contratantes fuertes"[383]. Por su parte, desde la doctrina francesa, OLIVIER SORO RUSSELL destaca también que: "Esta igualdad desaparecerá debido principalmente al hecho de la existencia de una pobreza que se expandía entre una gran parte de la población que no tenía nada o tenía muy poco, y que debía enfrentarse cotidianamente a una clase social minoritaria y en auge, que detentaba la mayor parte de los bienes. En este contexto, la fijación de los precios según los mecanismos de la teoría del libre mercado era una utopía, puesto que la economía estaba controlada por crecientes monopolios y oligopolios, que imponían sus condiciones a unos clientes que veían cómo iban perdiendo de forma progresiva su poder de negociación, dado que ya no estaban en situación de igualdad para contratar, y por ende también si libertad para poder negociar. Es por ello que cada vez más **se reclamaría la intervención del Estado en la economía**[384], a fin de que este eliminase las trabas que impedían el correcto funcionamiento del mercado[385].

En efecto, como concluye este último jurista europeo, es así como, por no existir realmente una contratación o mercado ideal; inexorablemente siempre viene resultando necesaria la participación del Estado para la corrección de esta deficiencia, o desorden, contractual-mercantil.

Esto es, esta deficiencia, o desorden, que es consecuencia de la desigualdad económica que existe entre las partes contratantes, o agentes económicos; es la que demuestra, por tanto, que no existe

---

(383) ROPPO, "El contrato", cit., p. 67.

(384) El resaltado es del autor.

(385) SORO RUSSELL, "El principio de la autonomía de la voluntad privada en la contratación: génesis y contenido actual", cit., pp. 29-30.

contratación como mercados ideales. De tal manera que por ser estos supuestos solo una idealización u utopía sobre la contratación o mercado, ellos no justifican la prohibición del intervencionismo estatal en la misma. Todo lo contrario, como utopía que es, motiva descubrir la situación auténtica o real; en la cual se comprueba, pues, que por ser necesaria la corrección de esta deficiencia o desorden, del mercado; sí es justificado este intervencionismo.

Por tal razón, sobre esta utopía liberal económica (mercado o contratación ideal como óptimo paretiano) deben tenerse en cuenta las opiniones de tres destacados y reconocidos científicos sociales.

Así, desde la Economía sobre esta utopía debe concluirse lo mismo que, acertadamente, concluye sobre el determinismo económico(386) KARL POLANYI; quien es uno de los economistas más reconocidos y consagrados mundialmente: "Es poco menos que fantástico"(387). Así es, al igual que el determinismo económico, la contratación o mercado ideal no pertenece al mundo real; sino al mundo de la fantasía.

Desde la Sociología, sobre esta utopía debe concluirse también lo que acertadamente advierte el destacado sociólogo moderno CÉSAR RENDUELES, en cuanto a que los defensores del libre mercado tienen: "Una visión delirante de la realidad social"(388). En efecto, es totalmente un delirio socioeconómico pretender apreciar que la realidad socioeconómica está constituida por un mercado o contratación ideal.

---

(386) Consiste en la falacia de considerar que en la sociedad todo está determinado por la economía. Para una explicación más amplia de la misma véanse "Los límites del mercado. Reflexiones sobre economía, antropología y democracia", Karl POLANYI, Capitán Swing, Madrid, 2014, pp. 335 y ss.; y "La defensa de George Bernard Shaw a nosotros los locos. A propósito del criterio del sujeto racional del Análisis Económico del Derecho", Miguel TORRES MÉNDEZ, *Revista Peruana de Derecho y Literatura*, Nº 1, Lima, 2006, pp. 369 y ss.

(387) POLANYI, Karl, "Los límites del mercado. Reflexiones sobre economía, antropología y democracia", Capitán Swing, Madrid, 2014, p. 336.

(388) RENDUELES, "Capitalismo canalla. Una historia personal del capitalismo a través de la literatura", cit., p. 13.

Y por su parte, desde el Derecho, sobre esta utopía liberal económica (mercado o contratación ideal) debe concluirse también lo que acertadamente advirtió NÉSTOR DE BUEN LOZANO; respecto a la época en la que él pudo presenciar el dominio de esta utopía: "Nuestra época vive una ficción contractual y es necesario un nuevo lenguaje que identifique a las formas jurídicas"(389). Efectivamente, en lo jurídico tal nuevo lenguaje está conformado por los conceptos de Autonomía Privada, teoría normativista, concepto objetivo y social del contrato, Estado Social; e intervencionismo estatal en la contratación o mercado. Y en lo económico tal nuevo lenguaje se llana Economía Social de Mercado.

Estas certeras conclusiones, sobre esta idea o concepto liberal económico (mercado o contratación ideal), lo que demuestran finalmente, entonces; es que tal idea es solo un mito liberal económico, entendido como solo un intento de explicación de la realidad económica. En efecto, este es un mito que forma parte de la que, con acierto, ha sido denominada "mitología neoliberal económica"; la cual se explica más adelante en el presente subítem.

Es por ello que el mercado o contratación siempre es un mundo real o terrenal, porque en el mismo se comprueba siempre que el Estado es necesario que aparezca para corregir sus deficiencias; disipando así todo mito o espejismo económico de mercado o contratación ideal. ALBERT CALSAMIGLIA lo corrobora precisando que: "Sin embargo, el mundo real no es el mundo ideal. En el mundo real existen numerosas rupturas del mercado"(390). Y lo corrobora aún más destacando que: "En realidad existen muchas situaciones sociales que no cumplen las condiciones de los mercados y por tanto se exige la intervención del Estado y el diseño de instituciones. En otras palabras, las condiciones

(389) DE BUEN LOZANO, "La decadencia del contrato", cit., p. 1.

(390) CALSAMIGLIA, "Un egoísta colectivo. Ensayo sobre el individualismo según Gauthier", cit., p. 12.

bajo las cuales la teoría económica tiene validez son muy restrictivas. Eso quiere decir que mundo real y mundo ideal no son idénticos y que los principios del mundo ideal solo pueden aplicarse con cautela en el mundo terrenal"[391].

Por todo ello, estas deficiencias o desorden, de los mercados, es la premisa que, en el análisis comparativo entre los regímenes económicos de Economía de Libre Mercado y Economía Social de Mercado; conduce a obtener, como contundente conclusión, la necesaria opción por este último régimen. De acuerdo al devenir histórico de estos regímenes, esta opción se realizó mediante el descarte de la Economía de Libre Mercado, al ser sustituida por la Economía Social de Mercado; sustitución que jurídicamente se materializó en la legislación o positivismo correspondiente. Así lo destaca LENIO LUIZ STRECK: "Si el positivismo avanzó en la historia separando la moral del derecho, fueron justamente sus insuficiencias (modelo formal-liberal-burgués) las que engendraron las condiciones para el surgimiento de un nuevo derecho, a partir del constitucionalismo social-interventivo. Y los éxitos históricos bien demuestran las razones por las cuales el Derecho y el Estado pasaron a asumir tal dimensión"[392].

Así es, la intervención del Estado es siempre necesaria para conseguir que haya orden en los mercados. Y tal intervención estatal se puede conseguir, pues, mediante un constitucionalismo social-interventivo, el cual lo consagra la adopción constitucional del régimen económico de Economía Social de Mercado; consagración constitucional que se ha dado en la Constitución peruana vigente (Artículo 58). De tal manera que el Estado no puede limitarse en realidad a ser un "Estado policía", "vigilante nocturno", o "Estado mínimo"; como también falazmente se ha pretendido (Ver cita 347). Este concepto

(391) CALSAMIGLIA, "Justicia, Eficiencia y Optimización de la Legislación", cit., pp. 56-57.

(392) LUIZ STRECK, Lenio, "Verdad y consenso. De la posibilidad a la necesidad de respuestas correctas en Derecho", B de f, Buenos Aires, 2012, p. 166.

liberal reduccionista del Estado ha sido calificado, acertadamente, como anacrónico y deformante, de este ente; por MAURIZIO FIORAVANTI: "Por esto resulta deformante la visión del liberalismo decimonónico que pone de relieve sólo el primer aspecto, la recuperación –que ya hemos visto– del modelo historicista para tutelar las libertades civiles, las 'negativas', la defensa de la autonomía de la sociedad civil y de los particulares, la ideología del Estado 'mínimo'"(393).

En efecto, el papel o función del Estado es absolutamente siempre todo lo contrario al de un "Estado mínimo". Porque el Estado siempre tiene el deber de corregir las deficiencias o el desorden del mercado. Esto es, siempre tiene el deber de auxiliar al mercado cuando este no pueda corregirse por sí solo. Esta situación la precisa ALBERT CALSAMIGLIA: "El Estado no solo tiene la función de garantizar unos derechos o salvaguardar el orden, sino también la de crear bienes públicos y la de tomar decisiones económicas en aquellas situaciones en las que el mercado no cumple las condiciones exigidas por la teoría"(394).

Es por eso que por esta empírica y muy esencial necesidad, socioeconómica de corrección, por parte del Estado, de las deficiencias o el desorden, de los mercados; se ha llegado a identificar al Estado como un Estado que socialmente debe dar bienestar mediante dicha corrección. E inclusive, por dicha necesidad también se ha llegado a identificar, al intervencionismo estatal en la economía; como un principio socioeconómico. Corrobora todo ello LARS D. ERIKSSON: "El principio de intervención estatal puede ser considerado como la base ideológica sobre la cual está identificado el Estado social de bienestar y su orden jurídico. Uno de los órdenes sociales, el económico, provoca distorsiones e injusticias que el Estado debe corregir a través de interferencias jurídicas de diverso tipo. En otras palabras, la economía

(393) FIORAVANTI, Maurizio, "Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones", Trotta, Madrid, 2007, p. 103.

(394) CALSAMIGLIA, "Justicia, Eficiencia y Optimización de la Legislación", cit., pp. 55-56.

es considerada como el orden social básico, en el sentido de que posee efectos inmediatos sobre los otros órdenes. La tarea del Estado sería asegurar, a través de diversos correctivos jurídicos, que los otros órdenes no se destruyan como resultado de los efectos colaterales negativos de la economía. De acuerdo con el principio de intervención estatal, la función integradora del orden jurídico sería salvaguardar la existencia de todo el sistema (es decir, de todos los órdenes diferenciados) mitigando los efectos colaterales negativos de la economía"[(395)].

Asimismo, la justificación de la preferencia por la Economía Social de Mercado, que se está concluyendo como solución, de la antinomia constitucional bajo estudio; también puede constatarse mediante el análisis de la justicia económica en que también consiste este régimen económico. Precisamente esto da lugar a que el fundamento económico, correspondiente a esta solución, puede ampliarse mediante el estudio o análisis de conceptos de justicia económica.

Efectivamente, como se ha adelantado en el subítem anterior, mediante la adopción legislativa de regímenes económicos se adopta también, al mismo tiempo, conceptos de justicia económica en particular. Por tal razón, los regímenes económicos resultan siendo en realidad conceptos de justicia económica.

Ello resulta del hecho de que los regímenes económicos lo que buscan, o sea su finalidad; no es otra cosa que conseguir que los mercados consistan en una contratación justa. Y ello también se puede comprobar de la comparación, que se debe seguir haciendo, de los regímenes económicos de la Economía de Libre Mercado y la Economía Social de Mercado.

Así, la Economía de Libre Mercado resulta que consiste en la aplicación de un concepto de justicia económica en particular; el cual

(395) ERIKSSON, Lars D., "Tendencias conflictivas en el Derecho Moderno", cit., pp. 115-116.

es el de la eficiencia. Por ello, como este es un régimen económico que identifica a la justicia económica, de esta manera (justicia económica=eficiencia); ello demuestra, pues, que también es un concepto de justicia económica en particular.

Por su parte, puede concluirse, de lo que se viene demostrando, en ese subítem; que la Economía Social de Mercado resulta que consiste en la aplicación de un concepto de justicia económica en particular; el cual es el de justicia como orden social. Igualmente entonces, como este es un régimen económico que identifica a la justicia económica, de esta manera (justicia económica=orden social); ello demuestra, pues, que también es un concepto de justicia económica en particular.

De esta comparación específica, de estos dos regímenes económicos, se puede colegir que los conceptos de justicia económica difieren de los conceptos de justicia en general. Quien advirtió ello fue CRAWFORD BROUGH MACPHERSON al considerar que una de las características, de la justicia económica, es que: "Trata a las relaciones económicas como habiéndose vuelto diferentes de las relaciones sociales en general y requiriendo conceptos más específicos que los de la justicia en general"[(396)].

Así es, para comprobar esta diferencia conceptual de justicia, es necesario comparar algunos conceptos de justicia en general, con los conceptos de justicia económica que se acaban de determinar.

Por ejemplo, para el caso de los conceptos de justicia aristotélica, las famosas justicia distributiva y justicia conmutativa; resulta que estas identificaciones conceptuales de justicia no indican con exactitud, por sí solas, en qué consiste cada una de estas clases de justicia. Ello porque son conceptos genéricos de justicia. Por eso, para poder saber

(396) MACPHERSON, "Ascenso y caída de la justicia económica y otros ensayos. El papel del estado, las clases y la propiedad en democracia del siglo XX", cit., p. 13.

en qué consisten específicamente; será siempre necesario saber cómo es su aplicación práctica concreta.

En cambio, los conceptos de justicia económica como eficiencia, y de justicia económica como orden social; son identificaciones conceptuales que sí indican con exactitud, por sí solos, en qué consiste cada uno de ellos; por lo cual, para conocerlos, no se requiere explicación, porque son conceptos específicos de justicia. En efecto, resulta siempre fácil la identificación tanto de lo que consiste la eficiencia (capacidad para cumplir una función); como de lo que consiste el orden social (adecuación de la sociedad).

Pero va a resultar útil también verificar la justificación de la preferencia por la Economía Social de Mercado, que se está concluyendo como solución, de la antinomia constitucional bajo estudio; mediante la aplicación de la justicia distributiva. Para ello, como se está precisando, es necesario saber cómo es la aplicación práctica concreta de esta clase de justicia.

Al respecto la Lógica indica que para saber en qué consiste concretamente la justicia distributiva, será siempre necesario saber quién distribuye y qué cosas distribuye. Y resulta que, sabiendo estas últimas, se puede saber quién es el que las distribuye. Como el lugar en el que se realiza la distribución es el mercado o contratación, lo que se distribuye en el mismo son entonces derechos y deberes contractuales (obligaciones). Por tal razón, mediante el régimen económico de la Economía Social de Mercado se parte de la regla general de que estos derechos y deberes debe distribuirlos el mercado; o sea, en términos liberales, la mano invisible del mercado. Sí, pero la excepción a esta regla es que cuando tal distribución es injusta por la violación de derechos sociales, ella debe ser corregida por el Estado.

Es así como se comprueba que la aplicación de la justicia distributiva también demuestra la justificación de la preferencia por la Economía Social de Mercado, que se está concluyendo como solución

de la antinomia constitucional bajo estudio. Porque la distribución de los derechos y deberes contractuales, efectuada por el mercado, puede ser un problema (las deficiencias o desorden del mercado o contratación); que el Estado puede resolver mediante la aplicación de este régimen económico. ROBERT ALEXY corrobora esta situación de la siguiente manera: "El problema de la justicia distributiva se presenta no solo cuando entra en escena un sujeto que distribuye –en este caso el Estado–, como en el caso de la asistencia social o del impuesto, sino también cuando la distribución se confía a la mano invisible del mercado"(397).

Como se puede advertir, la identificación de los regímenes económicos, con conceptos de justicia económica; viene a ser un aspecto de la característica del constitucionalismo moderno que consiste en la fijación, mediante normas constitucionales, de principios de justicia material destinados a informar todo el ordenamiento jurídico (Ver cita 332). GUSTAVO ZAGREBELSKY remarca esta característica precisando que: "Los principios de justicia vienen previstos en la Constitución como objetivos que los poderes públicos deben perseguir"(398).

Pues bien, la ampliación del fundamento económico que justifique como solución, de la antinomia constitucional bajo análisis, la necesaria opción por la Economía Social de Mercado, y no por la Economía de Libre Mercado; exige también tener que contestar la siguiente pregunta: ¿Qué es lo que resulta correcto aplicar, eficiencia u orden social, como justicia económica para la contratación o mercado?

Efectivamente, la finalidad (eficiencia u orden social) que sea correcta aplicar, a la contratación o mercado, será la que resulte a la vez justa para la misma. Porque, como lo destaca ROBERT ALEXY, existe una correlación inexorable entre corrección y justicia: "Quien

(397) ALEXY, Robert, "La institucionalización de la justicia", Comares, Granada, 2010, p. 50.

(398) ZAGREBELSKY, "El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia", cit. p. 93.

afirma que algo es justo, afirma siempre, al mismo tiempo, que es correcto"[399]. A lo cual por lógica jurídica se debe agregar, pues, el supuesto inverso: "Quien afirma que algo es correcto, afirma siempre, al mismo tiempo, que es justo".

La respuesta a la pregunta planteada ya se ha dado en función de regímenes económicos, pero resultará útil también contestarla en términos de justicia económica estrictamente.

Para ello se debe analizar, entonces, cada uno de estos conceptos de justicia económica; para verificar cuál es el que resulta correcto, o adecuado, para que el mercado o contratación opere o funcione bien.

Empezando por el concepto de justicia económica como eficiencia, se debe realizar, entonces, lo que ROBIN MALLOY requiere sobre el mismo: "Debemos profundizar en los significados de la idea de eficiencia, preguntarnos si la eficiencia es una conclusión exacta y computable en relación con una relación de intercambio, o si por el contrario no es más que una entre diversas formas de expresar un argumento persuasivo a favor de determinado curso de acción"[400].

De esta manera, en cuanto a las relaciones de intercambio (mercado o contratación); se puede comprobar que la eficiencia no es realmente un concepto de justicia económica para dichas relaciones. Ello se debe a que prescinde o no toma en cuenta dos situaciones relevantes en toda sociedad, las cuales son la moral y la equidad. La comprobación de cada una de estas omisiones se debe hacer por separado.

Empezando por la comprobación de la prescindencia de la moral, que hace la eficiencia, ella la demuestran los economistas liberales como ANDREW SCHOTTER: "Desde el punto de vista económico, el

(399) ALEXY, "La institucionalización de la justicia", cit., p. 51.

(400) MALLOY, Robin, "Derecho y economía de mercado", Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 176.

único requisito exigible a un sistema es su eficiencia y toda cuestión moral carece de sentido"[401].

La pregunta correspondiente se traduce ahora entonces en la siguiente: ¿Puede una justicia, en este caso económica, no contar con la moral? La respuesta es contundente y absoluta: "DEFINITIVAMENTE NO". Quien lo corrobora es CRAWFORD BROUGH MACPHERSON, el cual es uno de los mejores economistas de la actualidad: "Un concepto de justicia económica siempre afirma el reclamo de que las relaciones económicas se regulen a la luz de algún principio ético. La justicia económica, como la justicia en general, no es nada si no es un concepto cargado de valor"[402].

Por tal razón, la eficiencia no es, ni puede ser, un concepto de justicia económica. Todo lo contrario, por faltar en ella la moral, no es una situación humanista, sino inhumana; y, por ende, es injusticia. En consecuencia, frente a esta falencia ética, de la eficiencia; debe coincidirse siempre con lo que concluyen DANIEL HAUSMAN y MICHAEL MCPHERSON: "Conocer un poco de ética puede ayudar a los economistas a entender cómo influyen las dimensiones morales de la vida de las personas en su comportamiento en los aspectos económicos"[403]. Efectivamente, estos comportamientos son concretamente las elecciones que, en los mercados, realizan los agentes económicos. Y las mismas, como realmente debe ser en todas las elecciones que realizan, en general, los seres humanos; siempre deben darse o materializarse en función de la moral. ROBIN MALLOY lo corrobora afirmando que: "El análisis de eficiencia puede servirnos para pensar sobre cuestiones que tal vez sean relevantes

(401) SCHOTTER, Andrew, "Economía de libre mercado", Ariel, Barcelona, 1987, p. 140.

(402) MACPHERSON, "Ascenso y caída de la justicia económica y otros ensayos. El papel del estado, las clases y la propiedad en democracia del siglo XX", cit., p. 13.

(403) HAUSMAN, Daniel; MCPHERSON, Michael; "El análisis económico y la filosofía moral", Fondo de Cultura Económica-Cide, México D.F., 2007, p. 14.

para la investigación, pero necesitamos un punto de referencia normativo, ético, para guiarnos en el proceso interpretativo intrínseco a las elecciones de mercado"[404].

Para la comprobación de la falta de equidad, de la que también adolece la eficiencia, se debe aplicar a esta última un concepto de justicia en general, el cual es el aristotélico. Como se sabe, de este concepto de justicia viene a resultar que "equidad" sea uno de los sinónimos de "justicia". Tal concepto consiste en lo siguiente: "Parece que es injusto el transgresor de la ley, pero lo es también el codicioso y el que no es equitativo; luego es evidente que el justo será el que observa la ley y también el equitativo. De ahí que lo sea lo legal y lo equitativo (=igualitario), y lo injusto, lo ilegal y lo no equitativo"[405].

Esta identificación conceptual aristotélica, entre justicia y equidad, se aprecia nítidamente en uno de los dos conceptos aristotélicos de justicia; concretamente en la Justicia Distributiva ("*Dar a cada uno lo que le corresponde*"). Aplicando este concepto de justicia, se comprueba que la asignación de recursos, que realiza el mercado, podrá ser muchas veces eficiente económicamente; pero esta eficiencia económica no siempre significa iguales ventajas o beneficios para los agentes del mismo; por tanto, ello no será lo justo distributivamente.

Así es, en el mercado siempre algunos recibirán menos, de lo que les correspondía por lo que producen; y otros recibirán más de lo que les correspondía por lo que también producen. Lo cual, pues, no es equitativo, sino inequitativo; y, por ello, injusto. Estas situaciones son identificadas como las deficiencias o desórdenes del mercado. CRAWFORD BROUGH MACPHERSON así lo explica: "Ya no se espera, ni se permite, que el mercado realice toda la tarea de asignar las recompensas. El mercado ya no lleva a cabo la tarea total de distribuir

(404) MALLOY, "Derecho y economía de mercado", cit., p. 179.

(405) ARISTÓTELES, "Ética a Nicómaco", 1129b.

el producto anual entre todos los que puede decirse que contribuyeron a generar dicho producto"[406].

Por eso es que a estas deficiencias o desórdenes del mercado se les ha identificado, acertadamente, como la injusticia del mercado[407]. Precisamente, esta injusticia económica es la que ha hecho que el mercado pierda credibilidad; y, por ello, que ya no se le considere, actualmente, como un mecanismo justo de asignación de recursos. Quien corrobora esta injusticia del mercado, desde la Filosofía del Derecho, es JÜRGEN HABERMAS: "De acuerdo con una idea burguesa que ha permanecido constante desde los comienzos del moderno derecho natural, hasta llegar al derecho electoral contemporáneo, las recompensas sociales deben distribuirse de acuerdo con los rendimientos de los individuos, y el mercado sería precisamente el mecanismo que permitiría asignar, con iguales oportunidades dicha distribución. Desde el momento en que incluso las grandes masas de la población descubren que en las formas de intercambio se ejerce también una coacción social, el mercado pierde credibilidad, como mecanismo de justicia de rendimiento"[408].

Igualmente, la pregunta correspondiente se traduce ahora entonces en la siguiente: ¿Puede una justicia, en este caso económica, no ser equitativa? La respuesta es contundente y absoluta: DEFINITIVAMENTE TAMPOCO.

Por ello igualmente, la eficiencia no es, ni puede ser, un concepto de justicia económica. Todo lo contrario, por faltar en ella la equidad, no es en modo alguno justicia; sino injusticia.

La eficiencia, en consecuencia, es un hecho o situación de carácter solamente económico, por lo cual, al ser adoptado como objetivo o

---

(406) MACPHERSON, "Ascenso y caída de la justicia económica y otros ensayos. El papel del estado, las clases y la propiedad en democracia del siglo XX", cit., p. 27.

(407) BALLESTEROS, Jesús, "Sobre el sentido del derecho", Tecnos, Madrid, 2007, p. 143.

(408) HABERMAS, Jürgen, "Problemas de legitimación en el capitalismo tardío", Amorrortu, Buenos Aires, 1973, pp. 96-102.

finalidad, de la Economía de Libre Mercado; hace que este régimen no tome en cuenta, para los mercados, factores extraeconómicos esenciales y relevantes, como son la moral y la equidad. RÖPKE reseña al respecto que: "Se confiaba seriamente, de un modo u otro, en que la economía de mercado regida por la competencia representara un *cosmos en equilibrio*, un *ordre natural* que sólo necesitaba ser defendido de los ataques desde el exterior para sostenerse sobre sus propios pies. Como quiera que esté milagrosamente regido por aquella 'mano invisible' de que habla Adam Smith –expresión que, en el fondo, no hace más que denominar de otra forma lo que los filósofos deístas llaman razón divina–, la misión de los hombres frente aquel cosmos se reduce a quitar obstáculos de su camino: *laissez-faire, laissez-passer*. Se hubiera concedido, por lo tanto, a la economía de mercado, plena autonomía dentro de la sociedad, y no tomaron en consideración ninguno de los requisitos y postulados extra-económicos que han de cumplirse si se quiere que aquélla funcione"[409].

Corresponde ahora analizar el concepto de justicia económica como orden social. Para ello resulta pertinente tener en cuenta la falta de equidad, de la que adolece la eficiencia, que se acaba de analizar. Como se acaba de precisar al respecto, la falta de equidad que hay en los mercados es una deficiencia o desorden de los mismos, las cuales producen repercusiones sociales urgentes; resultando por ello, necesario, que el Estado deba corregirlas.

De tal manera que la necesidad de corrección estatal, de las deficiencias o desórdenes, de los mercados; tiene como finalidad imponer orden social en los mismos, lo cual es lo que hace o determina que este orden consista siempre en la exacta o correcta justicia económica.

Y para que el Estado consiga que haya justicia económica u orden social, en las contrataciones o mercados; siempre va a resultar necesario que tenga que limitar un poco la libertad contractual. O en

[409] Citado por Andreas Alfred BÖHMLER, "El ideal cultural del liberalismo. La filosofía política del ordo-liberalismo", cit., p. 68-69.

los términos propios del ordoliberalismo, siempre va a ser necesario que el Estado trate de vincular a la libertad con el orden; para que haya más justicia en los mercados (Ver cita 369). Todo lo cual es lo propio, pues, del régimen económico de Economía Social de Mercado.

Para que esta necesaria vinculación entre la libertad y el orden, que para que haya más justicia en las contrataciones o mercados debe realizar el Estado, no resulte vaga e imprecisa; resulta útil identificarla como lo hace FRANCESCO CALASSO: "Desarrollo paralelo de los poderes del ordenamiento y de los poderes de los particulares"(410).

Los fundamentos económicos analizados también demuestran, entonces, la validez que, por jerarquía superior como criterio de solución de una antinomia constitucional; tiene la norma constitucional que adopta la Economía Social de Mercado (Artículo 58), para la contratación o mercado peruano. Y esta conclusión es también, por tanto, al mismo tiempo, un rechazo al Neoliberalismo Económico que, para esta contratación o mercado, adopta antinómicamente la otra norma constitucional (Artículo 62); la cual resulta, pues, inválida por ser jerárquicamente inferior a dicha otra norma.

Como se sabe, el Neoliberalismo Económico es el Liberalismo Económico que se pretende aplicar extremadamente, o a ultranza, en los mercados y; por ende, en la contratación. Esta nueva tendencia de Liberalismo Económico, es una de las versiones en las que se disgregó el Liberalismo Económico originario o "clásico". JOSÉ ANTONIO PÉREZ TAPIAS explica así esta tendencia, denigrando por supuesto de ella: "Los defensores del neoliberalismo sostienen *ideológicamente* a ultranza una concepción individualista de la realidad humana y vuelven al atomismo social, incluso para retroceder a metafísicas insostenibles en torno a la naturaleza humana o a apelaciones cuasimitificantes a

(410) Citado por José Luis DE LOS MOZOS, *Prólogo* del libro "Libertad de contratar y libertad contractual", Carlos SOTO COAGUILA/Carlos VATTIER FUENZALIDA, Pontificia Universidad Javeriana-Ibañez, Bogotá, 2011, p. 29.

un originario 'estado de naturaleza' donde encontraríamos derechos primordiales; y desde ahí acaban cayendo en la propia trampa de su encubrimiento cuando la consideración magnificante del mercado deja en segundo plano todo lo demás. *Mercado, mercado y más mercado*, en un mundo donde todo se compra y se vende, es la entraña de la teoría y práctica neoliberales. (…) La defensa irrestricta del mercado se convierte en el núcleo del pensamiento neoliberal"(411).

Por su parte, ROBERT W. MCCHESNEY sintetiza acertadamente el concepto de Neoliberalismo Económico, identificando tanto su finalidad como sus efectos o consecuencias; todos ellos perniciosos y perjudiciales: "Se trata de las políticas y los procedimientos mediante los que se permite que un número relativamente pequeño de intereses privados controle todo lo posible la vida social con objeto de maximizar sus beneficios particulares. (…) Las consecuencias de estas políticas han sido más o menos las mismas en todas partes y exactamente las que cabía esperar: un impresionante aumento de la desigualdad social y económica, un marcado aumento de las pérdidas de las naciones y pueblos más pobres del mundo, un desastre en las condiciones ambientales generales, una economía mundial inestable y una bonanza sin precedentes para los ricos"(412).

De lo denunciado por los dos últimos autores citados, puede apreciarse bien cuál es la idea o concepto neoliberal económico que se debe siempre rechazar. Este es el del absolutismo del mercado ("*Mercado, mercado y más mercado*" como enfatiza JOSÉ ANTONIO PÉREZ TAPIAS). LUIGI FERRAJOLI advierte que este concepto absolutista del mercado se le identifica con la ausencia de reglas y de límites a la libertad de empresa, el cual guarda concordancia con el concepto de la democracia como omnipotencia de la mayoría; y que ambos con-

(411) PÉREZ TAPIAS, "Del bienestar a la justicia. Aportaciones para una ciudadanía intercultural", cit., pp. 104 y 105.

(412) MCCHESNEY, *Prólogo*, cit., pp. 7-8.

ceptos son abiertamente inconstitucionales, porque la constitución es justamente un sistema de límites y de vínculos a todo poder(413). Como consecuencia de ello, advierte también que: "En el uso de que desde entonces ha penetrado en el lenguaje corriente, 'democracia liberal' ha terminado por significar la ausencia de límites tanto a la libertad de mercado como a los poderes de la mayoría, y en consecuencia la convergencia de dos absolutismos: el absolutismo de la política y el absolutismo del mercado; la omnipotencia de la mayoría y la ausencia de límites a la libertad de empresa, el desdén por las reglas y por los controles tanto en la esfera pública como en la esfera económica. Está claro que estas ideas de 'democracia' y de 'liberalismo' son incompatibles entre sí y con la idea misma de 'constitución', y que designan en realidad dos absolutismos convergentes: el de los poderes políticos de la mayoría y el de los poderes económicos del mercado"(414).

Por todas estas lamentables situaciones socioeconómicas, para la contratación o mercado se debe siempre rechazar el Neoliberalismo Económico; porque este no es otra cosa que una involución hacia un conservadurismo que se asienta en una falaz visión absolutista y totalitaria del mercado. La cual produce dos reduccionismos estatales económicos perniciosos y, por ende, perjudiciales. Uno es la reducción de la política económica a una mera gestión administrativa cuya finalidad es solo la eficiencia. El otro es la reducción del Estado a solo un "Estado mínimo", concepto que ya ha sido desvirtuado y superado en este subítem.

Y estos son, pues, los reduccionismos estatales económicos perniciosos y perjudiciales que pretende imponer el artículo 62 de la Constitución vigente de 1993, para el Estado; en desmedro o perjuicio de los consumidores. En efecto, la aplicación de esta norma haría que el Estado solo se limitara a tener gobiernos que, para el mercado, busquen

(413) FERRAJOLI, "Democracia y garantismo", cit., p. 26.

(414) *Ibídem*, pp. 25 y 26.

que solo haya eficiencia; sin tener que preocuparse por corregir las deficiencias del mismo, como son los abusos que las empresas infringen a los consumidores. Igualmente, la aplicación de esta norma haría que el Estado peruano sea totalmente indiferente con respecto a los derechos sociales de los consumidores; porque se vería reducido a su mínima expresión, la cual es la de un "Estado mínimo" o Estado policía.

Como se ha venido demostrando a lo largo de este subítem, estos fundamentos económicos liberales, o antiestatalistas; ya se encuentran desfasados o han sido superados en la Economía moderna. Así lo corrobora FRANCISCO BLANCO: "Los postulados liberales iniciales, tales como la teoría de *la mano invisible* de Adam Smith, que confiaban en alcanzar un correcto funcionamiento de los mercados, y de la economía en su conjunto, basándose exclusivamente en la libre competencia y en el interés individual, hace muchos años que han sido superados. En su lugar nuevas teorías económicas más complejas han venido a reconocer un papel fundamental al Estado y a la cooperación entre individuos como fórmula para resolver numerosos problemas económicos de otro modo irresolubles"(415).

De la misma manera, igualmente, como también se ha venido demostrando a lo largo de este subítem, estos fundamentos económicos liberales, o antiestatalistas; también se encuentran desfasados o han sido superados ya en el Derecho moderno. EDUARDO NOVOA MONREAL lo corrobora afirmando que: "Posiblemente no haya un campo más propicio para demostrar la completa caducidad práctica, en la realidad social, de las ideas individualistas que siguen informando a las estructuras básicas del Derecho vigente, que el de las funciones que el Estado moderno se atribuye a sí mismo o que efectivamente asume en su acción. En todos los países se observa un fenómeno análogo. No existe ya el 'Estado gendarme', ocupado del orden público y de resolver los conflictos individuales y mero espectador en la lucha

(415) BLANCO, "La economía social demócrata. Crisis y globalización", cit., p. 17.

de los 'hombres libres' por alcanzar cada uno con sus propios medios el éxito social, identificado este último con el éxito económico"[416].

De ello resulta entonces que, y esto es lo que resulta peor, el artículo 62 de la Constitución vigente de 1993, económicamente no es una norma liberal, sino neoliberal. Por ello, esta norma es atentatoria de la Justicia Social que, por la adopción que de la Economía Social de Mercado hace el artículo 58 de la misma Constitución; el Estado peruano tiene el deber de aplicar mediante la protección de los derechos sociales de los consumidores.

La calificación económica de neoliberal, de esta norma, no resulta en modo alguno excesiva ni arbitraria. La misma puede corroborarse en las apreciaciones que la doctrina especializada ha hecho de las características del Neoliberalismo Económico. Así, por ejemplo, FRANCISCO CORTÉS RODAS destaca que: "Para el neoliberalismo, las demandas y reivindicaciones democráticas de justicia social e igualdad política no deben interferir en el funcionamiento de los sistemas de mercado y de la propiedad privada. Así también, los neoliberales han dado por supuesto que mientras se proteja la esfera de la autonomía privada, no es necesario introducir derechos adicionales como los económicos y los sociales, puesto que, de un lado, el aseguramiento de los derechos civiles lleva necesaria y paulatinamente a unas apropiadas condiciones de vida para todos, y, de otro lado, la introducción de derechos económicos y sociales y su consecuente realización exigen, en ciertas situaciones, restringir la autonomía individual"[417].

Puede advertirse entonces, de acuerdo a las características del Neoliberalismo Económico descritas en esta última cita, que el artículo 62 de la Constitución, al impedir el intervencionismo estatal en la contratación; lo que pretende es que el Estado no interfiera en el mercado limitando la autonomía negocial, por lo cual esta norma considera al

---

(416) NOVOA MONREAL, "El derecho como obstáculo al cambio social", cit., p. 182.

(417) CORTÉS RODAS, Francisco, "Justicia y exclusión", Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2007, pp. 37-38.

Estado como un Estado mínimo o gendarme. Es de ello que resulta, pues, que económicamente esta norma es neoliberal.

Lo que resulta totalmente inusitado y "sorprendente", de esta norma, es que el estudio comparatista correspondiente demuestra que en ninguna otra Constitución, de otro país del mundo, existe una norma neoliberal como esta. Ello se debió a que el Liberalismo Económico históricamente nunca tuvo un éxito de acogida total en el mundo entero. Así da cuenta de ello JACOB SALWYN SCHAPIRO: "Como en muchos otros casos en la historia, las prácticas reales no llevaron a cabo la teoría. Durante el periodo del liberalismo clásico el *laissez faire* no fue aplicado por completo en ninguna nación de occidente. Por una u otra razón el Estado intervino en los asuntos económicos, concediendo subsidios a los ferrocarriles, imponiendo aranceles, protecciones y decretando reformas fabriles"(418).

Es más, ni siquiera en la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, el cual es el país más liberal del mundo; existe una norma como esta, que impide el intervencionismo estatal en la contratación o mercado. EDUARDO NOVOA MONREAL lo destaca de la siguiente manera: "Aun en los Estados Unidos, campeón de la 'libre iniciativa' y de la libertad en los negocios, el Estado ha asumido funciones reguladoras de importancia mediante la creación de una serie de organismos federales de carácter permanente, en demostración de que 'hasta el Estado contemporáneo más partidario de la iniciativa privada y de más pronunciada mentalidad capitalista, no puede dejar su sistema económico al libre juego de las fuerzas económicas… con empresas poderosas que agobian a los débiles, con el consumidor impotente contra la explotación ejercida por los monopolios'"(419).

Pero felizmente, el resultado neoliberal económico, que vergonzosa y dolosamente se pretendió obtener, mediante el artículo 62 de la Constitución; ha sido totalmente infructuoso. Porque la Economía Social

(418) SALWYN SCHAPIRO, "Liberalismo", cit., p. 49.

(419) NOVOA MONREAL, "El derecho como obstáculo al cambio social", cit., p. 182.

de Mercado, que impone el artículo 58, de la misma Constitución; ha sido el régimen o política económica que, como solución, ha podido impedir los dos lamentables reduccionismos estatales económicos denunciados; consiguiéndose con ello, mediante este régimen, un Estado que sí puede imponer justicia económica. Pues solo de esta manera el mismo será un Estado Social y, por ende, solidario y justo; y no un Estado mínimo y, por ende, neoliberal e injusto.

Porque siempre es un deber esencial del Estado imponer justicia. Y la justicia económica que debe imponer, a través de la Economía Social de Mercado; genéricamente consiste en dictar leyes intervencionistas en favor de los consumidores, las cuales son tanto limitativas de la Autonomía Privada, como modificatorias de los contenidos contractuales abusivos. Para, de esta manera, limitar la fuerza económica de las empresas o corregir los daños que estas generan por el uso desmedido de dicha fuerza.

En efecto, finalmente, la justicia como orden social, en la cual consiste el régimen de Economía Social de Mercado; puede advertirse que es una de las soluciones que se pueden aplicar para solucionar el conflicto, que desde siempre ha existido, entre la fuerza y la justicia. Porque para solucionar este conflicto se debe limitar, el uso de la fuerza; para que no pueda ser usada, por las que la tienen, para perjudicar a los que no la tienen.

De tal manera que la Economía Social de Mercado es concretamente la solución económica de este conflicto. Porque mediante este régimen económico el Estado puede reducir el uso de la fuerza económica de las empresas y, con ello, la posibilidad de que cometan abusos en contra de los consumidores; y es de esta manera, por tanto, como el mismo puede lograr hacer justicia económica en la contratación o mercado.

Como es harto conocido, la humanidad siempre se ha caracterizado, en todos sus ámbitos, por el eterno conflicto entre la fuerza y la justicia. Por eso la Literatura, que casi siempre es un fiel reflejo de

la realidad; siempre ha retratado o denunciado, este conflicto, a través de sus diversos géneros.

Precisamente hay una poesía clásica griega que ilustra cómo es que genéricamente se soluciona el conflicto entre la fuerza y la justicia. Es de PÍNDARO, la cual se utiliza como primer epígrafe del ítem, del cual forma parte el presente subítem, dedicado al estudio económico que se debe hacer para la solución de la antinomia constitucional bajo análisis. Los versos, de dicha poesía, son los siguientes:

> "*La ley, la reina de todos, de los mortales*
> *y de los inmortales, transforma en justicia la máxima*
> *fuerza con mano durísima. Lo deduzco de los*
> *trabajos de Heracles*"

Como se puede advertir, esta poesía es realmente la proclamación del concepto de justicia como orden social. Porque en ella, lo que genéricamente PÍNDARO exalta, como un deber sagrado del Estado; es la necesidad de que este, mediante la ley, combata siempre la extremada fuerza, que produce injusticia; para así, de esta manera, pueda convertirse a la misma en justicia. Así es, la injusticia que produce el uso de la fuerza siempre va a consistir en un desorden social constituido por abusos y violaciones de derechos que, la única manera en que puede el Estado solucionarlo; es limitando legalmente la fuerza, con lo cual, pues, puede imponer orden social con la corrección de dichos abusos y violaciones. GUSTAVO ZAGREBELSKY, analizando esta poesía, corrobora esta proclamación de justicia como orden social, mediante la limitación legal de la fuerza; explicando que: "Para intentar comprender algo, debe tenerse presente la contraposición radical entre *Bía* y *Diké*: *Bía* fuerza inmoderada, fuerza de hecho, constricción, violencia (*dià bías*, a la fuerza; *biázomai*, ser constreñido por la fuerza); *Diké*, la hija de *Thémis*, fuerza reguladora, costumbre, orden tradicional, justicia"[(420)].

En tal virtud, convertir a la fuerza en justicia, mediante su limitación legal, es igual que corregir el desorden social que produce la fuerza

[(420)] ZAGREBELSKY, "La ley y su justicia. Tres capítulos de justicia constitucional", cit., p. 39.

limitándola. O, lo que es lo mismo, la justicia como la limitación legal de la fuerza; es igual que el orden social que debe imponer el Estado.

Por ello, la aplicación económica de este concepto de justicia se traduce en que esta gran necesidad socioeconómica, consistente en la exigencia de transformar a la fuerza en justicia mediante la ley, y que ilustrativamente es proclamada en una poesía de PÍNDARO; la conclusión o resultado que se obtiene de ello es que, como a quien le corresponde dictar la ley, es al Estado; sí se encuentra justificada entonces la necesidad de su intervencionismo en la contratación o mercado.

Así es, el intervencionismo estatal en la contratación o mercado es necesario, porque solo de esta manera se puede limitar la fuerza económica de las empresas, para que estas no la puedan usar en contra de los consumidores.

Así que una de las grandes necesidades socioeconómicas, que el Estado debe satisfacer siempre a sus miembros, es la transformación de la fuerza en justicia mediante las leyes que dicta. En otras palabras, siempre va a ser necesario que el Estado limite la fuerza, como una de las maneras en que este debe imponer justicia en todos los ámbitos de la vida, no solo en el económico.

Por tal razón, justicia y limitación de la fuerza son en realidad lo mismo, son sinónimos. O si se prefiere, aún sin contar con un concepto concreto de justicia, porque algunos no lo consideran preciso o definido; aún así, siempre habrá unanimidad en tener la certeza de que siempre existe la necesidad de limitar la fuerza. Porque como lo proclama también al respecto GUSTAVO ZAGREBELSKY:

> ***"Quizás no sepamos qué es la justicia***
> ***o estemos en desacuerdo sobre lo que es,***
> ***pero tenemos una certeza: de cualquier***
> ***modo que la concibamos, es incompatible***
> ***con la fuerza ilimitada. La fuerza ilimitada***
> ***no es propia de la justicia sino de la arbitrariedad"***[421]

[421] *Ibídem*, p. 31.

Y para que la conversión de la fuerza en justicia, proclamada como solución de justicia, se mantenga como tal, justa y válida; es necesario erradicar, pues, toda la mitología neoliberal económica que se sigue tratando de imponer; con su subsecuente extensión al Derecho, como ha sido el caso del vano intento del artículo 62 de la Constitución.

La mitología neoliberal económica, o sea el mito o falsedad de la capacidad de los libres mercados para autocorregirse; ha sido reconocida por el representante del mayor organismo neoliberal económico norteamericano. Así da cuenta de ello MICHAEL SANDEL: "Incluso Alan Greenspan, que como presidente de la Reserva Federal estadounidense había oficiado de sumo sacerdote de la fe en el triunfo del mercado, reconoció hallarse en 'un horrorizado estado de incredulidad' y que su confianza en la capacidad de los libres mercados para autocorregirse había sido una equivocación"(422).

Efectivamente, toda la falsedad de ideas o fundamentos económicos, que se agrupan modernamente como Neoliberalismo Económico; es realmente una mitología que, con mucho acierto, FRANCISCO MIRÓ QUESADA RADA la ha sintetizado como "El falso ídolo del mercado"(423).

Así es, como se sabe, los ídolos son imágenes de falsas divinidades, las cuales, al rendirles culto, se posesionan de la mentalidad humana deformándola; y es necesario entonces liberarla de esta mala influencia porque impide la evolución natural de la razón(424). De acuerdo a la clasificación de FRANCIS BACON, el mercado es el denominado *Ídola Fori*(425). Del uso de ídolos, como creencias, devino después la idea o concepto de "ideología".

---

(422) SANDEL, Michael, "Lo que el dinero no puede comprar. Los límites morales del mercado", Debate, Barcelona, 2013, p. 19.

(423) MIRÓ QUESADA RADA, Francisco, "El falso ídolo del mercado", Diario "El Comercio", Lima, 27-8-15.

(424) *Ibídem*.

(425) Citado por MIRÓ QUESADA RADA, "El falso ídolo del mercado", cit.

Pues bien, resulta que históricamente las ideologías han sido utilizadas siempre para justificar los privilegios de las clases o grupos dominantes. FRANCISCO MIRÓ QUESADA RADA así lo reseña: "Antes que Marx desarrollara su teoría de la ideologización, tanto John Locke como Jean Jacques Rousseau y otros pensadores de la Ilustración descubrieron que el grupo dominante, llamado también clase, elabora teorías para justificar 'racionalmente' sus privilegios, que son de poder y económicos. La ideología es una deformación de la realidad, una falsedad que se presenta como verdad científica"(426).

Es de esta manera como socioeconómicamente ya se ha descubierto, o comprobado, que la ideología neoliberal económica es una mitología que, como falsedad o utopía, se posesionan algunos como verdad científica; para pretender justificar racionalmente los privilegios que cuentan las empresas en la misma, por ser la parte fuerte de la contratación o mercado. Lo que es peor, como da cuenta el célebre CORNELIUS CASTORIADIS: "Los aduladores del neoliberalismo presentan sus aberraciones como si fuesen evidencias del sentido común"(427). En efecto, el calificativo de "aberraciones neoliberales" no es una exageración escandalosa. Porque quien lo utiliza tiene bastante autoridad académica por haber sido abogado, economista y filósofo. Para terminar de convencernos de ello, solo basta analizar dos de estas aberraciones.

La primera aberración neoliberal económica consiste en considerar, como una evidencia del sentido común, la justificación racional de los privilegios empresariales que se dan en el mercado. ¡¿Cómo va a ser propio del sentido común que el fuerte oprima al débil?! Todo lo contrario, ello atenta contra el más elemental y mínimo sentido común de lo que es justo; o sea de la justicia. Por eso, sólo a los que son aduladores del neoliberalismo económico se les puede ocurrir semejante aberración.

---

(426) MIRÓ QUESADA RADA, "El falso ídolo del mercado", cit.

(427) CASTORIADIS, Cornelius, "La racionalidad del capitalismo", en *Figuras de lo pensable*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2006, p. 65.

La otra aberración neoliberal económica consiste en considerar, como una evidencia del sentido común, la negación, para efectos del lucro mercantil; de la existencia de lo colectivo o social. Como se puede advertir, mediante esta apreciación concretamente se niega la existencia de los derechos sociales de los consumidores. GIORGIO RUFFOLO reseña esta aberración al dar cuenta que, al mismo tiempo que se demolía al Estado mediante la invasión del capitalismo turbulento en la política; se desarrollaba un auténtico proceso de mercantilización total de la sociedad. Y que, en defensa de ello, Margaret Thatcher llegó a afirmar que: "La sociedad no existe"; lo cual los neoliberales norteamericanos lo tomaron en serio(428).

"¡Tremenda aberración neoliberal sobre la realidad socioeconómica!" ¿¡Cómo va a ser propio del sentido común considerar que para el lucro o la ganancia se debe negar lo social; o sea se debe negar la existencia de los derechos sociales, en este caso de los consumidores!? Es todo lo contrario, ello atenta contra el más elemental y mínimo sentido común de lo que es justo; o sea de la justicia, en este caso distributiva ("*Darle a cada uno lo que le corresponde*"). Felizmente, PETER HABERLE, quien sí tiene una opinión autorizada en materia constitucional económica, por ser el mejor constitucionalista moderno; aclara al respecto que: "El mercado está estrechamente conectado a las cuestiones fundamentales de la convivencia social (por ejemplo, a la 'imagen del hombre' y a la 'sociedad'), y está subordinado al postulado de la justicia y del bien común, así como a otros sectores propios de una democracia pluralista"(429). Por ello, igualmente, sólo a los que son aduladores del neoliberalismo económico se les puede ocurrir la aberración de negar la existencia de los derechos sociales.

(428) RUFFOLO, Giorgio, "El capitalismo tiene los siglos contados", RBA, Barcelona, 2013, p. 225.

(429) HABERLE, "Incursus. Perspectiva de una doctrina constitucional del mercado: Siete tesis de trabajo", cit., p. 36.

Felizmente también, en cuanto a cómo debe ser el Derecho, que es el que regula a la realidad socioeconómica, de la cual forma parte el mercado; el rechazo a esta aberración neoliberal forma parte de las primeras clases o lecciones que reciben los estudiantes de Derecho sobre el mismo. Porque una de las primeras lecciones, sobre lo que es el Derecho, consiste precisamente en destacar tanto el carácter como la finalidad social que tiene el mismo. Así da cuenta de ello PAOLO GROSSI, uno de los teóricos modernos del Derecho con bastante reconocimiento actualmente: "El Derecho es, en efecto, dimensión intersubjetiva, es relación entre sujetos –pocos o muchos– y se distingue por su *sociabilidad* esencial. (…) El referente necesario del Derecho es únicamente, la sociedad como realidad compleja, articuladísima y con la posibilidad de que cada una de sus articulaciones produzca Derecho"(430).

Lo que también es denigrante es que esta aberración no es totalmente de la autoría de esta incivilizada mujer política. En gran parte ello se dijo primero en la ficción, en la Literatura, tal como se ha dejado constancia en la presente obra doctrinaria (Ver epígrafe del ítem II.5.1.). Esta es otra demostración, entonces, de cómo la Literatura, a pesar de ser ficción, suele reflejar la realidad. Lo cual significa que este aberrante pensamiento neoliberal no era simple ficción, sino que ya existía en la realidad socioeconómica.

Así es, en una narración literaria (novela) se encontraba denunciada ya este lamentable pensamiento neoliberal económico antisocial; como una de las nefastas ideologías que iban a azotar a la Humanidad.

Realmente la única reacción que genera, este pensamiento neoliberal económico antisocial, de rechazo o negación de los derechos sociales de los consumidores; no es más que repudio y rechazo por nuestra propia e imprescindible condición de seres humanos, la cual determina el carácter inexorablemente social de los mismos.

(430) GROSSI, Paolo, "La primera lección de Derecho", Marcial Pons, Madrid, 2006, pp. 22 y 25.

Por ello, este pensamiento neoliberal económico antisocial parece demostrar que la autora del mismo adolecía de una gran ignorancia sociológica y filosófica; la cual sería no solo lamentable, sino también denigrante para una política que fue gobernante. Pues si hubiera leído lo que al respecto GEORG SIMMEL advirtió, desde el siglo antepasado, se hubiera dado cuenta que lo social siempre está presente en los seres humanos no solo como una forma de vida; sino principalmente como un deber cuyo cumplimiento es necesario para su subsistencia: "El tono del deber, que vibra en y por encima de nuestra voluntad, es ahora estimulado como un impulso puramente subjetivo-psicológico, sin otro significado que el natural, que acaso el hambre o todo impulso físico-psíquico también tiene, ahora aparece el deber desde la parte objetiva simplemente como una de las relaciones reales que ligan al individuo con la sociedad. Tan indudable es pues evidentemente que una inmensa parte de las exigencias, que sentimos habitar en nosotros, tienen un contenido social, y nacen de la obligación real ejercida por la sociedad sobre el individuo para el fin de su propia conservación"(431).

Igualmente, si hubiera leído también a PAUL RICOEUR, también se habría dado cuenta que la más común de las justicias, la cual es la justicia distributiva; es una aplicación de lo social y que, por ello, lo social siempre prevalecerá sobre lo individual: "Es preciso otorgar al término de distribución su mayor flexibilidad, a saber, aportar el elemento de distinción que falta a la noción de querer actuar juntos. Es este aspecto de distinción el que pasa al primer plano con el concepto de *distribución* que, desde Aristóteles a los medievales y a John Rawls, está vinculado estrechamente al de justicia. Este concepto no debe ser limitado al plano económico, como complemento del de producción. Designa un rasgo fundamental de todas las instituciones, en la medida en que estas regulan el reparto de funciones, de tareas, de ventajas e inconvenientes entre los miembros de la sociedad. (…) La importancia

(431) SIMMEL, Georg, "Problemas fundamentales de la filosofía", Prometeo Libros, Buenos Aires, 2005, p. 88.

del concepto de distribución reside en que absuelve a los dos protagonistas de un falso debate sobre la relación entre individuo y sociedad, sin dar la razón a uno más que a otro. En la línea del sociologismo de Durkheim, la sociedad es siempre más que la suma de sus miembros; del individuo a la sociedad, no hay continuidad"(432).

Todos estos conocimientos filosóficos y sociológicos elementales, **CORNELIUS CASTORIADIS** los sintetizó mediante esta máxima o principio: "***El hombre solo existe en la sociedad y por la sociedad***"(433).

Como se puede apreciar, estos fundamentos son conocimientos filosóficos y sociológicos que, por imponerlos o demostrarlos la propia realidad socioeconómica; por ello son conocimientos elementales que todo político gobernante ha debido conocer para ejercer adecuadamente su función de gobierno. De tal manera que si el pensamiento neoliberal económico antisocial de la Thatcher, era resultado de esta ignorancia; el mismo es de por sí contradictorio y absurdo. Porque si la sociedad, lo social, o sea los derechos sociales, no existen; entonces ¿para quiénes gobernó esta gobernante? La respuesta solo puede ser una y es la siguiente: Gobernó solo para las grandes empresas que dominan los mercados. Juzguen ustedes mismos, apreciados lectores, si esta finalidad de gobierno consiste realmente en gobernar con justicia para el pueblo al que se gobierna.

Pero parece que, por la educación que tuvo, la Thatcher sí conocía estos elementales fundamentos; pero su pensamiento neoliberal o libertario la impulsó a no reconocerlos y, por eso, a postergarlos. Esto es, no aplicó estos fundamentos humanísticamente, sino antihumanamente. Lo cual agrava aún más la denigración de su condición de gobernante, porque esto significa que utilizó a la sociedad sobre la que gobernó, utilizó a los miembros de la misma; no como fines, sino como medios.

---

(432) RICOEUR, Paul, "Sí mismo como otro", Siglo XXI, México D.F., 2006, pp. 209-210.

(433) CASTORIADIS, Cornelius, "Lo imaginario: La creación en el dominio historicosocial", en *Los Dominios del Hombre*, Gedisa, Barcelona, 2005, p. 66.

Esto es, la Thatcher gobernó utilizando a los miembros de la sociedad no como lo que son, como seres sociales y, por ende, humanos; sino como meros objetos o cosas. Como se puede colegir, esta actitud política es una manifiesta actitud de total y absoluta injusticia. O, utilizando pertinentemente el concepto opuesto; esta actitud política no se corresponde, ni se podrá corresponder nunca, con el concepto de justicia.

En efecto, utilizar a los miembros de la sociedad como medios y no como fines, es contradictorio del concepto justicia; contradicción conceptual que resulta tanto de manera específica como de manera genérica.

De manera específica es contradictoria del concepto kantiano de justicia que resulta pertinente aplicar. Este concepto es el correspondiente a uno de sus célebres imperativos categóricos. Como se sabe, fue **KANT** el que consagró, como idea o concepto de justicia; el deber de actuar considerando a los seres humanos como fines y no como medios. Este imperativo categórico lo consagró así: **"El imperativo práctico será, pues, como sigue:** ***obra de tal modo que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin al mismo tiempo y nunca simplemente como un medio*****"**(434).

De manera genérica utilizar a los miembros de la sociedad como medios, y no como fines; inobjetablemente siempre es, y será, contradictoria de toda elemental idea o concepto de justicia. Así lo destaca JOHN RAWLS, quien es uno de los filósofos que tiene consagración universal en cuanto a concepto de justicia(435): "Un rasgo deseable de una

(434) KANT, "Fundamentación de la metafísica de las costumbres", cit., p. 117.

(435) La consagración universal que tiene John RAWLS, en cuanto al concepto de justicia, lo destacan muchos; los cuales son tanto filósofos como juristas. Dentro de estos últimos figura nada menos que el célebre Ronald DWORKIN: "En la actualidad hay un nivel filosófico superior, al que pueden recurrir los abogados. El profesor Rawls, de Harvard, por ejemplo, ha publicado un libro sobre la justicia. Abstracto y complejo, que ningún abogado constitucionalista puede dejar de leer". ("Los derechos en serio", Ariel, Barcelona, 1995, p. 233). Ojalá que aquí en el Perú, los abogados que se irrogan la calidad de constitucionalistas, sin en realidad tenerla; sigan este consejo de DWORKIN y lean esta obra de RAWLS. Personalmente, sin ser consti-

concepción de la justicia es que debería expresar públicamente el respeto mutuo entre los hombres. (…) Los principios de la justicia reflejan en la estructura básica de la sociedad el deseo que tienen los hombres de no tratarse como medios sino únicamente como fines es sí mismos. (…) Considerar a las personas como fines en sí mismas dentro de la conformación básica de la sociedad es convenir en renunciar a aquellas ventajas que no contribuyan a mejorar las expectativas de todos. Por el contrario, considerar a las personas como medios es estar dispuesto a imponer, a quienes ya de por sí son los menos favorecidos; perspectivas de vida aún menores en favor de las mayores expectativas de otros"[436].

Por eso es que se ha concluido, con mucho acierto, que uno de los terribles males socioeconómicos que ha soportado últimamente la humanidad, la cual fue la crisis financiera del 2008; se empezó a gestar en los gobiernos de esta denigrante mujer política y de Ronald Reagan. Así da cuenta de ello MICHAEL SANDEL: "Los años que condujeron a la crisis financiera de 2008 fueron los de un vertiginoso periodo de fe en el mercado y de desregulación. La era comenzó a principios de la década de 1980, cuando Ronald Reagan y Margaret Thatcher proclamaron su convicción de que los mercados, no los gobiernos, tenían la llave de la prosperidad y la libertad[437].

Y pensar que lo irónico es que, luego de su reciente deceso, han pretendido encumbrar, a la autora de este denigrante pensamiento de injusticia, neoliberal económico; como una política virtuosa. Esto es, han pretendido encumbrarla como una mujer que, en su función pública, se destacó por tener acciones virtuosas.

---

tucionalista, la he leído; lo cual me permitió aplicar satisfactoriamente su concepto de justicia en mi *Tesis Doctoral*; para poder demostrar el cuestionado carácter de justicia que tiene un régimen jurídico para la regulación de una institución jurídica propia del Mercado de Valores ("La contratación del Mercado de Valores", Miguel TORRES MÉNDEZ, Grijley, Lima, 2012).

(436) RAWLS, "Teoría de la justicia", cit., pp. 172 y 173.

(437) SANDEL, "Lo que el dinero no puede comprar. Los límites morales del mercado", cit., p. 14.

Pero como siempre sucede finalmente con las actitudes canallescas y deshumanizantes, son principalmente las Humanidades las que las desenmascaran o desvirtúan. O sea las que develan o demuestran las falsas imágenes de virtud, con las que se pretende inmortalizar públicamente, a las personas que no han sido en realidad virtuosas.

Así es, precisamente es la Literatura de su propio país -inglesa- la que aporta la cita literaria pertinente para tal desenmascaramiento. Tal cita es de la autoría de uno de los escritores con mayor reconocimiento universal, el cual precisamente es uno de los escritores ingleses con mayor reconocimiento humanista[438], **WILLIAM SHAKESPEARE**; la cual es como sigue: **"*Una acción que empaña la gracia y el sonrojo del pudor; tacha de hipócrita a la virtud*" ("*Hamlet, príncipe de Dinamarca*", Escena IV)**[439].

Por eso, se deben combatir siempre estas aberraciones neoliberales económicas, rechazándolas como lo que auténticamente son: Pura mitología mercantilista o un conjunto de mitos sobre el mercado.

El carácter mitológico de las aberraciones neoliberales económicas lo advierte bien FRANCISCO MIRÓ QUESADA RADA, respecto al Neoliberalismo económico en su conjunto: "Las políticas de libre mercado carecen de real valor científico y son entonces ideología o, en todo caso, utopía, considerada como sueño necesario, desafiado permanentemente por la realidad"[440]. "Además de la teoría del poder

---

(438) Esta situación también es irónica. Inglaterra tiene en la política a uno de los máximos exponentes del Anti-Humanismo (Tatcher) y en la Literatura a uno de los máximos exponentes del Humanismo (Shakespeare).

(439) El pensamiento neoliberal de la Tatcher, de negación de lo social, o sea de negación de los derechos sociales; realmente resume lo que fue su vida como política. Por eso, frente a ello, resulta pertinente identificarla siempre mediante la conclusión que tiene HANNAH ARENDT; para identificar a personajes tan nefastos como ella: "Fue como si en aquellos últimos minutos resumiera la lección que su larga carrera de maldad nos ha enseñado, la lección de la terrible *banalidad del mal*" ("Eichmann en Jerusalén", Debolsillo, Barcelona, 2008, p. 368).

(440) MIRÓ QUESADA RADA, "Neoliberalismo y desigualdad", Diario "El Comercio", Lima, 8-10-15.

divino de los reyes, tenemos casos de personas ideologizadas en el contexto de lo que Bacon llamó *ídola fori* o del mercado"[441]. En efecto, esta es la correcta aplicación específica, a la ideología del mercado, de la conclusión genérica que ROLAND BARTHES precisó, con acierto, sobre la mitología en general: "La mitología es un acuerdo con el mundo, pero no con el mundo tal como es, sino tal como quiere hacerse"[442]. O como concluye también genéricamente PAOLO GROSSI: "Mitología, o sea un conjunto de conclusiones no demostradas, fundadas –al igual que el mito–, no sobre conocimientos racionales, sino sobre creencias"[443].

Porque realmente es pura mitología creer o considerar que todo, en el mundo entero, es mercado. El pensamiento neoliberal económico ha sido, pues, un mercantilismo mitológico, el cual, lamentablemente, si bien está en declive; aún no ha desaparecido del todo. Así da cuenta de ello FERNANDO ESCALANTE GONZALBO: "La trayectoria del neoliberalismo no está cerrada, ni mucho menos. El momento de su mayor creatividad intelectual ya pasó, en los años cincuenta y sesenta del siglo pasado, cuando por primera vez se imaginó el mundo entero, la política, el derecho, el matrimonio como un mercado"[444].

Por ello, lo que siempre debe hacerse entonces, en toda investigación científica, frente a las ideologías mitológicas; es desenmascararlas como lo que son: falsas conciencias de lo absoluto como *ideología*, en el sentido de ideología total; tal como lo consagró KARL MANNHEIM[445].

Para eso, para no rendirle culto a la mitología neoliberal económica, constituida por el *Idola Fori*, o falso ídolo del mercado; en la investigación económica también va a servir mucho tener siempre

---

(441) MIRÓ QUESADA RADA, "El falso ídolo del mercado", cit.

(442) BARTHES, Roland, "Mitologías", Siglo XXI Editores, México D.F., 2002, p. 253.

(443) GROSSI, "La primera lección de Derecho", cit., p. 19.

(444) ESCALANTE GONZALBO, Fernando, "Historia mínima del neoliberalismo. Orígenes intelectuales de una revolución cultural", La Siniestra, Lima 2016, p. 281.

(445) MANNHEIM, Karl, "Ideologie und utopie", Fr. Cohen, Bonn, 1929, p. 8.

presentes las muy exactas o precisas frases de ROBERT W. MCCHESNEY; consignadas en el primer texto que se usa como epígrafe de este subítem. Aplicando estas frases a este estudio económico que se está haciendo para solucionar la antinomia que en materia económica contiene la Constitución, resulta necesario proclamar entonces, como auténticos deberes de razonamiento e investigación; los siguientes: ***"No debemos dejarnos sorprender por la mitología del 'libre mercado', reforzada ahora por el Neoliberalismo económico. Y tampoco debemos dejar que nos deleite ese gozoso himno de alabanza que se nos insufla sobre la competitividad, la racionalidad***(446)***, la eficacia y la justeza de este régimen económico".***

Refrenda o corrobora, también con mucho acierto, la necesidad de cumplir estos deberes, para que se deje de rendir culto a dicha mitología o falso ídolo del mercado; FRANCISCO MIRÓ QUESADA RADA: "Desde diversos medios se quiere imponer la idea de que con el crecimiento y la inversión se solucionará la pobreza. Sin embargo, no se dan cuenta de que el sistema capitalista tiene sus límites y en diversos casos es generador de pobreza y desigualdad, porque arroja a los que no responden a sus reglas y es incapaz de administrar muchos recursos escasos de los que habla Barre. Los capitalistas nos quieren hacer creer que ellos salvarán al mundo a través de los negocios, creencia parecida a la del poder divino de los reyes. Con su fe ciega en el mercado, el neoliberalismo se ha convertido en la fe dominante de nuestra época, bueno, hasta ahora. El *ídola fori* campea"(447).

(446) Por lo pronto, empecé ya a cumplir con estos deberes mediante un artículo de Revista. No me dejé sorprender por la falacia de la racionalidad económica liberal, la cual es aplicada principalmente por la tendencia juseconómica como el criterio del "sujeto racional". Véase: "La defensa de George Bernard Shaw a nosotros los locos. (A propósito del criterio del sujeto racional del Análisis Económico del Derecho)", Miguel TORRES MÉNDEZ, *Revista Peruana de Derecho y Literatura*, Nº 1, Lima, 2006, pp. 369 y ss. Continúo ahora, con el cumplimiento de estos deberes, mediante la presente obra doctrinaria.

(447) MIRÓ QUESADA RADA, "El falso ídolo del mercado", cit.

Efectivamente, no es bueno que los pueblos o sociedades se guíen por una fe ciega en el mercado, no es bueno que el accionar de los mismos lo oriente una mitología imperante del mercado, o mercantilismo mitológico; porque como reza un principio esencial de toda democracia verdadera: ***"Si el pueblo es soberano, ¿cómo podría serlo el mercado?"***(448).

Por ello, un sabio consejo para los aduladores del neoliberalismo económico, es el que da la también célebre SIMONE DE BEAUVOIR, para superar los efectos negativos que ocasiona el culto a los falsos ídolos; uno de los cuales es esta tendencia. Tal consejo consiste simplemente en seguir, en la vida, la corriente filosófica existencialista. Ello porque: "La meta a la que apunta en general el existencialismo es evitar al hombre las decepciones y los enojos taciturnos que ocasiona el culto de los falsos ídolos"(449).

Como reseña también FRANCISCO MIRÓ QUESADA RADA, son varios los destacados y reconocidos economistas que han rechazado, y lo siguen haciendo, la mitología neoliberal económica o falso ídolo del mercado. Entre ellos, además de los ya citados KARL POLANYI, AMARTYA SEN, ANDREAS ALFRED BÖHMLER, CRAWFORD BROUGH MACPHERSON, ROBERT W. MCCHESNEY, RÖPKE, GIORGIO RUFFOLO y FRANCISCO BLANCO; figuran también THOMAS PIKETTY, JOSEPH STIGLITZ y BRANCO MILANOVIC(450).

Todos ellos, siendo auténticos economistas de profesión y, como tales, auténticas mentes pensantes en la investigación económica; no se han dejado sorprender por la mitología neoliberal económica constituida por el "falso ídolo del mercado"; y, por ello, rechazan contundentemente las aberraciones de la misma.

---

(448) COMTE SPONVILLE, André, "Diccionario filosófico·, Paidós, Barcelona, 2005, p. 313.

(449) DE BEAUVOIR, Simone, "El existencialismo y la sabiduría de los pueblos", Edhasa, Barcelona, 2009, p. 58.

(450) Citados por MIRÓ QUESADA RADA, "Neoliberalismo y desigualdad", cit.

Por su parte, en el Derecho, concretamente en el Derecho Contractual, que es el que rige a la contratación o mercado; la mitología homóloga está conformada por dos falsos ídolos, a los cuales todavía se les pretende rendirles culto. Tales ídolos son el "dogma de la voluntad" y la "inmutabilidad del contrato".

Por ello, sobre estas mitologías se debe siempre coincidir absolutamente con la certera conclusión a la que llega FRANCISCO MIRÓ QUESADA RADA: "Ya empiezan a oler a utopías negativas"(451).

Finalmente, se debe concluir el presente subítem, relativo al estudio económico de la solución de la antinomia constitucional planteada respecto al intervencionismo estatal en la contratación o mercado peruano; teniendo en cuenta el tipo o clase de Estado en el que consiste el Estado peruano.

En primer lugar, como es harto sabido y reconocido, el Estado peruano es concretamente un "Estado de Derecho" o "Estado bajo el régimen de derecho"; el cual se distingue del "Estado bajo el régimen de fuerza" o "Estado absoluto" y del "Estado bajo el régimen de policía" o régimen del Despotismo Ilustrado.

Asimismo, como también es harto conocido, el concepto constitucional "Estado de Derecho" es de origen europeo continental. Y forma parte de este concepto el intervencionismo estatal, también identificado como "estatalismo".

Pues bien, como el Estado peruano es un "Estado de Derecho"; ello significa entonces que, en el mismo, constitucionalmente se permite el intervencionismo estatal o "estatalismo". Ello puede corroborarse de la explicación que al respecto hace MAURIZIO FIORAVANTI: "En realidad, el liberalismo europeo *tiene necesidad de su estatalismo, que se manifiesta en la fórmula europeo-continental del Estado de derecho*: por una parte 'de derecho', porque se empeña en la tutela de la sociedad y de

(451) MIRÓ QUESADA RADA, "Neoliberalismo y desigualdad", Diario "El Comercio", Lima, 8-10-15.

los individuos frente a las exigencias dirigistas de los poderes públicos, pero por otra parte también plenamente 'Estado', porque se empeña en la defensa de las instituciones políticas frente a la misma sociedad civil. Por tanto, la célebre *separación Estado-sociedad* de la época liberal funciona en ambos sentidos: en la protección de la sociedad y de los individuos frente a la invasión arbitraria del poder público, pero también en la protección de los mismos poderes frente a las voluntades particulares, individuales y de grupo, operantes en la sociedad civil"(452).

Así es, nunca mejor aclarada o precisada la legitimidad constitucional del intervencionismo estatal, en la contratación o mercado; que mediante la explicación que da este gran jurista italiano, el cual es uno de los mejores constitucionalistas modernos. El Estado, mediante sus poderes, sí debe intervenir, en la contratación o mercado; para corregir las deficiencias que producen, en el mismo, las voluntades particulares, individuales y de grupo, que operan en él.

De tal manera que el "Estado de Derecho", cuando permite el intervencionismo estatal en la contratación o mercado; con ello lo que siempre adquiere finalmente entonces, como Estado, es la identificación de "Estado Social". Ello porque este intervencionismo estatal, como se ha demostrado en el presente subítem, tiene como finalidad la protección de los derechos sociales. Identificación estatal, como Estado Social, que es, como se puede colegir; la antítesis o categoría conceptual opuesta a la de Estado Liberal. ANTONIO BALDASSARRE precisa el concepto de Estado Social afirmando que: "El Estado Social es la respuesta político-constitucional frente a la inseguridad social creciente y objetiva, que constituye el subproducto, al parecer, difícilmente eludible, tanto de los desequilibrios de poder que implica el libre juego de las fuerzas sociales y la incertidumbre implícita en los mecanismos espontáneos del mercado"(453).

(452) FIORAVANTI, "Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones", cit., p. 103.

(453) BALDASSARRE, Antonio, "Los derechos sociales", Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, p. 27.

Ahora bien, no se debe confundir al Estado Social con los conceptos de Estado Bienestar o Sociedad de Bienestar; como indebidamente se suele incurrir coloquialmente. Hay una diferencia sustancial entre estos conceptos, la cual es de carácter formal.

El Estado Social, como se precisa en la última cita doctrinaria, concretamente es un régimen jurídico constitucional. Esto es, son los principios jurídicos consagrados e impuestos, por una Constitución política, para la defensa o protección de los derechos sociales.

En cambio, el Estado Bienestar, o Sociedad de Bienestar; solo consiste en actos estatales que tienen como finalidad la defensa o protección de estos derechos, pero sin que una Constitución política haya consagrado e impuesto que el Estado, al cual rige, sea concretamente un Estado Social. JOSÉ ASENSI SABATER precisa ampliamente esta diferencia: "A menudo se emplean términos tales como 'Estado Social', 'Estado de Bienestar', 'Sociedad de Bienestar', o simplemente políticas sociales, con un significado similar. En un sentido más preciso y técnico, sin embargo, la categoría de 'Estado Social' se debe reservar para designar un modelo constitucional que tiene características específicas. En el Estado Social el entramado mismo de la Constitución está configurado por principios y normas que regulan la vertiente social y colectiva del Estado. En cambio cuando se habla de 'Sociedad de Bienestar', 'Estado Bienestar', etc., se está haciendo referencia, genéricamente, a la existencia de políticas públicas orientadas a satisfacer necesidades sociales, sin que tales políticas tengan su correlato en el ordenamiento constitucional. La Constitución entraña consecuencias importantes. En el constitucionalismo del Estado Social, la Constitución regula un conjunto de derechos sociales, establece tareas al Estado para que los garantice y potencie, y dota de instrumentos a los poderes públicos para hacer posible la intervención en la economía, equilibrar las desigualdades y promocionar bienes públicos"[454].

[454] ASENSI SABATER, José, "Origen e historia del Estado Social", en *Lecciones sobre Estado Social y Derechos Sociales*, Albert NOGUERA FERNÁNDEZ y Adoración GUAMÁN HERNÁNDEZ (Compiladores), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 25.

Finalmente, entonces, el Estado peruano, como Estado de Derecho que es; es también al mismo tiempo un Estado Social, régimen jurídico estatal consagrado e impuesto por los artículos 43 y 58 de la Constitución de 1993. Así que de nada sirvió el vergonzoso y doloso intento, mediante el artículo 62 de la misma; de convertir al Estado peruano en un Estado Liberal.

- *Estudio filosófico-político. El problema de la confrontación entre el Estado, o la ley, con la libertad relacionada con las libertades contractuales. El mito de la inmutabilidad del contrato. La mutabilidad del contrato como Hominem Causa o característica esencial del mismo. El conflicto entre la Justicia Libertaria y la Justicia Social.*

> *"El Derecho, el cual tiene su origen, desarrollo y consolidación hominum causa, lo que quiere decir que nace con el ser humano y para el ser humano, enlazado como está de manera inextricable con las vicisitudes humanas en el espacio y en el tiempo"*
>
> PAOLO GROSSI"[455].

Otro complemento del extenso o abundante análisis que se está haciendo, para la solución de la antinomia constitucional bajo estudio; es el correspondiente al análisis filosófico-político del derecho respecto del cual se produce esta antinomia.

Como se ha venido haciendo a lo largo de todo este ítem, correspondiente a la solución de esta antinomia, este derecho se le ha analizado ya bastante desde varias perspectivas; las cuales han sido la jurídica, la jusfilosófica; y la económica.

Pero resulta necesario también analizarlo desde la perspectiva filosófica-política. Ello porque dicho derecho no es otro que el de

[455] GROSSI, "La primera lección de Derecho", cit., p. 22.

la libertad, debido a que las libertades contractuales son especies de ella. Y esta, la libertad género, sus fundamentos y cuestionamientos, siempre han tenido un contenido o carácter filosófico-político; antes que jurídico.

Pues bien, como se ha planteado en el título de este subítem, el estudio filosófico-político de la libertad debe iniciarse, necesariamente, teniendo en cuenta que la misma, la libertad género, siempre será un problema por resolver para la humanidad. Ello resulta del hecho de que, por ser uno de los fundamentales derechos individuales; su regulación siempre suscita teorías o fundamentos antagónicos o contrapuestos. Así es, la problemática filosófico política de la libertad ha consistido siempre en su valorización concreta como derecho, la cual, como describe AMARTYA SEN: "Ha sido un campo de batalla durante siglos, en efecto milenios, y ha habido partidarios y entusiastas tanto como críticos y detractores"(456).

Y los fundamentos antagónicos o contrapuestos que siempre surgen sobre la libertad, o los partidarios y detractores de la misma, en términos de SEN; surgen precisamente por el conflicto o contraposición que este derecho tiene con el Estado. Efectivamente, en filosofía política cuando hay polémica sobre la libertad, ello significa necesariamente, entonces, que esta polémica consiste en el papel del Estado frente a ella.

Ahora bien, como el Estado solo puede actuar o interferir en la libertad, mediante leyes; a esta polémica finalmente se le identifica, entonces, como un problema entre la libertad y la ley. Por eso, ROGER SCRUTON apreció certeramente que la libertad individual siempre es un problema para la ley(457). Pero como la lógica jurídica exige colegir, exactamente lo mismo se puede concluir a la inversa: La ley siempre es un problema para la libertad individual. Y por eso es que el estudio de la libertad ha resultado siempre bien controvertido, porque el estudio del Estado también lo es. SAMUEL GREGG así lo evidencia: "Es

(456) SEN, "La idea de la justicia", cit. p. 257.

(457) SCRUTON, Roger, "The meaning of conservatism", Penguin, Londres, 1980, p. 71.

probable que ningún otro asunto sea tan controvertidamente perenne en el discurso político como el papel del Estado"[458].

Y es que al respecto se debe tomar en cuenta que la lucha o confrontación de la libertad contra el Estado, o específicamente contra la ley o la autoridad; se ha venido dando siempre a lo largo de la historia de la humanidad. Tanto así, que siempre se le ha considerado una característica histórica que siempre ha asumido, o a la que está acostumbrada, la humanidad; tal como lo describe JOHN STUART MILL: "La lucha entre la libertad y la autoridad es el rasgo más saliente de estas partes de la Historia con las cuales llegamos antes a familiarizarnos, especialmente en las historias de Grecia, Roma e Inglaterra"[459].

Por tal razón, la lógica jurídica correspondiente impone que el estudio de la libertad se tenga que hacer, paralelamente, con el estudio del Estado en cuanto a su papel frente a ella; o viceversa. De tal manera que no puede haber una disociación en su estudio, que es lo que se está respetando en este subítem.

Como es sabido, un estudio filosófico-político, sobre la libertad en general, que es bastante reconocido y aceptado internacionalmente; es el de ISAIAH BERLIN. Este clasificó a las libertades en dos clases, las cuales son la negativa y la positiva. Así, la libertad negativa consiste en ejercer la libertad sin interferencias, por lo cual es entendida como la capacidad de elección, sin impedimento ni coerción; que tienen las personas. Mientras que la libertad positiva consiste en la posibilidad de autodeterminación de las mismas[460].

En realidad históricamente el concepto de libertad negativa fue descubierto por el Derecho Romano. Así da cuenta de ello RUDOLF

---

(458) GREGG, Samuel, "La libertad en la encrucijada. El dilema moral de las sociedades libres", Ciudadela, Madrid, 2007, p. 131.

(459) MILL, John Stuart, "Sobre la libertad", Alianza Editorial, Madrid, 2005, p. 57.

(460) BERLIN, Isaiah, "Dos conceptos de libertad y otros escritos", Alianza Editorial, Madrid, 2001, p. 47.

VON IHERING: "La libertad lleva en sí el germen de su negación; porque la voluntad es libre (…) La misión del Estado ante la libertad del individuo no puede ser negativa ni diferente, dejando hacer sin intervenir"(461). Posteriormente THOMAS HOBBES precisó, sobre esta libertad, que: "Por la libertad entiende uno, según el significado propio de las palabras, la ausencia de limitaciones externas"(462). Lo que exactamente hizo BERLIN, entonces, fue calificar a esta libertad acertadamente como "negativa"; porque se ejerce mediante un no hacer (no interferir) por parte del Estado.

¿Qué clase de libertad es entonces la libertad contractual, o de configuración interna; que es la libertad sobre la cual se genera la antinomia constitucional bajo estudio? Puede colegirse que es, al mismo tiempo, una libertad positiva y una libertad negativa; sin que esto implique una contradicción.

Así es, ello resulta del hecho de que, como se ha precisado (Ver II.7.2.), la libertad contractual consiste concretamente en el derecho, que tienen las partes contratantes; de fijar o establecer ellas, y solo ellas, el contenido del contrato.

Por tal razón, mediante la libertad contractual se ejerce la libertad positiva, porque mediante su ejercicio las partes contratantes realizan la acción de autodeterminación del contenido de sus contratos.

Pero igualmente, la libertad contractual también es libertad negativa porque el ejercicio pleno o absoluto, de la misma; solo se va a dar cuando las partes contratantes hayan autodeterminado el contenido de sus contratos. O sea cuando hayan ejercido su libertad positiva,sin ninguna interferencia externa que les haya limitado o impedido esta última libertad o autodeterminación. Esto es, es también libertad ne-

(461) VON IHERING, Rudolf, "El espíritu del derecho romano", Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 159.

(462) HOBBES, Thomas, "Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil", Fondo de Cultura Económica, México D. F., 1996.

gativa; porque solo gozando de no interferencias externas las partes tienen alternativa de acción para fijar dicho contenido.

Puede colegirse, por tanto, que cuando el intervencionismo estatal en la contratación vulnera la libertad contractual; concretamente lo que viola es la libertad negativa de los particulares.

Ahora bien, ¿cómo debe darse la libertad contractual o de configuración interna en la contratación o mercado, con o sin libertad negativa de los particulares? Esto es, ¿debe ser irrestricta o total, o con limitaciones?

Como se ha precisado (Ver subítem anterior a este), uno de los principios del Neoliberalismo Económico es el concepto minimalista del Estado. Mediante este principio entonces, puede colegirse, se lleva al extremo la categorización filosófica política de la libertad negativa para la contratación o mercado.

Por ello, el Neoliberalismo Económico se proclama concretamente como una aplicación del Libertarismo, porque aplica el concepto libertario de justicia; el cual propone, como justicia, que esta libertad sea absoluta, o sea irrestricta o total. Esto significa no otra cosa que la imposibilidad del intervencionismo estatal en la contratación o mercado, como la manera de conseguir justicia en el mismo. MICHAEL SANDEL describe así esta situación: "Los libertarios pro libre mercado ofrecen un ejemplo de tal enfoque. Dicen que la distribución justa de la renta y del patrimonio será aquella, la que sea, que se derive del libre intercambio de bienes y servicios en un mercado sin restricciones. Regular el mercado es injusto, sostienen, porque viola la libertad de elección del individuo"[463].

El Libertarismo se presenta entonces como una corriente de pensamiento filosófico-política que, genéricamente, su principal fundamento consiste en el ejercicio irrestricto, o sea sin interferencias del

[463] SANDEL, Michael, "Justicia ¿hacemos lo que debemos?", Debolsillo, Barcelona, 2012, p. 124.

Estado, de la libertad de elección en todos los ámbitos de la vida. Por ello, es una tendencia filosófica política antiestatalista. Y de acuerdo a este fundamento puede advertirse entonces que el Libertarismo no tiene una gran diferencia con el Liberalismo clásico, a pesar de haber sido propuesto por neoliberales.

Específicamente en la economía, el Libertarismo surgió como reacción al Estado del Bienestar (*Welfare State*). Sus principales difusores son, precisamente, los neoliberalistas como FRIEDRICH HAYEK, MILTON FRIEDMAN y ROBERT NOZICK. Por su parte, en la política gubernamental estatal sus principales difusores fueron Ronald Reagan y Margaret Tatcher. CHRISTIAN ARNSPERGER y PHILIPPE VAN PARIJS lo explican así: "El punto de partida del pensamiento libertario es la dignidad fundamental de cada persona, que no puede ser burlada en nombre de ningún imperativo colectivo. Esta dignidad reside en el ejercicio soberano de la libertad de elección en el marco de un sistema coherente de derechos. El libertarismo pretende así articular de manera consecuente una idea cuyo atractivo, hoy en día, no cede en nada frente al ideal utilitarista de una sociedad feliz: una sociedad justa es una sociedad libre"(464).

Son dos las situaciones importantes que se deben destacar del Libertarismo. Una es de carácter jurídico y la otra de carácter económico.

Jurídicamente puede advertirse que el Libertarismo se identifica con el Jusnaturalismo. Ello resulta del hecho de ser totalmente antiestatalista, por lo cual es una aplicación extremada de esta corriente jusfilosófica. O sea, asume que la libertad, así como los derechos que las personas pueden ejercer mediante la misma; son anteriores al Estado y, por ende, independientes de este. Esta identificación del Libertarismo, con el Jusnaturalismo, determina entonces que jurídicamente no exista diferencia alguna entre ambas corrientes de pensamiento.

(464) ARNSPERGER/VAN PARIJS, "Ética económica y social. Teorías de la sociedad justa", cit., p. 43.

Por su parte, económicamente, el Libertarismo es contrario al Estado Social. Ello resulta del hecho de que, al no permitir la intervención del Estado en la contratación o mercado; con ello no reconoce la existencia de derechos sociales que deban ser protegidos en la misma por el Estado.

MAURO BARBERIS corrobora estas características, jurídica y económica, del Libertarismo; de la siguiente manera: "Lo que une a los *libertarians* es una versión de la doctrina liberal de la libertad dirigida contra el Estado social y a favor del mercado. La libertad puede ser opuesta a las leyes y al Estado, que en el *libertarianism* se convierten en sus principales enemigos, en cuanto se trata de una libertad preestatal y prepolítica: el Estado solo sirve para tutelar una libertad que se encontraba ya en la sociedad y en el mercad. El problema, para los *libertarians*, no es tutelar la libertad *en* el Estado, a través del control de la constitucionalidad, sino tutelarla *del* Estado, reduciendo a este último a Estado mínimo"(465).

Como se puede advertir, las libertades relativas a la contratación se ejercen mediante la elección individual. En efecto, mediante la libertad de contratar las partes contratantes eligen querer contratar o no; mientras que mediante la libertad contractual eligen el contenido contractual que mejor les parezca o convenga. Por ello, las libertades contractuales forman parte entonces de la libertad de elección. La cual, como desde la perspectiva filosófica política libertaria no debe ser interferida; la libertad de elección también puede ejercerse, pues, como libertad negativa.

Pero, ¿es así realmente como deben ejercerse las libertades contractuales en la contratación o mercado, como una libertad negativa irrestricta o absoluta? Esto es, ¿estas libertades deben ejercerse libertariamente, lo cual económicamente se traduce en un concepto minimalista y, por ende, neoliberal del Estado?

(465) BARBERIS, "Ética para juristas", cit., p. 98.

Como se está comprobando, el Neoliberalismo Económico es la aplicación económica del Libertarismo porque aplica el concepto de justicia libertario para la contratación; el cual consiste en que el Estado no debe violar la libertad de elección de los contratantes, entre ellas la libertad negativa. CHRISTIAN ARNSPERGER y PHILIPPE VAN PARIJS así lo demuestran: "Hay pues razones para ver en el libertarismo un componente filosófico no negligible, y particularmente radical, de lo que se ha convenido en llamar 'neoliberalismo', considerado como un conjunto dispar de argumentos y de teorías que justifican un mayor recurso al mercado, aunque esto vaya en detrimento de los poderes públicos"(466).

Puede advertirse que para responder las preguntas que se han formulado, el estudio analítico que se debe hacer, para ello, es necesariamente comparativo. En efecto, concretamente se debe comparar la Justicia Libertaria con la Justicia Social, para determinar cuál de ellas se debe aplicar en la contratación o mercado.

Como su nombre lo indica, la Justicia Libertaria lo que propone como justicia, para la contratación o mercado; es que los contratantes participen en ella gozando siempre de una libertad absoluta. En términos contractuales, esto significa que la autonomía negocial o potestad normativa, mediante cuyo ejercicio contratan los particulares; no puede ser limitada por el Estado.

Por tal razón, la justicia libertaria no es entonces un concepto de justicia novedoso, porque invoca los fundamentos propios del Liberalismo clásico o decimonónico para la contratación o mercado. Estos fundamentos son el "dogma de la voluntad", el principio de Autonomía de la Voluntad, la inmutabilidad del contrato; los cuales determinan el concepto subjetivo e individualista o liberal del contrato.

Como puede colegirse, jurídicamente el Libertarismo no es diferente del Liberalismo clásico; porque se sustenta en los mismos

(466) ARNSPERGER/VAN PARIJS, "Ética económica y social. Teorías de la sociedad justa", cit., p. 43.

fundamentos de este último. Lo cual, a la postre, significa que el Libertarismo comete el mismo error de dicho Liberalismo. Así es, LUIS RECASÉNS SICHES, ilustre teórico del Derecho, describe este error ampliamente: "Los liberales del siglo XIX incurrieron en un tremendo error: en admitir que los derechos individuales, y sobre todo las libertades democráticas y los derechos políticos básicos, podían ser ejercidos en cualquier sentido, en cualquier dirección al servicio de cualquier fin, sin limitación de ninguna especie, y que, por lo tanto, el ejercicio de tales derechos y libertades debía ser permitido y garantizado incluso a quienes luchaban por la supresión de estos derechos y libertades. Esto no solo constituía una lamentable candidez, sino, además, un garrafal error teórico, que viene a negar la esencia misma de la libertad, y que, además, representa un absurdo lógico. Felizmente hoy en día se ha rectificado ya aquella equivocación, tan perturbadora en lo teórico como funesta en la práctica"[(467)].

Por su parte, también como su nombre lo indica, la Justicia Social, lo que propone como justicia, para la contratación o mercado; es que los contratantes participen en ella con la imposición legal del reconocimiento y la defensa de los derechos sociales. Y dicho reconocimiento y defensa produce, como inevitable consecuencia, la posibilidad de la limitación de la libertad, por parte del Estado, de los contratantes; con lo cual estos no van a ser siempre totalmente libres en la contratación o mercado. En términos contractuales esto significa que la potestad normativa, mediante cuyo ejercicio contratan los particulares, sí puede ser limitada por el Estado. Esto es, para esta justicia la voluntad no es un dogma o institución sacrosanta y todopoderosa y, por ello, invoca el principio de Autonomía Privada; para la contratación o mercado.

CHRISTIAN ARNSPERGER y PHILIPPE VAN PARIJS sintetizan el análisis comparativo que se debe hacer, para determinar cuál de estos dos conceptos de justicia es el que se debe aplicar, para la contratación

(467) RECASÉNS SICHES, "Filosofía del derecho", cit., p. 598.

o mercado; formulando la siguiente otra pregunta: "¿Hay que procurar que nuestras sociedades sean más justas o que sean más libres?"(468). Pregunta que en términos de MICHAEL SANDEL se traduce en: "¿El libre mercado, es equitativo?"(469).

Y estas preguntas filosóficas políticas las traduzco en términos contractuales, finalmente, en las siguientes otras preguntas: ¿Hay que procurar que la contratación o mercado sea más justa o que sea más libre? ¿La libre contratación o libre mercado, es equitativo?

Así es, estas son las preguntas que finalmente se deben responder, porque su respuesta depende del conflicto filosófico-político que existe entre las dos maneras posibles de entender o concebir la justicia para la contratación o mercado. Y estas maneras son, precisamente, el contenido de los dos conceptos de justicia que se están analizando comparativamente. Esto es, la justicia entendida en función de la libertad individual (Justicia Libertaria) y la justicia entendida en función del derecho social de la igualdad (Justicia Social). MICHAEL SANDEL sintetiza este conflicto así: "En la escuela que concibe la justicia a partir de la libertad caben muchas posturas, hasta el punto de que algunas de las disputas políticas más encendidas de nuestro tiempo tienen lugar entre dos campos rivales integrados en ella: el campo del *laissez-faire* y el campo de la equidad. A la cabeza del campo del *laissez-faire* están los libertarios pro libre mercado, que creen que la justicia consiste en respetar y validar lo que los adultos elijan voluntariamente. Al campo de la equidad pertenecen teóricos de una vena más igualitaria. Mantienen que los mercados sin restricciones ni son justos ni son libres. En su opinión, la justicia requiere de políticas que remedien las desventajas sociales y económicas y den a todos equitativamente oportunidades de triunfar"(470).

---

(468) ARNSPERGER/VAN PARIJS, "Ética económica y social. Teorías de la sociedad justa", cit., p. 11.

(469) SANDEL, "Justicia ¿hacemos lo que debemos?", cit., p. 90.

(470) *Ibídem*, p. 30.

Empezando con la obtención de la respuesta de la última de estas preguntas, la comprobación empírica que existe sobre la contratación o mercado; determina que la misma sea en parte negativa. Esto es, la libre contratación o libre mercado no es siempre equitativo. Tal comprobación empírica consiste en que lo que caracteriza a los mercados, actualmente, es la desigualdad económica de los agentes del mismo. O sea la desigualdad económica de las partes contratantes de la contratación en que consiste el mercado.

Como se sabe, tal desigualdad económica, de las partes contratantes, resulta del hecho incontrastable de que, por recursos económicos a su favor; una de las partes es la parte fuerte (la empresarial), mientras que la otra parte es la parte débil (la consumidora).

Y como lógica consecuencia, la desigualdad económica de las partes contratantes finalmente termina afectando a las libertades contractuales; porque en la negociación y celebración de los contratos, es la parte fuerte la que frecuentemente goza de las mayores prerrogativas y ventajas.

De tal manera que dicha desigualdad económica finalmente se traduce, entonces, en una situación de desigualdad de libertades contractuales. MICHAEL SANDEL explica jusliterariamente este efecto contractual, que produce la desigualdad económica: "A menudo ponemos en entredicho la equidad de los tratos que se hacen. Y estamos acostumbrados a las contingencias que pueden conducir a malos tratos: una de las partes puede negociar o tener una posición negociadora más fuerte, o conocer mejor el valor de lo que se está intercambiando. Las famosas palabras de Don Corleone en *El Padrino*, 'le voy a hacer una oferta que no podrá rehusar', insinúan (de manera extrema) las presiones que actúan, en mayor o menor medida, en la mayoría de las negociaciones"[(471)].

[(471)] *Ibídem*, pp. 164 y 165.

Por tal razón, la desigualdad económica, que produce una desigualdad de libertades contractuales de las partes contratantes, en la contratación o mercado; no va a ser nunca lo correcto o adecuado para la misma; porque lo que finalmente produce es una contratación inequitativa y, por ende, injusta. Por eso tal desigualdad es una de las deficiencias del mercado, que resulta necesario que se deba corregir; siendo esta una necesidad de corrección que obedece, pues, a razones de justicia.

Y, como se puede colegir, la corrección de esta deficiencia del mercado; finalmente consiste en hacer prevalecer la justicia sobre la libertad. Resultado que es perfectamente posible, y acorde a Derecho; porque se ha comprobado ya, desde hace mucho tiempo, que ninguna libertad es absoluta. En este caso la libertad contractual es una libertad básica para la convivencia o interrelaciones de los seres humanos en sociedad. Pero, precisamente como tal, como libertad básica; no tiene carácter absoluto. Así lo enfatiza JOHN RAWLS: "Ninguna libertad básica es absoluta ya que las libertades básicas pueden entrar en conflicto en casos particulares, así que sus pretensiones deben ajustarse para que encajen en un esquema coherente de libertades"[(472)].

Es más, el derecho o libertad contractual no es el único derecho que no es absoluto. En realidad ningún derecho es absoluto. Así es, la falta de este carácter (absoluto) es una cualidad genérica de todos los derechos. Esta situación la asume bien la doctrina constitucionalista. Así, CÉSAR LANDA ARROYO corrobora al respecto que: "Pese a que comúnmente se ha señalado que 'el contrato es ley entre las partes', lo cierto es que el derecho fundamental a la libertad contractual no se encuentra exento de los límites que tiene todo derecho constitucional. Como ya hemos señalado en otros trabajos, un Estado Social

(472) RAWLS, John, "La justicia como equidad. Una reformulación", Paidós, Barcelona, 2002, p. 147.

y Democrático de Derecho se caracteriza por cobijar derechos que no son absolutos"[473].

En consecuencia, la respuesta de la última de las preguntas planteadas, determina a su vez, entonces; la respuesta inexorable de la primera de ellas. Ello se debe a que como la necesidad de corrección de la deficiencia mercantil, que produce la desigualdad económica, es concretamente una necesidad de corrección de injusticia; ella solo se puede realizar, entonces, con la imposición legal de medidas equitativas mediante las cuales se combata tal desigualdad.

Es así como resulta que la libertad siempre va a estar por debajo de la justicia o, lo que es lo mismo, que la justicia siempre va a terminar imponiéndose a la libertad. LUDWIG RAISER sintetiza esta situación de la siguiente manera: "La libertad está bajo el mandato de la justicia, que permite y requiere que se niegue el reconocimiento a aquellos contratos que por su manera de celebrarse o por su contenido contradicen los valores protegidos por el orden jurídico"[474].

Tales medidas equitativas, precisamente por serlo, son o constituyen, concretamente, una justicia igualitaria; la cual, pues, es una clase de Justicia Social.

En consecuencia, es así como resulta que la manera en que es acertado corregir la injusticia de la contratación inequitativa, de la contratación o mercado; no es mediante la Justicia Libertaria, sino mediante la Justicia Social.

Por ello, la respuesta, a la segunda de las preguntas planteadas; consiste en que lo que se necesita realmente es que la contratación o

---

(473) LANDA ARROYO, César, "La Constitucionalización del Derecho Civil: El derecho fundamental a la libertad contractual, sus alcances y sus límites", "THÉMIS", Nº 66, Lima, 2014, p. 316.

(474) RAISER, Ludwig, "Vertragsfreiheit Heute" en *Die Aufgabe des Privatrechts. Aufsätze zum Privat-und Wirtschaftsrecht aus drei Jahrzehnten*, Kronberg-Ts. Athenäum, Berlin, 1977, p. 42.

mercado sea más justa y no que sea más libre. Una prueba contundente e irrefutable, de esta necesidad, es la reacción que tuvo el pueblo estadounidense luego de la crisis financiera del 2008. Esta fue una reacción de descrédito no en contra de las instituciones financieras, sino en contra del Estado; concretamente en contra del gobierno que lo administró en los años previos a esta crisis, por no haber intervenido en la economía para evitarla. Así da cuenta de ello MICHAEL SANDEL: "La crisis financiera desacreditó al gobierno más que a los bancos. En 2011, las encuestas revelaron que el público estadounidense culpaba al gobierno federal más que a las instituciones financieras de Wall Street de los problemas económicos a que se enfrentaba el país, con una diferencia de más de dos a uno"[(475)].

Así es, como acertadamente advierte LUDWIG RAISER, no es posible dejar completamente libre el juego de las fuerzas económicas; porque ello no conduce automáticamente al equilibrio y armonía contractual, sino que existe una amenaza permanente proveniente del abuso de poder de individuos o grupos[(476)].

Porque con la Justicia Social, en este caso una justicia igualitaria; jurídicamente no se desatiende la protección de los intereses de la masa o consumidores, los cuales son la parte débil de la contratación o mercado; y se puede corregir así, pues, de esta manera, la deficiencia mercantil de la contratación inequitativa producto de la desigualdad económica de las partes contratantes.

Con la Justicia Libertaria, por el contrario, al no poder el Estado limitar las libertades contractuales; jurídicamente no es posible corregir esta deficiencia mercantil de injusticia contractual. Todo lo contrario, esta injusticia se acentúa; por lo cual, como concluyen acertadamente CHRISTIAN ARNSPERGER y PHILIPPE VAN PARIJS: "El libertarismo

(475) SANDEL, "Lo que el dinero no puede comprar. Los límites morales del mercado", cit., p. 20.

(476) RAISER, "Vertragsfreiheit Heute", cit., p. 42.

aparece, sin duda, menos como la formulación coherente y plausible de un ideal de sociedad libre; sino más como la fetichización de unos 'derechos naturales'"[477].

Es así entonces como se debe optar por la Justicia Social, que debe impartir el Estado, como solución del problema de la confrontación que existe entre este, o la ley, con la libertad relacionada con las libertades contractuales. Porque así como el Estado debe mediante la ley, hasta donde pueda, proteger la ecología moral de una sociedad contra los actos dañinos de los individuos y los grupos[478]; igualmente, de la misma manera, también el Estado debe mediante la ley, hasta donde pueda, proteger la contratación o mercado contra los actos dañinos de la parte fuerte de la misma.

Esta imperiosa labor o deber, que debe cumplir el Estado mediante la ley, en la contratación o mercado; se encuentra consagrada en la doctrina moderna más autorizada. Así es, los mejores teóricos del Estado y, por ende, también de la libertad, por la confrontación que existe entre ambos; corroboran este deber estatal.

Así, en el Derecho Continental (*Civil Law*), GIORGIO DEL VECCHIO concluye que: "El Estado debe obrar teniendo como fundamento y forma de su actividad el derecho, y es en este sentido como nosotros afirmamos que debe ser 'Estado de derecho' y, mejor aún, 'Estado de justicia'. Misión del Estado es no solo impedir la ofensa de los derechos individuales (como si fuese simplemente, según ha sido dicho, un 'Estado gendarme' y casi un 'guardián nocturno'); sino que, además de esto, lo que al Estado le corresponde es el asegurar y el promover el desenvolvimiento de esos derechos en las múltiples direcciones en que se desenvuelve la actividad tanto del individuo como

(477) ARNSPERGER/VAN PARIJS, "Ética económica y social. Teorías de la sociedad justa", cit., p. 58.

(478) GREGG, "La libertad en la encrucijada. El dilema moral de las sociedades libres", cit., p. 131.

de las unidades sociales en que como miembro participa. (…) Otro importante cometido del Estado, es el establecimiento de un orden económico que consagre también en este campo la libre iniciativa individual y asegure la propiedad en cuanto manifestación natural y legítima de la personalidad, pero que impida también sus abusos y haga factible a todos la adquisición de la misma"[479].

Por su parte, en el Derecho Anglosajón (*Common Law*), OWEN FISS también concluye que: "El Estado tiene que actuar como el poder de contrapeso (*countervailing power*) necesario, para compensar la distorsión del debate público atribuible al mercado y preservar así las condiciones esenciales de la democracia[480]. El propósito del Estado no es suplantar al mercado (como lo haría en el contexto de una teoría socialista), ni perfeccionar el mercado (como lo haría en el contexto de una teoría de los fallos del mercado), sino más bien complementarlo. El Estado tiene que actuar como el corrector del mercado"[481].

Son situaciones o características estatales como esta, la consistente en el necesario intervencionismo del Estado en la contratación o mercado; las que demuestran la producción del cambio o transformación que se ha producido en el concepto de Estado. Tal cambio o transformación es, pues, el del Estado Liberal al de Estado Social. EDUARDO NOVOA MONREAL explica este cambio afirmando que: "En los tiempos actuales se ha transformado muy profundamente el concepto mismo sobre el Estado y sobre su función. Al Estado gendarme sucede hoy un Estado activamente preocupado de todas las necesidades del país y de los que en él habitan y dedicado a buscar soluciones

(479) DEL VECCHIO, "Teoría del estado", cit., pp. 213 y 219.

(480) Si bien estas conclusiones Owen FISS, célebre profesor de la Universidad de Yale, las hizo en relación a la libertad de expresión; puede advertirse que también son válidamente aplicables a la libertad contractual.

(481) FISS, Owen, "¿Por qué el Estado?", en *Teoría Constitucional y Derechos Fundamentales*, Miguel Carbonell (Compilador), Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México D.F., 2002, p. 401.

a los problemas, dificultades e insuficiencias que afrontan los grupos sociales más extensos y menos favorecidos económicamente"(482).

Por ello, se debe participar de la conclusión de SAMUEL GREGG respecto al papel de la ley frente a la libertad; según la cual esta se sustenta en una clase especial del fundamento del "principio del daño", el cual es más extenso o amplio que el propuesto por el autor del mismo; el cual fue JOHN STUART MILL(483). Este gran filósofo, fundador del Liberalismo moderno, explica así este fundamento: "El único fin por el cual es justificable que la humanidad, individual o colectivamente, se entrometa en la libertad de acción de uno cualquiera de sus miembros, es la propia protección. Que la única finalidad por la cual el poder puede, con pleno derecho, ser ejercido sobre un miembro de una comunidad civilizada contra su voluntad, es evitar que perjudique a los demás. Su propio bien, físico o moral, no es justificación suficiente"(484).

Puede advertirse que el "principio del daño", de MILL, viene a ser la explicación filosófica política del concepto de justicia como limitación de la fuerza; el cual se ha explicado en el subítem anterior. Efectivamente, como lo proclamó literariamente para la posteridad PÍNDARO, es necesario que el Estado, mediante la ley, limite a la fuerza para convertirla en justicia. Porque solo limitando el uso de la fuerza podrá evitar que no pueda ser usada, por los que la tienen, para perjudicar a los que no la tienen. Conceptuar así la justicia es lo mismo, pues, que conceptuarla como limitar la voluntad contractual, por parte del Estado; para evitar que mediante la misma se pueda perjudicar a los demás.

Y como concluye GREGG, la posibilidad de aplicación del "principio del daño", no solo en el ámbito político, sino también en el jurídico económico, como es el caso de la contratación o mercado;

(482) NOVOA MONREAL, "El derecho como obstáculo al cambio social", cit., pp. 54-55.

(483) GREGG, "La libertad en la encrucijada. El dilema moral de las sociedades libres", cit., p. 110.

(484) MILL, "Sobre la libertad", cit., p. 68.

demuestra que este principio efectivamente es más amplio de como lo postuló en su momento MILL. Tal aplicación resulta ser la siguiente: En la contratación o mercado el único fin por el cual es justificable que la ley interfiera, en las libertades de las partes contratantes, mediante las cuales estas ejercen la misma; es para evitar que se perjudique a una de ellas. Y el bien, físico o moral, de la otra parte, no es justificación suficiente para impedirlo.

En efecto, si bien resulta que este principio impone la necesidad de que la ley respete la libertad, en este caso contractual, para que con ello se defienda, de manera completa o integral, a la misma; también resulta que es la comprobación de los daños que ocasiona la desigualdad económica, en la contratación o mercado, lo que desmerece o deslegitima de que en esta se goce de una libertad integral.

En otras palabras, esta deficiencia del mercado produce una contratación o mercado inequitativo y, por tanto, injusto; lo cual es lo que exige al Estado, que mediante leyes, intervenga para corregirla.

De tal manera que como la aplicación del "principio del daño" impone la necesidad de que los actos que perjudican a otros, por ser injustos, deban ser adecuadamente corregidos o limitados, por el Estado; este principio es el que termina validando y justificando, pues, el intervencionismo estatal para la modificación legal de los contenidos contractuales mediante los cuales las empresas abusan de los consumidores.

Esta necesidad de corrección legal, mediante la aplicación del fundamento del "principio del daño"; fue perfeccionada posteriormente, en la Filosofía Política, por uno de los más reconocidos y consagrados exponentes de la misma, el cual es JOHN RAWLS: "No importa que las leyes e instituciones estén ordenadas y sean eficientes: si son injustas han de ser reformadas y abolidas"(485).

(485) RAWLS, "Teoría de la justicia", cit., p. 17.

Es así como resulta, en consecuencia, que el fundamento del "principio del daño", a pesar de provenir del Liberalismo; no es conveniente para justificar un Estado Liberal o Libertario, sino, por el contrario, es conveniente para justificar un Estado Social.

Efectivamente, JOHN STUART MILL, siendo fundador del Liberalismo moderno, y autor de este fundamento; no era partidario de la Economía de Libre Mercado y, por ende, del Estado Liberal o libertario que adopta este régimen económico. Esto es, no era partidario de un Estado abstencionista, sino, por el contrario, era partidario del intervencionismo estatal en la contratación o mercado y, por eso, del Estado Social. Por ello, fue un liberal social de avanzada. Así da cuenta de ello JACOB SALWYN SCHAPIRO: "Mill llegó a la conclusión de que una vez que se estableciera la democracia política esta trataría de promover 'la mayor felicidad para el mayor número' con el progreso de la igualdad en el campo económico. Según su opinión, la distribución de la riqueza no dependía de leyes económicas naturales. Por lo tanto, repudiaba el *laissez faire* y abogaba por la intervención estatal, considerándola legítima y necesaria a fin de producir una más equitativa distribución de la riqueza"(486).

La calidad de liberal social de avanzada, de JOHN STUART MILL, se debió concretamente entonces a que fue un defensor del Estado Social y, por consiguiente, de los derechos sociales. Así lo corrobora GREGORIO PECES-BARBA MARTÍNEZ: "La vía reformista del Estado Social impulsó el protagonismo de los derechos sociales, complementarios y no excluyentes de los derechos individuales, civiles y políticos. Este cauce contó con el apoyo de liberales progresistas como John Stuart Mill, que supuso el nexo de unión entre liberales radicales como Bentham o su propio padre James Mill y el socialismo de su época"(487).

(486) SALWIN SCHAPIRO, "Liberalismo", cit., p. 63.

(487) PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, "Apuntes políticos y jurídicos sobre los derechos sociales", en *Los Derechos Sociales en el siglo XXI. Un desafío clave para el*

Otro célebre liberal social de avanzada, que también repudió al *laissez faire*, o Economía de Libre Mercado; fue LEONARD HOBHOUSE. Este fue reconocido como el principal teórico inglés del Liberalismo moderno, el cual también fue partidario, o tuvo una postura a favor del intervencionismo estatal en la contratación o mercado y, por ende, de un Estado Social: "Ciertamente esto implica que el Estado está revestido de cierto señorío sobre la propiedad en general y de poder supervisor sobre la industria en general, y ese principio de soberanía económica puede ponerse junto al principio de justicia económica como concepto no menos fundamental del liberalismo económico"(488).

Finalmente, el presente estudio filosófico político, referido al problema de la confrontación entre el Estado, o la ley, con la libertad relacionada con las libertades contractuales; corrobora y enfatiza la comprobación de que la mutabilidad del contrato es una característica esencial del mismo.

Siempre va a ser así, siempre la mutabilidad del contrato va a ser una característica esencial del mismo. Ello resulta del hecho de que, como lo proclamó desde el Derecho Romano, el jurisconsulto HERMOGENIANO; en general todo en el Derecho siempre tiene una causa humanista(489) u *Hominem Causa*(490).

De tal manera que la institución jurídica del contrato, como parte importante del Derecho, siempre debe tener como motivación o finalidad una *Hominem Causa*. Esto es, el contrato siempre surgirá con el ser humano y para el ser humano; tal como lo precisa, para el

---

Derecho y la Jusiticia, Silvina RIBOTTA y Andrés ROSSETTI (Editores), Dykinson, Madrid, 2010, p. 21.

(488) HOBHOUSE, Leonard, "Liberalismo", Comares, Granada, 2016, p. 180.

(489) Por eso es que el lema de nuestra Revista humanista, la ***Revista Peruana de Derecho y Literatura***, que codirijo con Carlos RAMOS NÚÑEZ; destaca esta causa o finalidad: "***Que el Humanismo ilumine siempre al Derecho***".

(490) Digesto I. 5, 2.

Derecho en general, PAOLO GROSSI en la cita que se utiliza como epígrafe de este subítem:

> *"El Derecho, el cual tiene su origen,*
> *desarrollo y consolidación hominem causa,*
> *lo que quiere decir que nace con el ser humano*
> *y para el ser humano, enlazado como está*
> *de manera inextricable con las vicisitudes*
> *humanas en el espacio y en el tiempo"*

Consiguientemente con ello, la inmutabilidad del contrato es actualmente, ya desde hace bastante tiempo, un mito. Es otro de los varios mitos, o falacias, que forman parte de la mitología neoliberal económica. Sobre esta mitología véase el subítem anterior.

Asimismo, la mutabilidad del contrato, como una de sus características esenciales, también resulta del hecho de que la Justicia Social, que es la solución a esta confrontación o conflicto; es el resultado de un consenso político-legal.

Así es, la Justicia Social es consecuencia de un consenso político-legal, porque es el resultado de la aplicación del régimen de Economía Social de Mercado; cuando democráticamente la ley ha adoptado el mismo. Esto es, cuando una ley, en este caso la más importante como es la Constitución, democráticamente adopta un régimen económico como guía o directriz, para una economía o mercado; ello es porque ha habido un consenso político-legal para dicha adopción.

Porque siempre las Constituciones que se elaboran democráticamente son el resultado de consensos político-legales. Esto significa que las normas constitucionales, cuando han sido elaboradas democráticamente, por los políticos; necesariamente estos, en esta elaboración, siempre han debido tener en cuenta los intereses sociales que han estado en juego o de por medio.

De tal manera que las normas constitucionales elaboradas en democracia siempre deben reflejar consensos político-legales. Y es

de ello que resulta que, como advirtió HERÁCLITO, todo consenso político-legal se basa en la oposición de las fuerzas sociales[491].

Efectivamente, para el caso de la contratación o mercado sucede que cuando constitucionalmente, en democracia, se adopta para el mismo, el régimen de Economía Social de Mercado; ello concretamente es el consenso político-legal que fue el resultado de la lucha u oposición de las fuerzas sociales correspondientes, las cuales son el empresariado y los consumidores.

Porque resulta que la realidad socioeconómica demuestra que todas las leyes que democráticamente se dictan, en general, siempre son el resultado de la lucha u oposición de clases o intereses; a menudo irreconciliables como es el caso de las empresas y los consumidores. Es de esta situación que resulta corroborado y enfatizado, entonces, la comprobación de que la mutabilidad del contrato es una característica esencial del mismo.

Porque así como las leyes públicas no son inmutables, debido a que la sociedad civil tampoco lo es, por basarse en la oposición de clases e intereses; igualmente, las leyes privadas como los contratos tampoco son inmutables debido a que se basan en la oposición de los intereses de las empresas y los consumidores.

Así es, fue HERÁCLITO el que desde la antigua Grecia advirtió, quizás luego de conocer el Código de Hammurabi[492]; que la ley nunca es inmutable, por ser siempre el resultado de una lucha continua de intereses o clases. Y de ello se debe concluir igualmente entonces, de la misma manera; que modernamente, en la actualidad, el contrato, por ser también una ley (privada); tampoco es inmutable. Porque actualmente

---

(491) ALEGRE GORRI, Antonio, "Estudios sobre los presocráticos", Anthropos, Barcelona, 1990, p. 18.

(492) Sobre este histórico Código se hace un estudio, sobre su normatividad relativa a la contratación o mercado, en el siguiente subítem.

el contrato viene siendo el resultado de una lucha continua o constante de los intereses de las empresas y los consumidores.

Por todo ello, se debe concluir genéricamente al respecto, que la inmutabilidad del contrato, desde hace ya bastante tiempo, es solo un mito o una falsa creencia. Porque:

"*La única ley, pública o privada,*
que actualmente es inmutable;
es la ley de la continua
mutabilidad de las leyes"

- *Estudio Histórico Jurídico: La recuperación histórica del Estado Social y, con ello, de la Economía Social de Mercado y de la mutabilidad del contrato.*

"*Hammurabi, el rey perfecto soy yo (…)*
Los grandes dioses me han elegido para
proclamar el Derecho en el País, para
destruir al malvado y al perverso, para
impedir que el fuerte oprima al débil"
Código de *HAMMURABI*[493]

Comúnmente se cree que el Estado Social, y su consecuente aplicación económica consistente en la Economía Social de Mercado, así como el efecto jurídico de la mutabilidad del contrato que producen, son recientes o modernas; mientras que el Estado Liberal, y su consecuente aplicación económica consistente en la Economía de Libre Mercado, así como el efecto jurídico de la mutabilidad del contrato que producen; son más antiguas.

Esta apreciación resulta del hecho de que la Economía Social de Mercado, como aplicación económica del Estado Social; fueron respuestas que se dieron en reacción a la Economía de Libre Mercado como aplicación del Estado Liberal.

(493) Del *Prólogo*.

Sin embargo, si bien fue así históricamente respecto a estos regímenes económicos; no fue así históricamente respecto a los Estados de los que son aplicación cada uno de ellos.

En efecto, el régimen de Economía Social de Mercado sí es moderno. Su creación exactamente se dio en la década del cuarenta del siglo XX, durante la posguerra de la segunda guerra mundial.

Pero esta modernidad de la Economía Social de Mercado no significa que el Estado Social, y su efecto jurídico de mutabilidad del contrato; recién hayan sido conocidos modernamente, por lo cual sean menos antiguos que el Estado Liberal.

Todo lo contrario, históricamente en el Derecho primero existieron el Estado Social y la mutabilidad del contrato; mucho más antes que el Estado Liberal y la inmutabilidad del mismo. Lo que sucede es que junto a este Estado Social, propio de la antigüedad, existe otro Estado Social moderno, el cual es el más conocido contemporáneamente.

Como se ha precisado (Ver subítem *Estudio económico. La utopía o fantasía de una contratación ideal, como óptimo paretiano, para justificar la prohibición del intervencionismo estatal en la contratación. La Economía Social de Mercado como el adecuado concepto de justicia económica para la contratación o mercado. El rechazo de la mitología neoliberal económica conformada por el Idola Fori o falso ídolo del mercado y de su mitología homóloga contractual conformada por el dogma de la voluntad y la inmutabilidad del contrato. La necesidad económica de un Estado Social en vez de un Estado Liberal o mínimo*), Estado Social es el que aplica Justicia Social mediante sus leyes.

En tal virtud, el primer Estado que históricamente aplicó Justicia Social fue el Estado de Babilonia, que perteneció a la antigua cultura Caldeo-Asiria; mediante su célebre Código de Hammurabi (1753 A.C.).

Así es, en este primer conjunto de leyes de la Historia, que se puede calificar como Código, si bien esta legislación no era totalmente

social en materia económica, porque no era igualitaria al conceder a la nobleza muchos privilegios; sí era social en esta materia para el resto del pueblo, o sea para la masa. Ello se encuentra demostrado en las normas, de este Código, que imponían que el Estado fijara los precios, los gastos de almacenaje, las rentas de animales, los salarios de los obreros; y los honorarios de los profesionales.

Todo este intervencionismo estatal que con fines sociales, a favor de la masa o pueblo, para la contratación o mercado, imponía el Código de Hammurabi; es prueba contundente de que fue en la cultura caldeo-asiria, concretamente en Babilonia, donde mediante este Código se impuso por primera vez en la Historia la Justicia Social y, con ello, el Estado Social.

Igualmente, el intervencionismo estatal, impuesto por este histórico Código, también es prueba contundente de que primero en la Historia fue la mutabilidad del contrato y no la inmutabilidad del mismo.

Esta es, pues, en realidad, la gran antigüedad que tiene el Estado Social frente al Estado Liberal; la cual se remonta al Código de Hammurabi. De manera que por esta normatividad, de este histórico Código, no se puede considerar como solo posibilidad tanto la manifestación de cierta desconfianza, del Estado babilónico, en las libres fuerzas del mercado; como la imposición de una política económica de carácter social por parte del mismo[494].

Absolutamente no. Todas esas normas de intervencionismo estatal, con fines sociales, demuestran contundentemente que no se puede considerar una posibilidad histórica, sino, por el contrario, una certeza o seguridad, histórica; que el Estado babilónico sí desconfiaba de las libres fuerzas del mercado, que hoy se conoce como Economía de Libre Mercado. Y por ello, también es una certeza o seguridad, de

[494] MARGADANT, Guillermo, "Panorama de la historia universal del derecho", Miguel Ángel Porrúa, México D.F., 2007, p. 42.

que este histórico Estado sí impuso una Justicia Social mediante una política económica de carácter social; y, con ello, que el mismo fue, pues, el primer Estado Social de la Historia.

Siglos más tarde, la antigua Grecia siguió el ejemplo del Estado Social babilónico. Ello sucedió en la polis griega de mayor avanzada cultural y política: Atenas. Como también se encuentra comprobado históricamente, la antigua Grecia imitó muchas cosas de la cultura caldeo-asiria. Además de la organización política de ciudad-estado o *polis*, en Atenas se imitó el modelo de Estado Social babilónico; porque aplicó Justicia Social. Esto sucedió concretamente durante el gobierno de SOLÓN.

Como se sabe, este célebre gobernante ateniense fue elegido arconte en el año 594 A.C., con la finalidad de que solucione el desorden social en la que se encontraba convulsionada Atenas. Para ello tuvo que recomponer al Estado ateniense equilibrando la creciente desigualdad, que había entre los grupos sociales atenienses, que era la que ocasionaba la convulsión social. ¿Y cómo hizo eso? Pues imponiendo orden social como justicia económica. Tal orden lo identificó como un ideal político social, el cual fue el de "*Eunomía*". PETER FUNKE, profesor de Historia Antigua de la Universidad de Münster, explica este ideal de la siguiente manera: "A la situación del desorden de Atenas, la *dysnomía*, Solón opuso el ideal de *eunomía*. Bajo ese nombre aludía a un orden que tuviera en cuenta el cambio social y económico en Atenas y lograse una nueva distribución de los derechos políticos y obligaciones dentro de la ciudadanía"[495].

Ahora bien, ¿cómo se relacionan estos datos históricos con la solución que se está aportando para la problemática jurídica generada por la antinomia constitucional, sobre el intervencionismo estatal en la contratación o mercado peruano?

[495] FUNKE, Peter, "Atenas clásica", Acento Editorial, Madrid, 2001, p. 11.

Pues que la preferencia mayoritaria actual por la Economía Social de Mercado, como aplicación de una Justicia Social que debe imponer el Estado, por lo cual este debe ser Social y no Liberal; es una recuperación socioeconómica que se encuentra respaldada por la Historia del Derecho.

Así es, lo que demuestra contundentemente también, el curso o devenir, de la Historia del Derecho; es que fue acertado recuperar el Estado Social. Porque por ser necesario jurídica y económicamente el intervencionismo estatal en la contratación o mercado, lo que resulta correcto es que el Estado sea Social y no Liberal.

Para la contratación o mercado entonces, la Historia del Derecho también demuestra el acierto o justificación que tiene la necesidad del intervencionismo estatal en la misma. O, lo que es lo mismo, también demuestra el acierto o justificación de la mutabilidad del contrato.

Por ello, históricamente solo hubo un breve interregno en el que el Estado fue Liberal, rigiendo en el mismo la Economía de Libre Mercado y su subsecuente efecto jurídico de la inmutabilidad del contrato. Tal interregno fue desde la Edad Moderna hasta inicios del siglo XX.

Pero el hecho de que a partir del siglo XX haya resurgido el concepto de Justicia Social, impuesto en Babilonia mediante el *Código de HAMMURABI*, y que para ello se le haya complementado modernamente con los conceptos de derechos sociales como su contenido, el Estado Social moderno que debe protegerlos, y la Economía Social de Mercado como manera de protegerlos; demuestra, pues, el triunfo histórico del Estado Social sobre el Estado Liberal; y, con ello, el de la Economía Social de Mercado sobre la Economía de Libre Mercado.

De la misma manera, todo ello jurídicamente demuestra también el triunfo histórico de la mutabilidad del contrato sobre la inmutabilidad del mismo.

Porque la Justicia Social, y con ello el intervencionismo estatal en la contratación o mercado, o la mutabilidad del contrato; fueron consa-

grados históricamente, para el Derecho, por este histórico Código; desde su inicio o *Prólogo*, imponiéndole como deber esencial al Estado que, mediante sus leyes, deba siempre "***Impedir que el fuerte oprima al débil***".

Por eso hay que estar siempre alertas para que en el Derecho siempre se preserve todos estos logros o triunfos jurídicos sociales, porque a los mismos se les está pretendiendo erradicar mediante el desparpajo y la inmoralidad del Neoliberalismo Económico.

- *Estudio ético: El contenido axiológico del artículo 58 de la Constitución que consagra la opción por la Economía Social de Mercado, para la contratación o mercado peruano; por ser el régimen económico bueno y correcto para la misma.*

Se debe finalizar la determinación de la solución de la antinomia constitucional peruana, consistente en la incompatibilidad de los regímenes económicos de la Economía Social de Mercado y la Economía de Libre Mercado, para la contratación o mercado peruano; explicándola también desde la perspectiva ética.

Y para ello resulta pertinente seguir aplicando la interdisciplinariedad jusliteraria, con la que se ha iniciado el estudio contenido en el presente ítem, mediante la segunda cita literaria que se usa como epígrafe del mismo.

Se eligió esta cita literaria por tres razones esenciales que bien merecen ser destacadas. La primera de ellas es la extraordinaria utilidad, didáctica o educativa, que tienen las tragedias griegas para el conflicto o colisión de valores o principios. Esta utilidad académica la explica ISAIAH BERLIN de la siguiente manera: "Las grandes tragedias –las escritas por los trágicos griegos, así como las de épocas más modernas– tratan extensamente de la fatal colisión de unos valores que no pueden reconciliarse"[(496)].

(496) BERLIN, Isaiah, "La traición de la libertad", Fondo de Cultura Económica, México D. F., 2006, p. 45.

La segunda razón consiste en que esta cita literaria es concretamente de una obra sofocliana y, como se encuentra consagrado universalmente, las obras de SÓFOCLES son de las mejores; porque como lo destaca FRIEDRICH SCHELLING: "La elevada moral, de las obras de Sófocles son objeto de admiración a través de las edades"(497).

Y la tercera razón consiste en que esta cita literaria es la que precisamente expresa el mensaje, o reflexión, que ilustrativamente se debe aprovechar para captar bien la solución, que se está aportando, para la antinomia constitucional bajo análisis. Tal cita literaria es la siguiente:

"*Jamás podría establecerse ninguna ley*
con tales conductas: hacer retroceder
a los que vencen en justicia y poner
delante a los detrás"

"*Ayax*", SÓFOCLES

Como se ha comprobado a lo largo de este ítem, la Justicia Social, los derechos sociales que son su contenido, el Estado Social que los defiende, y la Economía Social de Mercado que es su aplicación económica; son logros o conquistas que los menos favorecidos socialmente han venido ganando a lo largo de los tiempos. Para el caso de la contratación o mercado, son logros o conquistas que los consumidores, por ser la parte débil de la misma; han podido obtener para superar la desigualdad económica que les es desfavorable en ella y así conseguir un mercado más justo.

De acuerdo a ello, esta cita sofocliana concretamente es una proclama humanista por la exigencia de una necesidad socioeconómica que el Derecho siempre tiene que satisfacer. Tal necesidad, legal o jurídica, es de carácter monolítico e inquebrantable; y consiste, pues, en que las leyes tienen siempre que respetar lo que ya se ha ganado en justicia.

(497) SCHELLING, Friedrich, "La filosofía del arte", Tecnos, Madrid, 2006.

¿Y cómo se relaciona todo esto con la Constitución peruana vigente, de 1993? Pues que si esta, la ley más importante del Estado peruano, inicia su título económico con una norma que impone la Economía Social de Mercado (Artículo 58); ello es porque el mandato constitucional, para la contratación o mercado peruano, es claramente en esta dirección o sentido. O sea, en el sentido de la Justicia Social, los derechos sociales que son su contenido y el Estado Social que los defiende. Concretamente esto significa, entonces, que sí tiene validez constitucional el intervencionismo estatal en la contratación o mercado; para que se pueda conseguir esta justicia en la misma.

De tal manera que en la legislación peruana el deber del Estado, de defensa de los derechos sociales económicos, como es el caso de los derechos que se ejercen en la contratación o mercado; no adolece de omisión legislativa, como le preocupa a nivel general a GREGORIO PECES-BARBA: "Los derechos sociales no están hoy generalmente reconocidos ni en la doctrina ni en las legislaciones positivas"[498].

Afortunadamente, no es este el caso de la legislación peruana, porque en esta sí están reconocidos expresamente los derechos sociales económicos en la Constitución política vigente de 1993.

Este reconocimiento constitucional expreso, de los derechos sociales económicos; se encuentra consagrado tanto de manera general como de manera especial. De manera general este reconocimiento constitucional se encuentra consagrado en el artículo 58, al adoptar el régimen económico que, como su nombre lo indica, consiste en la defensa de los derechos sociales económicos (Economía Social de Mercado). Y de manera especial se encuentra consagrado en el artículo 65, el cual consagra la Protección Jurídica del Consumidor como uno de los deberes esenciales del Estado.

---

[498] PECES-BARBA, Gregorio, "Reflexiones sobre los derechos sociales", en *Derechos sociales y ponderación*, Robert ALEXY, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, p. 85.

Es así como la defensa estatal, de los derechos sociales económicos, consagrada en estas normas constitucionales; es realmente un principio constitucional que, como tal, como todo principio, tiene contenido ético al tener como finalidad una vida buena para los consumidores. LENIO LUIZ STRECK da cuenta de ello afirmando que: "Además del texto constitucional que representó –y representa– un *plus* normativo (y cualitativo, en virtud de la legitimidad que se torna condición de posibilidad) en relación a las 'etapas' anteriores del derecho (y del Estado), en los principios se institucionalizó la moral, entendida como el 'ideal de vida buena' de la sociedad (demandando, por eso, un Estado que deja de ser 'enemigo', para ser amigo de los derechos fundamentales. (…) La moral, expulsada por el positivismo, retorna -ahora como una necesidad-, no como correctiva, autónoma o complementaria al derecho, sino traduciendo las insuficiencias del derecho, que el positivismo pretendía que fueran a dar 'cuenta del mundo' a partir del 'mundo de reglas'. Efectivamente, por ella el derecho supera el déficit social que representaba el superado modelo liberal-individualista de derecho"(499).

Por tal razón, el contenido del artículo 58 de la Constitución peruana de 1993, además de deontológico; es también axiológico o ético, resultando ello del carácter "social" que tiene el régimen económico que impone. Así es, el carácter "social" es un concepto axiológico, porque el concepto fundamental, en el que se sustenta, es el de lo bueno(500); en este caso para la economía o mercado. Por eso es que PETER HABERLE concluye con acierto al respecto que: "El mercado en el Estado constitucional no es un espacio libre de la ética, ni del derecho de Estado"(501).

(499) LUIZ STRECK, "Verdad y consenso. De la posibilidad a la necesidad de respuestas correctas en Derecho", cit., pp. 167 y 168.

(500) ALEXY, Robert, "Teoría de los derechos fundamentales", Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, pp. 139-140.

(501) HABERLE, "Incursus. Perspectiva de una doctrina constitucional del mercado: Siete tesis de trabajo", cit., p. 33.

De ello resulta, entonces, que el haberse incluido también en esta Constitución, como norma paralela a esta norma, una que contradiga esta dirección o sentido (Artículo 62), de Justicia Social para la contratación o mercado peruano; ello significa no otra cosa entonces que una dolosa y, por ende, ilegitima intención de desconocimiento o burla de esta clase de justicia para esta contratación.

Y las víctimas o perjudicados de esta ilegitimidad son la masa o consumidores que, por ser la parte débil de la contratación o mercado; son los titulares de la Justicia Social y de los derechos sociales que son su contenido, los cuales les otorgan los artículos 58 y 65 de la Constitución, y pretende ser desconocido o burlado por el artículo 62 de la misma.

De tal manera que al prohibir el artículo 62 de la Constitución de 1993, el intervencionismo estatal en la contratación o mercado, lo que pretende es imponerle, al Estado peruano; una conducta contraria a la Justicia Social y a la defensa de los derechos sociales de los consumidores.

O, desde la perspectiva de los consumidores, esta última norma pretende imponerles, a los consumidores y al Estado peruano; un Estado Liberal o Libertario, desconociendo o no respetando el Estado Social que les otorga, a su favor, los artículos 58 y 43 de esta Constitución.

Por tanto, ello significa que el artículo 62 de la Constitución de 1993 lo que pretende no es otra cosa que hacer retroceder –a la masa, a los consumidores-; respecto a lo que significativamente ya han ganado en Justicia Social para sus derechos.

Pero felizmente, conforme a todo lo que se ha podido comprobar, mediante la investigación interdisciplinaria realizada a lo largo de todo este ítem; el artículo 62 de la Constitución de 1993 no es una norma válida. Por ello, los operadores del Derecho, principalmente los jueces, no la deben aplicar. Y tal comprobación se ha realizado, como corresponde, mediante la correcta y pertinente interpretación jurídica,

para lo cual se han consultado o seguido, entre otros, a los dos mejores exponentes de la misma.

Así, JERZY WRÓBLEWSKI destaca al respecto que la interpretación jurídica es la que "adapta el derecho a las necesidades presentes y futuras de la 'vida social' en el sentido más amplio de este término"(502).

Y por su parte, EMILIO BETTI destaca que la interpretación jurídica se realiza considerando al Derecho como un organismo "que no es sino *que se hace*, de acuerdo con el ambiente social históricamente condicionado"(503).

Por tal razón, recreo con los términos que resultan pertinentes, dicha cita sofocliana, para ilustrar lo que realmente impone la Constitución de 1993, para la contratación o mercado peruano; sentenciando que:

> "***Jamás podrá establecerse una norma constitucional con esta conducta (del Estado), que hace retroceder a los que vencen en justicia (los consumidores) y pone delante a los detrás (las empresas)***"

Queda totalmente claro, entonces, que en la contratación o mercado peruano la Constitución peruana de 1993 expresamente defiende a los consumidores y no a las empresas.

La corrección que con carácter inobjetable, tiene esta conclusión interpretativa constitucional, la refrenda el propio fin supremo de esta Constitución. Así es, esta conclusión resulta concordante, con tal fin, consagrado en la norma inicial de la misma:

> **Artículo 1.-** ***La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.***

(502) WRÓBLEWSKI, "Constitución y teoría general de la interpretación jurídica", cit., p.75.

(503) BETTI, "Interpretación de la ley y de los actos jurídicos", cit., p. 125.

De manera que el intervencionismo estatal en la contratación o mercado, para la defensa de los derechos sociales de los consumidores, mediante la Economía Social de Mercado, por parte del Estado; es en realidad efecto o consecuencia de este fin supremo constitucional que el mismo, como Estado, siempre tiene que cumplir. Porque como lo destaca GREGORIO PECES-BARBA, la dignidad humana "es la base de la ética pública de la modernidad y que se realiza socialmente a través del derecho en diversos ámbitos y, en este caso, a través de los derechos sociales"(504).

En efecto, para el Estado peruano finalmente resulta ser no solo un principio jurídico económico, sino también ético; la aplicación de la Economía Social de Mercado para la defensa de los derechos sociales de los consumidores. Porque los Estados han de saber siempre que, como Estados, deben ser siempre una aplicación práctica de la Ética; tal como lo consagrara, para la posteridad, HEGEL: "El Estado es la realidad efectiva de la idea ética, el espíritu ético como voluntad sustancial *revelada*, clara para sí misma, que se piensa y se sabe y cumple aquello que sabe precisamente porque lo sabe"(505).

Por ello, la justificación de la opción por la Economía Social de Mercado, para la defensa de los derechos sociales de los consumidores; goza también de fundamentación moral. Porque, como indica JURGEN HABERMAS, mediante esta fundamentación se puede justificar la solución de una problemática; en este caso jurídica: "Una *fundamentación moral* permite ver de otro modo una forma de acción que ha resultado problemática, bien sea para disculparla, para criticarla o para justificarla"(506). O como específicamente precisa OTFRIED HÖFFE, el Estado Social, que es el que defiende los de-

(504) PECES-BARBA, "Reflexiones sobre los derechos sociales", cit., p. 86.

(505) HEGEL, "Principios de la filosofía del derecho", cit., p. 370.

(506) HABERMAS, Jürgen, "Conciencia moral y acción comunicativa", Trotta, Madrid, 2008, p. 61.

rechos sociales, "está determinado de manera sustancial por fuerzas motrices morales"(507).

De tal manera que en el conflicto legal que generó la antinomia constitucional, la elección por la Economía Social de Mercado, en vez de por la Economía de Libre Mercado, como solución de la misma; es también una elección por lo que es mejor éticamente para la participación del Estado en la contratación o mercado.

¿Cómo así resulta que esta elección está también amparada por la Ética? Pues del simple hecho de que en la elección por uno de estos regímenes económicos se tiene que preferir por lo que es o resulta mejor para una situación en particular; la cual en este caso es la contratación o mercado.

Y para elegir lo mejor, como refiere OTFRIED HÖFFE, es posible elegirlo de tres maneras distintas, pero estrechamente conectadas; las cuales son lo técnicamente mejor, lo pragmáticamente mejor y lo éticamente mejor. Así, lo técnicamente mejor es lo que es el medio adecuado para conseguir un fin dado de antemano. Lo pragmáticamente mejor es lo que está al servicio de nuestro bienestar, consistiendo así el progreso pragmático en un aumento de la felicidad (Utilitarismo). Y lo éticamente mejor es lo que sin la limitación a fines dados de antemano, o a fines utilitaristas, es simplemente lo que es bueno y correcto(508).

En tal virtud, por todo lo ampliamente demostrado, la Economía Social de Mercado es lo que éticamente resulta mejor, para la contratación o mercado; porque es lo bueno y correcto, para el mismo, de acuerdo a la Justicia Social, los derechos sociales que son su contenido; y el Estado Social que los defiende.

---

(507) HÖFFE, Otfried, "El proyecto político de la modernidad", Fondo de Cultura Económica-Universidad Autónoma Metropolitana, Buenos Aires, 2008, p. 111.

(508) Citado por Rafael DE ASÍS ROIG, "Estudio Preliminar" del libro "Elogio de la templanza", Norberto BOBBIO, Ediciones Temas de Hoy, Madrid, 1997, p. 30.

Por todo ello, se debe culminar la fundamentación ética, con la que también cuenta a su favor, la Economía Social de Mercado, para la contratación o mercado; refrendándola con el pensamiento humanista que debe orientar o guiar siempre al Derecho.

Y como lo que regulan estos regímenes económicos es el ejercicio de la libertad, en la contratación o mercado; el pensamiento humanista que resulta pertinente aplicar, para la fundamentación ética de la misma; es el de dos de los filósofos humanistas modernos más reconocidos e influyentes en dicho pensamiento.

El primero de ellos es **EMMANUEL LEVINAS**. Su pensamiento humanista se encuentra sintetizado en las siguientes máximas: "*El hombre libre está consagrado al prójimo, nadie puede salvarse sin los otros*"(509). "*Nadie puede quedarse en sí mismo: la humanidad del hombre, la subjetividad, es una responsabilidad por los otros*"(510).

Aplicando estas máximas humanistas para elegir un régimen económico, se comprueba que en toda contratación o mercado las empresas no pueden actuar por sí solas; porque su rentabilidad, y hasta su existencia, dependen de los consumidores. Es por eso que las empresas deben estar consagradas a quien es su prójimo en el mercado, su actuación comercial es una responsabilidad por tal prójimo; los cuales son, pues, los consumidores.

El otro pensamiento humanista que resulta pertinente aplicar, para la fundamentación ética del ejercicio de la libertad, en la contratación o mercado; es el de **PAUL RICOEUR**. Su pensamiento humanista se encuentra sintetizado en lo que él ha conceptuado como la "Intencionalidad Ética", la cual es: "La intencionalidad de la 'vida buena' con y para otro en instituciones justas"(511).

---

(509) LEVINAS, Emmanuel, "Humanismo del otro hombre", Siglo XXI, México D.F., 2006, p. 130.

(510) *Ibídem*.

(511) RICOEUR, "Sí mismo como otro", cit., p. 176.

Aplicando el concepto de "Intencionalidad Ética", para elegir un régimen económico, se comprueba también que en toda contratación o mercado las empresas necesitan, como personas jurídicas; actuar siempre con esta intencionalidad. Ello porque su actuación comercial, su vida empresarial, solo podrá ser una "vida buena"; si es que la experimentan respetando siempre al otro mediante instituciones justas, el cual, pues, es el consumidor.

La exigencia de Justicia Social es, por tanto, una gran urgencia moral para todo Estado. Porque como proclamó también SAN AGUSTÍN, para la posteridad:

> "***¿Qué son los Estados sin justicia, sino bandas de asaltantes a escala mayor?***"(512)

Pues bien, recreo también esta proclama agustiniana, asimilándola a las empresas, en cuanto a su actuación en la contratación o mercado, sentenciando que:

> ***"¿Qué son las empresas sin Justicia Social, sino bandas de asaltantes a escala mayor?***"

Pero como la realidad socioeconómica siempre demuestra que las empresas, en la contratación o mercado, no siempre van a actuar así, con Justicia Social, con esta responsabilidad por los consumidores; por ello es que resulta necesario el intervencionismo estatal en el mismo, el cual se puede dar a través de la Economía Social de Mercado.

Porque la Justicia Social, conjuntamente con las leyes, siempre han sido absolutamente necesarias para civilizar la Humanidad. En efecto, es sabido que esta se ha civilizado principalmente mediante el Derecho, mediante leyes; pero conteniendo las mismas este gran componente civilizador denominado "Justicia Social". Ello se debe a que solo mediante esta justicia se puede civilizar a los pueblos, a las sociedades; otorgando a los mismos bienestar grupal o colectivo.

(512) SAN AGUSTÍN, "Confesiones", IV.

Por eso la Justicia Social es realmente un principio jurídico que, como tal, siempre está obligado a cumplir el Derecho; tal como lo ha proclamado acertadamente JOHN RAWLS: "La justicia social es el principio de prudencia racional aplicado a una concepción colectiva del bienestar del grupo"[513].

III.2. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 1361 DEL CÓDIGO CIVIL

> **Artículo 1361.-** ***Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos.***
>
> ***Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla.***

"Se ata a los bueyes por los cuernos
y a los hombres por las palabras"
ANTOINE LOYSEL[514]

El primer párrafo de esta norma consagra o impone cuatro situaciones jurídicas contractuales que es necesario analizar ampliamente. Las tres primeras de ellas son muy relevantes para la contratación o mercado peruano.

La primera de ellas es la consagración de dos principios jurídicos contractuales básicos o elementales para la contratación o mercado.

El primero de estos principios es el de la obligatoriedad del contrato. Este principio consiste, como se ha precisado (Ver I), en el efecto jurídico vinculante o coercitivo, como el de una ley, que tiene el contrato; por ser absolutamente necesaria la exigencia e imposición de su cumplimiento, por parte del Derecho, por razón de Seguridad

(513) RAWLS, "Teoría de la justicia", cit., p. 35.

(514) LOYSEL, Antoine, "Institutes coutumières", Paris, 1607.

Jurídica. Se le conoce comúnmente también por su latinazgo correspondiente: "*Pacta Sunt Servanda*", el cual significa textualmente "*Somos siervos de nuestros pactos*".

En realidad, la obligatoriedad resulta ser uno de los principios que tanto a nivel teórico, como práctico, determina una parte principal del concepto de contrato. Ello se debe a que la obligatoriedad forma parte de la propia esencia o naturaleza del contrato. De tal manera que al hablar de contrato se hace referencia siempre, inexorablemente, a la obligatoriedad de su cumplimiento. KARL LARENZ así lo corrobora: "En el fondo, la regla *pacta sunt servanda* se limita a expresar lo que el concepto de contrato quiere decir"(515).

De manera coloquial o popular actualmente se le conoce también, al principio de obligatoriedad, bajo la fórmula de: "*El contrato es ley entre las partes*". Esta fórmula es derivación del concepto jurídico contractual de JEAN DOMAT, el cual exactamente decía que: "*Los contratos ocupan el lugar de las leyes*"(516). Como reseña al respecto GIORGIO DI NOVA: "Desde la formulación propuesta por Domat el principio consiste en hacer perdurar el vínculo, y la excepción es la disolución del contrato: los contratos, como se ha visto, *no pueden ser revocados*"(517).

Así es, el efecto de la obligatoriedad del contrato viene a ser exactamente igual al de la obligatoriedad de la ley, y por eso a la obligatoriedad contractual se la compara igualándola con la obligatoriedad legal; por ser precisamente la celebración del contrato el resultado del ejercicio de la autonomía de las partes del mismo. Como se ha

(515) LARENZ, "Derecho justo. Fundamentos de la ética jurídica", cit., p. 67.

(516) Citado por Giorgio DI NOVA, "El contrato tiene fuerza de ley", en *Nuevas Tendencias del Derecho Contractual-Libro Homenaje a Manuel de la Puente y Lavalle*, GRUPO PERUANO DE LA ASOCIACION HENRI CAPITANT, Lima, s/f, p. 117.

(517) DI NOVA, Giorgio, "El contrato tiene fuerza de ley", en *Nuevas Tendencias del Derecho Contractual-Libro Homenaje a Manuel de la Puente y Lavalle*, GRUPO PERUANO DE LA ASOCIACION HENRI CAPITANT, Lima, s/f, p. 131.

precisado (Ver II.3.2.), autonomía significa textualmente "la ley que se da uno mismo". Por tal razón, si el contrato es la ley subjetiva que se autoimponen sus partes; el mismo debe tener entonces la misma fuerza obligatoria que la que tiene la ley objetiva. VINCENZO ROPPO explica esta situación así: "La parte es libre de no hacer el contrato, pero si lo hace está vinculada a sus efectos; y de tal vínculo no puede lamentarse, porque es un vínculo que se ha asumido voluntaria y libremente. El vínculo contractual se justifica, en suma, en cuanto *hijo de la libertad contractual*, la 'fuerza de la ley' que el contrato tiene entre las partes se justifica porque es ley que las partes se imponen a sí mismas ('autonomía')"[518].

Como se puede colegir y también se ha precisado (Ver II), la obligatoriedad del contrato es un principio jurídico contractual que deriva, o es efecto, de la aplicación de un principio jurídico general; el cual es el de Seguridad Jurídica. Ello resulta de la necesidad socioeconómica de estabilidad jurídica de los contratos (*stare pactis*), respecto al cumplimiento de la palabra comprometida en los mismos.

Solo de esta manera la contratación, y con ello el comercio, pueden tener el respaldo del Derecho, mediante la Seguridad Jurídica que este le debe otorgar. Es para ello que se requiere, pues, que esta seguridad se traduzca, como efecto o consecuencia, socioeconómica; en la obligatoriedad de los contratos. VINCENZO ROPPO a esta necesidad socioeconómica contractual de seguridad jurídica, la identifica acertadamente como la "razón funcional" del contrato: "Pero el vínculo tiene sobre todo una razón funcional. El contrato es medio insustituible de organización y funcionamiento de las relaciones sociales y económicas. Pero no podría desplegar tales funciones, sino bajo el presupuesto de su valor vinculante para las partes. Si el contrato no fuera vínculo –o bien: si cada parte fuera libre de repudiar, modificar, violar los compromisos contractuales

[518] ROPPO, "El contrato", cit., p. 497.

dados– *nadie podría* contar con la certeza y efectividad de sus derechos, a su vez ligados a la estabilidad de los efectos nacidos de los propios contratos. En efecto, estos estarían expuestos al arbitrio de la contraparte. Los contratos no servirían de nada, o servirían poco: y de esta eliminación o empobrecimiento de la función del contrato, el sistema económico-social saldría destruido"[519].

Es por eso que esta gran necesidad socioeconómica, de que la obligatoriedad del contrato jurídicamente consista siempre en la fuerza o coerción, que tiene la exigencia de su cumplimiento; es que el Derecho siempre le ha otorgado una supremacía especial, a esta obligatoriedad, como regla jurídica. Por ello en el mismo siempre se le ha conceptuado y aceptado como una regla superior, o principio general jurídico; según el cual mediante la contratación siempre se obtiene la necesaria garantía o seguridad de que las partes contratantes están comprometidas a no variar su voluntad o consentimiento dado en el contrato. O, lo que es lo mismo, se obtiene la necesaria garantía o seguridad de que las partes contratantes deben cumplir sus contratos.

Igualmente, la obligatoriedad del contrato como necesidad socioeconómica de seguridad jurídica resulta, también, de la lógica jurídica que le es correspondiente aplicar al contrato en cuanto al resultado práctico genérico de su celebración; el cual es el cumplimiento. Así, tal lógica es elemental porque indica que este resultado no es otro, pues, que el cumplimiento del mismo. Esta lógica jurídica contractual puede apreciarse de lo que expresa al respecto JUAN CARLOS REZZÓNICO: "El referido aforismo *pacta sunt servanda*, parece algo por demás obvio, una innecesaria reiteración de la noción misma de contrato. Porque, precisamente, ¿qué otra meta que el cumplimiento puede guiar a quienes, queriendo comprometerse contractualmente empeñan su palabra"[520].

---

[519] *Ibídem*, p. 496.

[520] REZZÓNICO, "Principios fundamentales de los contratos", cit., p. 228.

Ahora bien, resulta también que la obligatoriedad del contrato, como efecto, solo tiene lógica jurídica en cuanto al resultado práctico genérico de su celebración; el cual es el cumplimiento.

Pero como peculiaridad resulta que la obligatoriedad del contrato, como efecto, no tiene lógica jurídica en cuanto a la causa que lo produce. Así es, ello resulta del hecho de que esta causa es precisamente el derecho cuyo ejercicio es opuesto o contrario al de imposición u obligatoriedad contractual; el cual es el de la libertad de contratar.

Ilógicamente entonces, de manera contradictoria o antitética, se ejerce como causa un derecho de libertad de contratar; para que se produzca un efecto de no libertad contractual, sino de obligatoriedad contractual.

Esta peculiaridad ilógica contractual ha sido identificada por la doctrina. Así, ANTONIO HERNÁNDEZ GIL precisa que como la obligatoriedad del contrato significa no poder evadir el cumplimiento del mismo; se produce en la contratación una situación contradictoria, o antítesis, respecto a la libertad de contratar. Tal situación la describe así: "La voluntad, entonces, deja de ser libre en la esfera del contrato, o bien sólo goza de aquella libertad que se le reconozca dentro de la regulación contractual. Podría decirse que hay una antítesis entre la libertad con que se elabora el contrato y la exclusión o limitación de la libertad que se produce como resultado[521]. MANUEL DE LA PUENTE Y LAVALLE complementa la explicación de esta antítesis afirmando que: "Se produce así una situación *sui generis* pues, por un lado, los particulares, en ejercicio de esta atribución, tienen libertad para vincularse jurídicamente a través del contrato; por otro lado, la celebración del contrato les quita la libertad de desvincularse unilateralmente. Podría decirse coloquialmente que a través del contrato el Estado concede a los particulares la facultad de escoger la cuerda para atarse entre sí"[522].

---

[521] HERNÁNDEZ GIL, Antonio, "Derecho de obligaciones", Sucesión de Rivadeneyra S.A., Madrid, 1960, p. 230.

[522] DE LA PUENTE Y LAVALLE, "El contrato en general", T. I, cit., p. 313.

EMILIO BETTI advirtió con acierto que la obligatoriedad del contrato es concretamente una autoresponsabilidad que asumen las partes contratantes, y que la contradicción o antítesis de ella con la libertad, no es exclusiva de los contratos; sino que se presenta, en realidad, en todos los actos jurídicos en general: "Toda la dialéctica del negocio jurídico se apoya sobre esta antinomia entre libertad, que juega con anterioridad, y autoresponsabilidad, que viene después, y en consecuencia, entre el significado que estaba presente en la conciencia del declarante cuando hizo uso de su libertad y el significado objetivo que el negocio asume una vez concluido"(523). La obligatoriedad del contrato que, como autoresponsabilidad asumen las partes contratantes, la complementa ALBERTO TRABUCCHI destacando que ella es la necesidad de hacerse cargo de lo pactado; porque eso es lo que la *lex contractus* impone. De manera que lo que fue libre decisión de contratar, con el contrato es ahora constreñimiento; el contrato es libertad hasta que se ha concluido, luego deviene deber(524).

La segunda situación jurídica contractual importante, que la norma bajo análisis consagra, en su primer párrafo; consiste en que la misma impone el principio de obligatoriedad del contrato adoptando, para tal efecto, la teoría normativista. Ello resulta del hecho de que impone este efecto obligatorio contractual de manera objetiva, o sea por virtud del solo mérito del mandato o imposición que tiene, como ley, esta norma. Esto es, esta norma no indica de manera subjetiva que la obligatoriedad del contrato es efecto o resultado de la correspondiente voluntad de las partes (teoría voluntarista); sino que, sin referirse a esta voluntad, establece que la obligatoriedad contractual la impone ella, o sea la norma.

Por tal razón, por virtud de esta norma, en el Derecho peruano los contratos obligan porque así lo manda o impone esta norma al

(523) BETTI, "Teoría general del negocio jurídico", cit., p. 125.

(524) TRABUCCHI, Alberto, "Instituciones de derecho civil", T. II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1967, p. 164.

consagrar el principio de su obligatoriedad; y no porque así lo haya establecido la voluntad de las partes del mismo.

El otro principio contractual básico o elemental para la contratación, que también resulta consagrando esta norma, en su primer párrafo; es el de Autonomía Privada.

Así es, ello resulta del hecho de que el principio de obligatoriedad del contrato, al tener como fundamento la teoría normativista; ello implica que este principio resulta sustentado o justificado, entonces, en el principio general autonómico correspondiente que tiene como fundamento a dicha teoría. Tal principio es el de Autonomía Privada.

Como también se ha precisado (Ver II.3.5.), de acuerdo a este principio la potestad normativa que tienen los particulares, para celebrar contratos con efectos vinculantes u obligatorios; no es un derecho natural de los mismos, sino un derecho que les ha sido otorgado por el Estado mediante una ley. Es así entonces como resulta que en el Derecho peruano los contratos obligan porque el Código Civil, mediante esta norma bajo análisis, así lo impone; y no porque la sola voluntad de las partes lo haya impuesto.

La tercera situación jurídica contractual importante, que la norma bajo análisis consagra, en su primer párrafo; consiste en que la misma impone la mutabilidad del contrato. Así es, tal mutabilidad es efecto o consecuencia de la adopción, por parte de esta norma, de la teoría normativista, y con ello del principio de Autonomía Privada. Como se ha precisado (Ver II.3.7.), los efectos que inexorablemente produce, la adopción legislativa de esta teoría y principio; son la creación de un Estado parcialmente intervencionista en la contratación o mercado y, por ello, la posibilidad de que el Estado modifique los contenidos contractuales.

En consecuencia, las tres primeras situaciones jurídicas contractuales relevantes, que el primer párrafo, del artículo 1361, del Código Civil, consagra; son el principio de obligatoriedad del contrato, el

principio de Autonomía Privada; y la mutabilidad del contrato. Todas las cuales son situaciones jurídicas contractuales básicas o elementales para la contratación o mercado peruano.

La interpretación jurídica correcta del primer párrafo, del artículo 1361, del Código Civil; arroja como resultado, entonces, en cuanto a estas tres primeras situaciones jurídicas contractuales relevantes; que ella consagra la imposición del principio de obligatoriedad del contrato de conformidad con el principio de Autonomía Privada; y, que consagra también, como efecto de este último principio, la mutabilidad del contrato.

La corrección de esta interpretación la corrobora el hecho de ser la única interpretación posible que resulta concordante con lo dispuesto por el artículo 1355 del Código Civil, el cual impone la posibilidad del intervencionismo estatal en la contratación. Esta última norma, como se ha demostrado ampliamente en el ítem anterior, no ha sido derogada tácitamente por el artículo 62 de la Constitución; por resultar inválida, esta norma constitucional, como consecuencia de la solución interpretativa de la antinomia que ella genera con el artículo 58 de la Constitución.

Es más, la no derogación tácita del artículo 1355 del Código Civil no solo está demostrada por esta solución interpretativa de esta antinomia; sino también por la propia realidad socioeconómica correspondiente, la cual no es otra que la contratación o mercado peruano.

Así es, la contratación o mercado peruano demuestra contundentemente la plena validez y vigencia del artículo 1355 del Código Civil; porque en ella se viene dando actualmente intervencionismo estatal que está modificando algunos contenidos contractuales, mediante varias leyes. En el siguiente capítulo se analizan tres de estas leyes.

Por tal razón, este intervencionismo estatal, modificatorio de dichos contenidos contractuales, demuestra, pues, de manera contundente e irrefutable; que sí se viene aplicando el artículo 1355 del Código Civil y, por el contrario, es el artículo 62 de la Constitución el que no viene teniendo ninguna aplicación.

Finalmente, en cuanto al primer párrafo del artículo 1361 del Código Civil, otra situación jurídica contractual importante, que este impone; es la adopción de una de las teorías sobre la formación del acto jurídico, la cual es la teoría de la declaración. Ello resulta del hecho de que textualmente impone, la obligatoriedad contractual, en función de lo que las partes han declarado al celebrar el contrato; lo cual han dejado consignado en el contenido del mismo. En efecto, la frase "… *en cuanto se haya expresado en ellos*" indica expresamente la adopción de la teoría de la declaración, por parte del primer párrafo de esta norma; porque lo expresado es sinónimo de lo que se ha declarado.

Como se sabe, en la formación del acto jurídico contrato intervienen dos situaciones que pueden ser determinantes para esta formación; las cuales son la voluntad y la declaración. Dado que cuando haya discrepancia o disconformidad entre ambas, sobre si produjeron el consentimiento mediante el cual se produce dicha formación, solo una de ellas puede ser tomada en cuenta, para la verificación del mismo; las teorías sobre la formación del acto jurídico tienen como finalidad determinar cuál de estas situaciones es la determinante para que se produzca la formación de un contrato.

La teoría de la declaración es de origen alemán. Sus principales defensores fueron THON, VON BAHR, KOHLER y DANZ. Fue concebida en respuesta o reacción a la teoría voluntarista, que es de origen romano y fue defendida bastante por la doctrina francesa. Consiste concretamente en considerar que la declaración prevalece sobre la voluntad cuando haya discrepancia o disconformidad entre voluntad y declaración, en cuanto a la formación de un contrato. RODOLFO SACCO sintetiza bien esta teoría afirmando que, para este caso de discrepancia, la misma: "Considera que la declaración de voluntad es una condición suficiente para la existencia del contrato"[525].

[525] SACCO, Rodolfo, "La Buena Fe en la formación del contrato", en *Nuevas Tendencias del Derecho Contractual-Libro Homenaje a Manuel de la Puente y Lavalle*, GRUPO PERUANO DE LA ASOCIACION HENRI CAPITANT, Lima, s/f, p. 81.

De tal manera que cuando esta discrepancia motive a una de las partes contratantes pretender invalidar el contrato, alegando que lo que declaró no es realmente la expresión de su voluntad; la solución que da a esta discrepancia, la teoría de la declaración, consiste en que el contrato sí es válido porque lo que interesa, para la verificación de su formación, es lo declarado y no lo realmente querido. MANUEL DE LA PUENTE Y LAVALLE explica con acierto que mediante la teoría de la declaración: "Lo que se busca es conceder al acto que objetivamente aparece como la exteriorización de la voluntad del sujeto pleno valor como declaración de voluntad, de tal manera que dicho acto obliga a su autor, como si fuera voluntario, aunque su querer interno sea diverso a lo exteriorizado. En realidad, la teoría de la declaración, más que negar el valor de la voluntad real, toma lo que podríamos llamar forzada solución de sacrificar la voluntad real y sustituirla por la voluntad que aparece de la declaración. Digo que la solución es forzada por cuanto el ideal para la teoría de la declaración es que la declaración coincida con la voluntad real y que no haya que inmolar ésta"(526).

Como se puede advertir, la teoría de la declaración es propia o acorde con el concepto objetivo del contrato. Porque identifica al mismo de manera objetiva y no subjetiva. Esto es, como explica VINCENZO ROPPO: "Paradigmática de las concepciones objetivas del contrato es la 'teoría de la declaración', que se difunde en el novecientos. Por esta, en el contrato es importante no solo la *efectiva voluntad individual*, por como se forma en la esfera psíquica del sujeto, sino también *su proyección social externa*, y en particular el modo en el cual la voluntad de la parte es percibida por la contraparte. Esta percepción está determinada por esencialmente por el modo en el cual la voluntad, objetivamente, es manifestada externamente; por consiguiente del *tenor objetivo de la declaración de voluntad*'"(527).

(526) DE LA PUENTE Y LAVALLE, "El contrato en general", T. I, cit., p. 110.

(527) ROPPO, "El contrato", cit., p. 60.

Por tal razón, la adopción por parte de esta norma, de la teoría de la declaración, corrobora la situación legislativa consistente en que el Código Civil peruano regula al contrato bajo su concepto objetivo y social; y no bajo el concepto subjetivo e individualista o liberal del mismo. Y corrobora también, la adopción legislativa de la teoría de la declaración, por parte de esta norma; que para la determinación del concepto de contrato este Código adopta legislativamente también el principio de Autonomía Privada, así como la teoría normativista que lo fundamenta.

Ello se debe a que, como se ha precisado (Ver II.3.5.), el principio de Autonomía Privada y la teoría normativista que lo fundamenta; son los que determinan el concepto objetivo y social del contrato.

Ahora bien, la adopción de la teoría de la declaración, por parte del primer párrafo del artículo 1361, del Código Civil; debería llevar a pensar que para el acto jurídico contrato el Código Civil peruano es declaracionista. Esta debería ser, pues, la conclusión correspondiente en cuanto a qué teoría, de la formación del acto jurídico, ha adoptado para los contratos este Código.

Sin embargo, lamentablemente no se puede llegar a esta conclusión, porque el artículo 1362, de este mismo Código, al exigir el cumplimiento del principio general de Buena Fe, para la formación del contrato; con ello está adoptando la teoría de la confianza, la cual doctrinariamente se le identifica también con el nombre de este principio ("Teoría de la Buena Fe").

Por tal razón, en virtud de estas dos normas (Artículos 1361 y 1362), válidamente se puede concluir que el Código Civil peruano ha adoptado ya sea la teoría de la declaración o la teoría de la confianza para la formación del contrato. Esto es, cualquiera de estas dos teorías puede asumirse como la válidamente aplicable para determinar o verificar la formación de los contratos. Lo cual no es lo correcto o pertinente, porque ambas no son teorías sinónimas o exactamente

iguales. Así es, la teoría de la confianza es una teoría intermedia para la formación del acto jurídico porque su finalidad es atenuar los efectos rígidos de la teoría de la declaración. En tal virtud, hay una sustancial diferencia entre estas teorías porque una es menos rígida o inflexible que la otra. De tal manera que su aplicación indistinta produce efectos totalmente contradictorios en cuanto a la determinación o verificación de la formación de un contrato. En efecto, la aplicación de la teoría de la declaración produce el efecto rígido de la celebración de un contrato; pero no permitiéndose la impugnación de su validez si lo declarado no corresponde a la voluntad que realmente se tuvo. En cambio, la aplicación de la teoría de la confianza produce el efecto menos rígido de la celebración de un contrato; pero permitiéndose la impugnación de su validez si uno de las partes no actuó con buena fe al recibir la declaración de la otra parte que no correspondía realmente a su voluntad.

Esta es, por tanto, la situación jurídica contradictoria que existe, en el Código Civil peruano; en cuanto a la formación del acto jurídico contrato. Contradicción que es muy criticable y vergonzante por la gran importancia que tiene, este acto jurídico, para el tráfico o realidad socioeconómica. Se agrava peor aún esta contradicción con el hecho de que en el libro de Acto Jurídico, de este Código, hay otras normas (Artículos 168 y 201) que adoptan estas dos teorías (declaración y confianza) de manera indistinta.

Lamentablemente, pues, el Código Civil peruano no ha adoptado, como debió ser o era lo correcto; solo una de las teorías de la formación del acto jurídico. Los que fungieron de legisladores de los libros de Acto Jurídico y Contrato, de este Código; no se percataron de que era necesario uniformar las normas correspondientes, tanto de este acto género, como de este acto específico; adoptando en las mismas una sola de estas teorías.

El segundo párrafo del artículo 1361, del Código Civil, también consagra otra situación jurídica contractual importante; la cual con-

siste en la adopción de otra de las teorías sobre la formación del acto jurídico. Tal otra teoría es concretamente la teoría de la voluntad.

Pero el segundo párrafo, de esta norma, adopta esta teoría mediante una presunción legal; la cual es de carácter *juris tantum*. Esta consiste en presumir la conformidad o coincidencia, de las declaraciones contractuales que produjeron el consentimiento, con las respectivas voluntades que fueron exteriorizadas mediante dichas declaraciones. Concretamente se trata entonces de una presunción de conformidad entre lo declarado y lo querido contractualmente. El carácter *juris tantum*, de la misma, lo establece esta norma al exigir como requisito la probanza correspondiente, para el que niegue la existencia de esta conformidad. Por ello, mediante la exigencia de este requisito probatorio, esta norma permite impugnar la validez del contrato por la falta de esta conformidad; lo cual consiste no en otra cosa, pues, que en la posibilidad de romper la presunción.

Ahora bien, ¿qué pasa si una de las partes contratantes llega a probar, judicialmente, esta falta de conformidad? O sea, ¿qué ocurre cuando una de ellas prueba en juicio que una de las declaraciones contractuales, o ambas, no corresponde o corresponden, realmente, a la voluntad o voluntades exteriorizadas mediante las mismas?

Pues en este caso se ha habrá producido la ruptura de la presunción *juris tantum* impuesta por el segundo párrafo de esta norma; con lo cual el resultado de ello será inexorablemente la declaración judicial de invalidez o nulidad del contrato, por la causal de falta de manifestación de voluntad (Artículo 219, inciso 1). Este resultado, como se puede colegir, inversamente a lo que impone el primer párrafo, de la norma bajo estudio; consiste en hacer prevalecer a la voluntad sobre la declaración, para el caso de la falta de conformidad entre las mismas en la formación del consentimiento contractual. Este es, por tanto, el resultado que produce la aplicación del segundo párrafo, de la norma bajo estudio; al adoptar la teoría de la voluntad para esta falta de conformidad.

Por ello, la conclusión correcta sobre lo que impone la norma bajo estudio, en cuanto a la teoría que adopta sobre la formación del consentimiento contractual; consiste en que ella adopta, como regla general (primer párrafo), la teoría de la declaración. Y solo como excepción (segundo párrafo), a esta regla general, adopta la teoría de la voluntad.

CAPÍTULO IV

ESTUDIO CASUÍSTICO SOBRE EL PRINCIPIO DE OBLIGATORIEDAD DEL CONTRATO: ANÁLISIS DE CASOS DE INTERVENCIONISMO ESTATAL EN LA CONTRATACIÓN PERUANA

IV.1. Necesidad de un estudio exegético inicial: La complementación del análisis del artículo 1355 del Código Civil

El estudio casuístico, correspondiente a este capítulo, se debe iniciar desarrollando el estudio exegético que quedó pendiente en el anterior capítulo (Ver II.1.2.b.).

Tal estudio exegético es necesario porque es el presupuesto o requisito, para dicho estudio casuístico, debido a que la norma, que falta complementar su análisis, es el artículo 1355, del Código Civil; el cual autoriza o permite, específicamente, al Estado, intervenir en la contratación o mercado peruano.

IV.1.1. La no derogación tácita del artículo 1355 del Código Civil, en virtud de la aplicación del artículo 62 de la Constitución de 1993, por la invalidez de esta norma constitucional. La *desuetudo*, de esta norma, como segundo fundamento o prueba práctica que demuestra su invalidez.

Se dio cuenta, en el capítulo anterior, que existía el riesgo legislativo de que el artículo 1355, del Código Civil, resultara derogado

tácitamente; en aplicación del principio de jerarquía normativa por el artículo 62 de la Constitución de 1993. Riesgo que fue advertido por MANUEL DE LA PUENTE Y LAVALLE.

El planteamiento de tal riesgo legislativo es como sigue. De su texto o redacción ambas normas son contradictorias porque son incompatibles en cuanto al intervencionismo estatal en la contratación o mercado. El artículo 1355 del Código Civil es la norma que permite el intervencionismo estatal en la misma, mientras que el artículo 62 de la Constitución es la norma que no lo permite. De tal manera que al producir, la incompatibilidad de estas normas, una antinomia legal, y ser las mismas, de distinta jerarquía; la solución de esta antinomia resultaría fácil porque la determinaría la aplicación de uno de los principios comunes o simples para la solución de las antinomias, el cual es el de jerarquía normativa.

Así, en aplicación de este principio, el artículo 62 de la Constitución es el que primaría o prevalecería, sobre el artículo 1355 del Código Civil; por tener mayor jerarquía que esta última norma.

Es en virtud de ello, entonces, como se habría producido una derogación tácita, de esta norma, del Código Civil.

Sin embargo, no es en absoluto así.

Como se ha demostrado interdisciplinariamente en el segundo capítulo, el artículo 62 de la Constitución no es una norma válida. Su invalidez resulta de la metasolución interpretativa que se ha concluido para la antinomia de la que forma parte esta norma, con el artículo 1355 del Código Civil.

Por tal razón, al ser el artículo 62 de la Constitución una norma inválida; esta no puede entonces producir ningún efecto, entre ellos el de derogar tácitamente una norma de menor jerarquía de la misma.

Además de esta prueba teórica, de la invalidez de esta norma, demostrada ampliamente en el capítulo anterior; también existe una

prueba práctica que también corrobora dicha invalidez. Esta consiste en el desuso de esta norma constitucional o, en términos positivistas kelsenianos, en la costumbre negativa o de no aplicación; que se ha producido con respecto a la misma.

El desuso normativo, o costumbre negativa o de no aplicación, de una norma; doctrinariamente es conocida como el fenómeno de la *desuetudo*. Para el caso del artículo 62 de la Constitución, tal fenómeno lo constituyen los casos de intervencionismo estatal que se vienen dando desde el inicio de la vigencia de la misma, en la contratación o mercado peruano; los cuales precisamente se analizan en este capítulo. Así es, todos estos casos, que se han venido dando a lo largo de más de veinte años; contundentemente son casos expresos de desuso, o no aplicación, de esta norma constitucional, ya que esta última prohíbe este intervencionismo. HANS KELSEN explica así este fenómeno: "La *desuetudo* es una suerte de costumbre negativa, cuya función esencial reside en eliminar la validez de una norma existente. Si la costumbre, en general, es un hecho productor de Derecho, entonces también el Derecho escrito puede ser derogado por un Derecho consuetudinario. Si la eficacia, en el sentido desarrollado arriba, es requisito de validez, no solo del orden jurídico como un todo, sino también de una norma jurídica aislada, entonces la función productora de Derecho de la costumbre no puede ser excluida por la legislación escrita"[528].

Como se puede advertir, el fenómeno del desuso normativo, o *desuetudo*, lo que produce finalmente, en las normas que les afecta o alcanza el mismo; consiste concretamente en lo que se conoce como la ley írrita; esto es, como la ley que no ha tenido aplicación alguna.

De manera que, tanto la teoría (interpretativa) como la práctica, están demostrando que el artículo 62 de la Constitución no es una norma válida. El ser una norma írrita por el desuso o *desuetudo* en que ha caído la misma, o sea que el Estado peruano nunca la haya aplicado;

[528] KELSEN, Hans, "Teoría pura del derecho", Porrúa, México D. F., 1993, p. 224.

es, realmente, también una prueba de la invalidez, de la misma, para la contratación o mercado peruano[529].

Sin embargo, en nuestro sistema jurídico rige el principio general del Derecho consistente en que el desuso no deroga; consagrado en el artículo I, del Título Preliminar, del Código Civil. Por ello, en aplicación de este principio, esta prueba práctica no se la puede considerar como la determinante, en la demostración de la invalidez de esta norma constitucional; sino solo como la coadyuvante para dicha demostración.

La invalidez de esta norma constitucional, como consecuencia principalmente de la metasolución interpretativa que se ha concluido; es lo que demuestra, pues, que esta norma no ha podido derogar tácitamente el artículo 1355 del Código Civil. Todo lo contrario, como se está destacando, los casos de intervencionismo estatal en la contratación o mercado peruano demuestran la plena vigencia de esta última norma; al ser las leyes, mediante las cuales el Estado peruano viene realizando este intervencionismo, legislativamente no otra cosa, pues, que aplicaciones de la misma.

La primera situación trascendente, que se debe destacar sobre el contenido genérico de esta norma; es entonces la no derogación de la misma por parte del artículo 62 de la Constitución.

Por ello, la premisa válida que se debe tomar siempre en cuenta, para el análisis de los casos de intervencionismo estatal en la contratación o mercado peruano; consiste en la plena vigencia del artículo 1355 del Código Civil.

Asimismo, hay otras dos situaciones trascendentes que se deben destacar sobre el contenido genérico de esta norma.

---

(529) En el Código Civil peruano son varias las normas que han caído en desuso o *desuetudo*, por lo cual son normas írritas. Uno de ellas es el artículo 949, el cual también es una norma importante para la contratación, concretamente para el mercado inmobiliario peruano. Para el análisis de este desuso o *desuetudo* en particular, véase "Estudios sobre el contrato de compraventa", Miguel TORRES MÉNDEZ, T. I, Grijley, Lima, 1993.

La primera de ellas es que la misma consagra la posibilidad del intervencionismo estatal, en la contratación o mercado; como una característica que siempre ha tenido la misma. Así es, la posibilidad de la intervención del Estado, en la economía en general, siempre ha estado presente; en todas las perspectivas o tendencias económicas. Así lo destaca GUSTAVO ZAGREBELSKY: "Aunque su entidad ha cambiado en función de las circunstancias y de las necesidades, siempre ha existido una intervención pública en la economía, reclamada ya en el contexto del mercantilismo, de la fisiocracia, del Estado policía, del parlamentarismo y del autogobierno inglés y continuada en el Estado liberal europeo del siglo pasado"(530).

La otra situación trascendente que se debe destacar, sobre el contenido genérico de esta norma, consiste en que al imponer, como se ha precisado (Ver III.1.2.b.), la función social del contrato; con ello está aplicando el concepto de Estado Social; que consagra el artículo 58, de la Constitución, mediante el régimen de Economía Social de Mercado.

Como se destacó en el capítulo anterior (Ver subítem *Estudio económico. La utopía o fantasía de una contratación ideal, como óptimo paretiano, para justificar la prohibición del intervencionismo estatal en la contratación. La Economía Social de Mercado como el adecuado concepto de justicia económica para la contratación o mercado. El rechazo de la mitología neoliberal económica conformada por el Idola Fori o falso ídolo del mercado y de su mitología homóloga contractual conformada por el dogma de la voluntad y la inmutabilidad del contrato. La necesidad económica de un Estado Social en vez de un Estado Liberal o mínimo*), la adopción legislativa de este régimen económico es indicativo que, constitucionalmente, se ha adoptado el concepto de Estado Social como régimen jurídico económico para el Estado peruano.

Así es, al consagrar esta norma las posibilidades de intervencionismo estatal en la contratación o mercado, que se pueden dar por el

(530) ZAGREBELSKY, "El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia", cit., p. 100.

interés social y público; ello es una aplicación indubitable del concepto de Estado Social y no del concepto opuesto, el cual es el de Estado Liberal. Normas como esta, que consagran el intervencionismo estatal, por estas razones, son, pues, nos guste o no, aplicaciones normativas especificas del Estado Social.

Por tal razón, para que el análisis de esta norma, sea válido o correcto, el mismo debe ser pertinente en cuanto a su interpretación; y esta pertinencia solo se consigue tomando en cuenta, como otra premisa, lo que la misma establece expresamente, lo cual, pues, es el Estado Social y no el Estado Liberal. Se hace esta importante observación para demostrar la necesidad de descartar las interpretaciones que no son pertinentes, como la que figura en la mayor obra exegética colectiva que se ha hecho del Código Civil peruano(531). En esta se ha analizado el artículo 1355, de este Código, desde la perspectiva liberal económica. Ello es todo un despropósito, así como una banalidad, interpretativas; porque esta norma, por ser propia de la Economía Social de Mercado, y del Estado Social; resulta evidentemente lógico que jamás podrá entenderse o justificarse desde la tendencia opuesta, la cual es la liberal económica. Por esta exigencia lógica, pretender ello es totalmente impertinente y absurdo. Esta norma tiene una finalidad muy clara y expresa, en cuanto a régimen jurídico económico estatal, el cual es el de Estado Social(532).

Por eso es totalmente fuera de lugar pretender analizar la justificación del intervencionismo estatal en la contratación o mercado, que permite esta norma; desde la perspectiva liberal económica. Haciendo una analogía, un símil o comparación, es como si se pretendiera analizar la justificación de una norma de Derecho Canónico, desde la perspectiva del ateísmo materialista.

(531) AA/VV, "Código Civil Comentado", T. VII, Gaceta Jurídica, Lima, 2004.

(532) Igual despropósito y banalidad, interpretativas, igual de impertinente y absurdo, sería, por ejemplo, si es que en la presente obra doctrinaria se hubiera interpretado esta norma desde la perspectiva del régimen económico de Economía de Administración Centralizada; si es que fuera partidario de esta tendencia.

La pregunta que se debe responder entonces, respecto a este ejemplo, es la siguiente: ¿Tienen validez las conclusiones que se obtengan del análisis sobre la justificación de una norma de Derecho Canónico, desde la perspectiva del ateísmo materialista? La respuesta contundente es "NINGUNA". Exactamente lo mismo, de la misma manera, la pregunta que se debe responder, respecto al análisis sobre la justificación del artículo 1355 del Código Civil, desde la perspectiva liberal económica; es la siguiente: ¿Tienen validez las conclusiones que se obtengan del análisis sobre la justificación de esta norma, desde esta perspectiva? La respuesta también es contundentemente "NINGUNA".

Lo lamentable de este fallido intento o pretensión, es que con el mismo se ha incurrido en un despropósito o vana pretensión interpretativa; mediante la cual se ha querido sorprender a los lectores, o sea a los abogados y estudiantes de Derecho. Como si estos no fueran lo suficientemente inteligentes y perspicaces para advertir, o darse cuenta, cuándo una interpretación no cabe, o es inaplicable, por ser manifiestamente impertinente.

La doctrina contractualista moderna, respetando la lógica correspondiente, sí interpreta, pertinente y correctamente, la situación jurídica del intervencionismo estatal en la contratación o mercado. Así, LINA BIGLIAZI GERI, UMBERTO BRECCIA, FRANCESCO BUSNELLI y UGO NATOLI explican al respecto lo siguiente: "Muchas de estas intervenciones se pueden remitir históricamente a una mera finalidad de sustentación de empresas económicas en condiciones desastrosas (piénsese en la crisis de 1929 y en el nacimiento del IRI). Otras –sobre todo aquellas en materia de precios, de monopolios, de arrendamiento de fundos rústicos, de prórroga de los arrendamientos de inmuebles urbanos– entran dentro de una política socio-económica con las motivaciones más complejas, entre las que tienen una importancia no secundaria: la necesidad de atender a la crisis de sub-producción de ciertos bienes (sobre todo en las fases posbélicas); la ampliación de funciones

institucionales del Estado (el llamado Estado 'social' o asistencial); la finalidad de componer los conflictos sociales proveyendo peculiares instrumentos de tutela a determinadas categorías de contratantes (p. ej. : consumidores y trabajadores subordinados); en fin, las mismas finalidades provenientes del mundo de los negocios, que hacen necesaria una fuerte participación del Estado en la vida económica, conforme a las indicaciones de los economistas"[533].

IV.1.2. Las causales o motivos por los cuales el Estado puede intervenir en la contratación o mercado peruano.

El contenido específico del artículo 1355, del Código Civil peruano, lo constituyen las causales o motivos que la misma establece para que se puede dar el intervencionismo estatal en la contratación o mercado. O, lo que es lo mismo, tal contenido lo constituyen las causales o motivos por los cuales el Estado puede limitar la Autonomía Privada.

Como se precisó en el análisis inicial de esta norma (Ver II-I.1.2.b.), estas causales o motivos, por su carácter excepcional; revisten una gran importancia contractual. Ello se debe a que estos son los únicos casos posibles en los que se pueda dar este intervencionismo o limitación de la Autonomía Privada. Así que, por ello, se debe ahora analizarlos exhaustivamente como corresponde.

De conformidad con lo establecido por esta norma, estas causales o motivos concretamente son el interés social, el interés público; y el interés ético.

Con un afán de síntesis, CÉSAR LANDA ARROYO, siguiendo a MIJAIL MENDOZA ESCALANTE; clasifica así a estas causales o motivos: "Así, tenemos que los dos principales límites a la libertad contractual

[533] BIGLIAZI GERI/BRECCIA/BUSNELLI/NATOLI, "Derecho Civil. Hechos y Actos Jurídicos", cit., p. 617.

son: (i) El orden público; y, (ii) otros derechos fundamentales y bienes constitucionalmente protegidos"[534].

Sin embargo, esta clasificación sintética, de las causales o motivos, por los cuales el Estado puede intervenir en la contratación o mercado, o limitar la Autonomía Privada, concretamente la libertad contractual; no es en realidad acertada porque de las clases que la conforman una resulta incorrecta y la otra vaga e indefinida.

Así es, la que resulta incorrecta es la del Orden Público. Como se sabe, este es un principio general del Derecho cuya observancia o cumplimiento, en todos los ámbitos del mismo, resulta siempre hiperevidente. Razón por la cual no solo para el Derecho Contractual, sino para el Derecho en general; legislativamente al incumplimiento de este principio se lo tipifica como la causal de la única nulidad que tiene este carácter (hiperevidente), la cual es la *Nulidad Virtual*; la misma que se encuentra consagrada en el Artículo V, del Título Preliminar, del Código Civil.

De conformidad con lo establecido por esta noma, es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres.

En aplicación de esta norma, todos los acuerdos cuyos contenidos atenten contra leyes cuya finalidad sea salvaguardar el Orden Público; son acuerdos nulos que, como tales, no llegaron a calificar jurídicamente como contratos.

Por tal razón, por adolecer ya de nulidad, estos acuerdos no forman parte del supuesto de hecho de la norma bajo análisis. En efecto, este supuesto consiste en la posibilidad de que el Estado pueda modificar los contenidos contractuales de contratos válidos y, por ende, plenamente vigentes.

---

(534) LANDA ARROYO, "La Constitucionalización del Derecho Civil: El derecho fundamental a la libertad contractual, sus alcances y límites", cit., p. 316.

La interpretación lógica de esta norma demuestra esta situación contundentemente. Literalmente el texto de la misma dice "imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos". Pues bien, ¿cómo podría el Estado realizar estas situaciones sobre los contenidos de contratos que son nulos, por nulidad virtual, por haber atentado dichos contenidos contra el Orden Público? En otras palabras, ¿puede el Estado imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de contratos nulos? La Lógica jurídica que se está aplicando demuestra que ello es realmente imposible.

De tal manera que lo que impone esta norma no es que el Estado puede intervenir en la contratación o mercado, o limitar la Autonomía Privada, concretamente la libertad contractual; para conseguir que los contratos que no cumplieron con el Orden Público, finalmente lo cumplan. No, en absoluto es así porque los contratos que no cumplieron con este principio ya son nulos. Por el contrario, lo que establece esta norma es simplemente que el Estado puede imponer reglas, o establecer limitaciones, al contenido de contratos válidos y, por ende, vigentes; lo cual supone, pues, que los mismos sí respetaron el Orden Público.

Por ello, considerar al Orden Público como uno de las causales o motivos, por los cuales el Estado puede intervenir en la contratación o mercado, o limitar la Autonomía Privada, concretamente la libertad contractual; no es en absoluto correcto.

Asimismo, considerar que también las causales o motivos, por los cuales el Estado puede intervenir en la contratación o mercado, o limitar la Autonomía Privada; son "otros derechos fundamentales y bienes, constitucionalmente protegidos"; resulta vago e indefinido. Ello resulta del hecho de que esta es solo una indicación genérica y no específica de tales derechos y bienes. Esto es, mediante esta indicación no se sabe cuáles son, concretamente, dichos "otros derechos fundamentales y bienes".

Como se puede apreciar, la norma bajo estudio identifica como intereses a todas estas causales o motivos. O, lo que es lo mismo, esta

norma indica que estas causales o motivos están establecidos en función de determinados intereses.

Por tal razón, lo primero que hay que analizar entonces es qué es lo que, en el texto de esta norma, se entiende por intereses.

Aplicando la lógica jurídica, así como el significado correspondiente de este término; se puede apreciar que en esta norma se entiende por intereses concretamente a las razones mediante las cuales, como causa-fin, permite al Estado intervenir en la contratación o mercado peruano.

Así es, en términos lógico jurídicos, los intereses por los cuales puede haber intervencionismo estatal en la contratación o mercado peruano; esta norma los identifica como una causa que, como tal, persigue un efecto o finalidad.

En efecto, la pregunta que se debe hacer, porque correspondientemente corrobora esta situación; es la siguiente: ¿Por qué razones o con qué finalidades puede el Estado intervenir en la contratación o mercado peruano?

Y la respuesta que esta norma da, a esta pregunta, consiste en que tales razones o finalidades concretamente son el interés social, el interés público; y el interés ético.

Ahora bien, hasta aquí solo se ha determinado el significado de intereses como razones o finalidades por las cuales puede haber intervencionismo estatal en la contratación o mercado peruano. Pero la determinación de este significado es insuficiente, porque ello a su vez exige tener que determinar el significado, o en qué consisten; cada una de las tres razones o finalidades por las que, como intereses, esta norma le permite al Estado realizar esta intervención.

Por ello, para efectuar la determinación de estos significados, lo que hay que contestar ahora son tres preguntas; las cuales concretamente son: ¿En qué consiste la razón o finalidad social?, ¿en qué

consiste la razón o finalidad pública?; y ¿en qué consiste la razón o finalidad ética?

Pues bien, solo respecto a una de estas preguntas resulta fácil la determinación de su correspondiente respuesta. Esta pregunta es la última de ellas, la correspondiente a la razón o finalidad ética por la cual puede el Estado intervenir en la contratación o mercado. Por ello, se contesta esta pregunta en primer lugar.

Como es harto conocido, Ética significa costumbres, entendidas como la aspiración de una vida llevada bajo el signo de las acciones estimadas buenas; y que, por ello, es una disciplina filosófica que estudia el contenido moral o normativo que, para tal efecto, deben cumplir los seres humanos(535).

En tal virtud, la contratación o mercado cumple con la Ética cuando sus contenidos consisten en conductas que son buenas para la sociedad; y que son el resultado del cumplimiento de normas morales que correspondientemente existen para ellas.

Es por estas razones que se entiende fácilmente en qué consiste la razón o finalidad ética; por la cual esta norma permite al Estado intervenir en la contratación o mercado peruano. Así es, resulta totalmente válido y legítimo, el intervencionismo estatal, en el mismo; cuando los contenidos contractuales no sean éticos. KARL LARENZ explica ampliamente esta causal de la siguiente manera: "La libertad de configuración interna termina allí donde el concierto contractual, bien por su contenido exclusivamente, o por su contenido junto a las intenciones y motivos al menos de una de las partes, choque contra las 'buenas costumbres', es decir, contra las reglas morales reconocidas por la comunidad jurídica. Trátase también aquí de un límite inmanente de la libertad contractual que resulta de la ingerencia del derecho en la

(535) RICOEUR, Paul, "Ética y Moral", en *Doce Textos Fundamentales de la Ética del siglo XX*, Carlos Gómez (Compilador), Alianza Editorial, Madrid, 2002, p. 241.

moral objetiva y que en realidad se explica por sí mismo. El contenido del contrato choca contra las 'buenas costumbres' cuando, por ejemplo, una de las partes se compromete a observar una conducta inmoral o cuando un acto que solo debe obedecer a razones de conciencia se hace depender de una prestación en dinero; el contrato es contrario a las buenas costumbres en relación con la intención de una de las partes cuando esta explote la situación económica comprometida de la otra para imponerle condiciones opresivas"(536).

En la contratación peruana ello ha ocurrido, por ejemplo, en los casos de contratos en los que existe el riesgo de que sus contenidos importen conductas en las que no se cumpla con el principio de igualdad de trato. Como su nombre lo indica, la aplicación de este principio, en la contratación o mercado; tiene como finalidad evitar que se cometa discriminación contra las partes contratantes que son iguales, o sea que gozan de iguales derechos.

Efectivamente, si se materializa este riesgo, este contenido contractual, además de inconstitucional por violar un derecho fundamental de la persona; tampoco será ético porque la conducta que resulta buena, para estos casos, es la que se identifica con el principio de igualdad; el cual tiene, como norma moral, tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales. Es por eso que, para estos casos, el Estado ha intervenido dictando leyes que, en parte de su contenido, limitan la Autonomía Privada; imponiendo un mecanismo mediante el cual se consigue cumplir con este principio(537).

Ahora, respecto a las otras dos preguntas planteadas, sí es algo difícil la determinación de sus respuestas; porque estas razones o finalidades resultan algo vagas o indefinidas.

---

(536) LARENZ, "Derecho de obligaciones", T. I, cit., p. 75.

(537) Un caso específico de imposición legal, de este principio, es el de las normas de la ley peruana del Mercado de Valores; que imponen el mecanismo de la OPA obligatoria para la adquisición del control empresarial de las empresas con acciones cotizadas en Bolsa. Para un conocimiento amplio del mismo, véase: "La contratación del mercado de valores", Miguel TORRES MÉNDEZ, Grijley, Lima, 2012.

Así es, empezando por la razón o finalidad social, esta solo inicialmente se la puede determinar fácilmente. Porque al calificar de "social", a esta finalidad, con ello esta norma exige, para la misma, la aplicación de un derecho concreto y particular; el cual es el Derecho Social.

De tal manera que es el Derecho Social el que determina, finalmente, en qué consiste la razón o finalidad mediante la cual, como interés social; esta norma permite el intervencionismo estatal en la contratación o mercado peruano. Derecho (Social) que está consagrado constitucionalmente en el Perú (Capítulo II, Constitución política vigente) y que, por ello, en él se inspira actualmente el Derecho Contractual, bajo el principio de Autonomía Privada en que este se sustenta.

Por tal razón, el artículo 1355, del Código Civil; goza de total concordancia con la Constitución, en lo concerniente al modelo de Estado Social, que esta impone, para el Estado peruano; en su artículo 43. Igualmente, este modelo estatal (Estado Social) se encuentra corroborado por la doctrina constitucionalista peruana. Así, CÉSAR LANDA ARROYO refiere al respecto que: "Debemos recordar que el Estado Constitucional del Perú sigue el modelo del Estado Social y Democrático de Derecho"[538].

Como se ha precisado (Ver II.3.5.), el Derecho Social se debe aplicar, en la contratación o mercado; mediante la imposición legal de contenidos contractuales que defiendan o protejan los derechos sociales, los cuales, en este caso, son concretamente los derechos de los consumidores.

Es así como la determinación del significado de la razón o finalidad social, o interés social, que permite el intervencionismo estatal en la contratación; sí resulta fácil en primera instancia, porque ello lo permite el adjetivo o calificativo de "social", el cual se le conoce bastante bien.

---

[538] LANDA ARROYO, "La Constitucionalización del Derecho Civil: El derecho fundamental a la libertad contractual, sus alcances y límites", cit., p. 312.

Sin embargo, la determinación de este significado resulta limitado o insuficiente; porque no permite saber o conocer cuáles son, exactamente, los derechos sociales por cuya defensa o protección esta norma permite el intervencionismo estatal en la contratación o mercado peruano.

Efectivamente, está claro que en los contenidos contractuales deben estar defendidos o protegidos los derechos sociales de los consumidores, y que es por ello que, cuando esto no ocurra; esta norma faculta al Estado a intervenir para modificar dichos contenidos mediante leyes.

Pero, ¿cuáles son concretamente los derechos sociales de los consumidores que siempre deben defenderse o protegerse en los contenidos contractuales? Mediante la indicación del carácter social, de la razón o finalidad, solo se puede saber que son genéricamente los derechos sociales de los consumidores. Así es, la norma bajo análisis solo se limita a indicar que el interés social, como razón o finalidad, debe tener este carácter, "social"; pero no indica o precisa nada, en cuanto a cuáles son los derechos sociales de los consumidores cuya protección le da este carácter a este interés.

La falta de indicación específica, en el texto de esta norma, de los derechos sociales de los consumidores que le dan carácter social a una de las razones o finalidades, por las cuales el Estado puede intervenir en la contratación o mercado; ocasiona, pues, dificultad, tanto teórica como práctica, para que pueda aplicarse este intervencionismo por esta causal.

Así es, esta omisión legislativa finalmente crea entonces el riesgo de que el Estado pueda calificar, libremente a su criterio, como social cualquier derecho para poder intervenir en la contratación o mercado; lo cual produciría falta de Seguridad Jurídica en el mismo.

Como se ha destacado, el intervencionismo estatal en la contratación o mercado siempre tiene carácter excepcional. Por ello, no

se puede admitir este riesgo en el mismo, porque sería atentatorio o violatorio de este principio general del Derecho y, además, valor supremo del mismo (Seguridad Jurídica).

Por tal razón, lo que corresponde hacer entonces, mediante la interpretación jurídica correspondiente a esta norma, es determinar cuáles son exactamente los derechos sociales de los consumidores por los cuales la misma, para su defensa o protección, sí permite al Estado intervenir en la contratación o mercado peruano.

Para ello, como se puede colegir, se necesita un criterio. Pues bien, ¿cuál puede ser este criterio? Como se trata de los derechos de los consumidores, que tienen carácter social, resulta evidente que, del universo de los derechos sociales de los mismos; se deben seleccionar o elegir solo a algunos de ellos para identificarlos como los que, para su defensa y protección, esta norma permite al Estado intervenir en la contratación o mercado peruano.

Es precisamente para esta selección o elección, de estos derechos, que se necesita de un criterio. Porque de lo contrario, si mediante el mismo no se hiciera esta selección o elección, el Estado podría invocar entonces como derechos sociales de los consumidores todos los que conforman el universo o grupo, de estos derechos, para poder intervenir en la contratación o mercado; lo cual, pues, afectaría la Seguridad Jurídica del mismo.

Como se puede colegir, para que este criterio sea correcto no puede establecerse mediante una determinación subjetiva, sino objetiva. Como tal, el mismo es resultado de la aplicación de las tendencias o doctrinas intermedias, o eclécticas, que existen en materia de regímenes económicos. EDUARDO NOVOA MONREAL explica sobre las mismas lo siguiente: "Entre el individualismo capitalista y el socialismo marxista se dan muchas gamas doctrinarias que toman de uno y otro algunos aspectos o que, simplemente, construyen una doctrina intermedia en la que aparecen algunos elementos nuevos. (…) Cabe aquí

una abundante gradación que va desde los principios económicos de Keynes, sobre una limitada intervención del Estado en la economía, hasta la posición de una social democracia o de un social cristianismo avanzados, que pueden admitir hasta la gestión económica directa por el Estado de importantes actividades económicas"(539).

Efectivamente, han sido estos regímenes económicos intermedios, entre los que figura principalmente la Economía Social de Mercado; los que propugnan el intervencionismo estatal en la contratación o mercado para que, mediante leyes, se defienda y proteja a la parte débil que actúa en el mismo. Para, de esta manera, se combata la desigualdad y se obtenga una mejor distribución de la riqueza(540). Así, EDUARDO NOVOA MONREAL precisa al respecto que lo que estos regímenes buscan es: "Adoptar las medidas para que se haga realidad un más pleno desarrollo humano y una mayor participación social de los grupos más desposeídos"(541).

Y, finalmente, el criterio para lograr ello objetivamente no ha sido determinado por el que realiza el intervencionismo en la contratación o mercado (Estado), así como tampoco por ninguno de los que tienen intereses en conflicto en cuanto al mismo (empresas y consumidores). Porque resulta claro que no es el Estado, como posible intervencionista, ni tampoco los gremios empresariales y las instituciones que representan los intereses de los consumidores; los que pueden fijar o establecer objetivamente este criterio. Fue concretamente un tercero, cuya imparcialidad siempre ha resultado pertinente para ello, el que objetivamente ha fijado el mismo.

Este tercero imparcial, el cual ha ido estableciendo este criterio de manera universal, ha sido la Iglesia Católica. Así es, esta histórica institución religiosa, mediante la doctrina especial que ha elaborado

(539) NOVOA MONREAL, "El derecho como obstáculo al cambio social", cit., p. 133.

(540) *Ibídem*.

(541) *Ibídem*.

para ello, denominada precisamente "Doctrina Social de la Iglesia"; fue la que empezó a orientar e incentivar los fundamentos sociales de estas tendencias o doctrinas intermedias, o eclécticas, que existen en materia de regímenes económicos. EDUARDO NOVOA MONREAL lo reseña de la siguiente manera: "Estas tendencias empiezan a esbozarse desde fines del siglo pasado, en buena parte impulsadas por la denominada 'doctrina social de la Iglesia'; cobran importancia a raíz de los desajustes y desequilibrios económicos provocados por las dos grandes guerras de este siglo y por la crisis de 1929, y van haciéndose progresivamente realidad a través de disposiciones legales de aquellas que hemos agrupado con el nombre de leyes nuevas con sentido social. Ellas auspician, en un comienzo, la acción del Estado en la educación, la vivienda y la salubridad pública y más adelante, propugnan que se extienda a la fiscalización, planificación e incluso gestión de actividades económicas"(542).

Fue así entonces como la "Doctrina Social de la Iglesia" estableció el criterio para determinar los derechos sociales de los consumidores, que deben ser defendidos o protegidos como interés social por el Estado; mediante su intervención en la contratación o mercado. Tal criterio consiste concretamente en que, para este intervencionismo, el Estado debe tener en cuenta a los que son sectores económicos o mercados especiales, siendo la especialidad de los mismos los que son sensibles socialmente. De tal manera que dichos derechos sociales son los que ejercen los consumidores en los sectores económicos o mercados conocidos y calificados como "sensibles".

Estos sectores económicos o mercados inicialmente fueron educación, vivienda y salud. Pero actualmente se les han adicionado otros más, los cuales son transporte y seguridad social. Así lo determina, con precisión, la Constitución política vigente en su Capítulo II.

Complementando entonces lo impuesto por la norma bajo estudio, el Estado puede intervenir, en la contratación o mercado peruano,

(542) *Ibídem*, pp. 133 y 134.

por la causal o motivo de interés social; solamente en las contrataciones correspondientes a estos sectores económicos o mercados especiales.

En efecto, así es como exactamente viene sucediendo en la contratación o mercado peruano actualmente. En los últimos años, mediante varias leyes, el Estado peruano viene modificando los contenidos contractuales de los contratos correspondientes a estos sectores económicos o mercados especiales. Varias de estas leyes se analizan en este capítulo, en los ítems correspondientes al estudio casuístico del intervencionismo estatal en la contratación o mercado peruano.

Puede advertirse que lo que tienen en común, todos estos sectores económicos, o mercados especiales; es su carácter esencial para la satisfacción de necesidades sociales mínimas o urgentes. Es la esencialidad social, de estos mercados, la que hace necesario, pues, que la ley permita la intervención del Estado, en las contrataciones que constituyen los mismos; para evitar que en ellas la parte fuerte (las empresas) abusen de los derechos sociales de la parte débil (los consumidores).

Así es, es por eso que esta característica esencial común, de estos sectores económicos, o mercados especiales; es considerado como un criterio de justicia para la identificación del contenido de los derechos sociales(543). Porque dicha característica hace "referencia a un conjunto de necesidades básicas de todos los seres humanos. Se trata de una posición extendida entre los defensores de los derechos sociales que consiste en convenir en que los individuos tienen determinadas necesidades existenciales que se traducen en exigencias morales"(544).

De tal manera que, para efectos didácticos, en la presente obra doctrinaria a estos sectores económicos, o mercados especiales; se les va a identificar mejor mediante la denominación de "Sectores Económicos Sensibles".

(543) MORALES, "Derechos sociales constitucionales y democracia", cit., p. 189.

(544) *Ibídem*.

Esta denominación obedece a que el carácter esencial que tienen se debe, o es consecuencia, de la sensibilidad social que siempre exigen, que tenga el Derecho, frente a los mismos. Porque es en ellos donde de manera masiva y constante se constata que la parte débil, de la contratación o mercado, la cual son los consumidores; sufren abusos y violaciones de sus derechos, lo cual justifica, pues, la necesidad de que la ley permita al Estado imponer las correcciones de los mismos.

La "Doctrina Social de la Iglesia" corrobora la necesidad del intervencionismo estatal, en la contratación o mercado, para realizar la corrección de esta deficiencia, del mismo; al proclamar que: "La Iglesia sostiene siempre que la actividad económica no debe considerarse antisocial. Por eso, el mercado no es ni debe convertirse en el ámbito donde el más fuerte avasalle al más débil"(545).

Como la única manera posible de conseguir que en el mercado "el más fuerte avasalle al más débil", es con leyes mediante las cuales el Estado pueda evitarlo; mediante esta proclamación la Iglesia Católica aprueba, pues, la necesidad del intervencionismo estatal, en la contratación o mercado, para obtener esta finalidad.

Finalmente, se debe determinar en qué consiste la razón o finalidad pública, mediante la cual, como interés público, la norma bajo estudio también permite al Estado intervenir en la contratación o mercado peruano. Para determinar esta otra causal o motivo, de este intervencionismo; se debe contestar entonces la siguiente pregunta: ¿Qué es lo público, o cuando algo tiene carácter público?

Definitivamente, como ya se ha demostrado en este subítem, por la aplicación de la *Nulidad Virtual* la respuesta a esta pregunta

(545) BENEDICTO XVI, "Caritas in Veritate. Sobre el Desarrollo Humano Integral en la caridad y en la verdad", Documento Pontificio o Carta Encíclica, Paulinas-Epiconsa, Lima, 2009, p. 55.

no consiste en que lo público está relacionado con el Orden Público. Este principio no es una causal o motivo para que el Estado limite la libertad contractual, porque los contratos que no han cumplido con el mismo simplemente son nulos; por lo cual ya es innecesario que el Estado pueda modificarlos para que cumplan con él.

La respuesta correspondiente a esta pregunta consiste, más bien, en la identificación de lo público con lo social. Efectivamente, ello resulta del hecho de que público, como adjetivo, es lo opuesto a lo privado o particular. O sea es lo que atañe o afecta no a uno, o a algunos particulares; sino a la sociedad en su conjunto.

Por tal razón, el interés público, como razón o finalidad; es concretamente lo que tiene interés para el público o para la sociedad.

Pues bien, si el interés público se identifica con lo social; ¿cuál es la diferencia entonces entre el interés social con el interés público?

La respuesta es ninguna. Porque tanto en la teoría como en la práctica son exactamente lo mismo. Esta identidad significa entonces, finalmente, lo cual resulta en realidad una verdad de perogrullo; que los derechos sociales son también derechos públicos.

Así es, ello se comprueba de lo que acontece en los Sectores Económicos Sensibles. Como se está precisando, en estos el carácter esencial que tienen se debe, o es consecuencia, de la sensibilidad social que siempre exigen, que tenga el Derecho, frente a los mismos.

En tal virtud, puede apreciarse que esta sensibilidad social es también una sensibilidad pública, porque no es una sensibilidad privada o particular; sino una sensibilidad que atañe o afecta a la sociedad en general.

Por eso, como el interés público es lo mismo que el interés social, son solamente dos, entonces, las únicas causales o motivos por las cuales, la norma bajo análisis, permite al Estado intervenir en la contratación o mercado peruano. Estas son el interés social (público) y el interés ético.

IV.2. Estudio Casuístico: Análisis de tres leyes mediante las cuales se ha realizado intervencionismo estatal en la contratación o mercado peruano. Tres leyes que demuestran la invalidez del artículo 62 de la Constitución.

El estudio casuístico del intervencionismo estatal en la contratación o mercado peruano, que se realiza en la presente obra doctrinaria, abarca o comprende solo tres casos concretos de este intervencionismo.

Pero esto no debe llevar a pensar que estos son los únicos casos que, de este intervencionismo, existen en esta contratación o mercado; y que, por ello, los mismos no resultarían suficientes, para la comprobación de la invalidez, por *desuetudo*, del artículo 62 de la Constitución. Por supuesto que no, existen muchos otros casos más, los cuales forman parte de las legislaciones correspondientes a los Sectores Económicos Sensibles que, desde la vigencia de la Constitución; se vienen dando. Algunos de estos casos han sido analizados, en la doctrina peruana; pero lamentablemente sin que, para tal análisis, se haya tenido en cuenta el régimen económico de Economía Social de Mercado adoptado en el artículo 58 de la Constitución. Este régimen económico, como se ha demostrado en la presente obra doctrinaria, es, conjuntamente con el principio de Autonomía Privada; determinante para la comprobación de la validez jurídica del intervencionismo estatal en la contratación o mercado peruano(546).

(546) Tales análisis son los de Fernando De Trazegnies Granda, el cual se limita simplemente a explicar que puede haber una intervención directa del Estado en los contratos entre particulares; tomando en cuenta para ello solo el artículo 62 de la Constitución y no el artículo 58 de la misma ("Reflexiones a propósito del papel del contrato en la construcción de un orden social libre", cit., pp. 10-11); y Carlos Soto Coaguila, el cual analiza varios casos antiguos de intervencionismo estatal en la contratación o mercado peruano, pero también sin tener en cuenta el artículo 58 de la Constitución, que es determinante para este intervencionismo, por adoptar el régimen económico de Economía Social de Mercado ("El *Pacta Sunt Servanda* y la revisión del contrato", en *El contrato en una Economía de Mercado*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2009).

Es solo por razones de espacio que se analizan, en la presente obra doctrinaria, solo tres casos de este intervencionismo.

Estos casos consisten en tres leyes, las cuales constituyen los casos más recientes, de este intervencionismo; y que han resultado ser los más relevantes y trascendentes, hasta el momento, para la contratación o mercado peruano. Tal trascendencia o relevancia es consecuencia, como corresponde, a que las contrataciones o mercados afectados son o pertenecen a sectores económicos sensibles.

O dicho de otra manera, la trascendencia o relevancia, de estos tres casos de intervencionismo estatal, en la contratación o mercado peruano; se debe a que mediante estas leyes intervencionistas el Estado ha defendido o protegido los derechos sociales de los consumidores. Y para realizar tal defensa o protección "social" tuvo que modificar los contenidos contractuales correspondientes. Lo cual pudo hacerlo, pues, aplicando el régimen económico que tiene carácter "social"; el cual es la Economía Social de Mercado, adoptado en el artículo 58 de la Constitución.

Estos casos se analizan a continuación en orden cronológico.

IV.2.1. El intervencionismo estatal en la Seguridad Social peruana. Análisis contractual de la Ley de Libre Desafiliación de las AFPs.

IV.2.1.a. Reseña legal y descripción de la modificación contractual impuesta por esta ley.

Mediante la Ley N° 28991, del año 2006, el Estado intervino en la contratación o mercado de la Seguridad Social peruana, concretamente en el Sistema Privado de Pensiones que forma parte de la misma; modificando los contenidos contractuales de la contratación correspondiente a este sistema o mercado.

De conformidad con lo establecido por el artículo 1, de esta ley, "*Podrán desafiliarse y retornar al Sistema Nacional de Pensiones (SNP);*

todos los afiliados al Sistema Privado de Pensiones (SPP) que hubiesen ingresado al SNP hasta el 31 de diciembre de 1995, y que al momento de hacer efectiva tal desafiliación les corresponda una pensión de jubilación en el SNP, independientemente de la edad".

La principal modificación que ha producido esta ley, en los contenidos contractuales de la contratación correspondiente al mercado del Sistema Privado de Pensiones; ha consistido en imponer, para esta contratación, que el derecho de desafiliación de las AFPs ya no se tiene que ejercer de mutuo acuerdo, sino que se puede ejercer de manera unilateral por parte de los afiliados.

Mediante esta modificación contractual, lo que esta ley ha impuesto, entonces; es que ahora los contratos de afiliación les otorgan, a los afiliados, el derecho unilateral de desafiliación,

Así es, antes de esta ley los afiliados no eran titulares de este derecho, porque la desafiliación solo era posible de darse de mutuo acuerdo; esto es, con el consentimiento de la AFP correspondiente y el afiliado o futuro pensionista.

La carencia de este derecho, de la que adolecían los afiliados, se debía simplemente a la aplicación de la lógica jurídica a la contratación correspondiente al mercado del Sistema Privado de Pensiones. En efecto, tal lógica era la siguiente: como la afiliación correspondiente se hizo de mutuo acuerdo, o sea mediante contrato; consecuente o coherentemente con ello, entonces, la desafiliación también debe hacerse exactamente de la misma manera, o sea de mutuo acuerdo o mediante contrato.

Por tal razón, las AFPs siempre se cuidaban de que en una de las cláusulas, del contrato de afiliación correspondiente, figurara el requisito del mutuo acuerdo para la desafiliación; aún cuando ello en realidad no era necesario porque, por la lógica jurídica descrita, tal requisito resultaba tácito o implícito.

IV.2.1.b. Análisis de la validez y legitimidad del intervencionismo estatal, impuesto por esta ley, en la contratación o mercado correspondiente a la Seguridad Social peruana.

Como se indica en el título de este subítem, el análisis de esta ley debe comprender tanto lo concerniente a su validez, como lo concerniente a su legitimidad.

Por ello, son dos las situaciones jurídicas que se deben verificar para determinar si el intervencionismo estatal, que impone esta ley en la contratación o mercado correspondiente a la Seguridad Social peruana; es válida y legítima a la vez. Una de ellas es genérica y la otra específica.

La situación jurídica genérica tiene que ver con la validez de esta ley, porque la determina la constitucionalidad de la misma. Mientras que la situación jurídica específica tiene que ver con la legitimidad de esta ley, porque la determina la aplicación pertinente, por la misma, de una de las causales previstas en el artículo 1355 del Código Civil.

¿Es constitucional y, por ende, válida, la Ley N° 28991? La respuesta contundentemente es afirmativa. Ello porque esta ley sí es conforme, o guarda concordancia, con las normas válidas de la Constitución de 1993.

Así es, como se ha precisado en el capítulo anterior, la Constitución sí permite el intervencionismo estatal en la contratación. Ello resulta de lo establecido por el artículo 58 de esta ley superior que, por adoptar el régimen económico de Economía Social de Mercado; es la norma de la Constitución que consagra la posibilidad de este intervencionismo.

Ahora bien, ¿la Ley N° 28991 es conforme o guarda concordancia, con el artículo 62, primer párrafo, de la Constitución; el cual prohíbe al Estado modificar mediante leyes los contenidos contractuales?

Obviamente que no. Pero ello jurídicamente no afecta en nada la validez de dicha ley. Porque, como se ha demostrado en el capítulo

anterior, el artículo 62, primer párrafo, de la Constitución; no es una norma válida.

Son estas las razones, por tanto, por las cuales la Ley N° 28991 sí es una ley constitucional y, por ende, válida.

Asimismo, ¿es legítima y, por ende, pertinente la Ley N° 28991? La respuesta contundentemente también resulta afirmativa. Ello porque mediante esta ley sí se está aplicando una de las causales por las cuales el artículo 1355, del Código Civil, permite el intervencionismo estatal en la contratación.

Concretamente esta ley es una aplicación de la causal consistente en el interés social o público. Ello resulta del hecho de que, como se ha precisado (Ver III.1.), la Seguridad Social es uno de los derechos fundamentales de la persona que es un derecho social. La Constitución política vigente tipifica expresamente, el acceso a la misma, como derecho social (Artículo 10, Capítulo II: De los Derechos Sociales y Económicos).

Y sobre este derecho social, la Seguridad Social, existe un mercado; el cual es un sector económico sensible. Tal sensibilidad se debe a que el mismo no consiste en cualquier situación socioeconómica; sino que es uno de los principales derechos fundamentales de la persona, porque se trata, nada menos, que de los fondos para la futura subsistencia de los trabajadores cuando estos, por jubilación, dejen de percibir una remuneración. Es definitivamente por esta razón, por la que la administración de estos fondos, con los cuales se deberán constituir las futuras pensiones correspondientes; sí revisten importancia o interés para la sociedad. Por eso, también es de justicia social la intervención estatal, en esta contratación; para proteger este derecho social de estos consumidores.

Es por eso que para la contratación o mercado de la Seguridad Social el interés social, o derecho social, que concretamente protege esta ley es, como se puede colegir, del título de la misma; la libre

afiliación así como la libre desafiliación de las AFPs, por parte de los futuros pensionistas.

De tal manera que la defensa o protección del derecho de afiliación a una AFP, el cual comprende el *jus variandi* o derecho de cambio, de dicha afiliación; sí resulta acorde con la causal de interés social prevista por el artículo 1355 del Código Civil.

Por tal razón, la Ley N° 28991 sí es una ley legítima y, por ende, pertinente; para que, mediante la misma, se realice intervencionismo estatal en la contratación o mercado peruano.

En tal virtud, cuando los consumidores de los servicios que prestan las AFPs, los cuales son los afiliados, futuros pensionistas, no están conformes con estos servicios de administración financiera de sus fondos, por parte de la AFP que han elegido; es de justicia social, pues, que les corresponda tener el derecho al cambio de la misma, o *jus variandi*.

Porque siempre se podrá comprobar que cuando estos consumidores intenten obtener este derecho de mutuo acuerdo, o sea cuando intenten negociar para ello; nunca podrán conseguirlo por carecer del poder de negociación correspondiente; debido a la desigualdad económica que existe entre ellos y sus cocontratantes, las cuales son empresas (AFPs).

Así es, estas empresas, por tener mayor poder de negociación, siempre les rechazarán esta pretensión, y cada vez que los afiliados la intenten, el rechazo de la misma será total e inquebrantable; porque ni siquiera les darán alguna posibilidad de negociación. Esta situación siempre tenderá a producirse de esta manera, o sea sin negociación en la contratación correspondiente, tanto para la afiliación como para la desafiliación, de las AFPs; porque se realiza mediante contratación en masa, la cual se caracteriza por la imposición, por parte de las empresas, de muy poca o ninguna negociación.

Es por eso que el intervencionismo estatal en la contratación, que se realiza mediante la ley bajo análisis, sí resulta acorde para el interés social o público, o protección del derecho social o público, que tiene como finalidad la misma; porque se sitúa en la perspectiva de la defensa de la parte débil de la contratación o mercado.

Esto es, este intervencionismo estatal en la contratación o mercado del Sistema Privado de Pensiones; sí está justificado porque sirve para impedir que, en el mismo, el fuerte oprima al débil.

IV.2.2. El intervencionismo estatal en la contratación o mercado peruano de la educación privada. Análisis contractual de la Ley de Protección de la Economía Familiar respecto al pago de pensiones en Centros y Programas Educativos Privados.

IV.2.2.a. Reseña legal y descripción de la modificación contractual impuesta por esta ley.

Mediante la Ley N° 29947, del año 2012, el Estado intervino nuevamente(547) en la contratación o mercado de la educación peruana, concretamente en la educación privada; modificando los contenidos contractuales de la contratación correspondiente a este mercado.

De conformidad con lo establecido por el artículo 2, de esta ley, "*Los institutos, escuelas superiores, universidades y escuelas de posgrado públicos y privados no pueden condicionar ni impedir la asistencia a clases, la evaluación de los alumnos, ni la atención de los reclamos formulados, al pago de las pensiones en el ciclo lectivo en curso. En este último caso, las instituciones educativas pueden retener los certificados correspondientes al periodo no pagado, siempre que se haya informado adecuadamente de esto a los usuarios al momento de la matrícula y procedan a la matricula del ciclo siguiente previa cancelación de su deuda. La tasa de interés para las moras sobre pensiones no pagadas no podrá superar la tasa de interés*

(547) La primera vez fue mediante la Ley Nº 27665 del 8-2-02.

interbancario dispuesta por el Banco Central de Reserva del Perú. De igual manera no se podrá condicionar la rendición de evaluaciones del ciclo lectivo en curso a los alumnos que estén desempeñándose como deportistas calificados de alto nivel a la asistencia presencial a clases que colisionen con las horas de entrenamiento y/o con los eventos deportivos en los que participan, debiendo para ello encontrarse acreditados por el Instituto Peruano del Deporte. De ser el caso, se debe reprogramar las fechas de evaluación de los mismos".

La principal modificación que ha producido esta norma, de esta ley, en los contenidos contractuales de la contratación correspondiente al mercado de la educación privada; ha consistido en imponer, para esta contratación, varias prohibiciones para la parte educadora que antes no estaban incluidas en dichos contenidos.

Estas prohibiciones genéricamente le acarrean, a la parte educadora, la limitación casi total de un derecho propio de la reciprocidad contractual. Así es, antes de esta ley esta parte podía ejercer siempre todos los derechos correspondientes a dicha reciprocidad.

Como se sabe, la prestación privada de servicios educativos tiene su origen o causa en el contrato de Locación de Servicios; el cual es un contrato sinalagmático o con prestaciones recíprocas.

Uno de los efectos propios que produce, esta clase de contrato, es el derecho denominado Excepción de Incumplimiento; el cual se encuentra regulado en el artículo 1426 del Código Civil.

De conformidad con lo establecido por esta última norma, mediante el ejercicio de este derecho, la parte que es cumplidora puede legítimamente suspender el cumplimiento de su prestación; hasta que la parte incumplidora cumpla con la contraprestación o garantice su cumplimiento.

Como se puede apreciar, la Excepción de Incumplimiento es un derecho de suspensión, del cumplimiento de un contrato; el cual es legítimo porque está sustentado en el contenido sinalagmático o

recíproco del mismo. El fundamento, de este contenido, es lógico jurídico; el cual se sintetiza en el siguiente razonamiento: "No cumplo mientras que tú a la vez no cumplas".

Por tal razón, en la ejecución de los contratos de Locación de Servicios educativos privados, la parte educadora venía ejerciendo legítimamente este derecho, consistente en la Excepción de Incumplimiento; cuando la otra parte incumplía con su contraprestación de pago de la retribución dineraria correspondiente. Así, cuando esto último ocurría, lo que hacía entonces era legítimamente suspender la prestación de los servicios educativos a su cargo; impidiéndole a los alumnos la asistencia a clases, la evaluación; y la atención de sus reclamos. Y, conforme a lo establecido por el artículo 1426 del Código Civil; tal suspensión regía hasta al pago de las pensiones correspondientes.

Por eso es que la parte educadora siempre se cuidaba de que en una de las cláusulas, del contrato de Locación de Servicios correspondiente; estuviera incluido el derecho de Excepción de Incumplimiento; aún cuando ello en realidad no era necesario porque, por el contenido recíproco del mismo, tal inclusión resultaba tácita o implícita.

¿Qué sucede ahora en estos contratos con lo impuesto por el artículo 2, de la ley bajo análisis? Pues, como puede fácilmente colegirse, esta norma ha limitado bastante a la parte educadora, a los centros y programas educativos privados; el derecho de Excepción de Incumplimiento. O sea, si bien esta parte sigue siendo titular de este derecho, solo puede ejercerlo de manera muy limitada.

La amplia limitación de este derecho resulta de la prohibición expresa, que impone esta norma a la parte educadora, de impedir a los alumnos la asistencia a clases, la evaluación y la atención de sus reclamos; mientras no realicen el pago de las pensiones correspondientes.

Como lo determina la lógica jurídica, al ser esta limitación un perjuicio para las empresas educativas; para los consumidores de los servicios educativos, que estas prestan, es un beneficio.

El beneficio que esta norma les otorga, a estos consumidores, concretamente es una facilidad de pago de las pensiones educativas. Esta facilidad consiste concretamente en que, para dicho pago, dichas empresas, frente a dichos consumidores; solo pueden ejercer muy limitadamente la Excepción de Incumplimiento.

IV.2.2.b. Análisis de la validez y legitimidad del intervencionismo estatal, impuesto por esta ley, en la contratación correspondiente a la educación privada peruana.

Tal como se hizo con la ley anteriormente analizada, y como se indica en el título de este subítem; el análisis de esta ley debe comprender tanto lo concerniente a su validez, como lo concerniente a su legitimidad. Por ello, son dos las situaciones jurídicas que se deben verificar para determinar si el intervencionismo estatal, que impone esta ley en la contratación correspondiente a la educación privada peruana; es válida y legítima a la vez. Una de ellas es genérica y la otra específica.

La situación jurídica genérica tiene que ver con la validez de esta ley, porque la determina la constitucionalidad de la misma. Mientras que la situación jurídica específica tiene que ver con la legitimidad de esta ley, porque la determina la aplicación pertinente, por la misma, de una de las causales previstas en el artículo 1355 del Código Civil.

¿Es constitucional y, por ende, válida, la Ley N° 29947? La respuesta contundentemente es afirmativa. Ello porque esta ley sí es conforme, o guarda concordancia, con las normas válidas de la Constitución de 1993.

Así es, como se ha precisado en el capítulo anterior, la Constitución sí permite el intervencionismo estatal en la contratación. Ello resulta de lo establecido por el artículo 58 de esta ley superior que, por adoptar el régimen económico de Economía Social de Mercado; es la norma de la Constitución que consagra la posibilidad de este intervencionismo.

Ahora bien, ¿la Ley N° 29947 es conforme, o guarda concordancia, con el artículo 62, primer párrafo, de la Constitución; el cual prohíbe al Estado modificar mediante leyes los contenidos contractuales?

Obviamente que no. Pero ello jurídicamente no afecta en nada la validez de dicha ley. Porque, como se ha demostrado en el capítulo anterior, el artículo 62, primer párrafo, de la Constitución; no es una norma válida.

Son estas las razones, por tanto, por las cuales la Ley N° 29947 sí es una ley constitucional y, por ende, válida.

Asimismo, ¿es legítima y, por ende, pertinente la Ley N° 29947? La respuesta contundentemente también resulta afirmativa. Ello porque mediante esta ley sí se está aplicando una de las causales por las cuales el artículo 1355, del Código Civil, permite el intervencionismo estatal en la contratación.

Concretamente esta ley es una aplicación de la causal consistente en el interés social o público. Ello resulta del hecho de que, como se ha precisado (Ver III.1.), la educación es uno de los derechos fundamentales de la persona que es un derecho social. La Constitución política vigente tipifica expresamente, el acceso a la misma, como derecho social (Artículo 13, Capítulo II: De los Derechos Sociales y Económicos).

Efectivamente, sobre este derecho social, la educación, existe un mercado; el cual es un sector económico sensible. Porque el mismo no consiste en cualquier situación socioeconómica; sino que se trata, nada menos, que de uno de los principales derechos fundamentales de la persona. Es definitivamente por esta razón, por la que la educación sí reviste importancia o interés para la sociedad. Esto es, también es de justicia social esta intervención, en esta contratación; para proteger este derecho social de estos consumidores.

Y para el caso concreto de la contratación o mercado de la educación privada, resulta que el interés social, o derecho social,

que concretamente atiende esta ley es, como indica el título de la misma; la protección de la economía familiar, la cual se traduce en la capacidad de pago de los padres de familia de los educandos. Así es, en un país como el nuestro son muy pocos los padres de familia que cuentan con ingresos fijos y seguros, los cuales les permitan siempre pagar puntualmente las correspondientes pensiones educativas. Por eso, cuando dichos padres no cuenten temporalmente con la capacidad de pago para ello; no resulta justo socialmente que los educandos se vean perjudicados.

De tal manera que la defensa o protección, de los derechos de los consumidores de servicios educativos privados; sí resulta acorde con la causal de interés social prevista por el artículo 1355 del Código Civil.

Por tal razón, la Ley N° 29947 sí es una ley legítima y, por ende, pertinente; para que, mediante la misma, se realice intervencionismo estatal en la contratación o mercado peruano.

Ahora bien, con los fundamentos explicados hasta el momento se ha comprobado que esta ley resulta correcta o acorde con lo dispuesto por la Constitución y el Código Civil; solo en cuanto a lo que se refiere al hecho de poder el Estado realizar intervencionismo en la contratación o mercado peruano. Esto es, mediante dichos fundamentos solo se ha comprobado que esta ley es válida y legítima en cuanto a este hecho o circunstancia.

Pero, ¿el intervencionismo estatal, que es válido y legítimo imponer, esta ley lo ha impuesto de manera adecuada o correcta para la contratación o mercado de la educación privada?

Para responder esta pregunta se debe verificar si los consumidores de los servicios educativos privados no estaban conformes, con los mismos, por parte de las empresas educativas que han elegido; porque estas estaban violando o abusando de sus derechos. De haber sido así, sí habrá sido adecuado o correcto entonces el intervencionismo estatal en la contratación o mercado de la educación privada peruana. Porque

también habrá sido de justicia social esta intervención, en esta contratación; para proteger los derechos sociales de estos consumidores.

Pero resulta que la ley bajo análisis no impone la corrección de abusos de los derechos de estos consumidores. Efectivamente, no hubo de por medio ningún abuso, tanto en la celebración como en la ejecución de los contratos con prestaciones recíprocas correspondientes; porque el derecho de Excepción de Incumplimiento es un elemento natural de los mismos.

Siendo ello así, parecería entonces que el intervencionismo estatal que se realiza, mediante la ley bajo análisis; no resulta acorde con el interés social que tiene como finalidad la misma; porque no se sitúa en la perspectiva de defensa de la parte débil de la contratación o mercado. Esto es, parecería que este intervencionismo estatal, en la contratación o mercado de la educación privada peruana, no estaría justificado porque no serviría para impedir que el fuerte oprima al débil.

Sin embargo, no es realmente así. La ley bajo análisis sí se sitúa en la perspectiva de defensa de la parte débil de la contratación o mercado. Esto es, sí tiene como finalidad impedir que el fuerte oprima al débil. Lo que pasa es que busca conseguir esta finalidad de una manera desmesurada o extrema.

Así es, esta ley lo que impone es una sobreprotección de la parte débil de la contratación o mercado de la educación privada peruana. Ello resulta del hecho de que, como se ha precisado en el subítem anterior, esta ley impone una limitación casi total del derecho de Excepción de Incumplimiento; el cual es un elemento natural de los contratos con prestaciones recíprocas. Y toda sobreprotección no es buena, porque es dañina y perjudicial; siendo los perjuicios tanto para la parte educadora, como para los alumnos o educandos. Estos perjuicios se explican a continuación.

Empezando por los perjuicios que sufre la parte educadora, se debe tener en cuenta que esta parte realiza siempre una inversión para prestar los servicios educativos privados. Tal inversión, sea grande o pequeña, le ha significado siempre un gasto o sacrificio económico que, como toda inversión, se hace con la expectativa legítima de recuperarla con el adicional de alguna renta o utilidad. Como se puede apreciar, la modificación contractual, impuesta por la ley bajo análisis; ha reducido excesivamente esta expectativa, exceso que no resulta justo en términos de justicia distributiva ("*Dar a cada uno lo que le corresponde*").

Efectivamente, lo que les corresponde a las empresas educativas, es lo que les corresponde a todas las empresas en general por el hecho de hacer legítimamente empresa; lo cual consiste en contar con las mayores expectativas posibles para poder recuperar su inversión y para poder obtener alguna ganancia. Pero esta ley ya no les permite, a las empresas educativas, poder contar con dichas expectativas (las mayores posibles); porque les ha reducido, a lo más mínimo, las mismas. Es por eso que definitivamente esta ley no es justa, respecto a este exceso, de acuerdo a dicho concepto de justicia aristotélica que es el pertinente invocar para tal efecto.

Podría pensarse entonces que este fundamento de justicia también resultaría válido aplicarlo a la Ley de Libre Desafiliación de las AFPs, ya analizada. Porque si estas empresas también han realizado una inversión, para que los trabajadores se afilien a las mismas; entonces esta otra ley también les estaría reduciendo seriamente su expectativa de inversión al permitirles, a los afiliados, desafiliarse unilateralmente.

Sin embargo, no resulta en absoluto válido aplicar este fundamento de justicia, para esta otra ley. Ello se debe a que la inversión que realizan las AFPs no es similar a la que realizan los centros y programas educativos privados. Así es, las AFPs realizan una inversión por la que reciben dinero ajeno, porque son sus afiliados los que les aportan grandes montos para administrarlos financieramente; obteniendo a cambio, como

ganancia, una correspondiente comisión (en el caso peruano "las más altas de Latinoamérica"). En cambio, los centros y programas educativos privados realizan una inversión por la que, los montos que reciben, de sus cocontratantes; solo son la contraprestación por sus servicios educativos. Esto es, tales montos son una ganancia que obtienen del sacrificio de su propio peculio; y no por administrar dinero ajeno.

Por su parte, el perjuicio que sufren los alumnos y educandos consiste concretamente en la pérdida del año escolar; lo cual se produce cuando, al final de este año, no se cumple finalmente con el pago total de las pensiones impagas.

Lamentablemente, este perjuicio se viene produciendo por la negligencia de los padres de familia. Tal negligencia consiste, por parte de estos, en no dar prioridad al pago de las pensiones correspondientes. Esto es, se confían en la facilidad de pago que, como beneficio excesivo, les otorga la ley bajo análisis, para dejar el mismo para lo último. Y finalmente sucede que cuando vence el plazo máximo final, para dicho pago, no cuentan ya con dinero suficiente para ello; porque el que tenían lo han usado para otros gastos.

De tal manera que como para este impago final la parte educadora sí puede ejercer el derecho de Excepción de Incumplimiento, pues de lo contrario la ley bajo análisis la obligaría a prestar los servicios gratuitamente, lo cual sí sería inconstitucional; esta parte no entregará entonces a los padres de familia el certificado correspondiente, con lo cual no podrán matricular al alumno en el año académico siguiente. Conclusión de todo ello: el alumno tendrá que repetir el año, porque solo pueden matricularlo de nuevo en el mismo año que acaba de cursar.

Estos perjuicios, tanto para la parte educadora como para los educandos, son realmente muy serios e inconvenientes; y son el resultado de la deficiencia que tiene el contenido normativo de la ley bajo análisis; la cual consiste en una sobreprotección de la parte débil de la contratación correspondiente. Por eso, la ley, por sí misma, no es mala. No, como se ha demostrado en este subítem, es una ley válida y

legítima; porque su ratio o finalidad es socialmente correcta y, por ello, loable o digna de encomio. Lo que pasa únicamente con la misma, es que solo parte de su contenido es inadecuado o deficiente; siendo esta la sobreprotección consistente en la extremada limitación del derecho de Excepción de Incumplimiento de la parte educadora.

Así es, el error o deficiencia está en haber limitado excesivamente este derecho. Esto es, la ley bajo análisis hace mal en restringirle, a la parte educadora, la suspensión del cumplimiento de sus prestaciones solo para el caso del vencimiento del plazo final para el pago de todas las pensiones impagas; el cual se produce al final del año académico. Esta sobreprotección es la que fomenta que los padres de familia incurran en negligencia, respecto a dicho pago; y que la parte educadora no pueda recuperar legítimamente su inversión con alguna ganancia.

El Tribunal Constitucional recientemente ha declarado *Infundada* la Acción de Inconstitucionalidad, que se había interpuesto en contra del artículo 2, de esta ley[548]. Este es entonces el pronunciamiento judicial, emitido por el máximo intérprete de la Constitución; que corrobora la constitucionalidad y, por ende, la validez, de esta ley. ¿Pero significa también esta sentencia que esta norma no deba ser corregida?

Absolutamente no, lo único que significa este pronunciamiento, del Tribunal Constitucional, es que esta norma mantiene su validez por sí ser conforme la misma con la Constitución. Pues la finalidad de la Acción de Inconstitucionalidad consiste en que una ley sea declarada nula por este tribunal[549]. Pero aún cuando esta norma por ser constitucional mantenga su validez, sí resulta necesario que sea modificada por los graves e inconvenientes perjuicios que produce a las partes de la contratación o mercado de la educación privada peruana; que se acaban de demostrar.

---

(548) Sentencia del Expediente Nº 0011-2013-PI/TC, del 27-8-14.

(549) Artículo 200, inciso 4, Constitución de 1993.

Tal modificación debe consistir simplemente en hacer que esta norma otorgue protección y no sobreprotección para el pago de las pensiones educativas. Y ello se consigue no extendiendo la prohibición del ejercicio de la Excepción de Incumplimiento, por parte de la parte educadora, hasta el vencimiento del plazo final para el pago de las pensiones impagas; el cual es al final del año académico.

Así es, la Lógica Jurídica siempre demuestra que toda sobreprotección jurídica, para una parte débil, es dañina o perjudicial. Ello resulta del hecho de que para eliminar o superar la desigualdad, que produce la inferioridad que la hace débil a dicha parte; solo basta o es necesario que la ley le otorgue protección. Porque de esta manera, mediante la protección, la ley consigue el resultado que le es legítimo imponer; el cual es equiparar o igualar a las partes; esto es, eliminar la desigualdad de las mismas.

Pero al otorgar la ley sobreprotección a la parte débil, con ello lo que hace es producir una conversión o transformación de las partes de la relación jurídica. En efecto, convierte a la parte débil en parte fuerte, y viceversa, convierte a la parte fuerte en parte débil. Y de esta manera se mantiene una situación de desigualdad, solo que ahora será a la inversa; y, como toda situación de desigualdad, es inaceptable jurídicamente.

Por tal razón, para que esta prohibición no sea sobreprotectora; debe ser limitada y no total respecto al no pago de las pensiones. Para conseguir ello, tal prohibición solo debe abarcar hasta el no pago de tres pensiones, sucesivas o no. Esto significa que cuando se incumpla con el pago, de una cuarta pensión, sí podrá la parte educadora ejercer legítimamente la Excepción de Incumplimiento.

Esta limitación, protectora y no sobreprotectora, que se está proponiendo; es análoga a la que impone el artículo 1323, del Código Civil, que es una norma que acertadamente aplica el principio "*Favor Debitoris*"; el cual es uno de los principios generales del Derecho de Obligaciones.

IV.2.3. El intervencionismo estatal en la contratación publicitaria correspondiente a la contratación o mercado del consumo de la comida chatarra. Análisis contractual de la Ley de Promoción de la Alimentación Saludable para Niños, Niñas y Adolescentes.

IV.2.3.a. Reseña legal y descripción de la modificación contractual impuesta por esta ley.

Mediante la Ley N° 30021, del año 2013, el Estado intervino en la contratación o mercado del consumo de comida chatarra en general; pero especialmente los contenidos contractuales que ha modificado son concretamente los de la contratación publicitaria correspondiente a este mercado. Por ello, como se indica en el título de este ítem, el presente análisis solo abarca lo concerniente al intervencionismo estatal en la contratación publicitaria correspondiente a la contratación o mercado peruano de la comida chatarra.

De conformidad con lo establecido por el artículo 8, de esta ley, "*Publicidad de alimentos y bebidas no alcohólicas. La publicidad que esté dirigida a niños, niñas y adolescentes menores de 16 años y que se difunda por cualquier soporte o medio de comunicación social debe estar acorde a las políticas de promoción de la salud, no debiendo:*

a) Incentivar el consumo inmoderado de alimentos y bebidas no alcohólicas, con grasas trans, alto contenido de azúcar, sodio y grasas saturadas, conforme a lo establecido en la presente Ley.

b) Mostrar porciones no apropiadas a la situación presentada ni a la edad del público al cual está dirigida.

c) Usar argumentos o técnicas que exploten la ingenuidad de los niños, niñas y adolescentes, de manera tal que puedan confundirlos o inducirlos a error respecto de los beneficios nutricionales del producto anunciado.

d) Generar expectativas referidas a que su ingesta proporcione sensación de superioridad o que su falta de ingesta se perciba como una situación de inferioridad.

e) Indicar como beneficios de su ingesta la obtención de fuerza, ganancia o pérdida de peso, adquisición de estatus o popularidad.

f) Representar estereotipos sociales o que originen prejuicios o cualquier tipo de discriminación, vinculados con su ingesta.

g) Crear una sensación de urgencia o dependencia por adquirir el alimento o la bebida no alcohólica, ni generar un sentimiento de inmediatez o exclusividad.

h) Sugerir que un padre o un adulto es más inteligente o más generoso por adquirir el alimento o bebida que el que no lo hace; tampoco hacer referencia a los sentimientos de afecto de los padres hacia sus hijos por la adquisición o no del producto.

i) Promover la entrega de regalo, premio o cualquier otro beneficio destinado a fomentar la adquisición o el consumo de alimentos o bebidas no alcohólicas.

j) Utilizar testimonios de personajes reales o ficticios conocidos o admirados por los niños y adolescentes para inducir a su consumo.

k) Establecer sugerencias referidas a que se puede sustituir el régimen de alimentación o nutrición diaria de comidas principales, como el desayuno, el almuerzo o la cena.

l) Alentar ni justificar el comer o beber de forma inmoderada, excesiva o compulsiva.

m) Mostrar imágenes de productos naturales si estos no lo son. Las afirmaciones y terminología referidas a la salud o a la nutrición deben estar sustentadas en evidencia científica y pueden ser requeridas en cualquier momento por la autoridad, de oficio o a pedido de cualquier ciudadano".

La principal modificación que ha producido esta norma, de esta ley, en los contenidos contractuales de la contratación publicitaria correspondiente a la contratación o mercado de la comida chatarra; ha

consistido en imponer varias prohibiciones para las empresas publicitarias que antes no estaban incluidas en dichos contenidos.

Estas prohibiciones consisten concretamente en obligaciones con prestaciones de no hacer que esta ley impone a estas empresas. Todas ellas están relacionadas, o tienen como finalidad, la aplicación de las políticas de promoción de la salud que esta ley impone.

En tal virtud, ¿qué sucede ahora en los contratos publicitarios de la contratación o mercado del consumo de la comida chatarra, con lo impuesto por el artículo 8, de la ley bajo análisis?

Pues que esta norma les ha limitado bastante, a las empresas publicitarias, la Autonomía Privada. Concretamente les ha limitado bastante la libertad contractual o de configuración interna.

Así es, las empresas publicitarias ya no gozan de la amplia autonomía, de la que gozaban antes de esta ley, para fijar o determinar los contenidos contractuales publicitarios correspondientes a la contratación o mercado del consumo de la comida chatarra.

Antes de esta ley, las únicas limitaciones que tenían, estas empresas, para esta contratación; eran la genérica del orden público y las buenas costumbres (Artículo V del Título Preliminar del Código Civil); y las específicas que imponen la legislación especial correspondiente (Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor, Decreto Legislativo N° 691; y su Reglamento correspondiente, Decreto Supremo Nº 020-94-ITINCI).

Ahora, además de estas limitaciones, mediante esta ley también se les ha impuesto, a estas empresas; las limitaciones relativas a las políticas de promoción de la salud que aquella impone.

Por la aplicación de la teoría o principio general del Hecho Cumplido, consagrado en el Artículo III, del Título Preliminar, del Código Civil; estas nuevas limitaciones se aplican tanto para los con-

tratos celebrados antes del inicio de la vigencia de esta ley, como para los contratos que se celebren después de este inicio.

Por tal razón, esta ley modifica los contenidos de los contratos publicitarios celebrados antes del inicio de su vigencia; y direcciona los contenidos de los que se celebren después de la misma.

IV.2.3.b. Análisis de la validez y legitimidad del intervencionismo estatal, impuesto por esta ley, en la contratación publicitaria de la contratación o mercado peruano de la comida chatarra.

Tal como se ha hecho con las leyes anteriormente analizadas, y como se indica en el título de este subítem; el análisis de esta ley debe comprender tanto lo concerniente a su validez, como lo concerniente a su legitimidad. Por ello, son dos las situaciones jurídicas que se deben verificar para determinar si el intervencionismo estatal, que impone esta ley en la contratación correspondiente a la educación privada peruana; es válida y legítima a la vez. Una de ellas es genérica y la otra específica.

La situación jurídica genérica tiene que ver con la validez de esta ley, porque la determina la constitucionalidad de la misma. Mientras que la situación jurídica específica tiene que ver con la legitimidad de esta ley, porque la determina la aplicación pertinente, por la misma, de una de las causales previstas en el artículo 1355 del Código Civil.

¿Es constitucional y, por ende, válida, la Ley N° 30021? La respuesta contundentemente es afirmativa. Ello porque esta ley sí es conforme, o guarda concordancia, con las normas válidas de la Constitución de 1993.

Así es, como se ha precisado en el capítulo anterior, la Constitución sí permite el intervencionismo estatal en la contratación. Ello resulta de lo establecido por el artículo 58 de esta ley superior que, por adoptar el régimen económico de Economía Social de Mercado; es la norma de la Constitución que consagra la posibilidad de este intervencionismo.

Ahora bien, ¿la Ley N° 30021 es conforme, o guarda concordancia, con el artículo 62, primer párrafo, de la Constitución; el cual prohíbe al Estado modificar mediante leyes los contenidos contractuales?

Obviamente que no. Pero ello jurídicamente no afecta en nada la validez de dicha ley. Porque, como se ha demostrado en el capítulo anterior, el artículo 62, primer párrafo, de la Constitución; no es una norma válida.

Son estas las razones, pues, por las cuales la Ley N° 30021 sí es una ley constitucional y, por ende, válida.

Asimismo, ¿es legítima y, por ende, pertinente la Ley N° 30021? La respuesta contundentemente también resulta afirmativa. Ello porque mediante esta ley sí se está aplicando una de las causales por las cuales el artículo 1355, del Código Civil, permite el intervencionismo estatal en la contratación.

Concretamente esta ley es una aplicación de la causal consistente en el interés social o público. Ello resulta del hecho de que, como se ha precisado (Ver III.1.), la salud del pueblo, la salud pública, es un sector económico sensible.

Efectivamente, la salud pública es un mercado o sector económico sensible, porque el mismo no consiste en cualquier situación socioeconómica; sino que se trata, nada menos, que de uno de los derechos fundamentales de la persona. Es definitivamente por esta razón, por la que la salud pública sí reviste importancia o interés para la sociedad. Esto es, también es de justicia social esta intervención, en esta contratación; para proteger este derecho social de estos consumidores.

Y para el caso concreto de la contratación o mercado de la salud pública, resulta que el interés social, o derecho social, que concretamente protege esta ley es, como indica el título de la misma; la promoción de la alimentación saludable para niños, niñas y adolescentes.

Así es, resulta que la tasa de obesidad infantil en el Perú "es la más alta de Latinoamérica"; conforme a lo afirmado, en el año 2010, por Carlos del Aguila Villar, Sub-Director General del Instituto Nacional de Salud del Niño.

De tal manera que la defensa o protección, de la salud de los niños, niñas y adolescentes; sí resulta acorde con la causal de interés social prevista por el artículo 1355 del Código Civil.

Por tal razón, la Ley N° 30021 sí es una ley legítima y, por ende, pertinente; para que, mediante la misma, se realice intervencionismo estatal en la contratación o mercado peruano.

Ahora bien, con los fundamentos explicados hasta el momento se ha comprobado que esta ley resulta correcta o acorde con lo dispuesto por la Constitución y el Código Civil; solo en lo que respecta al hecho de poder el Estado realizar intervencionismo en la contratación o mercado peruano. Esto es, mediante dichos fundamentos solo se ha comprobado que esta ley es válida y legítima en cuanto a este hecho o circunstancia.

Pero, ¿el intervencionismo estatal, que es válido y legítimo imponer, esta ley lo ha impuesto de manera adecuada o correcta para la contratación publicitaria correspondiente a la contratación o mercado del consumo de la comida chatarra?

Para responder esta pregunta no corresponde verificar si los consumidores de comida chatarra no estaban conformes, con esta clase de comida, que comercializan las empresas correspondientes. Ello porque la ley bajo análisis no tiene como finalidad corregir o evitar los abusos o violaciones, por parte de estas empresas, de los derechos sociales de los consumidores de esta clase de comida.

La finalidad de esta ley es proteger la salud pública, tratando de evitar o reducir el consumo de esta comida por parte de los niños, niñas y adolescentes. Porque está comprobado, por la ciencia médica, que el consumo frecuente de esta comida es dañino para la salud.

Y resulta que una de las maneras, quizá la principal, de tratar de conseguir el no consumo o la reducción del consumo, de esta clase de comida, dañina para la salud; es mediante el control de la publicidad mediante la cual se incentiva dicho consumo.

Por eso es que es precisamente respecto de la publicidad, correspondiente a la contratación o mercado, del consumo de esta comida; que se generó aquí en el Perú una gran controversia en cuanto a si mediante esta ley el Estado ha realizado un adecuado o correcto intervencionismo en la contratación publicitaria respectiva.

Sorpresivamente esta es la ley de intervencionismo estatal en la contratación que más reacciones en contra ha suscitado. Es por eso la ley más polémica que se ha dado actualmente, en el Perú, sobre este intervencionismo. Se les califica de "sorpresivas", a estas reacciones en contra, así como a la polémica que grupalmente aglutina, a las mismas; porque esta clase de ley no es novedad en el mundo entero. En efecto, desde hace mucho tiempo ya en muchos otros países se viene promulgando este tipo de ley.

Claro, esta ley sí es novedad en el Perú; pero esto no significa que ello se haya debido a que la realidad peruana haya sido distinta a las realidades de los muchos otros países en los que ya se ha estado promulgando esta clase de ley. Todo lo contrario, la realidad socioeconómica subyacente es exactamente la misma. Ella consiste concretamente en la necesidad de protección que existe, en todas partes del mundo, de los daños que ocasiona a la salud, el consumo frecuente de comida chatarra; principalmente a la población juvenil (niños y adolescentes).

Pues bien, para dar con la respuesta a la pregunta planteada, consistente en si mediante esta ley el Estado ha realizado un adecuado o correcto intervencionismo en la contratación publicitaria correspondiente a la contratación o mercado del consumo de la comida chatarra; se han realizado varios estudios o investigaciones. Un grupo destacado

de ellas han sido publicadas en un libro editado recientemente por una importante universidad peruana(550).

De todas ellas, para complementar el análisis que de esta ley se está haciendo, en este subítem, se tiene en cuenta tres en particular; porque en las mismas se hacen estudios interdisciplinarios que resultan muy pertinentes para dicho análisis, ya sea para corroborarlos o para contradecirlos.

En primer lugar, una de estas investigaciones destaca la validez y legitimidad, que ya se han demostrado, que tiene esta ley: "A primera vista –al igual que lo sucedido en todos los países mencionados en el tercer acápite de este texto-, el objeto de esta ley resulta muy válido y altruista, ya que el Estado tiene la genuina facultad de preocuparse y desarrollar acciones concretas para promover y proteger el derecho a la salud, crecimiento y desarrollo de las personas (más aún de los niños y adolescentes). (…) Limitar la publicidad de alimentos o situaciones que puedan fomentar el consumo de productos poco saludables, o campañas de marketing que propugnen estilos de vida que atenten contra la salud de los niños y adolescentes o de la población en general, es una posición positiva para nuestra sociedad(551).

Solo se debe precisar, al respecto, que la protección de la salud pública, por parte del Estado; no es un derecho o facultad que tiene a su favor este ente. Por el contrario, es un deber u obligación que tiene a su cargo el mismo. Ello resulta del hecho que el derecho a la protección de la salud tiene como titulares a las personas naturales, de conformidad con lo establecido por el artículo 7 de la Constitución política vigente. Por tal razón, como todo derecho tiene como contrapartida un deber,

(550) "Comida chatarra, estado y mercado", María Matilde Schwalb y Cynthia A. Sanborn (Compiladores), Universidad del Pacífico, Lima, 2013.

(551) GARCÍA, Emilio, "Una aproximación a la Ley de Promoción de la Alimentación Saludable: La libertad de los consumidores y los límites a la labor empresarial", en Comida chatarra, estado y mercado, cit., p. 28.

y viceversa; es el Estado entonces el que tiene a su cargo, como deber y no como derecho, la protección de la salud pública.

Otra de estas investigaciones es la que ha realizado CECILIA O' NEILL, la cual tiene una conclusión contraria a la ley bajo análisis. Su principal fundamento es el siguiente: "La norma pasa de los buenos deseos y de la promoción y difusión de ideas saludables, a interferir en decisiones sobre la alimentación de los niños y adolescentes que competen exclusivamente a los padres. Si bien la ley se propone proteger la salud de las personas, en mi opinión ha transgredido los límites máximos de la interferencia que era posible, teniendo en cuenta el test de proporcionalidad aplicable a las decisiones estatales vinculadas a los derechos fundamentales"(552).

Como se puede apreciar, si bien esta autora reconoce que esta ley tiene un buen espíritu o intencionalidad (protección de la salud pública); concluye que la misma no es correcta, porque no se ajusta a una prueba que existe para medir la vulneración de los derechos fundamentales que ocasiona el intervencionismo estatal.

Tal prueba, que con un inicial anglicismo dicha autora identifica como "Test de Proporcionalidad"; es concretamente el principio general interpretativo y argumentativo, conocido como "Principio de Ponderación de Derechos".

Como puede colegirse de esta denominación, este principio concretamente consiste en una técnica, o método interpretativo; para fundamentar o argumentar la determinación judicial de la solución de los conflictos entre derechos, o también de intereses; que se producen cuando se dictan leyes que limitan derechos fundamentales, para proteger otros derechos fundamentales. ALEC STONE SWEET y JUD MATTHEWS explican ampliamente este principio destacando

(552) O`NEILL, Cecilia, "Paternalismo jurídico y alimentación saludable", en *Comida chatarra, estado y mercado*, María Matilde Schwalb y Cynthia A. Sanborn (Compiladoras), Universidad del Pacífico, Lima, 2013, p. 39.

que: "El análisis de proporcionalidad es una construcción doctrinal: surgió y luego se difundió como un principio general del derecho no escrito, por medio del reconocimiento y las decisiones judiciales. Es un procedimiento de toma de decisiones y una 'estructura analítica' que los jueces emplean para resolver las tensiones entre dos 'valores' o 'intereses' constitucionales invocados. (…) Los jueces también usan la proporcionalidad como fundamento para construir doctrina: los 'marcos de argumentación' que rigen el litigio de los derechos"(553).

Por tal razón, la aplicación de este principio tiene como requisito la existencia de un conflicto entre derechos fundamentales, generado por el intervencionismo estatal(554). ALEC STONE SWEET y JUD MATTHEWS precisan este requisito así: "En la situación paradigmática, el análisis de proporcionalidad se activa una vez se han presentado indicios razonables de que una medida del gobierno ha infringido un derecho"(555).

Tal conflicto, como se está precisando, se produce concretamente cuando una ley limita derechos fundamentales que, como tales, están regulados constitucionalmente. De tal manera que, mediante este principio, lo que se busca es determinar si es que hay exceso por parte de la ley limitativa; en cuyo caso la autoridad judicial correspondiente deberá declarar a esta ley inconstitucional y, por ende, inválida. Es por eso que KARL LARENZ lo identifica acertadamente como "Principio de la Proporcionalidad como Interdicción de la Excesividad"(556).

---

(553) STONE SWEET, Alec; MATTHEWS, Jud; "Proporcionalidad y constitucionalismo. Un enfoque comparativo legal", Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, p. 9.

(554) En el Derecho Penal el conflicto puede ser entre derechos o intereses jurídicamente tutelados por la ley mediante la tipificación de delitos.

(555) STONE SWEET/MATTHEWS, "Proporcionalidad y constitucionalismo. Un enfoque comparativo legal", cit., pp. 13, 14 y 17.

(556) LARENZ, "Derecho justo. Fundamentos de la ética jurídica", cit., p. 144.

Esto es, se trata de un principio que sirve para que los jueces constitucionales detecten la invalidez de las leyes que limitan derechos fundamentales; cuando la limitación es excesiva. KARL LARENZ lo precisa ampliamente así: "De un principio de proporcionalidad se habla también en un sentido distinto del principio de igualdad, en relación sobre todo con las limitaciones o desventajas, que alguien tiene que tolerar en un caso concreto, en interés de otro o de la generalidad, con base en una disposición legal como en el estado de necesidad. En estos casos rige el principio de que la intervención en un bien jurídico y la limitación de la libertad no pueden ir más allá de lo que sea necesario para la protección de otro bien o de un interés de mayor peso, que entre los varios medios posibles hay que elegir el "más moderado", que el medio empleado y los inconvenientes unidos a ello para el interesado no pueden ser excesivos en relación con los fines justificados a que se aspira"(557). PETER LERCHE sintetiza con acierto que este principio consiste en una "prohibición de la excesividad"(558).

El origen histórico del Principio de Ponderación de Derechos se remonta a los tiempos de la Ilustración, concretamente en el derecho de policía de Prusia(559).

Este principio es entonces un método interpretativo mediante el cual se comparan dos derechos fundamentales, que se encuentran en conflicto en un caso concreto; para fundamentar la solución mediante la cual se determina cuál de ellos tiene mayor importancia de acuerdo a las circunstancias especiales del mismo.

En el Derecho Constitucional, el acto de interpretar jurídicamente los derechos fundamentales o principios, comparándolos o midiendo

(557) *Ibídem*.

(558) Citado por LARENZ, "Derecho justo. Fundamentos de la ética jurídica", cit., p. 144.

(559) BERNAL PULIDO, Carlos, "Presentación" del libro "Proporcionalidad y constitucionalismo. Un enfoque comparativo legal", STONE SWEET, Alec/MATTHEWS, Jud, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, p. 9.

su importancia, para solucionar un caso de conflicto, entre los mismos; es posible porque como precisa RONALD DWORKIN: "Los principios tienen una dimensión que falta en las normas: la dimensión del peso o importancia. Cuando los principios se interfieren (la política de protección a los consumidores de automóviles interfiere con los principios de libertad de contratación, por ejemplo), quien debe resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno"(560).

Así es, los derechos fundamentales o principios tienen una característica que las simples reglas no tienen, el cual es su peso o importancia. Al ponderarse o compararse los mismos, en función de su importancia o trascendencia; se puede establecer cuál derecho fundamental o principio es el que prevalece para el caso concreto. Así, el derecho fundamental o principio, que se interprete que tenga una mayor importancia o trascendencia; será el que triunfe en la ponderación y el que, por tanto, determine la solución para el caso concreto.

Este método interpretativo y argumentativo, correctamente denominado Principio de Ponderación de Derechos; se encuentra ampliamente consagrado en la doctrina constitucionalista moderna o neoconstitucionalismo. PETER HÄBERLE así da cuenta de ello: "El principio a través del cual hay que determinar el contenido y límites de los derechos fundamentales, y a través del cual se solucionan los conflictos que surgen entre los bienes(561) jurídico-constitucionales que coexisten unos junto a otros, es el principio de ponderación de bienes. Su significación jurídico-constitucional es evidente, si se tiene presente que el orden de valores es un orden jerárquico de valores y un orden de relación de valores. Por ello, se puede caracterizar este principio como uno inmanente a la Constitución"(562).

---

(560) DWORKIN, Ronald, "Los derechos en serio", Ariel, Barcelona, 1995, p. 77.

(561) El término "Bienes" lo utiliza como sinónimo de "derechos".

(562) HÄBERLE, "La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales", cit., p. 33.

No se trata entonces de una simple prueba o "Test de Proporcionalidad", sino de todo un principio general del Derecho, de carácter interpretativo y argumentativo; para ponderar o averiguar la proporcionalidad que tienen dos derechos fundamentales en conflicto, o sea, para determinar la importancia o trascendencia que tienen los mismos. JOSÉ JUAN MORESO describe o detalla más ampliamente este principio interpretativo argumentativo así: "La dimensión de peso, entonces, configura el núcleo de la ponderación. Dicha operación forma parte de lo que es requerido por un principio más comprensivo: el principio de proporcionalidad. Este principio comprende tres subprincipios: a) el principio de adecuación, es decir, que el sacrificio impuesto en el ejercicio de un derecho sea adecuado para preservar otro derecho o un bien constitucionalmente protegido, b) el principio de necesidad, esto es, que el sacrificio impuesto sea necesario –que no exista otro menos lesivo- para preservar otro derecho o un bien constitucionalmente protegido, y c) el principio de proporcionalidad en sentido estricto, en donde la ponderación propiamente dicha ocupa su lugar"(563).

Ahora bien, debe destacarse también que en el Perú este principio no tiene carácter obligatorio; porque no tiene consagración legal o positiva en tal sentido. Así es, ninguna norma lo impone como la regla superior que judicialmente debe aplicarse, necesariamente, para solucionar los conflictos de derechos fundamentales o principios. En el caso del Derecho peruano no está consagrado legalmente así ni en la Constitución, ni en el Código Procesal Constitucional. Al no ser así, su aplicación es entonces discrecional, pues dependerá de si la interpretación judicial la incluye para la decisión que tome para solucionar tales conflictos.

Por ello, por ser su aplicación discrecional, la ponderación, como método argumentativo, es solo una manera de argumentar; y para ello

(563) MORESO, José Juan, "Alexy y la aritmética de la ponderación", en *Derechos Sociales y Ponderación*, cit., pp. 226 -227.

no necesariamente se tiene que cumplir los requisitos o planteamientos que doctrinariamente se postulan para la tal ponderación o proporcionalidad. Pues este resultado (la ponderación) también es perfectamente posible obtenerlo de otros planteamientos argumentativos. ALEC STONE SWEET y JUD MATTHEWS así lo destacan: "Aunque el análisis de proporcionalidad hoy predomina sobre todas los demás enfoques de aplicación de derechos, las cortes podrían proceder de otra manera. Los jueces podrían desarrollar y mantener doctrinas de fuerte deferencia, garantizando que la autoridad 'judicial' para supervisar a la 'autoridad política' –cuando se llega a situaciones de ponderación– solo sea ejercida en los márgenes y no sistemáticamente"(564).

Siendo un método argumentativo, la ponderación siempre va a depender, pues, de la subjetividad del intérprete; en este caso de la subjetividad del tribunal correspondiente. JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO corrobora esta situación afirmando que: "Sus tres subprincipios, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto; carecen de autonomía operativa y son, al menos en cierto sentido, triviales o prescindibles, pues las magnitudes sobre las que se aplican (lo que se 'pesa') o el resultado de su aplicación (el 'peso resultante') está decisivamente condicionado por las *interpretaciones* previas que de las normas que vengan al caso haya hecho el Tribunal, y, con ello, por las contingentes valoraciones o preferencias del Tribunal. En otras palabras, un tanto simplificadoras: es la conciencia valorativa del Tribunal, su ideología, lo que determina tanto qué es lo que en concreto se ha de pesar, de poner en cada platillo de la balanza, como el resultado de ese pesaje o ponderación"(565).

Por eso LENIO LUIZ STRECK advierte, con acierto, que la subjetividad de su aplicación es la debilidad o deficiencia de la

(564) STONE SWEET,/MATTHEWS, "Proporcionalidad y constitucionalismo. Un enfoque comparativo legal", cit., p. 183.

(565) GARCÍA AMADO, Juan Antonio, "El juicio de ponderación y sus partes. Una crítica", en *Derechos Sociales y Ponderación*, cit., pp. 251-252.

ponderación como principio argumentativo: "El talón de Aquiles de la ponderación –y, por lo tanto, de las diversas teorías argumentativas (y sus derivaciones)– reside en el desplazamiento de la jerarquización 'ponderativa' en favor de la subjetividad del intérprete, con lo cual la teoría de la argumentación (para hablar solo de ésta), como siempre denunció Arthur Kauffman, no escapa al paradigma de la filosofía de la conciencia. O sea, independientemente de las corolaciones asumidas por las posturas que, de un modo o de otro, derivarán de la teoría de la argumentación de Alexy, el fundamento de la problemática está en la continuidad de la 'delegación' en favor del sujeto de la relación sujeto-objeto. Eso es así porque la ponderación implica esa 'elección' subjetiva"(566).

Ahora bien, como se puede advertir, el requisito de la proporcionalidad no se le debe considerar realmente como un supuesto aparte de la ponderación; porque el mismo consiste en la propia ponderación.

De tal manera que de estos tres requisitos, y no subprincipios, solo son tales la idoneidad y la necesidad, de los cuales su cumplimiento puede considerarse como criterio argumentativo para la aplicación del Principio de Ponderación de Derechos. En tal virtud, la proporcionalidad, mediante el cumplimiento de estos dos requisitos; concretamente es solo una posible manera de poder ponderar. Esto es, de comparar la importancia o trascendencia que tienen los derechos fundamentales o principios que se encuentran en conflicto.

Por todo ello, si bien es correcto que "al someter una norma al escrutinio de constitucionalidad, debe efectuarse una ponderación de derechos y determinar cuál es el derecho que debe prevalecer (*balancing test*)"(567); no es correcto que tal ponderación deba realizarse necesariamente mediante el cumplimiento de los requisitos que se postulan

(566) LUIZ STRECK, "Verdad y consenso. De la posibilidad a la necesidad de respuestas correctas en Derecho", cit., p. 170.

(567) O' NEILL, "Paternalismo jurídico y alimentación saludable", cit., p. 45.

para tal ponderación o método argumentativo(568). Porque como lo corrobora KARL LARENZ, el principio de proporcionalidad solo: "Suministra un criterio jurídico-constitucional para llevar a cabo una ponderación ajustada de los intereses a proteger, es decir, del campo de protección de los derechos fundamentales, por una parte, y de los intereses dignos de defensa, por otra"(569).

En tal virtud, por ser solo un criterio argumentativo, en caso se decida aplicarlo, esta aplicación no debe hacerse mediante el cumplimiento de estos requisitos. Estos no me parecen los adecuados o pertinentes para ello, porque son prácticamente aritméticos o matemáticos.

Claro, se podrá decir en defensa de estos requisitos matemáticos que el acto de medir o sopesar tiene carácter matemático. Pero este carácter solo demuestra y exige que el criterio que se debe utilizar, para solucionar un conflicto de derechos, debe ser necesariamente utilitarista. Ello resulta del hecho de que este conflicto solo puede solucionarse determinando cuál, de los derechos en conflicto, es el que tiene mayor valor o preponderancia. Esto es, el único criterio que puede determinar, esta situación; es uno que sirva para maximizar el mayor provecho o utilidad, que otorga uno de los derechos en conflicto, por lo cual debe ser preferido.

En tal virtud, si bien el criterio que debe aplicarse para solucionar un conflicto de derechos debe ser utilitarista; el mismo no debe ser matemático. Porque de lo que se trata no es de realizar la ponderación para una situación en la que el resultado sea matemático. No, "este acto se tiene que realizar no para calcular la extensión o masa corporal de las cosas; sino para comparar la importancia de los derechos, como solución de conflictos entre los mismos". Por ello, para obtener esta solución, como resultado, lo adecuado o pertinente no es, pues, realizar

(568) *Ibídem*.

(569) LARENZ, "Derecho justo. Fundamentos de la ética jurídica", cit., p. 144.

una operación matemática; sino una argumentación jusfilosófica, lo cual la propia CECILIA O'NEILL acertadamente lo reconoce(570).

Y como la argumentación jusfilosófica es el resultado de vincular al Derecho con la Filosofía; para la labor argumentativa jurídica de comparación de la importancia de derechos, en que consiste el principio de ponderación; puede resultar también pertinente aplicar el criterio filosófico del "*acto más prudente*".

El criterio filosófico del "*acto más prudente*" consiste en maximizar el bien sobre el mal, o minimizar el mal sobre el bien; según se prefiera. Fue aportado por el célebre filósofo BERTRAND RUSSELL, quien lo explica de la siguiente manera: "El *acto más prudente*, entonces, es el que, cuando se toman en consideración todos los datos disponibles, nos proporciona en comparación la mayor expectativa de bien o la menor expectativa de mal"(571).

Como se puede advertir, el criterio filosófico del "*acto más prudente*" es un criterio utilitarista porque mediante el mismo se aplica un concepto utilitarista de justicia; el cual concretamente es el concepto utilitarista clásico. Este concepto de justicia identifica a la misma como aquello que maximiza el bien.

Cuando se aplica este criterio filosófico al Derecho, lo que se aplica concretamente entonces es el concepto utilitarista clásico de justicia. Como tal, este criterio no lo determina un utilitarismo económico, el cual es individualista y liberal; sino un utilitarismo social. Ello se debe a que este concepto de justicia (utilitarista clásico), no identifica a la misma como la eficiencia; sino como la utilidad social(572).

---

(570) *Ibídem*, p. 38.

(571) RUSSELL, Bertrand, "Ensayos filosóficos", Alianza Editorial, Madrid, 1996, p. 37.

(572) Sobre los conceptos de justicia como eficiencia y justicia como utilidad social, los cuales son conceptos de justicia económica; véase el subítem *Estudio económico. La utopía o fantasía de una contratación ideal, como óptimo paretiano, para justificar la prohibición del intervencionismo estatal en la contratación. La Economía Social*

Pues bien, aplicando el criterio filosófico del "*acto más prudente*", a la ley bajo análisis, como el criterio para ponderar los derechos fundamentales cuyo conflicto esta genera; se puede comprobar que esta ley sí tiene justificación. Ello resulta del hecho de que este criterio determina que proteger la salud infantil, es más importante que proteger la libertad de contratar y la libertad de empresa. Porque proteger dicha salud proporciona la mayor expectativa de bien, o la menor expectativa de mal, en comparación con los otros dos derechos fundamentales.

Así es, tal expectativa se debe a que de la salud infantil depende la salud de la que después será la población económicamente activa. Y para que esta población sea tal, para que sea económicamente activa, o sea para que sea operativa y trabaje bien; es absolutamente necesario, pues, que pueda gozar de buena salud desde que es joven.

Como se puede advertir, la aplicación del criterio filosófico del "*acto más prudente*", es acertado para solucionar el conflicto de derechos que genera la ley bajo análisis; porque mediante el mismo se tiene en cuenta la probabilidad de maximizar el bien, o minimizar el mal, como un acto de hacer justicia. O sea, mediante el mismo, como se ha precisado, se aplica el concepto utilitarista clásico de justicia; el cual no es un concepto subjetivo de justicia (individualista y liberal), sino un concepto objetivo de justicia, tal como lo definió BERTRAND RUSSELL: "Debemos tener en cuenta la probabilidad al enjuiciar la justicia objetiva; consideramos, entonces, que podemos afirmar que el acto objetivamente justo es el que *probablemente* será el más afortunado. Lo definiré como el *acto más prudente*"(573).

de Mercado como el adecuado concepto de justicia económica para la contratación o mercado. El rechazo de la mitología neoliberal económica conformada por el Idola Fori o falso ídolo del mercado y de su mitología homóloga contractual conformada por el dogma de la voluntad y la inmutabilidad del contrato. La necesidad económica de un Estado Social en vez de un Estado Liberal o mínimo.

(573) RUSSELL, "Ensayos filosóficos", cit., p. 37.

Efectivamente, la probabilidad que se debe tener en cuenta, para saber si la ley de comida chatarra es justa, objetivamente; consiste en determinar si resulta prudente que esta ley proteja la salud de la población desde los inicios de su existencia. Y resulta que sí, que es absolutamente prudente que esta ley imponga esta protección; porque de la salud depende la propia existencia o vida humana. Por ello, esta ley sí es el acto más prudente para obtener la mayor expectativa de bien respecto a la salud de la población.

Asimismo, de acuerdo a la aplicación del principio de ponderación, a la ley bajo análisis, efectuada por esta autora; esta ley es inconstitucional, y por ende inválida. Ello porque, de acuerdo a lo expresado por un ex magistrado del Tribunal Constitucional peruano, los límites que impone la ley limitativa deben guardar relación con el fin de la misma mediante un balance entre sus costos y beneficios; lo cual supone que cuanto más intensa sea una intervención en un derecho fundamental, tanto mayor debe ser la certeza de las premisas que sustentan la intervención(574).

Pues bien, para saber si esta conclusión, a la que llega esta investigadora peruana, es correcta; son varias las observaciones que se deben hacer a la misma. En primer lugar, los fundamentos que utiliza como premisas no son de autoría de dicho ex magistrado. Así es, la autoría del fundamento de proporcionalidad en sentido estricto o propiamente dicha, consistente en que la intensidad de la vulneración de un derecho fundamental debe guardar esta relación (proporcionalidad) con la certeza de las necesidades que la sustentan o justifican; es de la jurisprudencia alemana, la cual fue reformulada por ROBERT ALEXY.

Precisamente, es este célebre jurista alemán quien lo demuestra, al comentar los fundamentos de una sentencia, de esta jurisprudencia: "Estas manifestaciones hacen referencia a una regla constitutiva para las ponderaciones del Tribunal Constitucional Federal, que puede ser

(574) O' NEILL, "Paternalismo jurídico y alimentación saludable, p. 61.

formulada de la siguiente manera: Cuanto mayor es el grado de no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro. Esta regla expresa una ley que vale para la ponderación de principios, de cualquier tipo que ellos sean. Puede ser llamada "*ley de la ponderación*". De acuerdo con la ley de la ponderación, la medida permitida de no satisfacción o de afectación de uno de los principios depende del grado de importancia de la satisfacción del otro"[575].

Como se puede advertir, la ponderación como relación de proporcionalidad entre derechos fundamentales en conflicto; es efectivamente un balance o comparación que necesariamente se debe hacer entre los mismos. Este fundamento, creado por la jurisprudencia alemana, y perfeccionado por la doctrina también alemana, sí es correcto. Pero lo que no resulta correcto es que este balance o comparación deba hacerse necesariamente mediante un criterio utilitarista económico, el cual es el de la variable costo-beneficio.

Este criterio es usado por la tendencia juseconómica, la cual se ha descartado ya, para la investigación de la presente obra doctrinaria; por las abundantes razones interdisciplinarias que se han dado cuenta en el segundo capítulo (Ver subítem *Estudio económico. La utopía o fantasía de una contratación ideal, como óptimo paretiano, para justificar la prohibición del intervencionismo estatal en la contratación. La Economía Social de Mercado como el adecuado concepto de justicia económica para la contratación o mercado. El rechazo de la mitología neoliberal económica conformada por el Idola Fori o falso ídolo del mercado y de su mitología homóloga contractual conformada por el dogma de la voluntad y la inmutabilidad del contrato. La necesidad económica de un Estado Social en vez de un Estado Liberal o mínimo).*

Efectivamente, mediante este criterio, aplicado al Derecho por la tendencia juseconómica; siempre se va a rechazar, en el mismo, las

[575] ALEXY, "Teoría de los derechos fundamentales", cit., pp. 160-161.

leyes o instituciones jurídicas en general que resulten antieconómicas. Ello porque bajo el mismo (costo-beneficio) solo interesa o se debe preferir, como finalidad o valor supremo del Derecho, o sea como justicia económica; no al orden social como justicia social, sino a la eficiencia. Toda la fundamentación económica, correspondiente a este criterio, ha sido desvirtuada ya en el subítem mencionado en el párrafo anterior. Así que a lo explicado y demostrado en el mismo me remito. Solo basta recordar al respecto el fundamento perennizado, como deber jurídico, por el cual se debe preferir siempre a la justicia social sobre la eficiencia económica; el cual es del célebre JOHN RAWLS: "No importa que las leyes e instituciones estén ordenadas y sean eficientes: si son injustas han de ser reformadas y abolidas. Cada persona posee una inviolabilidad fundada en la justicia que ni siquiera el bienestar de la sociedad en conjunto puede atropellar"(576).

Asimismo, otro fundamento para su conclusión de inconstitucionalidad de la ley bajo análisis, bajo el criterio de proporcionalidad, aplicado mediante el requisito de idoneidad, que aplica CECILIA O'NEILL; es el contenido en la fundamentación de una sentencia de la Corte Constitucional colombiana. Tal fundamento es como sigue: "El libre desarrollo de la personalidad tiene una connotación positiva y otra negativa. El aspecto positivo de este derecho consiste en que el hombre puede en principio hacer todo lo que desee en su vida y con su vida. Y el aspecto negativo consiste en que la sociedad civil y el Estado no pueden realizar intromisiones indebidas en la vida del titular de este derecho más allá de un límite razonable que en todo caso preserve su núcleo esencial"(577).

Como se puede advertir, este fundamento corresponde a la clasificación de la libertad en general, en libertad positiva (libertad de acción) y libertad negativa (alternativa de acción); y la autoría de la misma es del filósofo político ISAIAH BERLIN (Ver cita 460). Los

(576) RAWLS, "Teoría de la justicia", cit., p. 17.

(577) Citada por O' NEILL, "Paternalismo jurídico y alimentación saludable, cit., p. 58.

magistrados de este tribunal extranjero deben, pues, como corresponde, citar las fuentes exactas de los fundamentos de sus sentencias; para no confundir o sorprender a los que consultan las mismas. Pero en fin, ¿es este fundamento correcto para determinar la inconstitucionalidad de la ley bajo análisis? CECILIA O'NEILL considera que sí porque "según el aspecto positivo las personas tienen derecho a no ser compelidas a llevar una vida saludable, y que desde el aspecto negativo el Estado no puede entrometerse en la vida privada de las personas más allá del límite de lo razonable"(578).

Para reforzar esta conclusión esta autora plantea varias preguntas que, por no encontrar respuestas a las mismas; determina que la ley bajo análisis no cumple con el requisito de idoneidad del criterio de proporcionalidad, por lo cual es inconstitucional.

Como se puede colegir, para verificar si esta conclusión es correcta se debe buscar las respuestas a estas preguntas. Porque si no se las haya, entonces será correcta esta conclusión; pero si sí se las halla; entonces no será correcta la misma.

Pues bien, resulta que sí se puede encontrar las respuestas a estas preguntas. Pero de todas ellas solo se va a explicar las respuestas que resultan suficientes y, por ende, determinantes, para la demostración de la incorrección de dicha conclusión.

Las tres primeras de ellas las ha agrupado como la primera pregunta y son las siguientes: "¿Por qué presumir que el Estado puede imponer modelos de vida que no todos compartimos?; incluso si pudiera hacerlo, ¿por qué la Ley protege solo a los menores de edad?, ¿es que los adultos no padecen de obesidad?"(579).

Las respuestas a estas preguntas son las siguientes: El Estado no puede imponer modelos de vida a todos los consumidores, sobre los

(578) *Ibídem*.

(579) *Ibídem*, p. 59.

cuales, es cierto, nunca va a haber unanimidad; ello resulta evidente. Pero esta no es la premisa correcta de la que se debe partir para, mediante leyes, realizar protección del consumidor. La premisa correcta la determina la lógica jurídica, según la cual hay que responder la siguiente pregunta: ¿Cuál es la razón o fundamento para que se pueda realizar una labor de protección legal? La respuesta es así de simple: Que haya una parte débil que proteger. Y subsiguientemente, por lógica jurídica también, la siguiente otra pregunta que hay que responder es: ¿En la publicidad correspondiente a la contratación o mercado del consumo de comida chatarra, hay una parte débil que proteger? La respuesta también es simple y evidente. Sí, los consumidores niños y adolescentes. ¿Y ello por qué finalmente?

Porque esta clase de consumidores, por la inmadurez mental propia de su edad insuficiente, no tiene aún la educación o preparación necesaria para reaccionar ante la publicidad cuando esta es agresiva e influyente o manipuladora. Así es, los adultos sí estamos en la posibilidad de ejercer un discernimiento adecuado para poder reaccionar ante esta clase de publicidad, por la madurez mental propia de una edad suficiente; pero los niños y adolescentes definitivamente no. Es por eso que al ser parte débil, ello exige y justifica la necesaria protección legal correspondiente.

Frente a ello se esgrime que esta protección legal "interfiere en decisiones sobre la alimentación de los niños y adolescentes que competen exclusivamente a los padres"[580]. Igualmente, esta conclusión también parte de premisas erradas. Estas ahora son dos. La primera de ellas consiste en que la ley bajo análisis no impone, a las empresas publicitarias, que en sus anuncios indiquen que los niños y adolescentes no deben consumir nunca esta clase de comida. Lo que impone esta ley son solo limitaciones al contenido de los anuncios que están dirigidos a esta clase de consumidores.

(580) *Ibídem*.

Limitaciones que, conforme a lo establecido en el artículo 8, de la misma; se comprueba que sí son, las que resultan necesarias, para proteger a los niños y adolescentes frente a la publicidad agresiva e influyente o manipuladora. Efectivamente, tales limitaciones son las propias, o las que corresponden imponer mediante la protección legal que se debe brindar a esta clase de consumidores. Consisten en no incentivar el consumo inmoderado de comida chatarra (inciso a); mostrar porciones no apropiadas a la situación presentada ni a la edad del público al cual está dirigida (inciso b); usar argumentos o técnicas que exploten la ingenuidad de los niños, niñas y adolescentes, de manera tal que puedan confundirlos o inducirlos a error respecto de los beneficios nutricionales del producto anunciado (inciso c); generar expectativas referidas a que su ingesta proporcione sensación de superioridad o que su falta de ingesta se perciba como una situación de inferioridad (inciso d); indicar como beneficios de su ingesta la obtención de fuerza, ganancia o pérdida de peso, adquisición de estatus o popularidad (inciso e); representar estereotipos sociales o que originen prejuicios o cualquier tipo de discriminación, vinculados con su ingesta (inciso f); crear una sensación de urgencia o dependencia por adquirir el alimento o la bebida no alcohólica, ni generar un sentimiento de inmediatez o exclusividad (inciso g); sugerir que un padre o un adulto es más inteligente o más generoso por adquirir el alimento o bebida que el que no lo hace; tampoco hacer referencia a los sentimientos de afecto de los padres hacia sus hijos por la adquisición o no del producto (inciso h); promover la entrega de regalo, premio o cualquier otro beneficio destinado a fomentar la adquisición o el consumo de alimentos o bebidas no alcohólicas (inciso i); etc.

La otra premisa errada de la que se parte, para concluir que la ley bajo análisis interfiere en decisiones sobre la alimentación de los niños y adolescentes que competen exclusivamente a los padres; consiste en asumir que siempre esta clase de consumidores cuentan con la decisión de los padres para el consumo que realicen. Esta premisa, lamentablemente, no se corresponde con la realidad socioeconómica en lo absoluto; para nada.

Así es, esta premisa no solo consiste en que es un derecho exclusivo de los padres la decisión de lo que consumen los hijos. Complementa también a esta premisa, además de ello, el que tal decisión siempre debe ser en sentido beneficioso o favorable para los hijos. Esto significa que tal decisión siempre debe consistir en el no consumo, o en el consumo moderado, de la comida chatarra por parte de los niños y adolescentes. Porque atentaría no solo contra el orden público, sino también contra la Ética; si es que tal decisión pudiera consistir en el consumo frecuente, de esta clase de comida, por parte de los mismos. De tal manera que bajo esta premisa, en su totalidad, la conclusión sería la siguiente: Si ya cuentan los niños y adolescentes con la protección paterna para el consumo que realicen, ya no es necesario, entonces, que también cuenten con una protección legal para ello. O lo que sería lo mismo, si para el consumo de comida chatarra los niños y adolescentes cuentan ya con la mejor protección que pueden tener, que es la de los padres; no es necesario, pues, que para dicho consumo también cuenten con protección legal.

Sin embargo, la pregunta que hay que responder de inmediato es la siguiente: ¿En el Perú todos los niños y adolescentes cuentan con la decisión paterna beneficiosa para el consumo que realicen? La respuesta contundentemente es NO.

Ello se debe a que en el Perú, lamentablemente, además de niñez abandonada, también existe niñez desatendida.

En efecto, los niños y adolescentes en situación de abandono son los que sus padres, ni ningún pariente, se han hecho cargo de los mismos mediante su manutención; por lo cual el Estado es el que tiene que darles la misma mediante orfelinatos o albergues. Mientras que los que se encuentran desatendidos son los que sus padres, o algún pariente, sí se han hecho cargo de ellos mediante su manutención, pero desatienden o no se preocupan de orientarlos o instruirlos suficientemente; o sea de prepararlos bien para la vida. Esta última situación, la desatención, se produce no solo por negligencia de los padres; sino

también porque estos son absorbidos en su tiempo por el trabajo, por lo cual no se dan el tiempo necesario para prestar la debida atención a los hijos. Pero para ambos casos la calificación jurídica correspondiente es la misma: "Paternidad irresponsable".

Resulta claro advertir que los niños y adolescentes, que se encuentran desatendidos, no cuentan con la decisión paterna beneficiosa para los consumos que realicen; en este caso para el consumo de comida chatarra. De tal manera que no solo para este consumo, sino también para otros más graves aún, como por ejemplo es el de las drogas; la realidad socioeconómica subyacente es que no existe en el Perú una paternidad responsable suficiente. Por ello, esta realidad no se puede soslayar, es la que se debe tener siempre como premisa para cualquier conclusión que se llegue a tomar sobre la ley bajo análisis.

Por tal razón, como en el Perú la mayoría de niños y adolescentes no cuentan con la protección paterna suficiente para este consumo, sí resulta necesario que el Estado les otorgue una protección legal para ello.

Otra pregunta cuya respuesta resulta suficiente y, por ende, determinante, para la demostración de la incorrección de la conclusión de CECILIA O'NEILL, sobre la inconstitucionalidad de la ley bajo análisis; es la siguiente: "¿Por qué restringir la creatividad publicitaria de un modo tan absurdo?"(581). Mediante esta pregunta esta autora corrige la inicial conclusión que al respecto había llegado al inicio de su investigación, la cual era errada porque consistía en considerar que esta ley impedía esta creatividad(582); lo cual no es así porque la misma solo la limita o restringe, no la prohíbe.

La respuesta a esta otra pregunta se puede hallar respondiendo a su vez la pregunta que se puede hacer utilizando el calificativo que ha utilizado esta autora en la misma: ¿Es absurdo proteger legalmente

(581) *Ibídem*, p. 59.

(582) *Ibídem*, p. 41.

de la publicidad agresiva e influyente o manipuladora, a niños y adolescentes que se encuentran desatendidos por sus padres frente a ello? La respuesta es de por sí manifiesta y evidente: NO, ¿cómo va a tener algo de absurdo esta protección legal infantil?

Es todo lo contrario. Resulta que para proteger a la niñez y adolescencia que no cuenten con suficiente atención paterna, no solo el más mínimo y elemental sentido común, sino también sobre todo, la urgente necesidad social y humanitaria que ellas siempre tienen; exigen siempre que el Estado realice esta protección, aún perjudicando derechos de otros, siempre que estos últimos, por supuesto, no tengan la misma necesidad o urgencia social.

En tal virtud, puede apreciarse que esta argumentación jusfilosófica no es otra cosa que la aplicación del Principio de Ponderación de Derechos. De tal manera que para la calificación de absurdo o sensato, de la limitación de la creatividad publicitaria; corresponde también realizar una ponderación o balance, jusfilosófico, entre estas dos situaciones: ¿Qué tiene más importancia social y humanitariamente, la salud infantil o la creatividad publicitaria?

La respuesta, felizmente, sigue siendo a favor de la primera de estas situaciones; sigue siendo a favor de la niñez y adolescencia. Si llega el día en que la respuesta a esta pregunta sea a la inversa, o sea que social y humanitariamente tenga más importancia la creatividad publicitaria y no la salud infantil; entonces el resultado de ello será que la sociedad se habrá degradado o involucionado y, la misma, habrá dejado de ser civilizada. Lo cual sí sería absurdo.

Se debe tener en cuenta, además, sobre la creatividad publicitaria; que lo común es que siempre se la ha limitado por razones que acertadamente se les sigue calificando como sensatas. Así es, prueba de ello es la limitación que siempre se le ha impuesto en cuanto a los desnudos. Como es sabido, a diferencia de la creatividad artística (pintura, escultura), a la creatividad publicitaria se le prohíbe los desnudos. Por eso

es que no vemos en la vía pública, ni en los medios de comunicación masiva, avisos que contengan los mismos.

Siguiendo el razonamiento de la pregunta que se está analizando, se debería concluir entonces que esta es también una limitación absurda que impone, a la creatividad publicitaria, la ley correspondiente. Pero para comprobar la validez de esta conclusión se deben plantear, a su vez, estas otras preguntas; cuyas respuestas son también manifiestas y evidentes: ¿Es realmente absurda o sensata esta limitación? ¿Los padres de familia, sobre todo los de niños que aún no son adolescentes, aprobarían que sus hijos vean tanto en la vía pública, como en diarios, revistas y televisión; avisos conteniendo desnudos?(583).

La razón o fundamento de la respuesta negativa obvia, evidente, también es la misma, pues, que se invoca para la limitación de la creatividad publicitaria para proteger la salud infantil.

Otra de las investigaciones que contiene un estudio interdisciplinario pertinente, para el análisis de la ley de comida chatarra; es el realizado por ALONSO VILLARÁN, titulado "La publicidad en la Ley de la comida chatarra". El estudio interdisciplinario realizado en esta investigación es jusfilosófico. Ello porque el mismo analiza la validez, de esta ley, concretamente mediante la aplicación de la perspectiva jusfilosófica tomista.

Como es sabido, esta perspectiva, cuyo nombre proviene de su autor, el célebre SANTO TOMÁS DE AQUINO, considerado *Doctor de la Iglesia*; es de carácter jusnaturalista. Ello resulta del hecho de que este filósofo conceptúa a la ley en función del Derecho Natural: "*Mas*

(583) Si bien se han refutado y desvirtuado muchos de los fundamentos que ha utilizado CECILIA O´NEILL en su investigación, ello no desmerece o desacredita el interés que reviste la misma. Prueba de ello es la bastante atención que ha motivado en la investigación de la presente obra doctrinaria. De no haber sido así, no se la hubiera consultado para nada.

si en algún caso una ley se contrapone a la ley natural, ya no es ley, sino corrupción de ley"[584].

Este es el concepto tomista específico de la ley, que es derivación o consecuencia del concepto tomista genérico de la misma; el cual está determinado en función del bien común: "*Cierta ordenación al bien común promulgada por aquel que tiene a su cargo una comunidad*"[585].

Aplicando estos conceptos tomistas de la ley, para saber si la ley de comida chatarra es justa y, por ende, válida; ALONSO VILLARÁN responde cuatro preguntas, siguiendo el mismo modo que sigue SANTO TOMÁS para determinar estos conceptos. De estas preguntas solo se analizan dos de ellas, las cuales son las que, en realidad, resultan suficientes para comprobar la justicia y validez de esta ley.

La primera de estas preguntas consiste en ¿Es una ley racional? ALONSO VILLARÁN responde que: "Así como la ley natural prohíbe matar y robar, también prohíbe manipular a las personas, utilizarlas como cosas, sea mediante el engaño o la persuasión irracional. Esto es incluso más evidente en el caso de poblaciones vulnerables, como es el caso de los niños, niñas y adolescentes. En otras palabras, la parte de la ley que prohíbe la publicidad manipuladora vía persuasión irracional se deriva **deductivamente** de la ley natural que condena la manipulación de seres humanos y por ende forma parte de la ley de las naciones. Ello explica por qué más y más países vienen acogiendo esta misma normativa. De hecho, como reporta *Europa Press*, en el 2011, la Organización Mundial de la Salud, con la aprobación de sus 193 Estados miembros, 'ha recomendado a los gobiernos que trabajen con las empresas y con la sociedad civil para restringir el número y el atractivo que tienen para los niños los anuncios de alimentos ricos

(584) DE AQUINO, Santo Tomás, "Tratado de la ley", en *Tratado de la Ley. Tratado de la Justicia. Gobierno de los Príncipes*, Porrúa, México D. F., 2004, p. 46.

(585) *Ibídem*, p. 9.

en sal, azúcares y grasas perjudiciales para la salud que van dirigidos a esta población'"[586].

Totalmente de acuerdo con esta respuesta. Es antinatural manipular a las personas. Ello por nuestra propia naturaleza humana. Solo se manipulan, "se maniobran sobre ellas", utilizándolas como meros "medios" o instrumentos; a las cosas, a los entes materiales. Por tal razón, la parte de la ley de comida chatarra, que prohíbe la publicidad manipuladora, vía persuasión irracional; es concretamente una aplicación del concepto tomista de la ley.

Otra razón por la cual es también antinatural, esta publicidad manipuladora, consiste en que, como también advierte ALONSO VILLARÁN: "Es hecha con fines de lucro"[587]. En tal virtud, efectivamente, no puede ser natural que las empresas se enriquezcan mediante la manipulación infantil. O en términos genéricos, no puede ser natural que algunos se enriquezcan mediante la denigración de la naturaleza humana.

La otra pregunta consiste en ¿Promueve esta ley el bien común? ALONSO VILLARÁN responde que: "Es evidente que prohibir la manipulación infantil, así como prohibir el robo o el asesinato, promueve el bien común, es decir, la concordia o amistad cívica"[588].

Totalmente de acuerdo también con esta respuesta. La prohibición de la manipulación infantil, como un medio para obtener como fin la protección de la salud infantil; forma parte del bien que, de manera general o común, necesitamos gozar o tener, todos los seres humanos, para una existencia pacífica y armoniosa. En ese sentido, no debe haber

---

(586) VILLARÁN, Alonso, "La publicidad en la ley de la comida chatarra", en Comida chatarra, estado y mercado, María Matilde Schwalb y Cynthia A. Sanborn (Compiladoras), Universidad del Pacífico, Lima, 2013, p. 72.

(587) *Ibídem*.

(588) *Ibídem*, pp. 72-73.

manipulación, no solo para proteger la salud en particular; sino en general para todo en la vida. Porque solo de esta manera podrá haber, en términos tomistas, bien para todos, o sea "bien común".

Esta situación halla justificación también aplicando la ponderación, no para comparar la importancia de los derechos en conflicto, sino para comparar la importancia de las personas involucradas en el mismo; en función de su cantidad. En tal virtud, la limitación de la libertad de unos pocos, puede ser considerada correcta para obtener un mayor bien que sea compartido por muchos. Así es, mediante esta ponderación también siempre se obtendrá, como resultado inexorable; que la salud de los consumidores niños y adolescentes siempre tendrá mayor importancia que el ejercicio ilimitado de las libertades de contratación y de empresa de las empresas publicitarias. Por eso, lo que impone la ley de comida chatarra es la limitación de la libertad de las empresas publicitarias, que son pocas, respecto al consumo de esta comida; para conseguir un mayor bien que sea compartido por los consumidores niños y adolescentes, que son muchos.

Asimismo, se puede complementar la justificación jusfilosófica tomista, que de la ley de comida chatarra, ha hecho ALONSO VILLARÁN; aplicando también el concepto agustiniano de justicia. Este otro concepto de justicia, al igual que el concepto tomista, también es muy útil y provechoso; porque integra o completa el concepto aristotélico de justicia distributiva. Como se sabe, este último concepto de justicia se sintetiza en la máxima o principio consistente en "*Darle a cada uno lo que le corresponde*"[(589)]. Pero ello siempre ha resultado indefinido, porque frente al mismo, la duda o interrogante, que siempre surge; es la siguiente: ¿Qué es lo que le corresponde darle a cada uno? SAMUEL ENOCH STUMPF sintetiza el pensamiento jusfilosófico de SAN AGUSTÍN, de la siguiente manera: "El principal argumento de San Agustín respecto de la ley y la justicia es que el Estado no es autónomo, sino que

(589) ARISTÓTELES, "Ética a Nicómaco", 1131b.

debe seguir los requerimientos de la justicia. La justicia es, además, un modelo que precede al Estado, y es eterna. San Agustín se particulariza por su interpretación del sentido de la justicia. Acepta la fórmula que dice que "la justicia es la virtud que da a cada uno lo que es debido. Pero pregunta: ¿Qué es lo 'debido' a cada uno?"(590).

SAN AGUSTÍN conceptúa que 'lo debido', a cada uno, no es otra cosa que la dignidad que le corresponde a cada persona. En tal virtud, conceptúa a la justicia en función de la dignidad de la persona. Para él la justicia concretamente consiste en: "Impartir a cada hombre la dignidad debida"(591). Por tal razón, SAN AGUSTÍN se adelantó muchos siglos al Derecho Constitucional, en cuanto a la dignidad de la persona como uno de los fines supremos de este Derecho; el cual se debe alcanzar mediante el respeto o la defensa de los derechos fundamentales de la persona.

Así es, SAN AGUSTÍN advirtió, muchos siglos antes que empezara a existir el Derecho Constitucional; que respetando o defendiendo los derechos fundamentales de la persona, se le puede hacer justicia a cada hombre impartiéndole la dignidad que le corresponde.

Pues bien, aplicando el concepto agustiniano de justicia, a la ley de comida chatarra; también resulta justificada esta ley. Porque esta sirve para complementar el mandato constitucional, del respeto a la dignidad, en este caso de los consumidores infantes y adolescentes. En efecto, atenta contra su dignidad, no es digno; que las empresas publicitarias manipulen sus elecciones o preferencias, sobre el consumo alimenticio que es dañino para su salud, mediante publicidad influyente o agresiva. Por tal razón, esta ley concretamente es complementaria del artículo 2, inciso 1, de la Constitución política vigente. De conformidad con lo establecido por la misma, toda persona tiene derecho

(590) ENOCH STUMPF, Samuel, "De Sócrates a Sartre. Historia de la Filosofía", Librería "El Ateneo" Editorial, Buenos Aires, 1979, p. 116.

(591) SAN AGUSTÍN, "La ciudad de Dios".

a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.

Concretamente la ley de comida chatarra complementa entonces la exigencia constitucional del respeto del derecho a la integridad psíquica y física, así como al libre desarrollo y bienestar de los consumidores infantes y adolescentes, en cuanto a sus elecciones o preferencias sobre el consumo alimenticio que es dañino para su salud.

Igualmente, la validez y total justificación jurídica, de esta ley, puede encontrársele también en el pensamiento jusfilosófico de filósofos modernos. Así PAUL RICOEUR, en el pensamiento que tiene sobre la justicia afirma lo siguiente: "En la noción misma del otro está implicado que el objetivo del bien-vivir incluya, de alguna manera, el sentido de la justicia. El otro es tanto el otro como el 'tú'"[592].

Este pensamiento jusfilosófico sobre la justicia, de RICOEUR, es pertinente aplicarlo para la ley de comida chatarra; porque alcanzar el bien-vivir depende de la buena salud que se tenga. De tal manera que como el objetivo del bien-vivir incluye el sentido de la justicia, la protección de la salud de los niños y adolescentes, como medio para alcanzar este fin u objetivo; siempre será, pues, de justicia.

Finalmente, todas estas indagaciones y reflexiones, sobre la justificación o no, de esta ley; han estado referidas principalmente a los derechos de libertad de contratar y de libertad de empresa.

Pero lo irónico de ello es que las indagaciones y reflexiones, que en realidad son las determinantes para dicha justificación o no; son las que están referidas a otro derecho fundamental de la persona, el cual es el derecho a la salud. Ello no porque resulte de un balance o ponderación de estos derechos, sino porque así lo determina la lógica

[592] RICOEUR, "Sí mismo como otro", cit., p. 202.

jurídica de la materia o especialidad de esta ley. De acuerdo a esta lógica, es simplemente la materia o finalidad, de esta ley; la que siempre nos va a indicar a quién le corresponde la determinación de esta situación.

En efecto, como la materia o finalidad, de esta ley, es la protección de la salud; la lógica jurídica de esta materia o finalidad siempre va a indicar, inobjetablemente, que a quien le corresponde determinar la justificación o no, de la misma; es únicamente a la ciencia médica. Así es, por ser esta ciencia, la ciencia de la salud; es ella la única que puede calificar y, con ello, justificar o no, las leyes que versan o tienen como finalidad su protección.

De tal manera que es el juicio o determinación, de los profesionales de esta ciencia, los médicos; el único que está calificado para justificar o no la ley bajo análisis. Efectivamente, son solo los profesionales de la salud, los que tienen la última palabra en toda discusión o especulación sobre leyes de protección de la salud.

Y para tal efecto, para contar con la opinión de los médicos, existe una institución formal con carácter universal; la cual es la Organización Mundial de la Salud (OMS). Esta no es un gremio profesional, sino una institución científica, por lo cual las opiniones que emite son el resultado de las investigaciones que realiza al más alto nivel.

En tal virtud, la OMS ha indicado oficialmente las definiciones de alimentos saludables, para que sean adoptadas por las legislaciones de cada país; y, de esta manera, protejan a sus poblaciones informándolas adecuadamente sobre lo que es un alimento saludable. Tales definiciones son estrictamente técnicas o científicas, porque han sido determinadas en función a los límites de las sustancias que son dañinas para la salud. Estas sustancias son las grasas, azúcares; y grasas transaturadas. De tal manera que los alimentos que no excedan los límites, de estas sustancias, son saludables; y, por el contrario, los alimentos que sí los excedan no son saludables.

Pues bien, como la ley bajo análisis impone que mediante su Reglamento se defina lo que son alimentos saludables, de acuerdo a los límites de sustancias no saludables que para ello ha fijado oficialmente la OMS; ello también demuestra entonces, inobjetablemente, la validez y legitimidad de esta ley.

Porque al tener que adoptar esta ley, las definiciones de alimentos saludables, de la OMS; de ello resulta entonces que la protección de la salud, que la misma tiene como finalidad, se encuentra respaldada por esta organización internacional de nivel mundial; la cual es la que tiene la última palabra en cuanto a esta protección.

Es así como los especialistas en salud pública, cuyo juicio u opinión es el único que es autorizado para justificar o no las leyes sobre protección, de la misma; tanto a nivel institucional, como a nivel individual, respaldan totalmente la ley bajo análisis.

En el caso peruano tal respaldo, a nivel individual, lo viene ejerciendo el Dr. ELMER HUERTA. Este es un médico peruano, especialista en salud pública, muy reconocido internacionalmente. Porque es Director del Preventorio del Instituto de Cáncer del MedStar Washington Hospital Center en Washington, DC. Con casi 30 años de experiencia y cuatro especialidades (medicina interna, oncología médica, prevención del cáncer y salud pública), atiende a pacientes en este hospital y es investigador de cáncer. A través de su labor docente en los medios de comunicación, ha desarrollado un alto grado de respeto y confianza en la comunidad hispana a nivel nacional e internacional. En la actualidad es colaborador médico de CNN en Español y Asesor Médico de AUNA en el Perú. Miembro de la Academia Nacional de Medicina del Perú, recibió el premio "Innovaciones a la Prevención 2004" de la Secretaría de Salud de EEUU y el premio "Campeón de Salud Pública y Prevención 2013" de la Casa Blanca. Ha publicado los libros: "La Salud Hecho Fácil" y "Confrontando el Cáncer". Y fue seleccionado como uno de los 100 hispanos más influyentes en Estados Unidos en el 2008.

Como se advierte, el Dr. ELMER HUERTA no sólo es un médico en ejercicio, sino también un reconocido investigador moderno de la medicina; concretamente de la salud pública. Por ello, sus opiniones sobre la ley bajo análisis son las más calificadas y, por ende, autorizadas; tanto a nivel nacional como a nivel internacional.

Tales opiniones son las siguientes: "Acaba de darse una situación añorada, y es que hace diez días las autoridades de Estados Unidos han decidido que desde el 2014 ya no habrá 'comida chatarra' en las escuelas, y nadie ha protestado. Cuando se da un avance positivo en la salud pública en Estados Unidos, siempre aspiro que suceda lo mismo en mi tierra natal, el Perú"(593). "Con la Ley de Promoción de la Alimentación Saludable para Niños y Adolescentes, el Perú se pone al nivel de Estados Unidos y otras naciones que regulan el consumo de alimentos procesados para evitar males como la obesidad, el sobrepeso, así como enfermedades no transmisibles y el cáncer"(594). "Dicha ley, cuya reglamentación se está trabajando, constituye una gran oportunidad. Perú se va a poner a la par de Estados Unidos, que desde hace más de 60 años sufre del problema de obesidad y sobrepeso por el consumo sin control de comida muy procesada, pero incluso lo estamos haciendo antes que ellos, y eso es una gran ventaja"(595). "En los últimos 60 años, en Estados Unidos a las madres, a través de la publicidad, se les convenció de que lo más fácil era optar por la comida envasada. A ello se suma que la mujer ha salido a trabajar, con lo cual primó la conveniencia y la facilidad de que renuncie a lo que era lo normal y natural, y el cocinar fue reemplazado por la facilidad de comprar comidas artificiales"(596). "Gracias a la salud pública, al lavado de manos, a la higiene y otros factores; ahora en Estados Unidos, y

(593) Declaración vertida en la entrevista concedida a la Agencia Peruana de Noticias "Andina", 9-7-13.

(594) *Ibídem*.

(595) *Ibídem*.

(596) *Ibídem*.

también en Perú, la expectativa de vida se ha duplicado. La Ley de Promoción de la Alimentación Saludable no es prohibitiva sino preventiva, y si seguimos esa línea, de aquí al 2020 o 2025 el porcentaje de obesos disminuirán y con ello los males que se desencadenan por una mala alimentación"[597].

Frente a estas científicas y autorizadas opiniones, sobre la materia o especialidad, de la ley bajo análisis (salud pública); ¿pueden acaso contradecirlas o refutarlas las opiniones que cuestionan esta ley que han sido desvirtuadas en este subítem? La respuesta, por el peso o exigencia de la ciencia, es contundentemente NO. Salvo que se pretenda considerar que los autores de estas opiniones desvirtuadas saben más, o son más conocedores, sobre salud pública; que el médico especialista que, sobre la misma, tiene un gran reconocimiento nacional e internacional. Admitir o considerar ello sería, pues, todo un despropósito y aberración.

Como se ha podido constatar, estas opiniones, desvirtuadas ya, son principalmente económicas. De tal manera que lo que ocurre aquí en el Perú, en cuanto a ellas, es simplemente el fenómeno que ha venido sucediendo en otros países sobre las mismas. Tal fenómeno no es otra cosa que un nuevo capítulo del eterno conflicto entre la salud pública y los intereses económicos.

Así es, por un lado está la ley bajo análisis que pretende regular (no prohibir) la publicidad de alimentos artificiales o procesados que perciben los niños y adolescentes. Y por otro lado está la airada reacción que, frente a esta ley, asumen las empresas industriales correspondientes, las cuales concretamente son tres: los fabricantes de alimentos artificiales o procesados, los medios de comunicación; y las agencias de publicidad.

---

(597) *Ibídem*.

Como se puede advertir, este conflicto inicialmente se dio cuando esta ley era proyecto, para evitar su promulgación; por lo cual el mismo lo ganó inicialmente la protección de la salud pública. Pero ello no significa que ya no exista tal conflicto. Todo lo contrario, el mismo sigue existiendo, porque ahora los intereses económicos correspondientes pretenden introducir modificaciones, a esta ley, a su favor. Para tal efecto, como siempre, los titulares de estos intereses, las empresas industriales, se valen de lobbistas.

A tal extremo llega ahora este conflicto que, tanto en los Estados Unidos como en el Perú; la labor de los lobbistas en el mismo, para tales modificaciones, es de lo más vergonzante, indignante y, por ende, escandalosa. Así lo ha denunciado precisamente el principal, y más autorizado, defensor de esta ley en el Perú; el cual es el Dr. ELMER HUERTA[598]. Este refiere que en el año 2015 tres congresistas participaron en proyectos de ley para tales modificaciones, siendo la principal de ellas la eliminación de la advertencia, en la etiqueta, de que un alimento procesado tiene un alto contenido de sal, azúcar, grasa o grasa transaturada; modificación que favorece directamente a las empresas industriales de bebidas azucaradas y alimentos procesados.

Felizmente, estos proyectos de ley no fueron aprobados, fueron frustrados. Pero es necesario, amable lector, para colmar nuestra indignación sobre los congresistas involucrados; preguntarnos lo siguiente: ¿La labor de estos congresistas, para intentar modificar la ley bajo análisis, fue gratis? ¿Hicieron este intento a cambio de nada? La respuesta correspondiente es de por sí evidente, la cual ya se la ha dado usted mismo estimado lector. Por ello, la ignominia de tales congresistas, es tan grande, que si bien no merecen ser identificados por sus nombres en la presente obra doctrinaria; sí merecen ser identificados

(598) HUERTA, Elmer, "A los niños no les pegues, pero sí déjalos que engorden", Diario "El Comercio", Lima, 14-12-15.

en la misma, genéricamente; mediante la denuncia pertinente que, para ellos, hace NIETZSCHE(599).

Es así como en el Perú, la triste verdad de la industria de los alimentos procesados y artificiales, en cuanto a la regulación de su publicidad; se la puede sintetizar como lo hace el Dr. ELMER HUERTA: "Mientras usted transcurre su vida diaria, amable lector, y sus niños siguen esperando que el Perú tenga una ley que les garantice una alimentación saludable, la influencia de los lobistas de la industria de bebidas azucaradas y alimentos procesados en el Congreso peruano está más viva que nunca. Tan fuerte es ese lobby, que ha convencido a algunos congresistas de que si bien es cierto que a los niños no hay que pegarles ni humillarlos, no hay ningún problema en dejar que esos mismos niños se engorden y mueran de cáncer, diabetes y enfermedades del corazón en un futuro"(600).

(599) **"*¡Qué miseria la de nuestros hombres de Estado!*"** ("La ciencia y el saber en conflicto", en *El libro del filósofo*, Taurus, Madrid, 2000, p. 112).

(600) HUERTA, "A los niños no les pegues, pero sí déjalos que engorden", cit.

CAPÍTULO V

ESTUDIO INSTITUCIONAL DEL PRINCIPIO DE PATRIMONIALIDAD DEL CONTRATO

V.I. EL PRINCIPIO DE PATRIMONIALIDAD DEL CONTRATO

*"*JULIETA.- *¡Oh Romeo, Romeo! ¿Por qué eres tú Romeo? Niega a tu padre y rehusa tu nombre; o si no quieres, júrame tan solo que me amas, y dejaré yo de ser una Capuleto.*

ROMEO.- *(Aparte) ¿Continuaré oyéndola, o le hablo ahora?*

JULIETA.- *¡Solo tu nombre es mi enemigo! ¡Porque tú eres tú mismo, seas o no Montesco! ¿Qué es Montesco? No es ni mano, ni pie, ni brazo, ni rostro ni parte alguna que pertenezca a un hombre. ¡Oh, sea otro tu nombre! ¿Qué hay en tu nombre? ¡Lo que llamamos rosa exhalaría el mismo grato perfume con cualquier otra denominación! De igual modo Romeo, aunque Romeo no se llamara, conservaría con este título las raras perfecciones que atesora. ¡Romeo, rechaza tu nombre; y a cambio de ese nombre, que no forma parte de ti, tómame a mí toda entera!*

ROMEO.- *Te cojo tu palabra. Llámame solo 'amor mío', y seré nuevamente bautizado. ¡Desde ahora mismo dejaré de ser Romeo!".*

"*La tragedia de Romeo y Julieta*",
Acto Segundo, Escena II
WILLIAM SHAKESPEARE

Pregunta:

¿Es un contrato el acuerdo celebrado entre Romeo y Julieta, por el cual él se comprometió a renunciar a su nombre a cambio de que ella le corresponda sentimentalmente?

V.1.1. Planteamiento de la problemática jurídica de la patrimonialidad del contrato

La determinación de la patrimonialidad del contrato también genera una problemática jurídica interesante. Ello resulta del hecho de que esta situación jurídica, el carácter patrimonial del contrato, ha venido suscitando doctrinariamente diversas opiniones o criterios para realizar o llevar a cabo esta determinación; todas las cuales, por tanto, han creado un panorama de gran incertidumbre o desconcierto sobre esta importante cualidad contractual.

Efectivamente, si bien modernamente en la *Teoría General del Contrato* se encuentra aceptado y reconocido ya que el contrato es un acto jurídico patrimonial; aún existen dudas o cuestionamientos sobre la manera en que jurídicamente se debe determinar la patrimonialidad o carácter patrimonial del contrato.

GUSTAV RADBRUCH demuestra cómo en la *Teoría General del Derecho* se encuentra reconocido la patrimonialidad como una cualidad inherente del mismo, al describir la vinculación que tiene este acto jurídico con un derecho patrimonial por excelencia: el derecho de propiedad. Tal demostración es como sigue: "La propiedad se transforma en capital cuando confiere poder no simplemente sobre las cosas, sino sobre los hombres. En la ordenación económica capitalista el derecho de propiedad opera preferentemente como libertad contractual, la propiedad deviene el punto medio económico de las relaciones contractuales que constituyen las instituciones conexas a la propiedad"(601).

(601) RADBRUCH, "Filosofía del derecho", cit., p. 189.

Este reconocimiento teórico general, no podía ser de otra manera, también fue recepcionado por la Teoría General del Contrato; fundamentándolo no solo en el derecho de propiedad, sino también en las obligaciones. Así da cuenta de ello VINCENZO ROPPO: "El contrato sirve para transmitir y adquirir la propiedad: y las relaciones de propiedad son, por antonomasia, patrimoniales. El contrato sirve para crear obligaciones: y la obligación tiene por objeto una prestación con carácter patrimonial o, dicho de otra manera, 'susceptible de valoración económica'"(602).

Asimismo, como refiere este último autor, en la *Teoría General del Contrato* se identifica conceptualmente a la patrimonialidad simplemente como lo que es valorizable en dinero. Pero este concepto de patrimonialidad, como se demuestra en la presente obra doctrinaria, en realidad solo es uno de los criterios, el más simple, de patrimonialidad; el cual ha sido asumido no satisfactoriamente por el Derecho. Porque, puede advertirse, donde surge el problema es en cuanto a la precisión o determinación de cómo saber con exactitud cuándo una conducta es valorizable en dinero; y cómo saber también con exactitud, cuándo una conducta no lo es. THEODOR STERNBERG describe esta problemática de la siguiente manera: "Totalmente fuera de la esfera del derecho de obligaciones radican las obligaciones que carecen de valor económico, 'de interés patrimonial'. Sin embargo, esto es muy discutido. De todas maneras, es necesario comprender exactamente el concepto de interés patrimonial"(603).

Esta interesante problemática jurídica se encuentra sintetizada en la pregunta que se ha planteado respecto al texto literario que se está utilizando con fines ilustrativos para la solución de la misma: ¿El acuerdo entre dichos famosos personajes shakesperianos es un contrato?

(602) ROPPO, "El contrato", cit., p. 31.

(603) STERNBERG, Theodor, "Introducción a la ciencia del derecho", Editora Nacional, México D.F., 1956, p. 293.

Unos podrán responder que no considerando que dicho acuerdo no tiene contenido patrimonial, por no ser valorizables en dinero las conductas a las que se comprometieron los mismos. Por el contrario, otros podrán responder que sí, considerando que dichas conductas sí son valorizables en dinero.

La finalidad del presente Capítulo es determinar la solución correcta de la problemática jurídica planteado.

V.1.2. Análisis

Antes de abordar el estudio de la patrimonialidad contractual, y sobre cómo se determina jurídicamente la misma; es necesario precisar que esta problemática jurídica no le corresponde, o le es propia, exclusivamente al Derecho de Obligaciones, como de manera limitada se suele pensar; sino que también le corresponde, o le es propia, al Derecho Contractual.

Esta concepción limitada de que el estudio de la patrimonialidad, como problemática jurídica, corresponde hacerlo solo con respecto a las obligaciones y no con respecto al contrato; se debe al hecho de que lo que debe tener carácter patrimonial son las conductas mediante las cuales los deudores deben cumplir sus obligaciones. Y, como se sabe, estas conductas son las prestaciones que son el contenido de las obligaciones. De tal manera que como la patrimonialidad debe estar presente en estas conductas, por eso se llega a considerar que este carácter o situación (patrimonialidad) es un requisito de la prestación y, por ende, su estudio o análisis pertenece al Derecho de Obligaciones.

Esta idea o concepción es errada porque no toma en cuenta la realidad subyacente que incide en la constitución de la patrimonialidad de la prestación o determina la misma. Tal realidad es la que le dio origen a la obligación de la cual forma parte la prestación; y ella es el contrato.

En tal virtud, esta realidad es una relación lógica elemental, la cual es la relación causa-efecto. Así es, aplicando esta relación lógica,

si el efecto debe ser patrimonial es porque la causa también debe serlo. Por ello, si la prestación (efecto) debe ser patrimonial, es porque el contrato (la causa) también debe ser patrimonial. De tal manera que es la aplicación de la Lógica Jurídica la que hace que la patrimonialidad también sea un requisito del contrato.

La doctrina moderna corrobora esta situación, pues advierte que la patrimonialidad es un requisito que comparten tanto la prestación como el contrato, por la aplicación de la Lógica Jurídica; al advertir que el fundamento que justifica este carácter o requisito, para ambos, es el mismo. Así da cuenta de ello VINCENZO ROPPO: "La ratio que normalmente se indica para justificar la patrimonialidad de la obligación es la misma que explica la necesaria patrimonialidad del contrato"(604).

Tal parece, entonces, que los que alegan erradamente que por ser la patrimonialidad un requisito solo de la prestación, su estudio corresponde hacerlo solo con relación a las obligaciones y no con relación al contrato; son los que, por dedicarse solo al estudio del Derecho Contractual, no han investigado nada tal requisito en el Derecho de Obligaciones; por lo cual pretenden evadir su estudio o análisis por esta falencia, o por incapacidad académica.

Como se puede colegir, la identificación conceptual del contrato, como un acuerdo con contenido patrimonial; determina que la patrimonialidad sea un requisito que se exige para la celebración del mismo, exigencia que consignan las codificaciones modernas como la peruana, mediante la norma bajo análisis.

Por tal razón, la exigencia de este requisito contractual produce, como efecto o consecuencia, una limitación de la Autonomía Privada. Ello resulta del hecho de que el cumplimiento de este requisito implica que, cuando las personas quieran celebrar el acto jurídico contrato; no pueden acordar sobre conductas extrapatrimoniales, sino que tienen

(604) ROPPO, "El contrato", cit., p. 31.

que acordar necesariamente sobre conductas patrimoniales. Y las situaciones de patrimonialidad y extrapatrimonialidad se determinan, como se ha precisado (Ver V.1.2.d.), mediante el criterio objetivo de la Patrimonialidad Jurídica.

Así es, el requisito de la patrimonialidad limita el espectro, o extensión, sobre lo que se puede acordar para que se pueda producir la celebración de un contrato; lo cual, pues, es una limitación de la Autonomía Privada, concretamente de la libertad contractual o de configuración interna. MICHELE GIORGIANNI lo precisa así: "Se trata por ello en definitiva de un límite a la libertad negocial de los particulares"(605).

Como se puede colegir, para determinar cómo se puede saber con exactitud cuándo una conducta es valorizable en dinero y, por ende, la misma puede formar parte del contenido de un contrato; es absolutamente necesario contar con un criterio. Por ello, se debe entonces encontrar un criterio que indique indubitablemente este carácter o situación (patrimonialidad).

Al respecto, resulta que existen varios criterios, los cuales son tanto clásicos como modernos. Se estudian a continuación los que han sido y son los más destacados y trascendentes doctrinariamente.

V.1.2.a. Los criterios clásicos o tradicionales de patrimonialidad.

Los criterios clásicos o tradicionales, que doctrinariamente se han dado, para determinar la patrimonialidad, concretamente son dos. Para fines didácticos en la presente obra doctrinaria se les denomina Patrimonialidad Económica y Ejecutabilidad o Inejecutabilidad de la conducta.

(605) GIORGIANNI, Michele, "La obligación. La parte general de las obligaciones", BOSCH, Barcelona, 1958, p. 40.

ROBERTO DE RUGGIERO y FULVIO MAROI explican estos criterios así: "El objeto de la prestación debe tener, necesariamente, un contenido económico, o ser idóneo, en todo caso, para una valorización patrimonial. De otra manera, el interés del acreedor no tendría una posibilidad concreta de ser realizado en caso de incumplimiento, a costa del patrimonio del deudor; además, así se incluiría en el concepto jurídico de obligación una serie de deberes que nadie concebiría posible hacer valer a través de la coacción de una sentencia"(606). Se les estudia o analiza por separado, a continuación, como corresponde.

- *El criterio clásico y simple de la Patrimonialidad Económica o la simple posibilidad de valorización dineraria.*

Como se había adelantado (Ver V.1.2.), en la *Teoría General del Contrato* se suele identificar conceptualmente a la patrimonialidad; simplemente como lo que es posible de valorizar en dinero. Ello ha hecho que este criterio sea el que tradicionalmente se ha identificado con el concepto mismo de patrimonialidad.

En efecto, como este criterio consiste simplemente en considerar que la patrimonialidad la determina el simple hecho de que exista, respecto a una conducta, la posibilidad de que se la pueda valorizar dinerariamente; de ello resulta, entonces, que se haya llegado a considerar, que el mismo, es en lo que consiste la patrimonialidad del contrato.

En tal virtud, según este criterio clásico o tradicional, de patrimonialidad contractual; estaremos ante un contrato cuando el contenido del mismo esté conformado por conductas que se puedan traducir en dinero y, por ende, no estaremos ante un contrato cuando el contenido del mismo esté conformado por conductas que no se las pueda traducir en dinero.

(606) DE RUGGIERO, Roberto; MAROI, Fulvio; "Instituciones de derecho privado", V. II, Casa Editorial Giuseppe Principato, Milan-Mesina, 1947, p. 1-5, (Cita traducida por Leysser León Hilario).

Como puede advertirse, este criterio clásico o tradicional, de patrimonialidad contractual, deriva del concepto de prestación o contenido de la obligación que se tuvo en el Derecho Romano. Así es, el jurisconsulto romano ULPIANO fue el que consignó este concepto: "*Ea enim in obligatione consistere quae pecunia lui praestarique possunt*"(607). ("*Puede consistir objeto de la obligación todo aquello que se pueda valorizar en dinero*").

Luego de la gran discusión que se suscitó en la doctrina clásica alemana (WINSCHEID, IHERING - HELLWIG, KOHLER(608)), sobre la patrimonialidad de la prestación y, por derivación, del contrato; este criterio clásico y tradicional, de esta patrimonialidad, llegó a consolidarse con la corrección que hizo el jurista italiano VITTORIO SCIALOJA de la confusión en que al respecto había incurrido esta doctrina. Tal confusión consistió en identificar la patrimonialidad de la prestación con la patrimonialidad del interés del acreedor. MICHELE GIORGIANNI explica esta confusión, así como la corrección que SCIALOJA dio a la misma: "Partían de una peligrosa confusión entre carácter patrimonial de la prestación y patrimonialidad del interés del acreedor; por lo que, de la consideración justa de que el segundo no debe tener necesariamente aquel requisito, llegaban a la conclusión de que aquel requisito no era necesario ni siquiera respecto a la prestación de deudor. (…) El mérito de haber denunciado la confusión que hasta entonces reinaba entre patrimonialidad de la prestación y patrimonialidad del interés corresponde a SCIALOJA,V., que advirtió que los dos conceptos debían, en cambio, distinguirse cuidadosamente y llegó así a la demostración de que sólo la prestación debe tener carácter patrimonial, mientras el interés del acreedor puede ser no patrimonial"(609).

(607) DIGESTO, 40, 7, 9, 2.

(608) Citados por GIORGIANNI, "La obligación. La parte general de las obligaciones", cit., p. 38.

(609) GIORGIANNI, "La obligación. La parte general de las obligaciones", cit., p. 38.

Finalmente, este concepto clásico de patrimonialidad de la prestación y, por ende, del contrato, con la debida corrección de SCIALOJA; encontró la consagración legislativa en el Código Civil italiano vigente, de 1942. Así, de conformidad con lo establecido por el artículo 1174, de este Código: "*La prestación que constituye el objeto de la obligación debe ser susceptible de valoración económica y debe corresponder a un interés, aunque no sea patrimonial, del acreedor*".

Fue así, mediante esta importante consagración legislativa, de este criterio de patrimonialidad; que terminó identificándose este criterio como el concepto de patrimonialidad, tanto de la prestación como del contrato.

Ahora bien, si se identifica al criterio para determinar la patrimonialidad como el concepto que siempre se ha asumido de esta situación en la *Teoría General del Contrato*, o sea simplemente como lo que es posible de valorizar en dinero; ello no hace que la determinación de la patrimonialidad de una conducta, o de un acuerdo, sea siempre una calificación correcta o satisfactoria jurídicamente.

Ello se debe a que solo en algunos casos la aplicación de este criterio, identificado como el concepto de patrimonialidad, hace que esta calificación sea correcta o satisfactoria para el Derecho.

Efectivamente, la aplicación de este criterio, identificado como el concepto simple de patrimonialidad; hace que la determinación de la patrimonialidad de una conducta o de un acuerdo sea correcta o satisfactoria, jurídicamente; solo cuando la posibilidad de valorización dineraria de estas situaciones goce de claridad o contundencia, o sea, cuando sea muy evidente. Ello ocurre, por ejemplo, en los casos en los que las conductas consistan en entregar bienes o prestar un servicio técnico o profesional. Como es evidente que estas conductas sí gozan de posibilidad de valorización dineraria, ello significa que sí son patrimoniales y, por ende, también son patrimoniales los acuerdos de cuyo contenido forman parte las mismas; por lo cual estos acuerdos sí son contratos.

Viceversa, la aplicación de este criterio identificado como el concepto simple de patrimonialidad; hace que la determinación de la extrapatrimonialidad de una conducta o de un acuerdo también sea una operación exitosa o satisfactoria solo en los casos en que respecto a estas situaciones sea clara y contundente su imposibilidad de ser valorizadas dinerariamente. Ello ocurre, por ejemplo, en los casos de las conductas que son reguladas por el Derecho de Familia, como son la fidelidad entre cónyuges y el respeto y obediencia que deben tener los hijos hacia los padres.

Como se está comprobando, para estos casos la aplicación del criterio de la posibilidad de valorización dineraria, identificado como el concepto simple de patrimonialidad; sí resulta pertinente y, por ende, acertado.

Pero ello no ocurre para los casos en los que en una conducta o en un acuerdo no resulte clara ni contundente la posibilidad o imposibilidad, de su valorización dineraria; para determinar su patrimonialidad o extrapatrimonialidad, respectivamente.

Un ejemplo demostrativo de esta situación son precisamente las conductas, y el acuerdo que produce las mismas, que se indican en el texto jusliterario que se está utilizando ilustrativamente para este análisis. Tal acuerdo es aquel en el cual, en dicha tragedia shakesperiana, Romeo se comprometió a renunciar a su nombre, a cambio de que Julieta le corresponda sentimentalmente. Como se ha planteado al inicio del presente Capítulo, la pregunta que se debe responder al respecto consiste en determinar si este acuerdo es o no un contrato.

Para dar esta respuesta resulta necesario, por tanto, determinar si dichas conductas y, por ende, el acuerdo que contiene las mismas; son patrimoniales o extrapatrimoniales. Y resulta al respecto que, de la aplicación del criterio de la posibilidad de valorización dineraria, identificado como el concepto simple de patrimonialidad; se obtiene un resultado totalmente incongruente y contradictorio en cuanto a esta determinación de patrimonialidad o extrapatrimonialidad.

Así es, la aplicación en primer lugar, del criterio de la posibilidad de valorización dineraria, identificado como el concepto simple y limitado de patrimonialidad, a la conducta a la que se compromete Julieta; determina que esta conducta es extrapatrimonial. Ello se debe a que esta conducta consiste en afectos o sentimientos personales, los cuales su carácter o naturaleza extrapatrimonial es manifiesta o evidente.

Pero con la determinación de la extrapatrimonialidad de la conducta de Julieta no basta o es suficiente para determinar que el acuerdo, mediante el que se comprometió a esta conducta frente a Romeo, sea también extrapatrimonial; y, por ende, para que pueda calificarse al mismo no como un contrato. Porque falta determinar si la conducta de Romeo es también extrapatrimonial.

Y al respecto resulta que la aplicación de este concepto, como criterio de patrimonialidad, determina que la conducta a la que se compromete Romeo; es patrimonial. Ello se debe a que esta conducta, consistente en renunciar a su nombre, sí es posible valorizarla en dinero.

En efecto, el rehusamiento del nombre implica, necesaria e inexorablemente, un cambio del mismo. Ello resulta del hecho de que toda persona necesita de un nombre, porque es la única manera de poder ser identificado. Por eso es que el derecho a la identidad es un derecho fundamental de la persona. De tal manera que si una persona no quiere seguir usando el nombre que ya tiene, que es la situación de rehusamiento de nombre por parte de Romeo, simplemente lo que procede o se debe hacer es realizar el trámite correspondiente al cambio de nombre. Tal trámite tiene naturaleza judicial y carácter excepcional. Esto es, la ley, como regla general, prohíbe el cambio de nombre; salvo por motivos justificados que debe aprobar el juez (Artículo 29 del Código Civil).

Ahora bien, ¿se puede valorizar en dinero el trámite del proceso judicial de cambio de nombre? Esto es, ¿se puede saber cuál es el costo que por este proceso tendría que asumir Romeo para rehusar a su nombre mediante el cambio del mismo? Por supuesto que sí.

Por tal razón, mediante la aplicación de este criterio de patrimonialidad, como concepto simple de patrimonialidad, se llegaría a la conclusión de que la conducta de Romeo sí sería patrimonial; y, por ende, sí sería una prestación.

Pues bien, el acuerdo cuyo contenido está conformado por las conductas de Romeo y de Julieta; ¿es patrimonial y, por ende, se le debe calificar jurídicamente como contrato?

La respuesta de esta pregunta se torna complicada porque, mediante la aplicación de este criterio de patrimonialidad, como concepto simple de patrimonialidad; dicho acuerdo tiene un contenido tanto patrimonial como extrapatrimonial a la vez.

Así es, este acuerdo sería patrimonial por la conducta de Romeo, porque al ser posible de valorizarla en dinero; sí sería una prestación. Pero al mismo tiempo este acuerdo, también en virtud de dicho criterio, también sería extrapatrimonial por la conducta de Julieta; porque al no ser posible de valorizarla en dinero; no sería una prestación.

Finalmente, entonces, ¿cuál es el resultado que se obtiene de la aplicación de este criterio o concepto simple de patrimonialidad? ¿Cómo, en virtud del mismo, resulta calificado jurídicamente el acuerdo entre estos dos personajes, como patrimonial o como extrapatrimonial? Esto es, ¿es un contrato o no dicho acuerdo?

Este resultado o situación contradictoria, en cuanto a la patrimonialidad o extrapatrimonialidad de este acuerdo, demuestra que el criterio clásico de patrimonialidad, consistente en la simple posibilidad de valorización dineraria; no es determinante y, por ende, no tiene carácter absoluto.

Así es, este criterio no es determinante no solo por las calificaciones incongruentes o contradictorias que pueden obtenerse de su aplicación; sino también porque no es suficiente para poder calificar a una conducta, o a un acuerdo, como patrimoniales. De ello resulta,

por tanto, que este criterio no tiene carácter absoluto, al no servir para calificar, como patrimoniales o extrapatrimoniales, a todos las conductas y acuerdos habidos y por haber.

Porque supóngase que por sí ser posible de valorizar en dinero la conducta de Romeo, el acuerdo entre este y Julieta sí resultara ser patrimonial y, por ende, jurídicamente un contrato; ello implicaría, entonces, que ellos serían sus partes, las cuales habrían asumido obligaciones en virtud del mismo.

Sin embargo, ¿es realmente así? Tal parece que no, porque la percepción que al respecto se tiene mentalmente es totalmente distinta a la que indica como resultado la aplicación de este criterio. Esta percepción es de rechazo o inadmisibilidad en cuanto a considerar o calificar, como un contrato, a dicho acuerdo. Para precisar o detallar esta percepción negativa, en cuanto a esta calificación, se la debe analizar en función tanto de la conducta como del acuerdo de la cual la misma es parte.

La conducta de Romeo no se la percibe mentalmente como una prestación y, por ende, al acuerdo de cuyo contenido forma parte tampoco se le percibe mentalmente como un contrato; porque la idea que se tiene al respecto es que, a pesar de que esta conducta sí sea posible de valorizarla en dinero, ello no basta o es suficiente para otorgarle naturaleza jurídica de prestación, por lo cual dicho acuerdo tampoco tiene naturaleza jurídica de contrato.

Esta percepción mental de insuficiencia de la posibilidad de valorización dineraria de una conducta, como el hecho que determina que la misma sea patrimonial y, por ende, que sea una prestación; demuestra contundentemente, entonces, que el criterio o concepto simple de patrimonialidad, consistente en la posibilidad de valorización dineraria, no es el criterio correcto o adecuado para determinar esta situación.

Por ello que se le debe descartar, o no tomar en cuenta, como el criterio válido o correcto para determinar la patrimonialidad de la prestación y, por ende, del contrato.

Para diferenciar este criterio incorrecto, del criterio válido de patrimonialidad que se va a determinar; en la presente obra doctrinaria al mismo se le va a identificar simplemente con el nombre de Patrimonialidad Económica.

- *El criterio clásico de la ejecutabilidad o inejecutabilidad de la conducta.*

Otro criterio clásico o tradicional, de patrimonialidad contractual, es el que atiende a la posibilidad de exigencia o ejecución de las conductas que son el contenido del acuerdo correspondiente.

Así, según este criterio son patrimoniales estas conductas y, por ello, el acuerdo que las creó sí es un contrato; cuando sí sea posible su exigencia o ejecución judicial en caso de incumplimiento. Por el contrario, si no gozan de esta exigencia o ejecución, ello significa que no son patrimoniales y, por ende, el acuerdo que las creó no es un contrato; sino un simple convenio.

Este criterio, al que puede denominársele de "Ejecutabilidad o Inejecutabilidad de una conducta", ya ha sido superado y, por ende, descartado en el Derecho Civil moderno; por su carácter falaz.

Así es, este criterio es falso porque existen prestaciones contractuales que cuando no es posible su ejecución forzada o judicial, porque para ello sería necesario el uso de la violencia; por ello son inejecutables. Y, sin embargo, esta inejecutabilidad no hace que estas conductas carezcan de carácter patrimonial y que, por ello, no sean prestaciones contractuales.

Tales son los casos de las prestaciones de hacer. En estas si un cantante o un profesor, por ejemplo, a pesar de haberse obligado por un contrato a cantar y a enseñar respectivamente, incurren en incumplimiento; como solo sería posible hacerlos cumplir con el uso de la violencia, lo cual la ley no lo permite, estas conductas son inejecutables y frente a su incumplimiento solo cabe exigir la indemnización de daños

y perjuicios correspondiente. Por tal razón, mediante la aplicación de este criterio de patrimonialidad a estas conductas, al ser estas inejecutables, se llegaría a la conclusión de que estas conductas de hacer, a pesar de ser prestaciones contractuales; serían extrapatrimoniales, lo cual contradeciría su auténtica naturaleza de tales prestaciones.

Como se puede colegir, la inejecutabilidad de estas conductas no determina en modo alguno que las mismas tengan carácter extrapatrimonial. Por el contrario, su carácter patrimonial es evidente, y por ello el mismo está fuera de discusión; porque son casos comunes de un contrato muy común y frecuente, el cual es la Prestación de Servicios.

Este resultado o situación contradictoria, en cuanto a la patrimonialidad o extrapatrimonialidad de las prestaciones de hacer, demuestra que el criterio de patrimonialidad consistente en la "Ejecutabilidad o Inejecutabilidad de una conducta"; tampoco es contundente o determinante.

Así es, este criterio tampoco es contundente o determinante no solo por las calificaciones incongruentes o contradictorias que pueden obtenerse de su aplicación; sino también porque no es suficiente para poder calificar a una conducta como patrimonial. Ello se debe a que no tiene carácter absoluto, al no servir para calificar, como patrimoniales o extrapatrimoniales, a todas las conductas habidas y por haber.

Es por ello que a este otro criterio clásico o tradicional de patrimonialidad, consistente en la "Ejecutabilidad o Inejecutabilidad de una conducta"; también se le debe descartar, o no tomar en cuenta, como el criterio válido o correcto de patrimonialidad.

V.1.2.b. La Juridicidad como criterio previo necesario para determinar la patrimonialidad contractual.

Como se está advirtiendo, ninguno de los criterios clásicos o tradicionales de patrimonialidad es válido o correcto para poder determinar esta otra esencial cualidad que caracteriza al contrato.

Se requiere, entonces, de un criterio moderno de patrimonialidad que, para que sea válido o correcto, tenga carácter absoluto. Esto es, se requiere de un criterio que pueda aplicarse para todas las conductas o acuerdos para poder calificarlos de patrimoniales o extrapatrimoniales.

Para tal efecto, como lo que debe calificarse jurídicamente como "patrimonial" son conductas a las que se pueden obligar las partes de un contrato; estas conductas no van a poder ser cualquier conducta, sino únicamente las que, para el Derecho, pueden formar parte del contenido de este acto jurídico. Es así como doctrinariamente se ha advertido, con acierto, que un necesario primer criterio que se debe aplicar, para determinar después la patrimonialidad; es el de la Juridicidad.

Así, el criterio de Juridicidad sirve para saber o determinar cuándo una conducta sí es tomada en cuenta por el Derecho, para que pueda ser parte del contenido de un contrato o, lo que es lo mismo, cuándo el Derecho considera que una conducta es asumida, por las partes del mismo, como la manera en que deberán cumplir las obligaciones que ha creado este acto jurídico.

Puede apreciarse que la realidad socioeconómica subyacente a la que responde este criterio es la aplicación estricta de la Lógica Jurídica. Pues al ser el contrato una institución jurídica, es una institución que forma parte del Derecho; por lo cual las conductas que pueden ser el contenido de este acto jurídico deben tener o merecer la atención o consideración del Derecho para que sean creadas por un contrato. Esto es, estas conductas deben tener juridicidad para que formen parte del contenido de este acto jurídico.

Fue MICHELE GIORGIANNI, célebre profesor de la Universidad de Bolonia, el que advirtió la necesidad de tener que aplicar primero el criterio de Juridicidad; para después poder saber o determinar la patrimonialidad de una conducta y, por ende, del acuerdo que la contenga; y así poder finalmente calificar al mismo como un contrato. Tal necesidad la propuso para poder diferenciar la patrimonialidad de

la prestación de la atención o consideración jurídica que debe tener, a su vez, la misma. Su explicación es la siguiente: "A nuestro juicio, a propósito del carácter patrimonial de las prestaciones, la doctrina, de ordinario, ha confundido y resuelto con un criterio general problemas que, por el contrario, deberían mantenerse cuidadosamente separados y resolverse con criterios diversos: esto es, el problema verdadero y propio de la patrimonialidad de la prestación, y el de la juridicidad de la obligación. Que se trate de dos problemas distintos resulta, sobre todo, de la consideración que muchos deberes no jurídicos tienen contenido patrimonial, y su violación puede también ocasionar daño pecuniario: piénsese en una invitación a cena"(610).

Ahora bien, en esta cita GIORGIANNI explica la diferencia que se debe tener en cuenta entre Patrimonialidad y Juridicidad, pero no explica de manera cabal o completa en qué consiste concretamente este último criterio. Solo indica al respecto que este criterio, la Juridicidad, se debe aplicar a la obligación.

Sin embargo, la obligación, como vínculo o ligamen que constituye la relación crediticia, por precisamente representar una situación jurídica como un crédito, no es la que requiere ser analizada en primer lugar para determinar su carácter patrimonial. De tal manera que como solo si esta conducta es patrimonial, la obligación también lo será; por ello es necesario, entonces, que la Juridicidad se determine respecto a la conducta que puede ser una prestación, antes que respecto a la obligación.

Es así como resulta necesario tener que completar el criterio de Juridicidad, advertido por GIORGIANNI, advirtiendo también que este criterio consiste en determinar lo que es relevante para el Derecho; o, lo que es lo mismo, lo que merece la tutela o protección del Derecho.

(610) GIORGIANNI, "La obligación. La parte general de las obligaciones", cit., pp. 42-43.

Así, con la aplicación del criterio de Juridicidad a las conductas se obtendrá como resultado la indicación exacta de cuáles de ellas sí podrían ser prestaciones y, por ello, sí podrían ser el contenido de un contrato; y cuáles definitivamente no.

Efectivamente, las conductas que no son relevantes para el Derecho, las que no merecen su tutela o protección; no pueden ser el contenido de una institución que pertenece o forma parte del mismo, como es el contrato. Y, por ello, estas conductas no podrán nunca ser calificadas jurídicamente como prestaciones; por lo cual tampoco habrá obligación alguna que las contenga.

Para la aplicación del criterio de Juridicidad es necesario tener en cuenta que este es un criterio objetivo y no subjetivo. Esto significa que las conductas tendrán juridicidad no porque así lo determinen o consideren la voluntad de las personas que las realizan; sino que tendrán este carácter porque así lo determina un hecho o situación objetiva totalmente ajeno a la voluntad de las mismas.

Por tal razón, para que se pueda aplicar de manera certera o contundente el criterio de Juridicidad, es necesario precisar o determinar mediante qué hecho o circunstancia, en particular, se puede saber objetivamente, con certeza o exactitud, cuándo una conducta tiene juridicidad y cuándo no. Esto es, es necesario saber cómo, o de qué manera, una conducta resulta relevante para el Derecho; o merece la tutela o protección del mismo. En otras palabras, se necesita una pauta o factor para poder aplicar el criterio de Juridicidad.

Pues bien, tal pauta o factor no puede ser otro que la existencia de fuentes del Derecho que regulen la conducta respecto de la cual se necesita saber si tiene juridicidad. En otras palabras, tal pauta o factor son concretamente tales fuentes. Ello se debe a que las fuentes del Derecho son las maneras en que se crean o producen los mandatos o imposiciones mediante los cuales opera y está conformado el mismo. En ese sentido, las fuentes del Derecho son los medios o instrumentos

mediante los cuales se aplica el Derecho y, por ende, son los medios o instrumentos que otorgan o determinan juridicidad a alguna situación en particular; en este caso a alguna conducta.

En tal virtud, una conducta tendrá juridicidad cuando existan normas, escritas o no escritas, que la regulen. Porque la existencia de tal normatividad evidencia o demuestra que dicha conducta sí es relevante para el Derecho, o merece la tutela o protección del mismo.

Igualmente, una conducta también tendrá juridicidad si son costumbres o jurisprudencia las que la regulan o definan, con este carácter, respectivamente. Porque la existencia de estas otras fuentes jurídicas evidencia o demuestra, también, que dicha conducta sí es relevante para el Derecho; o merece su tutela o protección.

Así, en el ejemplo de invitación a cenar, propuesto por GIORGIANNI, se puede comprobar que las conductas mediante las cuales se realizan o llevan a cabo, estas invitaciones; no tienen juridicidad porque no existen normas, ni costumbres, ni jurisprudencia que determinen que tengan este carácter. Esto es, en otras palabras, no tienen juridicidad estas conductas por no ser relevantes para el Derecho; porque no merecen la tutela o protección del mismo.

Efectivamente, lo mismo sucede con todas las otras conductas mediante las cuales se realizan o llevan a cabo las otras posibles invitaciones que se dan o existen socialmente. Todas estas posibles conductas, como se puede colegir, no tienen juridicidad porque se hacen por convencionalismos sociales como la amistad, la gratitud, el parentesco o familiaridad; etc, todas las cuales, pues, no tienen la suficiente importancia o relevancia para merecer una tutela o protección por parte del Derecho y, por ello, tienen carácter extrajurídico.

Como se está comprobando, la aplicación del criterio de Juridicidad es el requisito necesario que debe cumplir, alguna conducta; para poder determinar después si la misma tiene carácter patrimonial. Ello resulta así porque la aplicación de este criterio indica qué conductas

pueden ser patrimoniales para el Derecho. Así es, porque si estas no tienen juridicidad, o carácter jurídico; por Lógica Jurídica, tampoco tiene patrimonialidad para el Derecho.

Es así como mediante la aplicación del criterio de Juridicidad se pueden descartar de plano todas las conductas que, por carecer de carácter jurídico; no pueden ser calificadas como prestaciones.

Igualmente, también mediante la aplicación de este principio, se pueden descartar también de plano todos los acuerdos que generan estas conductas que, por carecer también de carácter jurídico; no pueden ser calificados como contratos.

De tal manera que si el resultado de la aplicación del criterio de Juridicidad consiste en que ciertas conductas y acuerdos no tienen carácter jurídico, ya no será necesario averiguar, entonces, respecto de los mismos; si tienen patrimonialidad. Porque esta última situación o carácter (patrimonialidad), solo lo pueden tener las conductas y acuerdos que tienen juridicidad.

V.1.2.c. El criterio de la Patrimonialidad Económica como meramente referencial para la determinación de la patrimonialidad contractual.

Como se ha precisado en el ítem correspondiente, el criterio de la Patrimonialidad Económica es el consistente en la simple posibilidad de valorización dineraria de una conducta; el cual se ha estado aplicando de manera clásica o tradicional para determinar la patrimonialidad contractual.

Este criterio, como también se ha precisado en dicho ítem, no es el criterio válido o correcto para determinar la patrimonialidad contractual; por no tener carácter absoluto, o sea por no ser posible aplicarlo para todas las conductas habidas y por haber.

Por todo ello, este criterio es solamente referencial para poder determinar la patrimonialidad contractual. Esto es, es un criterio que sim-

plemente informa o indica si una conducta es posible que sea valorizada en dinero; lo cual es una situación estrictamente pecuniaria o económica, pero no una situación jurídica, que es lo que interesa para el Derecho.

Es por eso entonces que la patrimonialidad económica no puede ser la situación que determine la patrimonialidad contractual, porque tanto conductas como acuerdos, que son valorizables en dinero; pueden jurídicamente no ser aceptados como prestaciones y contratos respectivamente. Esto es, a pesar de que tengan valorización dineraria, pueden no ser considerados como patrimoniales jurídicamente.

En efecto, ***JURÍDICAMENTE LO QUE INTERESA NO ES LO QUE ES PATRIMONIAL PARA LA ECONOMÍA; SINO LO QUE ES PATRIMONIAL PARA EL DERECHO.***

Por tal razón, la auténtica o verdadera situación que determina la patrimonialidad contractual, que se debe aplicar como criterio para saber si una conducta y el acuerdo que la genera son patrimoniales; es la Patrimonialidad Jurídica, la cual se estudia y analiza en el siguiente subítem.

V.1.2.d. La Patrimonialidad Jurídica como la situación que determina la patrimonialidad contractual.

Como se ha precisado en el subítem anterior, la auténtica o verdadera situación que determina la patrimonialidad contractual, que se debe aplicar como criterio para saber si una conducta, y el acuerdo que la genera, son patrimoniales; es la Patrimonialidad Jurídica.

En tal virtud, ¿en qué puede consistir la Patrimonialidad Jurídica como la situación que determina la patrimonialidad contractual y qué se debe aplicar como criterio para verificar la misma?

Obviamente no puede consistir en la posibilidad de valorización dineraria (Patrimonialidad Económica), ni en la ejecutabilidad o inejecutabilidad de las conductas; criterios clásicos que ya han sido descartados totalmente.

Tiene que consistir, entonces, la situación de la Patrimonialidad Jurídica, en una situación totalmente distinta de estas otras situaciones; ¿pero en qué puede consistir esta distinta situación?

La Patrimonialidad Jurídica se trata concretamente de una situación de apreciación o valoración social o colectiva de las conductas, en cuanto a si estas pueden ser o no materia o el contenido de un contrato.

En tal virtud, las conductas tienen patrimonialidad con carácter jurídico cuando así lo determina o califica la idiosincrasia o mentalidad popular de cada sociedad o cultura en particular. Esto significa que al margen o independientemente de si una conducta se la pueda valorizar en dinero, o se la pueda ejecutar o no judicialmente frente a su incumplimiento; ella tendrá patrimonialidad jurídica, o sea tendrá carácter patrimonial jurídico y el acuerdo que la produjo será calificado como un contrato, si así lo valora o determina la conciencia popular.

Se trata, entonces, la Patrimonialidad Jurídica, de un criterio objetivo y no subjetivo. Esto es, una conducta, así como el acuerdo del cual es su contenido, serán patrimoniales; no cuando así lo determine la voluntad de las partes del mismo, sino cuando así lo valore o determine la sociedad.

En efecto, la doctrina italiana advirtió bien que el concepto de patrimonialidad, como requisito de la prestación contractual, es un concepto más amplio que la simple valorización dineraria o patrimonialidad económica. MICHELE GIORGIANNI explica la amplitud de este concepto así: "La patrimonialidad de la prestación es un carácter objetivo de ésta, que existe o no. Pero es necesario tener un concepto más amplio de valorabilidad económica"(611).

Esta diferenciación es lo que, por Lógica Jurídica, permite advertir que en realidad existen dos clases de patrimonialidad. Así es, si existe una patrimonialidad que se le debe entender como más amplia

(611) *Ibídem*, p. 43.

que la simple valorización dineraria o patrimonialidad económica; ello significa que adicionalmente a esta patrimonialidad, existe otra, la cual, pues, no puede ser otra que la patrimonialidad jurídica. Y la extensión o amplitud que caracteriza a esta radica en la determinación o calificación popular de esta última patrimonialidad.

GIUSEPPE GROSSO participa también, de esta amplitud conceptual, que es mediante la cual se le debe entender correctamente a la patrimonialidad de la prestación contractual, y que se la está identificando como Patrimonialidad Jurídica; afirmando que: "¿Cómo se entiende aquello de que la prestación debe tener carácter patrimonial? Ciertamente no en el sentido de que la prestación haya de incrementar el patrimonio del destinatario, sino en el sentido más amplio de que sea susceptible de una valoración en dinero. A propósito podemos remitirnos a la argumentación de Bonfante: 'La prestación debe ser apreciable en dinero, se dice, pero quien determina su carácter y la valora es la sociedad. Prestación patrimonial, en suma, es aquella que se puede apreciar en dinero si dicha apreciación no repugna a la conciencia del pueblo'. Se trata, pues, de un concepto y de un criterio que rezuma de la conciencia social y que varía con la evolución de ésta. Hoy puede ser incorporada dentro de una obligación una prestación que no aparecía como tal en la sociedad romana más antigua (así, p. ej. la de educar e instruir, a la que solo llegó a proveer en época tardía la *cognitio extra ordinem*)"[(612)].

Efectivamente, la patrimonialidad de la prestación y, por ende, también la patrimonialidad contractual; no es un concepto o criterio económico, sino sociojurídico. Es por ello que resulta correcto diferenciar a esta patrimonialidad, como se está haciendo en la presente obra doctrinaria, de la simple patrimonialidad económica; identificándola como "Patrimonialidad Jurídica".

---

(612) GROSSO, Giuseppe, "Las obligaciones. Contenido y requisitos de la prestación", Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1992, p. 203.

Este concepto, consistente en la patrimonialidad jurídica como un concepto o criterio sociojurídico y no económico; es lo acertado o correcto para saber si una conducta es prestación y si el acuerdo que la produjo es un contrato. Porque como está comprobado, siempre para las calificaciones jurídicas habrá de prevalecer, o será o determinante; lo social. Esto es, las instituciones o situaciones serán jurídicas, o sea relevantes para el Derecho y no para la Economía; cuando así lo determine o califique la sociedad.

Así es, como lo advirtió bien BONFANTE en la última cita doctrinaria, quien determina y valora el carácter patrimonial de la prestación y, por ende, también del acuerdo que la produce; es la sociedad. MICHELE GIORGIANNI corrobora ello al precisar que la patrimonialidad de una relación jurídica como la obligación depende del ambiente sociojurídico: "Para averiguar si una determinada prestación es patrimonialmente valorable, debe ser tomado en consideración el ambiente jurídico social en que la obligación surge"(613).

Y esta determinación y valoración social de la patrimonialidad jurídica se hace mediante la repugnancia popular. Es así como se puede comprobar que el concepto o criterio de Patrimonialidad Jurídica, se traduce o identifica, finalmente; con una emoción o sensibilidad social en particular, la cual es la repugnancia.

Esto es, la Patrimonialidad Jurídica, como concepto o criterio jurídico; consiste en la verificación de cómo la repugnancia popular sirve para saber si las conductas y los acuerdos que las generan; son patrimoniales o no. Este concepto, como el verdadero criterio jurídico para la determinación de la patrimonialidad contractual, se ha derivado de la acertada identificación genérica que hizo PATRICK DEVLIN(614); de que tal repugnancia se trata de una repugnancia social que opera

(613) GIORGIANNI, "La obligación. La parte general de las obligaciones", cit., pp. 43 y 44.

(614) Citado por NUSSBAUM, Martha, "El ocultamiento de lo humano. Repugnancia, vergüenza y ley", Katz, Buenos Aires, 2006, p. 90.

como un fuerte motivo para estar a favor de la prohibición de un acto. Esto es, así como tal repugnancia determina genéricamente cuándo un acto debe estar prohibido o no; igualmente la misma determina cuándo una conducta, y el acuerdo que la genera, son patrimoniales o extrapatrimoniales.

Modernamente corroboran esta igualdad o identificación, del concepto o criterio de la Patrimonialidad Jurídica con la repugnancia popular; WILLIAM MILLER y la célebre filósofa norteamericana MARTHA NUSSBAUM. El primero de ellos considera que el grado de civilización, de una sociedad, puede medirse adecuadamente por las barreras que ha logrado colocar entre sí y lo repugnante; y que, por ello, las barreras legales pueden considerarse fácilmente como agentes del proceso civilizador(615).

Por su parte, la corroboración que al respecto hace MARTHA NUSSBAUM, quien es una de las filósofas más reconocidas e influyentes, actualmente(616); se da cuando comprueba que las emociones, o sensibilidad social de los humanos, son imprescindibles para el Derecho: "El derecho sin apelación a la emoción es prácticamente impensable. El derecho, por lo general, toma en cuenta el estado emocional de las personas. (…) Es difícil entender la razón de muchas de nuestras prácticas legales a menos que tomemos en cuenta las emociones"(617).

---

(615) *Ibídem*, p. 91.

(616) MARTHA NUSSBAUM (PH.D. Harvard University) si bien es filósofa y no jurista, ha realizado varias investigaciones jusfilosóficas que cuentan con bastante reconocimiento internacional en el Derecho. Una de ellas es su célebre libro "Justicia poética" (Andrés Bello, Barcelona, 1995) en el que se adhiere al movimiento "*Derecho y Literatura*" y fustiga, por su seudocientificidad y antihumanismo, al Análisis Económico del Derecho; así como también el libro, que en este subítem se está citando, sobre la relación que existe entre la sensación de repugnancia popular y la ley. Ejerce, además, docencia dictando cursos interdisciplinarios jusfilosóficos. Ha dictado el curso de "*Derecho y Literatura*" en la Universidad de Chicago y actualmente dicta el curso de "Derecho y Ética" en la misma universidad.

(617) NUSSBAUM, Martha, "El ocultamiento de lo humano. Repugnancia, vergüenza y ley", Katz, Buenos Aires, 2006, pp. 18 y 19.

Así es, para entender las prácticas legales o instituciones jurídicas consistentes en las prestaciones, y los contratos que las producen; es necesario tomar en cuenta las emociones o sensibilidad social de cada cultura o sociedad en particular.

Este entendimiento, respecto a las prestaciones y los contratos que las producen; se presenta o se produce entonces de la siguiente manera: Solo hay tales prácticas legales o instituciones jurídicas (prestaciones y los contratos que las producen); cuando estas han sido calificadas así por las emociones o sensibilidad social de cada cultura o sociedad en particular.

Siendo más precisos y contundentes, en cuanto al entendimiento emocional, o de sensibilidad social, de las prácticas legales o instituciones jurídicas; este entendimiento se le debe precisar concretamente respecto a la emoción o sensibilidad social de la repugnancia. Para ello, resulta pertinente valerse nuevamente de lo que genéricamente afirma al respecto MARTHA NUSSBAUM: "Nuestras relaciones sociales también están estructuradas alrededor de lo repugnante y de nuestros diversos esfuerzos por evitarlo"(618). "La repugnancia también cumple un rol poderoso en la legislación. Figura, en primer lugar, como justificación primaria, e incluso única, de ciertos actos ilegales"(619).

Aplicando específicamente estas situaciones sobre la repugnancia social, a las prestaciones y a los contratos que las generan; se obtiene entonces como resultado lo siguiente: "Nuestras instituciones jurídicas también están estructuradas alrededor de lo repugnante y de nuestros diversos esfuerzos por evitarlo". En efecto, como lo advirtió bien BONFANTE (Ver cita 612), hay patrimonialidad en una institución jurídica como la prestación; si la apreciación de tal patrimonialidad no repugna a la conciencia del pueblo.

(618) *Ibídem*, p. 90.

(619) *Ibídem*.

Igualmente, otro resultado de esta aplicación específica sobre la repugnancia social, a las prestaciones y a los contratos que las generan; es la siguiente: "La repugnancia también cumple un rol poderoso para la Patrimonialidad Jurídica. Figura, en primer lugar, como justificación primaria, e incluso única, de ciertas conductas como extrapatrimoniales".

Así es, un ejemplo demostrativo de esta situación es precisamente las conductas, y el acuerdo que genera las mismas; que figuran en el texto jusliterario que se está utilizando ilustrativamente para este estudio o análisis. Tales conductas y acuerdo son los que, en dicha tragedia shakespiriana; Romeo se comprometió a renunciar a su nombre, a cambio de que Julieta le corresponda sentimentalmente. Como se puede colegir, estas conductas y, por ende, también el acuerdo que las produjo; son extrapatrimoniales porque atribuirles carácter patrimonial jurídico repugna a la conciencia del pueblo. Ello se debe al hecho de que estas conductas fueron promesas que se hicieron o acordaron por motivos o razones estrictamente afectivas o sentimentales. Esto es, dichas conductas sí forman parte de un compromiso; pero que es de carácter meramente afectivo o sentimental. Por consiguiente, la pregunta que se debe responder es entonces la siguiente: ¿Para el Derecho tienen carácter patrimonial este tipo de acuerdos o compromisos, así como las conductas generadas por las mismas, como son las de estos personajes literarios?

La respuesta es contundentemente negativa, por la simple razón de que atribuirles carácter patrimonial, a estas conductas y acuerdo, independientemente de que puedan valorizarse en dinero, o de que sean ejecutables o inejecutables judicialmente; resulta que tal atribución repugna a la conciencia del pueblo. Es de esta manera, por tanto, como la repugnancia popular se traduce o identifica como el concepto o criterio objetivo de Patrimonialidad Jurídica.

MICHAEL SANDEL identifica bien que la objetividad de este criterio lo constituye el hecho de que, mediante el mismo, la sociedad decide sobre qué bienes se puede contratar: "Cuando decidimos que

ciertos bienes pueden comprarse y venderse, decidimos, al menos de manera implícita, si es apropiado tratarlos como mercancías, como instrumentos de provecho y uso. (…) Algunas de las cosas buenas de la vida son corrompidas o degradadas si las convertimos en mercancías"(620). Efectivamente, un claro ejemplo de ello son, pues, las promesas y conductas que se hacen o acuerdan por motivos o razones sentimentales. Sobre ellas la sociedad ha decidido, por repugnancia popular, que no pueden comprarse o venderse, que no puede contratarse sobre las mismas en general; porque no es apropiado tratarlos como mercancías o como instrumentos de provecho y uso, pues se corromperían o degradarían con ello.

Así que para el concepto o criterio de la Patrimonialidad Jurídica se puede hacer una recreación del principio sociojurídico elemental que siempre orienta al Derecho, el cual consiste en *"EX FACTO ORITUR JUS" ("Como sea la realidad que así sea el Derecho")*.

Tal recreación principista consiste en que para la Patrimonialidad Jurídica rige el siguiente principio: *"Lo que diga la sociedad será patrimonial para el Derecho"*. O, lo que es lo mismo, *"Lo que no repugne a la sociedad será patrimonial para el Derecho"*.

Se debe complementar este concepto sociojurídico de patrimonialidad, identificado como Patrimonialidad Jurídica; agregando que la misma, respecto a las prestaciones y a los contratos, se encuentra en dos situaciones concretas. Estas son la comercialidad y la asunción de conductas con una intención seria de obligarse, las cuales se analizan por separado seguidamente.

La doctrina moderna corrobora el hecho de que existe una correlación íntima entre patrimonialidad y comercialidad, a la cual identifica por sus sinónimos de "negociabilidad" y "transferibilidad".

(620) SANDEL, "Lo que el dinero no puede comprar. Los límites morales del mercado", cit., pp. 17 y 18.

Con ello corrobora entonces que la patrimonialidad, además de ser un requisito objetivo de la prestación; también es un criterio que determina la comercialidad, entendida como la negociabilidad del comportamiento debido(621).

Pues bien, como se sabe, la comercialidad, o lo que es comerciable, se atribuye solo a los bienes y a los servicios. En tal virtud, lo que pueden ser bienes y servicios comerciables, negociables o transferibles, o sea los bienes y servicios que pueden ser materia de prestaciones y, por ende, de contratos; lo determina la sociedad. ¿Y cómo así lo determina? Pues, como se ha comprobado, de acuerdo a la emoción o sensibilidad social de la repugnancia popular. Esto es, lo comerciable, negociable o transferible, los bienes y servicios que pueden ser materia de prestaciones y de contratos; son solo aquellos cuya comercialización no repugne a la conciencia del pueblo.

Ahora bien, se requiere de ejemplos para saber qué puede resultar comerciable (patrimonialidad) o no comerciable (extrapatrimonialidad); de acuerdo al criterio de Patrimonialidad Jurídica determinado socio-jurídicamente por la idiosincrasia o conciencia popular. Tales ejemplos pertenecen a la casuística correspondiente a la patrimonialidad de la prestación y del contrato, por lo cual se analizan en el siguiente capítulo.

La intención seria de obligarse es la situación que indica o manifiesta cuándo una persona, al comprometerse a realizar una conducta; ha asumido realmente con ello una obligación. Como se sabe, las personas asumen siempre compromisos, pero no siempre todos ellos son obligaciones. ¿Cuándo sí van a serlo y cuándo no? Esto es, ¿cuándo las personas sí han tenido una intención seria de obligarse al asumir un compromiso y cuándo no? Eso lo determina la sociedad. ¿Y cómo así lo determina? Pues, como se ha comprobado, de acuerdo a la emoción o sensibilidad social de la repugnancia popular. En tal virtud,

(621) RUSSO, Ennio, citado por Rómulo MORALES HERVIAS, "Patologías y remedios del contrato", Jurista, Lima, 2011, p. 84.

la intención seria de obligarse que indica o manifiesta que hay de por medio prestaciones y contratos; son solo aquellas intenciones serias que no repugnen, como tales, a la conciencia del pueblo.

Igualmente, se requiere de ejemplos para saber cuándo hay intención seria de obligarse (patrimonialidad) y cuándo no (extra-patrimonialidad); de acuerdo al criterio de Patrimonialidad Jurídica determinado sociojurídicamente por la idiosincrasia o conciencia popular. Como tales ejemplos pertenecen a la casuística correspondiente a la patrimonialidad de la prestación y del contrato, se analizan en el siguiente capítulo.

Para finalizar el estudio de la Patrimonialidad Jurídica, como el criterio jurídicamente válido para determinar la patrimonialidad contractual; se debe analizar el reciente cuestionamiento que se ha hecho al mismo.

Tal cuestionamiento lo ha hecho FREDDY ESCOBAR ROZAS. El mismo concretamente tiene dos fundamentos, los cuales son haber reemplazado, este criterio, a la patrimonialidad del daño por el límite de la Autonomía Privada, como sustento de la patrimonialidad contractual; y la inmoralidad de la que adolece el mismo por su carácter objetivo. Se analizan en seguida, separadamente, cada uno de estos fundamentos.

El primero de estos fundamentos lo refiere este autor así: "A partir de Giorgianni, la patrimonialidad de la prestación pasó a constituir un límite de la autonomía privada. Las personas solo podían contraer obligaciones contractuales en la medida en que las prestaciones fuesen, de acuerdo con la conciencia colectiva interpretada por el juez, susceptibles de sacrificios patrimoniales"(622).

Este fundamento es incorrecto porque la patrimonialidad, desde que se comprobó que es una característica natural y, por ende, nece-

(622) ESCOBAR ROZAS, Freddy, "La ofrenda de Ulpiano: El valor subjetivo de la patrimonialidad del contrato", THÉMIS, Nº 66, Lima, 2014, p. 249.

saria, tanto de la prestación como del contrato; ello ha dado lugar a que jurídicamente siempre se le tenga que calificar, en virtud de este concepto, como un requisito de estas instituciones jurídicas. Y, precisamente por eso, por ser un requisito de obligatorio cumplimiento, para la celebración del contrato; es por ello que siempre es, como tal requisito, para esta celebración, un límite a la Autonomía Privada.

En otras palabras, al haberse comprobado la exigencia de la patrimonialidad, para la existencia de la prestación y, por ende, del contrato, como se concibió desde el Derecho Romano; entonces en virtud de ello la patrimonialidad siempre es un límite a la Autonomía Privada.

De tal manera que es incorrecto apreciar que el criterio objetivo, para determinar la patrimonialidad, ha hecho variar el fundamento de esta; consistiendo esta variación en la sustitución de la patrimonialidad del daño, por el límite a la Autonomía Privada. Lo que GIORGIANNI consiguió consagrar, es cierto, fue desvirtuar que el fundamento de que la patrimonialidad se encuentra en la posibilidad del resarcimiento del daño; como era la opinión doctrinaria mayoritaria. Para ello este jurista italiano sí tuvo que variar este fundamento, pero no lo sustituyó por el que considera que el mismo es ser un límite a la Autonomía Privada; porque, como se está demostrando, siempre lo es. Lo sustituyó en realidad simplemente por el criterio sociojurídico de la valoración social o popular, el cual, pues, es un criterio objetivo para determinar la patrimonialidad.

Por ello, el fundamento que en realidad se debe analizar, de este autor; es el consistente en que con el criterio objetivo se ha variado de manera errada la apreciación de la patrimonialidad como requisito de la prestación y del contrato. Así es, antes de la aceptación doctrinaria de este criterio, la patrimonialidad era determinada por las propias partes contratantes; o sea la misma se determinaba subjetivamente. Este autor despotrica de esta variación en estos términos: "Si la función de la patrimonialidad de la prestación era fijar los límites del territorio en el que reinaba la libertad contractual de las personas, entonces no

era admisible que la patrimonialidad de una prestación dada dependa de la decisión de las partes de pactar una contraprestación, pues ello supondría conceder a quienes están sujetos a una limitación legal la potestad de fijar los alcances de la misma. Para que la patrimonialidad de la prestación cumpliese su función, la determinación del valor patrimonial o extrapatrimonial de una prestación dada debía estar en manos de la sociedad"(623).

Como se puede advertir, este autor basa, o hace depender su crítica, al criterio objetivo; en el hecho de que por el mismo ya no puedan, las partes contratantes, dotar de patrimonialidad a su contrato mediante el pacto de una contraprestación. En otras palabras, mediante esta crítica no se está de acuerdo con el hecho de que tenga que ser la sociedad, y no las partes contratantes; la que determine la patrimonialidad contractual.

En realidad, esta crítica también es errada porque pretende hacer prevalecer lo subjetivo sobre lo objetivo para la calificación de situaciones jurídicas. Mediante ello, por tanto, para la calificación de una parte importante del Derecho, se pretende hacer prevalecer lo subjetivo sobre lo objetivo.

Como se sabe, la *Teoría General del Derecho* exige que la operación de calificación jurídica siempre es una operación objetiva y no subjetiva. Esto es, no es la voluntad de los sujetos o particulares a la que le corresponde realizar tal calificación; sino a la conciencia social o popular.

Por tal razón, tanto las instituciones jurídicas, como las situaciones jurídicas; solo pueden calificarse objetivamente. SAVIGNY, uno de los más ilustres y reconocidos teóricos del Derecho, advirtió bien esta situación al proclamar, para la posteridad, que el Derecho: "Vive en la conciencia común del Pueblo, y por ello habremos de llamarlo también

(623) *Ibídem*, p. 248.

Derecho del Pueblo. Pero no debemos imaginarnos que los diferentes miembros del Pueblo produjesen el Derecho mediante su arbitrariedad, puesto que tal arbitrariedad de los particulares pudiera tal vez escoger el mismo Derecho por casualidad, pero con más probabilidad elegiría Derecho muy diverso. Más bien se trata del espíritu del Pueblo que en todos los individuos juntos vive y actúa, y que produce el Derecho"[624].

En efecto, el Derecho, o sea las instituciones y situaciones jurídicas que lo conforman; se produce objetivamente y no subjetivamente. Porque, como lo destaca este gran jurista, el Derecho es una expresión de las creencias más profundas de un pueblo[625]. Por ello, conforme a los términos de SAVIGNY, como el espíritu del Pueblo produce el Derecho; también es a este espíritu, o conciencia popular, entonces; al que le corresponde calificar al mismo. Esto es, es la idiosincrasia o mentalidad popular, de cada pueblo o cultura; el que califica las situaciones jurídicas, como es, en este caso, la patrimonialidad contractual.

Como SAVIGNY además de teórico del Derecho, fue un gran romanista; para llegar a esta conclusión simplemente se basó en las máximas o principios del Derecho Romano. Así es, como es harto conocido, el pueblo romano de la antigüedad, que produjo este Derecho; tuvo una mentalidad muy pragmática. Esto es, tuvo un gran sentido práctico para concebir y regular la vida en sociedad.

Las máximas o principios romanos que tienen relación con la patrimonialidad así lo demuestran. El primero de ellos es el que, para las instituciones y situaciones jurídicas, proclama con acierto que: "Las cosas son de acuerdo a su verdadera esencia sin importar la denominación que le den las partes" ("*EX RES SET NON EX NOMINE*").

---

(624) SAVIGNY, Friedrich, "Los Fundamentos de la Ciencia Jurídica", en *La Ciencia del Derecho*, Losada, Buenos Aires, 1949, p. 35.

(625) MONATERI, Pier Giuseppe, "Gayo, el Negro: Una búsqueda de los orígenes multiculturales de la tradición jurídica occidental", en *La invención del derecho privado*, Universidad de los Andes-Pontificia Universidad Javeriana-Siglo del Hombre, Bogotá, 2006, p. 114.

Como se puede colegir, este principio impone la objetividad para la calificación jurídica de las instituciones y situaciones jurídicas. Lo cual significa, pues, que para el Derecho no son válidas las calificaciones jurídicas subjetivas; o sea no son válidas las calificaciones jurídicas que, arbitrariamente, las personas que conforman el pueblo fijen o acuerden.

Igualmente, otra máxima o principio romano, que también tiene relación con la patrimonialidad; es el que para la concepción y validez del Derecho en general proclama también con acierto que; "*COMO SEA LA REALIDAD QUE ASÍ SEA EL DERECHO*" ("*EX FACTO ORITUR JUS*"). Como también se puede colegir, este principio impone también la objetividad; en este caso para la concepción del Derecho en general, así como para el contenido que deben tener las leyes. En tal virtud, siendo la patrimonialidad contractual un concepto jurídico, que debe ser cumplido legalmente como un requisito; el mismo debe determinarlo la realidad socioeconómica subyacente. Lo cual significa, por tanto, que tal patrimonialidad se determina objetivamente y no subjetivamente.

Por lo demás, estas situaciones de producción y calificación jurídicas, objetivas, de las instituciones y situaciones jurídicas que conforman el Derecho; no fue en realidad un descubrimiento del Derecho Romano, que fue destacado después por la doctrina alemana. No, en absoluto fue así. El verdadero descubridor de estas situaciones fue la cultura griega, o sea la correspondiente a la antigua Grecia; la cual es la cuna de la civilización occidental.

Así es, tal descubrimiento se dio en realidad en la filosofía griega presocrática, concretamente con el célebre sofista[626] PROTÁGORAS.

[626] Debe aclararse al respecto, por lo despectivo que tiene actualmente este término, que no todos los sofistas fueron charlatanes e ignorantes que, con efectismo retórico, pretendieron hacerse pasar por sabios. La mayoría de ellos sí lo fue, los cuales fueron denunciados y desvirtuados magistralmente por SÓCRATES; tal como lo revela PLATÓN en sus *Diálogos*. Pero este no fue el caso de PROTÁGORAS, el cual sí fue un auténtico filósofo. La prueba de ello es haber sido el primero que formuló

Este proclamó que el Derecho, o sea las situaciones e instituciones jurídicas que lo conforman; siempre es fruto o consecuencia de la convención social. Tal proclama se encuentra sintetizada en la siguiente frase:

> "*Lo que a cada ciudad-estado (polis) le parece justo y recto, lo es efectivamente para ella, en tanto lo juzgue así*"(627).

Como se puede advertir, mediante esta frase PROTÁGORAS destaca que se puede constatar que no existe algo justo o injusto, *per se*, por naturaleza; sino que lo justo es aquello que le parece como tal a la opinión pública. De acuerdo a ello, no es entonces la opinión del hombre aislado la que revela cuál es el contenido del Derecho, sino la opinión de todos los hombres reunidos en sociedad(628).

La otra crítica que hace FREDDY ESCOBAR ROZAS al criterio objetivo de la patrimonialidad contractual, tiene, en apariencia, carácter ético-político; porque califica de "profundamente inmoral", al mismo, por responder a ideologías fascistas. Tal crítica es como sigue: "De esta forma nació la teoría objetiva de la patrimonialidad de la prestación. La tesis de Giorgianni es, desde una perspectiva formal, atractiva. Lamentablemente, también es profundamente inmoral. (…) La tesis de Giorgianni, abrazada de manera acrítica por la literatura legal, generó una situación paradójica. El legislador italiano incluyó el requisito de la patrimonialidad de la prestación para extender el ámbito de ac-

---

la teoría filosófica política del "contrato social". Asimismo, también destacó como legislador, pues formó parte de la comisión legisladora encargada de elaborar una Constitución para la nueva colonia ateniense de Turii en el sur de Italia ("Los filósofos griegos", William K.C. GUTHRIE, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 2000, pp. 81-82).

(627) PLATÓN, "Teeteto", 166d y ss.

(628) LALANNE, Julio E., "Si Dios no existe, ¿todo está permitido? (Dios como fundamento del orden ético-jurídico a lo largo de la historia", *Revista Peruana de Derecho y Literatura*, Nº 5, Lima. 2010, p. 111.

tuación de la autonomía privada. Los académicos, sin representación democrática alguna, deconstruyeron y distorsionaron el requisito en cuestión, imponiendo una interpretación que más bien reducía el ámbito de actuación de la autonomía privada. (…) Detrás de la teoría objetiva de la causa y de la teoría objetiva de la patrimonialidad de la prestación se esconde el discurso fascista, controlador de las libertades de los ciudadanos. (…) No es moralmente aceptable que las decisiones contractuales de las personas estén sujetas a la validación de la colectividad. Eso supone privar a las personas de dignidad y libertad. Son los legisladores, esto es, los individuos elegidos por las personas para tomar decisiones que afecten la vida en sociedad, los únicos que, sobre la base de objetivos constitucionalmente reconocidos, pueden eventualmente limitar la libertad de contratar"[629].

En realidad, puede advertirse que esta crítica tiene un cariz más político que ético. Ello resulta del hecho de que prácticamente consiste en contraponer el criterio objetivo, de determinación de la patrimonialidad del contrato, con la libertad individual.

En efecto, tal crítica denigra, de este criterio, por considerarlo atentatorio de la libertad individual. Y como este autor generaliza que todo lo que atente contra este derecho fundamental, son actos estatales controladores, o totalitarios; para el mismo se trata, pues, dicho criterio, de una aplicación de la ideología política fascista.

De acuerdo a la perspectiva jusliteraria que, para efectos ilustrativos, se está utilizando muy provechosamente en la presente obra doctrinaria; a esta crítica se la puede calificar, utilizando un adjetivo literario, como "orwelliana". Ello se debe a que, mediante la misma, se imputa que, mediante la aplicación del criterio objetivo de la patrimonialidad contractual; el Estado tiene una actitud represiva de los derechos de los particulares.

---

[629] ESCOBAR ROZAS, "La ofrenda de Ulpiano: El valor subjetivo de la patrimonialidad del contrato", cit., pp. 252-254.

Como se puede colegir, este calificativo deriva del nombre del célebre escritor GEORGE ORWELL. Nuestro célebre *Premio Nobel de Literatura*, MARIO VARGAS LLOSA, explica así este adjetivo literario: "El adjetivo 'orwelliano', primo hermano de 'kafkiano', alude a la angustia opresiva y a la sensación de absurdidad extrema que generan las dictaduras totalitarias del siglo veinte, las más refinadas, crueles y absolutas de la historia, en su control de los actos, las psicologías y hasta los sueños de los miembros de una sociedad"(630).

Pues bien, sobre la crítica "orwelliana" de FREDDY ESCOBAR ROZAS, del criterio objetivo, de la patrimonialidad contractual; se deben precisar dos situaciones importantes.

En primer lugar, tal crítica, como cuestionamiento o denuncia en contra de las limitaciones que afectan la libertad; no resulta para nada novedosa porque es la crítica propia de la tendencia neoliberalista. De la misma da cuenta FERNANDO ESCALANTE GONZALBO al comentar las obras de uno de los más conspicuos representantes de esta tendencia: "Es imposible leer a Hayek y no sentir en algún momento que es el último hombre libre en el mundo de pesadilla de Orwell y Huxley"(631).

En segundo lugar, la crítica neoliberal de FREDDY ESCOBAR ROZAS, del criterio objetivo de la patrimonialidad contractual, que se está calificando como "orwelliana", en la presente obra doctrinaria; no es modo alguno correcta. Ello en virtud a dos razones esenciales.

La primera de ellas consiste en que, como se ha demostrado en este subítem, tal patrimonialidad siempre es un límite a la Autonomía Privada que, como situación jurídica que es; a quien le corresponde

(630) VARGAS LLOSA, Mario, "La literatura y la vida", Conferencia Magistral pronunciada en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas con motivo de ser nombrado *Profesor Honorario* de la misma, Centro de Información de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Lima, 2001, p. 63.

(631) ESCALANTE GONZALBO, "Historia mínima del neoliberalismo", cit., p. 291.

calificarla como tal, como situación jurídica, es al pueblo o colectividad (Ver cita 620).

De manera que con la calificación popular, u objetiva, de la patrimonialidad contractual; no se les priva en modo alguno a las personas su dignidad y libertad y, por ello, el mismo no forma parte de la ideología política fascista, a la cual se la califica actualmente como algo malo(632). Esto es, este criterio no es dictatorial o totalitario en cuanto a de dónde proviene la determinación o calificación jurídica. Porque si bien con la validación de la colectividad, de la patrimonialidad contractual, con ello la idiosincrasia, o mentalidad popular, hace una imposición a los contratantes, sobre cómo es que debe cumplirse el requisito legal de tal patrimonialidad; tal validación es una imposición del pueblo y no del Estado. Por ello, en estos términos sí cabría entonces usar el calificativo de dictatorial, sí; pero de qué dictadura se trata para la operación de calificación jurídica de las instituciones y situaciones jurídicas; ¿de la dictadura del pueblo o de la dictadura del Estado? La respuesta por la primera es de por sí hiperevidente.

¿La imposición popular de la patrimonialidad contractual era preferible que la hiciera la ley, interviniendo para ello los legisladores

(632) Si bien esta ideología política actualmente es reprobable por su autoritarismo, para calificar si fue buena o mala se debe tener en cuenta la época o contexto histórico social en el que se creó y aplicó la misma. Tal contexto es el de la Italia de las décadas del veinte, treinta y cuarenta del siglo XX. En esta época fueron partidarios, de esta ideología, tres de los mejores juristas italianos. Estos fueron Alfredo ROCCO, ilustre procesalista, quien fue Ministro de Justicia de Mussolini y, por su gran prestigio de jurista, fuera identificado siempre como "el más digno portavoz del fascismo"; Giorgio DEL VECCHIO, quien fue Rector de la Universidad de Roma y es, hasta ahora, uno de los mejores jusfilósofos modernos, y fue uno de los que acompañó, a dicho dictador, en la toma del poder, hecho históricamente conocido como "La marcha sobre Roma"; y Emilio BETTI, quien también es, hasta ahora, uno de los mejores civilistas modernos y se salvara milagrosamente de morir fusilado a la caída del régimen. Si estos grandes juristas, todos con consagración o reconocimiento universal, fueron fascistas; es porque algo de bueno debió haber tenido, en esa época, la ideología fascista para Italia.

correspondientes elegidos por el pueblo?, sí. Pero como no se hizo así, frente a esta omisión legislativa es el propio pueblo entonces el que la hace; porque este es el mejor legislador que siempre ha habido y habrá.

En tal virtud, el criterio objetivo de la patrimonialidad contractual no atenta contra la dignidad y libertad; por lo cual no tiene nada de "malo" o de "moralmente inaceptable". Todo lo contrario, si fuera la ley la que arbitrariamente, contradiciendo la calificación popular, determinara esta patrimonialidad; con ello sí se les estaría conculcando a las personas su dignidad y libertad. Por tal razón, tampoco se produce ninguna implicancia negativa ética (no hay nada malo o inmoral); con la aplicación del criterio objetivo de determinación de la patrimonialidad contractual.

La otra razón por la cual la crítica neoliberal, u "orwelliana", de FREDDY ESCOBAR ROZAS, del criterio objetivo de la patrimonialidad contractual, no es correcta; consiste en que este autor basa o sustenta, esta crítica, principalmente en el en el fundamento juseconómico del "incumplimiento eficiente". Pues bien, es este fundamento juseconómico, en realidad, el que resulta totalmente inmoral o antiético para el Derecho Contractual. Ello se demuestra en el subítem *La plena vigencia del principio de obligatoriedad del contrato frente a su pretendida modificación por parte de la tendencia juseconómica. La reviviscencia ética y social del Derecho Contractual. Por un contraanálisis ético y social del Derecho Contractual*, el cual forma parte del Epílogo o parte final de la presente obra doctrinaria(633).

La sustentación o fundamentación juseconómica, para el Derecho Contractual; concuerda plenamente con la perspectiva individualista y liberal con la que antiguamente se estudiaba este Derecho (Teoría Vo-

(633) Asimismo, para una mayor comprobación de la inmoralidad del fundamento juseconómico del "incumplimiento eficiente"; véase: "A veces es Dr. Jekyll, a veces es Mr. Hide. El descaro inmoral eficientista, sobre la obligatoriedad del contrato, por parte de la tendencia juseconómica", Miguel TORRES MÉNDEZ, *Revista Peruana de Derecho y Literatura*, Nº 6, Lima, 2011.

luntarista-Autonomía de la Voluntad, concepto subjetivo de contrato, Economía de Libre Mercado, Estado abstencionista-Inmutabilidad del Contrato). Efectivamente, si se postula la perspectiva individualista y liberal, para estudiar a este Derecho; con ello solo se admiten el concepto subjetivo de contrato y, por ende, el criterio, también subjetivo de la patrimonialidad del mismo. Pero, como también se ha demostrado en la presente obra doctrinaria (Ver Capítulo II); tal perspectiva ya ha sido largamente superada, por razones sociales, en el Derecho Civil moderno.

Como se puede colegir, mediante los fundamentos de la tendencia juseconómica simplemente se considera, o se puede demostrar, que dicho criterio es inconveniente económicamente; pero mediante los mismos no se logra demostrar, para nada, que el mismo sea atentatorio de la dignidad y libertad; y que, por ello, sea inmoral, como vanamente dicho autor ha pretendido. Y ello simplemente porque estos derechos no son, en nada, conceptos económicos.

Además de no participar de la tendencia juseconómica por las amplias razones ya precisadas, se debe tener en cuenta que, para el Derecho; no interesa la justicia económica como eficiencia, sino la justicia económica como orden social(634). Por ello, adviértase bien que la tendencia juseconómica es la perspectiva opuesta o contradictoria de la perspectiva sociojurídica y, por ende, humanista; que se ha aplicado en esta obra doctrinaria para determinar cómo debe realizarse la operación de calificación jurídica de las instituciones y situaciones

(634) Ver estas razones, y lo concerniente a la justicia económica como orden social, en el subítem *Estudio económico. La utopía o fantasía de una contratación ideal, como óptimo paretiano, para justificar la prohibición del intervencionismo estatal en la contratación. La Economía Social de Mercado como el adecuado concepto de justicia económica para la contratación o mercado. El rechazo de la mitología neoliberal económica conformada por el Idola Fori o falso ídolo del mercado y de su mitología homóloga contractual conformada por el dogma de la voluntad y la inmutabilidad del contrato. La necesidad económica de un Estado Social en vez de un Estado Liberal o mínimo.*

jurídicas, como es el caso de la patrimonialidad contractual(635). Es por ello también, que el autor cuya crítica del criterio objetivo se ha analizado y desvirtuado; es actualmente un preclaro converso seguidor de la tendencia juseconómica(636).

Claro, para esta tendencia sí es admisible para el Derecho que cualquier acuerdo sea patrimonial y, por ende, sea un contrato. Pues para ello solo bastaría la apreciación subjetiva, o individualista o liberal, de las partes; sin tener en cuenta, para nada, la apreciación idiosincrática de la sociedad en su conjunto, la cual, como se ha demostrado, se determina objetivamente por sensaciones de repugnancia popular. Por ejemplo, si un acuerdo sobre transferencia de órganos humanos, a extraerse de un cuerpo humano con vida, es calificado como patrimonial, por las partes del mismo; entonces dicho acuerdo será un contrato. Con la aplicación del criterio subjetivo entonces, apréciese bien, el cuerpo humano con vida resulta comerciable. También mediante este criterio, también resultarán válidos los acuerdos para la venta de niños. Pues igualmente, para ello solo bastaría la apreciación subjetiva, o individualista o liberal, de las partes; en cuanto a calificar como patrimonial el acuerdo sobre transferencia de niños.

Es por eso que RICHARD POSNER, uno de los máximos exponentes de la tendencia juseconómica; sin ningún desparpajo o rubor

(635) Si bien se han refutado y desvirtuado los fundamentos que ha utilizado Freddy ESCOBAR ROZAS en su investigación sobre la patrimonialidad contractual, ello no desmerece o desacredita el interés que reviste la misma. Debe reconocérsele que antes de la presente obra doctrinaria, la única investigación exhaustiva que en el Perú se había hecho, sobre esta patrimonialidad; era la suya. Y tal seriedad obedece a que era la única investigación que se había hecho interdisciplinariamente, o sea no es la misma un estudio positivista. Lamentablemente, nadie más se ha atrevido a investigar seriamente sobre este complejo e interesante tema contractual.

(636) Tiene la calidad de "converso" porque dicho autor inicialmente no fue seguidor de la tendencia juseconómica, sino opositor de la misma. Sean ustedes mismos, amables lectores, los que deben juzgar si dicha conversión o cambio de postura, académica; fue para bien o para mal.

propone que se puedan vender niños, a pesar de la inmensa repugnancia popular que ello genera. Así da cuenta de ello la destacada jusfilósofa y, por ende, humanista moderna ROBIN WEST; en la polémica que sostuvo con este autor en la *Harvard Law Review*: "El mundo ético de Posner está, sospecho, muy lejos del lector de la *Harvard Law Review*. Dudo que el lector comparta la creencia de Posner de que se debe autorizar a vender nuestros bebés por ganancia. Dudo que el lector crea, como aparentemente Posner cree, que se nos debe permitir vendernos como esclavos"(637).

Posturas juseconómicas como la de POSNER son realmente insostenibles. Y no porque a mí individualmente me repugne; sino porque es a la sociedad en su conjunto a la que colectivamente le repugna. ¿Y cuáles son las razones de esta repugnancia popular? Pues concretamente son razones morales, religiosas y jurídicas.

Como se puede colegir, posturas como la de POSNER forman parte de la pretensión económica de considerar que la Economía es una ciencia autónoma; por lo cual no debe ser delimitada o controlada tanto por las costumbres y creencias populares, como por las demás ciencias sociales. Esto significa que mediante esta pretensión de autonomía, la Economía debe ser una isla que no debe ser para nada penetrada o invadida por las costumbres y creencias populares, así como por las demás ciencias sociales.

Puede colegirse también que la pretensión de autonomía, de la Economía, es fácticamente imposible. Ello fue siempre, realmente, un mito o fantasía liberal. FERNANDO ESCALANTE GONZALBO lo demuestra ampliamente de la siguiente manera: "La economía no ha sido nunca una esfera autónoma, sino que ha estado arraigada en el orden social, subordinada a la religión, a la política, a los fines sustantivos de

(637) Citada por Carmelo DELGADO CINTRÓN, "Derecho y Literatura. Visión literaria del Derecho", San Marcos-Egacal-Revista Peruana de Derecho y Literatura, Lima, 2014, p. 88.

las comunidades humanas. El mercado ha sido siempre un accesorio. La novedad del capitalismo europeo, tal como evoluciona a partir del siglo XVIII, consiste en el intento de separar a la economía del resto de la vida social, desarraigarla y constituirla como una esfera distinta, con sus propias normas. Autorregulada. Es decir, la novedad es la idea de un mercado que pueda funcionar sin ninguna interferencia religiosa, moral o política. Esa autonomía de lo económico es en estricto sentido un proyecto utópico, porque es imposible de realizar. Ninguna sociedad puede renunciar enteramente a que haya alguna clase de restricción moral o política para la operación del mercado"(638).

Es por todo ello que, les guste o no a los economistas y economicistas, el criterio para determinar la patrimonialidad contractual siempre va a ser objetivo y no subjetivo. Esto es, tal patrimonialidad siempre la va a determinar el pueblo o sociedad y no la individualidad de las partes contratantes. Así, jurídicamente, mediante este criterio, el Derecho jamás permitirá la venta de niños ni la venta de personas como esclavos; como propone POSNER. Porque como destaca también FERNANDO ESCALANTE GONZALBO: "Ni la vida humana ni la naturaleza pueden ser objeto de comercio sin restricciones, por motivos morales y por motivos prácticos. Y por eso las sociedades humanas se resisten a su completa mercantilización, y piden que el poder público modere los efectos de la demanda cambiante de mano de obra, por ejemplo, y que cuide del empleo de la tierra, y los recursos naturales. Es solo lo más simple. En general, a todo avance en el proceso de mercantilización de la vida social responde un movimiento defensivo, que resiste al desarraigo de la economía. Esa resistencia, por supuesto, contribuye al rearme del utopismo del mercado. Siempre puede decirse que el programa habría funcionado si no hubiese sido por la interferencia del Estado"(639).

(638) ESCALANTE GONZALBO, "Historia mínima del neoliberalismo", cit., pp. 297-298.

(639) *Ibidem*, p. 298.

Finalmente, el estudio institucional de la patrimonialidad contractual se debe culminar haciendo otra necesaria corrección respecto a lo que se viene apreciando sobre la misma. Tal corrección tiene que ver con el calificativo de "ofrenda", en el sentido de aporte jurídico, que FREDDY ESCOBAR ROZAS hace de la apreciación que ULPIANO hizo respecto a la exigencia de la patrimonialidad de la prestación y, por ende, del contrato. Este calificativo este autor lo expresa como sigue: "Una sociedad que aspire a que sus ciudadanos vivan en un entorno libre, plural y respetuoso de la dignidad, no puede ignorar la ofrenda de Ulpiano: '*Ea enim in obligatione consistere quae pecunia lui praestarique possunt*'"[640].

Debe aclararse al respecto que mediante este calificativo, de "ofrenda", este autor confunde dos situaciones distintas de la patrimonialidad de la prestación y, por ende, del contrato; los cuales no se deben confundir para que se pueda contar con un estudio correcto de la misma.

Así es, una situación es la patrimonialidad como requisito de la prestación, y otra situación bien distinta es el criterio como se determina o verifica el cumplimiento de este requisito.

La diferencia entre ambas radica en que advertir que la prestación debe ser patrimonial, consiste simplemente en constatar que es una necesidad jurídica el hecho de que la prestación debe tener este carácter (patrimonial); necesidad que, como tal, opera como un límite a la Autonomía Privada. En cambio, determinar o verificar cómo se cumple, este requisito; consiste en la aplicación de un criterio para ello, el cual puede ser objetivo o subjetivo.

Como se puede advertir, el aporte de ULPIANO, consiste en la primera de estas situaciones. Esto es, es la constatación de la necesidad jurídica de que tanto la prestación, como el contrato; deben ser

(640) ESCOBAR ROZAS, "La ofrenda de Ulpiano: El valor subjetivo de la patrimonialidad del contrato", cit., p. 261.

patrimoniales. Pero tal aporte no indica o exige nada en cuanto a la manera en que debe determinarse esta patrimonialidad. O sea no dice nada sobre si esta debe determinarse objetiva o subjetivamente.

Es por eso que resulta incorrecto pretender vincular la correcta constatación de la patrimonialidad de la prestación y del contrato, de ULPIANO; con la necesidad de que el criterio para determinar, dicha patrimonialidad, deba ser subjetivo y no objetivo. Como se puede colegir, una cosa no conduce a la otra. Esto es, el hecho de que la prestación y el contrato tengan que ser patrimoniales; ello no significa que esta patrimonialidad tenga necesariamente que determinarse de manera subjetiva.

CAPÍTULO VI

ESTUDIO EXEGÉTICO Y CASUÍSTICO DEL PRINCIPIO DE PATRIMONIALIDAD DEL CONTRATO

VI.1. ESTUDIO EXEGÉTICO DEL PRINCIPIO DE PATRIMONIALIDAD DEL CONTRATO

La norma del Código Civil peruano que consagra el principio de patrimonialidad del contrato es el artículo 1351.

Esta es una de las normas más importantes de la parte general del Derecho Contractual, de este Código; porque es la norma que contiene la definición legal del contrato. Esta situación normativa o exegética exige, en consecuencia; que el análisis de esta norma sea sumamente prolija y exhaustiva; lo cual se hace a continuación.

VI.1.1. Análisis del artículo 1351 del Código Civil en cuanto a la patrimonialidad del contrato

> **Artículo 1351.-** ***El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial.***

Mediante esta norma el Código Civil peruano, copiando la fórmula del Código Civil italiano (Artículo 1321); define legalmente

al contrato específicamente en función de la patrimonialidad. Ello resulta del hecho de que determina todas las posibles funciones que puede tener, el contrato; de acuerdo a una única relación jurídica en particular, la cual es la patrimonial.

Al incluir esta norma a la patrimonialidad en la definición legal del contrato, ello significa, entonces, que el Código Civil peruano tipifica, al mismo; como un acto jurídico plurilateral de carácter patrimonial. Es de esta tipificación que resulta entonces, como se ha precisado (Ver V.1.2.d.), que la patrimonialidad es un requisito para la celebración de un contrato.

En tal virtud, el ámbito de aplicación del contrato siempre es lo patrimonial (la creación, regulación, modificación y extinción de relaciones jurídicas patrimoniales); por lo cual todo lo extrapatrimonial quedará siempre fuera de lo contractual.

Como se puede colegir, el requisito de la patrimonialidad, exigido por esta norma, produce como efecto o consecuencia una limitación de la Autonomía Privada. Ello resulta del hecho de que el cumplimiento de este requisito implica que, cuando las personas quieran celebrar el acto jurídico contrato; no pueden acordar sobre conductas extrapatrimoniales, sino que tienen que acordar necesariamente sobre conductas patrimoniales. Y las situaciones de patrimonialidad y extrapatrimonialidad se determinan, como se ha precisado (Ver V.1.2.d.), mediante el criterio objetivo de la Patrimonialidad Jurídica.

Así es, el requisito de la patrimonialidad limita el espectro, o extensión, sobre lo que se puede acordar para que se pueda producir la celebración de un contrato; lo cual, pues, es una limitación de la Autonomía Privada, concretamente de la libertad contractual o de configuración interna. MICHELE GIORGIANNI lo precisa así: "Se trata por ello en definitiva de un límite a la libertad negocial de los particulares"[(641)].

[(641)] GIORGIANNI, "La obligación. La parte general de las obligaciones", cit., p. 40.

Ahora bien, es necesario e importante precisar o identificar cuáles son las relaciones jurídicas patrimoniales que, mediante el contrato, se pueden crear, regular, modificar o extinguir.

Como se sabe, la relación jurídica patrimonial es un género que tiene dos especies, las cuales son la relación obligacional y la relación real. Así es, estas son las dos clases de relaciones jurídicas patrimoniales que existen en el Derecho.

La deducción lógica correspondiente determina entonces que, de acuerdo a la norma bajo análisis; mediante el contrato se pueden crear, regular, modificar o extinguir tanto obligaciones como derechos reales. Esto significa, en consecuencia, que esta norma le otorga, al contrato, tanto una eficacia regular como una eficacia irregular. Así es, la eficacia regular es la producción de obligaciones, mientras que la eficacia irregular es la producción de derechos reales(642).

Esta doble posible eficacia que esta norma otorga al contrato determina que, al igual como sucede en el Código Civil italiano, para el Código Civil peruano el contrato puede tener, indistintamente, tanto naturaleza jurídica obligacional, como naturaleza jurídica real o traslativa. En efecto, tendrá naturaleza obligacional cuando crea, regule, modifique o extinga obligaciones; y tendrá naturaleza real cuando crea, regule, modifique o extinga derechos reales. FRANCESCO MESSINEO precisa esta situación afirmando que: "La misma fórmula del artículo 1321(643), que habla de relación jurídica *patrimonial* y no de relación jurídica *obligatoria*, está redactada de modo que comprenda también la figura del contrato que produce efectos reales"(644).

Sin embargo, esta situación consistente en poder tener el contrato dos posibles eficacias y naturalezas jurídicas (obligacionales o reales); si

(642) SCOGNAMIGLIO, "Teoría general del contrato", cit., p. 199.

(643) Esta también es la fórmula o redacción del artículo 1351 del Código Civil peruano.

(644) MESSINEO, "Doctrina general del contrato", T. I, cit., p. 46.

bien resulta correcto para el Código Civil italiano, no resulta correcto para el Código Civil peruano.

Ello se debe a que ambos Códigos Civiles tienen distintos regímenes de transferencia de propiedad. El Código Civil italiano ha adoptado el régimen consensualista o espiritualista (Principio Contractual Puro), mientras que el Código Civil peruano ha adoptado el régimen del Título y Modo (Yuxtaposición de los principios de la unidad y la tradición)[(645)].

Como se puede colegir, el régimen consensualista o espiritualista otorga naturaleza jurídica real o traslativa a los contratos dispositivos. Por tal razón, resulta coherente con ello que el Código Civil italiano defina legalmente al contrato en función de la relación jurídica patrimonial en general; esto es, permitiendo que se pueda crear, mediante el mismo, tanto obligaciones como derechos reales.

Por su parte, como también se puede colegir, el régimen del Título y Modo no otorga naturaleza jurídica real o traslativa a los contratos dispositivos; sino naturaleza obligacional. Por tal razón, no resulta coherente con ello que el Código Civil peruano defina legalmente al contrato en función de la relación jurídica patrimonial en general; esto es, permitiendo que se pueda crear, mediante el mismo, tanto obligaciones como derechos reales.

Así es, no es lo propio del contrato, de acuerdo al régimen del Título y Modo; que este acto jurídico sirva para crear o transferir derechos reales. Lo propio y acorde, con este régimen, es que el contrato sirva para crear, regular, modificar o extinguir solo obligaciones.

De tal manera que fue una mala copia del Código Civil italiano, la que se hizo, en el artículo 1351 del Código Civil peruano; en cuanto a los términos "relación jurídica patrimonial". Mediante esta mala

(645) Para un estudio amplio de estos regímenes de transferencia de propiedad, véase: "Estudios sobre el contrato de compraventa", Miguel TORRES MÉNDEZ, T. I, Grijley, Lima, 1993.

copia se ha producido una contradicción entre la naturaleza jurídica que tienen los contratos dispositivos de acuerdo al régimen del Título y Modo (obligacional); y la naturaleza jurídica que tienen los mismos de acuerdo al régimen consensualista o espiritualista (real o traslativo).

Pues bien, ¿cómo se soluciona esta contradicción de posibles naturalezas jurídicas de los contratos dispositivos que crea esta norma? Esta contradicción es absolutamente necesario solucionarla, porque resulta obvio que estos contratos solo pueden tener, en cuanto a transferencia de propiedad; una naturaleza jurídica en particular. Esto es, en cuanto a dicha transferencia; o son obligacionales o son traslativos, pero nunca, por Lógica Jurídica, pueden tener las dos naturalezas a la vez.

Por ello, la solución definitivamente se tiene que dar mediante la interpretación jurídica. Y el método de interpretación que resulta pertinente aplicar es concretamente la interpretación lógica. Esta indica que, como se trata de una mala copia normativa o exegética, debe solucionarse la contradicción, que esta produce; interpretándose que, para que haya concordancia con el régimen de transferencia de propiedad adoptado, en el que no hubo error alguno; por "relación jurídica patrimonial" debe entenderse únicamente la "relación jurídica obligacional".

Por tal razón, la patrimonialidad del contrato, impuesta o consagrada, en el artículo 1351, del Código Civil peruano; consiste concretamente en la relación jurídica obligacional. Esto es, de acuerdo a esta norma, dicha patrimonialidad (del contrato); siempre debe consistir en efectos jurídicos obligacionales.

VI.2. Estudio casuístico del principio de patrimonialidad del contrato

El presente estudio casuístico consta de tres casos sobre el principio de patrimonialidad del contrato. Los mismos se han seleccionado tanto por su utilidad didáctica, como por su distinta naturaleza o variedad.

El primero de ellos consiste en un trascendente y muy frecuente acto jurídico, respecto del cual se suele dudar mucho sobre si tiene naturaleza patrimonial o extrapatrimonial.

El segundo caso consiste en un caso práctico elaborado para un examen universitario. O sea es un caso tipo de los que he incluido en los exámenes del curso de *Contratos*.

El tercer y último caso consiste en una consulta legal extraída de ejercicio profesional.

Se analizan los mismos a continuación, en este orden sucesivo, aplicando los criterios pertinentes que se han estudiado en el capítulo anterior.

VI.2.1. Análisis de la problemática sobre la patrimonialidad o extrapatrimonialidad del matrimonio.

VI.2.1.a. Planteamiento del problema.

¿El matrimonio, siendo un acuerdo de voluntades, su naturaleza jurídica es la de un contrato?

Pues ello va a depender de si tiene carácter patrimonial o extrapatrimonial. Si es patrimonial será un contrato, sino, si es extrapatrimonial; definitivamente no lo será.

La finalidad del presente subítem consiste en determinar la solución correcta al problema planteado.

VI.2.1.b. Análisis.

Como se ha precisado, el contrato es un acto jurídico netamente patrimonial (Ver V.1.1.).

Por tal razón, si el matrimonio tiene patrimonialidad jurídica, su naturaleza jurídica será la de un contrato.

Por el contrario, si no tiene patrimonial jurídica, su naturaleza jurídica no será la de un contrato; sino la de un acto jurídico extrapatrimonial.

Como se ha demostrado (Ver V.1.2.b.), la aplicación del criterio de Juridicidad es el necesario primer paso para poder determinar después la Patrimonialidad Jurídica. Porque la aplicación de este primer criterio indica qué conductas y acuerdos son patrimoniales para el Derecho. Ello resulta del hecho de que si las mismas no tienen carácter jurídico; por Lógica Jurídica tampoco tienen patrimonialidad jurídica o patrimonialidad para el Derecho.

Pues bien, ¿tiene juridicidad el matrimonio? La respuesta obvia y contundentemente es afirmativa.

Así es, el matrimonio tiene juridicidad porque sí es relevante para el Derecho. Porque es un acto plurilateral, un acuerdo de voluntades, que merece la tutela o protección del Derecho. Tal tutela o protección la constituyen las varias normas, del Código Civil, que regulan a este importante acto jurídico; las cuales son normas del Derecho de Familia.

Asimismo, el matrimonio también tiene Patrimonialidad Económica; porque es un acto jurídico que es valorizable en dinero. Así es, la celebración de este acto, por los contrayentes del mismo, conlleva un costo dinerario; el cual es perfectamente conocible.

Y la patrimonialidad económica del matrimonio también se le puede apreciar en algunos de los efectos jurídicos que produce este acto jurídico. Tales efectos concretamente son los correspondientes al régimen patrimonial de sociedad de gananciales, cuando este sea el régimen por el cual se rige el patrimonio que adquiera la sociedad conyugal durante su vigencia.

Pero como ya se ha aclarado en el capítulo anterior, la Patrimonialidad Económica es solo un dato meramente referencial para los actos jurídicos; porque ello no es lo decisivo o determinante, no es lo esencial, para saber si una conducta o un acuerdo tienen carácter

patrimonial para el Derecho. Porque no interesa saber lo qué es patrimonial para la Economía, sino lo que es patrimonial para el Derecho.

Y, como se ha precisado también en el capítulo anterior, para saber lo qué es patrimonial para el Derecho; es necesario aplicar el criterio de Patrimonialidad Jurídica, el cual es un criterio sociojurídico.

Mediante la aplicación de este criterio se debe responder entonces la siguiente pregunta: ¿Cómo es valorado o considerado el matrimonio por la idiosincrasia o conciencia popular peruana, como un contrato o como un acto jurídico extrapatrimonial?

Para responder esta pregunta es necesario personalizarla. Y ello se consigue haciendo que las propias personas (las cuales son millones), que han celebrado este acto jurídico; respondan esta otra pregunta: ¿Cómo valoran o consideran el matrimonio civil que han celebrado, como un contrato o como un acto jurídico extrapatrimonial?

La respuesta que se obtiene de ello es contundentemente en el sentido de que el matrimonio no es un contrato, sino solo un acto jurídico extrapatrimonial. Ello resulta del hecho de que las razones o motivos, por los cuales las personas celebran este acto jurídico; son estrictamente extrapatrimoniales.

Efectivamente, estas razones son de carácter sentimental y afectivo; las cuales no son, pues, patrimoniales, sino extrapatrimoniales. Son por estas razones que la idiosincrasia o conciencia popular valora o considera al matrimonio no como un contrato. O, lo que es lo mismo, por estas razones sentimentales y afectivas, la repugnancia popular siempre rechazará valorar o considerar al matrimonio como un contrato.

Una prueba sociojurídica que contundentemente demuestra la valoración o consideración idiosincrática o popular, que se tiene del matrimonio como un acuerdo que no es contrato; lo constituye a su vez la valoración o consideración idiosincrática o popular que se tiene de la propuesta de matrimonio.

Así es, si el matrimonio fuera valorado o considerado como un contrato; entonces la propuesta del mismo sería valorada o considerada, a su vez, como una oferta. Ello porque, como se sabe, la formación o celebración del contrato se produce mediante el intercambio de las declaraciones contractuales de oferta y aceptación (Artículo 1373 del Código Civil).

Sin embargo, ¿es realmente así? Las propuestas matrimoniales que hacen los varones a las damas, ¿son valoradas o consideradas, por la idiosincrasia o conciencia popular, como ofertas contractuales?

Absolutamente no. Y esta respuesta negativa la pueden corroborar las damas que ya han recibido esta propuesta. ¿Acaso se les ocurrió mentalmente apreciar que la propuesta matrimonial que les hicieron fue una oferta contractual? Para nada, en absoluto es así. Ello resulta simplemente del hecho de que los que celebran el acto jurídico matrimonio, los contrayentes, quieren celebrarlo por razones inmateriales y, por ende, extrapatrimoniales; como son los sentimientos y afectos que se tienen mutuamente entre sí.

Por eso, cuando el varón hace la propuesta, no la hace patrimonialmente como una oferta; sino extrapatrimonialmente como una declaración sentimental o afectiva. Igualmente, exactamente de la misma manera, cuando la dama recibe la propuesta, la recibe o considera no como una oferta; sino extrapatrimonialmente como una declaración sentimental o afectiva.

Esta apreciación o consideración idiosincrática y popular, respecto al matrimonio como un acto extrapatrimonial; es así no solo en el Perú, sino en todos los países que se rigen por el Derecho de base románica. Ello se debe a que este Derecho es el que se ha ido adecuando, durante siglos, a la realidad socioeconómica subyacente de las sociedades o culturas que se rigen mediante el mismo.

En cambio, en sociedades o culturas que se rigen por un Derecho distinto, el matrimonio sí suele ser valorado o considerado como un contrato. Tal es el caso, por ejemplo, del Derecho anglosajón. En algunos estados de los Estados Unidos norteamericanos, el cual

se rige por este Derecho; la legislación correspondiente regula al matrimonio como un contrato. Las normas correspondientes así lo demuestran al utilizar términos contractuales para ello; como los de oferta, resolución, plazo determinado; etc. Y ello es así simplemente porque la idiosincrasia o conciencia popular, de los habitantes de dichos estados; sí valora o considera al matrimonio como un acto patrimonial y, por ende, como un contrato. O, lo que es lo mismo, valorar o considerar al matrimonio, como un contrato; no afecta a la repugnancia popular de dichos estados.

Comparativamente, como se puede colegir, apreciaciones sociojurídicas como estas son inconcebibles y, por ende, inaceptables en sociedades o culturas que se rigen por el Derecho de base románica; como es el caso peruano. Porque dichas apreciaciones generan una sensación de repugnancia popular, la cual es la que finalmente determina su falta de patrimonialidad; y, con ello, la imposibilidad de que el matrimonio sea un contrato.

VI.2.1.c. Solución

De acuerdo al criterio sociojurídico de Patrimonialidad Jurídica, el cual es el pertinente para determinar correctamente el carácter patrimonial de las conductas o acuerdos; en el Perú el matrimonio civil no es un contrato, sino un acto jurídico extrapatrimonial.

VI.2.2. Análisis de un caso práctico tipo examen sobre la patrimonialidad del contrato

Accediendo a las señas de "*auto stop*" o "aventón" que hace ALFONSO, desde una esquina de la avenida Arequipa, el automovilista RICARDO detiene su automóvil e invita a ALFONSO a conducirlo graciosamente a Miraflores; que es el lugar a donde RICARDO se dirige y a donde desea precisamente ir. ALFONSO sube al automóvil y durante el viaje le manifiesta a RICARDO que, en agradecimiento por transportarlo gratuitamente, lo invita a almorzar a su casa. Llegados a la casa de ALFONSO, éste se niega a cumplir su invitación.

Conteste fundamentadamente las siguientes preguntas:

1) ¿Fue un contrato el acuerdo mediante el cual RICARDO transportó a ALFONSO?

2) ¿Fue un contrato el acuerdo mediante el cual ALFONSO invitó a almorzar a RICARDO?

VI.2.2.a. Análisis y soluciones

Este caso práctico es de autoría de MANUEL DE LA PUENTE Y LAVALLE, el cual utilizó en uno de sus exámenes del curso de "Contratos"; cátedra que ejerció en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

1) Como se ha precisado, el contrato es un acto jurídico netamente patrimonial (Ver VI.1.1.).

Por tal razón, si este acuerdo de transporte vehicular de pasajeros tiene patrimonialidad jurídica; su naturaleza jurídica será la de un contrato.

Por el contrario, si no tiene patrimonial jurídica, su naturaleza jurídica no será la de un contrato; sino solo la de un convenio.

Como se ha demostrado (Ver V.1.2.b.), la aplicación del criterio de Juridicidad es el necesario primer paso para poder determinar después la Patrimonialidad Jurídica. Porque la aplicación de este primer criterio indica qué conductas y acuerdos son patrimoniales para el Derecho. Ello resulta del hecho de que si las mismas no tienen carácter jurídico; por Lógica Jurídica tampoco tienen patrimonialidad jurídica o patrimonialidad para el Derecho.

Pues bien, ¿tiene juridicidad el transporte vehicular de pasajeros? La respuesta obvia y contundentemente es afirmativa.

Así es, el transporte vehicular de pasajeros tiene juridicidad porque sí es relevante para el Derecho. Porque es un acto plurilateral, un acuerdo de voluntades, que merece la tutela o protección del Derecho. Tal tutela o protección la constituyen las varias normas, tanto de tránsito como de protección; que existen para poder realizar este tipo de transporte.

Asimismo, el transporte vehicular de pasajeros también tiene Patrimonialidad Económica; porque es una actividad que sí es valorizable en dinero. Así es, tal actividad tiene un costo dinerario; el cual es perfectamente conocible.

Pero como ya se ha aclarado en el capítulo anterior, la Patrimonialidad Económica es solo un dato meramente referencial; porque no es lo decisivo o determinante para saber si una conducta o un acuerdo tienen carácter patrimonial para el Derecho. Pues no interesa saber lo qué es patrimonial para la Economía, sino lo que es patrimonial para el Derecho.

Y, como se ha precisado también en el capítulo anterior, para saber lo qué es patrimonial para el Derecho; es necesario aplicar el criterio de Patrimonialidad Jurídica, el cual es un criterio sociojurídico.

Mediante la aplicación de este criterio se debe responder entonces la siguiente pregunta: ¿Cómo es valorado o considerado, por la idiosincrasia o conciencia popular peruana, el acuerdo mediante el cual se realiza el transporte vehicular de pasajeros que se recogen atendiendo las señas de "auto-stop"; como un contrato o como solo un convenio?

Ello dependerá de si las razones o motivos, por los cuales se realiza este transporte, son patrimoniales o extrapatrimoniales.

La idiosincrasia o conciencia popular aprecia que estas razones son de cortesía, o de hacer un favor al peatón que solicita el transporte mediante las señas de "auto-stop"; por lo cual son apreciadas o consideradas, por dicha idiosincracia; como extrapatrimoniales y no como patrimoniales. Por ello, la apreciación o consideración idiosincrática o popular, que se tiene de estas razones; se encuentran sintetizadas como

un favor que le hace el conductor al peatón. Así es, el conductor accede a transportar al peatón no con una intención seria de obligarse; sino solo por hacerle un favor por dichas razones. O, lo que es lo mismo, por estas razones de cortesía y solidaridad, la repugnancia popular siempre rechazará valorar o considerar, a este tipo de transporte, como un contrato.

Al no tener patrimonialidad jurídica este acuerdo de transporte vehicular, el mismo no es entonces un contrato; sino solo un convenio.

2) Como se ha precisado, el contrato es un acto jurídico netamente patrimonial (Ver VI.1.1.).

Por tal razón, si este acuerdo de invitación a cenar tiene patrimonialidad jurídica; su naturaleza jurídica será la de un contrato.

Por el contrario, si no tiene patrimonial jurídica, su naturaleza jurídica no será la de un contrato; sino solo la de un convenio.

Como se ha demostrado (Ver V.1.2.b.), la aplicación del criterio de Juridicidad es el necesario primer examen que hay que realizar; para poder determinar después la Patrimonialidad Jurídica. Porque la aplicación de este primer criterio demuestra qué conductas y acuerdos pueden ser patrimoniales para el Derecho. Ello resulta del hecho de que si las mismas no tienen carácter jurídico, por Lógica Jurídica tampoco tienen patrimonialidad jurídica o patrimonialidad para el Derecho.

Pues bien, ¿tiene juridicidad este acuerdo de invitación a cenar? La respuesta obvia y contundentemente es negativa, porque dicho acuerdo no tiene relevancia para el Derecho, no merece la tutela o protección del mismo. Ello resulta del hecho de que ninguna ley regula este tipo de acuerdos. Y ello se debe a que las razones o motivos, por los cuales se acuerdan estas invitaciones; solo tienen un interés social, como son las relaciones familiares, de amistad, de cortesía; etc.

Al no tener juridicidad este acuerdo de invitación a cenar, el mismo tampoco podrá tener patrimonialidad jurídica; por lo cual no es un contrato, sino solo un convenio.

VI.2.3. Absolución de una consulta profesional sobre la patrimonialidad del contrato

Lima, 23 de octubre de 1991.

Señor Doctor
Estudio
Presente.-

Estimado Dr.:

Por acuerdo del Consejo Directivo, nos dirigimos a usted con la finalidad de formularle consulta profesional, en relación a un lamentable incidente que nos acaeció recientemente; el cual nos produjo grandes y serios perjuicios respecto al cumplimiento de nuestros fines institucionales.

Con fecha 2 de los corrientes, el famoso y connotado cantante nacional ..... aceptó la invitación que le cursáramos pare que cante y amenice en la kermess, de un Bingo pro-fondos, que realizamos el domingo pasado. Es el caso que dicho cantante no cumplió con presentarse por causas que estimamos le son imputables, dado que fue un hecho público que ese día lo pasó practicando deporte en un conocido club limeño.

Como puede concluir, este penoso incidente ha producido un gran daño a nuestra institución debido a que al dejar frustradas las expectativas de las cientos de personas que habían pagado para el ingreso a la kermess, con el propósito de escuchar cantar a este cantante, tuvimos que afrontar una violenta protesta de las mismas que sólo pudo ser sofocada con el auxilio de la fuerza pública; todo lo cual provocó finalmente, por razones de seguridad, la cancelación del evento. Por todo lo expuesto, solicitamos de sus servicios a fin de que se sirva usted informamos si es posible demandar con éxito el pago de daños y perjuicios, los cuales son evidentes y cuantiosos.

En caso usted lograra satisfacer plenamente nuestra presente consulta, le solicitamos que la absuelva contestando la presente a la brevedad posible.

Atentamente

Asociación .....

VI.2.3.a. Análisis

Como se puede advertir, el caso materia de esta consulta profesional es sobre Responsabilidad Civil. Ello resulta del hecho de que el cliente consulta sobre la posibilidad de interponer una demanda de Indemnización de Daños y Perjuicios.

Pues bien, como el Código Civil peruano regula a la Responsabilidad Civil dividiéndola, o clasificándola, en Contractual y Extracontractual; para poder determinar por cuál de estas responsabilidades se puede demandar dicha indemnización, es necesario saber si el acuerdo celebrado, entre el cliente y el causante de los daños, es un contrato.

Como se ha precisado, el contrato es un acto jurídico netamente patrimonial (Ver VI.1.1.).

Por tal razón, si dicho acuerdo tiene patrimonialidad jurídica; su naturaleza jurídica será la de un contrato.

Por el contrario, si no tiene patrimonial jurídica, su naturaleza jurídica no será la de un contrato; sino solo la de un convenio.

Como se ha demostrado (Ver V.1.2.b.), la aplicación del criterio de Juridicidad es el necesario primer paso para poder determinar después la Patrimonialidad Jurídica. Porque la aplicación de este primer criterio indica qué conductas y acuerdos son patrimoniales para el Derecho. Ello resulta del hecho de que si las mismas no tienen carácter jurídico; por Lógica Jurídica tampoco tienen patrimonialidad jurídica o patrimonialidad para el Derecho.

Pues bien, ¿tiene juridicidad lo que fue materia de este acuerdo? La respuesta obvia y contundentemente es afirmativa.

Así es, lo que fue materia de este acuerdo es la actividad artística, la cual tiene juridicidad porque sí es relevante para el Derecho. Esto es, sí merece la tutela o protección del Derecho. Tal tutela o protección la constituye la ley del artista.

Asimismo, la actividad artística también tiene Patrimonialidad Económica; porque es una actividad que sí es valorizable en dinero. Así es, tal actividad tiene un costo dinerario; el cual es perfectamente conocible.

Pero como ya se ha aclarado en el capítulo anterior, la Patrimonialidad Económica es solo un dato meramente referencial; porque no es lo decisivo o determinante para saber si una conducta o un acuerdo tienen carácter patrimonial para el Derecho. Pues no interesa saber lo qué es patrimonial para la Economía, sino lo que es patrimonial para el Derecho.

Y, como se ha precisado también en el capítulo anterior, para saber lo qué es patrimonial para el Derecho; es necesario aplicar el criterio de Patrimonialidad Jurídica, el cual es un criterio sociojurídico.

Mediante la aplicación de este criterio se debe responder entonces la siguiente pregunta: ¿Cómo es apreciado o considerado, por la idiosincrasia o conciencia popular peruana, los acuerdos para que mediante actividad artística se colabore con instituciones sin fines de lucro; como un contrato o como solo un convenio?

La respuesta es contundentemente en el sentido de que dicho acuerdo no es un contrato, sino solo un convenio. Ello resulta del hecho de que las razones o motivos, por los cuales se celebran estos acuerdos; son estrictamente extrapatrimoniales.

Efectivamente, estas razones son de cortesía, de solidaridad con los fines sociales y humanitarios de las asociaciones; los cuales son apreciadas o consideradas, por la idiosincrasia o conciencia popular; como extrapatrimoniales y no como patrimoniales.

La prueba sociojurídica que contundentemente demuestra la apreciación o consideración idiosincrática o popular, de que las razones para este acuerdo son extrapatrimoniales, y no patrimoniales; lo constituye el hecho de que las mismas se pueden apreciar sintetizadas

como un favor que le hace el artista a la asociación. Así es, el artista accede a cantar y amenizar la kermess, no con una intención seria de obligarse; sino solo por hacerle un favor a la asociación.

VI.2.3.b. Solución.

Al no tener patrimonialidad jurídica el acuerdo cuyo incumplimiento es materia de la consulta, el mismo no es entonces un contrato; sino solo un convenio. Por tal razón, la demanda de Indemnización de Daños y Perjuicios que se debe interponer es por Responsabilidad Extracontractual.

CAPÍTULO VII

ESTUDIO INSTITUCIONAL DEL PRINCIPIO DE RELATIVIDAD DEL CONTRATO

VII.1. El principio de relatividad del contrato

> "*Después de esto entraron Moisés y Aaron ante el Faraón y le dijeron: Esto dice el Señor Dios de Israel: Deja ir a mi pueblo, a fin de que me ofrezca un sacrificio solemne en el desierto. A lo que respondió él: ¿Quién es ese Señor, para que yo haya de cumplir lo que él ha pactado con vosotros, y dejar salir a Israel? No conozco a tal Señor, ni dejaré ir a Israel*".
>
> "*Éxodo*", Cap. V, 1-2
> *Antiguo Testamento*

<u>Pregunta</u>:
¿Estaba obligado el Faraón a cumplir el contrato celebrado entre Dios y el pueblo de Israel representado por Moisés?

VII.1.1. Planteamiento de la problemática jurídica de la relatividad del contrato

El principio de relatividad del contrato también es muy conocido y se asume siempre, también como una verdad de Perogrullo; no sólo jurídicamente, sino también socialmente. Consiste en la determinación del exacto alcance o aplicación de los efectos jurídicos que produce el

contrato. En virtud de este principio los efectos jurídicos contractuales solo afectan o repercuten a las partes del mismo y sus herederos.

Lo que impone o sanciona este principio, en consecuencia, es que los efectos obligatorios del contrato no tienen un alcance absoluto, sino solo relativo; porque no afectan a todos, sino solo a sus partes y herederos. De ahí el nombre de "relatividad" que tiene el mismo. Por eso es que JEAN-LUC AUBERT y PIERRE LECLERCQ sintetizan este principio afirmando que: "La sustancia tradicional de la cuestión relativa al *efecto obligatorio del contrato*, tradicionalmente es gobernada por el principio del *efecto relativo*"(646).

La lógica consecuencia que produce la aplicación del principio de relatividad del contrato consiste, entonces, en que los que no son partes de un contrato, identificados con el calificativo de "terceros"; están siempre protegidos frente a los efectos que produce el mismo.

En tal virtud, el principio de relatividad del contrato satisface una necesidad socioeconómica esencial y elemental para la contratación o mercado; la cual es la de poder contar con la garantía o respaldo, jurídico, de que las personas no se van a ver afectadas por contratos en los que no han participado como partes. Es precisamente por eso, por satisfacer esta esencial necesidad socioeconómica, que existe unanimidad doctrinaria en la calificación de este principio como otro principio contractual básico.

Ahora bien, como se viene reconociendo, también doctrinariamente, el principio de relatividad del contrato ha tenido una evolución histórica que es la que ha determinado su concreta aplicación. Por ello, esta, su aplicación, ha venido sufriendo limitaciones y recortes;

(646) AUBERT, Jean-Luc y LECLERCQ, Pierre, "El efecto de las convenciones con respecto a los terceros. Exposición de Motivos", en *Del contrato, de las obligaciones y de la prescripción. Anteproyecto de reforma del Código Civil francés. Libro III, títulos III y XX*, Universidad Externado de Colombia, Lima, 2006, p. 125.

lo cual da cuenta que este principio tiene una interesante evolución o desarrollo(647), que es necesario estudiar.

Si bien históricamente, desde el Derecho Romano, el principio de relatividad del contrato gozó de aprobación unánime tanto legislativa como doctrinariamente; actualmente no es así. Ello resulta del hecho de que la doctrina no encuentra hasta el momento el fundamento que determine y justifique plenamente, a este principio, como uno de los principios básicos y pilares del Derecho Contractual. MANUEL DE LA PUENTE Y LAVALLE reseña esta falta de apreciación doctrinaria, sobre el fundamento de la relatividad del contrato: "Lo que no resulta claro es el fundamento de la admisión general de la regla. La explicación de que el rígido formalismo del Derecho romano clásico determinaba la dificultad de aceptar nuevos esquemas negociables no llega a satisfacer o, al menos, sólo representa una justificación parcial. Tampoco es completa la doctrina de UNGER, según la cual el orgullo nacional de los romanos constituía el fundamento sociológico de la realidad jurídica de que cada efecto, y también la adquisición de un derecho, presupone un acto de voluntad"(648).

Pues bien, en la presente obra doctrinaria corresponde entonces determinar cuál es realmente el fundamento en el cual se sustenta este importante principio contractual. Porque al ser uno de los principios contractuales básicos, del Derecho Contractual, debe basarse o sustentarse entonces en un fundamento en particular; el cual debe satisfacer las exigencias propias de la *Teoría General del Derecho*. Lo cual significa que debe ser un fundamento jusfilosófico que justifique plenamente a este principio.

---

(647) NICOLAU/HERNÁNDEZ/FRUSTAGLI, "Comentarios al libro "Derecho Civil-Contratos", LAFAILLE, cit., T. II, p. 4.

(648) DE LA PUENTE Y LAVALLE, "El contrato en general", T. I, cit., p. 391.

Pero la problemática jurídica que genera el principio de relatividad del contrato no consiste únicamente en la determinación de la causa de este principio, además de ello también consiste en la determinación de los efectos del mismo.

Este preciso contenido, de esta problemática jurídica, resulta de una exigencia estrictamente lógica. Esta consiste en que no se puede estudiar a la causa sin el efecto y, viceversa, no se pueden estudiar los efectos sin la causa. Así es, el estudio de la relación *causa-efecto* es indivisible, porque su estudio dividido, separado o fragmentado, de los dos elementos que conforman esta relación lógica; siempre será incompleto y, por ende, errado.

Por tal razón, la problemática jurídica de la relatividad del contrato consiste concretamente tanto en la determinación del fundamento de este principio; como en la determinación de los efectos jurídicos contractuales que afectan solo a las partes contratantes y no a los terceros. Y resulta que existen dos clases de estos efectos. Por eso es que MANUEL DE LA PUENTE Y LAVALLE, luego de plantear esta problemática en función del fundamento o causa de este principio, como se ha consignado en la cita anterior; también plantea la misma en función de los efectos del mismo: "El contrato produce efectos entre las partes. Pero, ¿cuáles son estos efectos?"[(649)].

Continuando con la aplicación del estudio interdisciplinario "*Derecho y Literatura*", que provechosamente se está haciendo en la presente obra doctrinaria; en el texto jusliterario que ilustrativamente se está utilizando resulta claro y contundente que, mediante los términos empleados por Ramsés II, este personaje está invocando el principio de relatividad del contrato. Porque mediante los mismos este personaje rechazó o impugnó el requerimiento jurídico de cumplimiento contractual, que le hacen los otros dos personajes de este texto (Moisés y Aarón); con el fundamento jurídico correspondiente a este principio.

(649) *Ibídem*, p. 393.

Tal fundamento consiste en no verse comprometido, u obligado, con el contrato(650) en virtud del cual Moisés y Aarón le hacen el requerimiento jurídico de otorgar libertad a la población judía de su reino. En otras palabras, Ramsés II prácticamente lo que les dice, a estos otros personajes, es lo siguiente: "No estoy obligado por vuestro contrato porque no he sido parte en él, por lo cual soy un tercero frente al mismo".

Como se puede advertir, este texto jusliterario ilustra muy bien la problemática jurídica del principio de relatividad del contrato. Tal problemática, como se está planteando, consiste en determinar tanto la causa, como los efectos jurídicos, del contrato mediante los cuales se aplica este principio.

En tal virtud, este texto jusliterario permite ilustrar esta problemática jurídica mediante las siguientes preguntas: ¿Cuál es el fundamento jurídico que le permite al Faraón aplicar el principio de relatividad del contrato? ¿Al aplicar el Faraón estos principios, lo está haciendo respecto de los efectos directos, o respecto de los efectos indirectos del contrato; o respecto de ambos indistintamente?

La finalidad del presente subítem es determinar la solución correcta a la problemática jurídica planteada.

---

(650) Este contrato es comúnmente conocido, en el Antiguo Testamento, como "La Alianza del Sinaí"; porque en el mismo se indica que fue en el monte Sinaí donde Dios y Moisés acordaron que el pueblo judío, esclavizado en el antiguo Egipto; le rendirá culto a Dios en el desierto, a cambio de que este le otorgue la libertad. Como se advierte de este texto bíblico, en el mismo abundan las alianzas entre Dios y el pueblo judío; las cuales no son otra cosa, pues, que contratos celebrados entre los mismos, estando representando dicho pueblo, para tal efecto, por las personas de los patriarcas. De este hecho puede deducirse entonces que, en este texto bíblico, el Dios judeo-cristiano, es un "Dios contractualista". Por eso es que muchos de los contratos, que figuran en el mismo, siguen siendo muy ilustrativos para el estudio del Derecho Contractual; tal como es el caso, precisamente, del contrato que se está analizando para el estudio de la problemática jurídica que genera el principio de relatividad del mismo.

VII.1.2. Análisis

En la doctrina contractualista algunos consideran que el fundamento del principio de relatividad del contrato, es concretamente otro principio general del Derecho Contractual; el cual es el de Autonomía Privada. Así, GIOVANNI PACCHIONNI aprecia que: "El límite que puso la doctrina romana fue que el contrato privado produjese sus efectos *sólo entre las partes que lo habían ultimado*, dando en cierto modo, el bautismo jurídico a un principio de la ética social, no sólo romana y antigua, sino también moderna y universal: el principio de que solo cada individuo es el verdadero representante de sus propios intereses"(651). Y como dueña o representante de sus propios intereses, cada persona puede autoregularlos mediante contratos ejerciendo la Autonomía Privada. De ahí entonces que la consecuencia, de este ejercicio, sean efectos jurídicos que solo afectan o repercuten a quienes han autoregulado sus intereses contratando. RENATO SCOGNAMIGLIO, por su parte, precisa que: "En principio el contrato produce efectos únicamente entre las partes. Esta regla a la cual nos hemos referido atrás, depende estrictamente de la esencia de la autonomía privada, que significa libertad de disponer de los intereses propios y presupone una libertad análoga de los otros sujetos, y encuentra su cabal formulación dogmática en el principio de la llamada relatividad de los efectos contractuales"(652). Igual apreciación tiene LUIS DIEZ PICAZO: "Este principio de la falta de eficacia del contrato respecto de los terceros o de la limitación de la eficacia del contrato al círculo de las partes que lo han realizado, posee un claro fundamento. El contrato es un acto de ejercicio de un poder de autonomía privada y la autonomía privada consiste en la posibilidad de dictar la ley –el precepto– por el cual se ha de regir la propia esfera jurídica. Un contrato con una eficacia en

(651) PACCHIONI, Giovanni, "Los contratos a favor de tercero", Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948, p.16.

(652) SCOGNAMIGLIO, "Teoría general del contrato", cit., pp. 199-200.

la esfera jurídica de terceras personas, no sería un acto de autonomía, sino que constituiría una invasión de la esfera jurídica ajena"(653).

Sin embargo, si bien la Autonomía Privada justifica la relatividad del contrato, en realidad no es este otro principio contractual el fundamento principal del sustento o justificación de tal relatividad. Es que este principio autonómico, por estar conformado por los derechos por cuyo ejercicio se produce la contratación; justifica o sustenta varias situaciones contractuales importantes. Es más, la Autonomía Privada prácticamente justifica o sustenta toda la contratación en general. Así que, en virtud de ello, este principio autonómico solo es en realidad una justificación parcial del principio de relatividad; por lo cual no es el fundamento jusfilosófico que justifique plenamente a este principio.

Otros consideran que el fundamento del principio de relatividad del contrato es la lógica, al apreciar que este principio deriva, o es consecuencia, de la lógica; concretamente del sentido común. Así, es el caso de JEAN CARBONNIER: "El buen sentido demanda que cada uno se ocupe de sus negocios, no de los de otros"(654).

Pero si bien el principio de relatividad deriva de la lógica jurídica, porque no resulta lógico o coherente que el contrato pueda obligar a quienes no han participado en el mismo (los terceros); tampoco es este en realidad el fundamento jusfilosófico que justifica plenamente a este principio.

Tal fundamento, jusfilosófico, es concretamente la Seguridad Jurídica. En efecto, puede advertirse que, al igual que el principio de obligatoriedad; el principio de relatividad del contrato también deriva, o es consecuencia, de la aplicación de este principio general del Derecho.

---

(653) DIEZ PICAZO, "Fundamentos del derecho civil patrimonial", V. I, cit., p. 276.

(654) Citado por Jean-Louis GOUTAL, "Le príncipe de l'effet relatif du contrat", Libraire Generale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1981, p. 17.

Ello resulta del hecho de que para que la contratación, y con ello el comercio, tengan el respaldo del Derecho, mediante la Seguridad Jurídica que este le debe otorgar; se requiere que esta seguridad se traduzca, como efecto o consecuencia, socioeconómica; en una necesaria protección respecto a los efectos de la contratación en la que no se ha sido parte. Así, mediante el principio de relatividad del contrato lo que se consigue es, como concluye JUAN CARLOS REZZONICO: "Que la autonomía que vincula a los contratantes no puede convertirse en heteronomía respecto de terceros que no han intervenido en la convención"(655).

Asimismo, comúnmente se cree, es una opinión doctrinaria casi generalizada, que el principio de relatividad del contrato tuvo su origen en el Derecho Romano; en el cual se le identificó con la fraseología latina consistente en "*Res inter alios acta aliis neque prodesse neque nocere potest*", la cual textualmente significa: "*Las cosas otorgadas entre otros, no pueden aprovechar ni perjudicar*". A esta fraseología latina, para identificar mejor a este principio, se le agregó luego la referencia a quien se le protege mediante el mismo, el cual es el tercero: "*Res inter alios acta tertio neque nocet neque prodest*" ("*Las cosas otorgadas entre otros al tercero no pueden aprovechar ni perjudicar*"). Así, ALBERTO TRABUCCHI refiere al respecto que la relatividad del contrato es la limitación de los efectos contractuales a los sujetos contratantes, limitación que se expresa con la célebre máxima *Res inter alios acta tertio neque nocet neque prodest*(656). Igual apreciación tiene LUCIO VALERIO MOSCARINI(657). Pero en la evolución histórica que ha tenido este principio, el mismo finalmente quedó abreviado en su identificación latina solo con la primera frase de dicha fraseología: "*Res inter alios acta*"; la cual viene a ser la versión sintetizada de la misma, que es como comúnmente se le conoce en la actualidad.

(655) REZZÓNICO, "Principios fundamentales de los contratos", cit., p. 244.

(656) TRABUCCHI, Alberto, "Instituciones de derecho civil", T. II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1967, p. 188.

(657) MOSCARINI, Lucio Valerio, "I negozi a favor di terzo", Giuffrè, Milan, 1970, p. 6.

Sin embargo, el origen histórico de este principio, si bien sí tuvo lugar en el Derecho Romano; no se dio exactamente de esta manera, o sea mediante la aplicación específica de esta máxima o apotegma, sino que se dio, en realidad, mediante la aplicación de otra máxima.

Así es, fue otra máxima o apotegma la que se utilizó en el Derecho Romano para consagrar la relatividad del contrato; la cual fue el de "*Alteri Stipulari Nemo Potest*", que textualmente significa "*Nadie puede estipular por otro*". MANUEL DE LA PUENTE Y LAVALLE lo corrobora de la siguiente manera: "La regla expresada en forma positiva *res inter alios acta*, resultaría ser sólo la expresión de una regla negativa contendida en el aforismo latino *alteri stipulari nemo potest* (nadie puede estipular por otro)"(658).

En efecto, como se puede colegir, la regla o máxima "Los efectos de los contratos solo afectan a las partes y sus herederos" (*res inter alios acta*), resulta de la contraposición lógica de la regla o máxima "Nadie puede estipular por otro" (*alteri stipulari nemo potest*). Esto es, o lo que es lo mismo, si expresado negativamente nadie puede estipular por otro; ello significa también, al mismo tiempo, expresado positivamente, que aquello que estipulan o acuerdan, las partes de un contrato, solo puede afectarlos a ellos y a sus herederos.

Por tal razón, la primera de estas máximas o reglas (*res inter alios acta*), es derivación o consecuencia lógica de la primera de ellas (*alteri stipulari nemo potest*).

Ahora bien, antiguamente hubo una discrepancia doctrinaria sobre el concepto de efectos jurídicos contractuales. JOSEF KOHLER, seguido por EMIILIO BETTI, determinan este concepto en función del origen que tienen los efectos del contrato, para poder diferenciarlo del concepto del contenido del mismo. Así, para ellos el contenido del contrato lo determina la voluntad de las partes, mientras que los efec-

(658) DE LA PUENTE Y LAVALLE, "El contrato en general", T. I, cit., pp. 390 y 391.

tos del mismo lo determina la ley: "Se afirma la exigencia de distinguir netamente entre el *contenido* del negocio y los *efectos* jurídicos de él, en correlación a las diferentes esferas de competencia a que el uno y los otros están sujetos. El contenido preceptivo del negocio se somete a la competencia dispositiva de los individuos dentro de la órbita en que ésta es admitida y circunscrita por la ley; los efectos jurídicos en cambio, reciben su disciplina exclusivamente de la ley, están reservados a su competencia normativa. Mientras a las partes incumbe la tarea de modelar el contenido del negocio, es oficio del orden jurídico y sólo de él, no de las partes, determinar los efectos jurídicos que se acompañan al negocio"(659). Por su parte, FRANCESCO MESSINEO considera al respecto que esta diferenciación no es correcta porque: "Hay siempre un contenido también legislativo de cada contrato singular y, a la inversa, no es verdad que los efectos sean obra únicamente de la ley, si bien haya de reconocerse que tales efectos pueden ser también diversos o menores o mayores que los perseguidos por las partes. En consecuencia, la distinción ha de ser planteada en otros términos"(660).

Como se puede apreciar, esta discrepancia doctrinaria, sobre la diferencia entre el contenido y los efectos del contrato, fue el resultado de un afán por encontrar una necesaria diferencia entre ambos conceptos; cuando en realidad no existe tal diferencia. Así es, MANUEL DE LA PUENTE Y LAVALLE demuestra ampliamente esta situación de la siguiente manera: "Realmente creo que no cabe hacer este distingo. El artículo 1351 de nuestro Código Civil señala que el contrato es un acuerdo para crear, (regular, modificar o extinguir) una relación jurídica patrimonial. Los efectos del contrato son, pues, el contenido de esta relación jurídica, o sea, los derechos y obligaciones que la constituyen, los que recaen en las personas que forman las partes, las cuales se convierten así en titulares de una situación jurídica. Estos efectos pueden ser de origen mediato

(659) BETTI, "Teoría general del negocio jurídico", cit., pp. 73-74.

(660) MESSINEO, "Doctrina general del contrato", T. II, cit., p. 143.

legal cuando corresponden a derechos y obligaciones derivados de la incorporación al contrato bien sea de normas legales imperativas o bien de normas dispositivas cuando actúan como supletorias de la voluntad de las partes (art. 1356). Son de origen privado cuando obedecen directamente a lo convenido por las partes, siempre que no sean contrarios a normas legales imperativas (art. 1354)"[661].

Se debe coincidir totalmente con esta demostración porque la realidad socioeconómica subyacente la corrobora o refrenda y, por eso, el Derecho positivo o legislación ha consagrado bien tal realidad. Ello porque en tal realidad (el mercado) se aprecia que el contrato es la causa cuyos efectos son la creación, regulación, modificación o extinción de relaciones jurídicas patrimoniales (obligacionales o reales). En efecto, mediante los contratos las partes del mismo se obligan o crean derechos entre sí; por lo cual tales relaciones jurídicas están conformadas por obligaciones y derechos. Y, finalmente, estos efectos, o sea las obligaciones y derechos; son o conforman el contenido de los contratos. De tal manera que el contenido y los efectos del contrato jurídicamente son exactamente lo mismo, por lo cual no hay diferencia alguna entre ambos conceptos. La doctrina moderna corrobora esta igualdad. LUIGI FERRI así lo destaca: "Los efectos que, en el plano ideal del derecho, nacen del contrato. Se expresan en términos de obligaciones, de derechos, de facultades, de prohibiciones, de poderes. El contrato no se limita a causarlos, sino que los plasma, los 'conforma' y, por lo tanto, los contiene; los efectos jurídicos son su contenido"[662].

Como se puede advertir, la aclaración que se acaba de hacer, sobre la no diferencia entre el contenido y los efectos del contrato, ha permitido la determinación del concepto de estos últimos. Así es, los efectos, o el contenido del contrato, son las relaciones jurídicas

[661] DE LA PUENTE Y LAVALLE, "El contrato en general", T. I, cit., p. 394.

[662] FERRI, Luigi, "Lecciones sobre el contrato. Curso de Derecho Civil", Grijley, Lima, p. 245.

patrimoniales que crea, regula, modifica o extingue el mismo; las cuales están conformadas por derechos y obligaciones. VINCENZO ROPPO es más preciso al identificar conceptualmente a los efectos contractuales concretamente como modificaciones de posiciones jurídicas contractuales: "Los efectos del contrato son esencialmente *las modificaciones que el contrato determina en las posiciones jurídicas de las partes*. Se puede también decir: *en sus relaciones jurídicas*, visto que, por regla, las posiciones jurídicas de una y de otra parte se entrelazan entre sí al interior de relaciones jurídicas que vinculan a las partes mismas". (…) Dado que las posiciones jurídicas son, esencialmente, *derechos y obligaciones*, los efectos jurídicos pueden consistir: en crear entre las partes derechos y obligaciones que antes no existían; en modificar derechos y obligaciones preexistentes; en transferir a una parte derechos y obligaciones que antes le pertenecían; en extinguir derechos y obligaciones que precedentemente existían entre las partes"[(663)].

Asimismo, doctrinariamente existe una clasificación de los efectos del contrato. Tal clasificación divide a los mismos en directos e indirectos.

Los efectos directos del contrato concretamente no pueden ser otros que los derechos y obligaciones que asumen las partes contratantes inmediatamente de la celebración del mismo. Ello resulta del hecho de que tales derechos y obligaciones son el contenido de las relaciones jurídicas patrimoniales que crea, regula, modifica o extingue el contrato. MANUEL DE LA PUENTE Y LAVALLE precisa además al respecto que: "Los efectos directos dan lugar a que los contratantes tengan un *status*, constituido por el ser acreedores o deudores de los derechos u obligaciones contractuales"[(664)]. En efecto, al asumir las partes contratantes tales derechos y obligaciones; ello los convierte, pues, en deudores y acreedores.

---

(663) ROPPO, "El contrato", cit., p. 475.

(664) DE LA PUENTE Y LAVALLE, "El contrato en general", T. I, cit., p. 394.

Por su parte, los efectos indirectos del contrato concretamente son los efectos jurídicos que comúnmente son identificados o conocidos como "*Erga Omnes*" ("*Frente a todos los hombres*").

O sea los efectos indirectos del contrato son concretamente entonces los efectos contractuales de oponibilidad universal; porque se pueden oponer "*Frente a todos los hombres*".

Como se sabe, la oponibilidad universal, o efectos "*Erga Omnes*", es una de las características esenciales de los derechos reales; lo cual puede suscitar confusión porque los efectos jurídicos contractuales son personales por provenir de una institución personal como es el contrato.

Sin embargo, la oponibilidad universal, o efectos "*Erga Omnes*", no es una característica exclusiva de los derechos reales. Resulta que también es una característica de ciertos derechos personales, en este caso de los derechos y obligaciones contractuales.

Ello resulta del hecho de que consisten en el reconocimiento y respeto, que los terceros deben guardar, frente a los derechos y obligaciones que mediante el contrato han creado y asumido las partes contratantes. Es por eso que MARCEL PLANIOL, GEORGES RIPERT y PAUL ESMEIN aprecian acertadamente sobre estos efectos que: "Los contratos valen frente a todo el mundo –ya sean de los que crean obligaciones o de los que trasmiten derechos reales u obligaciones- en el sentido que todo el mundo está obligado a reconocer sus efectos entre las partes y, en su caso, a sufrir las dificultades producidas por los mismos, salvo si tuvieran un derecho preferente, procedente del mismo causante, de otra persona o de la ley"[(665)].

Es así como la oponibilidad universal ("*Erga Omnes*") también es la característica esencial de los efectos indirectos del contrato. Y el reconocimiento de esta oponibilidad, para estos efectos, fue la primera variación o cambio que se dio en el principio de relatividad del contrato.

---

(665) PLANIOL/RIPERT/ESMEIN, "Tratado práctico de derecho civil francés", cit., p. 456.

Así dan cuenta de ello NOEMÍ NICOLAU, CARLOS HERNÁNDEZ y SANDRA FRUSTAGLI: "Aceptar la oponibilidad a terceros de los llamados efectos indirectos del contrato ha sido el primer paso en el ajuste del principio de relatividad"(666).

VINCENZO ROPPO advierte bien que la oponibilidad universal ("*Erga Omnes*") jurídicamente es en realidad un principio general del Derecho porque, por su universalidad; se aplica a todos los casos habidos y por haber, tanto de los derechos reales como de los efectos contractuales indirectos: "El tercero X debe respetar la posición activa que deriva a A de su contrato con B, y si la lesiona responde por ello; X, tercero adquirente del bien de A hipotecado a favor de B, soporta la hipoteca nacida del contrato entre A y B. Aquí puede genéricamente decirse que los efectos del contrato entre A y B son oponibles a X: pero es claro que ello depende no tanto de excepciones del principio de relatividad, sino más bien de la aplicación de principios que están en otros planos. En el primer caso, el principio que prohíbe dañar injustamente a otros; en el segundo, el principio de absolutidad de los derechos reales (en donde decir que el contrato es oponible al tercero sería solo un modo abreviado, y algo impropio, de decir que al tercero es oponible el derecho real creado por el contrato). Es preferible reservar la noción de oponibilidad de los efectos contractuales a los casos en los cuales el principio de relatividad, del mismo modo idóneo para hacer al tercero insensible al contrato ajeno, es *neutralizado por un contraprincipio de fuerza superior* que, actuando en el mismo plano, lo pone fuera de juego"(667). Efectivamente, como lo explica este autor, por neutralizar el principio de relatividad contractual, porque hace aplicable los efectos indirectos del contrato a los terceros; la oponibilidad contractual es el principio opuesto o antagónico de dicha relatividad. Es, en tal virtud, el contraprincipio de la misma (la relatividad).

(666) NICOLAU/HERNÁNDEZ/FRUSTAGLI, "Comentarios al libro "Derecho Civil-Contratos", LAFAILLE, cit., T. II, pp. 4 y 5.

(667) ROPPO, "El contrato", cit., p. 531.

En la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Reforma del Código Civil francés (*Código Napoleónico*), JEAN-LUC AUBERT y PIERRE LECLERCQ, sustentando la norma que consagra este contraprincipio; advierten con acierto que el mismo, la oponibilidad contractual, es un principio contractual que tiene un doble sentido para los terceros: "El artículo 1165-I agrega que 'las convenciones son oponibles a los terceros', con lo cual consagra el principio de *oponibilidad* de los contratos *erga omnes* que habían desarrollado poco a poco la doctrina y la jurisprudencia. El texto resalta el doble sentido de esta oponibilidad, que opera, tanto en contra como a favor de los terceros, con la salvedad, esencial, en este último caso, de que ellos no pueden exigir la ejecución del contrato, lo que permite distinguir, de manera radical, el efecto obligatorio de la oponibilidad"(668).

Asimismo, se debe colegir y destacar que los efectos indirectos del contrato derivan, o son consecuencia, de los efectos directos del mismo. MANUEL DE LA PUENTE Y LAVALLE precisa esta situación lógica afirmando que: "Son efectos indirectos del contrato los que surgen por razón de haberse producido los efectos directos, en el sentido que al haber adquirido las partes sendos *status*, los demás, terceros, deben reconocerlos y, en lo que corresponda, respetarlos"(669).

De acuerdo a estos conceptos, RUDOLF VON IHERING identificó con acierto a los efectos directos con el nombre de "efectos de repercusión"(670); y a los efectos indirectos con el nombre de "efectos reflejos"(671).

Ahora bien, es necesario hacer una aclaración sobre la identificación conceptual que existe, entre los efectos indirectos del contrato,

(668) AUBERT/LECLERCQ, "El efecto de las convenciones con respecto a los terceros. Exposición de Motivos", cit., p. 125.

(669) DE LA PUENTE Y LAVALLE, "El contrato en general", T. I, cit., p. 394.

(670) Citado por DIEZ PICAZO, "Fundamentos del derecho civil patrimonial", V. I, cit., p. 277.

(671) *Ibídem*.

con los efectos jurídicos "*Erga Omnes*". Ello porque, como se sabe, tradicionalmente, desde el Derecho Romano, estos efectos jurídicos han sido atribuidos como propios y esenciales de los derechos reales; lo cual es correcto conforme a la Teoría General de los Derechos Reales. De tal manera que esta identificación conceptual podría invocarse para sostener la irreal tesis de que existe, en el Derecho, una igualdad entre los derechos reales y los derechos obligacionales.

No existe en el Derecho tal igualdad, en virtud de esta identificación conceptual; porque en la realidad socioeconómica subyacente existe una diferencia sustancial, en cuanto a los efectos "*Erga Omnes*", entre los derechos reales, y los derechos obligacionales. Tal diferencia es, precisamente, de causa-efecto.

Así es, los derechos reales no son efectos jurídicos "*Erga Omnes*", porque los mismos, por el contrario, son la causa que produce esta clase de efectos. En cambio, los derechos obligacionales sí llegan a ser efectos jurídicos "*Erga Omnes*", porque los produce como causa las fuentes de las obligaciones; en este caso el contrato.

Por tal razón, al ser los derechos reales causa de efectos jurídicos "*Erga Omnes*", esto es, no siendo efectos; a estos derechos no se les puede distinguir o clasificar como efectos directos e indirectos. En cambio, a los derechos obligacionales sí se les puede hacer esta distinción o clasificación; porque además de ser efectos inter partes, también pueden ser efectos "*Erga Omnes*". Resulta, además, que esta distinción o clasificación doctrinariamente se ha hecho solo con la finalidad de poder determinar el ámbito de aplicación del principio de relatividad del contrato.

Hecha ya esta otra necesaria aclaración, se debe ahora sí precisar en qué consiste la problemática jurídica que crea el principio de relatividad del contrato, en cuanto a los efectos del mismo.

Tal problemática consiste concretamente en determinar respecto de qué efectos del contrato se aplica este principio. Lo cual se traduce

en la siguiente pregunta: ¿El principio de relatividad del contrato se aplica respecto de los efectos directos, o respecto de los efectos indirectos del contrato; o respecto de ambos indistintamente? ALBERTO TRABUCCHI corrobora que en esta interrogante consiste esta problemática al apreciar que en esta distinción, de estos efectos; se encuentra el problema más delicado de este principio(672).

Efectivamente, para que tenga bastante claridad el planteamiento de esta problemática jurídica; como se ha hecho en los anteriores capítulos, resulta muy ilustrativo el texto jusliterario que se está usando para este planteamiento.

En este texto dos de sus personajes (Moisés y Aarón) exigen el cumplimiento de una obligación contractual al otro personaje del mismo (el Faraón), la cual consiste en otorgarles el derecho de libertad a los miembros de la población judía, que se encontraba sometida a la esclavitud en su reino; siendo dicha obligación consecuencia del contrato que celebró Moisés con Dios. Por ello, esta es un requerimiento estrictamente jurídico; lo cual lo advierte bien PEDRO TALAVERA: "Moisés y Aarón, formulan su demanda con un lenguaje jurídico"(673).

Ahora bien, ¿cómo reacciona este monarca del antiguo Egipto(674), ante tal exigencia o requerimiento jurídico?

---

(672) TRABUCCHI, "Instituciones de derecho civil", T. II, cit., p. 188.

(673) TALAVERA, Pedro, "Derecho y literatura", Comares, Granada, 2005, p. 75.

(674) Como se precisa más adelante, parece que este Faraón fue el célebre Ramsés II. Si bien este sí es un personaje histórico, no sucede lo mismo con los otros dos personajes del relato bíblico del "*Éxodo*" (Moisés y Aarón). Ello se debe a que solo existen pruebas arqueológicas que demuestran la existencia de este monarca, mas no de dicho patriarca y su hermano. Asimismo, tampoco existen pruebas arqueológicas que demuestren que hubo una población judía, sometida a la esclavitud, en el antiguo Egipto; por lo cual tampoco hubo, pues, en la historia, un éxodo de la misma. Como se ha dado cuenta debidamente mediante las fuentes históricas pertinentes, en la presente obra (Ver II.1.); el *Antiguo Testamento* no es un libro histórico, sino literario.

PEDRO TALAVERA considera que su reacción fue de incomprensión de dichos términos jurídicos, o lenguaje jurídico, en el que le hacen esta exigencia o requerimiento: "El faraón no comprende en absoluto este lenguaje"(675).

Sin embargo, esta apreciación no es en absoluto correcta. El Faraón sí comprendió el lenguaje jurídico en que le hicieron tal requerimiento. Ello porque los monarcas de la antigüedad siempre recibieron, para gobernar, una educación o instrucción muy rica y abundante; dentro de la cual figuraba la jurídica. Si bien el relato bíblico del "Éxodo" no menciona por su nombre al personaje del Faraón, de las investigaciones históricas que se han realizado, la hipótesis más aceptada es la que lo identifica con el célebre Ramsés II(676).

Pues bien, el hecho de que la reacción de este Faraón, ante el requerimiento jurídico que le hicieron, si bien es de total sorpresa; ello no fue porque no pudo comprender dicho lenguaje jurídico. Todo lo contrario, lo comprendió a la perfección por los grandes conocimientos o instrucción que tuvo, para poder haber sido un exitoso monarca. Para convencerse de ello, se debe tener en cuenta que, históricamente, este personaje es considerado como el mejor monarca o Faraón que tuvo el antiguo Egipto. Tal calificación es merecida porque fue el que más obras construyó, el que hizo varias conquistas asentando colonias; y el que más tiempo reinó (66 años).

De tal manera que para haber tenido tanto éxito, reconocido hasta hoy en día, en el reinado de una de las grandes civilizaciones o culturas, de la antigüedad; ello es demostrativo, pues, de que tuvo que haber tenido una gran preparación o instrucción para ello. Y dentro de los grandes conocimientos que tuvo, como monarca exitoso; por supuesto figuran los jurídicos, porque es mediante ellos que se pudo regular la vida, en la sociedad que le tocó gobernar.

(675) TALAVERA, "Derecho y literatura", cit., p. 75.

(676) "El libro de los libros, entre el mito y la historia", cit., p. 11.

Por eso es que la reacción que tuvo este personaje, frente al requerimiento de cumplimiento contractual, que le hicieron; fue concretamente de un asombro o perplejidad, estrictamente jurídicos. ¿Y porque tuvo tamaña reacción de apreciación jurídica?

Porque tuvo una inmediata percepción o sensación, jurídicas, de que tal exigencia o requerimiento no le puede alcanzar o afectar; o sea, de que la misma no puede tener validez frente a él. Esto es, inmediatamente se pudo dar cuenta, de que él es totalmente ajeno a este requerimiento; porque al no haber sido parte del contrato correspondiente, en virtud del cual le hacen tal reclamo, tiene la calidad de tercero frente al mismo.

Es por eso, pues, que dicha reacción de apreciación jurídica, ante dicho requerimiento jurídico; consistió concretamente en una cerrada defensa, también jurídica, frente al mismo.

Y esta defensa jurídica no consistió solamente en la imposición de su absoluta soberanía como monarca(677), lo cual es correcto porque el régimen político del antiguo Egipto era autocrático y, por ende, absolutista. Además de ello, también consistió en la invocación, a su favor, del principio de relatividad del contrato. Tal invocación la pronunció en estos términos: "*¿Quién es ese Señor, para que yo haya de cumplir lo que él ha pactado con vosotros, y dejar salir a Israel? No conozco a tal Señor, ni dejaré ir a Israel*"(678).

Como la problemática jurídica que genera el principio de relatividad del contrato está planteada en relación a las clases de efectos, que produce el mismo, porque se debe precisar a qué efectos alcanza, la aplicación de este principio (Ver subítem anterior); para facilitar el análisis que permita esta precisión, es útil tomar en cuenta un contrato en particular como ejemplo.

(677) *Ibídem*.

(678) "Éxodo", 5,1-2, *Antiguo Testamento*.

Y siguiendo con los estudios interdisciplinarios que se están realizando en la presente obra doctrinaria, el contrato que para ello se va a analizar, como ejemplo ilustrativo; es al que se hace referencia en el texto jusliterario con el que se ha hecho el planteamiento de esta problemática jurídica.

Pues bien, ¿cuáles son los efectos directos e indirectos de este contrato? Resulta evidente que para poder contestar esta pregunta es necesario primero saber cuál es el contrato que, como causa, produjo dichos efectos.

Tal contrato es el que celebraron Moisés, como representante del pueblo judío, y Dios; en el célebre monte Sinaí. Como es harto conocido, porque el relato bíblico del "*Éxodo*" es uno de los más famosos y populares del Antiguo Testamento; mediante este contrato las partes del mismo acordaron que Dios le daría la libertad, al pueblo judío, a cambio de que este le rinda culto en el desierto.

Ahora bien, ¿cuál es la tipicidad de este contrato? Para responder ello, como se puede colegir, se necesita de un criterio. Tal criterio, como se ha precisado anteriormente[679], consiste en que, para saber qué modalidad contractual se ha celebrado, en un determinado caso; se debe analizar la manera en que se han obligado las partes.

En tal virtud, este contrato concretamente es un "Doy para que hagas", el cual actualmente está tipificado como una modalidad típica e innominada de Prestación de Servicios (Artículo 1757 del Código Civil). Esta tipicidad contractual resulta del hecho de que, a lo que se obliga Dios, a favor del pueblo judío, es a darle un derecho (libertad); y a cambio, a lo que se obliga el pueblo judío, a favor de Dios, es a realizar un hacer en su beneficio, el cual es rendirle culto o adoración.

---

(679) TORRES MÉNDEZ, Miguel, "La naturaleza jurídica del pacto fáustico. La desmitificación de este pacto como una Compraventa", en *Revista Peruana de Derecho y Literatura*, Nº 3, Lima, 2008.

Puede advertirse que de estas obligaciones, que asumieron las partes de este contrato, se pueden determinar los efectos jurídicos directos, que produjo el mismo. Tales efectos son los derechos y obligaciones que conforman la relación jurídica que creó el mismo.

Así, estos efectos son entonces, concretamente, la obligación asumida por Dios, de darle la libertad al pueblo judío y, correspondientemente, el derecho de este pueblo de exigirle a Dios el cumplimiento de esta prestación; y la obligación asumida por el pueblo judío, de rendirle culto a Dios en el desierto y, correspondientemente, el derecho de Dios de exigirle al pueblo judío el cumplimiento de esta prestación.

Por su parte, los efectos jurídicos indirectos, que produjo este contrato, son los efectos "*Erga Omnes*" del mismo. O sea son el reconocimiento y respeto, que los terceros deben guardar, frente a los derechos y obligaciones que han asumido las partes de este contrato.

Pues bien, ¿el principio de relatividad del contrato, invocado por Ramsés II, está referido a los efectos directos, o a los efectos indirectos de este contrato; o a ambos indistintamente?

Es claro advertir que está referido a los efectos directos del contrato. Ello resulta del hecho de que lo que le exigieron, mediante el requerimiento contractual que le hicieron, fue el cumplimiento de una de las obligaciones que había creado el contrato. Y por eso este personaje tuvo que rechazar, invocando este principio, tal requerimiento; aludiendo a los efectos contractuales que afectan únicamente la esfera jurídica de las partes contratantes. Estos efectos son, concretamente, la obligación de darle libertad al pueblo judío, y el derecho que tiene este, de exigirle libertad. Ramsés II hace este rechazo, negando que esta obligación, y este derecho, existan en su esfera jurídica. Con ello, en lo que también consiste su rechazo, es que estos efectos jurídicos no lo afectan por ser un tercero respecto al contrato que creó los mismos. LUIS DIEZ PICAZO precisa la determinación de los efectos directos así: "La eficacia directa –eficacia constitutiva, modificativa, precepti-

va, declarativa o extintiva– se desarrolla normalmente en la órbita de las partes. Sólo de una manera excepcional un contrato produce una eficacia directa en la esfera de los terceros. El principio de la eficacia relativa es por consiguiente cierto referido a la eficacia que llamamos directa"[680]. Por su parte, MANUEL DE LA PUENTE Y LAVALLE corrobora esta determinación afirmando que: "Son dichos efectos directos a los que se refiere el artículo 1363 del Código civil"[681]. Esta norma es la que consagra el principio de relatividad en el Código Civil peruano, la cual se estudia y analiza en el siguiente capítulo.

VII.1.3. Solución de la problemática jurídica de la relatividad del contrato. Explicación del conflicto de derechos y de perspectivas jurídicas que contiene al respecto el texto jusliterario del "Éxodo"

La solución de la problemática jurídica que genera el principio de relatividad del contrato, consiste en que la aplicación de este principio, como regla general; abarca únicamente a los efectos jurídicos directos que produce el contrato. Esto significa que solo respecto a los derechos y obligaciones, que conforman la relación jurídica creada por el contrato, pueden los terceros exigir no verse comprendidos o afectados. No así en cambio respecto de los efectos indirectos.

Adviértase que esta conclusión no tiene carácter absoluto, sino relativo. Ello se debe a que existen algunas excepciones que quiebran la regla general de este principio. JORGE GIORGI lo explica así: "Queriendo saber cuál es el sentido y la importancia del principio indicado, es menester subdividir los efectos del contrato y distinguir aquellos que se refieren al vínculo jurídico de los que más bien son otras tantas consecuencias indirectas de la convención. Dicho esto, el principio jurídico contenido en la regla antes enunciada, es relativo solamente a la primera

(680) DIEZ PICAZO, "Fundamentos del derecho civil patrimonial", V. I, cit., p. 278.

(681) DE LA PUENTE Y LAVALLE, "El contrato en general", T. I, cit., p. 394.

especie de los efectos, porque el derecho y la obligación dimanantes de un contrato aprovechan y perjudican sólo a los contratantes; no aprovecha, por regla general, ni causan daños a terceros. *Res inter alios acta, allis nec prodest nec nocet*. Pero no se puede decir lo mismo de la otra especie de efectos. La prestación, que representa el objeto del contrato, una vez ejecutada, se convierte en un hecho como todos los demás, el cual puede resultar accidentalmente útil y dañoso a miles de personas, sin que por esto ninguna de ellas ponga en duda el derecho al goce de la ventaja obtenida, o hubiera adquirido, si la prestación es lícita, la facultad de quejarse del daño y pretender su resarcimiento"[682].

Respecto a los efectos jurídicos indirectos, o efectos "*Erga Omnes*", la aplicación del principio de relatividad del contrato no los abarca, o alcanza; porque precisamente, afectan solo a quienes son terceros respecto al mismo.

Los efectos jurídicos del contrato, clasificados en directos e indirectos; se les puede a su vez identificar mediante los conceptos jurídicos de "Eficacia Relativa" del contrato y de Oponibilidad del mismo.

La "Eficacia Relativa" del contrato son los efectos jurídicos directos que produce el mismo; o sea son, como ya se ha precisado, los derechos y obligaciones que afectan a las partes contratantes y sus herederos.

Mientras que la Oponibilidad del contrato, como también ya se ha precisado, son los efectos jurídicos indirectos, o "*Erga Omnes*", que produce el mismo; o sea son el reconocimiento y respeto, que los terceros deben guardar, frente a los derechos y obligaciones que han asumido las partes contratantes. HENRI, LEON y JEAN MAZEUD sintetizan esta situación afirmando que: "Hay que distinguir cuidadosamente el efecto y la oponibilidad de la obligación: en principio, la obligación no sujeta a los terceros, pero existe a su

(682) GIORGI, Jorge, "Teoría de las obligaciones", T. IV, Imprenta de la Revista de la Legislación, Madrid, 1910, p. 278.

respecto"[683]. MANUEL DE LA PUENTE Y LAVALLE también hace esta síntesis precisando que: "La existencia del contrato frente a terceros determina que ellos deban reconocer los efectos que el contrato ha creado entre las partes, o sea que el contrato, en ese sentido, les es oponible"[684].

Por todo ello, en buena cuenta, el principio de relatividad del contrato otorga seguridad jurídica en la contratación o mercado; identificando a los destinatarios de los efectos jurídicos del contrato. Así es, en primer lugar, la aplicación de este principio indica que, como regla general, los destinatarios de los efectos directos del contrato son únicamente las partes contratantes; con lo cual los terceros están protegidos frente a los mismos. Ello se ha podido apreciar nítidamente en el texto jusliterario que se ha analizado. La única excepción, que rompe esta regla general; es el Contrato en Favor de Tercero, el cual el Derecho permite solo porque los efectos directos benefician al tercero.

En segundo lugar, la aplicación de este principio también indica, al mismo tiempo, que los destinatarios de los efectos indirectos del contrato son los terceros. Pero esta determinación, como puede colegirse, es solo meramente referencial; porque, como se está precisando, a los efectos indirectos este principio no los toma en cuenta.

Por todo ello, aplicando el principio de relatividad del contrato, se debe contestar la pregunta que se planteó, con respecto al texto jusliterario que se ha utilizado, para el análisis de la problemática jurídica que genera este principio; en el sentido de que el Faraón Ramsés II no estaba obligado a cumplir el contrato celebrado entre Dios y el pueblo de Israel representado por Moisés. Ello resulta así, porque la aplicación de este principio indica que a este personaje no le afectan o repercuten los efectos directos de este contrato; por lo cual es un tercero frente al mismo.

---

(683) MAZEUD, Henri, Leon y Jean, "Lecciones de derecho civil", Parte Segunda, V. III, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1960, p. 35.

(684) DE LA PUENTE Y LAVALLE, "El contrato en general", T. I, cit., p. 406.

Ahora bien, como complemento necesario de esta conclusión, se debe hacer una precisión sobre el exacto alcance jurídico, que tiene la misma; respecto al derecho fundamental de la libertad. Ello porque el texto jusliterario del "Éxodo" da cuenta de un interesante e ilustrativo conflicto de derechos, así como de perspectivas jurídicas; respecto a este derecho.

Así es, desde una perspectiva jurídica actual podría cuestionarse esta conclusión, en el sentido de que como jurídicamente a nadie se le puede someter a la esclavitud; por ello este monarca sí estaba entonces obligado a cumplir el mandato divino de darle libertad a la población judía de su reino. Como se puede colegir, esta perspectiva jurídica actual es, concretamente, la de los Derechos Humanos. Desde la misma, este personaje sí debía cumplir esta obligación, porque desde esta perspectiva no se le puede someter a nadie a la esclavitud.

Sin embargo, no es esta la perspectiva jurídica pertinente, desde la cual se debe analizar el requerimiento jurídico que le hacen a este personaje.

No, la perspectiva jurídica pertinente es de carácter contractual, porque el requerimiento jurídico que le hacen, al Faraón Ramsés II, es contractual; consiste en el cumplimiento de un contrato. Y desde esta perspectiva jurídica él no está obligado a este cumplimiento otorgando libertad; porque, como se ha demostrado, es un tercero respecto al contrato que han celebrado Dios y Moisés, debido a que no le afectan o repercuten los efectos directos que ha producido este contrato, entre los cuales figura la obligación de dar libertad.

Como la perspectiva jurídica de los Derechos Humanos no existía en la antigüedad del Egipto faraónico, por eso es que en esta nación se pudo imponer la esclavitud, como un régimen jurídico en particular de bienes. En efecto, como se sabe, en la antigüedad jurídicamente los esclavos no eran personas, sino cosas ("*res*"). Por ello, los propietarios ("*domine*") podían hacer lo que quisieran con ellos. De tal manera que jurídicamente era muy válido que el propietario, o "amo", si quería, si

les daba la gana, les daba libertad a sus esclavos; y si no quería, si no le daba la gana, no se las daba.

Pues bien, el conflicto de derechos que contiene, el texto jusliterario del "*Éxodo*"; consiste concretamente en la confrontación entre el derecho de libertad frente al derecho de propiedad. Así es, Moisés, representando al pueblo judío, le requiere al Faraón que le dé la libertad al mismo. Y para ello se ampara en la obligación divina que, para tal efecto, asumió Dios en el contrato que celebró con él.

Este conflicto de derechos puede sintetizarse entonces en los siguientes términos: Moisés le dice al Faraón: "Es mi pueblo y su libertad la exige Dios". Frente a lo cual el Faraón le contesta: "Es mi propiedad y no quiero darle libertad"(685).

Ahora, ¿cuál es el derecho que ganó en este conflicto? De acuerdo al desenlace narrado en este texto jusliterario, ganó o se impuso el derecho de libertad; pero no por fundamentos jurídicos, sino por una ayuda sobrenatural, la cual fue divina(686) (las famosas diez plagas que asolaron Egipto, siendo la última de ellas –la muerte de los primogénitos– la que hizo doblegar su voluntad al Faraón).

Pero lo que resulta más interesante aún es el correspondiente conflicto de perspectivas jurídicas que también contiene este texto

(685) Un conflicto igual (libertad-propiedad), pero a nivel individual, se dio en el Perú no en la Literatura, sino en la Historia. En un proceso judicial del siglo XVIII un hombre libre, que estaba casado con una esclava, demandó judicialmente al propietario de esta para que le otorgue la libertad y así poder convivir con ella sin limitaciones. El demandado propietario contestó, negando y contradiciendo la demanda, alegando que, como tal, le corresponde ejercer su derecho de propiedad. Quien descubrió este caso fue Fernando DE TRAZEGNIES GRANDA, lo cual lo motivó a escribir el libro "Ciriaco de Urtecho litigante por amor" (Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1981).

(686) En los relatos literarios de esta época, la antigüedad, abundan las intervenciones divinas en ayuda de una de las partes en conflicto. Tal es el caso, por ejemplo, del celebérrimo poema homérico de "La Iliada".

jusliterario. Como se ha adelantado, este conflicto consiste concretamente en la confrontación entre la perspectiva jurídica de los Derechos Humanos y la perspectiva jurídica del Derecho Contractual.

Así, en este texto jusliterario se puede comprobar que, si bien en la antigüedad no existieron los Derechos Humanos como concepto jurídico, ni tampoco como una disciplina o rama especial, del Derecho; sí hubo, en la misma, un antecedente o germen de estos derechos, el cual fue, pues, de carácter jusliterario. MILTON KONVITZ corrobora ello al destacar que las raíces de la Declaración Universal de los Derechos Humanos "se encuentran en los relatos y las profecías de las Escrituras hebreas"(687).

En tal virtud, en la antigüedad del Egipto faraónico, la Literatura, mediante el texto jusliterario del "*Éxodo*"; ya había denunciado la necesidad de respetar un derecho humano como es el de la libertad, proclamando que la abolición de la esclavitud era necesaria para que la sociedad sea civilizada. RAQUEL HODARA lo destaca así: "El relato de mayor preponderancia en los textos bíblicos es, sin duda, aquel que narra el éxodo de Egipto. Este es el prisma a la luz del cual se juzgan la sociedad, su gobierno y su sistema legal. La estancia –real o mítica- en una tierra de esclavitud, despierta un rechazo contundente a todo tipo de tiranía y un apego al ideal de la libertad humana"(688).

En efecto, el texto jusliterario del "Éxodo" contiene la exigencia, o reivindicación, de uno de los derechos humanos más trascendentes o relevantes; el cual es la libertad individual. Por eso, la Literatura siempre ha cumplido una función humanizadora y, por ende, civilizadora del Derecho; la cual es una de las funciones del estudio interdisciplinario, o movimiento jurídico, "*Derecho y Literatura*", en la variante "El

(687) KONVITZ, Milton, "Judaism and human rights", W.W. Norton and Company, New York, 1972, p. 17.

(688) HORADA, Raquel, "La Biblia Hebrea y los Derechos Humanos", en *Primer Coloquio Internacional Deseo de Ley*, T. II, Editorial Biblos, Buenos Aires, 2003, p. 80.

Derecho en la Literatura". Este texto jusliterario contiene, por tanto, una perspectiva jurídica humanista, consistente en el reclamo por un derecho humano; a la cual en el mismo se la contrapone, o confronta, con la perspectiva jurídica contractualista consistente en la aplicación del principio de relatividad del contrato.

Igualmente, ¿cuál fue la perspectiva jurídica que ganó en este conflicto? Como ya se ha precisado, fue la perspectiva jurídica contractualista la que ganó este conflicto; porque el requerimiento jurídico que le hicieron al Faraón Ramsés II fue de naturaleza contractual, por lo cual la perspectiva jurídica humanista no era pertinente.

Finalmente, el relato bíblico del "*Éxodo*" fue, sin duda, en la antigüedad, como se ha precisado; un bello himno o canto, jusliterario, por la libertad en contra de la esclavitud. Pero que, lamentablemente, en la Historia no tuvo la suficiente acogida o recepción, en los derechos de la antigüedad; porque la esclavitud se mantuvo en los mismos durante los siguientes 2,500 años, como consecuencia del inexorable resultado que arrojaba las conquistas (vencedores y vencidos), así como por haberse considerado a algunas razas como inferiores. Así es, civilizaciones o culturas, posteriores a la egipcia, mantuvieron la esclavitud como régimen jurídico o parte de su Derecho. Tales fueron los casos de Grecia y Roma. Increíblemente no fue sino hasta el siglo XIX que recién terminó por abolirse la esclavitud en el mundo entero.

CAPÍTULO VIII

ESTUDIO EXEGÉTICO Y CASUÍSTICO DEL PRINCIPIO DE RELATIVIDAD DEL CONTRATO

VIII.1. Estudio exegético del principio de relatividad del contrato

La norma del Código Civil peruano que consagra el principio de relatividad del contrato es el artículo 1363. Por ello, esta es otra norma de sustancial importancia de la parte general del Derecho Contractual, de este Código.

Esta situación normativa o exegética también exige, en consecuencia, que el análisis de esta norma sea sumamente prolijo y exhaustivo; lo cual se hace a continuación.

VIII.1.1. Análisis del artículo 1363 del Código Civil

> **Artículo 1363**.- *Los contratos sólo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos, salvo en cuanto a éstos si se trata de derechos y obligaciones no trasmisibles.*

Como se puede advertir, esta norma impone el principio de relatividad del contrato determinando su concepto, como corresponde,

en función de la eficacia del contrato. Así, de manera simple y precisa indica a quiénes les afectan, o resultan involucrados, por tal eficacia.

Ya se ha precisado (Ver VI.1.2.), que la eficacia del contrato (efectos), a la que se refiere este principio, que consagra esta norma; son los efectos jurídicos directos que produce el contrato. Tales efectos ya se les ha estudiado en el capítulo anterior. Por ello, en el presente estudio exegético solo corresponde analizar, entonces, lo correspondiente a los conceptos de "partes" y "herederos", así como lo correspondiente a los "derechos y obligaciones no trasmisibles".

La norma bajo análisis establece dos situaciones jurídicas concretas. La primera de ellas consiste en que, en primer lugar, los efectos (directos), que produce el contrato, afectan a las partes del mismo.

Pues bien, como destaca MANUEL DE LA PUENTE Y LAVALLE, para la determinación del concepto de "parte contratante" la tendencia moderna, en el Derecho Contractual; es identificar, a este concepto, como "centro de intereses". Se prescinde así, mediante este concepto, de la identificación de parte contratante con los sujetos o personas(689); y se considera más bien que: "La parte es el 'centro' en el cual recaen los intereses que se buscan satisfacer mediante la celebración del contrato. Según esta tendencia moderna, si bien generalmente coinciden el concepto de sujeto y el concepto de parte, porque en la gran mayoría de contratos cada parte está formada por un solo sujeto (el vendedor es una persona y el comprador es otra), no se descarta la posibilidad de que una parte esté constituida por dos o más sujetos que tengan un mismo interés (la parte vendedora es un conjunto de condóminos o lo es la parte compradora) y, en tal caso, la parte contractual (quien vende o quien compra) es el centro de interés que agrupa a los sujetos"(690).

(689) DE LA PUENTE Y LAVALLE, "El contrato en general", T. I, cit., p. 56.

(690) *Ibídem*.

Sin embargo, esta tendencia moderna, respecto del concepto de "parte contratante", no goza de unanimidad en la doctrina contractualista. Así MASSIMO BIANCA cuestiona que: "Sin embargo, si se mira a la disciplina del contrato ha de observarse que esta hace referencia a los sujetos que constituyen la relación contractual y no a un 'centro de intereses' abstracto que como tal no es destinatario de asignaciones jurídicas. En especial, los problemas concretos de la parte sustancial (legitimación, remedios, etc.) atañen a todos aquellos que asumen la titularidad de la relación y no al centro de intereses"(691).

Como se puede advertir, esta objeción o cuestionamiento es estrictamente lógico jurídico; en el sentido de que, efectivamente, la situación jurídica de "centro de interés" resulta totalmente contradictoria, como concepto de parte contratante; por ser una situación abstracta que, por carecer de personería, no puede ser titular de los derechos y obligaciones que ha creado el contrato.

Por imponerlo la lógica jurídica, este cuestionamiento es válido. Por eso, no es correcto identificar conceptualmente a la parte contratante, que es un sujeto concreto; con el centro de intereses, el cual es una situación abstracta.

Para evitar este cuestionamiento lo correcto es, entonces, seguir identificando conceptualmente a la parte contratante con la persona, pero advirtiendo, necesariamente, la situación de que el número de partes contratantes no lo determina el número de personas, que celebran un contrato; sino el centro de intereses que agrupa a las personas que comparten los mismos. MANUEL DE LA PUENTE Y LAVALLE explica esta diferenciación así: "Cuando se habla de 'centro de interés' no se está haciendo referencia a que dicho centro es la parte contractual, sino que los sujetos unidos por el mismo interés son quienes constituyen la parte única, de tal manera que la titularidad contractual es asumida

(691) BIANCA, "Derecho Civil", T. 3, "El contrato", cit., p. 76.

por los sujetos que forman la parte, y son ellos los titulares de los derechos y obligaciones emergentes del contrato. Por ejemplo, si los vendedores forman una parte plurisubjetiva, la obligación de transferir la propiedad del bien no la asume dicha parte, como un todo con individualidad propia, sino cada uno de los condóminos a título personal. (…) No está tan lejos, pues, la posición de los Códigos que dicen que el contrato es el acuerdo de dos o más personas de la de aquellos otros que señalan que tal acuerdo es entre dos o más partes, ya que, en una u otra posición, la voluntad que se manifiesta es la de las personas. La superioridad de la última tendencia es que el número de participantes en el acuerdo no se determina por el número de personas, sino por el número de 'centros de interés' que agrupan a las personas"(692).

Pero hecha esta diferenciación o aclaración, la pregunta que, exegéticamente, es necesario responder; es entonces la siguiente: ¿El artículo 1363 del Código Civil contiene una redacción correcta al mencionar el término "parte" y no el de "persona"?

De acuerdo a dicha diferenciación o aclaración, la respuesta consiste en que sí es correcta; pero teniendo siempre en cuenta dicha diferenciación o aclaración. MANUEL DE LA PUENTE Y LAVALLE así lo destaca: "Cabe, pues, alabar el artículo 1351 del Código civil peruano en cuanto se refiere a que el contrato resulta del acuerdo de dos o más partes, debiendo entenderse, eso sí, que cada una de estas partes está constituida por una o más personas (en este último caso unidas por un interés común)"(693).

La segunda situación jurídica que establece, la norma bajo análisis, en cuanto a la eficacia contractual directa; es la lógica jurídica correspondiente a la sucesión o herencia. Tal lógica consiste en que, en

(692) DE LA PUENTE Y LAVALLE, "El contrato en general", T. I, cit., p. 57.

(693) *Ibídem*.

segundo lugar, la regla general es que los efectos (directos), que produce el contrato; afectan también a los herederos de las partes del mismo.

Efectivamente, esta segunda situación jurídica, que establece esta norma, es efecto o consecuencia del concepto jurídico de sucesión.

Tal concepto consiste en que le "suceden", o se trasmiten, a los herederos; la herencia, la cual está constituida por los bienes, así como por los derechos y las obligaciones de los cuales era titular el causante de la sucesión (Artículo 660 del Código Civil).

Y como los derechos y las obligaciones contractuales son los efectos directos, que producen los contratos, cuando se produzca la muerte de sus titulares originarios, los cuales son las partes contratantes; estos efectos afectarán o repercutirán, en sus herederos, mediante la sucesión o trasmisión de los mismos a su favor.

En tal virtud, esta norma impone que, cuando las partes contratantes fallezcan, los efectos jurídicos que producen los contratos suceden, o se trasmiten, a los herederos de los mismos.

Corresponde determinar ahora entonces el concepto de "herederos de las partes". Tal concepto es el de personas naturales a los que se les trasmite la herencia de manera general. Esto es, tales herederos son únicamente los que tienen la calidad de herederos a título universal; tal como lo determina el artículo 735 del Código Civil.

Por tal razón, para la aplicación de la norma bajo análisis no son, "herederos de las partes", los herederos a título particular, los cuales son mejor identificados con el nombre de "legatarios"; por lo cual a estos no los afecta, o repercute, los efectos directos del contrato. En consecuencia, los legatarios están excluidos de estos efectos; por lo cual tienen la calidad de "terceros" frente a los contratos celebrados por sus causantes.

El fundamento o justificación de esta exclusión la precisa el artículo 735 del Código Civil, al indicar que la adquisición del legatario

es solo a título particular; porque se limita a bienes determinados. Efectivamente, por lógica jurídica también, los efectos directos del contrato, o sea todos los derechos y obligaciones que crea el mismo, no deben afectar o repercutir a los legatarios; pues estos adquieren, por herencia-legado, solo determinados bienes en particular, a diferencia de los herederos a título universal, que adquieren toda la masa hereditaria en general.

Finalmente, respecto a los herederos de las partes contratantes, el principio de relatividad del contrato está consagrado, por la norma bajo análisis, como una regla general que admite, como única excepción; a los derechos y obligaciones que no son trasmisibles.

Esta excepción también encuentra fundamento o justificación en la lógica jurídica correspondiente. Así es, los derechos y obligaciones, que no son trasmisibles, por su naturaleza; sólo los titulares originarios los podían disfrutar o cumplir; y, por ello, no pueden, pues, ser adquiridos y asumidos por personas distintas a estos titulares, como son los herederos.

Sin embargo, respecto a los herederos de las partes contratantes, la norma bajo análisis consagra deficientemente el principio de relatividad del contrato. La deficiencia de la que adolece, al respecto, consiste en que establece, como única excepción, a este principio; los derechos y obligaciones que no son trasmisibles por su naturaleza.

Esta sanción limitativa, en cuanto a las posibles excepciones de este principio, respecto a los herederos de las partes contratantes; no es correcta, lo cual fue advertido por MANUEL DE LA PUENTE Y LAVALLE[694]. Ello porque, en realidad, son varias estas excepciones. Así es, esta norma no contempla otras más, que también son posibles de darse.

[694] *Ibidem*, p. 401.

Estas consisten en el pacto en contra por mandato legal, y en los derechos y obligaciones "*intuitu personae*"; todas las cuales se analizan, en este orden, seguidamente.

¿Se puede pactar en contra del artículo 1363 del Código Civil? La respuesta es sí, pero solo parcialmente. Ello se debe a que esta norma tiene una parte de orden público, por lo cual respecto de ella no es posible el pacto en contra; y tiene también una parte dispositiva, respecto de la cual sí es posible el pacto en contra.

La parte de orden público, que tiene esta norma, es la correspondiente a la aplicación, de este principio, a las partes contratantes. En efecto, esta aplicación, es de orden público; porque solo mediante la misma se puede obtener la necesaria Seguridad Jurídica que debe haber en la contratación o mercado. Pues de lo contrario, si se pudiera pactar en contra de esta aplicación; con ello se verían perjudicados los que nunca tuvieron participación en la misma, o sea se verían perjudicados los terceros; lo cual el Derecho no lo puede permitir.

En cambio, la parte dispositiva, que tiene esta norma; es la correspondiente a la aplicación, de la misma, a los herederos de las partes contratantes. Esta aplicación es dispositiva, y no de orden público; porque el pacto en contra, de la misma, no priva de Seguridad Jurídica a la contratación o mercado. Así es, si las partes contratantes pactan que los derechos y obligaciones contractuales no se trasmitan a los herederos de las mismas, a pesar que por su naturaleza sí son trasmisibles; ello no atenta en nada contra el orden público. Pues mediante este pacto se les está dando protección, a dichos herederos, frente a la eficacia contractual directa.

Por eso, se puede pactar parcialmente en contra del artículo 1363 del Código Civil, porque tal pacto en contra puede ser de la parte dispositiva de esta norma. Este pacto en contra es, por tanto, otra excepción más por la cual los efectos directos contractuales pueden no trasmitirse a los herederos de las partes contratantes. Esta excepción consiste, concretamente entonces, en una intrasmisibilidad convencional.

Otra excepción más, por la cual los efectos directos contractuales pueden no trasmitirse, a los herederos de las partes contratantes; se da por mandato legal.

Efectivamente, esta excepción se explica por sí sola. La ley puede establecer casos en los que, por considerar el legislador que así resulta conveniente para las partes contratantes; no se deben trasmitir, a sus herederos, los efectos directos contractuales.

Finalmente, otra excepción más, por la cual los efectos directos contractuales pueden no trasmitirse, a los herederos de las partes contratantes; consiste en los derechos y obligaciones "*intuitu personae*".

Como se sabe, estos son los derechos y obligaciones que tienen la calidad de personalísimos, o inherentes a la persona; porque son la consecuencia de que una de las partes contratantes, fue elegida como tal; por sus específicas cualidades personales. De tal manera que como estas cualidades no las tienen, sus herederos, a estos no se trasmiten los derechos y obligaciones que son los efectos directos contractuales directos. Por eso MANUEL DE LA PUENTE Y LAVALLE precisa al respecto que el sentido que debe darse, a la expresión "inherentes a la persona", quiere decir: "'En razón de la persona', o sea se refiere a los derechos y obligaciones que se asumen atendiendo a las calidades que ostenta la persona"[(695)].

VIII.2. Estudio casuístico del principio de relatividad del contrato

En el presente estudio casuístico se analiza un caso práctico, tipo examen, sobre el principio de relatividad del contrato. En tal virtud, es un caso práctico, extraído del ejercicio profesional, que utilicé para un examen universitario. Esto es, es de los que he incluido en los exámenes del curso de *Contratos*.

(695) *Ibidem*, p. 403.

Glassinter S.A. es una empresa especializada en la reparación de cristales y parabrisas con la técnica "cirugía de cristal". Con fecha 27 de junio esta empresa celebró un contrato con Interseguro, la cual es una empresa de seguros del grupo Interbank. En virtud de este contrato Glassinter S.A. se obligó, frente a Interseguro, a conceder a los asegurados de este un 10% de descuento en la retribución dineraria por el servicio de reparación de parabrisas. Por su parte, Interseguro no se obligó a nada frente a Glassinter S.S.

Asimismo, con fecha 4 de julio uno de los asegurados de Interseguro acordó con esta empresa que esta intentará conseguir que Glassinter S.A. le conceda un descuento de 30% a dicho asegurado en la retribución dineraria por el servicio de reparación de parabrisas; y que, en caso de no conseguirlo, Interseguro le pagará el monto correspondiente al 10% de esta retribución.

Aplicando las normas pertinentes del Código Civil, conteste fundamentadamente las siguientes preguntas:

1) ¿En el contrato celebrado entre Glassinter S.A. e Interseguro se ha cumplido con el principio de relatividad del contrato?
2) ¿En el contrato celebrado entre Interseguro y su asegurado se ha cumplido con el principio de relatividad del contrato?

VIII.2.1. Análisis y soluciones

1) De conformidad con lo establecido por el artículo 1363 del Código Civil, los contratos solo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos, salvo en cuanto a éstos si se trata de derechos y obligaciones no trasmisibles.

El contrato celebrado entre GLASSINTER S.A. e INTERSEGURO ha creado un derecho a favor de uno de los asegurados de este último (descuento de 10% de una retribución dineraria), el cual no es parte de este contrato.

Como este derecho es un efecto creado por este contrato, el cual afecta a un tercero respecto del mismo; en este contrato no se

ha cumplido entonces con el principio de relatividad consagrado en esta norma.

Este contrato es el Contrato en favor de Tercero, el cual es la única excepción al principio general contractual de la relatividad del contrato. VINCENZO ROPPO explica así el carácter excepcional de este contrato: "También los casos en los cuales el contrato atribuye al tercero simples posiciones creditorias serían entonces excepciones al principio: y el contrato a favor de tercero se presentaría entonces como figura que deroga el art. 1372[(696)]"[(697)]. Esta excepción se justifica por ser un contrato que favorece, y no perjudica, a un tercero.

2) Como en el contrato celebrado entre INTERSEGURO y su asegurado el primero se obligó a intentar conseguir que un tercero asuma una obligación frente al segundo y que, en caso contrario, el primero le pagará a este último una prestación sustitutoria; este contrato es entonces una Promesa de la Obligación o del Hecho de un Tercero, regulado en los artículos 1470 y siguientes del Código Civil.

De conformidad con lo establecido por esta norma, se puede prometer la obligación o el hecho de un tercero, con cargo de que el promitente quede obligado a indemnizar al otro contratante si el tercero no asume la obligación o no cumple el hecho prometido, respectivamente.

Como la interpretación literal de esta norma indica que mediante este contrato se puede crear una obligación a cargo de un tercero, ello podría llevar a pensar entonces que mediante este contrato no se cumple con el principio de relatividad del contrato.

---

(696) Norma del Código Civil italiano que consagra el principio de relatividad del contrato.

(697) ROPPO, "El contrato", cit., p. 530.

Sin embargo, esta no es la interpretación correcta de esta norma. Si bien la redacción de la misma es deficiente, porque literalmente indica que mediante este contrato se puede crear una obligación a cargo de un tercero, deficiencia que fue advertida por MANUEL DE LA PUENTE Y LAVALLE[698]; ello no es posible porque el principio de relatividad contractual, consagrado en el artículo 1363, no lo permite. Y este contrato no puede ser una excepción a este principio, como sí lo es el Contrato en favor de Tercero; porque el efecto que crea, para el tercero, no le es beneficioso sino perjudicial.

La correcta interpretación del artículo 1470 entonces es la interpretación lógica, porque es la Lógica Jurídica la que impone la aplicación inexorable del principio de relatividad del contrato; el cual no permite que un tercero pueda resultar perjudicado por los efectos que produce un contrato del cual no es parte. Por tal razón, mediante el contrato de Promesa de la Obligación o del Hecho de un Tercero, celebrado entre INTERSEGURO y su asegurado, sí se ha cumplido con el principio de relatividad del contrato.

(698) DE LA PUENTE Y LAVALLE, "El contrato en general", T. III, cit., pp. 270 y ss.

EPÍLOGO:

LOS FUNDAMENTOS DE LA NUEVA TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO.
LA REVIVISCENCIA SOCIAL Y ÉTICA DEL DERECHO CONTRACTUAL.
POR UN CONTRANÁLISIS ÉTICO Y SOCIAL DEL DERECHO CONTRACTUAL

LOS FUNDAMENTOS DE LA NUEVA *TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO*

"¿Qué es el contrato? ¿De dónde viene?
¿A dónde va? Tres interrogantes que
expresan, en la parquedad de unas
cuantas palabras, toda una problemática jurídica".

NÉSTOR DE BUEN LOZANO(699)

Con estas exactas e ilustrativas frases reflexivas, sobre la *Teoría General del Contrato*, inicié la presente obra doctrinaria en la que se estudia esta teoría. Y resulta que también es pertinente y necesario, tener que culminar esta obra, con las mismas certeras y evocadoras frases.

(699) DE BUEN LOZANO, "La decadencia del contrato", cit., p. 1.

Como se planteó en el primer capítulo de la presente obra doctrinaria, la contratación o mercado es o constituye siempre toda una problemática jurídica que, como tal, siempre ha requerido, por parte del Derecho, la solución jurídica correspondiente. Esta solución ha tomado siempre la forma de *Teoría General*, la cual ha variado sustancialmente desde el siglo pasado; porque los fundamentos o principios jurídicos contractuales, en que se sustenta, han evolucionado con el tiempo.

De tal manera que al haberse producido ya hace buen tiempo, la variación sustancial, de estos fundamentos o principios; lo que existe actualmente, en el Derecho, es concretamente una nueva *Teoría General del Contrato*; la cual, pues, es la que se debe estudiar y analizar, como parte general, en el Derecho Contractual. Esto es, lo que se debe estudiar, como lo que se conoce o identifica, como esta teoría general; son los fundamentos o principios jurídicos contractuales tal como ya han evolucionado actualmente. No hacerlo así, o sea no estudiar esta *teoría general*, de acuerdo a su significativa variación evolutiva actual; es, por tanto, caer en la ignorancia o atraso cultural jurídico.

Asimismo, en la *Introducción* de la presente obra doctrinaria se precisó también que en todos los capítulos de esta se explican y demuestran cómo son, o en qué consisten, actualmente; los fundamentos o principios en los que se sustenta la nueva *Teoría General del Contrato*.

La necesidad de ello consistió en que los fundamentos o principios con los que antaño se estudiaba la *Teoría General del Contrato*, eran entendidos de una manera clásica o tradicional; conforme a ciertas ideologías o corrientes de pensamiento que ya no mantienen vigencia o actualidad en la realidad socioeconómica y, por ende, para el Derecho moderno. Peor aún, uno de estos fundamentos era entendido de una manera totalmente errada; como consecuencia de un error histórico de traducción de los términos latinos mediante los cuales se identificaba a dicho fundamento en el Derecho Romano.

Así es, estos fundamentos concretamente son los principios generales contractuales de Obligatoriedad, Buena Fe, Patrimonialidad y Relatividad; los cuales ya no son entendidos y aplicados de la manera como fueron concebidos antiguamente. Estos principios, como fundamentos pilares en los que se sustenta el Derecho Contractual, han evolucionado significativamente durante todo el siglo pasado y en lo que va del presente siglo.

La evolución significativa, de estos principios generales contractuales, es lo que ha determinado, pues, que exista ya desde hace buen tiempo una nueva *Teoría General del Contrato*. Efectivamente, esta nueva teoría general contractual no es novedosa realmente, porque la doctrina y alguna codificación civil ya la ha estado destacando y aplicando desde hace más de medio siglo. Sin embargo, increíblemente aún es desconocida o ignorada por muchos operadores del Derecho, tanto nacionales como extranjeros.

Dentro de la doctrina, quien ha destacado significativamente la existencia de una nueva *Teoría General del Contrato*; es el célebre LOUIS JOSSERAND. Ello lo hace al denunciar que es una falacia la creencia común de que las obligaciones y, por ende, el contrato que es su fuente; gozan de un privilegio exclusivo, el cual es el de la unidad en el tiempo y en el espacio, en virtud del cual estas instituciones estarían constituidos por dogmas inmutables, o sea por verdades definitivas y universales(700). Y llega a esta conclusión porque sencillamente toma en cuenta la propia realidad del Derecho, la cual consiste en que este sigue siendo una ciencia social que, como tal, es una ciencia evolutiva(701). Ello lo ilustra evocando la realista frase de JEAN CRUET: "Un derecho indeformable no puede concebirse sino en una sociedad inmóvil"(702).

(700) JOSSERAND, Louis, "El desarrollo moderno del concepto contractual", La Ley, Año I - Nº 2 – marzo – abril de 1999, Buenos Aires, p. 185.

(701) *Ibídem.*

(702) Citado por JOSSERAND, "El desarrollo moderno del concepto contractual", cit., p. 185.

Lo cual lo traduce acertadamente JOSSERAND como: "Una sociedad inmóvil no puede concebirse en manera alguna porque, por su esencia misma, toda sociedad humana es un organismo en evolución incesante, en perpetuo devenir"(703).

En el presente *Epílogo*, o parte final de la presente obra doctrinaria, se recapitulan y enfatizan, a manera de conclusiones; las significativas evoluciones de estos principios generales contractuales; evoluciones que son las que han determinado, por tanto, la nueva *Teoría General del Contrato*.

Asimismo, como una necesaria y urgente proclama jurídica humanista, también se postula o invoca, en el presente *Epílogo*, o parte final de la presente obra doctrinaria; una reviviscencia social y ética del Derecho Contractual, frente al despropósito y desnaturalización de la *Teoría General del Contrato*, que implica la aplicación de la tendencia juseconómica a la misma. En tal virtud, lo que se proclama, mediante la presente obra doctrinaria, es la necesidad de realizar un contraanálisis social y ético del Derecho Contractual.

- *Precisión adicional necesaria sobre la nueva Teoría General del Contrato.*

Si bien, conforme a lo precisado en el ítem anterior, la nueva *Teoría General del Contrato* es la que se encuentra sustentada en los principios generales contractuales que han tenido una significativa evolución moderna; tal teoría es necesario precisarla aún más.

Ello se debe a que la nueva *Teoría General del Contrato*, o también identificada con los términos de "Nuevo Derecho de los Contratos"; se le suele conceptuar también como el efecto que produjo, como causa, el fenómeno conocido como "La crisis del contrato". Así es, doctrinariamente este fenómeno ha sido bastante denunciado

(703) JOSSERAND, "El desarrollo moderno del concepto contractual", cit., p. 185.

desde hace ya más de medio siglo. ENRICO GABRIELLI así lo refiere: "Un aspecto recurrente, que puede servir como dato unificador de las discusiones que se han desarrollado en tiempos recientes, es sin embargo la repetida denuncia de la 'crisis de la categoría del contrato', como figura y regulación general. Una crisis muchas veces invocada y diversamente motivada"(704).

Sobre esta crisis, tratando de responder a la pregunta de si es necesaria una reconstrucción de la teoría general, tradicional, del contrato; LUIS DIEZ PICAZO llega a varias conclusiones. Estas es necesario analizarlas porque algunas son incorrectas y su corrección va a servir para destacar la precisión adicional, necesaria, sobre la nueva *Teoría General del Contrato*.

La primera de ellas consiste en que "El mundo de la economía intervenida nos acostumbró a multitud de intervenciones estatales, que, según el modo común de entender las cosas, no atentaban a la esencia del concepto del contrato, por no aludir a las figuras de rígidas intervenciones administrativas en la distribución de bienes a través de sistemas de cupos"(705). Como se puede advertir, esta conclusión está referida al intervencionismo estatal, en la contratación o mercado; como la causante de la crisis del contrato. Sintetizándola, puede decirse que ella consiste en que solo el intervencionismo estatal rígido o severo, en la contratación o mercado; atenta contra la esencia del concepto de contrato. Esta conclusión es en parte correcta y en parte incorrecta.

La que es correcta es la parte final, en cuanto refiere que el intervencionismo estatal rígido, en la contratación o mercado; sí atenta contra la esencia del concepto de contrato. En efecto, el intervencio-

(704) GABRIELLI, Enrico, "Estudios sobre teoría general del contrato", Jurista Editores, Lima, 2013, p. 173.

(705) DIEZ PICAZO, Luis, "¿Una nueva doctrina general del contrato?", Ponencia presentada en el Congreso de Derecho de Contratos realizado en la Universidad de Zaragoza en noviembre de 1992, en Anuario de Derecho Civil, Madrid, 1993.

nismo estatal rígido o severo, en la contratación o mercado; es el correspondiente al régimen económico de Economía de Administración Centralizada; el cual es propio de los regímenes políticos socialistas y comunistas, en los cuales la contratación no se realiza mediante acuerdos auténticamente libres, porque es el Estado, y no los particulares, el que dirige totalmente la contratación o mercado.

Pero la parte en la que esta conclusión es incorrecta, es en cuanto a que de ella se deduce que, para dicho autor, el intervencionismo estatal leve o moderado; no atenta contra la esencia del concepto clásico y tradicional del contrato. Ello porque toda clase de intervencionismo estatal, en la contratación o mercado, contradice dicho concepto clásico; el cual es el concepto subjetivo e individualista, o liberal, del mismo. Así es, ello resulta del hecho de que dicho concepto se sustenta en el fundamento liberal del dogma de la voluntad; mediante el cual se impone, como efecto-principio, la inmutabilidad de los contratos.

Es así como resultó que el intervencionismo estatal en la contratación o mercado, que es leve o moderado, y se realiza para realizar protección del consumidor, mediante el régimen económico de Economía Social de Mercado; aportó el concepto objetivo y social de contrato, el cual contradice, pues, el concepto subjetivo e individualista, o liberal, del mismo.

Contradicción conceptual contractual que terminó haciendo que, en el Derecho Contractual, sea totalmente superado y reemplazado el concepto subjetivo e individualista, o liberal, del contrato; por el concepto objetivo y social del mismo. Ello ha demostrado, entonces, que sí hubo una "crisis del contrato", o "muerte del contrato". Sí, pero del contrato subjetivo e individualista o liberal.

Lamentablemente DIEZ PICAZO no formuló bien esta conclusión, sobre el intervencionismo estatal en la contratación o mercado; a pesar de que sí había llegado a apreciar bien la realidad socioeconómica subyacente. Tal realidad la expuso de la siguiente manera: "Es claro que

el contrato así reajustado dejaba de ser en puridad un contrato, porque había dejado de ser un precepto de autonomía privada y, por decirlo con palabras bruscas, se había convertido en una mezcla de elementos de autonomía privada con otros procedentes de la autoridad. (…) Las concepciones sociales e intervencionistas fueron poco a poco objetivando las vías de integración, sobre todo con deberes ex bona fide (v. g. el de no haber concurrencia del comprador de una empresa) que significaban también yuxtaponer a la autonomía privada reglas ajenas a ella"(706). Como se puede advertir, con estas apreciaciones, este autor verifica que, mediante el intervencionismo estatal en la contratación o mercado; el contrato ha dejado de ser puramente un contrato, pero ello de acuerdo al concepto subjetivo e individualista, o liberal, del mismo. Igualmente, como también verifica este autor, el concepto social e intervencionista, del contrato; por ser objetivo ha objetivado también la operación de integración del mismo.

Otra conclusión de este autor, que también es necesario analizar, es la siguiente: "En los años setenta y ochenta de este siglo, hemos asistido a un nuevo auge de la libertad económica, que ha supuesto un duro mentís para los augures de la decadencia o de la muerte del contrato. Estos años han dado lugar a un renacimiento esplendoroso de la figura central del contrato como instrumento básico de las relaciones económicas. Se ha consagrado como instrumento de la libre competencia y se ha ido produciendo la supresión de las regulaciones que coartaban la libertad contractual. (…) En los mismos años se ha ido produciendo la aparición de un conjunto de normas cuyo objetivo era la protección de los consumidores, categoría esta que viene a sustituir a la vieja de los llamados económicamente débiles"(707).

Como se puede advertir, estas otras apreciaciones de DIEZ PICAZO, sobre la *Teoría General del Contrato*; son contradictorias.

(706) *Ibídem.*

(707) *Ibídem.*

Ello porque en la primera destaca que, en un determinado tiempo (los años setenta y ochenta), hubo un renacimiento esplendoroso del contrato como instrumento básico de las relaciones económicas; lo cual significó un revés para los que habían presagiado la muerte o decadencia del mismo. Renacimiento que se dio mediante la supresión de las regulaciones que coartaban la libertad contractual.

Pero en su apreciación final destaca también que, en ese mismo tiempo, también se produjo la aparición de normas sobre protección de los consumidores. Como es harto conocido, esta clase de normas siempre limitan la libertad contractual o libertad de configuración interna; porque para poder realizar esta protección es necesario prohibir el pacto de ciertos contenidos contractuales, o modificar los mismos cuando estos ya han sido pactados antes de su prohibición. Ello resulta así porque la protección de los consumidores solo se puede conseguir corrigiendo la desigualdad que hay, en dichos contenidos; como consecuencia de la desigualdad económica de las partes contratantes (parte fuerte, empresa-parte débil, consumidores).

La subsanación o corrección de esta contradicción, incurrida por DIEZ PICAZO, sobre la *Teoría General del Contrato*; consiste en las siguientes precisiones sobre la misma: Hubo un renacimiento o nuevo nacer del contrato, sí; pero ya no con el concepto que se tenía antes del mismo, el cual era subjetivo e individualista o liberal; sino como un contrato con otro cariz o esencia conceptual, el cual es objetivo y social. Asimismo, este renacimiento del contrato, mediante la variación del concepto del mismo (de subjetivo y liberal a objetivo y social); no se dio mediante la supresión de las normas que coartaban la libertad contractual. Por el contrario, se dio mediante la dación de estas normas; porque la protección de los consumidores solo se puede realizar prohibiendo el pacto de ciertos contenidos contractuales, o modificando los mismos cuando estos ya han sido pactados antes de su prohibición. Todo lo cual, pues, concretamente consiste en la limitación de la libertad de configuración interna o libertad contractual.

Otra conclusión de DIEZ PICAZO, que también es necesario analizar, es la siguiente: "Es difícil saber si este principio de protección de los consumidores es neoliberal o es social-democrático"(708).

La primera parte de esta conclusión que es importante analizar, es la calificación como principio general, de la labor de protección de los consumidores. Esta calificación principista es correcta. Ello resulta del hecho de que esta labor sí es una regla superior de carácter programático que debe cumplir el Estado. Para el Derecho peruano ello es indubitable y, por ende, contundente; porque esta labor de protección está consagrada como deber del Estado en la Constitución (Artículo 65).

La otra parte de esta conclusión, que también es importante analizar, es en cuanto a si el principio de protección de los consumidores, de carácter constitucional para el Derecho peruano; forma parte del régimen económico neoliberal o del régimen económico social-demócrata. Ello realmente no es difícil saberlo, por lo cual se debe lamentar que este autor no lo haya averiguado. Lo habría hecho si es que, para la investigación de su ponencia que se está analizando,hubiera realizado estudios interdisciplinarios; tal como se ha hecho en la presente obra doctrinaria.

Así es, tal como se ha explicado en el subítem *Estudio económico. La utopía o fantasía de una contratación ideal, como óptimo paretiano, para justificar la prohibición del intervencionismo estatal en la contratación. La Economía Social de Mercado como el adecuado concepto de justicia económica para la contratación o mercado. El rechazo de la mitología neoliberal económica conformada por el Idola Fori o falso ídolo del mercado y de su mitología homóloga contractual conformada por el dogma de la voluntad y la inmutabilidad del contrato. La necesidad económica de un Estado Social en vez de un Estado Liberal o mínimo*; el neoliberalismo económico no permite ningún intervencionismo estatal en la contratación o mercado. Ello porque propone una posición extrema

(708) *Ibídem.*

sobre la participación del Estado en la contratación o mercado; la cual consiste en el "Estado mínimo" o "vigilante nocturno".

Por el contrario, el régimen económico social-demócrata, el cual no es otro que el de la Economía Social de Mercado[709]; tal como se ha explicado (Ver II.3.7.) sí permite el intervencionismo estatal en la contratación o mercado, con la finalidad de que el Estado realice protección de los consumidores.

- *El concepto objetivo y social del contrato como el válido concepto de contrato que identifica a la nueva Teoría General del Contrato. La Economía Social de Mercado como el régimen económico válido que también determina, o forma parte, de esta nueva teoría general.*

"La fuerza social del contrato reside hoy en la protección del contratante débil"

José Antonio Doral García[710]

"La sustancia de la democracia constitucional es el pacto de convivencia basado sobre la igualdad en droits, o sea el Estado Social más que Liberal, de Derecho; garantizado por las constituciones"

Luigi Ferrajoli[711]

No se va a repetir en este *Epílogo* la explicación correspondiente a todos los fundamentos, interdisciplinarios, que demuestran la validez del concepto objetivo y social del contrato; como el concepto que identifica a la nueva Teoría General del mismo. Tal explicación

(709) Este régimen económico también lo aplica y, por ende, se identifica, con el régimen económico social cristiano. Ello principalmente porque el mismo atiende los principios de la doctrina social de la Iglesia Católica.

(710) DORAL GARCÍA, José Antonio, "La concepción del contrato en el Derecho Europeo y su proyección en la Propuesta de Modernización", en *Derecho Privado Europeo y modernización del Derecho Contractual en España*, Klaus Jochen Albiez Dohrmann (Director)/María Luisa Palazón Garrido y María del Mar Méndez Serrano (Coordinadoras), Atelier, Barcelona, 2011, p. 131.

(711) FERRAJOLI, "Democracia y garantismo", cit., p. 27.

ya se hizo abundantemente en todos los capítulos de la presente obra doctrinaria.

Como se ha destacado en los ítems anteriores de este *Epílogo*, en la parte final de esta obra simplemente se reseñan todos los conflictos de ideas o conceptos, que han tenido que resolverse, para que se haya podido producir una nueva *Teoría General del Contrato*. Tales conflictos son de teorías, principios, corrientes filosóficas, jusfilosóficas, regímenes económicos; e ideologías políticas, cuyas soluciones se han traducido en los fundamentos en los que se sustenta dicha nueva teoría.

Concretamente dichos conflictos son los siguientes: Teoría Voluntarista –Teoría Normativista, Autonomía de la Voluntad/ Inmutabilidad del contrato– Autonomía Privada/Intervencionismo estatal o Mutabilidad del contrato, Jusnaturalismo –Positivismo, Economía de Libre Mercado– Economía Social de Mercado, Estado Liberal– Estado Social.

Fueron hasta cinco entonces los conflictos conceptuales que interdisciplinariamente tuvo que afrontar, la *Teoría General del Contrato*; cuyas soluciones motivaron, como inexorable consecuencia, que en el Derecho correspondiente, el Derecho Contractual; se haya tenido que admitir una nueva teoría que la reemplace o sustituya.

Las soluciones de todos estos conflictos, explicadas y demostradas ampliamente en la presente obra doctrinaria, finalmente determinaron lo que actualmente es la nueva *Teoría General del Contrato*. Tales soluciones, que concretamente son los fundamentos de esta nueva teoría; son específicamente las siguientes: Teoría Normativista, Autonomía Privada, Intervencionismo estatal o Mutabilidad del contrato, Positivismo, Economía Social de Mercado; y Estado Social.

Efectivamente, todos estos conceptos son los fundamentos, o principios generales, en los que se sustenta actualmente la nueva *Teoría General del Contrato*.

Son dos las pruebas que demuestran, contundentemente, estos fundamentos o principios generales. Una de ellas es legislativa y la otra doctrinaria.

Dentro de la prueba legislativa figura precisamente el Derecho peruano, porque las legislaciones que conforman el mismo adoptan estas soluciones o fundamentos.

Así es, empezando por la Constitución peruana, el artículo 43 adopta el modelo de Estado Social; y el artículo 58 adopta el régimen económico de Economía Social de Mercado. Como se aprecia, estas dos normas constitucionales son plenamente concordantes entre sí, porque ambas imponen el carácter social, y no individualista o liberal, para el Estado y el régimen económico mediante el cual se rige el mismo; respectivamente. No sucede así en cambio con el artículo 62, de la misma Constitución, el cual, al adoptar el régimen de Economía de Libre Mercado; no es concordante, sino totalmente incompatible; tanto con el artículo 43, como con el artículo 58, de la misma[712].

Asimismo, en el Código Civil peruano el artículo 1355 permite el intervencionismo estatal para la modificación del contrato; con lo cual consagra, como efecto-principio, la mutabilidad del mismo. Por tal razón, esta norma adopta entonces el principio de Autonomía Privada; y, con ello, la teoría normativista en la que este principio se sustenta.

La prueba doctrinaria que también demuestra que el concepto de contrato que identifica a la nueva *Teoría General del Contrato*, es el concepto objetivo y social, del mismo; son los abundantes textos, tanto de juristas como de especialistas de otras ciencias, que demuestran tal concepto; los cuales se han citado en esta obra.

---

[712] Por esta incompatibilidad, así como por los abundantes fundamentos interdisciplinarios demostrados en el Capítulo III, de la presente obra doctrinaria; el artículo 62 de la Constitución peruana es una norma inválida. Por ello, no debe ser aplicada por los órganos jurisdiccionales; inaplicación que ya la vienen haciendo los órganos legislativos (Congreso y Poder Ejecutivo mediante legislación delegada) al emitir leyes que sí modifican los contenidos contractuales con la finalidad de realizar protección de los derechos sociales de los consumidores.

Como un agregado o adenda, a dicha abundante doctrina; es útil y provechoso también tener en cuenta las citas doctrinarias que se utilizan como epígrafes del presente ítem.

En la primera de ellas, un gran jurista civilista europeo identifica al contrato mediante su concepto objetivo y social; proclamando que el carácter social, del mismo, consiste en la protección del contratante débil. Y como también se ha demostrado abundantemente en esta obra doctrinaria, para poder realizar esta protección es necesario legislativamente adoptar el principio de Autonomía Privada, el modelo de Estado Social; y el régimen de Economía Social de Mercado. Porque estos permiten modificar los contenidos contractuales para tal finalidad.

En la otra cita doctrinaria que se utiliza como epígrafe del presente ítem, uno de los mejores juristas constitucionalistas modernos consagra al Estado Social, despreciando al Estado Liberal; como lo esencial y, por ende, imprescindible, para que exista democracia constitucional. Así es, este régimen político, la democracia, solo puede darse o existir, de una manera plena o cabal; cuando el Estado que lo adopta es Social. Por el contrario, si el mismo es Liberal, entonces siempre se darán abusos de los fuertes sobre los débiles en la contratación o mercado; lo cual nunca será, por tanto, democrático, sino autoritario. Porque con ello se impondrá siempre, en la contratación o mercado, los poderes económicos que hay en este último; los cuales son, pues, de los fuertes (las empresas) en contra de los débiles (los consumidores).

Puede advertirse que con la proclamación contenida en esta cita doctrinaria, lo que se exige en realidad es una situación jurídica concreta y bien determinada, en cuanto al Estado y al régimen económico que debe regir al mismo. Esta situación es conocida doctrinariamente como el Constitucionalismo del Derecho Privado. JOSÉ ANTONIO NAVARRO FERNÁNDEZ así lo demuestra: "Algunos juristas (Ferrajoli, Häberle) reclaman un constitucionalismo del derecho privado con la finalidad de subordinar los poderes privados a la satisfacción de los

derechos de libertad y sociales, ya que los poderes privados son tan artificiales y peligrosos como el Estado. El Estado de Derecho hace 'aguas' porque el marco nacional-estatal se ha visto superado por los mercados que operan a nivel mundial. Por ello, dicen los reformistas, se trataría de rearticular de forma más compleja el Estado de Derecho fundado hasta ahora en la separación de la esfera pública y la privada. (…) En el fondo no se trata de otra cosa que desarrollar la tutela de los derechos fundamentales, tanto las libertades como los derechos sociales, sometiendo a control jurídico y democrático los poderes del mercado, desarrollando los postulados de la llamada economía social de mercado, tal y como sostiene Häberle"[713].

En efecto, es necesario subordinar los poderes privados a la satisfacción de los derechos sociales. Ello significa, entonces, que la satisfacción de los derechos sociales debe prevalecer sobre la satisfacción de los intereses individuales. Y para ello es necesario someter o controlar jurídicamente, mediante un régimen democrático, a los poderes del mercado o contratación. Lo cual se consigue, pues, imponiendo constitucionalmente la tutela o protección de los derechos sociales, mediante el régimen económico que correspondientemente existe para ello; el cual es el de la Economía Social de Mercado.

La Economía Social de Mercado es, por tanto, el régimen económico válido que también determina o forma parte de la nueva *Teoría General del Contrato*. Por eso ha sido acertada la adopción de este régimen, en la Constitución política peruana, en el artículo 58 de la misma.

Se guarda la firme esperanza de que, con lo aclarado, corregido y precisado, de manera interdisciplinaria en la presente obra doctrinaria;

---

[713] NAVARRO FERNÁNDEZ, José Antonio, "La modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos. Los juristas y las reformas en tiempo de Capitalismo Global", en Derecho Privado Europeo y modernización del Derecho Contractual en España", Klaus Jochen Albiez Dohrmann (Director)/María Luisa Palazón Garrido y María del Mar Méndez Serrano (Coordinadoras), Atelier, Barcelona, 2011, p. 33.

los operadores del Derecho ya no incurran en la ignorancia de invocar los conceptos o fundamentos de la antigua *Teoría General del Contrato*. Tales fundamentos son los de Autonomía de la Voluntad, Jusnaturalismo, contrato individualista o liberal, Economía de Libre Mercado/ Inmutabilidad del contrato; y Estado Liberal; todos los cuales ya son desfasados, "decimonónicos", o sea anacrónicos. Así es, pertenecen al pasado y, por ello, no son los conceptos modernos que forman parte de la nueva *Teoría General del Contrato*. Una de las pruebas contundentes de ello es, como se ha precisado en este ítem, que la legislación peruana no adopta o toma en cuenta a estos conceptos o fundamentos.

- *La plena vigencia del principio de obligatoriedad del contrato frente a su pretendida modificación por parte de la tendencia juseconómica. La reviviscencia ética y social del Derecho Contractual. Por un contraanálisis ético y social del Derecho Contractual.*

"Por efecto de la globalización, el contrato, en lugar de la ley, tiende a colocarse como el paradigma dominante de la regula iuris. Pero, ¿qué modelo de contrato? El contrato de la economía y de la sociedad globalizadas es un contrato en el cual el valor de la flexibilidad prima sobre los valores de la certeza y la estabilidad. Un modelo contractual que se inclina peligrosamente hacia el extremismo del ala radical del análisis económico del derecho que –siguiendo una vieja sugestión de Oliver W. Holmes– teoriza el incumplimiento 'eficiente' (efficient breach), o hace derivar del contrato no obligaciones de cumplimiento, sino poderes de elección entre cumplimiento e incumplimiento/resarcimiento; plantea la opción entre respeto y violación del contrato en un terreno de indiferencia axiológica; y la reduce a apreciaciones de pura conveniencia económica, privilegiando la solución que garantice la 'mejor' colocación de los recursos. En síntesis, un modelo de contrato cada vez menos tributario a la idea del vínculo, a la inviolabilidad del pacta sunt servanda, a la metáfora de la 'fuerza de la ley'; es decir, un modelo de contrato cada vez menos adherido al paradigma de la norma, según lo entendemos tradicionalmente"

VINCENZO ROPPO(714)

(714) ROPPO, VINCENZO, "El contrato del dos mil", Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, pp. 18-19.

El tema materia de este ítem no se ha estudiado en ninguno de los capítulos de la presente obra doctrinaria, por lo cual es necesario estudiarlo ampliamente en el mismo.

Como lo denuncia VINCENZO ROPPO en la cita doctrinaria que se usa como epígrafe, de este ítem; la tendencia juseconómica ha pretendido modificar el concepto del principio de obligatoriedad del contrato.

Tal pretensión de modificación ha consistido en, como precisa ROPPO, quitarle al concepto de contrato los valores de certeza y estabilidad; para reemplazarlos por el valor de la flexibilidad. ¿Y cuál es el fundamento en el que la tendencia juseconómica sustenta esta pretensión de modificación? Pues el concepto del "incumplimiento eficiente" del contrato.

Como se puede colegir, mediante este concepto juseconómico se trastoca o desnaturaliza el concepto de obligatoriedad del contrato y, con ello, el concepto de este acto jurídico; porque la obligatoriedad es uno de los efectos jurídicos esenciales que produce el mismo. En tal virtud, la obligatoriedad es un efecto que caracteriza al contrato y, por ello, que determina parte importante de su teoría general. Es por eso que la investigación jurídica, contenida en la presente obra doctrinaria, ha exigido que se le haya tenido que dedicar varios capítulos de la misma; los cuales son los tres primeros en los que, con un contenido interdisciplinario, se ha demostrado cómo ha sido la evolución de dicho principio.

El trastocamiento y desnaturalización, que produce el fundamento juseconómico del incumplimiento eficiente del contrato, al concepto del mismo; consiste, como también precisa ROPPO, en que mediante ello se conceptúa que el contrato no produce en realidad obligaciones de cumplimiento, sino solo poderes de elección. Ello resulta del hecho de que, mediante dicho fundamento de incumplimiento, jurídicamente se pretende dar a elegir, a las partes contratantes; entre cumplimiento o incumplimiento y resarcimiento.

Con una conceptuación como esta, como puede colegirse, las partes contratantes ya no se sentirán obligadas a cumplir sus obligaciones; sino que, por el contrario, se sentirán libres de especular si deben cumplirlas o no cumplirlas. ¿Cómo queda entonces la obligatoriedad del contrato, como principio esencial del mismo, si se admite jurídicamente este concepto?

Pues simplemente queda totalmente superado y, por ende, descartado como principio general o regla superior del Derecho Contractual. Esto es, queda como una fórmula que ya no tiene ningún valor jurídico y, por ello, como un fundamento en el que ya no se sustenta la *Teoría General del Contrato*. Claro, se podrá decir en defensa de este concepto juseconómico que en la práctica, en la contratación o mercado; las partes contratantes aplican o ejercen el mismo porque si se dan cuenta que económicamente les conviene más incumplir un contrato, en vez de cumplirlo; pues simplemente optan por esto último.

Sin embargo, se debe tener en cuenta que este resultado "eficiente", consistente en optar por el incumplimiento y resarcimiento, en vez de por el cumplimiento; solo podrá darse cuando la otra parte contratante decida preferir el resarcimiento en vez de exigir el cumplimiento.

Así es, ello se debe a que la *Teoría General de las Obligaciones* indica que uno de los efectos propios, de las mismas, es la Ejecución Forzada. Como se sabe, esta consiste en que, ante el incumplimiento del deudor, el acreedor puede demandarlo judicialmente para obtener forzadamente el cumplimiento de la obligación (Artículo 1219, inciso 1, del Código Civil).

Pues bien, si frente al incumplimiento la parte cumplidora decide ejercer la Ejecución Forzada de la obligación incumplida y, con ello, no aceptar el incumplimiento y resarcimiento, por los cuales ha optado "eficientemente", la parte incumplidora; sencillamente este resultado "eficiente" no podrá darse.

En efecto, supóngase como ejemplo la Compraventa de un inmueble que el vendedor ha decidido incumplir "eficientemente", porque después de su celebración recibió una oferta por un precio mucho mayor al que ya vendió dicho inmueble. Si el comprador decidió ejecutar judicialmente el cumplimiento de la obligación incumplida porque, "eficientemente" también, le es muy conveniente adquirir el inmueble por las proyecciones de utilidad o renta que tiene por el mismo, o porque simplemente, si es una casa-habitación, ese es el lugar en el que, con su familia, ha decidido para vivir; con ello habrá decidido también rechazar el incumplimiento y resarcimiento que el vendedor le haya ofrecido.

El "incumplimiento eficiente" no es, por tanto, un fundamento infalible en cuanto a la finalidad o resultado que persigue. Esto es, no es un fundamento que, como causa, otorgue la seguridad de obtener el efecto que, mediante la misma, se pretende conseguir. Por tal razón, el "incumplimiento eficiente" no es en absoluto sinónimo de que siempre, el incumplimiento, sea "eficiente".

Todo lo contrario, como también lo ha precisado VINCENZO ROPPO en la cita doctrinaria que se usa como epígrafe, de este ítem; el "incumplimiento eficiente" plantea una opción totalmente inmoral, antiética, por lo cual no puede ser admitido nunca como uno de los fundamentos en los que se sustente la *Teoría General del Contrato*. Porque es una opción entre el respeto y la violación, del contrato, todo por razones de indiferencia axiológica o de valores éticos; pretendiendo reducir con ello al Derecho Contractual a apreciaciones de pura conveniencia económica, en las que se privilegia solo la solución que garantice la mejor asignación de los recursos.

Así es, la opción que plantea el Análisis Económico del Derecho, mediante el fundamento del "incumplimiento eficiente"; es manifiestamente inmoral porque las alternativas de la misma concretamente son: "Cumplir el contrato porque es lo moralmente correcto, o no cumplirlo cuando el cumplimiento, con su contenido moral, cuesta caro" (¡!).

Esta inmoral y, por ende, deshumanizante pretensión juseconómica para el Derecho Contractual; es otra situación más que demuestra la incompatibilidad que tiene, el Análisis Económico del Derecho, con la Ética. Por ello, esta incompatibilidad se debe combatirla siempre mediante una reviviscencia ética y social de este Derecho. Y esto exige, por tanto, desarrollar siempre, en la investigación jurídica, un contranálisis ético y social del Derecho Contractual; lo cual se ha venido haciendo a lo largo de la presente obra doctrinaria(715).

Es por ello que el principio de obligatoriedad del contrato ("*Pacta Sunt Servanda*") mantiene su vigencia y validez, como uno de los fundamentos en los que se sustenta la nueva *Teoría General del Contrato*. El fundamento del "incumplimiento eficiente" es, por tanto, otro lamentable y fallido intento juseconómico por "cuadricular" el Derecho mediante variables económicas. O como lo ha destacado para la posteridad MARTHA NUSSBAUM: "Un proyecto consagrado a representar las complejidades de la vida humana en 'forma tabular'"(716).

Como se puede advertir, lo explicado en este ítem solo es un complemento, o añadido, al rechazo o repudio, académico, que magistralmente ha hecho ya, en la última de sus obras citadas, VINCENZO ROPPO. Como todos los auténticos investigadores sobre Derecho Contractual saben, este es uno de los mejores juristas modernos especializados en Derecho Contractual. Su vasta y consagrada producción

(715) Estos precisos y contundentes conceptos de "reviviscencia ética y social" y "contraanálisis ético y social", para ser aplicados al Derecho Contractual; los he tomado del magistral artículo antieconomicista, cuya lectura se recomienda para seguir conociendo la incompatibilidad ética de la que adolece el Análisis Económico del Derecho; titulado: "Reviviscencia ética y social del Derecho Mercantil. La incompatibilidad ética del Análisis Económico del Derecho. Por un contraanálisis ético y social del Derecho", Juan Ignacio FONT GALÁN, *Revista Peruana de Derecho y Literatura,* Nº 5, Lima, 2010, pp. 239 y ss.

(716) NUSSBAUM, "Justicia poética", cit., p. 25.

doctrinaria sobre el tema así lo acredita[717]. Es por ello que sus opiniones son de las más autorizadas y reconocidas en esta materia.

Así es, VINCENZO ROPPO es miembro, por Italia, de la prestigiosa asociación internacional de juristas *ASSOCIATION HENRI CAPITANT DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE FRANCAISE*; de la cual también es miembro, por el Perú, el autor de esta obra, y como también lo fue MANUEL DE LA PUENTE Y LAVALLE, quien fuera doctrinariamente el mejor especialista peruano en Derecho Contractual. De esta relación de auténticos juristas contractualistas se aprecia, como característica principal y ejemplar, de los mismos; su total rechazo u oposición a la tendencia juseconómica[718].

Por eso, como último complemento al rechazo o repudio, que jurídicamente este jurista ha hecho, al fundamento juseconómico del "incumplimiento eficiente"; invoco también en el mismo a otro gran jurisconsulto: **MARCO TULIO CICERÓN.** Una de sus grandes máximas o sentencias es: **"*Fundamentum Justitiae est Fides*"**[719] **("*El fundamento de la justicia es la fidelidad*").**

Pues bien, esta máxima o sentencia jurídica se puede aplicar también para demostrar la plena vigencia y validez, del principio de obligatoriedad del contrato; frente a su pretendido trastocamiento y desnaturalización por parte del fundamento juseconómico del "incumplimiento eficiente". Tal aplicación arroja la siguiente otra máxima o sentencia jurídica contractual: "Los contratos son obligatorios y deben cumplirse porque así lo exige la justicia y moralidad del contrato, expresada en la fidelidad que se deben las partes del mismo".

---

(717) Una de ellas es su tratado "El contrato", recientemente traducido y editado en el Perú, el cual ha sido bastante citado en la presente obra doctrinaria (Gaceta Jurídica, Lima, 2009).

(718) Para conocer el rechazo u oposición al Análisis Económico del Derecho, de Manuel DE LA PUENTE Y LAVALLE, véase su artículo: "¿Por qué se contrata?", R*evista Peruana de Derecho y Literatura,* N° 2, 2007, pp. 335 y ss.

(719) CICERÓN, "Los Oficios", cit., p.168.

- *El concepto objetivo de Buena Fe como el auténtico principio general del Derecho que es uno de los fundamentos de la Teoría General del Contrato.*

Si bien en la presente obra doctrinaria no se ha dedicado un capítulo al estudio de la Buena Fe, como principio contractual general; ello no debe llevar a pensar que no se le considere, a este principio, como uno de los fundamentos en los que se sustenta la nueva *Teoría General del Contrato*. Por supuesto que sí lo es. Lo que pasa es que se le ha tenido que estudiar en el primer Capítulo, paralelamente al estudio del principio de obligatoriedad del contrato; porque la doctrina moderna está postulando que se le vuelva a considerar como el principio general en el que se sustenta esta obligatoriedad.

Debe precisarse también, asimismo, que el estudio del principio de la Buena Fe, que se ha realizado en el segundo Capítulo; solo se ha limitado al análisis del mismo como posible principio que sustente la obligatoriedad del contrato. En tal virtud, dicho análisis no es un estudio completo de la Buena Fe como principio contractual general. Tal estudio realmente exige dedicar toda una obra doctrinaria o libro, en particular, sobre este principio como regla superior contractual; lo cual excede los límites o alcances de la presente obra doctrinaria.

Como se ha demostrado en el primer Capítulo de la presente obra doctrinaria, erradamente existen dos conceptos de Buena Fe en el Derecho; los cuales son el objetivo y el subjetivo.

Pero solo uno de estos conceptos de Buena Fe es el que, de manera válida y correcta, califica como uno de los principios generales en los que sustenta la *Teoría General del Contrato*. Tal concepto de Buena Fe es el concepto objetivo y no el subjetivo.

Ello porque el concepto objetivo de Buena Fe consiste en deberes de conducta (lealtad, honestidad, confianza) que son calificadas, en conjunto, como una regla superior; no solo del Derecho Contractual en particular, sino del Derecho en general. En cambio, el concepto

subjetivo de Buena Fe, por ser una situación mental de creencia o ignorancia, respecto a una situación jurídica; solo es un requisito legal para la adquisición o ejercicio de ciertos derechos para las personas que se encuentran en dicha situación (la *Usucapion* corta, la nulidad de matrimonio por la causal de bigamia).

Por tal razón, la aplicación correcta de la nueva *Teoría General del Contrato* se va a dar siempre mediante la aplicación, a su vez, del concepto objetivo de Buena Fe. Por ello, se debe erradicar, de dicha teoría, el concepto subjetivo de Buena Fe; cuya falsa identificación como principio se debió al error histórico de traducción, del latinazgo "*Bona Fides*"; que cometieron los canonistas.

Así es, el término latino "*Fides*" no significa "Fe" o "Creencia"; sino "Fidelidad".

- *Dos clases de patrimonialidad que se deben siempre diferenciar para determinar la patrimonialidad contractual: La patrimonialidad económica y la patrimonialidad jurídica.*

La patrimonialidad económica, entendida como el concepto simple de valorización dineraria de las conductas, es un concepto estrictamente económico. Porque este concepto de patrimonialidad solo aporta o indica un dato o información de este carácter: económica.

Por tal razón, la patrimonialidad económica no es el criterio correcto para determinar la patrimonialidad que, para el Derecho, tienen las conductas que, por ello, califican como prestaciones. Y, por ende, tampoco es el criterio correcto para determinar la patrimonialidad contractual; esto es, la patrimonialidad de los acuerdos (contratos) que crean las conductas.

Es necesario entonces contar con un criterio que jurídicamente, o sea para el Derecho, sirva para determinar la patrimonialidad contractual. Por eso tal criterio, para diferenciarlo del criterio de la

patrimonialidad económica, es necesario y útil denominarlo Patrimonialidad Jurídica.

En efecto, no es importante saber lo que es patrimonial para la Economía; sino lo que es patrimonial para el Derecho.

La Patrimonialidad Jurídica es un criterio objetivo y no subjetivo. Ello es necesariamente así, porque mediante este criterio se realiza la operación de calificación jurídica institucional (se califican conductas como prestaciones); la cual la determina el pueblo o la sociedad, en su conjunto, y no aislada o separadamente las partes de cada contrato en particular. Siendo además que las situaciones de producción y calificación jurídicas, objetivas, de las instituciones y situaciones jurídicas, que conforman el Derecho; no fue en realidad un descubrimiento del Derecho Romano, sino de la antigua Grecia a través del filósofo presocrático PROTÁGORAS. Descubrimiento que jurídicamente fue afianzado después, en dicho Derecho, por el jurisconsulto romano ULPIANO.

- *La relatividad del contrato como un principio contractual derivado del principio general de Seguridad Jurídica.*

Modernamente a la relatividad contractual se le entiende como un principio general que deriva, o es consecuencia o aplicación, del principio de Seguridad Jurídica; el cual es un principio general del Derecho. Esto es, actualmente se considera que el fundamento en el cual se sustenta, este principio contractual; es la Seguridad Jurídica y no la Autonomía Privada.

La problemática jurídica que genera el principio de relatividad del contrato no está relacionada con la causa de este principio, sino con los efectos del mismo. Ello se debe a que la determinación del fundamento de este principio no es en realidad tal problemática; porque esta consiste concretamente en la especificación de los efectos jurídicos que afectan solo a las partes contratantes y no a los terceros.

Por tal razón, la problemática jurídica que genera el principio de relatividad del contrato consiste concretamente en la especificación de los efectos jurídicos que afectan solo a las partes contratantes, y no a los terceros.

- *El concepto objetivo y social del contrato como el nuevo paradigma contractual que identifica a la Teoría General del Contrato. La protección jurídica del consumidor como el régimen jurídico que orienta o guía esta identificación*

Finalmente, los fundamentos o principios generales, en los que se sustenta la nueva *Teoría General del Contrato*, demuestran, pues, que esta teoría general está dominada por un nuevo modelo o paradigma del contrato; el cual es el contrato objetivo y social. Y sobre el mismo, como indica su nombre, por razones sociales, se realiza siempre intervencionismo estatal. Por eso es que con mucho acierto VINCENZO ROPPO advierte que este modelo o paradigma contractual se refleja como: "Un contrato cada vez más sujeto a controles sobre el equilibrio de prestaciones, en sentido no solo normativo sino también genuinamente económico"(720).

Asimismo, como se ha demostrado a lo largo de la presente obra doctrinaria, este nuevo modelo o paradigma contractual, o nueva *Teoría General del Contrato*, que se identifica con el contrato objetivo y social; se caracteriza principalmente por tener como norte, o sea como guía u orientación, concretamente a la protección de los derechos sociales de los consumidores.

Esto es, hay una nueva *Teoría General del Contrato*, porque ha sido necesario sustituir a la antigua; para consolidar como finalidad o resultado, de esta teoría general, la protección jurídica del consumidor. Pues esta protección jurídica se encuentra consagrada ya, no como un principio general de esta teoría general; sino como un prin-

(720) ROPPO, "El contrato del dos mil", cit., p. 62.

cipio general del Derecho. Esta situación se encuentra corroborada por la doctrina contractualista moderna. Así, MIGUEL PASQUAU LIAÑO refiere al respecto que: "La protección del contratante consumidor está bien asentada ya, como principio, en la cultura jurídica de nuestro tiempo"(721).

Por eso deseo terminar la presente obra doctrinaria, con las siguientes palabras de uno de los mejores exponentes de la doctrina contractualista moderna, **VINCENZO ROPPO**; mediante las cuales identifica acertadamente, a esta guía u orientación, o sea a la protección jurídica, de estos derechos sociales; como el régimen jurídico en especial que determina el nuevo paradigma contractual o nueva *Teoría General del Contrato*: "***Uno de los regímenes más significativos para la definición del nuevo paradigma contractual es el régimen de los contratos entre consumidores y profesionales***"(722).

(721) PASQUAU LIAÑO, Miguel, "De la protección del consumidor a la reforma del derecho común de la contratación", en *El Contrato: Apuntes para una revisión. Principios y reglas ante el mercado, la política y el conflicto*, Beatriz AÑOVEROS TERRADAS y Sergio LLEBARÍA SAMPER (Coordinadores) Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2016, p. 267.

(722) ROPPO, "El contrato del dos mil", cit., p. 62.

BIBLIOGRAFÍA

1. ALEGRE GORRI, Antonio, "Estudios sobre los presocráticos", Anthropos, Barcelona, 1990.
2. ALEXY, Robert, "La institucionalización de la justicia", Comares, Granada, 2010.
3. ALEXY, Robert, "Teoría de los derechos fundamentales", Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.
4. ALFARO AGUILA-REAL, Jesús, "Las condiciones generales de la contratación", Civitas, Madrid, 1991.
5. ALPA, Guido, "Presentación", del libro "El negocio jurídico", Giovanni Battista FERRI, Ara, Lima, 2002.
6. ALPA, Guido, "La interpretación económica del Derecho", en *Estudios sobre la Responsabilidad Civil*, Ara, Lima, 2001.
7. ARELLANO, Rolando, "Big Brother", diario "El Comercio", Lima, 29-6-15.
8. ARENDT, Hannah, "La condición humana", Paidós, Barcelona, 2005.
9. ARENDT, Hannah, "Existencialismo y compromiso", RBA, Barcelona, 2013.
10. ARISTÓTELES, "Ética a Nicómaco".

11. ARNSPERGER, Christian; VAN PARIJS, Philippe; "Ética económica y social. teorías de la sociedad justa", Paidós, Barcelona, 2002.

12. ASENSI SABATER, José, "Origen e historia del Estado Social", en *Lecciones sobre Estado Social y Derechos Sociales*, Albert NOGUERA FERNÁNDEZ y Adoración GUAMÁN HERNÁNDEZ (Compiladores), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

13. AUBERT, Jean-Luc; LECLERCQ, Pierre; "El efecto de las convenciones con respecto a los terceros. Exposición de Motivos", en *Del contrato, de las obligaciones y de la prescripción. Anteproyecto de reforma del Código Civil francés. Libro III, títulos III y XX*, Universidad Externado de Colombia, Lima, 2006.

14. AZORÍN, "Marea Roja", en *Tiempos y cosas*, Salvat Editores S.A., Colección Biblioteca Básica, Nº 76, Madrid, 1970.

15. BACHOF, Otto, "¿Normas constitucionales inconstitucionales?", Palestra, Lima, 2008.

16. BALDASSARRE, Antonio, "Los derechos sociales", Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004.

17. BALLESTEROS, Jesús, "Sobre el sentido del derecho", Tecnos, Madrid, 2007.

18. BARBERIS, Mauro, "Ética para juristas", Trotta, Madrid, 2008.

19. BAROJA, Pio, "Aurora roja".

20. BARRY, Brian, "La justicia como imparcialidad", Paidós, Barcelona, 1997.

21. BARTHES, Roland, "Mitologías", Siglo XXI Editores, México D.F., 2002.

22. BENEDICTO XVI, "Caritas in Veritate. Sobre el Desarrollo Humano Integral en la caridad y en la verdad", Documento Pontificio o Carta Encíclica, Paulinas-Epiconsa, Lima, 2009.

23. BENÍTEZ CAORSI, Juan, "La revisión del contrato", Temis, Bogotá, 2010.

24. BENÍTEZ CAORSI, Juan, "Solidaridad contractual", Unijus-Reus, Zaragoza, 2013.

25. BERLIN, Isaiah, "La traición de la libertad", Fondo de Cultura Económica, México D. F., 2006.

26. BERLIN, Isaiah, "Dos conceptos de libertad y otros escritos", Alianza Editorial, Madrid, 2001.

27. BERNAL PULIDO, Carlos, "Presentación" del libro "Proporcionalidad y constitucionalismo. Un enfoque comparativo legal", STONE SWEET, Alec; MATTHEWS, Jud; Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013.

28. BETTI, Emilio, "Teoría general del negocio jurídico", Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959.

29. BETTI, Emilio, "Teoría general de las obligaciones", T. I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969.

30. BETTI, Emilio, "Interpretación de la ley y de los actos jurídicos", Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1975.

31. BIANCA, Massimo, "Derecho Civil", T. 3, "El Contrato", Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007.

32. BIGIO CHREM, Jack, "Manuel de la Puente y Lavalle, el jurista peruano de los contratos", en *Nuevas Tendencias del Derecho Contractual-Libro Homenaje a Manuel de la Puente y Lavalle*, GRUPO PERUANO DE LA ASOCIACIÓN HENRI CAPITANT, Lima, s/f.

33. BIGLIAZI GERI, Lina; BRECCIA, Umberto; BUSNELLI, Francesco; NATOLI, Ugo; "Derecho Civil", T. I, V. 2, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995.

34. BLANCO, Francisco, "La economía social demócrata. Crisis y globalización", Tecnos, Madrid, 2014.

35. BLOCH, Ernest, "Derecho natural y dignidad humana", Dykinson, Madrid, 2011.

36. BOBBIO, Norberto, "Teoría general del Derecho", Temis, Bogotá, 2013, p. 186.

37. BODENHEIMER, Edgar, "Teoría del Derecho", Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1997.

38. BÖHMLER, Andreas Alfred, "El ideal cultural de liberalismo. La filosofía política del ordo-liberalismo", Unión Editorial, Madrid, 1998.

39. BUCHANAN, James, "Los límites de la libertad. Entre la anarquía y el Leviatán", Liberty Fund-Katz, Madrid, 2013.

40. BULYGIN, Eugenio, "Creación Judicial del Derecho", en *Problemas lógicos de la teoría y práctica del Derecho*, BULYGIN, Eugenio/ ATIENZA, Manuel/BAYÓN, Juan Carlos, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009.

41. BÜLLESBACH, Alfred, "Enfoques de Teoría de Sistemas", en *El Pensamiento Jurídico Contemporáneo*, Editorial Debate, Madrid, 1992.

42. CALSAMIGLIA, Albert, "Pospositivismo", en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Nº 21, Alicante, 1998.

43. CALSAMIGLIA, Albert, "Justicia, Eficiencia y Optimización de la Legislación", en *Racionalidad y Eficiencia del Derecho*, Distribuciones Fontamara, México D. F., 2003.

44. CALSAMIGLIA, Albert, "Un egoísta colectivo. Ensayo sobre el individualismo según Gauthier", en *Racionalidad y Eficiencia del Derecho*, Distribuciones Fontamara, México D. F., 2003.

45. CAPELLA, Juan Ramón, "Fruta prohibida. Una aproximación histórico-teorética al estudio del derecho y del estado", Trotta, Madrid, 2008.

46. CAPELLA, Juan Ramón, "Elementos de análisis jurídico", Trotta, Madrid, 2006.

47. CAPOGRASSI, Giuseppe, "Il problema della scienza del diritto", Giuffrè, Milán, 1962.

48. CAPOGRASSI, Giuseppe, Prólogo del libro "La certeza del diritto", Flavio LÓPEZ DE OÑATE, Giuffrè, Milán, 1968.

49. CARBONNIER, Jean, "Droit Civil", T. 4, "Las obligaciones", Presses Universitaires de France, París, 1979.

50. CARDONA, Francesc LL., "Mitología romana", Brontes S.L., Barcelona, 2008.

51. CARNELUTTI, Francesco, "Teoría general del derecho", Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1995.

52. CASSIRER, Ernest, "Antropología filosófica", Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1999.

53. CASTELLANOS, Danilo, "Libertad y Derecho Natural", en *Cuestiones Fundamentales de Derecho Natural*, Marcial Pons, Madrid, 2009.

54. CASTELLANO, Danilo, "Orden ético y derecho", Marcial Pons, Madrid, 2010.

55. CASTORIADIS, Cornelius, "La racionalidad del capitalismo", en *Figuras de lo pensable*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2006.

56. CASTORIADIS, Cornelius, "Lo imaginario: La creación en el dominio historicosocial", en *Los Dominios del Hombre*, Gedisa, Barcelona, 2005.

57. CICERÓN, Marco Tulio, "Los Oficios", en *Tratados Morales de Cicerón y Séneca*, traducción de Menéndez Pelayo, M. de Balbuena y Gallegos Roca Full, Cumbre, México D.F., 1977.

58. CIMBALI, Enrico, "La funzione sociale de contratti a la causa giuridica della loro forza obligatoria" en *Archivo Giuridico di Diritto* da Filippo Serafini, Vol. XXXIII, 1884.

59. COMTE SPONVILLE, André, "Diccionario filosófico·, Paidós, Barcelona, 2005.

60. CORNU, Gérard, "Introducción" del libro "Del contrato, de las obligaciones y de la prescripción. Anteproyecto de reforma del Código Civil francés. Libro III, títulos III y XX", Universidad Externado de Colombia, Lima, 2006.

61. CORTÉS RODAS, Francisco, "Justicia y exclusión", Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2007.

62. CORTINA, Adela, "Alianza y contrato", Trotta, Madrid, 2005.

63. CRUZ PARCERO, Juan Antonio, "El lenguaje de los derechos. Ensayo para una teoría estructural de los derechos", Trotta, Madrid, 2007.

64. CRUZ PARCERO, Juan Antonio, "Los Derechos Sociales como técnica de protección jurídica", en *Derechos Sociales y derechos de las minorías*, Miguel CARBONELL, Juan Antonio CRUZ PARCERO, Rodolfo VÁSQUEZ (Compiladores), Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 2000.

65. DASGUPTA, Partha, "Libertad positiva, mercados y estado de bienestar", Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004.

66. DE AQUINO, Santo Tomás, "Tratado de la ley", en *Tratado de la Ley. Tratado de la Justicia. Gobierno de los Príncipes*, Porrúa, México D. F., 2004.

67. DE BEAUVOIR, Simone, "El existencialismo y la sabiduría de los pueblos", Edhasa, Barcelona, 2009.

68. DE BUEN, Demófilo, "Ensayo sobre el concepto del contrato. Primera Parte: Problemática del concepto", Boletín del Instituto de Legislación Comparada y Derecho Internacional, Nº 1, Panamá, 1944.

69. DE BUEN LOZANO, Néstor, "La decadencia del contrato", Porrúa, México D.F., 2004.

70. DE COSSÍO, "Instituciones de derecho civil", T. I, Alianza Editorial, Madrid, 1975.

71. DEFOE, Daniel, "Robinson Crusoe".

72. DE JASAY, Anthony, "Un análisis del Socialismo de Mercado: 'Este círculo cuadrado'", en *Libertas*, Edición semestral de ESEADE, Nº 14, mayo de 1991, Buenos Aires.

73. DE RUGGIERO, Roberto; MAROI, Fulvio; "Instituciones de derecho privado", V. II, Casa Editorial Giuseppe Principato, Milan-Mesina, 1947, p. 1-5, (Cita traducida por Leysser León Hilario).

74. DEL VECCHIO, Giorgio, "Filosofía del Derecho", Bosch, Barcelona, 1980.

75. DEMOLOMBE, Charles, "Cours de Code Napoleon, T. XXIV, Durand-Hachette, Paris, 1870.

76. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, "¿Por qué se contrata?", en *Revista Peruana de Derecho y Literatura*, Nº 2, Lima, 2007.

77. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, "El contrato en general", T. I, Palestra Editores, Lima, 2001.

78. DE LOS MOZOS, José Luis, "El principio de la Buena Fe", Bosch, Barcelona, 1965.

79. DE MARTINO, Francesco, "Individualismo y derecho romano privado", Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005.

80. DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, "Reflexiones a propósito del papel del contrato en la construcción de un orden social libre", en *Cómo repensar el Derecho Privado moderno*, La Ley paraguaya, Asunción, 2010.

81. DIEZ PICAZO, Luis, "Fundamentos del Derecho Civil patrimonial", V. I, Civitas, Madrid, 1996.

82. DIEZ PICAZO, Luis, "¿Una nueva doctrina general del contrato?", Ponencia presentada en el Congreso de Derecho de Contratos realizado en la Universidad de Zaragoza en noviembre de 1992, en Anuario de Derecho Civil, Madrid, 1993.

83. Digesto.

84. DI NOVA, Giorgio, "El contrato tiene fuerza de ley", en *Nuevas Tendencias del Derecho Contractual-Libro Homenaje a Manuel de la Puente y Lavalle*, GRUPO PERUANO DE LA ASOCIACION HENRI CAPITANT, Lima, s/f.

85. DOMAT, Jean, "Los civiles", Libro I, Tit. I., sec. I, nums. 5 a 9.

86. DORAL GARCÍA, José Antonio, "La concepción del contrato en el Derecho Europeo y su proyección en la Propuesta de Modernización", en *Derecho Privado Europeo y modernización del Derecho Contractual en España*", Klaus Jochen Albiez Dohrmann (Director)/María Luisa Palazón Garrido y María del Mar Méndez Serrano (Coordinadoras), Atelier, Barcelona, 2011.

87. DWORKIN, Ronald, "Los derechos en serio", Planeta-De Agostini, Madrid, 1993.

88. DWORKIN, Ronald, "El imperio de la justicia", Gedisa, Barcelona, 2005.

89. DWORKIN, Ronald, "Sovereign Virtue. The theory and practice of equality", Harvard University Press, Cambridge, 2000.

90. DWORKIN, Ronald, "Una cuestión de principios", Siglo XXI, Buenos Aires, 2012.

91. ENOCH STUMPF, Samuel, "De Sócrates a Sartre. Historia de la Filosofía", Librería "El Ateneo" Editorial, Buenos Aires, 1979.

92. ERIKSSON, Lars D., "Tendencias conflictivas en el Derecho Moderno", en *La Normatividad del Derecho*, Aulis AARNIO, GARZÓN VALDÉS, UUSITALO Jyrky (Compiladores), Gedisa, Barcelona, 1997.

93. ESCALANTE GONZALBO, Fernando, "Historia mínima del neoliberalismo. Orígenes intelectuales de una revolución cultural", La Siniestra, Lima 2016.

94. ESCOBAR ROZAS, Freddy, "La ofrenda de Ulpiano: El valor subjetivo de la patrimonialidad del contrato", THÉMIS, Nº 66, Lima, 2014.

95. "Éxodo", *Antiguo Testamento*.

96. FALCÓN Y TELLA, María José, "Derecho y Literatura", Marcial Pons, Madrid, 2015.

97. FERRAJOLI, Luigi, "Derechos y garantías. La ley del más débil", Trotta, Madrid, 2010.

98. FERRAJOLI, Luigi, "Democracia y garantismo", Trotta, Madrid, 2010.

99. FERRI, Luigi, "La autonomía privada", Comares, Granada, 2001.

100. FERRI, Luigi, "Lecciones sobre el contrato. Curso de Derecho Civil", Grijley, Lima.

101. FIORAVANTI, Maurizio, "Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones", Trotta, Madrid, 2007.

102. FISS, Owen, "¿Por qué el Estado?", en *Teoría Constitucional y Derechos Fundamentales*, Miguel Carbonell (Compilador), Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México D.F., 2002.

103. FLUME, Werner, "El negocio jurídico", Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998.

104. FRIEDMAN, Milton, "Capitalism and freedom", University of Chicago Press, Chicago, 1962.

105. FROSINI, Vittorio, "La estructura del derecho", Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1974.

106. GABRIELLI, Enrico, "Estudios sobre teoría general del contrato", Jurista Editores, Lima, 2013.

107. GAGO PRIALÉ, Horacio, "Eficiencia y Justicia: ¿Agua y aceite? El Reto Ético del Derecho Económico", en *Revista Peruana de Derecho y Literatura*, Nº 1, Lima, 2006.

108. GARCÍA, Emilio, "Una aproximación a la Ley de Promoción de la Alimentación Saludable: La libertad de los consumidores y los límites a la labor empresarial", en *Comida chatarra, estado y mercado*, María Matilde Schwalb y Cynthia A. Sanborn (Compiladoras), Universidad del Pacífico, Lima, 2013.

109. GARCÍA-HUIDOBRO, Joaquín, "Una introducción a la tradición central de la Ética", Universidad de Piura-Palestra, Lima, 2009.

110. GARCÍA SCHWARZ, Rodrigo, "Derechos sociales: Imprescindibilidad y garantías", Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona, 2011.

111. GARRIDO, Manuel, "Una Ética de la libertad", Estudio introductorio del libro "Fundamentación de la Metafísica de las costumbres", Immanuel KANT, Tecnos, Madrid, 2005.

112. GASTALDI, José María, "Introducción al estudio del contrato", La Ley, Buenos Aires, 2003.

113. "Génesis", *Antiguo Testamento*.

114. GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen, "Estudios sobre el contrato", Atelier, Madrid, 2008.

115. GILMORE, Grant, "La morte del contratto", Giuffrè, Milan, 1999.

116. GIORGI, Jorge, "Teoría de las obligaciones en el derecho moderno", V. III, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1910.

117. GIORGIANNI, Michele, "La obligación. La parte general de las obligaciones", BOSCH, Barcelona, 1958.

118. GLOTZ, Gustave, "The greek city and its institutions", Routledge, London, 1996.

119. GONDRA, José María, "¿Tiene sentido impartir justicia con criterios de Economía?", en *Revista de Derecho Mercantil*, Nº 226, Madrid, 1997.

120. GORLA, Gino, "El contrato. Problemas fundamentales tratados según el método comparativo y casuístico", T. I, Bosch, Barcelona, 1959.

121. GREGG, Samuel, "La libertad en la encrucijada. El dilema moral de las sociedades libres", Ciudadela, Madrid, 2007.

122. GRIMALDI, Cyril, "Presentación del Anteproyecto de Reforma del Derecho de Contratos, elaborado por la Cancillería en julio del 2008", en *Las Transformaciones del Derecho Civil Francés-Jornadas Colombianas de la ASSOCIATION HENRI CAPITANT DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE FRANCAISE*, ASSOCIATION HENRI CAPITANT DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE FRANCAISE-Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010.

123. GRIMBERG, Carl y SVANSTROM, Ragnay, "Historia Universal", V. 9, "El siglo de la Ilustración", Daimon, Barcelona, 1973.

124. GROCIO, Hugo, "Introducción a la jurisprudencia de Holanda", Libro III, Cap. I, Nº 12, La Haya, 1631.

125. GROSSI, Paolo, "Propiedad y contrato", en *El Estado moderno en Europa*, Edición de Mauricio FIORAVANTI, Trotta, Madrid, 2004.

126. GROSSO, Giuseppe, "Las obligaciones. Contenido y requisitos de la prestación", Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1992.

127. GURVITCH, Georges, "La idea del derecho social", Comares, Granada, 2005.

128. HÄBERLE, Peter, "La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales", Dykinson, Madrid, 2004.

129. HABERLE, Peter, "Incursus. Perspectiva de una doctrina constitucional del mercado: Siete tesis de trabajo", en *Constitución Económica del Perú (Foro Económico Asia-Pacífico APEC)*, César LANDA (Coordinador), Palestra, Lima, 2008.

130. HÄBERLE, Peter, "La Constitución de los literatos", en *Poesía y Derecho Constitucional. Una conversación*, Peter HÄBERLE-Héctor LÓPEZ BOFILL, Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional peruano, Lima, 2015.

131. HABERMAS, Jürgen, "Problemas de legitimación en el capitalismo tardío", Amorrortu, Buenos Aires, 1973.

132. HABERMAS, Jürgen, "Conciencia moral y acción comunicativa", Trotta, Madrid, 2008.

133. HAUSMAN, Daniel; MCPHERSON, Michael; "El análisis económico y la filosofía moral", Fondo de Cultura Económica-Cide, México D.F., 2007.

134. HAYEK, Friedrich, "The constitution of liberty", University of Chicago Press, Chicago, 1972; y "Law, legislation and liberty". A new statement of the liberal principles of justice and political economy", University of Chicago Press, Chicago, 1973.

135. HEGEL, Friedrich, "Principios de la filosofía del derecho", Edhasa, Barcelona, 1999.

136. HERNANDO NIETO, Eduardo, "¿Por qué no debemos elegir el Análisis Económico del Derecho?", en *Reconstruyendo la Legalidad (Ensayos de teoría general y teoría política)*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2002.

137. HERNÁNDEZ GIL, Antonio, "Derecho de obligaciones", Sucesión de Rivadeneyra S.A., Madrid, 1960.

138. HOBBES, Thomas, "Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil", Fondo de Cultura Económica, México D. F., 1996.

139. HOBHOUSE, Leonard, "Liberalismo", Comares, Granada, 2016.

140. HÖFFE, Otfried, "El proyecto político de la modernidad", Fondo de Cultura Económica-Universidad Autónoma Metropolitana, Buenos Aires, 2008.

141. HUERTA, Elmer, "A los niños no les pegues, pero sí déjalos que engorden", Diario "El Comercio", Lima, 14-12-15.

142. HORADA, Raquel, "La Biblia Hebrea y los Derechos Humanos", en *Primer Coloquio Internacional Deseo de Ley*, T. II, Editorial Biblos, Buenos Aires, 2003.

143. INFANTINO, Lorenzo, "Ignorancia y libertad", Unión Editorial, Madrid, 2004.

144. JAMIN, Christophe, "Quelle nouvelle crise du contrat?", en *La nouvelle crise du contrat*, dirigida por Christophe JAMIN y Denis MAZEUD, Dalloz, Paris, 2003.

145. JOSSERAND, Louis, "El desarrollo moderno del concepto contractual", La Ley, Año I - Nº 2 – marzo – abril de 1999, Buenos Aires.

146. KANT, Immanuel, "Fundamentación de la Metafísica de las costumbres", Tecnos, Madrid, 2005.

147. KELSEN, Hans, "Introducción a la teoría pura del Derecho", Grijley-Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México-Asociación Peruana de Derecho Constitucional, Lima, 2001.

148. KONVITZ, Milton, "Judaism and human rights", W.W. Norton and Company, New York, 1972.

149. LAFAILLE, Héctor, "Derecho Civil-Contratos", T. I, La Ley-Ediar, Buenos Aires, 2009.

150. LALANNE, Julio E., "Si Dios no existe, ¿todo está permitido? (Dios como fundamento del orden ético-jurídico a lo largo de la historia", *Revista Peruana de Derecho y Literatura*, Nº 5, Lima. 2010.

151. LANDA ARROYO, César, "La Constitucionalización del Derecho Civil: El derecho fundamental a la libertad contractual, sus alcances y sus límites", "THÉMIS", Nº 66, Lima, 2014.

152. LARA PEINADO, Federico, "Estudio Preliminar" del *Código de Hammurabi*, Tecnos, Madrid, 2008, p. CXV).

153. LARENZ, Karl, "Derecho justo. Fundamentos de la ética jurídica", Civitas, Madrid, 2001.

154. LARENZ, Karl, "Derecho de obligaciones", T. I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958.

155. LARENZ, Karl, "Metodología de la ciencia del derecho", Ariel, Barcelona, 1994.

156. LARROUMET, Christian, "Teoría general del contrato", V. I, Temis, Bogotá, 1993.

157. LEVINAS, Emmanuel, "Humanismo del otro hombre", Siglo XXI, México D.F., 2006.

158. LOCKE, John, "Due trattati sul gobierno", Utet, Torino, 1948.

159. LOYSEL, Antoine, "Institutes coutumières", Paris, 1607.

160. LUIZ STRECK, Lenio, "Verdad y consenso. De la posibilidad a la necesidad de respuestas correctas en Derecho", B de f, Buenos Aires, 2012.

161. MCCHESNEY, Robert W., *Prólogo* del libro "El beneficio es lo que cuenta. Neoliberalismo y orden global", Noam CHOMSKY, Austral, Barcelona, 2014.

162. MACPHERSON, Crawford Brough, "Ascenso y caída de la Justicia Económica", en *Ascenso y caída de la Justicia Económica y otros ensayos. El papel del estado, las clases y la propiedad en la democracia del siglo XX*, Manantial, Buenos Aires, 1991.

163. MALAURIE, Philippe, "Droit civil. Los obligations", Cifras, París, 1993, Nº 610.

164. MANNHEIM, Karl, "Ideologie und utopie", Fr. Cohen, Bonn, 1929.

165. MANIGK, Alfred, "Die Privatautonomie im Aufbau der Rechtsquellen", Berlin, 1935.

166. MARÍAS, Julián, "Historia de la Filosofía", Alianza Editorial, Madrid, 2014.

167. MARTÍNEZ MUÑOZ, Juan Antonio, "Autonomía y Responsabilidad", en *Modalidades de Responsabilidad Jurídica: Deber y Obligación*, Dykinson, Madrid, 2008, p. 25.

168. MALLOY, Robin, "Derecho y economía de mercado", Marcial Pons, Madrid, 2007.

169. MAZEUD, Henri, Leon y Jean, "Lecciones de derecho civil", Parte Segunda, V. III, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1960.

170. MEDICUS, Dieter, "Tratado de las relaciones obligacionales", V. I, Bosch, Barcelona, 1995.

171. MESSINEO, Francesco, "Doctrina general del contrato", T. I, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1986.

172. MEYER, Marvin, "Misterios de las Escrituras hebreas", en *Mitos del Antiguo Testamento*, Colección *Grandes Enigmas de la Historia*, National Geographic, Barcelona-Buenos Aires, 2012.

173. MILL, John Stuart, "Sobre la libertad", Alianza Editorial, Madrid, 2005.

174. MIQUEL, José María, "Reflexiones en torno a la Buena Fe", en *Derecho Civil*, Universidad de Lima, 1992.

175. MIRO QUESADA RADA, Francisco, "Introducción a la ciencia política", Grijley, Lima, 2006.

176. MIRÓ QUESADA RADA, Francisco, "El falso ídolo del mercado", Diario "El Comercio", Lima, 27-8-15.

177. MIRÓ QUESADA RADA, "Neoliberalismo y desigualdad", Diario "El Comercio", Lima, 8-10-15.

178. MONATERI, Pier Giuseppe, "Gayo, el Negro: Una búsqueda de los orígenes multiculturales de la tradición jurídica occidental", en *La invención del derecho privado*, Universidad de los Andes-Pontificia Universidad Javeriana-Siglo del Hombre, Bogotá, 2006.

179. MORALES, Leticia, "Derechos sociales constitucionales y democracia", Marcial Pons, Madrid, 2015.

180. MOSCARINI, Lucio Valerio, "I negozi a favor di terzo", Giuffrè, Milan, 1970.

181. NATIONAL GEOGRAPHIC, "El libro de los libros, entre el mito y la historia", en *Mitos del Antiguo Testamento*, Colección *Grandes Enigmas de la Historia*, Barcelona-Buenos Aires, 2012.

182. NAVARRO FERNÁNDEZ, José Antonio, "La modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos. Los juristas y las reformas en tiempo de Capitalismo Global", en *Derecho Privado Europeo y modernización del Derecho Contractual en España*", Klaus Jochen Albiez Dohrmann (Director)/María Luisa Palazón Garrido y María del Mar Méndez Serrano (Coordinadoras), Atelier, Barcelona, 2011.

183. NEME VILLARREAL, Martha Lucía, "La buena fe en el derecho romano. Extensión del derecho de actuar conforme a buena fe en materia contractual", Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010.

184. NICOLAU, Noemí; HERNÁNDEZ, Carlos; FRUSTAGLI, Sandra; "Comentarios al libro 'Derecho Civil-Contratos de Héctor LAFAILLE'", T.I, La Ley-Ediar, Buenos Aires, 2009.

185. NIETZSCHE, Friedrich, "La ciencia y el saber en conflicto", en *El libro del filósofo*, Taurus, Madrid, 2000.

186. NOVOA MONREAL, Eduardo, "El Derecho como obstáculo al cambio social", Siglo XXI, México DF, 2006.

187. NOZICK, Robert, "Anarquía, estado y utopía", Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1988.

188. NUSSBAUM, Martha,"Justicia poética", Andrés Bello, Barcelona, 1997.

189. NUSSBAUM, Martha, "El ocultamiento de lo humano. Repugnancia, vergüenza y ley", Katz, Buenos Aires, 2006.

190. O'NEILL, Cecilia, "Paternalismo jurídico y alimentación saludable", en *Comida chatarra, estado y mercado*, María Matilde Schwalb y Cynthia A. Sanborn (Compiladoras), Universidad del Pacífico, Lima, 2013.

191. ORDOQUI CASTILLA, Gustavo, "Buena Fe en los contratos", Temis S.A.-Ubijus-Reus-Zavalía, Bogotá, México D.F., Madrid, Buenos Aires, 2011.

192. OST, Françoise, "Tiempo y Contrato. Crítica del Pacto Fáustico", en *Revista Peruana de Derecho y Literatura*, Nº 3, Lima, 2008.

193. OST, Françoise, "El reflejo del Derecho en la Literatura", en Revista Peruana de Derecho y Literatura, Nº 1, 2006.

194. OST, Françoise, "El tiempo del derecho", Siglo XXI, México, D. F., 2005.

195. OURLIAC, Paul; DE MALAFOSSE, Jehan; "Histoire du droit prive", T. I, Presses Univesitaires de France, Paris, 1969.

196. PACCHIONI, Giovanni, "Los contratos a favor de tercero", Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948.

197. PALOMBELLA, Gianliugi, "La autoridad de los derechos. Los derechos entre instituciones y normas", Trotta, Madrid, 2006.

198. PASQUAU LIAÑO, Miguel, "De la protección del consumidor a la reforma del derecho común de la contratación", en *El Contrato: Apuntes para una revisión. Principios y reglas ante el mercado, la política y el conflicto*, Beatriz AÑOVEROS TERRADAS y Sergio

LLEBARÍA SAMPER (Coordinadores) Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2016.

199. PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, "Apuntes políticos y jurídicos sobre los derechos sociales", en *Los Derechos Sociales en el siglo XXI. Un desafío clave para el Derecho y la Jusiticia*, Silvina RIBOTTA y Andrés ROSSETTI (Editores), Dykinson, Madrid, 2010.

200. PECES-BARBA, Gregorio, "Reflexiones sobre los derechos sociales", en *Derechos sociales y ponderación*, Robert ALEXY, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009.

201. PÉREZ TAPIAS, José Antonio, "Del bienestar a la justicia. Aportaciones para una ciudadanía intercultural", Trotta, Madrid, 2007.

202. PERLINGIERI, Pietro, "El Derecho Civil en la legalidad constitucional según el sistema italo-comunitario de las fuentes", Dykinson, Madrid, 2008.

203. PINO, Giorgio, "Derechos e interpretación. El razonamiento jurídico en el Estado constitucional", Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014.

204. PIZZORUSSO, Alessandro, "Justicia, constitución y pluralismo", Palestra-Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2005.

205. PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges; ESMEIN, Paul; "Tratado práctico de derecho civil francés", T. VI, Cultural, La Habana, 1946.

206. PLATÓN, "La República".

207. PLATÓN, "Teeteto".

208. POLANYI, Karl, "Los límites del mercado. Reflexiones sobre economía, antropología y democracia", Capitán Swing, Madrid, 2014.

209. POLO, Eduardo, "Protección del contratante débil y condiciones generales de los contratos", Civitas, Madrid, 1990.

210. POUND, Roscoe, "Social Control Through Law", Yale University Press, New Haven, 1942.

211. PRIETO SANCHÍS, Luis, "Los Derechos Sociales y el principio de Igualdad Sustancial", en *Derechos Sociales y Derechos de las Minorías*, Miguel Carbonell, Juan Antonio Cruz Parcero, Rodolfo Vásquez (Compiladores), Porrúa-Universidad Autónoma de México, Mexico D.F., 2004.

212. PRIETO SANCHÍS, Luis, "Apuntes de teoría del derecho", Trotta, Madrid, 2005.

213. PRODI, Paolo, "Una historia de la justicia", Katz, Madrid, 2008.

214. PUIG BRUTAU, José, "Introducción al Derecho Civil", Bosch, Barcelona, 1981.

215. RADBRUCH, Gustav, "Filosofía del derecho", Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1944.

216. RADBRUCH, Gustav, "Relativismo y derecho", Temis, Bogotá, 2009.

217. RAISER, Ludwig, "Vertragsfreiheit Heute" en *Die Aufgabe des Privatrechts. Aufsätze zum Privat-und Wirtschaftsrecht aus drei Jahrzehnten*, Kronberg-Ts. Athenhäum, Berlin, 1977.

218. RAMOS NÚÑEZ, Carlos, "Cultura jurídica, proceso y hombres del foro", Fundación Bustamante de la Fuente, Lima, 2014.

219. RAWLS, John, "Teoría de la justicia", Fondo de Cultura Económica, México, D. F., 2000.

220. RAWLS, John, "La justicia como equidad. Una reformulación", Paidós, Barcelona, 2002.

221. REALE, Miguel, "Introducción al Derecho", Pirámide, Madrid, 1986.

222. RECASÉNS SICHES, Luis, "Filosofía del derecho", Porrúa, México D.F., 2006.

223. RECASÉNS SICHES, Luis, "Introducción al estudio del Derecho", Porrúa, México D. F. 1979.

224. RECASÉNS SICHES, Luis, "Tratado General de Filosofía del Derecho", Porrúa, México, D. F., 2006.

225. RENDUELES, César, "Capitalismo canalla. Una historia personal del capitalismo a través de la literatura", Seix Barral, Barcelona, 2015.

226. RESICO F., Marcelo, "La economía social de mercado. Una opción de organización económica para Latinoamérica", en *Serie Economía Social de Mercado*, Fundación Konrad Adenauer, No. 3, Guatemala, 2009.

227. REZZÓNICO, Juan Carlos, "Principios fundamentales de los contratos", Astrea, Buenos Aires, 2011.

228. REZZÓNICO, Juan Carlos, "Contratos con cláusulas predispuestas. Condiciones negociales generales", Astrea, Buenos Aires, 1978.

229. RICOEUR, Paul, "Sí mismo como otro", Siglo XXI, México D.F., 2006.

230. RICOEUR, Paul, "Ética y Moral", en *Doce Textos Fundamentales de la Ética del siglo XX*, Carlos Gómez (Compilador), Alianza Editorial, Madrid, 2002.

231. RIPERT, Georges, "Aspectos jurídicos del capitalismo moderno", Comares, Granada, 2001.

232. RIPERT, Georges, "Le régime démocratique et le droit civil moderne", Librairie, Gènèrale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1948.

233. RITTICH, Kerry, "Social Rights and Social Policy. Transformations on the International Landscape" en *Exploring Social Rights: Between Theory and Practice*, D. Barack-Erez y A. Gross (Compiladores), Oxford-Portland, 2007.

234. ROPPO, Vincenzo, "El contrato", Gaceta Jurídica, Lima, 2009.

235. ROPPO, Vincenzo, "El contrato del dos mil", Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005.

236. ROSS, Alf, "Sobre el derecho y la justicia", Eudeba, Buenos Aires, 1963.

237. ROSSETTI, Andrés, "Algunos mitos, realidades y problemas en torno a los Derechos Sociales", en *Los Derechos Sociales en el siglo XXI. Un desafío clave para el Derecho y la Justicia*, Silvina Ribotta y Andrés Rossetti (Editores), Dykinson, Madrid, 2010.

238. RUFFOLO, Giorgio, "El capitalismo tiene los siglos contados", RBA, Barcelona, 2013.

239. RUIZ MIGUEL, Alfonso, "Una filosofía del derecho en modelos históricos de la antigüedad a los orígenes del constitucionalismo", Trotta, Madrid, 2002.

240. RUSSELL, Bertrand, "El poder en los hombres y en los pueblos", Losada, Buenos Aires, 1939.

241. RUSSELL, Bertrand, "Ensayos filosóficos", Alianza Editorial, Madrid, 1996.

242. SACCO, Rodolfo, "La Buena Fe en la formación del contrato", en *Nuevas Tendencias del Derecho Contractual-Libro Homenaje a Manuel de la Puente y Lavalle*, GRUPO PERUANO DE LA ASOCIACION HENRI CAPITANT, Lima, s/f.

243. SALWYN SCHAPIRO, Jacob, "Liberalismo", Paidós, Buenos Aires, 1965.

244. SAN AGUSTÍN, "La ciudad de Dios".

245. SAN AGUSTÍN, "Confesiones".

246. SANDEL, Michael, "Lo que el dinero no puede comprar. Los límites morales del mercado", Debate, Barcelona, 2013.

247. SANDEL, Michael, "Justicia ¿hacemos lo que debemos?", Debolsillo, Barcelona, 2012.

248. SÁNCHEZ ANDRÉS, Aníbal "Estudios jurídicos sobre el mercado de valores", Thomson-Civitas, Pamplona, 2008.

249. SAVIGNY, Friedrich, "Los Fundamentos de la Ciencia Jurídica", en *La Ciencia del Derecho*, Losada, Buenos Aires, 1949.

250. SCHELLING, Friedrich, "La filosofía del arte", Tecnos, Madrid, 2006.

251. SCHLESINGER, Piero, "La Autonomía Privada y sus límites", en "Proceso y Justicia. Revista de Derecho Procesal", Nº 3, Lima, 2002.

252. SCHOTTER, Andrew, "Economía de libre mercado", Ariel, Barcelona, 1987.

253. SCOGNAMIGLIO, Renato, "Teoría general del contrato", Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996.

254. SHAKESPEARE, William, "La tragedia de Romeo y Julieta".

255. SHAKESPEARE, William, "Hamlet, principe de Dinamarca".

256. SCRUTON, Roger, "The meaning of conservatism", Penguin, Londres, 1980.

257. SEN, Amartya, "La idea de la justicia", Taurus, México D.F., 2010.

258. SIMMEL, Georg, "Problemas fundamentales de la filosofía", Prometeo Libros, Buenos Aires, 2005.

259. SIRENA, Pietro, "La integración del Derecho de los Consumidores al Código Civil, en "Derecho PUC", Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Nº 58, Lima, 2006.

260. SOFOCLES, "Ayax".

261. SORO RUSSELL, Olivier, "El principio de la autonomía de la voluntad privada en la contratación: génesis y contenido actual", Reus, Madrid, 2016.

262. SPENCER, Herbert, "El hombre contra el Estado", Unión Editorial/InnIsfree, Madrid, 2008.

263. SPOTA, Alberto, "Instituciones de Derecho Civil–Contratos", V. I, Depalma, Buenos Aires, 1984.

264. STERNBERG, Theodor, "Introducción a la ciencia del derecho", Editora Nacional, México D.F., 1956.

265. STIGLITZ, Joseph, "Regulación Financiera y Democracia", en *Caretas*, Nº 2134, Lima, junio del 2010.

266. STONE SWEET, Alec; MATTHEWS, Jud; "Proporcionalidad y constitucionalismo. Un enfoque comparativo legal", Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013.

267. SUPIOT, Alain, "Homo Juridicus. Ensayo sobre la función antropológica del derecho", Siglo XXI editores, Buenos Aires, 2007.

268. TALAVERA, Pedro, "Derecho y literatura", Comares, Granada, 2005.

269. TIETMEYER, Hans, "Las bases históricas y el desarrollo de la Economía Social de Mercado en la República Federal de Alemania", en *Economía Social de Mercado (Coloquio Peruano-Alemán)*, Cámara de Comercio e Industria Peruano-Alemana, Lima 1980.

270. TORRES MÉNDEZ, Miguel, "La defensa de George Bernard Shaw a nosotros los locos. (A propósito del criterio del sujeto racional del Análisis Económico del Derecho)", *Revista Peruana de Derecho y Literatura*, Nº 1, Lima, 2006.

271. TORRES MÉNDEZ, Miguel, "La naturaleza jurídica del pacto fáustico. La desmitificación de este pacto como una Compraventa", en *Revista Peruana de Derecho y Literatura*, Nº 3, Lima, 2008.

272. TRABUCCHI, Alberto, "Instituciones de derecho civil", T. II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1967.

273. TROPER, Michel, "La filosofía del derecho", Tecnos, Madrid, 2008.

274. VALLESPINOS, Gustavo, "El contrato por adhesión a condiciones generales", Editorial Universidad, Buenos Aires, 1984.

275. VARGAS LLOSA, Mario, "La literatura y la vida", Conferencia Magistral pronunciada en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas con motivo de ser nombrado *Profesor Honorario* de la misma, Centro de Información de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Lima, 2001.

276. VEGETTI, Mario, "La ética de los antiguos", Editorial Síntesis, Madrid, 1989.

277. VERA ARANDA, Angel Luis, "Breve historia de las ciudades del mundo antiguo", Nowtilus, Madrid, 2009.

278. VILLARÁN, Alonso, "La publicidad en la ley de la comida chatarra", en Comida chatarra, estado y mercado, María Matilde Schwalb y Cynthia A. Sanborn (Compiladoras), Universidad del Pacífico, Lima, 2013.

279. VILLEY, Michel, "Essor et décadence du voluntarisme juridique", en *Archives de Philosophie du Droit*, París, 1957.

280. VILLEY, Michel, "En torno al contrato, la propiedad y la obligación", Ghersi Editor, Buenos Aries, 1980.

281. VON IHERING, Rudolf, "El espíritu del derecho romano", Marcial Pons, Madrid, 2005.

282. VON MISES, Ludwig, "Planificación para la libertad y otros ensayos", Unión Editorial, Madrid, 2012.

283. VON TUHR, Andreas, "Tratado de las obligaciones", Comares, Granada, 2006.

284. WOLF, Manfred, "Die Privatautonomie", en *Grundlagen des Vertrags-und Schuldrechts*, AA.VV., T.I.

285. WRÓBLESKI, Jerzy, "Constitución y teoría general de la interpretación jurídica", Civitas, Madrid, 2001.

286. ZAGREBELSKY, Gustavo, "El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia", Trotta, Madrid, 2007.

287. ZAGREBELSKY, Gustavo, ""La ley y su justicia. Tres capítulos de justicia constitucional", Trotta, Madrid, 2014.

288. ZANNONI, Eduardo, "Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos", Astrea, Buenos Aires, 1986.

Notas

Notas

Se terminó de imprimir en los talleres gráficos
de Editora y Librería Jurídica Grijley EIRL
ediciongrijley@gmail.com
el 30 de octubre de 2016.