

¿SOMOS LIBRES, SEAMOSLO SIEMPRE? (A propósito de la autonomía de la voluntad y el orden público)



Dr. Juan Morales Godo.

*Profesor de Derecho Civil y Derecho
Procesal de la UNMSM, PUCP y U-LIMA.*

SUMARIO: RESUMEN. ABSTRACT. PALABRAS CLAVES. KEY WORDS. 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD. 3. ALCANCES Y LIMITACIONES DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD. 4. EVOLUCIÓN DEL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA EDAD MODERNA Y CONTEMPORÁNEA. 4.1. EN EL DERECHO MODERNO. 4.2. EN EL DERECHO ACTUAL. 5. EL ORDEN PÚBLICO EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO. 5.1 CONSIDERACIONES PREVIAS. 5.2. EL ORDEN PÚBLICO COMO EXPRESIÓN DE LA VOLUNTAD SOCIAL. 5.3 TRATAMIENTO GENERAL DEL ORDEN PÚBLICO EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1984. 5.3.1. LEYES QUE INTERESAN AL ORDEN PÚBLICO. 5.3.2. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL ORDEN PÚBLICO EN RELACIÓN A LAS NORMAS EN COMENTARIO. 5.4 CONSIDERACIONES ESPECÍFICAS SOBRE LA NULIDAD DEL ACTO JURÍDICO EN SU RELACIÓN CON EL ORDEN PÚBLICO. A) NOCIÓN DEL ACTO JURÍDICO O NEGOCIO JURÍDICO. B) LA INEFICACIA DEL ACTO O NEGOCIO JURÍDICO. C) LA NULIDAD DEL ACTO JURÍDICO Y SU RELACIÓN EL ORDEN PÚBLICO. LA LLAMADA NULIDAD VIRTUAL. 6. A MANERA DE CONCLUSIÓN.

RESUMEN

La libertad es una condición básica existencial del ser humano. El Derecho surge como consecuencia de la naturaleza social del ser humano. La individualidad está dotada por la propia naturaleza, pero el ser humano, además, es un ser gregario, comunitario. Consecuentemente, es individuo y es colectividad. El dilema libertad-autoridad ha marcado el desarrollo de la humanidad.

Desde el punto de vista jurídico, este dilema se expresa entre la autonomía de la voluntad y el orden público. La primera es la generadora de los actos jurídicos, que no es más que la expresión de la libertad del ser humano. La segunda representa los intereses colectivos,

que no son más que aquellas condiciones mínimas que todos debemos respetar y que son producto de los valores que imperan en la colectividad. La autonomía de la voluntad no puede ser entendida sin el orden público y viceversa.

El orden público se convierte así en un aspecto estructural del Derecho, porque son las condiciones mínimas que facilitan la convivencia de los seres humanos. El derecho se convierte en el regulador de las libertades de los seres humanos, porque, finalmente, los derechos son ejercidos siempre en colectividad. El presente trabajo, además de intentar una concepción de ambas instituciones jurídicas, hace un estudio de la evolución histórica de los



mismos, fundamentalmente, relacionándolas con los contratos, que son la mejor expresión del ejercicio de la libertad del ser humano, pero esta libertad no es irrestricta.

ABSTRACT

Freedom is a basic human existential. The law is a consequence of the social nature of human beings. Individuality is endowed by nature itself, but man also is a gregarious, community. Consequently, it is individual and collective. The freedom-authority dilemma has led the development of mankind.

From a legal standpoint, this dilemma is expressed between autonomy and public order. The first is the generator of legal acts, which is nothing but the expression of human freedom. The second represents the collective interests, which are nothing more than those minimum conditions that all must respect and which are the product of the values prevailing in the community. The autonomy can't be understood without the public and vice versa.

Thus public order becomes a structural aspect of the law, because they are the minimum conditions that facilitate the coexistence of humans. The law becomes the regulator of the freedoms of human beings, because, ultimately, the rights are always exercised in community.

This work, in addition to trying a conception of both legal institutions, studies the historical evolution of the same, basically, relating to contracts, which are the best expression of the exercise of human freedom, but this freedom is unrestricted.

PALABRAS CLAVES

Libertad, autoridad, autonomía de la voluntad, orden público, contrato, ideología, sistemas políticos, valores.

KEYWORDS

Freedom, authority, autonomy, public order, contract, ideology, political systems, values.

1. Introducción.

Partimos de la premisa que el Derecho es un producto cultural; es creación del ser humano y tiene como punto de partida la vida social; brota

espontáneamente como consecuencia de la naturaleza social del ser humano. El ser humano es un ser gregario, sea que su naturaleza lo imponga, sea que tenga vocación de sociabilidad, sea que por interés se asocie, sea que por seguridad lo haga; en fin, cualquiera fuera la explicación que desde la perspectiva histórico filosófica se haya brindado al tema, resulta innegable el carácter comunitario del ser humano.

El Derecho regula la conducta social del ser humano; sin esta condición el Derecho sería totalmente irrelevante. La regulación está referida a la conducta intersubjetiva del ser humano, es decir, en tanto y en cuanto el individuo se relaciona con los demás. El individuo por el individuo mismo, sin la presencia del "otro", carece de sentido para el derecho. En otras palabras, porque el ser humano co-existe, se generan las sociedades y, consecuentemente, brota el derecho espontáneamente. El ser humano, en sus relaciones intersubjetivas, se convierte en el presupuesto del derecho.

En ese sentido, el Derecho se convierte en un regulador de libertades. En efecto, a cada uno de los individuos que conforman una colectividad, el derecho les asegura un margen de libertad sobre el cual pueden actuar sin generar conflicto alguno, y dicho margen debe ser respetado por todos los demás; pero, a su vez, cada uno de los individuos debe respetar el margen de libertad que el derecho asigna a todos los demás. Esta regulación de libertades se realiza teniendo en consideración los intereses individuales, pero esencialmente teniendo en mente los intereses generales de la colectividad, indispensable para facilitar la convivencia de todos sus integrantes. Es un ponerse de acuerdo -expresa y tácitamente- sobre los aspectos que deben considerarse como parámetro que facilite y proteja la convivencia, esto es, aspectos sobre los cuales se reconoce la predominancia sobre los intereses individuales, porque se trata de intereses comunes que están por encima de ellos. ¿Cuáles son estos intereses generales?, ¿quién los determina?, ¿corresponde al legislador?, ¿al juzgador?, ¿es necesario



tenerlos en consideración o se debe dejar que los intereses individuales se regulen autónomamente, sin más limitaciones que sus propios intereses?, ¿podemos hablar de intereses generales como algo distinto a los intereses de cada uno de los individuos?, ¿no es que los intereses generales vienen –en realidad– a ser la suma de los intereses de los individuos? Estas y otras interrogantes será necesario esclarecer en el desarrollo de este trabajo.

Al tener que referirnos a los intereses generales, cualquiera fuere la concepción respecto de ellos, debemos indagar por los valores o principios que se desea privilegiar colectivamente, y uno de los grandes problemas es quién los determina, ¿el legislador, a través de las normas, o el juzgador, a través de las decisiones jurisdiccionales que, indudablemente, deben estar referidas a las normas?. Esto nos lleva al tema de la interpretación de las normas y los alcances que pueden otorgar los operadores del derecho, a fin de lograr soluciones razonables, socialmente aceptables y justas.

En esta línea de pensamiento, el razonamiento jurídico debe perfilarse tomando en consideración estos valores y principios que la sociedad ha decidido privilegiar, cada vez que se resuelve un caso concreto. Para ello, una buena orientación es la comprensión de lo que se encuentra normado en la Constitución Política del Estado, de donde debemos extraer aquello en lo que la sociedad se ha puesto de acuerdo, como parámetros o líneas directrices, por donde debe dirigirse la voluntad colectiva.

El Juez "boca de la ley", debe desterrarse en los términos en que fue concebido por Montesquieu, porque limita de manera grosera la labor de la función jurisdiccional. El papel preponderante que siempre ha cumplido el legislador, debe equilibrarse con el papel que le

corresponde al Juzgador que es el que –finalmente– tiene al frente los casos de la vida real y debe brindar una solución al caso concreto, interpretando las normas, cotejándolas con los valores que la sociedad quiere privilegiar. Por ello, DE TRAZEGNIES –metafóricamente– anunciaba la muerte del legislador¹, para señalar la trascendencia de la labor interpretativa de las normas que realiza el juzgador, el cual no debe limitarse a la sola interpretación literal, porque éste constituye el más exiguo de los métodos de interpretación y que no necesariamente nos conduce a una solución razonable, socialmente aceptable y justa.

La evolución del concepto del orden público está marcada por esta disyuntiva. O bien la ha fijado el legislador, a través de las leyes, con expresas indicaciones que le corresponde a él su determinación, y que el juzgador debe remitirse a las leyes para allí encontrar aquellos valores que –según el legislador– la sociedad quiere privilegiar, o bien, la determinación del contenido del orden público lo hace el juez no examinando sólo las leyes, sino mirando a su sociedad, cotejando la norma con los valores sociales, auscultando sus intereses generales que, generalmente, obedecen a los valores culturalmente aceptados.

La noción del orden público, como puede intuirse, tiene una base sociológica-cultural, por lo que su determinación tiene una naturaleza espacio-temporal, de acuerdo a los valores que las sociedades generan, en virtud a sus sistemas políticos, a su idiosincrasia y, en general, a lo que culturalmente puedan haber creado en un determinado tiempo y espacio.

Nuestro interés por el tema radica en la permanente e histórica confrontación que existe entre el orden público y la autonomía de

¹DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. "Pensando Insolentemente". Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima-Perú. 2000. Págs. 29-64



la voluntad, que traduce el problema existencial del ser humano de su relación con la sociedad. Individuo y sociedad, libertad y autoridad, dilemas eternos que el ser humano ha tenido que afrontar y lo sigue afrontando. La historia de la humana –podemos afirmar– ha sido la historia de la fluctuación, o si se prefiere, de los vaivenes entre un extremo y otro, por las que han tenido que discurrir las sociedades.

La libertad del ser humano corresponde a su ser ontológico, pero al coexistir en sociedad con otros seres, la libertad debe ser regulada, precisamente, para protegerla. ¿Hasta qué punto el Estado debe proteger márgenes de libertad de las personas y hasta qué punto debe proteger los intereses comunes a todos?. La respuesta que demos a esta pregunta traducirá inevitablemente una posición ideológica y política, y es que los sistemas optan, y al hacerlo inevitablemente traducen una determinada orientación.

2. El principio de la Autonomía de la voluntad.

Cuando se pretende tener una concepción –más o menos clara– del llamado orden público, es menester conocer el principio de la autonomía de la voluntad, porque las fuentes generadoras de las conductas jurídicas están, además de las normas, en la voluntad de los sujetos de derecho, teniendo como limitaciones el orden público y las buenas costumbres. Estos se convierten no sólo en el parámetro, sino en el límite del cual no puede sobrepasar la voluntad de los sujetos de derecho.

Autonomía de la voluntad y contrato, son conceptos que han marchado juntos a través de la historia. No es posible pensar en la institución del contrato, sin referirla a la autonomía de la voluntad. El acuerdo de voluntades es la razón de ser del contrato. Sin embargo, la voluntad de los sujetos de derecho no es absoluta, irrestricta; la misma está limitada por el orden público y por las buenas

costumbres, conformen lo precisan la mayoría de las legislaciones. Y es que, frente al interés individual de los sujetos intervinientes en la relación contractual, está el interés general de la sociedad. La evolución del contrato ha estado determinada por los grados concedidos a la autonomía de la voluntad y por las limitaciones impuestas por el orden público y las buenas costumbres.

Hasta hace dos décadas asistíamos a lo que se denominó, “crisis de la autonomía de la voluntad”, o lo que otros llamaron “socialización del derecho” o “publicización del derecho civil”, en lo que está de por medio el mayor o menor grado de autonomía que el sistema jurídico concede a los sujetos de derecho como fuente generadora de relaciones jurídicas. Como nos indica ARAUZ CASTEX, MANUEL:² “...Todo el problema de la socialización del Derecho Privado consiste en determinar en qué medida el interés de la persona debe ser defendido directamente por el legislador, interviniendo la ley en el acto o relación jurídica, o debe confiarse su defensa al propio interesado en un régimen de libertad. El segundo es el clásico sistema de los Códigos Civiles, que consagran el principio de la autonomía de la voluntad; el otro, es el de la nuevas leyes”.

MANUEL DE LA PUENTE Y LAVALLE, señalaba: “Las vicisitudes que ha sufrido el contrato privado en transcurso de la historia son innumerables, pero quizás el péndulo de su conceptualización nunca ha oscilado de un punto tan opuesto al otro como entre la primera mitad del siglo XIX y la segunda mitad del siglo XX. Del extremo de considerar al contrato como la expresión de la libertad individual más absoluta, al otro de intervenir el Estado para limitar tremendamente la libertad contractual en aras de los intereses de la comunidad, el concepto de contrato ha variado tanto que algunos se preguntan si nos encontramos siempre frente a la misma institución”.³

² ARAUZ CASTEX, Manuel. “Ley de Orden Público”. Ed. Valerio Abelledo. Buenos Aires- Argentina. 1945. Pág. 85.

³ DELA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. “Estudios del Contrato Privado”. T.I. Cultural Cusco S.A. Lima-Perú. Pág. 50.



Sin embargo, pese a las vicisitudes que ha sufrido la libertad contractual, que es la expresión de la autonomía de la voluntad, la misma debe considerarse como la regla, constituyendo la excepción las limitaciones que impone el orden público, conforme lo ha precisado MESSINEO FRANCESCO y, conforme lo establece nuestro Código Civil a través de los arts. 1354 y 1356, aún cuando, utiliza la expresión normas imperativas, como la barrera a dicha libertad⁴.

El postulado de la autonomía de la voluntad es el reconocimiento de la iniciativa privada como reguladora de las relaciones sociales, las mismas que derivan en actos o negocios jurídicos. Los embates sufridos por la autonomía de la voluntad han estado marcados no sólo por el grado de cultura y desarrollo de los pueblos, sino fundamentalmente por las concepciones filosóficas políticas imperantes.

En nuestro medio, FERNANDO VIDAL, tiene concepciones similares, señalando que: "La autonomía de la voluntad, autonomía privada o voluntad privada, es un principio general de derecho, no solo del Derecho Civil, sino del Derecho Privado en general, pues es su característica fundamental. Implica un reconocimiento a la libertad individual y su correspondiente tutela jurídica. Viene a ser, además, un poder jurídico que el Derecho Objetivo reconoce a los sujetos de derecho para la regulación de sus propios intereses...."⁵.

Sin embargo, desde hace aproximadamente dos décadas, se ha acentuado en el mundo la ideología liberal capitalista, como consecuencia de la caída del régimen socialista soviético y del fenómeno de la globalización en el mundo económico, con las implicancias que ello determina en el mundo jurídico, de la que no somos ajenos en el Perú, por estar inmerso en el mercado internacional. La ideología neo

liberal avanza a pie firme, con lo que acentúa la predominancia de la autonomía de la voluntad, como generador de las relaciones jurídicas, con la institución jurídica que le sirve de instrumento como es el contrato.

En nuestro medio, una expresión de lo referido líneas arriba, desde las riberas liberales, es el pedido que se hace de la necesidad de una reforma radical del Código Civil, que es calificado de estatista.

La otra expresión, ha sido la Constitución de 1993 que, en su artículo 62, recoge la teoría de los derechos adquiridos, en lo que se refiere a las relaciones contractuales, de tal forma de ningún contrato puede ser modificado por normas posteriores que el Estado pretendiera dictar, contrariando la posición asumida por el Código Civil de 1984, que asume para todas las relaciones y situaciones jurídicas, la teoría de los hechos cumplidos, que implica la posibilidad de intervención del Estado en las relaciones creadas por los particulares, en función a los nuevos acontecimientos ocurridos en la sociedad. Sin embargo, como apreciaremos en el desarrollo del trabajo, el orden público, está presente siempre en el derecho, aún en las sociedades radicalmente liberales, porque en toda sociedad es indispensable ponerse de acuerdo, respecto a los parámetros mínimos para una pacífica convivencia.

3. ALCANCES Y LIMITACIONES DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD.

El principio de la autonomía de la voluntad, debemos relacionarlo con la libertad, en cuanto que ésta se convierte en uno de los presupuestos de la misma. Aquí debemos entender la libertad en su connotación política, como la posibilidad de autorregulación de los intereses por el propio sujeto. Una de las expresiones, como hemos señalado anteriormente, es la libertad contractual.

⁴ MESSINEO, Francesco. "Doctrina General del Contrato". Ed. EJEA. Buenos Aires-Argentina. 1986. Pág. 15.

⁵ VIDAL RAMIREZ, Fernando. "El Acto Jurídico en el Código Civil Peruano". ED. Cultural Cusco S.A. Lima-Perú. 1989. Pág. 49.



MESSINEO, distingue la libertad contractual de la libertad de contratar. Por el primer concepto debemos entender la posibilidad de que los sujetos de derechos preparen por sí solos el contenido del contrato; la no imposición de cláusulas unilaterales; en cambio por el segundo concepto debemos entender la no obligatoriedad de celebrar contratos. Nadie puede ser obligado a celebrar un contrato, ya que el mismo implica un acuerdo de voluntades. "...donde falte la espontaneidad del actuar de las partes, queda excluida la figura del contrato"⁶.

GARCIA AMIGO, se refiere a estas dos situaciones como vertiente objetiva y subjetiva respectivamente⁷.

MANUEL DE LA PUENTE Y LAVALLE, se refiere a este tema precisando que la libertad de contratar es anterior al contrato, mientras que la libertad contractual sólo existe dentro del contrato. Lo antitético a la libertad de contratar es la obligación de contratar, y lo es también la obligación de contratar con determinada persona, como lo es la prohibición de hacerlo con otras⁸.

ALBALADEJO MANUEL, reflexiona respecto a las limitaciones que contemporáneamente se impone a la autonomía de la voluntad en la contratación, la misma que se percibe en tres aspectos: a) la pérdida de la libertad para celebrar determinados contratos por los particulares, pudiendo hacerlo sólo determinadas personas en determinadas circunstancias; b) casos en los cuales es posible contratar, las estipulaciones están prefijadas por la leyes imperativas y, c) algunas relaciones que antes eran consecuencias de un acuerdo de voluntades, hoy es factible, según refiere el autor, que surja

por disposiciones del Poder Público y no por acuerdo de los interesados⁹.

La libertad contractual, como expresión de la autonomía de la voluntad, puede tomarse en distintos sentidos:

- a) Ninguna de las partes puede imponer unilateralmente el contenido del contrato. Arts. 1351 y 1352 del CC.
- b) El contenido del contrato puede ser fijado por las partes a su entera voluntad, siempre que no sean contrarios al orden público y a las buenas costumbres (art. V del Título Preliminar del CC.) ni a norma legal de carácter imperativo (art. 1354 CC.).
- c) Facultad de las partes de prescindir de las normas dispositivas o supletorias, estableciendo un régimen distinto por acuerdo entre ellas. (art. 1356 CC.).
- d) Facultad de las partes para celebrar contratos innominados, sometiéndose a las reglas generales de la contratación. (art. 1353 CC).
- e) Las partes tienen la facultad de escoger la ley nacional o el convenio nacional al que quedará sometido el contrato. (art. 2095 CC).
- f) Las partes quedan en libertad de determinar la forma del contrato, cuando ésta no es señalada por la ley. (art. 1352 del CC).

4. EVOLUCIÓN DEL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA EDAD MODERNA Y CONTEMPORÁNEA.

4.1 En el Derecho Moderno.

Ya desde la época del renacimiento (siglo XV-XVI) surgieron nuevas concepciones filosóficas respecto al ser humano y al

⁶ MESSINEO, Francesco. "Doctrina General del Contrato". Ed. EJEA. Buenos Aires-Argentina. 1986. Págs. 18-19

⁷ GARCIA AMIGO, Manuel. "Instituciones de Derecho Civil". Parte General. Ed. Revista de Derecho Privado. España. 1979. Pág. 207.

⁸ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. "Estudios del Contrato Privado" Ed. Cultural Cusco S.A. Lima-Perú. Pág. 53.

⁹ ALBALADEJO, Manuel. "Instituciones de Derecho Civil". Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia. España. 1961. Págs. 658-659.



conocimiento que tuvieron implicancia en las concepciones jurídicas. Estas nuevas concepciones fueron consecuencia de un desarrollo económico impresionante, con un cambio de valores dentro de la sociedad. El nominalismo¹⁰ fue el generador de una concepción individualista del ser humano y la aparición de una nueva clase social, la burguesía, introdujo los valores que exaltaban el éxito, la riqueza, la competencia, basado en la concepción que el ser humano es el creador y regulador de la naturaleza y de su propio destino, basado en la razón.

Con estas nuevas concepciones, la autonomía de la voluntad cobró un auge inusitado, a tal punto que se convirtió en la principal fuente del Derecho; los acuerdos producidos en base a la autonomía de la voluntad se convertían en ley para las partes.

Los MAZEAUD, señalan: "No solamente los filósofos del siglo XVIII veían en la voluntad la fuente de las obligaciones, sino que le reconocían un valor moral, por ser iguales y libres los individuos, el contrato libremente discutido es necesariamente equitativo; toda traba del legislador compromete ese equilibrio e implica una injusticia. La excelencia de la voluntad aparecía mejor todavía en el ámbito de la economía: el hombre no dará pruebas de iniciativa en sus empresas más que si contrata libremente, sólo si regula por sí mismo, a su antojo, sus actividades; el comercio se basa

sobre la libertad ilimitada, una reglamentación legal no aporta sino el estancamiento; aquella esfuma el sentido de la responsabilidad, desalienta a la iniciativa y a la competencia. Tal es la tesis del liberalismo"¹¹.

OSPINA Y OSPINA, nos precisa, haciendo una conclusión de la tesis racionalista de dicha época: "Si la voluntad de los individuos ha sido la causa eficiente de la vida social y de todas sus instituciones, dicha voluntad es en sí misma la suprema fuente de todos los efectos jurídicos. Aún la propia ley tiene que buscar, en último término, el fundamento de su validez normativa en el consenso que le prestan los individuos, quienes se han resignado a restringir parcialmente sus libertades innatas, autorizando al legislador – como representante suyo – a dictar ciertas normas obligatorias para todos, porque se considera que el cumplimiento de estas favorece el igual ejercicio de tales libertades. Entonces, con mayor razón la eficacia de los actos jurídicos privados deriva directamente de la voluntad de los agentes, a quienes corresponde, por derecho propio y según su mejor conveniencia, organizar sus relaciones, determinar la naturaleza y alcance de ellas y estipular sus condiciones y modalidades. Por tanto, llegado el caso de aplicar un acto jurídico, el intérprete debe consultar ante todo la real intención de sus autores, pues esta intención o voluntad es la fuerza creadora de cualquier efecto que tal acto haya de producir"¹².

¹⁰ La corriente filosófica denominada Nominalismo la desarrolló Guillermo de Ockán, surgió como consecuencia de la "querrela de los universales", es decir, un cuestionamiento a la esencia de las cosas, cuando se cuestionó las palabras que englobaban un conjunto de objetos. Ockán cuestiona a Aristóteles y Santo Tomás, señalando que el esfuerzo intelectual no consiste en buscar la esencia de las cosas. Al individuo hay que estudiarlo en todo detalle. Con la negación de lo universal y la consecuente afirmación de lo individual, rompe los cimientos del imperio universal del medioevo y conduce a la creación de una nueva concepción individualista, que forma parte de los orígenes de la modernidad.

¹¹ MAZEAUD, Henry, Leon y Jean. "Lecciones de Derecho Civil". Parte II. Vol. I. Ed. EJE, Buenos Aires-Argentina. 1960. Pág. 128.

¹² OSPINA, Guillermo y OSPINA, Eduardo. "Teoría General de los Actos y Negocios Jurídicos". Ed. Temis. Bogotá-Colombia. 1983. Pág. 9.



El Código Civil Francés o Código de Napoleón (CODE) de 1804, es la expresión de estas concepciones filosóficas-jurídicas individualistas, de la que nos hemos ocupado en el capítulo anterior, y que tuvo una influencia en prácticamente todos los Códigos del mundo occidental. Nuestro Código de 1852 y también el de 1936, fueron fuertemente influenciados por la filosofía jurídica que informaba el primer gran Código Civil. Estableció principios como "el contrato es ley entre las partes", "en los actos y contratos está permitido todo aquello que no está prohibido por la ley", resaltando de esta forma el valor de la autonomía de la voluntad como fuente generadora de relaciones jurídicas.

4.2 En el Derecho actual.

La concepción individualista del Derecho, sustentada en la libertad, que traducida al mundo jurídico era la libertad contractual, en un plano de igualdad formal, desconectado totalmente con el mundo, generó una profunda desigualdad en la sociedad y, consecuentemente, la libertad ejercitada en un mundo desigual favorecía a los sectores poderosos de la misma. Poco a poco, se fue entendiendo que el bienestar particular no generaba necesariamente el bienestar general. En consecuencia, se hizo necesaria la intervención del Estado para nivelar estas desigualdades, limitando la autonomía de la voluntad. Tanto en los países socialistas, como en los países capitalistas, la intervención del Estado se hace notoria y evidente, con los matices de diferencia entre ambos sistemas, en el aspecto contractual.

DE LA PUENTE, transcribe la Exposición de Motivos del Código Civil Mejicano de 1928: "El cambio de las condiciones sociales de la

vida moderna impone la necesidad de remover la legislación, y el derecho civil, que forma parte de ella, no puede permanecer ajeno al colosal movimiento de transformación que las sociedades experimentan.(.....) Para transformar un Código Civil en que predomina el criterio individualista, en un Código Privado Social, es preciso reformarlo substancialmente, derogando todo cuanto favorece exclusivamente el interés particular con perjuicio de la colectividad, e introduciendo nuevas disposiciones que armonicen con el concepto de solidaridad. (.....). La necesidad de cuidar 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 que directamente afecta a la clase obrera, han hecho indispensable que el Estado intervenga para regular las relaciones jurídicas económicas, relegando a segundo término al no ha mucho triunfante principio de que la voluntad de las partes es la suprema ley de los contratos"¹³.

Como lo precisan OSPINA Y OSPINA, recogiendo, a su vez, a Julien Bonnetcase, el hecho de que el racionalismo haya exaltado la voluntad privada al punto de convertirlo en el soporte más importante de la vida social, y reducir la función del Derecho, y su noción más importante como lo es el Orden Público, a la protección negativa de dicha voluntad, ha provocado una reacción en el pensamiento jurídico filosófico contemporáneo¹⁴.

Podemos afirmar que a la actualidad, bajo la influencia del personalismo ético Kantiano y del personalismo de Mounier, hay un replanteamiento en el Derecho y fundamentalmente en el Derecho Civil,

¹³ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. "Estudios del Contrato Privado" Ed. Cultural Cusco S.A., Lima-Perú. Pág. 56.

¹⁴ OSPINA, Guillermo y OSPINA, Eduardo. "Teoría General de los Actos y Negocios Jurídicos". Ed. Temis. Bogotá-Colombia. 1983. Pág. 9.



centrando la atención en el ser humano como principio y fin del Derecho. El ser humano no debe convertirse en medio, sino que respetando su dignidad, debe ser un fin en sí mismo. Debe entenderse que todo derecho lleva consigo implícito un deber, que es un deber para con la sociedad, por la naturaleza del hombre que es "coexistencial".

FERNANDEZ SESSAREGO, señala: "La tendencia que se inspira en la vivencia del valor solidaridad es socializante en la medida que logra comprender que "los derechos subjetivos" se hallan, siempre y necesariamente, en función de los demás, de los otros sujetos – determinados o indeterminados – de la sociedad en suma. De ahí que todo derecho subjetivo no puede ser absoluto no arbitrario, sino que se constituye en la dimensión sociológico existencial como un derecho "en relación" con los intereses y los derechos de los otros sujetos. Estos intereses se encuentran, por ello presentes y actuantes, de alguna manera, en el derecho subjetivo. Lo limitan en suma, en función de la solidaridad, de la justicia y la seguridad, principalmente. Estos límites se objetivan en el ordenamiento a través de las cláusulas generales. Se trata de límites impuestos en base a la dimensión coexistencial del ser humano. Imposición que algunos juristas identifican con una tendencia "socializante" del derecho"¹⁵.

Sin embargo, como lo hemos señalado líneas arriba, asistimos a una arremetida del pensamiento neo liberal, con repercusiones en el derecho. El Código Civil de 1984, representó el esfuerzo que, por más de dos décadas realizó el pensamiento jurídico peruano más relevante, encarnando una posición humanista, que se desarrollaba con fuerza a nivel occidental y cristiano. Pero, la influencia, cada vez más creciente, de los principios liberales que

sustentan el sistema jurídico del *common law*, especialmente del sistema que regula la sociedad norteamericana, hace que estemos en un momento de revisión de aspectos estructurales que nos pueden llevar a un cambio, sea para una afirmación de las instituciones básicas que sustentan la posición liberal, sea para una remodelación de las instituciones existentes que recoja esta otra visión, generando una posición ecléctica, de un liberalismo con rostro humano, o de una posición humanista que respeta la libertad de las personas como generadora de las relaciones jurídica, respetando la autonomía de la voluntad.

En verdad, la existencia del orden público no contradice ninguna de las posiciones ideológicas existentes a nivel universal. Cualquiera fuere el sistema ideológico político que se adoptare, con sus implicancias en el mundo jurídico, existirán determinadas condiciones mínimas, básicas, para que la convivencia humana se desarrolle armoniosamente. Estas condiciones mínimas, a las que nos sometemos todos, por nuestra propia seguridad, constituye el orden público. Por ello, el orden público se convierte en un aspecto estructural del Derecho, cualquiera fuere el sistema ideológico político que impere en una sociedad, en razón de que éste recoge las convicciones generales de distinto orden que en todo colectivo humano existe, y se convierte en un limitante inevitable de la libertad individual. Lo contrario, sería asumir la posibilidad de que la libertad individual es irrestricta, que carece de parámetros sociales y que los individuos pueden generar cualquier acto jurídico, sin más requisito que el acuerdo de voluntades. La razón nos dice que es imprescindible que los individuos respeten aquellas condiciones mínimas que regulan, ordenan, facilitan la convivencia humana.

¹⁵ FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. "Derecho y Persona". Ed. Inesla. Lima-Perú. 1990. Págs. 95-96.



El tema, en consecuencia, es de márgenes de libertad. Teniendo en consideración la propia naturaleza del ser humano, esto es, que se trata de un ser individual y social, es imprescindible regular ambas realidades que, en el caso del ser humano, es inescindible. El ser humano es la conjunción de ambas realidades, es individuo porque la naturaleza lo dotó de determinadas características físicas e intelectuales, y genéticas si se quiere, pero -a su vez- es producto de una circunstancia social a la que fue lanzado. Por ello, podemos afirmar que somos individuo y somos sociedad. La regulación de esta relación individuo sociedad, es inevitable, los márgenes de libertad y los márgenes de ingerencia del poder público, es lo que será expresión de los diversos sistemas políticos.

5. El Orden Público en el Código Civil Peruano.

5.1 Consideraciones previas.

5.2 El Orden Público como expresión de la voluntad social.

En la búsqueda de elementos que nos permitan tener una idea clara de Orden Público, independientemente de las legislaciones que tienen un carácter espacio-temporal, nos encontramos con un elemento difícil de apreciar, cuestionado por su generalidad, pero estimamos presente en el mundo jurídico, como es la "voluntad social". En este sentido, la "voluntad social" cobra singular importancia, para convertirse, según algunos autores, en el elemento sustancial, vital del Orden Público. En esta línea se encuentra SÁNCHEZ VIAMONTE, cuando dice que el principal y

supremo poder en todas las naciones espacial y temporalmente consideradas es la Voluntad social¹⁶, la misma que ha estado siempre presente, pero no siempre triunfante en una sociedad.

La voluntad social no siempre se ha expresado a través de la denominada opinión pública, ni es ésta su único canal de manifestación, ya que "La voluntad social se manifiesta, principalmente, en el fenómeno económico y en el jurídico, como fuerza representativa de un interés colectivo y desempeñando su función en el libre juego en el que las energías vitales se imponen por su mayor eficacia"¹⁷.

Cuál es el papel que juega la Voluntad social en la formación del Derecho?. Para algunos es decisiva, ya que el fenómeno social, cultural, llamado Derecho es la expresión de una colectividad que pretende regularse en sus relaciones intersubjetivas. El Derecho no es la expresión de un individuo ni de un ente colectivo, es la expresión social que se traduce en las relaciones económicas sociales vigentes en una determinada etapa histórica. Lo cierto es que dicha voluntad social que está presente en todo momento, no ha logrado expresarse o ha sido sustituida o alienada en muchas oportunidades.

Sin embargo, en la concepción del orden público la idea de la voluntad social está presente, diríamos, constituye la columna vertebral del mismo, porque recoge los intereses colectivos, generales del grupo humano, que están por encima de cualquier otro interés particular, por lo que su normatividad se torna obligatoria.

¹⁶ SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos. "Orden Público". Enciclopedia Jurídica Aneba. T. XXI. Ed. Bibliográfica Argentina. 1968. Pág. 63.

¹⁷ SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos. "Orden Público". Enciclopedia Jurídica Aneba. T. XXI. Ed. Bibliográfica Argentina. 1968. Pág. 63.



5.3 Tratamiento general del orden público en el Código Civil de 1984.

Las referencias que hace el Código Civil Peruano de 1984, sobre la institución jurídica del Orden Público en todos los libros no es uniforme y se presta a distintas interpretaciones, quizás, en parte por los distintos autores que se encargaron de redactar el referido cuerpo de leyes.

En primer lugar, diremos que, el orden público es mencionado en 11 artículos a través del Código, más dos artículos remitentes, uno al artículo V del título Preliminar (artículo 219 inc.8), y otro (artículo 120) que nos remite al artículo 96, agregándose a ello 4 artículos que se refieren expresamente a normas imperativas que están estrechamente vinculados a la concepción de orden público. Dos artículos que se refiere a las leyes que interesan al orden público (artículo, V del Título Preliminar y el artículo. 219 inc. 8 que nos remite al artículo V); dos artículos que se refiere a las normas de orden público (artículos 13 y 1328); nueve artículos que se refieren directamente al orden público (artículos 6, 96, 1681 inc. 7, 1697 inc.3, 2060 2104 inc.7, 2049, 2050 y artículo 120 que nos remite al 96); y, cuatro artículos que se refiere a las normas imperativas (artículos 698, 1354, 1356, y 2096).

Como podemos apreciar, el Código Civil Peruano no trata el Orden Público con criterio uniforme, refiriéndose unas veces a la institución misma, otras a las leyes, otras a las normas y finalmente a las normas imperativas que, alcanzan significados diversos. Aparentemente no ha existido una idea clara del orden público, se le ha usado intuitivamente, más que racionalmente, complicándose más, si tenemos en consideración que han sido diversos juristas los autores de los distintos libros que integran dicho cuerpo legal, los que han manejado la idea y, por lo tanto, no ha coincidido con los demás autores.

5.3.1 Leyes que interesan al orden público.

En este ensayo nos referiremos específicamente al artículo V del Título

Preliminar del Código Civil y, consecuentemente, al artículo 219 inc.8 que nos remite al referido artículo V.

Artículo V del Título Preliminar y 219 inc.8.

“ARTICULO V .- Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres”.

“Artículo 219 .- Este acto jurídico es nulo: (.....)”

8. En el caso del artículo V del título Preliminar, salvo que la ley establezca sanción diversa”.

5.3.2 Consideraciones generales sobre el orden público en relación a las normas en comentario.

Analizamos las dos normas en conjunto, porque el artículo 219, en su inciso 8, nos remite al artículo V del Título Preliminar del Código Civil. Debe tenerse en consideración que en este tema rige el principio de legalidad, de tal suerte que la nulidad del acto jurídico procederá en lo que esté expresamente previsto en la legislación. El artículo 219, en efecto, nos señala taxativamente cuáles son las causales de nulidad del acto jurídico. Al margen de ellas, no es posible declarar la nulidad del acto jurídico. Sin embargo, el numeral en referencia, luego de especificar las causales, en el inciso 8, nos remite al artículo V del Título Preliminar, convirtiendo esta causales en una de naturaleza virtual, porque no se trata de una situación específica, sino de una diversidad de posibilidades, pero que tienen de común el ser contrarias al orden público o las buenas costumbres.

Los artículos en comentario se refieren a las limitaciones a la libertad contractual, a los límites de la autonomía de la voluntad. Podemos considerar que si bien la norma se refiere a las limitaciones, el principio que acepta nuestro sistema jurídico es la posibilidad de creación de las relaciones jurídicas en base a la autonomía de los sujetos de derecho. El tratamiento es, pues, de restricción respecto a la libertad individual.



Sin embargo, las limitaciones establecidas se refieren a "las leyes que interesan al orden público", no al orden público en sí. ¿Por qué el legislador ha sido limitante en el tratamiento del orden público?, porque, evidentemente, no es lo mismo referirse al orden público que a las "leyes que interesan al orden público". El orden público no es un concepto restringido a las leyes; es más amplio; lo podemos encontrar en los principios generales del Derecho y, por lo tanto, diluidos en todo el sistema y, es más, como hemos vislumbrado en el capítulo anterior, son valoraciones vigentes en la sociedad que coloca a los intereses generales del ente colectivo por encima de los intereses particulares y que deben ser apreciados por el Juzgador, recogidos de la realidad social, y no limitarse a las "leyes".

La explicación es que nuestro legislador ha seguido la influencia del Código Civil Francés de 1804 (CODE) que tiene un texto idéntico, que fuera recogido también por el legislador del 36, con ligeras variantes que no afectan a lo que es materia de nuestro estudio.

El texto no es casual, sino que obedece a toda una concepción filosófica jurídica de la época en que se redactó el Código Napoleónico. Recordemos el auge de la libertad individual en dicha etapa de la historia. Se trató de plasmar en normas jurídicas la plenitud de la autonomía de la voluntad como generadora de las relaciones jurídicas. Era el sustento de la libertad de contratación y de la libertad contractual.

Era la época del auge de la interpretación exegética de las normas, donde el intérprete tenía que ceñirse a la norma sin desvirtuarla, y siendo el sustento del sistema la libertad de contratación, sobre la base de la autonomía de la voluntad, lo más seguro para no desvirtuar

estas bases, era limitarlas con el orden público, pero sujeto a las leyes que estaban referidas a él. Sólo las leyes, es decir, el legislador, y sólo él es el que establece los límites a la libertad de contratación. Fuera de las leyes no existía limitación alguna. Todo lo que la ley no prohibía estaba permitido. De esta forma se garantizaba la seguridad jurídica, concordante con los intereses de la clase predominante en la sociedad.

VIDAL RAMÍREZ, sostiene que nuestro Código Civil hace prevalecer el orden público sobre la autonomía de la voluntad¹⁵. Nuestro punto de vista, es contrario a tal afirmación, ya que existe una predominancia de la autonomía de la voluntad como generadora de las relaciones jurídicas, y sólo si se atenta contra el orden público, o mejor dicho, si se atenta contra "las leyes que interesan al orden público" se produciría su nulidad. El motor generador sigue siendo la autonomía de la voluntad y el orden público se convierte en límite de ésta, sólo cuando está reconocido por el legislador.

Cuando el legislador se refiere a las "leyes", debemos entender que se está refiriendo a toda la legislación, y no exclusivamente a las leyes propiamente dichas, es decir, a las leyes formales, aquellas que elabora el Parlamento y las promulga el Ejecutivo. Un Decreto Supremo, una ordenanza municipal, etc., también puede ser consideradas como referidas al orden público. Similar opinión tiene RUBIO CORREA¹⁶.

La consecuencia de un acto jurídico que contrarie las leyes que interesen el orden público, es la nulidad del mismo. Recordemos que el Código de 1936 no establecía las consecuencias del "pacto" contra las leyes que interesan al orden público, de tal manera que ello constituye un avance legislativo.

¹⁵ VIDAL RAMÍREZ, Fernando. "La Autonomía de la Voluntad y el Orden Público en el Código Civil". Revista del Foro. Colegio de Abogados de Lima. Lima-Perú. Enero-junio. 1988. Año LXXV. N° 1. Pág. 345.

¹⁶ RUBIO CORREA, Marcial. "Para Leer el Código Civil. Título Preliminar". T.III. Ed. Pontificia Universidad Católica del Perú. 1986. Lima-Perú. Págs. 92-93.



La pregunta que flota es si ¿un acto jurídico que atenta contra el orden público, es nulo, a pesar de que no exista ninguna ley específica referida al orden público?. Una interpretación literal nos diría que mientras no esté afectando alguna ley específica que se refiera al orden público, el acto jurídico no es nulo. Sin embargo, consideramos que la interpretación debe ser extensiva, ya que el orden público no debe sujetarse necesariamente a una ley. Reconocemos que esta opinión es bastante discutible, máxime en nuestro medio donde existe el predominio de la interpretación exclusivamente normativa y literal.

La otra observación que hacemos es la referencia a las buenas costumbres, distinguiéndola del orden público, convirtiéndose en otra limitación a la autonomía de la voluntad. Aquí, a diferencia del orden público, no podemos concluir que el legislador está remitiendo las buenas costumbres a las leyes que la reconocen como tal. La remisión a las leyes es exclusivamente para el orden público. Pero aquí también debemos preguntarnos si necesariamente el orden público y las buenas costumbres constituyen dos categorías jurídicas diferentes. El tema es discutible, por cuanto parecería que la respuesta es afirmativa, pero resulta que si tenemos una concepción amplia del orden público, la buena costumbre estaría involucrada dentro de él.

El art. 219 inc. 8 nos remite al art. V del Título Preliminar, por lo que es válido nuestro comentario anterior, debiendo tenerse en consideración, la posibilidad de que la norma específica prevea una sanción diversa a la nulidad que establece el articulado del Título Preliminar. Como señala RUBIO CORREA, nos encontraríamos ante el reconocimiento de la norma prevista en el Título Preliminar como

principio general, resultando las demás normas que prevén una sanción distinta, especiales, debiendo primar éstas sobre aquellas²⁰.

5.4 Consideraciones específicas sobre la nulidad del acto jurídico en su relación con el orden público.

Para referirnos al complicado tema de la nulidad del acto jurídico, al cual se refieren —expresamente— el artículo V del Título Preliminar del Código Civil y el inc. 8, del art. 219, siendo que esta última nos remite a la primera mencionada, es conveniente aproximarnos a una definición del acto jurídico, para luego tratar de encontrar cuáles son los elementos que integran un acto jurídico, para desembocar en el tema de la ineficacia del acto jurídico que es la forma como trata nuestra legislación civil el tema genérico, dentro del cual encontramos los aspectos relacionados a la nulidad de los actos jurídicos.

a) Noción del acto jurídico o negocio jurídico.

Para arribar a una noción del acto jurídico, comencemos por definir lo que es el aspecto genérico, esto es, el hecho jurídico. Por hecho jurídico entendemos todo acto o hecho que produce consecuencias en el mundo jurídico. En otras palabras, todo aquello que produce consecuencias en el mundo jurídico, es un hecho jurídico.

Sin embargo, debemos distinguir los hechos jurídicos que provienen de la naturaleza y, por ende, ajenos a la voluntad de los seres humanos, de aquellos que si provienen de la voluntad de los hombres. Encontramos así una primera clasificación de hechos jurídicos. Ejemplos de los primeros será, un movimiento sísmico que destruye los bienes inmuebles de una ciudad y cambia los linderos de los mismos; la muerte

²⁰RUBIO CORREA, Marcial, "La invalidez del acto jurídico". Para Leer el Código Civil. Vol. IX. Fondo Editorial de la PUCP. Lima-Perú. Pág. 109.



natural de una persona. En ambas situaciones se trata de hechos jurídicos, ajenos a la voluntad del humano, y que provocan consecuencias en el mundo jurídico. Ejemplos de los segundo serán, la celebración de un contrato de compra venta; las lesiones que se sufren como consecuencia de un accidente de tránsito. En ambos casos, observamos la intervención del ser humano. La voluntad ha sido determinante de la generación del acto jurídico. En el primer caso, como un acto plenamente conciente de los intervinientes en el contrato; en el segundo caso, estamos frente a un tema referido a la voluntad de las personas, pero en lo relativo a la culpabilidad y, específicamente, a un tema de negligencia, imprudencia o temeridad.

A su vez, los actos jurídicos voluntarios podemos clasificarlos en actos lícitos e ilícitos. Los primeros, es decir, los hechos jurídicos voluntarios y lícitos, son aquellos que se realizan observando los principios y normatividad vigente en la sociedad, responden al principio de legalidad en general. Los segundos, en cambio, son aquellos que se realizan infringiendo los principios y la normatividad vigente. Ejemplo de los primeros será, la compra venta de un inmueble celebrado entre el propietario y el comprador. Se trata de un hecho jurídico, voluntario y realizado dentro de los principios y normas que reconoce nuestro sistema jurídico. Ejemplo de los segundos será, un accidente de tránsito que ocasiona lesiones graves a una persona. En este caso, se trata de un hecho jurídico voluntario (recordemos que en el tema de la voluntad debe manejarse las categorías de dolo y culpa), reprimido por el sistema jurídico, porque ha ocasionado un daño con un bien riesgoso. Si bien no ha sido doloso, la culpa es el área de la voluntad del ser humano, que cuando ocasiona daño debe responder el autor.

De otro lado, los actos jurídicos lícitos los podemos clasificar en: actos jurídicos con manifestación de voluntad y sin manifestación de voluntad.

De lo expuesto, podemos señalar que el acto jurídico o negocio jurídico como se le conoce en otros sistemas jurídicos, es el hecho jurídico,

voluntario, lícito y con manifestación de voluntad.

b) La ineficacia del acto o negocio jurídico.

Hemos señalado en capítulo anterior que el acto jurídico es la institución jurídica a través de la cual se expresa la autonomía de la voluntad de los sujetos de derecho, es decir, la libertad del ser humano canaliza sus expresiones a través del acto jurídico, porque a través de él puede satisfacer toda la gama de sus necesidades, de orden personal o colectivo, intereses particulares considerados socialmente dignos y legítimos. Sin embargo, como acabamos de señalar, el acto jurídico requiere de la presencia de tres aspectos que integran su estructura. Cuando ello no ocurre, sea por ausencia de algún elemento, presupuesto o requisito, sea por algún vicio en alguno de los tres aspectos señalados, estamos frente a lo que nuestro sistema jurídico denomina ineficacia del acto jurídico.

La categoría jurídica de la ineficacia del acto jurídico, comprende: la ineficacia estructural o invalidez del acto jurídico, dentro de la cual se comprende los casos de nulidad y anulabilidad del acto jurídico, y, la ineficacia funcional, dentro de la cual se comprende los casos de rescisión y resolución del acto jurídico.

¿Cuál sería la diferencia entre la ineficacia estructural y la ineficacia funcional del acto jurídico?. Estamos frente a un tema de ineficacia estructural, es decir, ante un tema de nulidad o anulabilidad del acto jurídico, cuando no está presente alguno de los elementos, presupuestos o requisitos de todo acto jurídico, es decir, se trata de un tema de ausencia de alguno de los tres aspectos del acto jurídico. Ejemplo de ello sería, si se pretende celebrar un acto jurídico cuyo objeto es jurídicamente imposible, como pretender pactar alquilar el vientre de una mujer con fines procreativos, dándole un contenido patrimonial, lo que se conoce como la maternidad subrogada, siendo que dicho acto está prohibido por nuestro sistema jurídico.

En cambio, estamos frente a un tema de



ineficacia funcional, cuando estando presente en el acto jurídico, todos los elementos, presupuestos y requisitos establecidos, es decir, estructuralmente completo, sin embargo, sea por un aspecto que surge con el acto jurídico mismo o por acto posterior a su formación, es ineficaz. Es un problema funcional, más no estructural. Ejemplo de ello lo tenemos cuando se vende un bien ajeno, que nuestro sistema lo considera como un problema funcional, siendo por ello un tema de rescisión, porque el problema está en la formación del acto jurídico mismo. Lo mismo ocurre, cuando el comprador deja de pagar el precio o parte del precio, pero siendo un tema funcional, se trata de un asunto de resolución del acto jurídico, porque el problema se originó con posterioridad a la formación del acto jurídico.

c) La nulidad del acto jurídico y su relación al orden público. La llamada nulidad virtual.

En realidad, cuando el artículo V del Título Preliminar del Código Civil se refiere a que son nulos los actos jurídicos celebrados, contrariando las leyes que interesan al orden público o las buenas costumbres, comprende la llamada nulidad virtual o nulidad tácita.

Si mencionamos la existencia de una nulidad virtual o tácita, es porque existe la nulidad expresa y ésta se presenta cuando la misma norma expresamente señala que se trata de un acto jurídico nulo. En cambio, estaremos frente a una nulidad virtual o tácita, cuando no existiendo una norma precisa, sin embargo se trata de un acto jurídico que contraria el orden público. En otras palabras, el artículo en comentario, refiere como limitante de la libertad individual, el orden público. El tema es si el juzgador debe ubicar el orden público en las leyes o debe también referirse a los principios y valores que sustentan todo el sistema jurídico.

La expresión virtual o tácita, para designar este tipo de nulidades del acto jurídico, porque el supuesto de la realidad no está previsto en ninguna norma de manera explícita o expresa, como causal de nulidad, sin embargo, cae bajo el manto genérico del orden público. En otras

palabras, es imprescindible no sólo interpretar el hecho de la realidad para conjugarlo con la imperatividad de las normas, para ver si las contraría, sino que, además, debe conjugarse dicho hecho, con los principios y valores que la sociedad ha querido privilegiar, los cuales generalmente subyacen como sustento de la Constitución Política del Estado.

En consecuencia, la nulidad del acto jurídico, es un tema de ineficacia estructural, denominándose también invalidez del acto jurídico, sobre el cual rige el principio de legalidad, por lo que las causales deben estar previstas en la ley; sin embargo, tenemos la nulidad virtual en la que involucraríamos aquellos actos jurídicos contrarios a las leyes que interesan al orden público. Desde ya, resulta limitante que el orden público haya que ubicarlo sólo en las leyes, ya que corresponde a la función jurisdiccional marcar el ritmo de desarrollo del Derecho y ello se producirá cotejando las normas con los principios y valores que la sociedad quiere privilegiar. La interpretación, resulta el ejercicio integral fundamental que debe realizar todo juzgador, máxime, si como hemos analizado a lo largo de este trabajo, el orden público recoge el conjunto de convicciones éticas, ideológicas, políticas, económicas, religiosas, artísticas, que el derecho debe recoger para garantizar la convivencia de los seres humanos integrantes de la colectividad.

Pongamos dos ejemplos que estarían contrariando el orden público, entendido en su sentido más amplio y, sin embargo, del cotejo con las normas y los valores imperantes en la sociedad, la solución es diametralmente opuesta, siendo que uno de ellos sería considerado abiertamente contrario al orden público, mientras que el otro, a través del análisis de las normas que sobre derechos fundamentales recoge la Constitución Política del Estado y los principios y valores que la sustentan, más bien, terminaría por admitirse. Los ejemplos son los siguientes: el primero, referido al matrimonio entre personas pertenecientes al mismo sexo. Es indudable que se trataría de un acto jurídico abiertamente contrario al orden público, no sólo porque



violenta la norma constitucional que consagra que el matrimonio debe ser entre un hombre y una mujer. Siendo así, es violatoria de una norma pero, además, desde el punto de vista valorativo, es un acto reprobado mayoritariamente por la población. No sólo se tendría que modificar la norma, para terminar aceptando el matrimonio entre personas del mismo sexo, sino que la sociedad tendría que llegar a un consenso para admitir esta situación. El segundo ejemplo está referido al tema de la adecuación de sexo, mal llamado cambio de sexo. En este caso, no sólo tenemos la norma relativa a los actos de disposición del propio cuerpo, que no pueden provocar una disminución permanente de la integridad física de la persona, sino que tampoco pueden contrariar el orden público. Sin embargo, teniendo como referentes, los derechos fundamentales a la identidad, a la libertad, al libre desarrollo de la personalidad y los principios y valores que los sustentan, podemos llegar a la conclusión que en este tema, crucial y trascendente para el desarrollo integral de la personalidad de quien tiene la problemática, el derecho brinda la oportunidad para arribar a una posible solución existencial, de la mano, obviamente, con lo que la medicina nos brinda a la actualidad, como un método terapéutico.

6. A MANERA DE CONCLUSIÓN.

- a) La autonomía de la voluntad es la razón de ser de los contratos. Sin embargo, la voluntad de los sujetos de derecho no es absoluta, irrestricta; la misma está limitada por el orden público y por las buenas costumbres, conformen lo precisan la mayoría de las legislaciones. Y es que, frente al interés individual de los sujetos de la relación jurídica contractual, está el interés general de la sociedad. La evolución del contrato ha estado determinada por los grados concedidos a la autonomía de la voluntad y por las limitaciones impuestas por el orden público y las buenas costumbres.
- b) La doctrina no es uniforme al pretender conceptualizar el orden público. Sin

- embargo, existen algunos criterios válidos que deben ser considerados, como el interés general o colectivo (voluntad social), mantenimiento de la organización social, espíritu de las leyes o fines de la legislación.
- c) El orden público, si bien, tiene sus orígenes en el Derecho Romano, cobra su mayor configuración cuando la autonomía de la voluntad se difundió al máximo en el siglo XIX, y fue necesario su desarrollo para poner límites a dicha voluntad privada, a la autonomía de la voluntad.
 - d) El orden público no es una noción universal, pues su contenido varía espacial y temporalmente en función a la idiosincrasia cultural y a los sistemas políticos sociales imperantes en una comunidad, que van generando sistemas de valores, modos de comportamiento y principios éticos, los que deben ser cotejados en la interpretación de las normas.
 - e) La concepción de orden público implica la presencia de la voluntad social, y en contraposición a la libertad individual que se expresa a través de la autonomía de la voluntad, ésta recoge los fines colectivos de la comunidad.
 - f) Si bien existe un tratamiento incoherente del orden público en el Código Civil de 1984, se ha cuidado el legislador de tratarlo a través de "leyes que interesan al orden público", en las normas más importantes por su aplicación general, como es el art. V del Título Preliminar, quitándole de esta forma mayor proyección, ya que sólo serán determinantes las leyes que interesen al orden público. Encontramos aquí razones de orden ideológico, por cuanto se le brinda un espectro amplio a la autonomía de la voluntad, mientras que al orden público se le restringe sólo a las leyes.

En comparación con los otros tratamientos, éste es el más limitado ya que cuando se refiere a normas de orden público su comprensión es más amplia, pues rebasa el marco de la ley. Con mayor razón cuando se refiere únicamente al orden público en la que podemos abarcar situaciones de mayor alcance.