

La autonomía de la voluntad como principio contrafáctico

Por, Fernando Shina.¹

Sumario

A. El derrumbe del Derecho Privado Tradicional: i) *Presentación.* II) *El lento retroceso de la autonomía de la voluntad en la doctrina nacional.* III) *La contrafacticidad de la autonomía de la voluntad.* IV) *El injusto obligatorio, la igualdad de los desiguales, la injusticia particular, y el bienestar general: (a) La igualdad genérica y la desigualdad particular; (b) Del injusto particular al bienestar general.*

B La autonomía de la voluntad en el derecho privado tradicional: I) *Presentación.* II) *La autonomía de la voluntad en la clásica teoría general del acto jurídico.* III) *La autonomía de la voluntad en la clásica teoría general del contrato.* IV) *El comienzo del fin de la autonomía de la voluntad: la constitucionalización del derecho privado.* V) *Las idas y vueltas de nuestra jurisprudencia.*

A) El derrumbe del Derecho Privado.

i) Presentación.

Nos proponemos describir cómo la noción de *autonomía de la voluntad* fue utilizada para organizar el funcionamiento de nuestro ordenamiento jurídico y cómo, a partir de la segunda mitad del siglo pasado, el sistema normativo comenzó a organizarse en base a otros principios. La noción de una voluntad autónoma tuvo, en efecto, diversa aceptación y alcance a lo largo de un recorrido que se inicia en 1871 y termina con la aparición del Código Civil y Comercial en agosto de 2015.

La ley 26.994, que derogó el viejo Código Civil y puso en marcha el nuevo Código Civil y Comercial, nos muestra que la intervención del Estado en la contratación privada es mucho más activa que en el pasado y, asimismo, se remarca que esa injerencia se consolida hacia el futuro. Como bien señalan Julio César Rivera y Daniel Covi: *En el ámbito de las relaciones jurídicas patrimoniales, una cierta*

¹ Doctor en Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, 2019

*intervención del Estado a favor de las personas con menor poder de negociación lo que se traduce en la limitación del papel de la autonomía de la voluntad y en algunos límites impuestos al ejercicio de los derechos subjetivos.*²

ii) El lento retroceso de la autonomía de la voluntad en la doctrina nacional.

En el orden nacional, la doctrina ha tenido una posición pendular frente al tema que examinamos. No obstante, se advierte –con escasas excepciones– un sostenido retroceso de la regla de la autonomía de la voluntad y la libertad contractual como ejes exclusivos y excluyentes de la teoría general del acto jurídico de la que deriva el contrato, máximo exponente de la regla de la autonomía de la voluntad.

Mosset Iturraspe, que sin dudas es uno de los autores clásicos que mejor marca los límites del debate en torno de la autonomía de la voluntad, señala, a mitad de camino entre interrogante retórico y la reflexión: *¿Es justo regular el Mercado? ¿Y, en caso de serlo, en qué términos? El debate sobre estas cuestiones no es nuevo; por un lado, los empresarios, los comerciantes, vienen sosteniendo, desde la Edad Media, a partir de la ‘lex mercatoria’, con apoyo del pensamiento liberal, que hay que dejar hacer, dejar pasar, que el Mercado se regula a sí mismo a través de reglas invisibles y normas espontáneas. Esa actitud es la justa y equitativa, lo contrario, intervenir, dirigir, ordenar, sólo conduce a la distorsión del Mercado, al retraimiento de los personajes activos, los dueños del Mercado, los proveedores, comerciantes e industriales*³.

Si no se advierte que la autonomía de la voluntad, la libertad contractual y la obligatoriedad de los contratos forman parte de una trama inseparable de contenido jurídico-económico, se corre peligro de caer en la discusión superficial que se agota en cuestiones teñidas de ideología⁴.

² Rivera, Julio César, Medina Graciela, *Derecho civil y comercial, Parte General*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2017, p.15.

³ Mosset Iturraspe, Jorge en: *Alegria - Mosset Iturraspe, Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2012-1, Eficacia de los derechos de los consumidores*, Bs. As., Rubinzal-Culzoni, 2012, p. 14.

⁴ La responsabilidad civil debe resarcir daños, no teniendo por misión a acoger meras susceptibilidades o afanes crematísticos desbordados. No comprender ello equivale directamente a no entender qué es sustancialmente la responsabilidad civil o a confundirla con la seguridad social, lo que es inaceptable

Por cierto, pensamos que es más enriquecedor analizar la vinculación de la teoría económica del liberalismo con la teoría general de los actos jurídicos. Una visión integrada de la economía y el derecho es esencial para elaborar institutos jurídicos que mejoren la difícil compatibilidad entre la libertad contractual y la equidad en las relaciones jurídicas.

El desarrollo tecnológico sumado a la comercialización masiva de bienes y servicios demuestra que es un error intentar un examen teórico del Derecho sin considerar las leyes básicas de la economía capitalista.

Adam Smith (1723 - 1790) al explicar su teoría sobre la riqueza de las naciones pone en el tapete la relación directa entre la ejecución obligatoria de los contratos y el progreso de la economía. La regla *pacta sunt servanda* es – definitivamente – una herramienta que asegura el funcionamiento de los mercados descritos por el capitalismo. Para Smith y los pensadores del liberalismo tradicional que le siguieron, cualquier restricción legal al cumplimiento de la palabra empeñada en los contratos repercute desfavorablemente en la seguridad jurídica y, por añadidura, termina afectando negativamente el funcionamiento de los mercados.

El respeto ciego a la palabra empeñada está vinculado al tráfico de riqueza y a garantizar el cumplimiento de los contratos (sean justos o injustos) antes que a constituir un atributo de la dignidad del hombre. Se trata de una regla económica antes que un principio moral. Confundir una herramienta de la economía con un postulado ético fue un deliberado malentendido promovido por los mismos intereses que defienden a rajatabla el principio de la autonomía de la voluntad.

Federico De Lorenzo propone una lúcida confrontación teórica entre la autonomía de la voluntad (que denomina autonomía privada) y los derechos fundamentales (dentro de los que incluye –principalmente– a la dignidad del ser

legal y conceptualmente. La ideología de la reparación ha pretendido ir desgranando o disolviendo cada uno de los cuatro presupuestos clásicos de la reparación –daño causado y probado, relación causal adecuada entre el daño y la actuación del dañador, antijuridicidad del daño y factor de atribución de responsabilidad al dañador–, de modo de irlos diluyendo y, finalmente, hacerlos desaparecer. Paralelamente esa tendencia ha sacralizado al daño, al que pretende entronizar como el único presupuesto importante de la reparación. Uno cuya sola presencia convierte al damnificado en legitimado activo de un resarcimiento. Una segunda manifestación de esta ideología finca en la consideración favorable de la actuación de la víctima, que nunca se aprecia culpable en la medida suficiente para la autorresponsabilidad total o parcial (López Mesa, Marcelo, *La culpa, la ideología de la reparación y la responsabilidad civil*, Bs. As., Microjuris, 1998, Cita: MJ-DOC-4444-AR | MJD4444).

humano y los derechos personalísimos).

Nosotros coincidimos con el autor citado porque ese confronte de tensiones busca equilibrios allí donde la espontaneidad no tiende al justo medio, sino a sus excesos. Dicho de otro modo: la libertad contractual, por sí sola, no garantiza la existencia de equidad; más bien produce el efecto contrario dando ocasión a lo que De Lorenzo llama *el uso 'nihilista de la autonomía de la voluntad'*⁵.

Atilio Alterini es otro de nuestros grandes doctrinarios nacionales que, mucho tiempo atrás, advirtieron que en los últimos 30 años la sociedad modificó paradigmas que la habían acompañado por varios miles de años.⁶ Sin embargo, nos sorprende desfavorablemente la contraposición entre el pensamiento vanguardista de Atilio Alterini, que describe una sociedad en la que el sujeto es más protagonistas del futuro que del presente, y la concepción del actual legislador reformista que, al regular la *nueva* teoría contractual, nos remite a principios que brillaron hace más de un siglo y que se apagaron al finalizar el siglo XX. En efecto, la Comisión Redactora del Anteproyecto del Código Civil y Comercial, resalta el principio de la libertad contractual, la obligatoriedad del contrato y la no intervención de los negocios paritarios, como si esas reglas debieran ser ratificadas en vez de superadas por una concepción más realista⁷. Se impone que el Derecho se oriente hacia una concepción

⁵ De Lorenzo, Miguel F., Contratos, derechos fundamentales y dignidad de la persona humana, Bs. As., La Ley, 19/10/2011, LA LEY 2011-E-1258, Cita Online: AR/DOC/3517/2011.

⁶ *El largo período de diez mil años iniciado con la denominada revolución agraria fue clausurado hace sólo dos siglos por la revolución industrial, que se caracterizó "por el crecimiento de la población, por la aplicación de la ciencia a la industria y por un empleo del capital más intenso y más extenso a la vez", en coexistencia "con la conversión de comunidades rurales en urbanas y con el nacimiento de nuevas clases sociales", y una "oferta más abundante de bienes que se ofrecían al consumidor ordinario" (Ashton). La Era de la sociedad industrial llegó prontamente a su ocaso. ... La nueva realidad provocó modificaciones profundas en las conductas y en las expectativas, produciendo una ruptura en el proceso de endoculturación, mediante el cual se ha mantenido a través de la historia la unidad cultural de las sociedades... La rápida respuesta jurídica a los cambios se explica especialmente porque el Mundo entra en la primera de las Edades de la Historia en la que hay conciencia contemporánea del tránsito a tiempos nuevos y distintos: ... Hoy, por lo contrario, la información en tiempo real de los sucesos del Universo hace posible tener un esquema suficientemente completo de la situación global, y apreciar los síntomas del cambio, y sus consecuencias, simultáneamente con su producción. (Alterini, Atilio A., El consumidor en la sociedad posmoderna, Bs. As., LA LEY, 1996-E-818, RCyS2017-X, 283, Cita Online: AR/DOC/10407/2001).*

⁷ *Las disposiciones generales comienzan con la definición del contrato. Se sostiene que es el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales. Se incorporan algunos principios jurídicos aplicables en la materia, que constituyen la base sobre la cual se asienta la noción dogmática y que son*

más humanista del sujeto

iii) La autonomía de la voluntad como principio contrafáctico.

La noción conceptual que conocemos como *autonomía de la voluntad* es, en realidad, un principio contrafáctico que se niega a sí misma. Se trata de un enunciado de libertad individual que, casi sin excepciones, se materializa mediante renunciaciones o restricciones de los derechos individuales. Veamos esta contradicción que describimos.

En incontables ocasiones este concepto ha sido utilizado para justificar que una de las partes (siempre la más débil) renuncie a un derecho o limite su aptitud para ejercerlo o alivie la responsabilidad al otro contratante que, invariablemente, es la parte más fuerte del negocio. El concepto de autonomía de la voluntad tiene, por ese motivo, una condición reversible que sirve para justificar la libertad de unos pocos y la resignación del resto

iv) El injusto obligatorio, la igualdad de los desiguales, la injusticia particular, y el bienestar general.

(a) La igualdad genérica y la desigualdad particular. En este tópico vamos a examinar tres cuestiones importantes relacionadas con los contenidos de la libertad contractual, la obligatoriedad de los contratos y la noción de equidad como meta para lograr el bienestar general.

Para ello, vamos a dar por sentado que es posible que existan contratos que fueron celebrados voluntariamente por las partes y que, al menos aparentemente, no contienen vicios que permitan declarar su nulidad. Es decir, se trata de acuerdos celebrados con discernimiento, intención y libertad (art. 260, CCyC) pero que, al mismo tiempo, son injustos.

Esta clase de contratos contienen una particularidad que los hace

los siguientes: La libertad de las partes para celebrar y configurar el contenido del contrato dentro de los límites impuestos por la ley y el orden público. La fuerza obligatoria mediante la cual el contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Sólo puede ser modificado o extinguido conforme lo que en él se disponga, por acuerdo de partes o en los supuestos que, sobre adecuación del contrato, están previstos por la ley (Zannoni - Mariani de Vidal - Zunino - Shina - Ramos, Código Civil y Comercial..., p. 285).

especialmente incómodos para el normal funcionamiento de una teoría general aceptable: se trata de acuerdos formalmente válidos, legalmente obligatorios, pero realmente inequitativos. A decir verdad, abundan los acuerdos injustos y obligatorios; para comprobarlo alcanza con revisar alguna de las muchas ejecuciones de títulos de crédito que contienen intereses que superan la benévola categoría de abusivos y se acercan a la noción más criminal de la usura.

En segundo lugar, se echará una mirada a los términos de la llamada *libertad contractual*. ¿Es posible, acaso, hablar de libertad contractual entre contratantes cuya desigualdad de fortalezas y oportunidades es tan notoria? ¿Es verdaderamente libre el trabajador que contrata con el patrono o el consumidor que lo hace con el proveedor de bienes y servicios?

Finalmente, con ayuda de algunos pensadores de la filosofía, vamos a examinar si es posible alcanzar el bienestar general aceptando la irritante idea de que existen contratos que son, en simultáneo, injustos y obligatorios y que se atribuye la misma libertad a personas profundamente desiguales.

Este esquema de igualdades genéricas y diferencias particulares muestra una sociedad integrada con individuos igualados nominalmente por la titularidad de los derechos, pero profundamente desiguales a la hora de ejercerlos. Ronald Dworkin (1931 - 2013) es uno de los importantes pensadores que explica este desnivel tan desalentador:⁸

Y por el lado de las libertades individuales, las asimetrías se repiten con la misma intensidad que en las cuestiones relacionadas con la igualdad. Es posible afirmar que todos los hombres son libres e iguales en el sentido genérico, pero esto no impide reconocer que la posición socioeconómica privilegiada de un grupo minoritario mantiene un predominio irreversible sobre el otro grupo que es abrumadoramente

⁸ *La pobreza constituye un curioso tema para la filosofía reflexiva; solo parece ser apto para el escándalo y la lucha. En la mayoría de los países ricos, la distancia entre las personas de posición acomodada y los pobres es inconmensurablemente grande; en algunos, incluido, Estados Unidos, esa distancia crece sin pausa... Las teorías de la justicia distributiva exhortan de manera casi inevitable a una reforma radical en las comunidades capitalistas avanzadas, donde se las estudia con mayor avidez. Pero la posibilidad práctica de algo parecido a la reforma que propician es remota. (Dworkin, Ronald, Justicia para erizos, trad. Horacio Pons, Bs. As., Fondo de Cultura Económica, 2014, p. 428).*

mayoritario⁹.

La teoría contractual paritaria se estructura en base a sujetos que tienen una igualdad nominal de derechos pero que permanecen separados por el notable desnivel que cada uno de ellos tienen a la hora de ejercer esos derechos.

El esquema ideal debe buscar una forma de compatibilizar la libertad contractual y la desigualdad de los sujetos que forman el binomio contractual¹⁰. Ello, a nuestro modo de ver, requiere de una intervención del Estado que haga compatible la libertad contractual entre sujetos desiguales.

No se trata de negar que la libertad individual sea en un verdadero motor del progreso real del individuo, pero tampoco se puede caer en el pensamiento supersticioso de suponer que esas iniciativas, sin ninguna regulación estatal, son suficientes para lograr la realización individual y el bienestar colectivo¹¹.

(b) Del injusto particular al bienestar general. En el campo de la teoría

⁹ Según datos del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, a nivel mundial, más de 800 millones de personas aún viven con menos de 1,25 dólares al día y muchos carecen de acceso a alimentos, agua potable y saneamiento adecuados. Ver Informe Naciones Unidas en, <http://www.un.org/es/events/povertyday/>, Captura, 10/12/2017.

¹⁰ *El tema de la dignidad en su relación con la teoría contractual es un capítulo aún por construir. Indudablemente, la relación entre dignidad, libertad y autodeterminación es compleja, pero puede, al mismo tiempo, ser trascendente para concebir jurídicamente –más allá de una visión liberal o perfeccionista– una dignidad social compatible con políticas paternalistas, aun en el marco de una sociedad liberal. Esta vía, implica, por un lado, admitir que la dignidad de la persona humana es un objetivo de valor constitucional y, por otro, ratificar la importancia de los derechos sociales como instrumentos para la remoción de los obstáculos entre la dignidad y la libre construcción de la personalidad, construyendo un contexto en cuyo interior las decisiones de la persona puedan ser efectivamente libres. Una dignidad, diría, no sólo como protección del cuerpo humano contra los avances de la ciencia, sino, también, contra la iniquidad social que afecta la personalidad humana en tanto condicionante del "yo futuro" del individuo a través de las limitaciones materiales y espirituales en las que éste realiza los actos de su "yo presente". La dignidad social, así entendida, sería además consecuente con la manda constitucional que exige del Estado realizar lo conducente al desarrollo humano promoviendo las medidas de acción positiva que garantice el pleno goce y ejercicio de la dignidad (art. 75, incs. 19 y 23 CN). (De Lorenzo, Miguel F., *Contratos, derechos fundamentales y dignidad de la persona humana*, Bs. As., La Ley, 19/10/2011, LA LEY, 2011-E-1258, Cita Online: AR/DOC/3517/2011).*

¹¹ *Según este modo de ver, el gobierno trata a las personas con igual consideración por el mero hecho de permitirles toda la libertad que necesitan para trabajar, comprar y vender, ahorrar o gastar, tal como ellas mismas puedan y estimen mejor. Su riqueza sería entonces muy desigual, porque algunas personas son mucho más talentosas que otras en la producción y la administración, más prudente en la inversión, más frugales en el gasto, y hay quienes tiene inevitablemente más suerte que otras. Pero eso no es cosa del gobierno y, en consecuencia, no puede tomárselo como señal de ninguna falta de igual consideración por los que fracasan...Este argumento es tonto porque supone que el gobierno puede ser neutral en lo tocante a los resultados de la carrera económica. (Dworkin, Ronald, *Justicia para erizos*, trad. Horacio Pons, Bs. As., Fondo de Cultura Económica, 2014, p. 429 y 430).*

política, autores como John Rawls (1921 - 2002) explican, en términos morales, este esquema de igualdades abstractas y divergencias concretas.¹².

Rawls describe una idea moral que justifica la desigualdad como parte de un proceso social que concluye en un mayor bienestar general. La cuestión es presentada por este autor como una forma de *desigualdad justa* o, al menos, dotada de una finalidad moral que hace que deba ser tolerada solidariamente por toda la sociedad; pero, sobre todo, por las clases menos aventajadas. En definitiva, según esta idea, las clases desfavorecidas serían las beneficiarias finales de este aparente sacrificio.¹³.

La reflexión nos lleva a analizar si, efectivamente, esa tolerancia solidaria que las partes le prestan al sistema concluye en una reparación justa en favor de los grupos menos privilegiados de la sociedad.

Para enriquecer nuestro análisis sobre la autonomía de la voluntad habrá que determinar si esa diferencia de poderíos que los patronos y los proveedores tienen sobre los obreros y los consumidores concluye en un mayor bienestar general. Porque si no fuera así, estaríamos frente a una mera injusticia que debería ser prevenida por el Estado con leyes que regulen esas asimetrías.

Luego, seguirá siendo necesario establecer si el régimen de desproporciones contractuales es una injusticia tolerable, que viene acompañada con la promesa de bienestar, o si se trata de un privilegio injusto que lesiona irreversiblemente el postulado de la libertad prometida en el concepto de las voluntades autónomas.

Hannah Arendt (1906 - 1975) describe cómo esa igualdad contractual es

¹² *Sostendré en cambio que las personas en la situación inicial escogerían dos principios bastante diferentes: el primero exige igualdad en la repartición de derechos y deberes básicos, mientras que el segundo mantiene que las desigualdades sociales y económicas, por ejemplo, las desigualdades de riqueza y autoridad, sólo son justas si producen beneficios compensadores para todos y, en particular, para los miembros menos aventajados de la sociedad.* (Rawls, John, Teoría de la justicia, Fondo de Cultura Económica, México DF, 2014, p. 27).

¹³ *Sin embargo, no hay injusticia en que unos pocos obtengan mayores beneficios, con tal de que con ello se mejore la situación de las personas menos afortunadas. La idea intuitiva es que, puesto que el bienestar de todos depende de un esquema de cooperación sin el cual ninguno podría llevar una vida satisfactoria, la división de ventajas debería ser tal que suscite la cooperación voluntaria de todos los que toman parte en ella, incluyendo a aquellos peor situados.* (Rawls, John, Teoría de la justicia..., p. 27).

nominal e insuficiente porque no supera el nivel formal.¹⁴ La igualdad formal que surge de la libertad contractual no se hace cargo del estado de necesidad en el que cada contratante llega a celebrar ese acuerdo de apariencia paritaria. La necesidad del contratante más débil ocupa el lugar de una violencia social que fue desplazada y atenuada, pero sin ser erradicada. Sufre la violencia de la necesidad el asalariado que no llega con su salario a cubrir los gastos del mes y también la sufre el consumidor alienado que consume lo que ni siquiera sabe si desea consumir. En este último aspecto, coincidimos con Alterini cuando nos habla de la manipulación de las publicidades que hacen de las novedades y las modas¹⁵.

En definitiva, y frente al pensamiento de John Rawls se alzan otras ideas que critican rigurosamente las asimetrías alegando que ellas no tienen ninguna finalidad moral ni, mucho menos, aspiraciones de bienestar general. Son –aseguran– las reglas del mercado y del capitalismo clásico que tienen a la libertad contractual y a la autonomía de la voluntad como sostén principal.

La intervención del Estado, en desmedro del reinado de un derecho que más que privado parece privatizado, implica una evolución histórica social y cultural. Es indudable que las sociedades modernas perciben las intervenciones del Estado como

¹⁴ *La emancipación de la labor y la concomitante emancipación de las clases laborantes de la opresión y explotación, sin duda alguna significó un progreso hacia la no-violencia. Mucho menos cierto es que también significó lo mismo hacia la libertad. Ninguna violencia ejercida por el hombre, excepto la empleada en la tortura, puede igualar la fuerza natural que ejerce la propia necesidad.* (Arendt, Hannah, *La condición humana*, Bs. As., Paidós, 2016, p. 137).

¹⁵ Por otra parte, y en sentido contrario a lo que ha sido propio del mercado clásico, en la actualidad la producción no es una consecuencia necesaria de la demanda. Tradicionalmente, la demanda de cierto producto o servicio antecedió a la oferta, y ésta atendía las necesidades insatisfechas. Ahora, en cambio, el productor procura crear las necesidades en el público, orientándolo para que compre productos que, unilateralmente, ha decidido poner en el mercado... A tal fin, provoca una estimulación de la demanda mediante la publicidad; de modo que, en la realidad de los hechos, quien decide qué va a ser consumido es el productor y no el consumidor. Frecuentemente, dicha necesidad es condicionada por mecanismos tendientes a influir los comportamientos de compra, como la manipulación de novedades y de modas, "con sus incesantes metamorfosis, sus sacudidas, sus extravagancias" (Lipovetsky), que insta a la actitud del "yo-también", y a la que contribuye la provocación de la obsolescencia acelerada de ciertos productos, que acorta prematuramente su ciclo de vida útil por el mecanismo de lograr convertirlos en desechos psicológicos, no obstante que todavía conservan sus principales cualidades propias. A través de la publicidad los comerciantes, "en la actualidad, se encuentran, virtualmente, en condiciones de dictarnos los alimentos que comemos, los refrescos o cervezas que bebemos, los cigarrillos que fumamos, los coches que conducimos e, incluso, al presidente que elegimos" (Meyers).

(Alterini, Atilio A., *El consumidor en la sociedad posmoderna*, Bs. As., LL, 1996-E-818, RCyS2017-X, 283, Cita Online: AR/DOC/10407/2001).

un factor determinante del bienestar común y no como una forma de avasallamiento de los derechos individuales. Es este el cambio paradigmático que intentamos poner de relieve cuando hablamos de los cambios profundos que ha recibido el Derecho privado. La autonomía de la voluntad, como regla aseguradora de las libertades individuales, no logró superar el nivel de las igualdades formales ni disimular los profundos desniveles materiales que permitía.

Nos parece apropiado, para cerrar este tópico, compartir una reflexión del notable pensador Yuval Harari (1976, Universidad de Jerusalén) referida a la evolución de los Derechos Humanos y su estricta relación, no solo con los avances científicos y tecnológicos, sino también con las políticas públicas: *Durante los últimos cien años, los avances tecnológicos, económicos y políticos han creado una red de seguridad cada vez más robusta que aleja a la humanidad del umbral biológico de la pobreza. De cuando en cuando se producen aún hambrunas masivas que asolan algunas regiones, pero son excepcionales y casi siempre consecuencia de la política humana y no de catástrofes naturales. En la mayor parte del planeta, aunque una persona pierda el trabajo y todas sus posesiones, es improbable que muera de hambre.*¹⁶

B La autonomía de la voluntad en el derecho privado tradicional.

i) Presentación.

El sistema normativo argentino gira alrededor de un sujeto que presume que actúa voluntariamente. Esto quiere decir que el Derecho ha organizado todo el sistema a partir de la concepción de una persona cuya conducta supone subordinada al dictamen de su voluntad. En una palabra, para el derecho el sujeto es un ente plenamente racional.

Dentro de esa concepción, que el Derecho comparte con la ciencia política y la economía, la voluntad del sujeto es el elemento indispensable para la elaboración de los tres pilares del derecho privado; a saber: a) el acto jurídico; b) el contrato; c) la responsabilidad.

¹⁶ Harari, Yuval Noah, *Homo Deus*, Joandomenéc Ros (Trad.), Buenos Aires, Debate, 2019, p. 14

En ese sentido, no debe olvidarse que actos los jurídicos concretados sin voluntad o con voluntad viciada son nulos. La relación entre la voluntad del sujeto y la nulidad del acto marca la relevancia que este concepto tiene en la construcción del Derecho privado. La nulidad es un remedio para aliviar los vicios que pueden afectar la voluntad del sujeto tales como el error, el dolo o la violencia (conf., arts. 265 a 278, CCyC). La voluntad es un concepto tan estrechamente vinculado al acto jurídico que su ausencia lo aniquila.

ii) La autonomía de la voluntad en la clásica teoría general del acto jurídico.

El Código Civil y Comercial se ocupa de la teoría general de los hechos y actos jurídicos en el Libro I - Título IV - Capítulo 1 a 9, arts. 257 a 397.

En primer lugar, vamos a examinar superficialmente el Capítulo 1 (arts. 257 a 264) donde se explica cómo la voluntad es el elemento condicionante del acto jurídico.

El art. 257 del CCyC se refiere a los hechos jurídicos. Se trata de acontecimientos que más allá de producir efectos jurídicos son ajenos a la voluntad del sujeto. Sólo cuando el acontecimiento está vinculado con el individuo se convierte en un acto jurídico que, a su vez, puede ser voluntario o involuntario. Sin ingresar en distingos más profundos, vamos a considerar que los hechos jurídicos descriptos en el art. 257 del CCyC son eventos de la naturaleza ajenos a la intervención directa del individuo¹⁷.

El art. 258 dispone que: *El simple acto lícito es la acción voluntaria no prohibida por la ley, de la que resulta alguna adquisición, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas.* En este caso, nos encontramos con la voluntad de hacer algo, pero sin la intención de concretar una relación jurídica. El acto es voluntario, pero su consecuencia jurídica es determinada por la ley antes que por la intención real del sujeto.

Es decir, el simple acto lícito es un acto voluntario sin finalidad jurídica concreta; su ejecución no está subordinada por la adquisición, la modificación o la extinción de una relación jurídica.

¹⁷ *Son naturales aquellos hechos en los que, para su producción, obran solamente fuerzas de la naturaleza...*, Bueres, Alberto J. (Dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación*, t. 1 B, p. 117.

El artículo 259, a su turno, dispone que: *El acto jurídico es el acto voluntario lícito que tiene por fin inmediato la adquisición, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas.* En este caso la voluntad del sujeto está dirigida a concretar un resultado jurídico. Nos encontramos, entonces, frente a un negocio jurídico ideado y puesto en marcha por las partes. La voluntad está dirigida a la obtención de un resultado jurídico (adquisitivo, modificadorio o extintivo) que determina la realización de las acciones necesarias para lograr ese fin.¹⁸

El art. 260, que para nosotros es trascendental, se ocupa de introducir el concepto de acto voluntario. *El acto voluntario es el ejecutado con discernimiento, intención y libertad, que se manifiesta por un hecho exterior.* En este caso, el código unificado presenta una novedad: incluye en el mismo texto los requisitos internos de la voluntad y el hecho objetivo exterior que la representa. La voluntad jurídicamente relevante depende de un acto externo al sujeto que la represente en el mundo material¹⁹.

Para Campagnucci de Caso, sin esa declaración que exteriorice la voluntad no se llega a concretar la idea implícita en el acto jurídico. La voluntad y su declaración forman una trama inescindible.²⁰ Más aun: para que pueda hablarse de voluntad debe haber coincidencia entre lo deseado internamente por el sujeto y su

¹⁸ Finalmente nos encontramos con los 'negocios jurídicos', que son los que realizan las partes con el fin inmediato de autorregulación de sus intereses: crear, modificar, conservar o aniquilar derechos. En este caso, el supuesto jurídico de la norma está integrado por ese propósito inmediato de autorregulación. Los efectos se producen ex voluntate., Bueres, Alberto J. (Dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación*, t. 1 B..., p. 121.

¹⁹ En cuanto a los elementos del acto voluntario no existen diferencias con el régimen anterior, aunque en el art. 260 se aglutinan tanto sus elementos internos –discernimiento, intención y libertad– a que se refiere el art. 900 del código actual como también el elemento externo, esto es, el art. 913 de este último ordenamiento que exige la exteriorización del acto como elemento imprescindible para que aquél tenga relevancia jurídica como tal (Benavente, María I., *Los hechos y actos jurídicos en el Código Civil y Comercial de la Nación*, Bs. As., La Ley, Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial 2014, 17/11/2014, 19, Citar online: AR/DOC/3875/2014).

²⁰ *Lo interno, no declarado, permanece en la esfera de la intimidad y tiene su visión y juzgamiento en la órbita de lo moral, el derecho no puede adentrarse en su análisis, ni cae bajo su égida. Cuando esos deseos se evaden de su cerrada esfera de lo íntimo es cuando pueden comenzar a tener injerencia y efecto sobre el resto de las personas. Aunque no es posible omitir ni dejar de considerar que, la voluntad interna posee una mayúscula importancia para apreciar las manifestaciones exteriores. Al respecto señala Messineo: "el elemento fundamental del negocio jurídico es la declaración de la voluntad, lo que presupone que exista una voluntad como substrato de dicha declaración, teniendo esa manifestación valor instrumental con respecto a la voluntad. (Campagnucci de Caso, Rubén H., *Casos de incoincidencia entre la voluntad y la declaración*, Bs. As., La Ley, 28/10/2005, Citar online: AR/DOC/2568/2005).*

representación exterior.²¹

Para Bueres, el acto jurídico depende de un equilibrio entre los aspectos psíquicos de voluntad y aquellos relacionados con su declaración. El autor sostiene la posibilidad de que exista una voluntad que contenga impurezas tanto en su concepción interna como en su manifestación.²² Bueres, en definitiva, privilegia la certeza del acto y la seguridad del tráfico²³.

Para terminar, en el art. 261 del CCyC se dispone que será involuntario el acto concretado sin discernimiento²⁴.

Como puede verse, el concepto de voluntad y el de manifestación de voluntad dominan todo el armado del acto jurídico dentro del ordenamiento actual. Sin una manifestación de la voluntad no habrá acto jurídico²⁵.

En conclusión: lo propio del acto jurídico es la voluntad que nace en la subjetividad del individuo y la manifestación que la representa en el mundo material.

Dejamos, con todo merecimiento, el cierre del tópico al Maestro

²¹ La declaración y la voluntad deben resultar coincidentes, formando de esa manera, una unidad que logrará producir los efectos jurídicos deseados. La voluntad interior que configura el proceso interno del querer del individuo debe corresponderse en plenitud y exactamente con lo manifestado, y en ese caso la ley puede atribuir las consecuencias del acto al sujeto actuante. (Campagnucci de Caso, Rubén H., Casos de incoincidencia entre la voluntad y la declaración, Bs. As., La Ley, 28/10/2005, Citar online: AR/DOC/2568/2005).

²² *Creemos que esa unidad entre la actitud psíquica y la exteriorización de ella, descarta la defensa de posiciones extremas dogmáticas (la voluntad o la declaración). Ni el derecho es la voluntad ni podemos retornar al primitivo formalismo romano. La confianza no puede erigirse en elemento estructural del negocio en reemplazo de la voluntad, ni el negocio (bilateral) es la coincidencia de dos declaraciones puramente formales. No hay crisis del contrato como acuerdo de voluntades, sino que hay casos en los que una de éstas se tiene por eficaz, por tal, más allá de que su emisor haya incurrido en error, en tanto en cuanto el vicio carezca de entidad por defecto de los requisitos relevantes.* (Bueres, Alberto J., *El vicio de error y los requisitos de excusabilidad y reconocibilidad*, Bs. As., La Ley, 12/10/2005, Citar online AR/DOC/2207/2005).

²³ Finalmente, también tiene incidencia para dilucidar las cuestiones el interés general, que impone seguridad y certeza en el tráfico jurídico: mantener una voluntad defectuosa por lo declarado tiene lógica no porque se oponga al principio de la voluntad, sino a causa de que con sacrificio del susodicho principio en unos pocos casos, se lo hace más ágil, fluido y seguro en la inmensa mayoría de las situaciones en las cuales la actitud síquica y su externalización coinciden (Bueres, Alberto J., *El vicio de error y los requisitos de excusabilidad y reconocibilidad*, Bs. As., La Ley, 12/10/2005, Citar online AR/DOC/2207/2005).

²⁴ Art. 261 CCyC. Acto involuntario. Es involuntario por falta de discernimiento: a) el acto de quien, al momento de realizarlo, está privado de la razón; b) el acto ilícito de la persona menor de edad que no ha cumplido diez años; c) el acto lícito de la persona menor de edad que no ha cumplido trece años, sin perjuicio de lo establecido en disposiciones especiales.

²⁵ Art. 262. Manifestación de la voluntad. Los actos pueden exteriorizarse oralmente, por escrito, por signos inequívocos o por la ejecución de un hecho material.

Llambías porque en la escuela nacional no hubo otro jurista que haya relacionado con más intimidad la trama que vincula al acto jurídico con la autonomía de la voluntad: *La teoría del acto jurídico reviste en el derecho la mayor importancia, por cuanto dicho acto es el medio por el cual el hombre impone un orden de relaciones jurídicas adecuado a las diversas finalidades que se propone alcanzar. Un sector amplio del derecho privado ha sido entregado por el legislador, en lo substancial, al gobierno de los particulares. Son las relaciones jurídicas de contenido patrimonial, que quedan sometidas en su regulación al principio de la autonomía de la voluntad.*²⁶

iii) La autonomía de la voluntad en la clásica teoría general del contrato.

El Código unificado establece la existencia de tres categorías contractuales que funcionan con reglas propias y diferenciadas²⁷. Nos referimos a los contratos paritarios, los contratos de adhesión, y los contratos de consumo.

Los principios que rigen a los paritarios son: a) la libertad contractual (art. 958, CCyC); b) la fuerza obligatoria del acuerdo celebrado entre partes (efecto relativo de los contratos, art. 959, CCyC); c) la buena fe en la celebración, interpretación y ejecución del contrato (art. 961, CCyC); d) la no intervención judicial en los acuerdos privados (art. 960, CCyC)

La regla que guía a estos contratos es la autonomía de la voluntad representada por la libertad de contratación, la obligatoriedad de los acuerdos y la no intervención oficial en el ámbito de la negociación privada.

La libertad de las partes, aludida en el art. 958, se basa en la autonomía de la voluntad de los contratantes. Los sujetos únicamente pueden negociar condiciones si tienen una voluntad autónoma que no esté afectada por vicios que arruinen el discernimiento, la intención y la libertad del sujeto. La regla general sigue siendo la autonomía privada y la excepción la intervención del contrato cuando

²⁶ Llambías, Jorge, *Tratado de Derecho Civil. Parte General, t. II*, Bs. As., Perrot, 1982, p. 313.

²⁷ El sistema queda ordenado entonces de la siguiente manera: a) Contratos discrecionales: en ellos hay plena autonomía privada. b) Contratos celebrados por adhesión: cuando se demuestra que hay una adhesión a las generales redactadas previamente por una de las partes, hay una tutela basada en la aplicación de este régimen. c) Contratos de consumo: cuando se prueba que hay un contrato de consumo, se aplica el Título III, sea o no celebrado por adhesión, ya que este último es un elemento no tipificante (Zannoni - Mariani de Vidal - Zunino - Shina - Ramos, *Código Civil y Comercial*, ..., p. 292).

aparecen violaciones al orden público. Se parte de la idea de libertad y se recurre a la intervención oficial solamente cuando esa idea de libertad tiene alguna falla²⁸.

Sin embargo, la realidad contractual de nuestros días es inversa: en muy pocos casos la autonomía de la voluntad es el elemento predominante del negocio jurídico. He aquí el primer tropiezo del Derecho Privado: se parte de un sujeto en el que predomina sus aspectos racionales, omitiendo que la inmensa mayoría de las decisiones que tomamos a diario, son más emocionales, más compulsivas y más sesgadas que subordinadas al dictamen de la razón. Desde las neurociencias, los autores se cansan de decirnos que dejemos de ver al sujeto como entes puramente racionales disociados de su actividad emocional consciente e inconsciente. Así, Helena Matute (Psicóloga, Universidad de Deusto, Bilbao, España), nos señala que: *No podemos detenernos en todos y cada uno de los engaños y errores conocidos de nuestra mente, pero lo que me gustaría especialmente es poder transmitirles la idea de lo falibles y poco racionales que somos todos, para que ustedes, una vez se convenzan de que no son esos seres racionales que creen ser, acepten humildemente que están sesgados..., que cometen tantísimos errores... , y que a partir de ahí podamos empezar poco a poco a leer más, y a poner remedio a toda esta carga de los sesgos que llevamos encima.*²⁹

A estas alturas del siglo 21, pensar al derecho sin entender los sesgos, conscientes e inconscientes del comportamiento humano, y sin tener conocimientos mínimos de las nuevas teorías de la psicología cognitiva para hacer leyes, equivale a vaciar de todo contenido a la ciencia jurídica.

Desgraciadamente, algo esto nos está pasando a los doctrinarios nacionales. Hasta ahora no fuimos capaces de advertir que los pilares del derecho privado tradicional se han derrumbado, siendo necesario establecer los nuevos cimientos. Seguimos enseñando en nuestras universidades un derecho que no es clásico, sino anacrónico porque está dirigido a un sujeto puramente racional que no es real. Es hora de dar vuelta la página de un derecho que sostiene como hipótesis fundante del sistema que tomamos decisiones inspiradas en el discernimiento y la

²⁸ Código Civil y Comercial..., p. 285.

²⁹ Matute, Helena, *Nuestra mente nos engaña*, Shackelto@books, Barcelona, 2019,

intención.

iv) El comienzo del fin de la autonomía de la voluntad: la constitucionalización del derecho privado.

En los últimos tiempos se ha convertido en un lugar común hablar de una novedosa *constitucionalización del derecho privado*. Se trata de una noción que, en definitiva, representa una mayor intervención del Estado en las relaciones jurídicas privadas. Ricardo Lorenzetti, uno de los protagonistas centrales de esta vanguardia académica, señala algunos rasgos característicos de este concepto:³⁰

La cercanía entre lo público y lo privado que destaca Lorenzetti, no puede implicar otra cosa que no sea una mayor intervención oficial en el ámbito de la contratación privada que, a su vez, determina una mayor restricción de la autonomía de la voluntad. El contraste entre la injerencia estatal y el retroceso del individualismo resalta el interés que este tema tiene para nuestro trabajo. El citado autor refuerza la idea y sostiene que: *El ámbito público se ha contractualizado, ya que se han impuesto los análisis de Rawls en el derecho político y la base contractualista en las decisiones colectivas. Como ya lo hemos señalado, el origen de la ley es similar al de un contrato, porque requiere del consentimiento y del acuerdo. En el orden privado, inversamente, avanza el orden público en numerosas situaciones...*³¹ La mención a John Rawls (1921 - 2002) nos permite inferir que Lorenzetti auspicia una intervención racional del Estado que morigere la disparidad que adolecen los contratantes en el ámbito del derecho privado³².

³⁰ La teoría de las esferas independientes hizo que la Constitución fuera prescindible para el derecho privado, y así es que muy pocas decisiones en conflictos particulares, han sido elaboradas a partir de la norma fundamental. Asistimos al reinado de la ley codificada, la que, a través de la exégesis y el silogismo, satisfacía las demandas de seguridad jurídica. Esta situación es distinta en los tiempos actuales, en los que asistimos a una interrelación estrecha entre Código privado y Constitución (Lorenzetti, Ricardo L., Fundamento constitucional de la reparación de los daños, Bs. As., La Ley, 01/01/2007, Citar online: AR/DOC/9055/2001).

³¹ Lorenzetti, Ricardo L., *La influencia del derecho constitucional en el derecho privado*, Bs. As., La Ley, Citar online: 0021/000093.

³² *Al principio de la libertad igual, cuando se aplica al proceso político definido por la constitución lo llamaré 'principio de (igual) participación'. Este principio exige que todos los ciudadanos tengan un mismo derecho a tomar parte y determinar el resultado del proceso constitucional que establecen las leyes que ellos han de obedecer. La justicia como imparcialidad comienza con la idea de que, si los principios generales son necesarios y ventajosos para todos, han de ser elaborados desde el punto de*

Sin perjuicio de compartir el contenido teórico de estas reflexiones, no podemos soslayar que ellas describen un deseo que, desafortunadamente, no es representativo de la realidad de nuestro derecho privado donde aún se siguen celebrando muchos contratos estructuralmente abusivos que son autorizados por las agencias oficiales de control (p.ej., Superintendencia de Seguros de la Nación) y tolerados por la Corte Suprema de la Nación.³³

v) Las idas y vueltas de nuestra jurisprudencia Desafortunadamente, en nuestra jurisprudencia, la proximidad entre el derecho privado y el público no es más una declamación doctrinaria autoelogiosa sin correlato en la jurisprudencia.³⁴ Las sentencias que diariamente vemos no concuerdan con la descripción enfática y optimista que parte de la doctrina realiza al referirse a la mentada constitucionalización de los derechos privados³⁵. Por el contrario, cada vez que llegan a tribunales pleitos que involucran a compañías de seguros, la balanza que mide los

vista de una situación inicial de igualdad bien definida, donde cada persona está justamente representada. El principio de participación traslada esta noción de la posición original como sistema supremo de normas sociales para elaborar normas (Rawls, John, Teoría de la justicia, México DF, Fondo de Cultura Económica, 2014, p. 210).

³³ Ver nuestras críticas severas a los fallos dictados por la CSJ en los casos *Buffoni c/ Castro y Flores c. Giménez* en:

1) *El Caso Buffoni. La resucitación de la Autonomía de la Voluntad. La regresión de la Corte Suprema. Del milagro bíblico al anacronismo jurídico*, Buenos Aires, *elDial*, 5 -09-2016, Citar: DC1D77.

2) *Los estados regresivos y la neurosis jurídica. La Corte Suprema y la regresión judicial*, Buenos Aires, *elDial*, 3/11/2017, DC2431.

³⁴ *El expansivo acercamiento del concepto de consumidor al de ciudadano y persona, el cada vez más perceptible perfil colectivo y social que exteriorizan los intereses de los consumidores, las analogías que presentan estos últimos con los derechos ambientales cuya "humanización" crece exponencialmente y donde la confluencia de ambos sectores normativos se patentiza en la creciente idea de consumo sustentable (art. 1094, Cód. Civil y Comercial), la mayor visibilidad de la dignidad como leitmotiv del derecho de los consumidores y el carácter fundamental que revisten en algunos modelos constitucionales, constituyen nuevos paradigmas de la naturaleza de los derechos de los consumidores. Y tales nóveles caracteres representan alegables argumentaciones en pos de arrimar conceptualmente los derechos de los consumidores a los derechos humanos (Sahian, José, Principios de progresividad y no regresividad en los derechos de los consumidores, Bs. As., La Ley, 26/12/2017, Cita Online: AR/DOC/3067/2017).*

³⁵ Esta temática, aunque todavía en estado de gestación, viene cobrando cada vez mayor impulso. Algunos trazan directamente una identidad jurídica entre los derechos de los consumidores y los derechos humanos. También se alega que, a partir de la reforma constitucional de 1994, los derechos humanos de tercera generación han sido explícitamente "positivizados", entre los que se cuentan los derechos del usuario y el consumidor y los medioambientales (Sahian, José, Principios de progresividad y no regresividad en los derechos de los consumidores, Bs. As., La Ley, 26/12/2017, Cita Online: AR/DOC/3067/2017).

pesos constitucionales se inclina en favor de las aseguradoras, desautorizando a los doctrinarios que, dando muestras de un cierto aislamiento de la realidad, hablan de una ‘humanización’ de los derechos del consumidor³⁶.

No podemos omitir mencionar que la Corte Suprema suele dictar fallos que derrochan elogios en favor de la más tajante divisoria entre los ámbitos público y lo privado de contratación, sin contemplar ninguna manifestación de la supuesta

³⁶ Se presentan a continuación solamente algunos pocos fallos recientes que describen el desajuste entre la doctrina y la jurisprudencia señalado en el texto correspondiente a esta cita:

- 1) *Si en el contrato celebrado entre el responsable del accidente de tránsito y el asegurador se estipuló una limitación de cobertura, esta es oponible al tercero damnificado, pues el asegurador...sólo está obligado respecto de aquel en la medida del seguro...* (CNCiv, Sala I, 3/08/2017, Bs. As., La Ley, Citar on line: AR/JUR/50658/2017).
- 2) *El plazo de prescripción previsto en el art. 58 de la ley 17.418 es aplicable a una acción contra una compañía de seguros y no el previsto en el art. 50 de la ley 24.240, ya que no puede sostenerse que el plazo de prescripción anual que establece una norma especial pueda considerarse ampliado a tres años por otra que tiene carácter general máximo cuando la solución apropiada es la que consagró la ley 26.994* (CNCom, Sala D, 18/10/2016, Bs. As., La Ley, Citar on line: AR/JUR/83070/201).
- 3) *La compañía de seguros demandada no está obligada a abonar un seguro de vida a favor del cónyuge supérstite de una persona que falleció electrocutada, dado que el causante estaba en estado de ebriedad y dicho supuesto configura la cláusula de exclusión de cobertura dispuesta en las condiciones generales de la póliza contratada; más aún cuando aquel sin ser de profesión electricista intentó manipular cables conductores de electricidad sobre piso humedecido que nadie en su sano juicio manipularía sin protección o conocimientos adecuados...* (CNCom, Sala C, 8/03/2017, Bs. As., La Ley, Citar on line: AR/JUR/50658/2017).
- 4) *Corresponde declarar que la condena respecto de la citada en garantía no podrá exceder los límites del seguro, contenidos en la póliza, pues es doctrina constante sentada por nuestro máximo Tribunal que la franquicia prevista en el contrato de seguro es oponible al tercero damnificado, y que la sentencia no puede ser ejecutada contra la aseguradora sino en los límites de la contratación (de la disidencia del Dr. Roberto Parrilli)* (Díaz, Héctor R. c/Aranda Miguel Á., y otros s daños y perjuicios, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala B, 6/10/2015, Bs. As., Microjuris, Cita: MJ-JU-M-95506-AR | MJJ95506 | MJJ95506).
- 5) *Corresponde juzgar que la condena respecto de la citada en garantía no podrá exceder los límites del seguro contenidos en la póliza, atendiendo a evidentes razones de economía procesal, se aconseja no hacer transitar a las partes por una vía recursiva que, al estar a la jurisprudencia, inexorablemente culminará declarando oponible la franquicia existente (de la disidencia del Dr. Roberto Parrilli). (Díaz Héctor R. c/Aranda Miguel Á., y otros s/daños y perjuicios, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala B, 6/10/2015, Bs. As., Microjuris, Cita: MJ-JU-M-95506-AR | MJJ95506 | MJJ95506).*
- 6) *Que, en el sub lite no se advierte que concurra el tercero de los presupuestos mencionados pues ni las constancias obrantes en la causa ni los términos de la pretensión formulada demuestran que el acceso a la justicia de los integrantes del colectivo cuya representación se pretende asumir en autos pueda verse comprometido si la cuestión no es llevada ante un tribunal de justicia por la asociación actora en el marco de una acción colectiva. En efecto, las particulares características de la cláusula impugnada y las especiales situaciones en las que ésta opera permiten sostener que las víctimas excluidas de la cobertura del seguro cuentan con incentivos suficientes para cuestionar de manera individual su validez, sin que resulte necesario que una asociación asuma la representación de su interés como forma de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva (Consumidores Financieros Asociación Civil p/su Defensa c/Prudencia Cía. Argentina de Seguros Grales. SA s/ordinario, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 27/11/2014, Bs. As., Microjuris, Cita: MJ-JU-M-90066-AR | MJJ90066 | MJJ90066).*

‘constitucionalización del derecho privado’ tan pregonada por la doctrina de vanguardia.

A modo de ejemplo, podemos recordar que en el caso “Flores v. Giménez” (junio de 2017) la Corte Suprema dijo: ... *Que sin perjuicio de señalar que el acceso a una reparación integral de los daños padecidos por las víctimas constituye un principio constitucional que debe ser tutelado y que esta Corte ha reforzado toda interpretación conducente a su plena satisfacción, ello no implica desconocer que el contrato de seguro rige la relación jurídica entre los otorgantes (arts. 957, 959 y 102, Cód. Civil y Comercial de la Nación) pues los damnificados revisten la condición de terceros frente a aquellos que no participaron de su realización, por lo que si pretenden invocarlo, deben circunscribirse a sus términos (art. 1022, Cód. Civil y Comercial de la Nación)*³⁷.

La Corte Suprema permanece ajena a la constitucionalización de los derechos. En otros trabajos hemos criticado severamente esta posición que juzgamos muy regresiva de la Corte Suprema en materia de contratos de seguros³⁸.

Empero, mucho más importante que nuestra crítica es la que realizan otros fallos recientes que parecen más ajustados a los tiempos que corren y a la constitucionalización de los derechos.

Así, en el caso *Papagno, Mariela v. Lado, Daniel, y otros*, la Sala L de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (septiembre de 2017) el juez Liberman señaló en su voto: *Estoy acercándome al final de mis días como juez con más incertidumbre que certezas. Creía que la ley, que el Derecho, estaban para dar a cada uno lo suyo; que nuestro país institucionalizado iba en pos de afianzar la justicia y promover el bienestar general. Creía que los derechos humanos eran de los seres humanos y no de las compañías de seguro. Creía en muchas cosas e instituciones. Creía que el Derecho argentino era bastante más que el art. 68 de la ley 24.449 (literal o torcidamente interpretado) y los arts. 109 y 118 de la ley de seguros. Esta creencia surgía de los estudios de doctrina y jurisprudencia. Pero parece que cuando se trata de*

³⁷ CSJ 678/2013, Flores, Lorena R. c/Giménez, Marcelino O., 6/06/2017.

³⁸ Shina, Fernando, Los estados regresivos y la neurosis jurídica. La Corte Suprema y la regresión judicial, Bs. As., elDial, 3/11/2017, DC2431 y El Caso Buffoni. La resucitación de la Autonomía de la Voluntad. La regresión de la Corte Suprema. Del milagro bíblico al anacronismo jurídico, Bs. As., elDial, 5/09/2016, Citar: DC1D77.

ver cómo manejar ciertas cuestiones del seguro contra la responsabilidad civil, el máximo tribunal nacional (o una mayoría de él) limita el Derecho a esos pocos artículos de sendas leyes. No hay Constitución nacional, no hay tratados internacionales, no hay a considerar un sistema, un plexo normativo de rango inferior. De modo que la única certeza que tengo es que nací en el siglo XX. Creí que estaba transitando el siglo XXI. Tengo ahora la sensación de que estoy envejeciendo en el siglo XIX³⁹.

Y más adelante, el mismo fallo dice: Es francamente llamativa la omisión de la Procuración y la Corte relativa a las normas tuitivas de los consumidores. Esta absoluta prevalencia de la ley de seguros y de lo que dispuso arbitrariamente la Superintendencia del ramo, desgajándola del sistema jurídico argentino como un todo, y de la Constitución –su pilar y vértice–, parece ir de la mano con ese perimido criterio de regular las relaciones entre proveedores y consumidores a través de normas comerciales, interpretadas por jueces comerciales... No alcanza con llenarse la boca o hacer correr ríos de tinta con los derechos humanos. Los jueces debemos hacer su defensa todos los días en cada caso, por minúsculo que sea. Esa doble obligación resarcitoria, concurrente con la del responsable primario, estriba, por un lado, en el fraude a la ley...⁴⁰.

Para terminar, y sin perjuicio de las críticas apuntadas, debemos reconocer el surgimiento de una doctrina y una jurisprudencia nacional que procura lograr un acercamiento real entre el Derecho público y el privado.⁴¹

³⁹ Papagno, Mariela Silvia c/Lado, Daniel y Otros s/daños y perjuicios (acc. tran. c/les. o muerte), CNCIV, Sala L, 19/09/2017, (Expte. n° 36.718/10), Citar: elDial.com, AAA292. (Del Voto del Dr. Liberman).

⁴⁰ Papagno, Mariela S. c/Lado, Daniel, y otros s/daños y perjuicios (acc. tran. c/les. o muerte), CNCIV, Sala L, 19/09/2017, (expte. n° 36.718/10), Citar: elDial.com, AAA292. (Del Voto del Dr. Liberman).

⁴¹ No obstante, cabe constatar una paulatina y mayor constitucionalización de temas de derecho privado. En parte eso ocurre porque las constituciones han sufrido un proceso de inflación normativa, abarcando (a menudo con exceso) temas que otrora se entendían que estaban fuera de su radio de acción. Otra razón es que, con motivo, ciertas cuestiones de derecho privado preocupan hoy en mucho a la sociedad, y eso hace que adquieran interés institucional suficiente como para llevarlas a la Constitución. (Sagüés, Néstor, Notas sobre la dimensión constitucional del derecho a la reparación, Bs. As., Microjuris, 1/02/2003, Citar: MJD 2078).