

Artigos

Recebido: 06.05.2020

Aprovado: 06.04.2021

Publicado: 11.04.2021

DOI <http://dx.doi.org/10.18316/REDES.v9i2.6891>

La libertad y la autonomía contractuales bajo fuego

José María Monzón

Universidade de Buenos Aires, Argentina

<https://orcid.org/0000-0003-1285-0144>

Resumen: En ese trabajo se examinan los debates contemporáneos sobre la libertad para contratar y la autonomía contractual cuyas principales fuentes – históricas y filosóficas – son Hobbes y Kant. Mi propósito es analizar cómo estas influencias evolucionan en un contexto donde las externalidades tanto positivas como negativas tratan de restringirlas y transformarlas. Por eso, nos preguntamos si estas externalidades no cambian realmente nuestra perspectiva de la libertad para contratar y la autonomía contractual, particularmente en Latinoamérica.

Palabras-clave: Autonomía; Libertad de Contratar; Regulación Estatal; Externalidades.

Contractual freedom and autonomy under fire

Abstract: This paper examines the contemporary debates on freedom of contract and contractual autonomy whose main – historical and philosophical – sources are Hobbes and Kant. My aim is to analyse how these influences evolve in a context where positive and negative externalities try to restrict and modify them. So, we ask if these externalities do really transform our perspective of the freedom of contract and contractual autonomy, particularly in Latin America.

Keywords: Contractual Autonomy; Freedom of Contract; State Regulation; Externalities.

Introducción

El confinamiento o el aislamiento social o como se lo denomine en cada país favorece el uso de las redes sociales y de la Internet dando lugar a un uso no siempre razonable de las mismas. Por ejemplo, se bajan aplicaciones sin un adecuado examen de sus condiciones y sea por moda o por información de otros usuarios o por otras razones, el click crea vínculos contractuales rápida y peligrosamente. La situación que no es nueva pero sí más extendida que en otras ocasiones señala la necesidad de revisar la autonomía y la libertad contractuales tales como se enseñan. Antes

de avanzar con este examen conviene repasar estos términos que a simple vista parecen sinónimos pero que en sentido estricto no lo son.

La primera – *freedom of contract* – es una noción usual en el derecho anglo-americano y tiene sus raíces en la filosofía política y económica inglesas, cuya clave la expone Lawrence James:

The heart of English contract law lies in the freedom of commerce and the freedom to conclude contracts. Freedom of contract, therefore, means first and foremost the economic freedom to voluntarily engage in economic transactions without any risk of statutory interferences, with the exception of paying taxes to the Crown¹.

En cambio, la noción de autonomía contractual que se emplea en la Europa continental y en Latinoamérica posee su origen más claro en Kant para quien la autonomía es lo opuesto a la heteronomía, caracterizándola como la capacidad para autolegislarnos y seguir nuestras propias normas. En sus palabras: “El contrato privado, la expresión de cada voluntad particular, produce la ley universal. La voluntad particular da luz al derecho. La transacción privada genera una relación cuya realidad no se encontraba constituida con anterioridad a la voluntad misma de las partes”².

¿Importa esta distinción? Sí, porque permite observar las colisiones legales que se han producido, y que aún continúan, entre los diversos trasplantes que ha sufrido Latinoamérica, donde conviene instituciones jurídicas nacidas con un destacado influjo del puritanismo con otras cuyas raíces residen fuertemente en la tradición borbónica y napoleónica. No obstante, emplearemos ambas palabras siguiendo el uso corriente sin olvidar la aclaración hecha³.

¹ MICKLITZ, Hans-Wolfgang. On the intellectual history of freedom of contract and regulation. **Penn State Journal of Law & International Affairs**, Pennsylvania, v. 4, n. 1, p. 1-32, 2015. p. 14.

² ESPINOSA ARES, Juan Manuel. El idealismo jurídico kantiano: una crítica de la crítica. **Revista de Derecho UNED**, Madrid, n. 8, p. 107-126, 2011. p. 120. En Kant “el contrato supone la expresión jurídica de la voluntad (...) representa el consentimiento otorgado por cada uno de los sujetos para hacer surgir la relación política misma”. V. COLOMBIA. Corte Constitucional, **Sentencia C-341**, 3 mayo 2003: “Tal institución, de carácter axial en el campo del Derecho Privado, tiene como fundamento la filosofía política francesa y el pensamiento económico liberal de la segunda mitad del siglo XVIII y comienzos del siglo XIX, con base en la consideración de la libertad natural del individuo, quien, en ejercicio de su voluntad, puede contraer o no obligaciones y adquirir correlativamente derechos y fijar el alcance de unas y otros. En este sentido se consideró que, si en virtud de su voluntad el hombre pudo crear la organización social y las obligaciones generales que de ella se derivan, por medio del contrato social, con mayor razón puede crear las obligaciones particulares que someten un deudor a su acreedor”. Por su parte el nuevo Código Civil y Comercial argentino dice en el Artículo 958 que “Las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres”.

³ LEYVA SAAVEDRA, José. Autonomía privada y contrato. **Revista Oficial del Poder Judicial**, Lima, a. 4-5, n. 6-7, p. 267-290, 2010-2011. p. 282. Leyva Saavedra recuerda que para un sector doctrinal la autonomía contractual es denominada como libertad contractual.

Pero volviendo al tema que me ocupa, me interesa describir y explicar en este trabajo cómo la libertad y la autonomía contractuales “viven” en la realidad latinoamericana, considerando que los contratos en todas sus etapas tienen connotaciones sociales, económicas, éticas y políticas relevantes⁴. Por eso hay que tener en cuenta lo siguiente: “al evaluar la incidencia de las externalidades en la atmósfera contractual (...) nos debe llevar a actuar con mucha cautela a la hora de establecer qué clase de externalidades van a ser las que nos lleven a cuestionar cierto tipo de arreglos contractuales. Los argumentos que invocan el orden público o las buenas costumbres, entonces, deben ser siempre mirados con recelo”⁵.

En consecuencia, el presente trabajo tiene como objetivo principal: el análisis de la libertad y la autonomía contractuales desde una perspectiva externa al Derecho, donde inciden los resultados de otras ciencias (Sociología, Economía, Psicología, Ética), desde las cuales conviene observar el funcionamiento de los contratos entre particulares en tanto práctica jurídica cotidiana, o sea, el “derecho viviente” de los contratos – usando una reconocida frase – en la actual cultura legal latinoamericana.

Ahora bien ¿qué se encuentra en la cultura legal latinoamericana contemporánea?

Coincido con Leyva Saavedra en cuanto a que “el balance de la situación actual de la autonomía privada ha dividido a la doctrina: unos estiman que su ámbito de actuación se ha reducido; otros, en tanto, consideran que dicho ámbito se ha ampliado”⁶. Por mi parte, adhiero a la primera posición: la libertad y la autonomía contractuales se han reducido, y esto por la influencia de las externalidades que presento a continuación.

En primer lugar, el Derecho Latinoamericano está atravesado – básicamente – por dos procesos. Por un lado, la *norteamericanización* que muestra el trasplante legal de aspectos del derecho norteamericano, al que se considera como modelo y que se trasplanta por las diversas causas políticas y económicas propias y generales en que se encuentran gran parte de los Estados de la región, entre las cuales, figura la idea de conformar un ambiente legal favorable a los negocios, motivo por el cual se introdujeron, por ejemplo, los

⁴ BENETTI TIMM, Luciano. La función social del derecho contractual en el código civil brasileño: justicia distributiva vs. eficiencia económica. **Revista de Instituciones, Ideas y Mercados**, Buenos Aires, n. 52, p. 5-51, mayo 2010. p. 12. “Se puede afirmar que la función de la Ciencia del Derecho Contractual (o doctrina del Derecho Contractual), consiste en sistematizar, explicar y confrontar los diferentes modelos y paradigmas correspondientes al Derecho “en el papel”, y compararlos con el Derecho en acción, aunque, en lo que hace a este último, los juristas tengan que valerse de otras ciencias sociales”.

⁵ SOLÍS VISSCHER, Gerardo. Tu derecho termina donde su nariz comienza: los límites de la libertad contractual a partir de sus consecuencias, **Ius et Veritas**, Lima, a. 16, n. 32, p. 75-92, 2006. p. 84.

⁶ LEYVA SAAVEDRA, José. Autonomía privada y contrato. **Revista Oficial del Poder Judicial**, Lima, a. 4-5, n. 6-7, p. 267-290, 2010-2011. p. 273.

modos alternativos de resolución de disputas o RAD⁷. Y por el otro, la *constitucionalización del Derecho Civil*, que parte del acentuado valor que se ha otorgado a la dignidad humana y a los derechos fundamentales desde la segunda mitad del siglo XX y que se implementa a través de un conjunto de normas internacionales de protección de los derechos esenciales, las que se incorporan a las constituciones. Su efecto es que las normas que antes eran propias de los códigos jurídicos pasan a integrar los textos constitucionales⁸. Es lo que recalca la sentencia C-491 de 2000 de la Corte constitucional colombiana:

las categorías del derecho privado deben ser interpretadas a luz de los principios y valores constitucionales (...) pues si la Constitución es norma de normas, y debe aplicarse de preferencia a las otras disposiciones (CP art. 4°), es indudable que ha operado una cierta constitucionalización del derecho ordinario⁹.

Segundo, existen los denominados *riesgos globales* que según el World Economic Forum son aquellos riesgos que tienen el potencial de afectar a no menos de tres regiones en el mundo o al menos dos continentes, aunque su origen sea local o regional; su impacto es potencialmente global; se perturban a tres o más industrias; es incierto en cuanto a su manifestación y a la magnitud de su impacto dentro de un plazo de 10 años, y tiene una capacidad de daño económico de US\$ 10 billones o más. Éstos se clasifican en: (a) económicos; (b) geopolíticos; (c) ambientales; (d) sociales y (e) tecnológicos¹⁰.

Esto hoy en día adquiere mayor importancia cuando se observa que en enero de 2019 el informe *Outbreak Readiness and Business Impact Protecting Lives and Livelihoods across the Global Economy* junto con el Harvard Global Health Institute advierte que

⁷ En un artículo interesante Hensler hace una historia de la RAD diciendo que ella encuentra sus raíces, entre otras, en los puritanos que hacían poco uso de los procesos legales, más tarde en el siglo XX el tema aparece en el *community justice movement* que surge en los '60 y que parte de la convicción de que los tribunales y las instituciones legales protegen a las élites del poder. Luego se expande con la idea de que los tribunales debían adoptar un *business-like approach* de los recursos públicos y se manifiesta la *court management revolution*. Pero es después del discurso de Sander en la Pound Conference que se usa el término en inglés de ADR, que luego se extiende al campo de los negocios. V. HENSLER, Deborah. Our courts, ourselves: how the alternative dispute resolution movement is re-shaping our legal system. **Dickinson Law Review**, Carlisle, v. 122, n. 1, p. 349-382, 2017.

⁸ GONZÁLEZ DÁVILA, Richard Honorio. La constitucionalización del derecho privado y la acción de protección frente a particulares. **Foro**, n. 16, Quito, p. 57-95, 2011. p. 61. Para González Dávila la constitucionalización del derecho privado es “el proceso de modificación que sufren las relaciones entre particulares como consecuencia del deber de observancia de los derechos constitucionales por sobre las normas legales que van en contra de los mismos, quedando autorizada la intervención del juez constitucional, como garante del respeto de los derechos, a fin de asegurar su vigencia en caso de ser inobservados”. LEYVA SAAVEDRA, José. Autonomía privada y contrato. **Revista Oficial del Poder Judicial**, Lima, a. 4-5, n. 6-7, p. 267-290, 2010-2011. p. 278. “A pesar de su consideración de pieza maestra de las relaciones jurídicas privadas, la autonomía privada no tiene un espacio específico y explícito dentro de las constituciones políticas de los Estados. La propuesta de incluirla, expresamente, como una garantía constitucional, dentro las normas que «reconocen y garantizan los derechos inviolables de la persona», no ha terminado por consolidarse en la tienda constitucional”.

⁹ ACOSTA, Joaquín. La reforma al derecho de la responsabilidad contractual: consecuencias específicas de la constitucionalización del derecho privado. **Revista Iusta**, Bogotá, n. 30, p. 93-106, 2009. p. 96.

¹⁰ World Economic Forum. **The global risks report 2021**. Disponible en <<<https://www.weforum.org/reports/the-global-risks-report-2021>>>. Aceso en: 20 abr. 2021. NE. A referência foi atualizada pelo editor por ocasião da preparação do texto para a publicação. _

On the 100th anniversary of the 1918 influenza pandemic – the deadliest infectious disease outbreak in recorded history – numerous other outbreaks of disease have forged a persistent presence among modern-day headlines. Among these are Severe Acute Respiratory Syndrome (SARS), H1N1 influenza pandemic, Middle East respiratory syndrome (MERS), Ebola, Zika, Nipah virus, cholera, yellow fever and Lassa fever. The frequency and diversity of disease outbreaks are expected to grow steadily, as they have for the past 30 years. In fact, 12,012 outbreaks, comprising 44 million cases and affecting every country in the world, were recorded between 1980 and 2013

(...)

An outbreak can travel from a remote village to any major city in the world in less than 36 hours, and the economic or social disruption often travels faster and further. Additionally, the growth of urbanization and associated high-density living, often in unhygienic conditions, promotes the spread of infectious disease¹¹.

Y el tercer elemento que afecta a los contratos es el desarrollo de la *high-tech life*, es decir, la vida en la cual los dispositivos tecnológicos hacen que aquella sea más confortable o preste servicios que la persona necesita. La cuestión es que este desarrollo requiere procesos de información eficientes que hagan que los sistemas ofrecidos sean versátiles y significativos, dos cuestiones que son de interés de los inversores. La dificultad es que esto requiere de una recolección de información basada en la medición de los comportamientos y los hábitos de las personas, y sus deseos y/o necesidades¹². La eficiencia descansa en una intromisión en la privacidad de los usuarios y de los consumidores, lo que sucede, por ejemplo, cuando se solicitan datos que terminan por delinear el perfil de usuario o abren el acceso a datos personales como la ubicación o los registros biográficos.

La suma de estas externalidades – junto con otras como las diversas globalizaciones que no incluyo por razones de espacio – incide significativamente en el Derecho Contractual y me lleva a interrogarme acerca de cómo esto influye en la enseñanza y en la práctica de este derecho porque el modo tradicional de enseñanza ha sido, y continúa siendo, la exposición estrictamente jurídica de este derecho. Prima la perspectiva fundamentalmente legal y no se percibe una considerable apertura a otras ciencias. Se sostiene una autonomía del derecho que lo clausura frente a otros puntos de vista externos.

No obstante, en las últimas décadas la Filosofía del Derecho en algunas corrientes muestra modos críticos o alternativos de educación legal señalando las limitaciones de una enseñanza descontextualizada del

¹¹ World Economic Forum. **Outbreak readiness and business impact**: protecting lives and livelihoods across the global economy. Disponible en <<http://www3.weforum.org/docs/WEF%20HGIH_Outbreak_Readiness_Business_Impact.pdf>>. Acceso en: 20 abr. 2020.

¹² BONKOVIĆ, Mirjana; KUZMANIĆ, Ana; GRUJIĆ, Tamara. **High-tech life accompanying devices**: how meaningfully are they used? In: 13TH INTERNATIONAL CONFERENCE ON SOFTWARE ENGINEERING, PARALLEL AND DISTRIBUTED SYSTEMS, 2014, Gdansk, 2014. *Conference Book ...* Gdansk, 2014. p. 170-175.

Derecho¹³. Si bien de esto ya había antecedentes a principios del siglo XX es recién en la segunda mitad del siglo pasado que se difunden con más vigor. Sin embargo, la adopción de estos métodos no está generalizada¹⁴.

De todas maneras, cabe exponer un intento exitoso de superar esta situación –aunque con limitaciones– que se da con la introducción del *método del caso* en la Universidad de Harvard en la segunda mitad del siglo XIX, por obra de Christopher Columbus Langdell, profesor y decano de la escuela de leyes de dicha universidad. Su punto de partida son los contratos, la asignatura del cual era profesor Langdell¹⁵. Este cambio lleva a preguntarse: ¿por qué tenía cambiar el método de enseñanza? y ¿por qué los contratos son el punto de partida del nuevo método de enseñanza del Derecho en general?

La primera se responde remitiéndose a las palabras de Langdell: es necesario alejar el modo tradicional en uso en las escuelas de Derecho centrándose en el comentario de los textos de los profesores y en la lectura de determinadas obras jurídicas porque hay que colocar en el centro de la educación legal los casos resueltos en los tribunales. Con esto se logra que el estudiante esté en condiciones de examinar los principios subyacentes de las sentencias judiciales, y descubrir los razonamientos que justifican una determinada resolución, tal como lo hace un abogado real. Interesa enseñar el proceso de razonamiento judicial en el common-law, que coincide con el hecho de que antes de ser profesor de Derecho Langdell había ejercido como abogado en New York. En resumen, la finalidad es ganar el caso. De ahí el peso que se otorgará luego al estudio de la argumentación en la enseñanza del Derecho.

No obstante, el éxito que aún continúa teniendo este método, con el tiempo aparecieron sus puntos débiles. Veamos dos de ellos. Uno de ellos era que los estudiantes no contaban con un libro o un autor de referencia – se decía que *no podían pensar como Coke*. Al carecer de una teoría general se retrasaba la solución de los conflictos legales. El otro punto débil era que no se consideraban cuestiones tales como las condiciones económicas, la raza, la religión, o el sexo, de los contratantes¹⁶. Esto se fue corrigiendo al abrirse la enseñanza legal a una perspectiva interdisciplinaria y cuando se introdujeron las miradas de las corrientes realistas y críticas del Derecho.

¹³ ÁVILA LINZÁN, Luis Fernando. El acceso a la justicia y la emancipación social de las personas excluidas. In: SANTAMARÍA, Ramiro Ávila (Ed.). **Neoconstitucionalismo y sociedad**. Quito: V&M, 2008. p. 171. “El derecho (...) desconectado estratégicamente del debate democrático (...) mutó en una ciencia oculta y formalista, lo cual devino en una justicia rutinaria (rutinización de la actividad judicial) y ritual en la formación de jueces y abogados. A través de este divorcio entre derecho y política, resulta la invisibilidad judicial de la realidad social: los jueces y abogados ejercen y practican el derecho como una labor de escritorio, sin profundizar en el impacto e incidencia social de su gestión”.

¹⁴ EDWARDS, Harry. The growing disjunction between legal education and the legal profession. **Michigan Law Review**, Ann Arbor, v. 91, n. 8, p. 2191-2219, 1993. p. 2191. Edwards señala que “(...) *many law schools – especially the so-called “elite” ones – have abandoned their proper place, by emphasizing abstract theory at the expense of practical scholarship and pedagogy. Many law firms have also abandoned their place, by pursuing profit above all else. While the schools are moving toward pure theory, the firms are moving toward pure commerce, and the middle ground – ethical practice – has been deserted by both*”.

¹⁵ LANGDELL, Christopher Columbus. **A selection of cases on the law of contracts with references and citations prepared for use as a text-book in Harvard Law School**. Little, Brown and Company: Boston, 1871. Disponible en <<<https://catalog.hathitrust.org/Record/010448690>>>. Acceso en 20 abr. 2020.

¹⁶ KENNEDY, Duncan. Legal education and the reproduction of hierarchy. **Journal of Legal Education**, Washington, v. 32, p. 591-615, 1982. MONZÓN, José María. **Los contratos como punto de partida de la enseñanza legal**, 2019. Inédito.

Nos queda ahora resolver la segunda pregunta: ¿por qué los contratos son el punto de partida? El primer aspecto que debe considerarse es el valor que tienen las libertades, entre ellas la contractual, en la sociedad norteamericana, lo que es acorde con sus ideales y con los presupuestos ideológicos en base a los cuales se elabora el derecho norteamericano. En este punto influye la tradición puritana para la cual era relevante enfatizar la concepción del “hombre bueno” en Cristo, junto con las ideas de disciplina mutua, diligencia, racionalidad instrumental, y eficiencia de los medios y de los instrumentos producción, lo que modifica el derecho sustantivo, y en particular, a los contratos¹⁷.

El segundo aspecto reside en que se volvió necesario regular y limitar esta libertad por obra del factor económico principalmente. Las limitaciones se iniciaron a fines del siglo XIX por obra de los tribunales continuaron por motivos que van desde las crisis económicas a las dos guerras mundiales, y que estimo no es necesario repasar. Un ejemplo claro de esto es la sentencia de la Corte Constitucional colombiana que expresa

(la) concepción casi absoluta del poder de la voluntad en el campo del Derecho Privado fue moderada en la segunda mitad del siglo XIX y durante el siglo XX como consecuencia de las conquistas de los movimientos sociales y la consideración del interés social o público como una entidad política y jurídica distinta e independiente de los intereses individuales y superior a éstos, que inspiró la creación del Estado Social de Derecho y la intervención del mismo, en múltiples modalidades, en el desarrollo de la vida económica y social, para proteger dicho interés y especialmente el de los sectores más necesitados de la población, lo cual ha limitado visiblemente el campo de acción de los particulares en materia contractual (...) En lo que concierne al Estado colombiano, el Código Civil, sancionado el 26 de Mayo de 1873, consagró la concepción original de la autonomía de la voluntad privada, como se desprende principalmente de los Arts. 16, en virtud del cual ‘no podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres’, y 1602, según el cual ‘todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales’¹⁸.

Por su parte, las ciencias sociales aportaron datos útiles sobre el comportamiento de las personas y de las organizaciones. De esta manera, nacieron discusiones que son un desafío y una oportunidad para la renovación de la legislación y la jurisprudencia, que se enriquece con los debates académicos porque los juristas salen de la clausura a la que los empujó la educación legal abstracta y teórica¹⁹.

En vista de esto, en los capítulos siguientes me ocuparé de analizar las externalidades que modifican sustancialmente la enseñanza tradicional y la práctica del Derecho Contractual, siendo nuestro *roadmap* el siguiente. En primer lugar, analizo el rol ¿otorgado? al legislador estatal en el marco actual en el cual la

¹⁷ SCOTT PRYOR, Charles; HOSHAUER, Glenn. Puritan revolution and the law of contracts. *Texas Wesleyan Law Review*, Fort Worth, v. 11, n. 2, p. 291-360, 2005. p. 298. Estos autores citan, por ejemplo, al *Westminster Larger Catechism* de 1647 el cual en una pregunta relativo al octavo mandamiento se pregunta y se responde lo siguiente: “Q. [141.] *What are the duties required in the eighth commandment? A. The duties required in the eighth commandment are, truth, faithfulness, and justice in contracts and commerce between man and man; rendering to everyone his due; restitution of goods unlawfully detained from the right owners thereof ...*” cit. en p. 316.

¹⁸ COLOMBIA. Corte Constitucional, **Sentencia C-341**, 3 mayo 2003.

¹⁹ Entre otros: CASTRILLÓN Y LUNA, Víctor Manuel. Libertad contractual. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Ciudad de México, v. 58, n. 250, p. 155-182, 2008; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. Contrato y libertad contractual. *Themis*, Lima, n. 49, p. 7-14, 2004.

soberanía legislativa local se comparte con el legislador extranacional aunque el monopolio de la producción del Derecho lo continúa manteniendo el Estado, cuya fundamentación nos remite a Hobbes, y en cierta medida a Kelsen. Segundo, examino los resultados de las investigaciones sobre la conducta humana y sus procesos de decisión. Tercero, estudio los *riesgos globales* que afectan a la estabilidad de los sistemas legales, ya que ellos forman parte del macro-contexto donde se desenvuelve la vida en sociedad y el funcionamiento del Derecho. En cuarto lugar, repaso la incidencia de la tecnología que irrumpió vigorosamente en el Derecho desde hace más de tres décadas y que modificó la estructura de varios contratos de uso cotidiano. Y, por último, considero las condiciones macro-económicas de las últimas décadas, una cuestión que se relaciona con el actual capitalismo.

En definitiva, espero que el presente trabajo desencadene una serie de preguntas y respuestas que el legislador, el juez y el jurista puedan responder atendiendo a las demandas sociales. Por eso, nuestra finalidad es ofrecer respuestas a los interrogantes planteados de modo de lograr una adecuada comprensión de la libertad y la autonomía contractuales en el contexto actual considerando que mis respuestas no son ni definitivas ni concluyentes. Más bien son exploratorias porque en este tema nos adentramos en una Amazonía jurídica.

Sobre la arbitrariedad de lo lícito y de lo ilícito

Con la finalidad de examinar esta cuestión subrayo el peso de la filosofía política inglesa (Hobbes y Locke en particular) en la construcción de la cultura legal norteamericana y de otros países. Las dudas que surgen sobre cómo determinar lo que es lícito o ilícito, o de lo que es justo o injusto, tienen un punto de partida relevante en la obra de Hobbes. En este sentido, repasamos algunos pasajes del *De Cive*²⁰, porque condensa y precede al *Leviathan*, y ayuda a comprender los peligros que genera que todo el Derecho sea de producción estatal. Para este filósofo uno de los problemas principales para construir la seguridad entre los hombres, que es el fin por el cual los hombres se someten unos a otros, pasa por determinar qué es el *tuum* y qué es el *meum*, lo justo y lo injusto, lo bueno y lo malo, lo honesto y lo deshonesto, pues cada persona lo entiende según su propio juicio. Esto se resuelve por medio de un poder supremo que determina qué es el *tuum* y qué es el *meum*, lo justo y lo injusto, lo bueno y lo malo. Estas reglas son las leyes civiles que Hobbes las define como *los mandatos de quien tiene la autoridad principal en la ciudad, para dar dirección a las acciones futuras de sus ciudadanos*. Por lo tanto, no es conveniente que se difundan ideas que sostengan que se puede no obedecer a las leyes de la ciudad, o que es legal resistirse²¹. En este caso, al poder supremo le corresponde prohibir su difusión. De ahí que el poder supremo detente la *espada de la justicia* para castigar y mantener la paz y la seguridad de la ciudad. Sin obediencia la ciudad no se mantiene.

²⁰ HOBBS, Thomas. *De cive*: elementos filosóficos sobre el ciudadano, Trad. Carlos Mellizo, Madrid: Alianza, 2000.

²¹ RUIZ MANERO, Juan. Cincuenta años después de la segunda edición de la Reine Rechtslehre. Sobre el trasfondo de la Teoría Pura del Derecho y sobre lo que queda de ella. *Doxa*, Alicante, n. 33, p. 37-46, 2010. p. 39. Esta posición recuerda a la Kelsen para quien – como opina Ruiz Manero – existe una doble exclusión – de juicios causales y de juicios de valor – “donde radica centralmente la pureza del modelo de ciencia jurídica prescrito por Kelsen”. Esta doble exclusión “determina la justificación de un discurso sobre el Derecho que ve a este exclusivamente como orden normativo, que trate de describirlo como tal y que excluya de su horizonte cualquier valoración externa de ese mismo orden normativo”.

Si nos remitimos a los contratos Hobbes sostiene que lo que podemos contratar o no depende enteramente de las leyes civiles. Pero también de la confianza pues donde ella no existe no puede haber contrato. En consecuencia, en el contrato hay un acto de confianza mutua. Por eso el contrato es una promesa que obliga *de suyo* en el cual se determina primero qué debe hacerse antes de que estemos obligados a él. Por consiguiente, incumplir un contrato es una injuria, es un actuar sin derecho.

¿Qué nos enseña esto?

En primer lugar, que todo el Derecho es de producción del soberano o del Estado, lo cual incluye, obviamente, al Derecho Contractual. Por consiguiente, las libertades o los derechos que tienen los ciudadanos son libertades o derechos que se reconocen o conceden por el poder estatal: cuándo, cómo y por el tiempo que le parezca, y sobre todo, a quiénes se los concede o no. En razón de esto la libertad y la autonomía contractuales quedan vinculadas a la noción de ciudadanía como lo hizo el derecho romano. Empero, en nuestros días, no basta con ser ciudadano para disfrutarlos, importa saber, en la práctica, quiénes realmente los pueden disfrutar, lo cual depende no sólo de consideraciones legales sino además de factores sociales, económicos y políticos.

Por ejemplo, si bien en varios Estados ha desaparecido la esclavitud, esta categoría fue reemplazada por otras semejantes: los *sin tierra*, los *sin papeles*, los *homeless*, los *excluidos socialmente*, y tantos otros grupos o personas cuyo listado crece delante nuestro, a quienes podríamos incluir en la categoría de *vulnerables*. Estas personas cuando contratan difícilmente comprenden cuáles son los derechos y deberes implicados, y si lo hacen forzados por las circunstancias en que viven. No es raro que acepten la celebración de ciertos contratos bajo condiciones que traspasan las fronteras de lo lícito y de lo éticamente bueno. En estos casos estamos ante una *ignorancia cultural* que implica una *ignorancia legal* que en el caso latinoamericano es fruto de desigualdades graves que no son nuevas ni están debidamente atendidas²².

Por otra parte, la soberanía legislativa ha quedado limitada por los organismos internacionales. Frente a esto o los Estados se vuelcan o a un *nacionalismo legal* o a una integración de las recomendaciones legales que dichos organismo realizan, lo cual no se realiza sin problemas hacia adentro del Estado. Como percibe Joerges para el caso europeo:

Europeanization as a process can therefore be characterized by a fundamental tension: The European project of market integration started to impose its functionalist logic on the private law systems of the Member States, their various legal traditions, and visions of private law justice. The tension could neither be resolved by the replacement of European law by a supranational equivalent of nation-state law; nor can national law be replaced by European exercises in market building. Such exercises may result in disintegrative effects—or trigger innovative developments within national systems²³.

²² ÁVILA LINZÁN, Luis Fernando. El acceso a la justicia y la emancipación social de las personas excluidas. In: SANTAMARÍA, Ramiro Ávila (Ed.). **Neoconstitucionalismo y sociedad**. Quito: V&M, 2008. p. 178. “Tenemos jueces y abogados pasivos que practican el derecho sin incidencia social y política profunda, y sin un impacto sustancial en el mejoramiento de los derechos y la resolución de los conflictos socialmente relevantes”.

²³ JOERGES, Christian. The challenges of europeanization in the realm of private law: a plea for a new legal discipline. **Duke Journal of Comparative and International Law**, Durham, 14, p. 149-196, 2004. p. 166-167.

Segundo, ¿cuáles son los límites del legislador? Desde el punto de vista del jurista para resolver esto están las normas constitucionales, una solución demasiado simple si no fuese que hay que lidiar no con una comunidad de ángeles. Nuevamente la realidad delimita nuestros deseos y concepciones porque nos encontramos con restricciones justificadas que dan lugar a un ejercicio prudente de la producción normativa – como son las normas legales que protegen al consumidor – junto con decisiones no justificadas que aun cuando lo puedan ser desde el punto de vista legal no lo son si apelamos a criterios de prudencia política, en el caso del legislador, o de *equidad*, en el caso de los jueces, como algunas restricciones que se origina en períodos e emergencia y que veremos más adelante.

Sobre esto conviene exponer el peso de la doctrina de Kelsen ¿por qué? porque como explica Ruiz Manero, para Kelsen “determinar objetivamente qué sea lo justo, si la justicia es un ideal irracional (...) los juicios sobre ella son pura expresión de preferencias no justificables, entonces subordinar la obligatoriedad del Derecho a su justicia supone que el Derecho no pueda cumplir su función de instauración de orden”. Para él esto llevaría a la sociedad “a una situación de lucha no normada entre los diversos individuos y grupos que sostienen juicios divergentes sobre la justicia”²⁴. Empero como percibe Ruiz Manero “Esta prescripción de atender exclusivamente a las normas y no a las actitudes y creencias compartidas por quienes participan en el juego del Derecho ha conducido a la teoría kelseniana a algunas situaciones de bloqueo”²⁵.

La perspectiva kelseniana se corrige con la *constitucionalización del Derecho Civil*, proceso que se entiende con el llamado *efecto horizontal de los derechos fundamentales*, o sea, con “el efecto o influencia que los derechos fundamentales tienen en las relaciones jurídicas entre dos o más particulares”. La afectación se produce “no propiamente en las relaciones jurídicas entre privados, sino en el derecho privado que informa dichas relaciones”²⁶. Este efecto indirecto, de acuerdo a Stein, se comprende considerando tres aspectos: (a) la vinculación de la legislación a los derechos fundamentales; (b) la *interpretación constitucional del derecho privado*, y (c) ciertas determinadas garantías institucionales²⁷. Es lo que afirma la Corte Constitucional de Colombia:

La autonomía de la voluntad privada y, como consecuencia de ella, la libertad contractual gozan, entonces, de garantía constitucional. Sin embargo, como en múltiples providencias esta Corporación lo ha señalado, aquellas libertades están sometidas a condiciones y límites que le son impuestos, también constitucionalmente, por las exigencias propias del Estado social, el interés público y por el respeto de los derechos fundamentales de otras personas²⁸.

²⁴ RUIZ MANERO, Juan. Cincuenta años después de la segunda edición de la *Reine Rechtslehre*. Sobre el trasfondo de la Teoría Pura del Derecho y sobre lo que queda de ella. *Doxa*, Alicante, n. 33, p. 37-46, 2010. p. 40.

²⁵ Id. p. 42.

²⁶ MARSHALL BARBERÁN, Pablo. El efecto horizontal de los derechos y la competencia del juez para aplicar la Constitución. *Estudios Constitucionales*, Talca, a. 8, n. 1, p. 43-78, 2010. p. 53.

²⁷ Id. p. 53.

²⁸ COLOMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia SU-157/99*, Bogotá, 10 mar 1999.

Desde este punto de vista, se busca “limitar la actuación de los órganos estatales en sus relaciones frente a los particulares (...) objetivizando la posición del ciudadano frente al Estado, en una institución de carácter abstracto”. En este marco, al juez le corresponde “aplicar el derecho privado de forma que no se constituya en una violación de los derechos fundamentales”, que se logra por el “efecto de irradiación que los derechos fundamentales tienen sobre los principios generales y las cláusulas establecidas en la legislación de derecho privado”.²⁹ O como expresa Catalan: “*a Constituição incorpora novos princípios que deixam de aplicados apenas supletivamente e passam a servir de proteína para os negócios jurídicos que nascem diuturnamente, ligando-se a ele umbilicalmente, dando-lhes a necessária força para que possam nascer e alcançar sua maturidade*”³⁰.

Entonces, el problema de los límites del legislador se resuelve por medio de la tarea judicial cuando aplica la *equidad*, la que pasa a tener un lugar central en el Derecho moderno en la solución de los conflictos legales. Si esto desemboca en un activismo judicial es una cuestión a observar en cada caso, en cada país. Pero independientemente de que exista o no un activismo judicial, lo cierto es que cada vez más hay creación de Derecho por medio de la jurisprudencia con criterios más afines a la *equidad* y a la *justicia contractual*. Sin embargo, ¿qué muestran o cómo se relaciona esto con las investigaciones sobre el comportamiento humano y las condiciones culturales modernas?

Sobre los límites de la libertad contractual

El examen de la conducta humana ha producido una innumerable cantidad de trabajos proveniente de diversas fuentes – religiosas, políticas, éticas, sociales etc. – y desde tiempo inmemorial. Por consiguiente, me veo obligado a focalizarme sólo en los trabajos que estimo son más relevantes para esta investigación; elección que no quita el margen de discrecionalidad. Con relación a las exploraciones sobre las conductas colectivas existen dos temas que quiero subrayar: uno es la presencia de la denominada *cheating society*, y el otro el redescubrimiento de la cuestión de las virtudes, los que se hallan interrelacionados.

En cuanto al primer punto una obra que generó interesantes discusiones fue el libro de Callahan *The Cheating Culture*³¹, que en palabras de su autor “spotlights many disturbing facts about greed and deceit and cynicism, and about good people doing things they really shouldn’t be doing”³². Esto lo aclara en una

²⁹ MARSHALL BARBERÁN, Pablo. El efecto horizontal de los derechos y la competencia del juez para aplicar la Constitución. *Estudios Constitucionales*, Talca, a. 8, n. 1, p. 43-78, 2010. p. 56-58.

³⁰ CATALAN, Marcos. Negócio jurídico. uma releitura à luz dos princípios constitucionais. *Scientia iuris*, Londrina, v. 7/8, p. 367-390, 2003-2004. p. 375-376.

³¹ CALLAHAN, David. *The cheating culture: why more americans are doing wrong to get ahead*. Orlando: Harcourt, 2004.

³² CALLAHAN, David. On campus: author discusses the “cheating culture” with college students. *Plagiarism*, Wollongong, [s.n.], p. 25-32, 2006. p. 25-26. En esa conversación dijo: “*As I probed into the dark side of American life, one thing that surprised me most along the way is that so many of those who are cutting corners to get ahead – academically, financially, or professionally – are otherwise honest, ordinary people – people who see themselves as upstanding members of society – people who could never even imagine shoplifting. This is not a “them” problem, but an “us” problem in the US. Another thing that surprised me is that all this cheating is occurring at the same time that Americans are exercising more personal responsibility in many areas*”.

conversación con estudiantes al decir que comenzó a escribir el libro cuando estallaban los escándalos corporativos de Enron y WorldCom en los titulares. A partir de esos escándalos investigó, escribió y habló sobre la ética de los norteamericanos, encontrando cosas interesantes y perturbadoras que hubiese preferido ni aprender ni conocer. Es así que “descubre” que las personas comunes engañan más de lo que se espera. Y cita ejemplos muy conocidos: la evasión fiscal; el robo que hacen los empleados; el comportamiento de los médicos no es el que debería ser; las compañías farmacéuticas que usan del dinero o de otros regalos para lograr que los médicos indiquen tal o cual medicamento; los estudiantes que realizan plagios, etc., y el lugar de la tecnología que facilita los delitos. Por supuesto, esto causó interés y al mismo tiempo preocupación por diversas razones³³. Y puso en discusión el tema de la ética, no tanto sus principios sino cuál debe ser la conducta buena o justa en lo cotidiano.

Veamos seguidamente algunos ejemplos: cuando una persona piensa hasta dónde puede actuar sin ser sancionado; al realizar una conducta deliberadamente perjudicial categorizada como astucia en la negociación; la preocupación solamente por los resultados de un negocio; la venta de un inmueble por un precio superior al indicado en la escritura, o cuando se retrasan o diferencian los pagos esperando una mayor inflación. Estos casos que no quitan la existencia de un Estado de Derecho manifiestan la presencia de una doble moralidad que también se traslada a las organizaciones como el Estado, lo que explica, en parte, la corrupción. Sin embargo, el problema significativo es que estas conductas exteriorizan una *cheating culture* que es aceptada como parte de nuestras vidas. La respuesta a esto se funda en la fe ¿mágica? que una multiplicidad de normas éticas o la apelación a la transparencia pueda modificar los hábitos. Esto es ilusorio. Porque las conductas ilícitas y éticamente reprochables son aceptadas y valoradas como buenas o valiosas socialmente y su costo es bajo comparado con los beneficios de su realización.

Esta situación favorece una vuelta al campo de las virtudes que se realiza desde los '90 d las que nos interesan dos virtudes en especial: la prudencia y la justicia. En cuanto a la prudencia la que importa la *prudencia política* porque es la que concierne a quienes gobiernan pero también a quienes legislan, “Gobernar es una estrategia de ordenación selectiva, un equilibrio de caos y orden, de libertad y necesidad, de contexto y autonomía” sostienen Carmen y Daniel Innerarity, por cuanto “El Estado ya no está en condiciones de adoptar decisiones soberanas; es demasiado grande su dependencia del saber compartido, de la capacidad de decisión compartida y de los recursos financieros compartidos”³⁴. Desde esta perspectiva la prudencia guía a las demás virtudes, y en particular, a la justicia. Si no se diera esta consideración no existiría un fundamento sólido para proteger a las personas *vulnerables* ni para sostener que determinadas cláusulas insertas en un contrato son injustas.

³³ VAN YPEREN, Nico; HAMSTRA, Melvyn; KLAUW, Marloes. To win, or not to lose, at any cost: the impact of achievement goals on cheating. **British Journal of Management**, London, v. 22, S5-S15, 2011. Se ha observado en estudios empíricos que “*individuals who strive for the attainment of an interpersonal standard of competence are inclined to cheat more than individuals who strive for the attainment of an intrapersonal standard of competence*”.

³⁴ INNERARITY, Carmen; INNERARITY, Daniel. La transformación de la política para gobernar una sociedad compleja. **Revista de Estudios Políticos**, Madrid, n. 106, p. 231-255, oct./dic. 1999. p. 242.

Pero estas consideraciones sirvieron además para introducir una noción que, en un principio, fue problemática: el *abuso del derecho*. Sobre éste ha escrito Josserand que donde primero se experimentó fue en el derecho de propiedad de inmuebles. Este derecho tradicionalmente absoluto se fue limitando por razones atendibles, por caso, por la decisión del “propietario tiránico” que contamina con su fábrica a sus vecinos (Josserand). Es en el ejercicio de este derecho que “está naturalmente dotado de una fuerza de expansión indefinida” donde se emplea la noción de *abuso del derecho* que se extiende a otros contratos. De acuerdo a Josserand se incluyen “bajo su bandera”: la lesión y la acción pauliana. Siendo la aplicación más curiosa, indica este jurista, en los casos del *derecho a no contratar* que se manifiesta, por ejemplo, cuando un patrón se niega sistemáticamente a no contratar a un obrero sindicalizado. Esto es un abuso pues, como afirma Planiol, “el derecho cesa donde comienza el abuso y no puede haber *uso abusivo* de ningún derecho, por la razón irrefutable de que un solo y mismo acto no puede ser a la vez *conforme a derecho* y *contrario a derecho*”³⁵.

Para Díez-Picazo “la doctrina de los vicios del consentimiento contractual, contemplada a la luz del dogma de la perfecta voluntad, ha sido siempre muy difícil de explicar”. Dice que desde el punto de vista de este dogma las causas de nulidad por vicios de consentimiento tendrían que ampliarse, teniendo en cuenta, por ejemplo, el conocimiento distorsionado que impide la verdadera volición. Acá se ubica el asunto de los *sujetos vulnerables*, entre quienes ¿se incluyen? a los consumidores. Con relación a esto Catalan responde lo siguiente

Não se olvida que durante muito tempo o Estado liberal amparou-se no pilar da igualdade formal, não se permitindo ao juiz alterar o negócio pactuado em razão de eventual desequilíbrio na correlação de direitos e deveres assumidos pelas partes no contrato por elas ajustado, já que este fazia lei entre as partes, sendo que tal posição, justificada por diversas razões que fogem ao objeto deste estudo, ignorava a vulnerabilidade de algumas classes sociais, como a dos trabalhadores, dos inquilinos e dos consumidores.

*Rompendo com o dogma da igualdade formal, o Código de Defesa do Consumidor prevê expressamente que todo consumidor é vulnerável, na medida em que cria uma serie de limites no exercício da autonomia privada bem como atua em busca do reequilíbrio das obrigações assumidas pelas partes quando necessário, em homenagem à igualdade material, posto que consumidor e fornecedor são naturalmente desiguais*³⁶.

La extensa cita sirve para mostrar por qué contamos entre los *nuevos vulnerables* a los consumidores, a quienes se los protege, como indica Catalan en el Derecho brasileiro, por medio del *Código de Defesa do Consumidor* cuyo Artículo 31 expresa lo siguiente

A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.

³⁵ JOSSERAND, Louis. *Del abuso del derecho y otros ensayos*. Bogotá: Temis, 1999. p. 23.

³⁶ CATALAN, Marcos. A hermênutica contratual no código de defesa do consumidor. *Revista Eletrônica de Direito del Consumo y de la Alimentación*, [s.c.], n. 19, p. 9-29, 2008. p. 14-15.

De este modo, este jurista señala que se los protege por: (a) el *principio de transparencia*, que puede ser invocado para resolver el contrato; (b) el *principio de confianza* por medio del cual se tutelan las legítimas expectativas que tiene los contratantes, y (c) el *principio de equidad* que introduce una regla de reequilibrio, de paridad entre las partes. Todos los cuales nos remiten a la virtud de la justicia.

Por último, quisiera mencionar un punto importante desarrollado en Brasil: la *función social del contrato* que se introdujo en el nuevo Código Civil. Según Benetti Timm hay que distinguir entre la función social *del contrato* en la sociedad, una cuestión fáctica incluida en el *Derecho en acción* y para cuya comprensión es necesario recurrir a la interdisciplinariedad, y la función social *del Derecho Contractual* que se estudia por la doctrina jurídica, y sirve para orientar a los jueces en la interpretación y aplicación del Derecho, fundada en unas pocas premisas fácticas trasplantadas de otras ciencias, siendo su naturaleza esencialmente normativa. ¿Esto ayuda o no? De acuerdo a este autor no porque “sobre la base de la función social de los contratos, algunos jueces revisan los convenios guiados por el argumento político de proteger al débil contra el fuerte, o a la sociedad (por ejemplo, al mutuario) contra la individualidad (por ejemplo, una institución financiera)”. Esta la intervención judicial invocando “términos tan genéricos como la *justicia social* y la *función social*, entendidos ambos como confluendo hacia alguna *justicia distributiva*”, en favor de la parte más débil, puede resultar fuente de externalidades negativas”. A fin de corregir esto corresponde sostener que los contratos tienen como función social el ser “instrumentos para la circulación de bienes y servicios en la sociedad”. Y si el Derecho Contractual tiene una función ella no es la de redistribuir la riqueza para corregir las desigualdades sociales³⁷. Como se observa estamos ante una situación controversial que no vamos a profundizar en este trabajo pero que convenía indicar³⁸. Pero para agregar algún punto pensemos que lo dicho hasta ahora es factible en situación de estabilidad, entonces ¿qué pasa en situaciones de emergencia?

La emergencia y la libertad contractual

Cuando en 1933 asume la presidencia Franklin D. Roosevelt los Estados Unidos se hallan en una situación compleja por obra de la Primera Guerra y la Gran Depresión. En este contexto, el nuevo presidente se enfrenta con las consecuencias de un evento que sigue estando en la memoria colectiva: el crack del '29.

³⁷ BENETTI TIMM, Luciano. La función social del derecho contractual en el código civil brasileño: justicia distributiva vs. eficiencia económica. *Revista de Instituciones, Ideas y Mercados*, Buenos Aires, n. 52, p. 5-51, mayo 2010. p. 16-40.

³⁸ PEREIRA FREDES, Esteban. The binding force and social function of contracts: a state of the art in Brazil and Chile. *Latin American Legal Studies*, Santiago, v. 1, p. 64-100, 2017. p. 237-238. Para Pereira Fredes “*It fulfills an interpretative work, it serves for the creation of secondary behavior duties for parties, and it justifies and demands sanctions against the abuse of the right*”. Y agrega que el “*contractual balance protects the contractual relationship in that it is developed according to equitable conditions for both parties. This parameter seeks to avoid asymmetry in bargaining power for one of the parties, whether it is excessively favorable terms for one of the parties, or notoriously harmful for the other. And, when such situation of contractual inequality materializes and harms the other party, the demands of contractual equilibrium claim correction through a series of institutions. Although this principle is not expressly acknowledged, it flows from diverse contractual institutions*”.

Su importancia es tal que éste será el eje del discurso inaugural de su gobierno. En él dice que frente a la Gran Depresión que está asolando al país, está preparado para – dentro de su deber constitucional – llevar adelante una serie de “líneas de ataque” con la ayuda de un ejército leal y entrenado deseoso de sacrificarse por el bien de una disciplina común, porque sin esa disciplina ningún progreso puede hacerse, ningún liderazgo puede ser efectivo. La recuperación precisa más que cambios éticos. La nación demanda acción, y acción ahora. Por eso, si el Congreso no lo acompaña con velocidad, advierte que pedirá los poderes inherentes para declarar una guerra contra la emergencia como si ésta fuese un enemigo extranjero que invadiese al territorio norteamericano³⁹. Y espera del poder judicial una actitud similar porque sabe que la Corte no le va a facilitar su plan de reforma económica. En función de esto busca aumentar el número de sus miembros, siguiendo la sugerencia de Holmes: “Sr. Presidente, usted está en guerra, yo también estuve en una guerra. Sólo hay una regla en una guerra. Formar sus batallones y pelear”⁴⁰. En este marco, la lógica de la guerra se traslada a la toma de decisiones. Durante una emergencia una organización como el Estado se siente obligada a intervenir. Es lo que espera la sociedad. Se produce entonces una legislación de excepción cuya caracterización realiza el *judge* Hughes de la Suprema Corte norteamericana en su voto en el caso *Home Building and Loan Association versus John H. Blaisdell* y señora de Blaisdell, 290 U.S. 398, 1934, sosteniendo que

La emergencia no crea el poder, ni aumenta el poder concedido, ni suprime, ni disminuye las restricciones impuestas sobre el poder concedido, o reservado. La Constitución fue adoptada en un período de grave emergencia. Sus concesiones de poder al gobierno federal y sus limitaciones del poder de los Estados fueron determinadas a la luz de la emergencia, y ellas no son alteradas por la emergencia. Qué poder fue así concedido y qué limitaciones fueron así impuestas, son cuestiones que han sido siempre y que serán siempre objeto de minucioso examen bajo nuestro sistema constitucional⁴¹.

La cita presenta tres elementos relevantes. En primer lugar, la afirmación de que la emergencia no crea el poder, ni aumenta el poder concedido, ni suprime, ni disminuye las restricciones impuestas sobre el poder concedido o reservado. Esto significa que aún bajo esta circunstancia el poder debe actuar dentro del marco constitucional. Segundo, Hughes rememora que “La Constitución fue adoptada en un período de grave emergencia”. Luego, si ella pone limitaciones las mismas fueron creadas a la luz de la emergencia, y no deben ser alteradas por ésta, máxima comprensible a la luz del constitucionalismo norteamericano donde importa la concepción de gobierno limitado. Y tercero, el poder concedido y sus limitaciones quedan bajo examen del poder judicial. A éste le corresponde resolver los conflictos legales bajo estas circunstancias.

³⁹ Estados Unidos de la América. Presidente (1933-1945: Franklin Delano Roosevelt). **First inaugural speech**. Washington D.C., 4 mar 1933. Disponible en <<<http://www.historyplace.com/speeches/fdr-first-inaug.htm>>>. Acaso en 10 abr 2020.

⁰ ROSEN, Jeffrey. **The Supreme Court**. The personalities and rivalries that defined America. New York: Times Books/Henry Holt and Company, 2007. p. 123.

⁴¹ V. ARGENTINA. Corte Suprema, **Sentencia**, Buenos Aires, 7 dic 1934. Utilizo la traducción que emplea la Corte Suprema en el caso *Avico, Oscar A. c/ De la Pesa, Saúl* donde dice que “la irretroactividad de la ley en materia civil no es un principio o garantía constitucional sino del Código Civil – art. 3 – que el Congreso puede derogar cuando el interés general lo exija”.

Si tomamos el caso argentino la línea jurisprudencial seguida por la Corte Suprema no sólo ha sido perjudicial para las relaciones contractuales, sino que se quebraron los principios que gobernaban su realización. En la sentencia Ercolano, Agustín c. Lanteri de Renshaw, Julieta establece que hay “hay restricciones a la propiedad y a las actividades individuales cuya legitimidad no puede discutirse en principio, sino en su extensión. Tales son las que se proponen asegurar el orden, la salud y la moralidad colectivas; y hay asimismo otras limitaciones, como son las que tienden a proteger los intereses económicos”; empero en circunstancias especiales “en que por la dedicación de la propiedad privada a objetos de intenso interés público y por las condiciones en que ella es explotada, justifican y hacen necesaria la intervención del estado en los precios, en protección de intereses vitales de la comunidad”⁴².

Esto se reafirma luego en Avico, Oscar A. c. De la Pesa, Saúl diciendo que “la reserva del poder del Estado, apropiada para esas condiciones extraordinarias debe considerarse que es parte de todos los contratos (...) Y si el poder del Estado existe para dar alivio temporario contra la ejecución de los contratos en presencia de desastres debidos a causas físicas, como fuego, inundación o terremoto, no puede decirse que ese poder sea inexistente cuando necesidades públicas urgentes que requieran el mismo alivio, son producidas por causas económicas”⁴³. Esto se amplía hasta la sentencia Provincia de San Luis c/Estado Nacional s/acción de amparo donde la Corte cambia su postura y sostiene

No cabe juzgar, por consiguiente, a quienes se acogieron a un sistema legal vigente durante aproximadamente diez años y celebraron operaciones comerciales y financieras dentro de él, sino determinar si el abrupto cambio de esa política estatal se efectuó dentro de los márgenes constitucionalmente aceptables para la validez de tales decisiones y, en caso de que ello no ocurriese, resolver la controversia de modo compatible con el marco jurídico en que aquélla se configura y la crisis en que se inserta⁴⁴.

En consecuencia, los mecanismos para superar la emergencia están sujetos a un límite; la razonabilidad, por lo cual “no es dudoso que condicionar o limitar ese derecho afecta a la intangibilidad del patrimonio y obsta al propósito de afianzar la justicia”. Por consiguiente “la emergencia (...) no ampara el desconocimiento de tales derechos, por lo que no podría esperarse que el avasallamiento del derecho de propiedad fuese tolerado por el Tribunal”. Como se observa las restricciones en materia contractual bajo situaciones de emergencia se fueron modificando, aunque el viraje de la Corte dependió más de cuestiones políticas que jurídicas como sucede con eventos de este tipo.

Aquí existe un punto que debe integrarse al estudio de la emergencia en el Derecho. ¿Son las emergencias previsibles? Weick dice que una organización se define mejor por lo que sus miembros eligen ignorar⁴⁵. Es decir que existen ignorancias que no son excusables y que quedan en evidencia en una emergencia. Una

⁴² ARGENTINA. Corte Suprema, **Sentencia** (Ercolano, Agustín c/ Lanteri de Renshaw, Julieta), Buenos Aires, 28 abr 1922.

⁴³ ARGENTINA. Corte Suprema, **Sentencia** (Avico, Oscar A. c/ De la Pesa, Saúl), Buenos Aires, 7 dic 1934.

⁴⁴ ARGENTINA. Corte Suprema, **Sentencia** (Provincia de San Luis c/ Estado Nacional), Buenos Aires, 5 mar 2003.

⁴⁵ PIDGEON, Nick, O’LEARY, Michael. Man-made disasters: why technology and organizations (sometimes) fail. **Safety Science**, Amsterdam, n. 34, p. 15-30, 2000. p. 22.

cuestión que se acentúa cuando quienes deben actuar son los funcionarios públicos. De acuerdo a Turner en los casos estudiados se revela la existencia constante de pre-condiciones en cualquier falla mayor de un sistema; algunas de ellas originadas en los años previos, lo que permite hablar de un *período de incubación*; un tiempo para investigar y detectar, por ejemplo, los errores críticos, y los eventos que inicialmente permanecen latentes. En este sentido, adquiere particular significación lo expresado por Trotsky: “la insurrección es una máquina que no hace ruido”⁴⁶. ¿Cómo se enfrenta esto? De acuerdo a Matus hay que tener en cuenta que

Toda práctica de planificación es una combinación dosificada de *cálculo previsorio* que se *prealimenta* de una simulación constante del futuro y de *cálculo reactivo* que se *retroalimenta* de la constatación de los problemas agravados o atenuados. Pero el estilo de Gobierno dominante en nuestros países casi no deja espacio a la previsión y agota todas sus energías gestando respuestas inmediatistas a los problemas ya acumulados que muestran señales de traspasar los límites que marcan el deterioro de la adhesión popular⁴⁷.

Esto favorece la construcción de la *cultura de la seguridad* para cuya elaboración se cuenta con los reportes de organizaciones como el WEF – como el citado en la Introducción – cuya importancia reside en que sus informes contienen diagnósticos, recomendaciones, y medidas para superar los desastres futuros, de modo que ante estos sucesos se puedan conciliar tres términos: previsibilidad, seguridad, y derechos humanos. Ahora bien ¿el Derecho tiene algún correctivo para estas situaciones? Sí, este es el lugar de la *teoría de la imprevisión*. Como con acierto expone Castrillón y Luna

creemos que la única solución viable y equitativa se encuentra en (...) la teoría de la imprevisión, que permita a los jueces (...) restablecer las condiciones en términos similares a las originalmente pactadas por las partes, repartiendo así el peso de tales variaciones o circunstancias imprevistas de una manera equitativa entre las mismas, para procurar de ese modo una mayor justicia y sobre todo equidad entre ellas, y propiciar así que se encuentren siempre en posibilidad de dar cumplimiento a las obligaciones contraídas previamente en términos equivalentes a los originalmente asumidos por estas⁴⁸.

Esto si se quiere es una aplicación de la *justicia contractual* en la medida que se buscan soluciones justas para los conflictos legales reales. Pero donde también se va a apelar a estos criterios es en el campo de la confluencia entre *high-tech life* y Derecho Contractual.

High-tech life y contratos

De acuerdo a lo visto también la *high-tech life* modifica al Derecho Contractual. Las preguntas son: ¿en qué medida? y ¿con cuáles consecuencias? Con relación a esto ya en 1999 Recalde Castells advirtió que los contratos están inmersos en un proceso de desmaterialización y de abandono del soporte material; la titularidad y consistencia de estos derechos depende de los datos de un registro informático, y por

⁴⁶ MALAPARTE, Curzio. *Técnica del golpe de estado*. Buenos Aires: Americana, 1953. p. 19.

⁴⁷ MATUS, Carlos. *Adiós, señor Presidente*. Caracas: Pomaire, 1987. p. 233.

⁴⁸ CASTRILLÓN Y LUNA, Víctor Manuel. Libertad contractual. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Ciudad de México, v. 58, n. 250, p. 155-182, 2008. p. 175.

procedimientos electrónicos se ejecuta el cumplimiento de las obligaciones contractuales⁴⁹. Para otros autores se produce un llamado *diálogo entre ordenadores*, o sea, una comunicación entre el ordenador del emisor y el del receptor a través de una red telemática interactiva⁵⁰.

En cualquier caso, se modificó sustancialmente el marco cultural de los contratos dando lugar simultáneamente a variaciones relevantes en las conductas de los consumidores y de los usuarios, considerando que la mayor virtud de Internet y su principal riesgo, “radica en que se trata de una red abierta a la que puede acceder cualquier persona, que se pone en contacto con otros sujetos sin necesidad de acuerdos bilaterales y formalizados entre las partes. Esta circunstancia justifica la necesidad de establecer mecanismos de seguridad”⁵¹. En base a esto se analizan los *smart contracts*.

De acuerdo a Jaccard el concepto *smart contract* fue inventado en los 90’ por Nick Szabo, un abogado norteamericano que además era especialista en computación cuya intención fue crear un contrato elaborado en lenguaje computacional a partir de hallar una analogía entre la estructura del Derecho y la informática⁵². Para Jaccard la palabra *smart* hace referencia a su grado de complejidad y de adaptabilidad, aunque esto no significa que el contrato “pueda pensar como un abogado”. Para este autor es la palabra contrato la que puede engañar porque esta palabra no debe ser entendida en sentido legal sino en el sentido de contratos que actúan de manera autónoma. Por eso, propone que a estos contratos se los defina como: “*a software, which computer code binds two, or a multitude, of parties in view of the execution of predefined effects, and that is stored on a distributed ledger*”⁵³.

En esta categoría se incluyen los *click-wrap agreements* y los *browse-wrap agreements*. En este contexto, adquiere significación el *principio de transparencia* destacado por Catalan. ¿Por qué? Por la forma en que se otorga el consentimiento ya que como subraya Jaccard el lenguaje computacional es opaco para la mayoría de las personas. Estamos, nos advierte el autor, ante un proceso de oferta, aceptación y consentimiento que tiene lugar en el espacio virtual donde ese encuentra el *blockchain*. Ante esto ¿cómo actúa el consumidor/usuario de bienes y servicios en estos casos? Veamos seguidamente dos conductas problemáticas.

⁴⁹ RECALDE CASTELLS, Andrés Juan. Comercio y contratación electrónica. **Informática y Derecho: Revista Iberoamericana de Derecho Informático**, Mérida, n. 30-31, p. 39-88, 1999. p. 40.

⁵⁰ ORTEGA DÍAZ, Juan Francisco. Contratos electrónicos: la cuestión de la perfección y del soporte contractual. **Revista de la Contratación Electrónica**, Madrid, n. 86, p. 51-111, 2007. p. 53.

⁵¹ RECALDE CASTELLS, Andrés Juan. Comercio y contratación electrónica. **Informática y Derecho: Revista Iberoamericana de Derecho Informático**, Mérida, n. 30-31, p. 39-88, 1999. p. 42.

⁵² SZABO, Nick. **Smart contracts**. Disponible en <<<http://w-uh.com/download/WECSmartContracts.pdf>>>. Acceso en 10 abr 2020.

⁵³ JACCARD, Gabriel Olivier Benjamin. Smart contracts and the role of law. **Jusletter IT**, [s.c.], [s.p.], 10 jan 2018.

La primera se refiere a la conducta de los usuarios con la información que se localiza online en la *homepage* del oferente. Si lo que se pretende es obtener una licencia de uso, por ejemplo, con un click se manifiesta la aceptación. El problema es – como anota Jennifer Femminella – que los términos y las condiciones ofrecidas en la webpage son difíciles de negociar sin primero aceptar la totalidad de los términos expuestos en el website del oferente⁵⁴. Para algunos tribunales – cita la autora – el conocimiento de las condiciones del contrato se vuelve visible cuando el futuro usuario realiza el *scroll down* de la página⁵⁵.

La segunda reside en que no existe ni discusión ni deliberación. No hay interés ni medios para hacerlo, dice la autora. Para el oferente esto es útil porque no necesita más que una forma del contrato para todos los posibles usuarios. Pero lo que interesa indicar – dice Femminella – es si las posiciones pro-mercado pueden salvar estos obstáculos. Aprecio que no, porque hay una competencia oligopólica. Para Femminella tampoco porque no hay espacio para el regateo o la negociación. Los *click-wrap agreements* y los *browse-wrap agreements* son contratos de adhesión y nos enfrentamos con lo que se observa en cualquier contrato: no se sabe si los términos del acuerdo efectivamente se leen o no, porque

a defining feature of modern-day contracts is that almost no one reads the terms before signing or clicking through. Consumers are confronted with an impossible amount of fine print in their daily lives, and it is neither practical nor efficient for them to read all of their contracts thoroughly. Widespread non-readership leaves consumers open to exploitation by underhanded firms. When consumers do not read their contracts, unscrupulous sellers can exaggerate or lie outright about their products and services while contradicting, qualifying, or disclaiming these assertions in the fine print⁵⁶.

Por mi parte, creo que las razones por las cuales no se leen las condiciones residen en factores que fueron estudiados hace décadas por la sociología y que son de orden cultural. La necesidad de tener ciertos juegos o apps, o la de integrar ciertas redes sociales, son comportamientos que se incluyen dentro del estilo de vida como símbolo y la valoración que tiene éxito en la actualidad, definido por Parsons como el nivel de aprobación de adquisiciones valoradas, que es la recompensa básica que una persona puede adquirir. Son motivos por los cuales pienso que no se lee lo que se debería leer: las condiciones de los *click-wrap agreements* y los *browse-wrap agreements*, porque la necesidad de tener ciertos juegos o apps, o la de integrar ciertas redes sociales presenta mayores beneficios – reales o ficticios – que los posibles costos que la negativa a poseerlos conlleva.

⁵⁴ BENOLIEL, Uri; BECHER, Shmuel. The duty to read the unreadable. **Boston College Law Review**, Boston, n. 60, p. 2255-2296, nov 2019. p. 2266-2267. Generalmente se incluyen los siguientes cláusulas: (1) la de propiedad intelectual; (2) la de prohibición de ciertas conductas como de modificación de los términos del contrato; (3) la de finalización; (4) la de limitación de responsabilidad; (5) la *disclaimer clause*, que establece que los servicios provistos a los usuarios no tienen garantías de ninguna clase; (6) la de arbitraje para los posibles conflictos legales, (7) la del lugar del tribunal; (8) la que indica bajo cuál derecho se rige en caso del litigio y (9) la *time bar clause*, que fija un período de tiempo dentro del cual el usuario puede accionar contra el sitio web.

⁵⁵ V. FEMMINELLA, Jennifer. Note online terms and conditions agreements: bound by the web. **Journal of Civil Rights and Economic Development**, New York, n. 17, p. 87-126, Winter 2003. p. 103. Con abundante jurisprudencia.

⁵⁶ V. FURTH-MATZKIN, Meirav; SOMMERS, Roseanna. Consumer psychology and the problem of fine print fraud. **Stanford Law Review**, Stanford, v. 72, n. 3, p. 503-560, March 2020. p. 506.

Es además el factor consumo que tiene un peso destacado en la cultura moderna. Las opiniones favorables o no de un determinado producto en la red o lo que una marca ofrece hacen que se deje de lado cualquier otra consideración. La aceptación o el click dependen de factores como el prestigio, el éxito o la moda, y si bien el *principio de transparencia* se usa por su efecto disuasorio porque se busca alejar las conductas engañosas de los oferentes, es el comportamiento colectivo el que abre la puerta a la *vulnerabilidad* del usuario, pues como afirma Parsons los adminículos tecnológicos puestos a disposición en forma masiva forman parte o son símbolos del sistema de prestigio de nuestros días⁵⁷.

En este marco, el Estado asume un paternalismo jurídico para proteger a los usuarios/consumidores como *sujetos vulnerables*⁵⁸. ¿Por qué? Según Meriño Acuña – con quien coincido – el problema pasa porque “Los agentes económicos que cuentan con poder de mercado y de negociación establecen límites a sus contrapartes (...) que provienen del poder de negociación” y se materializan por medio de la predisposición de contratos por adhesión con cláusulas vejatorias, lo que se refuerza mediante la existencia de mercados oligopólicos y monopólicos con prácticas explotadoras de la situación de dependencia del consumidor y a través de una publicidad engañosa, los que afectan el derecho a la elección del consumidor. Empero, como advierte este autor este “esquema de contratación se ha convertido en un instrumento tan útil que ahora ha devenido imposible poderlo eliminar; y sería ingenuo pensar que con su eliminación se ofrecería tutela al consumidor”⁵⁹. A fin de entender esto conviene acudir al examen del contexto económico contemporáneo.

Los contratos bajo el capitalismo actual

En la cultura contemporánea el consumo ocupa un lugar destacado. Para Argandoña “el consumo no es una actividad indiferente, sino de profundo contenido cultural, antropológico, social y ético”. Si bien el consumo en sí es bueno, es la sociedad la que se ha convertido en una *sociedad de consumo*, un concepto – prosigue diciendo Argandoña – que sugiere que existe “una mentalidad colectiva en las sociedades occidentales avanzadas, que absolutiza el consumo como bien del hombre. Se considera, en efecto, la producción, tenencia, uso y consumo de bienes como un valor central de nuestra sociedad”, que es consecuencia de “un cambio en la escala de valores, que concede más importancia al “tener” y al “consumir” que al “ser”, o, si se prefiere, al “gozar” que al “ser”⁶⁰.

⁵⁷ PARSONS, Talcott. **Social theory and social structure**. Revised and enlarged edition. 6. ed. Glencoe: Free Press, 1962.

⁵⁸ V. Fundación de Investigaciones Económicas Latinoamericanas. **La reforma del poder judicial en la Argentina**. Buenos Aires: SRL, 1996. p. 211. En contra de esto se sostiene que se parte de la idea implícita o explícita de que los consumidores son ingenuos por lo cual el Estado abusa del paternalismo jurídico para crear normas jurídicas para proteger a los consumidores sin considerar los incentivos económicos de los oferentes y los demandantes del mercado.

⁵⁹ MERINO ACUÑA, Roger Arturo. Los límites de la autonomía contractual en el capitalismo del mercado global. **Revista Jurídica del Perú**, Trujillo, v. 94, p. 385-419, dic 2008. p. 385-401.

⁶⁰ ARGANDOÑA, Antonio. **La ética de la sociedad de consumo**. **Cuadernos Empresa y Humanismo**, Navarra, n. 37, p. 3-32, 1993. p. 22.

Por su parte, Díez-Picazo expone que “En el sistema de economía capitalista, regido por la ley de obtención del máximo beneficio, el contrato es el cauce jurídico de obtención de este beneficio: el contrato o, si se prefiere, el conjunto de contratos que dentro del marco de una actividad profesional o empresarial se realice. Cada contrato puede producir un beneficio y el conjunto de contratos un beneficio promediado”⁶¹. El asunto es, entonces, saber cómo funciona la libertad o la autonomía contractual en este marco.

Un ejemplo que estimo muestra los efectos del cambio de valores en la sociedad es el debate sobre la compraventa de órganos. Si partimos de la idea de que en el capitalismo actual se ha mercantilizado el cuerpo humano no es casual que las partes del mismo sean cosas puestas en el comercio. Esto comporta no sólo un cambio fundamental de valores sino un desafío porque hay que satisfacer la demanda de órganos para trasplantes que salvan vidas. A fin de investigarlo dejemos de lado por un rato la cuestión de su licitud para centrarnos en la moralidad del acto. En principio, con base en Kant podría responderse que “el valor moral de una acción no reside en el efecto que de ella se espera, ni tampoco, por consiguiente, en ningún principio de la acción que necesite tomar su fundamento determinante en ese efecto esperado”⁶².

Luego, si atendemos a los resultados que se podrían seguir de la obtención del órgano, resulta mejor conseguirlo que no conseguirlo, sin importar que se lo obtenga de forma gratuita u onerosa. Con la compraventa la persona necesitada alcanza lo que precisa para continuar con vida y mejorar su estado de salud. En este sentido, las necesidades de los enfermos son una buena razón para focalizarse más en el resultado que en los medios. Tenemos un fin moralmente bueno que difícilmente tenga objetores.

Pero si evaluamos los medios ¿puedo en razón del fin suspender el juicio moral sobre los mismos? Es en este punto surgen divergencias que no son menores. En cuanto a mi parecer no parece posible tal suspensión del juicio. Los medios para conseguir órganos – fuera de los casos en donde se los obtiene sin consentimiento y que no cabe debatir – requieren justificaciones morales objetivas. Aquí enfrentamos dos situaciones: si se paga un precio por el órgano – en la práctica – se benefician sólo quienes están en mejor posición económica pero también puede darse – y de hecho se presenta – la situación de quienes se endeudan para pagar el precio. Aquí nos encontramos con personas que pueden ser explotadas. Por lo tanto, no parece justificable la compraventa en ningún caso.

La otra situación es la que puede asumir el Estado: por un lado, puede obligar a todos los ciudadanos a que sean donantes salvo que expresen una voluntad en contrario, o puede incentivar de alguna manera la donación considerando el bien implicado – la salud – y la preservación de la libertad para prestar el consentimiento, o en la situación extrema puede crear un mercado de órganos con precios regulados. La primera solución no parece justa porque no se puede obligar a realizar una conducta altruista. Las virtudes se proponen para ser seguidas pero no se pueden obligar. La segunda parece la más viable aunque es la más difícil por los valores dominantes

⁶¹ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. Contrato y libertad contractual. *Themis*, Lima, n. 49, p. 7-14, 2004. p. 8.

⁶² KANT, Immanuel. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. 1785. Disponible en <http://www.juslapampa.gob.ar/Consejo/imagenes/kantfundamentaciondelametafisicadelascostumbres.pdf>. Acso en 22 abr 2021.

en el capitalismo. Por último, la creación de un mercado por parte del Estado no resuelve el problema sino que lo complejiza: ¿cómo se fija el valor de un órgano? ¿Se otorga un préstamo a quien no pueda pagarlo? ¿Evita la creación de un mercado negro? Estas y otras preguntas se pueden formular y, en mi apreciación, no justifican su creación y no logra que demandantes y oferentes de órganos obtengan intercambios satisfactorios para ambas partes. La gran dificultad va a seguir siendo la brecha entre quienes demandan órganos y quienes ofrecen, y la espera larga y prolongada que se manifiesta para conseguirlos en la realidad.

Conclusión

A lo largo del trabajo vimos como las externalidades afectan al Derecho Contractual. Y esto tanto Hobbes como Kant lo entienden. Por eso, el primero trata de evitar los disensos en cuanto a qué debe entenderse por justo o injusto y lo remite a quien gobierna. Es la ley la que pone fin a las controversias. Algo similar hace Kant dando un lugar relevante a la conciencia, la subjetividad, o sea, al sujeto autónomo. Pero la realidad nuestra fuertes contrastes entre lo que estima que son los deberes y derechos que genera un contrato y lo que sucede en la práctica cotidiana. Por eso es encomiable el valor dado a la equidad, la justicia contractual y a la noción de que los contratos tienen una función social. Esta obra de juristas y de jueces merece una consideración mayor pues lo que está en juego es la necesidad de sostener o de reestablecer el equilibrio en las relaciones contractuales entre los particulares sea en condiciones de estabilidad o de emergencia. Más en una sociedad – como la latinoamericana – donde existen graves desigualdades y crece el número de sujetos vulnerables.

Referencias

- ACOSTA, Joaquín. La reforma al derecho de la responsabilidad contractual: consecuencias específicas de la constitucionalización del derecho privado. **Revista Iusta**, Bogotá, n. 30, p. 93-106, 2009.
- ARGANDOÑA, Antonio. La ética de la sociedad de consumo. **Cuadernos Empresa y Humanismo**, Navarra, n. 37, p. 3-32, 1993.
- ARGENTINA. Corte Suprema, **Sentencia** (Avico, Oscar A. c/ De la Pesa, Saúl), Buenos Aires, 7 dic 1934.
- ARGENTINA. Corte Suprema, **Sentencia** (Ercolano, Agustín c/ Lanteri de Renshaw, Julieta), Buenos Aires, 28 abr 1922.
- ARGENTINA. Corte Suprema, **Sentencia** (Provincia de San Luis c/ Estado Nacional), Buenos Aires, 5 mar 2003.
- ÁVILA LINZÁN, Luis Fernando. El acceso a la justicia y la emancipación social de las personas excluidas. In: SANTAMARÍA, Ramiro Ávila (Ed.). **Neoconstitucionalismo y sociedad**. Quito: V&M, 2008.
- BENETTI TIMM, Luciano. La función social del derecho contractual en el código civil brasileño: justicia distributiva vs. eficiencia económica. **Revista de Instituciones, Ideas y Mercados**, Buenos Aires, n. 52, p. 5-51, mayo 2010.
- BENOLIEL, Uri; BECHER, Shmuel. The duty to read the unreadable. **Boston College Law Review**, Boston, n. 60, p. 2255-2296, nov 2019.

- BONKOVIĆ, Mirjana; KUZMANIĆ, Ana; GRUJIĆ, Tamara. **High-tech life accompanying devices: how meaningfully are they used?** In: 13TH INTERNATIONAL CONFERENCE ON SOFTWARE ENGINEERING, PARALLEL AND DISTRIBUTED SYSTEMS, 2014, Gdansk, 2014. *Conference Book ...* Gdansk, 2014.
- CALLAHAN, David. On campus: author discusses the “cheating culture” with college students. **Plagiary**, Wollongong, [s.n.], p. 25-32, 2006.
- CALLAHAN, David. **The cheating culture: why more americans are doing wrong to get ahead**. Orlando: Harcourt, 2004.
- CASTRILLÓN Y LUNA, Víctor Manuel. Libertad contractual. **Revista de la Facultad de Derecho de México**, Ciudad de México, v. 58, n. 250, p. 155-182, 2008.
- CATALAN, Marcos. A hermêutica contratual no código de defesa do consumidor. **Revista Eletrônica de Direito del Consumo y de la Alimentación**, [s.c.], n. 19, p. 9-29, 2008.
- CATALAN, Marcos. Negócio jurídico. uma releitura à luz dos princípios constitucionais. *Scientia iuris*, Londrina, v. 7/8, p. 367-390, 2003-2004.
- COLOMBIA. Corte Constitucional, **Sentencia C-341**, Bogotá, 3 mayo 2003.
- COLOMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia SU-157/99**, Bogotá, 10 mar 1999.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. Contrato y libertad contractual. **Themis**, Lima, n. 49, p. 7-14, 2004.
- EDWARDS, Harry. The growing disjunction between legal education and the legal profession. **Michigan Law Review**, Ann Arbor, v. 91, n. 8, p. 2191-2219, 1993.
- ESPINOSA ARES, Juan Manuel. El idealismo jurídico kantiano: una crítica de la crítica. **Revista de Derecho UNED**, Madrid, n. 8, p. 107-126, 2011.
- Estados Unidos de la América. Presidente (1933-1945: Franklin Delano Roosevelt). **First inaugural speech**. Washington D.C., 4 mar 1933. Disponible en <<<http://www.historyplace.com/speeches/fdr-first-inaug.htm>>>. Acaso en 10 abr 2020.
- FEMMINELLA, Jennifer. Note online terms and conditions agreements: bound by the web. **Journal of Civil Rights and Economic Development**, New York, n. 17, p. 87-126, Winter 2003.
- Fundación de Investigaciones Económicas Latinoamericanas. **La reforma del poder judicial en la Argentina**. Buenos Aires: SRL, 1996.
- FURTH-MATZKIN, Meirav; SOMMERS, Roseanna. Consumer psychology and the problem of fine print fraud. **Stanford Law Review**, Stanford, v. 72, n. 3, p. 503-560, March 2020.
- GONZÁLEZ DÁVILA, Richard Honorio. La constitucionalización del derecho privado y la acción de protección frente a particulares. **Foro**, n. 16, Quito, p. 57-95, 2011.
- HENSLER, Deborah. Our courts, ourselves: how the alternative dispute resolution movement is re-shaping our legal system. **Dickinson Law Review**, Carlisle, v. 122, n. 1, p. 349-382, 2017.
- HOBBS, Thomas. **De cive: elementos filosóficos sobre el ciudadano**, Trad. Carlos Mellizo, Madrid: Alianza, 2000.
- INNERARITY, Carmen; INNERARITY, Daniel. La transformación de la política para gobernar una sociedad compleja. **Revista de Estudios Políticos**, Madrid, n. 106, p. 231-255, oct./dic. 1999.
- JACCARD, Gabriel Olivier Benjamin. Smart contracts and the role of law. **Jusletter IT**, [s.c.], [s.p.], 10 jan 2018.
- JOERGES, Christian. The challenges of europeanization in the realm of private law: a plea for a new legal discipline. **Duke Journal of Comparative and International Law**, Durham, 14, p. 149-196, 2004.

- JOSSERAND, Louis. **Del abuso del derecho y otros ensayos**. Bogotá: Temis, 1999.
- KANT, Immanuel. **Fundamentación de la metafísica de las costumbres**. 1785. Disponible en [«http://www.juslapampa.gov.ar/Consejo/images/kantfundamentaciondelametafisicadelascostumbres.pdf»](http://www.juslapampa.gov.ar/Consejo/images/kantfundamentaciondelametafisicadelascostumbres.pdf). Acceso en 22 abr 2021.
- KENNEDY, Duncan. Legal education and the reproduction of hierarchy. **Journal of Legal Education**, Washington, v. 32, p. 591-615, 1982.
- LANGDELL, Christopher Columbus. **A selection of cases on the law of contracts with references and citations prepared for use as a text-book in Harvard Law School**. Little, Brown and Company: Boston, 1871. Disponible en [<<https://catalog.hathitrust.org/Record/010448690>>](https://catalog.hathitrust.org/Record/010448690). Acceso en 20 abr. 2020.
- LEYVA SAAVEDRA, José. Autonomía privada y contrato. **Revista Oficial del Poder Judicial**, Lima, a. 4-5, n. 6-7, p. 267-290, 2010-2011.
- MALAPARTE, Curzio. **Técnica del golpe de estado**. Buenos Aires: Americana, 1953.
- MARSHALL BARBERÁN, Pablo. El efecto horizontal de los derechos y la competencia del juez para aplicar la Constitución. **Estudios Constitucionales**, Talca, a. 8, n. 1, p. 43-78, 2010.
- MATUS, Carlos. **Adiós, señor Presidente**. Caracas: Pomaire, 1987.
- MERINO ACUÑA, Roger Arturo. Los límites de la autonomía contractual en el capitalismo del mercado global. **Revista Jurídica del Perú**, Trujillo, v. 94, p. 385-419, dic 2008.
- MICKLITZ, Hans-Wolfgang. On the intellectual history of freedom of contract and regulation. **Penn State Journal of Law & International Affairs**, Pennsylvania, v. 4, n. 1, p. 1-32, 2015.
- MONZÓN, José María. **Los contratos como punto de partida de la enseñanza legal**, 2019.
- ORTEGA DÍAZ, Juan Francisco. Contratos electrónicos: la cuestión de la perfección y del soporte contractual. **Revista de la Contratación Electrónica**, Madrid, n. 86, p. 51-111, 2007.
- PARSONS, Talcott. **Social theory and social structure**. Revised and enlarged edition. 6. ed. Glencoe: Free Press, 1962.
- PEREIRA FREDES, Esteban. The binding force and social function of contracts: a state of the art in Brazil and Chile. **Latin American Legal Studies**, Santiago, v. 1, p. 64-100, 2017.
- PIDGEON, Nick, O'LEARY, Michael. Man-made disasters: why technology and organizations (sometimes) fail. **Safety Science**, Amsterdam, n. 34, p. 15-30, 2000.
- RECALDE CASTELLS, Andrés Juan. Comercio y contratación electrónica. **Informática y Derecho: Revista Iberoamericana de Derecho Informático**, Mérida, n. 30-31, p. 39-88, 1999.
- ROSEN, Jeffrey. **The Supreme Court**. The personalities and rivalries that defined America. New York: Times Books/Henry Holt and Company, 2007.
- RUIZ MANERO, Juan. Cincuenta años después de la segunda edición de la Reine Rechtslehre. Sobre el trasfondo de la Teoría Pura del Derecho y sobre lo que queda de ella. **Doxa**, Alicante, n. 33, p. 37-46, 2010.
- SCOTT PRYOR, Charles; HOSHAUER, Glenn. Puritan revolution and the law of contracts. **Texas Wesleyan Law Review**, Fort Worth, v. 11, n. 2, p. 291-360, 2005.
- SOLÍS VISSCHER, Gerardo. Tu derecho termina donde su nariz comienza: los límites de la libertad contractual a partir de sus consecuencias, **Ius et Veritas**, Lima, a. 16, n. 32, p. 75-92, 2006.

SZABO, Nick. **Smart contracts**. Disponible en <<<http://w-uh.com/download/WECSmartContracts.pdf>>>. Acceso en 10 abr 2020.

VAN YPEREN, Nico; HAMSTRA, Melvyn; KLAUW, Marloes. To win, or not to lose, at any cost: the impact of achievement goals on cheating. **British Journal of Management**, London, v. 22, S5-S15, 2011.

World Economic Forum. **Outbreak readiness and business impact: protecting lives and livelihoods across the global economy**. Disponible en <<http://www3.weforum.org/docs/WEF%20HGHI_Outbreak_Readiness_Business_Impact.pdf>>. Acceso en: 20 abr. 2020.

World Economic Forum. **The global risks report 2021**. Disponible en <<<https://www.weforum.org/reports/the-global-risks-report-2021>>>. Acceso en: 20 abr. 2021.