

ISSN 0121-3474

VERBA IURIS

Investigaciones Jurídicas y Socio - Jurídicas

Contenido

Editorial	11
Estado jurisdiccional y bien común Jurisdictional State and Common or General Benefit <i>Édgar Antonio Guarín Ramírez y Javier Aldana Rojas</i>	13
Análisis de la investigación de la desaparición forzada de 43 estudiantes de Ayotzinapa y la responsabilidad internacional del Estado mexicano Analysis of the Investigation of Forced Disappearance of 43 Students of Ayotzinapa and International Responsibility of the Mexican State <i>Omar Huertas Díaz, Christian Benítez Núñez, Waldina Gómez Carmona, Luis Eduardo Martínez Gutiérrez y José Saúl Trujillo González,</i>	27
Reflexiones sobre derecho y transferencias electrónicas de fondos –TEF– en Colombia Reflections on Law and Electronic Transfer of Funds (ETF) in Colombia <i>Ricardo Durán Vinazco</i>	57
Autonomía de la voluntad ¿Decadencia o auge? Autonomy of Will - ¿Decadence or Boom? <i>Luz Karime Ángel</i>	71
La problemática de la indemnización en el caso de una operación de expropiación en derecho colombiano The Problem of Indemnification in the Case of an Expropriation Action in Colombian Law <i>Oduber Alexis Ramírez Arenas</i>	93
Las cláusulas abusivas - Evolución hacia una noción Abusive Clauses – Evolution towards a Notion <i>José Manuel Gual Acosta</i>	113
Derecho penal del enemigo y dignidad humana Criminal law of the enemy and human dignity <i>Yohan Molina González</i>	135

Autonomía de la voluntad ¿Decadencia o auge? *

Autonomy of Will - ¿Decadence or Boom?

Luz Karime Ángel **

Citar este artículo como: Ángel, L. K. (2016). Autonomía de la voluntad ¿Decadencia o auge?
Revista Verba Iuris, 11(36), pp. 71-91.

Resumen

El artículo es un extracto de la investigación doctoral en curso que tiene por objeto reafirmar la naturaleza privada del arbitraje comercial internacional, para lo cual ha sido necesario profundizar sobre la autonomía de la voluntad, de la que nace la discusión sobre la existencia o declive de la misma, a raíz de la constitucionalización del derecho privado y la primacía de los derechos fundamentales sobre la autonomía privada. El estudio de esta figura jurídica lleva a consolidar la propia posición sobre las transformaciones de la autonomía privada y su adecuación al mundo económico globalizado, reivindicando su esencia y finalidad.

Palabras clave: Autonomía privada, voluntad, derecho privado.

Abstract

The article is an excerpt from the current doctoral research that aims to reaffirm the private nature of international commercial arbitration, for which it has been necessary to deepen on the autonomy of the will, from which arises the discussion about the existence or decline of the same, as a result of private law alignment to Political Constitution and the primacy of

Fecha de Recepción: 1 de agosto de 2016 • Fecha de Aprobación: 22 de septiembre de 2016

* El presente artículo es producto del proyecto de investigación para optar al título de Doctor en Derecho en la Universidad Santo Tomás (Sede Bogotá); y cuyo título es: "Naturaleza privada del arbitraje comercial internacional"

** Abogada. Universidad La Sapienza de Roma. Maestría en Derecho Comercial Internacional Universidad La Sapienza de Roma. Especialista en Pedagogía y Docencia Universitaria, Universidad La Gran Colombia y doctoranda en Derecho Universidad Santo Tomás. Docente Investigadora de la Universidad La Gran Colombia. Correo electrónico: langelguarnizo@hotmail.com

Reception date: August 1, 2016 • Approval date: September 22, 2016

* This article is a product of the research project to opt for the title of Doctor of Law at Universidad Santo Tomás, Bogotá; and whose title is: "Private nature of international commercial arbitration"

** Lawyer from La Sapienza University in Rome, Master in International Business Law from La Sapienza University in Rome, Specialist in Pedagogy and University Teaching from Universidad La Gran Colombia, Bogotá, and PhD in Law from Universidad Santo Tomás, Bogotá. Researcher at Universidad La Gran Colombia. Electronic mail: langelguarnizo@hotmail.com

fundamental rights over private autonomy. The study of this legal figure leads to consolidate its own position on the transformations of private autonomy and its adaptation to the globalized economic world, claiming its essence and purpose.

Keywords: Private autonomy, will, private law.

Introducción

El artículo presenta algunos resultados del avance de la investigación doctoral sobre la naturaleza privada del arbitraje comercial internacional, la cual desarrolla en una primera parte, la génesis del principio de autonomía de la voluntad privada, y en el cumplimiento de ésta, conquista la atención el hecho de encontrar orientaciones doctrinales que afirman el desaparecimiento de este principio, que con gran curiosidad, despierta el interés y justifica el presente trabajo, que tiene por objeto hacer un recorrido muy modesto sobre las etapas de transformación que ha sufrido el principio de la autonomía privada, buscando desvirtuar su decadencia.

El desarrollo del tema se dividirá en tres partes; la primera responderá a la concepción del principio de autonomía de la voluntad, conceptuando las nociones clásicas de libertad y moral, desde la filosofía y desde la dogmática jurídica; la segunda justificará la ubicación del principio dentro del derecho subjetivo, a través de una reconstrucción histórica de la doctrina del derecho subjetivo, siendo fundamento de la autonomía de la voluntad; y por último se fijarán los límites como confines de la actuación de los privados demostrando las transformaciones de la figura jurídica y su actual posición dentro del derecho.

Con el presente escrito se espera consolidar el concepto de autonomía de la voluntad privada, orientado a esclarecer los puntos

oscuros de la doctrina, y demostrar que la tutela de los Derechos Fundamentales no va en contra de la autonomía privada, sino que garantiza su tutela.

Concepción de la autonomía de la voluntad

Cuando se habla de autonomía de la voluntad privada, es necesario ir a la génesis del instituto, ahondar en principios filosóficos que giran en torno a éste, como la libertad y la autonomía sin dejar de lado la ética; a este propósito cabe recoger los puntos de vista de algunos filósofos que en este campo construyeron sus teorías.

Hegel en su obra *Fenomenología del Espíritu* (1985) hace un estudio sobre la lucha por el reconocimiento y a través de este llega a la noción de autonomía como concepción de voluntad libre transcurriendo la teoría kantiana¹; sobre este punto expone Miguel Giusti (2007, pp. 49 ss.) “... *en esencia, la concepción hegeliana del reconocimiento es un intento de ofrecer una mediación ética (sittliche Vermittlung) de la noción Kantiana de autonomía*” efectivamente el autor afirma que el reconocimiento es una mediación y el modo posible de identificar la conciencia de la propia identidad, en efecto la autonomía viene tomada como un objeto que tiene la característica de ser universal y que solo con el reconocimiento de la voluntad autónoma, se engrana un proceso de particularización que produce el redescubrimiento de la propia

autonomía que se actualiza continuamente por la interrelación con la comunidad ética (Estado) y concluyendo que Hegel reinterpreta la autonomía kantiana “*a la luz de la lógica de la acción*” en cuanto a mayor reconocimiento mayor autonomía (Giusti, 2007, p. 50).

Cada vez que se habla de autonomía de la voluntad al mismo tiempo se está hablando de libertad, temas ampliamente complejos y discutidos desde los griegos hasta la actualidad, en efecto es importante traer a este estudio el análisis de Juan Carlos Bermejo (2003) sobre la autonomía de la voluntad desde tres puntos, Sófocles, Kant y Primo Levi, en el que muestra como la libertad humana es decir la autonomía de la voluntad de la que goza el individuo no puede ser exhaustiva encuadrada en una sola teoría, es el caso de visionar los tres puntos de vista que el autor recoge y expone en forma muy hegeliana tesis, antítesis y síntesis.

Inicialmente toma a Sófocles en una de sus tragedias en la que cuenta la historia de Edipo, que siendo maldecido desde el nacimiento cumple sus designios, no obstante que sus acciones y voluntad buscaran el contrario, evidenciando el problema de la libertad y el destino; la lectura que se le podría dar a este mito, es que la autonomía de la voluntad está limitada por el destino de cada individuo cuando éste ha sido trazado (tesis).

El otro punto de vista es el de Kant² que afirma que la condición humana tiene la capacidad de autodeterminarse, el corte de su teoría es eminentemente formal basada en dos elementos la noción de voluntad y la noción de ley; determina que los actos humanos son morales por si mismos dada su propia naturaleza y siendo independiente de

la voluntad de quien los realiza, ya que están influenciados por el carácter racional del hombre, que toma una decisión inspirado a unos motivos que le sirven para justificar sus actos; por lo tanto se concluye que para Kant la voluntad es autónoma³ y cada uno labra su propio destino (antítesis).

Finalmente Primo Levi, italiano judío que cuenta en su historiografía, su experiencia en los campos de exterminio en la época nazi donde la autonomía de la voluntad de las personas era limitada, por la condición humana en que se encontraban hombres, mujeres y niños en esos campos hacinaamiento, cansancio, etc.; para quienes vivían en esas condiciones, era anulada la idea de Estado, de moral, de autodeterminación y por lo tanto de su autonomía quedaba solo dos opciones la del suicidio o la de sobrevivir, teniendo en cuenta estos supuestos, es posible decir que en este caso la autonomía tenía límites imposibles de superar los cuales designaban su propio destino (síntesis) (Bermejo B, 2003).

En estos tres casos se denota como la autonomía en las diferentes circunstancias se exterioriza desde el interno del ser, la cual encuentra una diversidad de posibilidades donde entra en acción la voluntad, la moral que orienta el poder de decidir, es claro ya en estos pasajes que la autonomía no es el ejercicio de un derecho, sino el poder la potestad para comportarse, existan o no los límites.

Retomando a Kant, es importante hacer mención de su pensamiento en uno de sus escritos más claros sobre el lugar de la autonomía en la filosofía moral, “*La fundamentación de la metafísica de las costumbres*” (Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, su primera publicación de Filosofía Moral, 1785).

Kant crea la noción de moral con la cual atribuye una índole moral a los actos, “La moralidad es, pues, la relación de las acciones con la autonomía de la voluntad, esto es, con la posible legislación universal por medio de las máximas de la misma” citado por (Mardomingo S, 2002, p. 4).

En el propósito de mostrar la interrelación entre autonomía y moral, otorga a la autonomía un lugar superior y central para el ejercicio de la moralidad, es así que afirmaba “*el citado principio de la autonomía es el único principio de la moralidad*” (Mardomingo S, 2002, pág. 6), es decir que la autonomía de la voluntad es el principio soberano de la moralidad y para llegar a la pureza moral ésta debe pasar por un filtro llamado autonomía.

Para Kant la autonomía no solo era un principio supremo, sino que iba más allá otorgaba al principio la legitimidad de todas las leyes morales y de los deberes, es decir que el hombre no solo está sujeto a las leyes de los hombres, sino que en primera medida está atado a su propia legislación que es según Kant “*universal*”.

En el análisis hasta ahora desarrollado, la libertad y de hecho la autonomía de los individuos es condicionada, pero no siempre en forma negativa sino como el resultado de vivir en sociedad; ahora para aterrizar al punto que nos interesa es preciso entrar en el mundo del derecho civil que disciplinó esta autonomía a través de figuras jurídicas que regulaban las relaciones entre los privados como las obligaciones y los contratos.⁴

Es así, que materia de contratos y obligaciones, la figura del negocio jurídico es una piedra angular, porque representa, la expresión de la voluntad libre del individuo que promueve las relaciones jurídicas y el

cumplimiento de los intereses privados con efectos jurídicos, por ser reconocida por la ley positiva que otorga el ejercicio de los derechos subjetivos.

En la doctrina del negocio jurídico la voluntad cumple un papel esencial, siendo expresada a través de la declaración de voluntad, creando vínculos jurídicos y normas jurídicas que se agregan al ordenamiento que rige entre las partes siendo reconocidas por el derecho; la validez de la voluntad expresa, está reservada al ordenamiento jurídico, no obstante ésta produce efectos jurídicos cuando es declarada lícitamente, como consecuencia del ejercicio de la autonomía de la voluntad que prevé la normatividad.

Se reconoce entonces que la autonomía de la voluntad está formada por dos partes: la primera responde “*al poder atribuido a la voluntad respecto de la creación, modificación y extinción de las relaciones jurídicas, y la segunda al poder de esa voluntad referido al uso, goce y disposición de poderes, facultades y derechos subjetivos*” (Hernández F & Guerra C, 2012, p. 30).

Es pacífico afirmar que cuando se habla de contrato consensual se reconoce a la base la voluntad de las partes para crear esa convención, que obliga a las mismas, algunos afirman que ya se hablaba de contrato en el año 51 AC (Díaz S, 2002, p. 117), el Derecho Romano desarrolló esta institución jurídica en forma amplia, y luego el derecho continental europeo siguió el mismo camino reconociendo como contrato el resultado del acuerdo o consentimiento que obliga a las partes, recogido en Latinoamérica a través del código de Napoleón.

El famoso principio del *pacta sunt servanda*, instituye la fuerza obligatoria en los

contratos, pero también se reconoce a través de esta en el Derecho Romano la autonomía de las partes para acordarse, y ya en ese tiempo la autonomía privada tenía una limitación, esto se lee de la norma romana que establecía Gayo, que disponía que los pactos convenidos en contra de la ley Civil eran no válidos, (Digesto, 2,14,28 citado por Díaz S, 2002, p. 118).

En época romana, el contrato obligatorio consensual de compraventa era contemplado dentro del Derecho Positivo Romano, aunque lo relevante es tener en cuenta la influencia de la autonomía de la voluntad en este instituto y en especial en el contrato que se realiza con arras, debido a que la voluntad determinaba el nacimiento del contrato de compraventa y su modalidad, es preciso decir que en el Derecho Romano la voluntad de las partes era soberana cuando se referían a contratos consensuales, y esta permitía a las partes disponer de agregar al acuerdo un pacto comisorio o pactar arras, acordando causa, función y efectos o simplemente dejarlo en blanco; lo que se entiende, que era dejado a las partes la decisión de pactar o no arras y su forma, y así las partes eran autónomas para establecer una reglamentación para el uso de las arras; mostrando el predominio de la voluntad en la compraventa y la regulación de la arras como fruto de ésta y no como un elemento esencial del contrato (Lopez-Rendo R, 2005, p. 82) a esta autonomía se le podría nombrar libertad contractual de contenido.

La autonomía no era total, la Ley de Justiniano por ejemplo daba límites a esta autonomía; cuando establecía que en un contrato consensual perfeccionado, este no podía ser resuelto por voluntad unilateral de los contratantes.

Es claro que el contrato ha sido una institución regulada por la ley, por lo tanto, la autonomía de la voluntad privada ha sido siempre concedida por la ley, en efecto Ferri (1959) sostiene que la autonomía privada no es un poder originario sino otorgado a los individuos por una norma superior que define también límites, por tanto, así como la ley amplía esta autonomía negocial, igualmente la restringe y muchas veces interviene modificando acuerdos negociales ya perfeccionados, esto muestra como la institución es regulada por normas legislativas que tienen un poder superior sobre la ley negocial.

La ley negocial es emitida por sujetos de derecho en el ejercicio de la autonomía de la voluntad regulada por la norma legislativa, que atribuye poder negocial pero que también puede limitarlo o negarlo, es así que la autonomía se encuentra en un espacio de la libertad de los individuos para crear normas negociales, cuando exteriorizan su voluntad y decisiones.

Si se afirma que el contrato es una fuente de obligaciones, y que estas últimas nacen por la voluntad de los sujetos en busca de la realización de un fin, entonces es pacífico afirmar que Kant concebía la autonomía de la voluntad en sus estudios filosóficos en cuanto ubicaba la voluntad como fuente única de toda obligación, y esta voluntad le daba la cualidad de justa, debido a que su teoría aseveraba que cuando se tomaban decisiones para sí mismo estas solo podían ser justas, del mismo modo afirmaba que la voluntad está pensada como un fenómeno de acción visible y necesariamente conforme a la ley natural y por lo tanto no es libre (Kant, 1787, p. 22).

Al derecho contractual se le atribuyen valores en los ordenamientos de constitución

escrita, uno de los valores es el de la autonomía privada, aludiendo a la libertad de concluir contratos⁵, lo cual llevaría a pensar que por ser catalogada como un valor, estaría protegida por la Constitución.

Para lograr una aplicación directa de las normas constitucionales a las relaciones entre los particulares, algunos doctrinantes posicionan la libertad contractual dentro de los derechos de las personas, mientras que otra parte de la doctrina, ubica el principio de la libertad contractual en la libertad de iniciativa económica privada (Alpa & Bessone, 1991, p. 16), posición a la que adhiero.

Es importante diferenciar entre la noción de contrato que responde a una función social y el reconocimiento constitucional que se le concede al contrato desde el principio de la autonomía contractual, ubicándolo entre las libertades fundamentales del individuo, es decir en aquella parte social de la carta constitucional que no permite límites, subordinaciones y otros intereses, esta última interpretación hace parte de quienes la categorizan dentro de los derechos de las personas.

Es claro como la autonomía contractual y negocial está subordinada a las exigencias de las necesidades sociales, es así que este principio por ejemplo en el ordenamiento italiano está subordinado por el art 1322 c.c.⁶, es decir por los límites impuestos por la ley; sin embargo esta autonomía contractual concedida por la ley, puede ser derogada de acuerdo con el art. 1339 c.c.⁷ en el que se establece la existencia de cláusulas, precios de bienes y servicios impuestos por la ley que sustituyen *de iure* las cláusulas no conformes estipuladas por las partes, lo que muestra que el principio no recibe

una tutela directa de la Constitución, solo la recibe indirectamente cuando la Constitución italiana prevé la iniciativa económica art. 41 y el derecho de propiedad art. 42 que conducen a la autonomía privada.

El ordenamiento jurídico colombiano por su parte, no cuenta con una norma explícita de autonomía contractual como en el ordenamiento italiano, el Código Civil colombiano reconoce la autonomía contractual, la cual deduce de la interpretación de varios artículos, en el art. 1494 C.C. se definen las fuentes de las obligaciones que estas nacen del concurso real de las voluntades de dos o más partes; reconocer el actuar de las partes por medio de su voluntad, responde a la autonomía de la voluntad; el art. 1502 C.C. determina los requisitos para obligarse por un acto o declaración de voluntad, que entre otros exige el objeto lícito y la causa lícita, esta última es definida en el art. 1524 C.C., y puede interpretarse como la libertad a contratar que a la base concede la autonomía de la voluntad privada a los particulares y fija los límites de su poder, puesto que tipifica que la causa es el motivo que conduce al acto o contrato, pero no puede ir en contra de la ley, ni ser contraria a las buenas costumbres y al orden público.⁸

En cambio sobre la tutela constitucional a la autonomía de la voluntad, igualmente como en el ordenamiento italiano existe una tutela indirecta que nace del art. 58 Constitución Política colombiana, que garantiza la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo de las leyes civiles; y del art. 333 Constitución Política colombiana, que establece que la actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común, el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.

Es preciso recordar que la autonomía contractual en materia comercial⁹ es instrumental respecto de la iniciativa económica, los límites impuestos en materia contractual comercial están limitados dentro de los límites de la iniciativa económica, con el objeto de respetar los fines previstos y consentidos en la Constitución, estos límites impuestos a estos principios tiene por objeto armonizarlos con la utilidad social para poder garantizar la función social sin desconocer el goce de los bienes de producción o del ejercicio de cada actividad productiva. Es claro que la autonomía contractual debe ceder ante motivos de orden superior, económico y social considerados por la Constitución.

Los cambios que ha sufrido el principio de autonomía han sido notables, pero precisamente en lo que tiene que ver con la libertad para contratar¹⁰ la influencia del sistema de common law cumple un papel importante, se ha venido diciendo que la autonomía contractual tiene una función social es decir que prevalece el interés social sobre el interés de los privados, esto en un sistema de tradición romano germánica, mientras que en el sistema de common law prevalece la ideología neo liberal que otorga una autonomía más amplia a las partes y evita de intervenir en los negocios privados.

Las transformaciones del siglo actual vienen identificadas por la contratación colectiva o masiva y la institucionalización del contrato como un aspecto de política económica social¹¹, es así que el principio de libertad contractual se convirtió en el baluarte de los neoliberales en la economía, que encuentra sus límites en el reconocimiento de las desigualdades en el contrato y específicamente en el reconocimiento de la existencia de la parte débil que merita

tutela, efectivamente se lucha por implantar un nuevo principio general de la contratación que es el “*economic fairness*” y evitar de producir tantas normas que dificultan el ejercicio de la autonomía contractual (Alpa & Bessone, 1991, pp. 20 y ss.).

Luigi Ferri notable doctrinante italiano, que profundizó de manera importante el principio de autonomía privada, dejaba en claro que no debía confundirse autonomía privada con iniciativa privada, puesto que se limita solo al aspecto económico de la institución jurídica (Ferri, 1959, p. 24).

Dentro de sus intentos por precisar la noción de este principio afirma que la autonomía privada debe entenderse como la libertad natural o moral de querer o de determinarse en un modo o en el otro, es un dato real que constituye solo un presupuesto, un antecedente de la fenomenología jurídica, es decir que esta autonomía no es solo una expresión de licitud o de una facultad, sino de la manifestación de poder, de un poder de crear derecho dentro de los límites impuestos por la ley y las normas (Ferri, 1959, p. 26).

Ferri (1959) acoge la tesis que, si el negocio jurídico es fuente de normas jurídicas, entonces la autonomía privada es una típica expresión de la voluntad de los particulares dirigida a perseguir fines e intereses típicamente privados en consecuencia, es un poder normativo.

La voluntad general tiene importancia solo cuando otorga a los particulares el poder de crear derecho objetivo, ya que esta reposa sobre una norma superior que es expresión de una voluntad general o de la comunidad, por lo tanto, la autonomía privada tiene una función institucional por corresponder a la querer o voluntad de la comunidad.¹²

La autonomía privada en cuanto se concreta en los singulares negocios jurídicos, se entiende como un poder concedido al particular para el cumplimiento de sus fines privados; por lo tanto, teniendo como punto firme que el negocio jurídico es la expresión de la voluntad de los particulares, entonces la autonomía privada se convierte en el poder atribuido de la ley a los particulares de crear derecho, es decir de establecer normas jurídicas entre las partes.¹³

Para Ferri (1959) el negocio jurídico no solo es el resultado del ejercicio de una facultad, o de actuar lícitamente según el derecho, sino que va más allá, en cuanto constituye el resultado del ejercicio de un poder o de una potestad, y desde donde se identifica la autonomía privada. El poder es una situación preliminar a la relación jurídica mientras que la facultad en una situación en la relación jurídica.

La autonomía privada no es un poder originario o soberano, puesto que le es otorgado a los particulares a través de una norma superior, la cual regula su ejercicio estableciendo deberes y limitaciones, en consecuencia, la ley es la fuente de validez de la norma negocial (Grisi, 1999, p. 39)

La libertad de contratar responde a un momento estático y la libertad de contenido responde a un momento dinámico, dentro del negocio jurídico, sin embargo, este principio se deduce del reconocimiento como derecho, los contratos atípicos e innominados.

La autonomía de la voluntad cumple un papel esencial en los contratos, y en el poder negocial de las partes; este poder ha ido evolucionando para dar respuestas a la economía de mercado que es el perno del desarrollo político, económico y social¹⁴,

en cuanto la importancia del intercambio de bienes y servicios ha tomado el contrato como un instrumento adecuado a este fin.

En esta era de globalización el contrato¹⁵ pasa de ser un acuerdo de voluntades en el que se negocian los términos y cláusulas es decir discrecional, a un contrato predispuesto o contratos de empresas que han tenido auge sobreponiéndose a los contratos civiles, efectivamente la mayor parte de contratos que hoy las personas concluyen son contratos comerciales, que generalmente son de adhesión, donde la aceptación de las condiciones y obligaciones las propone el oferente con antelación, con el fin de acelerar y reducir costos en el proceso de negociación y transacción. En estos tipos de contratos la libertad queda limitada a una autodecisión de aceptar la oferta o rechazarla, a diferencia de la antigua negociación de cada una de las partes del contrato denominada autorregulación que fue desplazada (Díaz S, 2002, p. 132).

Teniendo en cuenta los cambios descritos, es claro que la nueva tendencia de los contratos crea palpables desequilibrios negociales, que se equilibran con la aplicación de los Derechos Humanos que tutelan la igualdad y la libertad de los individuos¹⁶, efectivamente en estos tipos de negociaciones existían grandes desigualdades a desfavor de una de las partes, por ejemplo, las cláusulas abusivas que desde hace mucho tiempo integraban los contratos de seguros, desnaturalizando las obligaciones de las partes; el reconocimiento de la parte débil y la institución de la tutela al consumidor, reestableció los desequilibrios.

Encontrándose en una época postmoderna donde no existen fronteras¹⁷, es necesaria una armonía entre las distintas legislaciones nacionales, con el fin de lograr un lenguaje

común en materia de contratos, facilitando a los operadores del sistema de mercado una mejor interrelación de intercambios comerciales internacionales tutelados por los límites impuestos a la autonomía de la voluntad (Díaz S., 2002).

Por lo tanto, es coherente afirmar que el instituto de la autonomía de la voluntad, realmente no está siendo eliminado o desconocido, sino ampliado para adecuarse a la nueva realidad del mercado¹⁸, siendo entonces limitada además por el respeto al orden público, las buenas costumbres y la fe, también ésta deberá tener un cierto comportamiento cuando una de las partes sea más débil que la otra, en cuanto no podrá aprovechar de su poder como parte dominante, y las cláusulas pactadas que se califiquen como abusivas se tendrán como no escritas en algunos casos y otras podrán ser invalidas o invalidadas.

Sin embargo, en aquellos contratos que exista igualdad jurídica entre las partes, éstas podrán disponer de plena autonomía privada, aunque sus acuerdos desnaturalicen sus obligaciones, sin dejar de lado que deberán respetar la ley frente a la licitud del objeto y de la causa, debido a que su inobservancia conlleva a nulidades.

El principio de autonomía privada en el derecho subjetivo

Ya se ha explicado anteriormente que la autonomía de la voluntad, y más precisamente la libertad de contratar encuentra sus inicios en la antigua Roma, resta solo de entender como este poder de actuar bajo la propia voluntad, fue categorizado dentro del derecho privado, en el derecho subjetivo.

Actualmente hablar de derecho en sentido subjetivo, denota en forma general una posición de ventaja para el sujeto, con la cual ejerce legítimamente poderes o facultades, bajo esta concepción se puede aseverar que el derecho subjetivo a diferencia del derecho objetivo –el cual es constituido por normas– necesita de la actuación de los sujetos para tener una connotación de derecho individual (Sacco, 2005, p. 3). Esta figura jurídica es contenida en muchos sistemas jurídicos.

El derecho subjetivo tiene una gran tradición en la historia antigua, aunque no era catalogado como tal, existía visto desde otro punto de vista que es necesario analizar para entender realmente la génesis de la autonomía de la libertad.

Si se piensa que el derecho subjetivo tiene como fundamento la propiedad privada, y que pertenece a un modelo de apropiación de bienes, es claro que su nacimiento podría ser ubicado en una época más cercana y no en sistemas en los cuales el individuo es un miembro de un grupo o en las comunidades fundiarias; pero si se entiende por derecho subjetivo un fenómeno ligado a la naturaleza de los hombres en sociedad, no será posible pensar que esta figura jurídica sea el resultado de una invención moderna y occidental.

Sul Punto, Sacco (2005), citando a Carbonnier ilustre sociólogo del Derecho que ahondó el tema del derecho subjetivo, reconoce como ésta institución jurídica tiene antecedentes milenarios, situando sus primeros fundamentos en los comportamientos del hombre prehistórico que revelaba procesos de subjetivación en sus actos, esto se podía comprender por los descubrimientos arqueológicos de tumbas, en los cuales se encontraban los individuos

con sus joyas, armas, en fin sus pertenencias, representaba que aunque en esas sociedades la tierra no era objeto de apropiación individual, existía una relación entre el individuo y los bienes conducentes a un fenómeno de derecho subjetivo.

Carbonnier en (Sacco, 2005, pp. 6 y ss.) afirma que en estas sociedades antiguas el derecho subjetivo es el pequeño derecho contrario al grande derecho de las cosmogonías, lo que constituye la semilla de la norma y del derecho objetivo, sin la figura del legislador, puesto que la ley como la entendemos hoy no existía.

Este fenómeno de apropiación individual de cosas no es exclusivo de los seres humanos, en cuanto los animales también tienen estos comportamientos que se perciben en la relación que instaura con el territorio y que defienden de las intrusiones, por lo que se podría comprender estos comportamientos en términos de derecho subjetivo.

Una vez identificado que el fenómeno del derecho subjetivo es inherente al hombre, y que lo ejercita a través de toda la historia, se debe llegar al punto en el que este fenómeno se concretiza en una teoría que logra su espacio en el derecho positivo.¹⁹

Las teorías del derecho subjetivo surgen en el transcurso del siglo XVIII, ya que el derecho romano clásico no lo concebía como tal –como una categoría ordenada del derecho privado– pero si existía el reconocimiento de los poderes y de las facultades a los individuos, pero no como una figura central del pensamiento jurídico romano²⁰, apartándose de la concepción que hoy se tiene de los ordenamientos jurídicos en los que priman los derechos individuales, reconociendo

como titular de derechos subjetivos el ser humano en cuanto tal (Sacco, 2005).

Esta última concepción fue madurada desde la época de la codificación, en la que tiene protagonismo el iluminismo y el iusnaturalismo jurídico, dejando atrás las concepciones del derecho común en el que predominaban las acciones sobre los derechos.²¹

Hugus Donellus, jurista francés, que aplicó métodos del humanismo al derecho, fue uno de los primeros que intento subordinar la acción al derecho subjetivo, criticando el *Corpus Iuris Civilis*, que daba primacía a las acciones sobre los derechos, esto en consecuencia de la organización social y económica de la época, que se dividía en estratos y en la que dominaba el particularismo jurídico, lo que hacía comprender que el derecho subjetivo era dominado por los mismos individuos, situación que luego cambia en la codificación del derecho civil, en cuanto el derecho subjetivo se encuentra dominado y gestionado por el derecho objetivo, es decir por las leyes del Estado. Este desarrollo se da en el siglo XIX en el que la voluntad individual toma una posición protagonista y cambia el control de las fuentes del derecho en manos del Estado conciliando el positivismo jurídico y la soberanía estatal con la doctrina del derecho subjetivo (Sacco, 2005, p. 12).

Es claro que actualmente el derecho subjetivo está inscrito en las dimensiones del derecho objetivo, y son los ordenamientos jurídicos que garantizan los derechos subjetivos a los individuos, siendo titulares de estos²². Por lo tanto, el poder de la voluntad constituye el núcleo del derecho subjetivo, concedido por el ordenamiento jurídico; en otras palabras, el ordenamiento transforma la propia facultad en la facultad de los singulares

particulares, que por medio de la voluntad ponen en acto la norma, en este sentido se argumenta la aseveración de que “la doctrina del derecho subjetivo es el santuario de la autonomía privada” (Sacco, 2005, p. 11).

En la era moderna se presenta una competición entre ordenamientos jurídicos, frente a la capacidad de regular la actividad de los privados y las garantías que ofrecen en el reconocimiento de la autonomía privada²³, efectivamente la apertura de las fronteras lleva a la deslocalización de las acciones de los singulares privados, en cuanto estos pueden escoger para realizar su interés ordenamientos menos rígidos que les permita realizar esas actividades.²⁴

En este orden de ideas se muestra como el concepto de derecho subjetivo ha ido transformándose hasta llegar a tener una dimensión transnacional, en la que no solo el Estado los garantiza sino también las instituciones jurídicas internacionales competentes.

Los límites a la autonomía de la voluntad privada

Sobre los límites a la autonomía de la voluntad²⁵, existen varias posiciones, de una parte, se habla de una supresión de esta institución, de otra parte, se habla de constitucionalización del derecho privado²⁶ (Tamayo J, 2013, p. 364) ya que los límites tutelan los derechos fundamentales, asimilados dentro de los principios constitucionales, y por último esta quien asevera (Díaz S, 2002, p. 147) que se está de frente a una socialización del Derecho Civil en el que se honra el principio de igualdad.

En las relaciones jurídicas entre los particulares, el orden público configura los límites

de la autonomía de la voluntad privada, entendiéndose por orden público desde el derecho privado como: “el conjunto de principios y valores fundamentales de la comunidad tendentes a conseguir el bien común de la sociedad” (Acedo P, 1996-1997).

La noción de orden público nace en el derecho romano bajo el principio “*ius publicum privatorum pactis mutari non potest*”; que coarta el actuar de los particulares en el ejercicio de su autonomía de la voluntad; la noción de orden público, también puede ser usada por los mismos particulares para defender el ejercicio de su libertad contractual, cuando el poder público se extralimita, restringiéndola bajo el pretexto del interés público (Acedo P, 1996-1997, p. 332).

Ya el Código civil de Napoleón en el título preliminar, art. 6 establecía que: “*On ne peut déroger par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs*”, lo que se conoce como la imposibilidad de los particulares para derogar por cualquier tipo de convenio, el principio de orden público y las buenas costumbres, puesto que los actos que desconozcan estos principios son siempre nulos, por atentar contra el bien común de la comunidad.

El orden público no puede ser identificado encuadrado en una ley imperativa, ya que si realmente este recoge el conjunto de derechos y valores fundamentales que tiene como fin el bien común, y teniendo en cuenta que las leyes imperativas son creadas por el legislativo, entonces el orden público sería cambiante, predispuesto a derogaciones y a manipulaciones políticas, lo cual cambiaría de ser un principio garantista a un principio a merced de los Estados que actualmente tienden a ser muy intervencionistas, por lo

que puede concluirse que el orden público no puede ser regulado por la ley imperativa.

Las consideraciones anteriores no deben entenderse que el orden público sea de corte subjetivo, al contrario es objetivo por representar las bases generales del ordenamiento jurídico del Estado²⁷, que generalmente vienen recogidas en la Constitución y en algunos códigos civiles esta explicitado en sus disposiciones generales, no es coherente dejar de lado que este principio también viene impuesto en el derecho internacional privado y comercial en sus normas de *soft law*.

La existencia del orden público en el Derecho privado hace realidad que el interés general prime sobre el interés particular, lo que constituye un principio en negativo para restringir la autonomía de los particulares, y evitando que sus actos sean válidos cuando contravienen al bien común de la comunidad (Acedo P, 1996-1997, p. 350)

Teniendo en cuenta que el derecho moderno promueve la unificación del Derecho, cabe mencionar según los Principios UNIDROIT²⁸, las manifestaciones de la autonomía de la voluntad en la contratación mercantil internacional que estos principios establecen en sus disposiciones generales, la libertad de contratación art.1.1, y la libertad de forma art. 1.2.

Estas libertades recogen aquellas ya reconocidas en los singulares ordenamientos jurídicos tanto de civil law como de common law, la libertad de contratar otorga la libertad de celebrar contratos y determinar su contenido, mientras que la libertad de forma concede libertad tanto en el cómo celebrarlo y en el cómo probarlo, tiene fin *ad probationem* es decir que la declaración de voluntad pueda probada hasta con testigos.

Se viene afirmando que la autonomía de la voluntad se encuentra en su declive, debido a los grandes cambios ideológicos de los Estados, el auge de este principio se identificó en el siglo XVIII, con la proclamación de la libertad como pilar de la Revolución Francesa; con el paso del tiempo ha sido siempre más limitada, inicialmente su campo de acción no podía quebrantar el orden público y las buenas costumbres, aunque las concepciones políticas y sociales de algunos ordenamientos jurídicos elegían maniobrar esta autonomía al punto de anularla, con normas imperativas obligando a las partes a actuar de acuerdo a lo previsto por la ley, siendo válidos únicamente los efectos jurídicos preestablecidos, en estos casos no existen normas supletorias en materia de contratación, generalmente esta concepción se conoce como contratos dirigidos o normados (Hernández F & Guerra C, 2012, p. 31).

Sobre los límites más reconocidos a la autonomía de la voluntad privada, ampliamente se ha expuesto en el desarrollo del presente artículo, sin embargo en la vasta literatura jurídica sobre el tema, se han estudiado además de los límites, también las limitaciones, entendiéndose por estas aquellas que provienen del externo de la voluntad del individuo es decir del entorno en el que actúa el individuo, que actualmente son reguladas por la dinámica económica y que han conducido a una crisis el ejercicio de la autonomía de la voluntad, se identifican como limitaciones, las cláusulas generales de contratación, la contratación masiva o contratos en serie, la contratación electrónica y las normas de protección al consumidor (Hernández F & Guerra C, 2012, p. 34).

Es bien sabido que el aumento del intervencionismo estatal en la economía,

la multiplicidad de normas de *jus cogens* o Derecho Internacional Público y la amplia intervención legislativa en la reglamentación contractual, han modificado el panorama y la visión del derecho de los contratos en el mundo, pero es también claro que la tutela de los derechos fundamentales y del principio de igualdad en el campo contractual buscan cada vez más ser reivindicados²⁹, a través de normas imperativas que generalmente están incluidas en las constituciones de los diferentes Estados.

Contrario a lo reportado anteriormente sobre la declinación de la autonomía de la voluntad, es preciso afirmar que las llamadas limitaciones son realmente nuevas formas de contratar y de declarar la autonomía de la voluntad³⁰, adecuadas a los avances tecnológicos y a las necesidades de un mundo económico globalizado, que paralelamente ha desarrollado una actualización de los conceptos de orden público, moral y buenas costumbres identificados como los reales límites de la autonomía de la voluntad actualmente vigente.

Es así por ejemplo, en la contratación electrónica no se desconoce la existencia de la autonomía de la voluntad, lo que cambia es la forma de declararla, si se está frente a un contrato mercantil internacional de compraventa de mercancías realizado por medios electrónicos, el oferente envía trámite correo electrónico o mensaje de datos la oferta, el receptor llamado aceptante puede aceptar, rechazar o contraofertar la propuesta, estas figuras en el derecho comercial internacional vienen reguladas por la Convención de Viena que reconoce la voluntad de las partes y que regula su validez; en este caso la declaración de aceptación o rechazo puede realizarse por medio de otro mensaje electrónico o

simplemente con un “click” dentro de la propuesta, esta forma de respuesta es reconocida como la vieja forma de declaración de la voluntad.

Actualmente dentro de los límites que se imponen a la autonomía de la voluntad en pro de garantizar un debido proceso, es de relevar las determinadas por la ley de arbitraje española del 2003, específicamente sobre la elección de un número impar de árbitros y la exigencia de la imparcialidad.

En el arbitraje³¹ impera la autonomía de la voluntad³², no obstante, el instituto fija límites a ésta, en esta oportunidad se hablará de la designación de árbitros, es así que la norma establece que las partes son libres para fijar el número de árbitros que crean conveniente, siempre que el número sea impar, y no podrán ser sustituidos en forma unilateral, su inobservancia causa la anulación del laudo.

Esta exigencia busca eliminar complicaciones a la hora de decidir y de enfrentarse a empates, buscando sí una votación por mayoría que garantiza la imparcialidad, el contravenir a esta norma vuelve nula la cláusula arbitrar si las partes acuerdan un número par de árbitros antes del proceso, igualmente si el proceso arbitral fue realizado será nulo entonces el laudo. Este límite es imperativo siendo un mandato legal de orden público y no podrá ser eximido por un acuerdo pactado por las partes.

En toda ley arbitral se prevé la recusación de los árbitros, cuando se tenga conocimiento de motivos que alteren la imparcialidad, después de la designación de los mismos, regla coherente con la doctrina de los actos propios (Santos V, 2010, pág. 10), lo que quiere decir que si se conocen motivos

por los que la imparcialidad no podría garantizarse, y sin embargo se designan los árbitros, luego no podrán ser recusados.

En cierto modo esta norma podría entenderse como no muy coherente con el principio de igualdad en la elección de los árbitros, porque si por error o desconocimiento una de las partes acepta un árbitro que sabe que tuvo o tiene relaciones de amistad con la otra parte y que solo después de conformado el tribunal arbitral o en el desarrollo del proceso evidencia la inexistencia de imparcialidad, ya no podría recusarlo, y por lo tanto afrontaría un arbitraje que no respetaría principios inquebrantables.

Realmente la situación planteada que puede deducirse de la lectura de la norma, no sería posible ya que existen principios generales que impiden que suceda un tal evento, en efecto cabe recordar que la autonomía privada de la voluntad está limitada por el principio de orden público, por lo tanto aunque las partes aceptaran la inexistencia de imparcialidad este principio evitaría la desnaturalización del arbitraje, en cuanto su naturaleza como resolución alternativa de controversias a la jurisdicción estatal, y que en cierto modo sustituye el juez, por lo tanto no podría actuar fuera de los criterios de legalidad y mínimamente garantizar la independencia e imparcialidad (Santos V, 2010, p. 11).

Aunque los árbitros no son designados por potestad estatal sino por la voluntad de las partes, en el proceso deben ser respetados los principios constitucionales del Estado de realización del arbitraje, como también los principios generales del derecho a nivel internacional, dado que el laudo o decisión arbitral una vez en firme, tiene eficacia de

cosa juzgada y presta mérito ejecutivo; es de recordar que en ámbito internacional la ejecución de las decisiones arbitrales en su mayoría se reconocen a través de la convención de New York de 1958, en la que se exigen requisitos que responden al respeto de los principios generales del derecho.

El pacto arbitral que da vida al arbitraje ya realizado por cláusula compromisoria o por convenio arbitral, encarna la autonomía de la voluntad de las partes, que es limitada por el principio de igualdad en la elección de los árbitros; sin embargo existen algunos casos identificados por la doctrina en los que se vulnera este principio, por ejemplo, cuando se pacta que una de las partes será quien decidirá la controversia, situación inaceptable aunque sea pactado por las partes; cuando se acuerde que una de las partes designará el árbitro o la mayoría del tribunal arbitral; por último cuando la designación de los árbitros se realice sin la libertad por una de las partes, por contenerse en una cláusula que integra un contrato de adhesión, o si hace parte de las condiciones generales del contrato; el quebranto del principio de igualdad por cualquiera de los casos anteriormente señalados y que comúnmente se evidencian, adolecen de nulidad en pro del respeto de las normas imperativas, y del *ius cogens* (Santos V, 2010, p. 22).

Se pudo constatar cómo los límites de la autonomía de la voluntad no lleven a consecuencias negativas en el ejercicio de las libertades de los particulares³³, debido a que los límites nacen para evitar la vulneración de derechos, y proteger los particulares de otros particulares, garantizando los principios y valores que promueve el Estado en su ordenamiento jurídico.

Conclusiones

Luego de realizar un rápido recorrido a través de la historia, en el que se han preferido los puntos más emblemáticos del desarrollo del principio de la autonomía de la voluntad privada, para finalmente concluir que este principio, nace de pilares inherentes al hombre como la libertad y la moral, que constituyen la voluntad del hombre para desarrollar comportamientos sociales.

En el trascurso de la formación jurídica, la autonomía de la libertad fue ganando espacio a través de la institución de figuras jurídicas como el contrato que nacía de los usos y costumbres; en este espacio jurídico la norma –de derecho romano– concedía libertades a los individuos para decidir y actuar según su propio albedrío, sin negar que ésta tenía ya en ese tiempo confines, que superados anulaban los acuerdos pactados.

La autonomía de la voluntad fue adquiriendo protagonismo, desde el momento que el derecho positivo la reconoce y la garantiza, constituyéndose en un poder otorgado al particular por parte de la norma.

En la época de la codificación la figura viene ubicada en el derecho subjetivo, tomando cada vez una importancia central en las acciones de los particulares, que junto a otros poderes y facultades, forma una fracción del derecho ávida de regulación.

La autonomía privada que bien se ha explicado, debe ser regulada para mantener la igualdad entre los individuos, a través de límites de actuación y sanciones cuando estos no son respetados; es así que encontramos los límites más generales como el orden público, la moral y las buenas costumbres, que inciden no solo en forma negativa de

prohibición, sino tienen a la base el objeto de tutelar los particulares de otros particulares y de sí mismos.

Los cambios en la economía y los fenómenos políticos sociales del mundo moderno, han influido en el concepto de la autonomía de la voluntad y en otras figuras jurídicas como en la teoría de los contratos, que bien ha debido modernizarse para dar espacio a las actuaciones de los particulares por medio de las tecnologías de la comunicación, contemporáneamente surgieron nuevas tutelas como las del consumidor, parte débil en contratos mercantiles de consumo.

Estas necesidades son llamadas a ampliar la noción de la autonomía de la voluntad, mas no a desaparecerla, porque quien afirma la existencia de una declinación del principio, estaría negando no solo el derecho subjetivo, sino la esencia del hombre, la libertad, la voluntad y la moral; que desde sus inicios ya reconocía la existencia de límites que nacieron en forma natural, de acuerdo al uso del poder de la autonomía de la voluntad.

La autonomía de la voluntad es un poder, una potestad regulada por la norma para cumplir los intereses de los privados, sin vulnerar los derechos de otros privados, por tanto la norma amplía o restringe esta potestad mas no la podrá desaparecer del ordenamiento, y si lo hiciera siempre en su forma más primitiva reposaría dentro de cada individuo.

Hoy la lucha de los ordenamientos jurídicos se concentra en garantizar las libertades de los individuos, lo que es una contradicción pensar que el Derecho desconoce en la actualidad la autonomía de la voluntad privada, es importante precisar que el fenómeno actual desarrolla una adecuación del principio a

las necesidades y a la evolución de la misma sociedad, efectivamente osaría afirmar que la autonomía de la voluntad privada se moderniza tutelándose para garantizar su existencia jurídica.

Sin embargo, es imprescindible mencionar la existencia de ataques a la autonomía de la voluntad realizados en algunos ordenamientos como el colombiano, que crean inseguridad jurídica y violación del principio de legalidad; en este sentido se hace referencia al activismo de los jueces, patrocinado por el neoconstitucionalismo y por teorías valoristas, en las que se otorga un poder superior a la Corte Constitucional, que ostenta no solo el poder judicial del que legítimamente es titular, sino también el poder legislativo, desconociendo normas positivas, bajo su interpretación subjetiva de los valores y principios fundamentales de la Constitución.

Existe una verdadera amenaza a la violación, mas no a la decadencia de la autonomía de la voluntad, incidida por una constitucionalización del derecho privado, sin límites, desaforado y con una gran concentración de subjetivismo que manipula los principios y valores constitucionales, negando el principio de legalidad y alterando la seguridad jurídica.

Referencias bibliográficas

- Acedo P, A. (1996-1997). El orden público actual como limite a la autonomía de la voluntad en la doctrina y en la jurisprudencia. *Anuario de la facultad de Derecho* (14-15), 323-392.
- Alpa, G., & Bessone, M. (1991). *I contratti in generale. I fenomeni negoziali*. Torino: Editrice Torinese.
- Amstutz, M., Abegg, A., & Karavas, V. (2007). Civil society constitutionalism: The power of Contract Law. *Indiana journal of global legal studies*, 14 (2, art.3), 235-258.
- Bermejo B, J. C. (2003). Edipo, Kant y P. Levi: Una reflexión sobre la autonomía de la voluntad. *HABIS* (34), 411-428.
- Díaz S, M. (2002). Desde la autonomía de la voluntad a la institucionalización de la figura del sujeto débil. ¿La caída de la doxa? *Revista de Derecho Universidad de Montevideo*(2), 111-150.
- Espinosa Q, L. (2005). Estado, legitimidad y nuevas tecnologías. *Civilizar*, 1-24.
- Espinosa Q, L. (julio-diciembre de 2007). Incidencia de los medios electrónicos en el campo contractual colombiano. *Univ. Sergio Arboleda*, 7(13), 115-146.
- Fernández de Bujan, A. (2008). *Derecho Privado Romano*. Madrid: Iustel. Ferri, L. (1959). *L'autonomia privata*. Milano: Giuffrè. Editore.
- Giusti, M. (2007). Autonomía y reconocimiento. *Ideas y Valores* (133), 39-56.
- Granovetter, M. (noviembre de 1985). Economic Action and Social Structure: The problem of Embeddedness. *American journal of sociology*, 91(3), 481-510.
- Grisi, G. (1999). *L'autonomia privata: Diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia*. Milano: Giuffrè Editore.
- Hernández F, K., & Guerra C, D. (junio de 2012). El principio de autonomía de la voluntad contractual civil. Sus límites y limitaciones. *REJIE: Revista jurídica de investigación e innovación educativa* (6), 27-46.

- Kant, I. (1787). *Critica della ragion pura*. Berlino: Ousia la filosofía in rete.
- Leible, S. (marzo de 2011). La importancia de la autonomía conflictual para el futuro de los contratos internacionales. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 3(1), 214-233.
- Lopez-Rendo R, C. (2005). Autonomía de la voluntad y arras en la compraventa. Fuentes jurídicas romanas y su regulación en los textos legales medievales. *Cuadernos de historia del Derecho* (12), 57-98.
- Mardomingo S, J. (2002). *La autonomía moral en Kant*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid.
- Pace, A. (2006). Constitución Europea y Autonomía de la voluntad. Indicaciones y Apuntes. *Revista de Derecho Político* (65), 13-26.
- Perrin, J.-F. (jan/jun de 2005). La autonomía de la voluntad y el pluralismo jurídico en nuestros días. *Sociologías*, 7(13), 162-178.
- Rodríguez E, L. (1 semestre de 2009). El singular renacimiento de la autonomía de la voluntad y la “locatio conductio operarum et operis” como consecuencia de la presente presión económica. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad de Valparaiso*, XXXII, 183-208.
- Sacco, R. (2005). *Tratato di Diritto Civile. Il Diritto Soggettivo*. Milano: Wolters Kluwer Italia Giuridica.
- Santos V, J. M. (2010). El número impar y la imparcialità como límites a la autonomía de la voluntad en la designación de árbitros. *Revista internacional de estudios de Derecho Procesal y Arbitraje* (2), 1-22.
- Tamayo J, J. (2013). *Manual de Hermenéutica Jurídica*. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké.
- Tobías, S. (2006 - 2007). Hegel and the politics of recognition. *The Owl of Minerva*, 38:1-2, 101- 122.
- Vial U, M. I. (2013). La autonomía de la voluntad en la legislación chilena de derecho internacional privado. *Revista chilena de derecho*, 40 (3), 891-927.
- Zumbansen, P. (2007). Introduction: Private Ordering in a Globalizing World: Still Searching for the Basics of Contract. *Indiana Journal of global legal studies*, 14(2), 181-190.

Notas

- 1 Cf. (Tobías, 2006-2007, p. 106) Saúl Tobías, expresa la importancia del trabajo de Hegel sobre el reconocimiento para llegar a la autonomía, y entonces afirma: “*He shares with Taylor the view that the Hegelian dialectic of recognition is essentially dialogical, a struggle of claims and counter-claims that assumes a shared space of public discourse. Honneth writes that according to Hegel’s theory of recognition, “human individuation is a process in which the individual can unfold a practical identity to the extent that he is capable of reassuring himself of the recognition by a growing circle of partners to communication”.*”
- 2 cf. (Montoya L, 2006, p. 78) “De acuerdo con Kant, un individuo obra autónomamente cuando tiene la capacidad de pensar sus acciones bajo unas máximas que podrían convenirse como principios constitutivos de una legislación universal posible. Es decir, cuando la acción es determinada por la incondicionalidad de la razón pura misma y no por un influjo o una inclinación. De tal manera, la autonomía kantiana instaura una noción fuerte de deber que, en opinión de Hegel, no incluye los contenidos Particulares de los sujetos morales”.
- 3 cf. (Montoya L, 2006, p. 79) Efectivamente el autor expresando el concepto de autonomía desde Kant aclara que es el imperativo categórico base del concepto de autonomía de Kant: “El imperativo categórico es un imperativo de la razón que está dirigido únicamente a aquellos seres razonables y racionales que experimentan la ley moral como una constricción de su voluntad”.

- 4 *cf.* (Espinosa Q, 2007, p. 122) “Es así como, en la interpretación de los contratos, el juez, ante un ejercicio desmedido del poder de negociación de la parte dominante, está en condiciones de privar de eficacia a las cláusulas abusivas”.
- 5 *cf.* (Espinosa Q, 2007, p. 123) “(...) los límites a la autonomía, se identifican por la invasión de la norma en campos antes confiados a la plena autonomía contractual (piénsese en los contratos de seguro, transporte, arrendamiento, entre otros), la actividad del juez al interpretar el contrato (frente a cláusulas abusivas que vulneran la buena fe y la lealtad contractual debida), los nuevos derechos de la parte débil del contrato (derechos del consumidor)”.
- 6 Art. 1322 Autonomia contrattuale: Le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge (e dalle norme corporative). Le parti possono anche concludere contratti che non appartengono ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico.
- 7 Art. 1339 Inserzione automatica di clausole: Le clausole, i prezzi di beni o di servizi, imposti dalla legge (o da norme corporative) sono di diritto inseriti nel contratto, anche in sostituzione delle clausole difformi apposte dalle parti (1419, 1679, 1815, 1932).
- 8 *cf.* (Espinosa Q, 2007, p. 121) “Las conclusiones a las que se llega en relación con el salvamento de voto comentado (Sentencia C-347/97), consisten en que (i) se reitera la vigencia del principio de autonomía de la voluntad privada y la libertad de contratación, pero (ii) se propugna porque no se establezcan –como las denomina el profesor CIFUENTES– “Zonas Inmunes”, so pretexto o en nombre de la “libertad contractual”. De allí que considere que la corte debió declarar exequibles o ajustadas a la Constitución, pero de manera condicionada, las normas demandadas”. (negrillas fuera del texto)
- 9 *cf.* (Espinosa Q, 2007, p. 123) “No obstante, a pesar de la inclinación evidente por el reconocimiento del principio en estudio, operan en el sistema jurídico mercantil colombiano los frenos que a dicho principio han puesto la denominada “reacción legislativa”, así como la acción de la rama ejecutiva, complementada con la “interpretación judicial de los contratos” que constituyen, por así decirlo, la tríada de límites adicionales a la autonomía de la voluntad privada, adicionales a los reconocidísimos de “orden público” y “buenas costumbres”.
- 10 *cf.* (Espinosa Q, 2007, p. 119) “Ahora bien, dentro del marco general de referencia al que corresponde el principio de autonomía de la voluntad privada que se ha venido examinando, cobra especial importancia el concepto de “autonomía conflictual”, vinculado estrechamente a dicho principio, entendiéndose como autonomía conflictual la libertad que tienen las partes del contrato para definir el contenido y régimen del contrato celebrado, en palabras más categóricas, para escoger la ley y el juez de su contrato, acordando, incluso, la aplicación preferente dentro del territorio colombiano, de otro ordenamiento jurídico constitucional, siempre y cuando el contrato en mención tenga el elemento extranjero exigido y el conflicto que de él surja se relacione con bienes transables”.
- 11 *cf.* (Rodríguez E, 2009, p. 537) “Las nuevas circunstancias económicas y sociales derivadas de la globalización de los intercambios comerciales y del aumento imparable del desempleo están propiciando un proceso de signo inverso al hasta ahora recorrido; las exigencias de flexibilización apuntan a una diversificación de las relaciones laborales y a un intento de disolución del contrato de trabajo en esa relación de empleo de perfiles borrosos en la que se quieren encuadrar las diferentes formas de trabajo atípico o las derivadas de nuevas y complejas organizaciones productivas en las que, cada vez con mayor frecuencia, se produce el fenómeno de la externalización del trabajo y, consecuentemente, el intento de extraer a quienes lo prestan del campo del ordenamiento laboral para introducirlos en los dominios que regulan las prestaciones de servicios independientes, hasta el punto de que en la doctrina haya podido hablarse no sólo de para subordinación, sino incluso, de pseudocontratados de trabajo y pseudoempresarios”.
- 12 *cf.* Refiriéndose al querer o voluntad de los individuos es importante citar la reflexión que Mauricio Montoya hace desde el pensamiento de Hegel frente a la teoría de Kant, el cual complementa el concepto de autonomía: (Montoya L, 2006, pág. 79) “Pues, si bien Hegel comparte la idea kantiana que la autodeterminación de la voluntad debe fundarse en el deber, el problema estriba en que la autonomía de la razón práctica de Kant –desde el punto de vista de Hegel– es autorreferencial, dado que sólo apela a la forma pura del deber pero no alcanza la

reconciliación necesaria que Hegel reclama en el punto de vista ético”.

- 13 *cf.* (Amstutz, Abegg, & Karavas, 2007, p. 243) From a historical perspective, nothing argues essentially against this conceptual readiness of the law of contract; right from the beginnings of market society, contract law has played a key role in constituting economic autonomies and making them compatible with other social contexts. In nineteenth century society, the need was to ensure the necessary basis of trust in contractual relation between individuals and to protect the individual from being deprived of contractual freedom, thereby legally enabling and pushing forward the differentiation of the economic system. In the twentieth century, the de facto freedom of action of broad strata of the population was achieved, thereby making the differentiated economy compatible with other social areas through political concepts. After *Post v. VgT*, it is now more strongly the constitution of the intrinsic rationality of the various areas of social autonomy that are central to the task of the law of contract, not least as a response to the policy of privatization.
- 14 *cf.* (Perrin, 2005) El modelo voluntarista liberal parece a primera vista comportarse maravillosamente bien en esta época de globalización. Las convenciones libremente suscritas constituyen aún el fundamento incontestado y definitivo de las obligaciones privadas de cualquier naturaleza, tanto de las que surgen en el marco de las relaciones internas cuanto de las internacionales, si esta también clásica distinción corresponde todavía a la realidad de nuestros días. Los juristas no se preocupan, de acuerdo a este sistema, con el objeto querido o, si se prefiere, con el objeto intercambiado por las partes. Basta con que los derechos subjetivos y sus corolarios en términos de obligaciones hayan sido libremente queridos para que los mismos se tomen dignos de protección social: “*sit pro ratione voluntas*”.
- 15 *cf.* (Zumbansen, 2007) The complexity of the economic, political, cultural and geographic environment in which these changes of the regulatory landscape are occurring is only insufficiently captured through allusions to “globalization.” We are today already benefiting from a host of instructive and insightful assessments of the changes, which are reshaping the relations between state and society, leading to a redefinition of traditional concepts of actors and norms, and of the meaning

and concept of “government” and democratic rule. While historical contract law studies regularly concerned themselves with the context in which rules and principles were emerging -in other words, the political economy of governance by contract- the view prevailing in today’s assaults on welfarist contract law adjudication seems to be much more matter-of-fact, more concerned with the desired efficiency of contracting arrangements than with issues of distributive justice tied to such exchanges. In this light, contract lawyers are challenged to reassess the field, to assert what the law of contract is, or should be, addressing.

- 16 *cf.* Teniendo en cuenta la tutela de la igualdad y libertad de los individuos, la discusión de la autonomía permea otras áreas del derecho, como el Derecho Laboral en este sentido se afirma: (Rodríguez E, 2009, p. 537) “(...) En todo caso se trata de un proceso condicionado por la tensión que sucesivamente ha ido enfrentando la autonomía del individuo con la heteronomía del Estado, o ésta con la autonomía colectiva. Si en un principio fue necesaria la intervención legislativa para corregir la falacia del contrato libre, sólo la combinación equilibrada del intervencionismo estatal y de la actuación normativa de los grupos profesionales es la que históricamente ha propiciado la consolidación del Derecho del trabajo como parcela del ordenamiento jurídico dotada de autonomía propia (...)”.
- 17 *cf.* (Espinosa Q, Estado, legitimidad y nuevas tecnologías, 2005, p. 19) “[...] Vivimos en un mundo en el que la globalización y la cooperación internacional han dado un sentido nuevo al concepto de soberanía». El reto, entonces, es armonizar los ordenamientos jurídicos existentes, manteniendo al mismo tiempo, su propia independencia”.
- 18 *cf.* Es así como los avances del derecho se denotan en la reafirmación de este concepto, por ejemplo en el Derecho Internacional Privado, en este sentido cabe citar: (Vial U, 2013, p. 892) “La autonomía de la voluntad, como principio del Derecho Internacional Privado se desarrolló principalmente a mediados del siglo 19 y 20. Si bien, su aceptación fue inicialmente controvertida en algunos países, es hoy tan universal que se la considera como perteneciente al “cuerpo común de los sistemas legales”. Paradójicamente, ella continúa sin ser universalmente aceptada en Latinoamérica. Así, por ejemplo, es persistentemente rechazada en Brasil y Uruguay; es aceptada como una práctica legal en Argentina, países que no

- tienen normas generales que la regulen, y solo ha sido recientemente regulada en las leyes de México, Perú y Venezuela”.
- 19 *cf.* (Fernández de Bujan, 2008) “(...) en relación con el derecho positivo, constituye el derecho romano un poderoso auxiliar interpretativo, ya que el Código no presenta sino el punto histórico final en la evolución de un principio jurídico y solo puede llegarse a una cabal comprensión del mismo analizando la raíz remota de donde proceda (...)”.
- 20 *cf.* (Fernández de Bujan, 2008) Rodríguez Ennes afirma: “que el Derecho Romano no es solamente un objeto de erudición, sino el elemento básico para el conocimiento del Derecho Privado de todos los países con cultura jurídica de progeie europea. Ante los nuevos horizontes de la unificación internacional del Derecho privado, el Derecho Romano constituye la imprescindible fase y reserva de concepciones y esquemas comunes de la jurisprudencia occidental”.
- 21 *cf.* (Amstutz, Abegg, & Karavas, 2007, p. 242) “The structure of today’s society can be described from Gunther’s viewpoint as a differentiated one insofar as variously specialized areas of action have developed out of combinations of individual contextures that follow a common “context-rationality””.
- 22 *cf.* (Perrin, 2005, p. 162) “(...) el sujeto de derecho como dicen los juristas, dispone de prerrogativas que el orden jurídico contemporáneo reconoce y protege. Estos derechos, que la teoría del derecho privado califica de “subjetivos”, adquieren estatus jurídico como consecuencia del intercambio de declaraciones de voluntad”.
- 23 *cf.* Así mismo, cabe destacar que actualmente se reconoce otro principio de autonomía y es el de la autonomía conflictual, en este sentido se expresa: (Leible, 2011, pág. 215) “De la autonomía privada se tiene que diferenciar la autonomía conflictual, que concede a las partes de un contrato la libertad de elección del derecho. Las partes pueden decidir por ellas mismas a qué derecho se somete la relación jurídica existente entre ellas. La autonomía conflictual se ha impuesto, al menos en el Derecho internacional de los contratos, como modelo de conexión casi en todo el mundo, y por ello puede calificarse como su principio más importante. La autonomía conflictual *no* se presenta por lo tanto como la continuación de la autonomía privada, sino que es expresión de una idea de autonomía y de libertad por encima del derecho positivo”.
- 24 *cf.* (Granovetter, 1985, p. 507) “The use of embeddedness analysis in explicating proximate causes of patterns of macro-level interest is well illustrated by the markets and hierarchies question. The extent of vertical integration and the reasons for the persistence of small firms operating through the market are not only narrow concerns of industrial organization; they are of interest to all students of the institutions of advanced capitalism. Similar issues arise in the analysis of “dual economy,” dependent development, and the nature of modern corporate elites. But whether small firms are indeed eclipsed by giant corporations is usually analyzed in broad and sweeping macropolitical or macroeconomic terms, with little appreciation of proximate social structural causes”.
- 25 *cf.* (Perrin, 2005, p. 163) “El principio de la buena fe y luego la sucesiva prohibición del abuso del derecho se constituyeron, los instrumentos conceptuales que impulsaban el legítimo uso del derecho de la autonomía de la voluntad”.
- 26 *cf.* Cabe destacar los avances a nivel internacional sobre la constitucionalización del derecho privado, ya que se ha ido más allá proponiendo la constitucionalización de la sociedad civil, en referencia a esta proposición: (Amstutz, Abegg, & Karavas, 2007, p. 244) “The most advanced ideas about the concept of a civil constitution today come from those scholars who deal with the globalization of law. Their thoughts focus on the idea of a societal constitutionalism, or of a “constitutionalisation without the state”. At the center of this idea is the notion that the constitution of transnational communities (for instance, the transnational economy, international sport, and the Internet) comes not from above but from below”.
- 27 *cf.* (Espinosa Q, 2007, p. 122) “Se han señalado como “recortes a la autonomía de la voluntad” (Suescún, 2003, p. 5), el intervencionismo estatal, en lo que se denomina reacción legislativa a los excesos de la libertad de contratación, o a través de la acción de la Rama Ejecutiva del Poder Público, esto es, mediante una respuesta administrativa. También la interpretación judicial de los contratos ha contribuido a establecer límites al alcance que otrora se le reconocía a la autonomía de los estipulantes”.
- 28 Los Principios UNIDROIT, son un conjunto de normas de soft law, que establece reglas generales aplicables a los contratos mercantiles

internacionales y conforman la nueva Lex Mercatoria en el Derecho Comercial Internacional. Estos principios son de amplia aplicación por representar una de las más importantes unificaciones del Derecho.

29 *cf.* (Amstutz, Abegg, & Karavas, 2007) “Es así como en “Civil society constitutionalism: The power of Contract Law” los autores evidencian la construcción de un constitucionalismo social en el que afirman, la visión de una ley social del contrato, la cual interactúa con la sociedad como tal y no con los individuos en forma independiente, debido a que el contrato debe promover áreas de autonomía social desde la sociedad civil, superando de manera paulatina las fragmentaciones sociales. Es así, que concibe que la ley contractual es como **el constitucionalismo de la sociedad civil**, teniendo en cuenta que no se habla de una constitución de un Estado, sino de la constitución de una sociedad, donde la jurisprudencia juega una ardua tarea. Integrar la sociedad a través del uso del derecho privado”.

30 *cf.* Es posible afirmar que la autonomía hoy está más viva y más arraigada que en el pasado, así lo corrobora la comunidad académica: (Vial U, 2013, p. 894) “Finalmente se argumenta que la autonomía de la voluntad permite y facilita el comercio internacional y puede ser considerada como una base fundamental de una economía de mercado. Esto porque, en el comercio internacional las partes compiten no solo respecto de los bienes y servicios sino también respecto del sistema legal que ofrecen. Así, una estructura legal adecuada para los contratos internacionales promueve el comercio internacional y facilita el intercambio de bienes entre países. Se insiste entonces que la autonomía de la voluntad contribuye a esta adecuada estructura legal al garantizar la libertad contractual y una ley adecuada y predecible para gobernar los contratos internacionales”.

31 *cf.* (Espinosa Q, 2007, p. 122) “Así las cosas, es evidente que en el sistema jurídico colombiano, la autonomía de la voluntad contractual, se extiende, inclusive, a la posibilidad de facultar a los árbitros para que hagan uso de una función que se supone privativa y reservada del Estado, como lo es la atinente al ejercicio del poder de coerción y coacción, pudiendo conocer de los procesos de ejecución, si así lo determinan las partes”.

32 *cf.* (Espinosa Q, Estado, legitimidad y nuevas tecnologías, 2005, p. 17) “Al referirse al pluralismo jurídico, Moncayo sostiene: «[...]al nuevo papel del Estado no se adecua la naturaleza global y uniforme de los sistemas jurídicos nacionales e internacionales, que deben, por lo tanto, renunciar a sus pretensiones de plenitud y de regulación exhaustiva monopólica, para admitir, en cambio, otras instancias y otras fuentes de derecho igualmente legítimas, así no sean estatales». Sobre el derecho transnacional o la transnacionalización del derecho, mediante instrumentos como el arbitraje del comercio internacional, orientado a garantizar los contratos y los derechos de propiedad de las empresas, afirma Moncayo que: «[...] no actúan a partir de una base nacional en el contexto de un sistema jurídico nada unitario, organizado alrededor de algo semejante a la llamada lex mercatoria, que en definitiva desplaza la autoridad del Estado nacional y entroniza una “americanización” de las normas del mercado de capitales globales, sin que esa globalización sea sinónimo de lo no nacional, pues necesariamente esas normas tienen que ser gestionadas a través de gobiernos nacionales y aplicadas como políticas nacionales»”.

33 *cf.* En efecto, lo que claramente se vislumbra es una evolución del principio y en este sentido cabe citar como la concepción que ofrece una investigación realizada a partir de una sentencia en la que se confirma ampliamente el avance de la autonomía: (Amstutz, Abegg, & Karavas, 2007, p. 246) “It is here that we should draw inspiration from the discussion on “constitutionalisation without the state,” even though, in relation to the issues we are dealing with, it cannot be adopted as is. It is not confined to outlining the concept of constitution, but also raises the question of what the constitution of a fragmented society actually ought to achieve. Yet, of some importance is Teubner’s statement that the “constitution of world society... [cannot] take place in a unitary global constitution which overlies all areas of society, but, instead, emerges incrementally in the constitutionalisation of a multiplicity of autonomous sub-systems of world society”. It is just this notion of incremental constitutionalization of autonomous social discourses that we need to use to illuminate and extend the project embarked on in *Post v. VgT*”.

