

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA DEFENSA DE LA CENTRALIDAD DE LA PERSONA Y LA AUTONOMÍA PRIVADA EN EL MODERNO CONCEPTO DE DERECHO CIVIL

Rafael Colina Garea

Prof. Titular de Derecho Civil de la Universidade da Coruña

RESUMEN:

Frente a la tendencia hacia la despersonalización del Derecho Civil, la doctrina contemporánea ha reaccionado prestando, de nuevo, gran atención a la esfera de la personalidad y proclamando que la principal finalidad del Derecho Civil no es otra que la defensa de la persona. Las propuestas doctrinales que han apoyado la patrimonialización del Derecho Civil no parecen haber tenido éxito debido a la importancia que, en este ámbito normativo, se debe seguir otorgando a la dignidad de la persona y a sus derechos inherentes e inviolables (derechos o bienes de la personalidad). Por este motivo, se ha hablado de la despatrimonialización del Derecho Civil, lo que vendría a ser una tendencia normativo-cultural consistente en dar preeminencia a la persona humana sobre los intereses económico-patrimoniales. La persona no puede ser sólo contemplada como centro de imputación de derechos y deberes, ni como un instrumento técnico al servicio de las relaciones jurídico-patrimoniales. Antes al contrario, las instituciones patrimoniales son los medios y la persona es el fin primordial a cuyo desarrollo integral deben ir orientados funcionalmente tales medios instrumentales. No se trata sólo de ver en la persona un significado técnico, sino también un valor institucional que se deriva de su propio valor intrínseco, de su especial dignidad, de su carácter de ser con propios fines que el Derecho tiene no sólo que respetar sino también proteger hasta sus últimas consecuencias. Por este motivo, es natural que los principios y significados de la persona influyan en todo el Derecho Civil. Enseñar el valor básico del Derecho de la persona pondrá en alerta para evitar la postergación de sus derechos como tal en relación con los intereses patrimoniales, en la que ha sido conceptuada como una “monstruosa inversión de valores”. El Derecho de la persona ha de mostrarse como el marco y la referencia inexcusable de la que se ha de partir para abordar el estudio de toda una serie de materias fundamentales que, en la pandectística, aparecieron como figuras abstractas, tales como el negocio jurídico, el patrimonio, el ejercicio de los derechos, la representación, la persona jurídica, etc.

La sedicente crisis de la autonomía de la voluntad sólo podría defenderse hipotéticamente si en el momento presente perdurase la visión conceptual que de este principio existía en el siglo XIX. Si la vigente concepción de la autonomía continuase identificándose con la noción liberal burguesa de la misma, no cabría duda alguna del ocaso o declive de la autonomía de la voluntad en general, porque, al efectuar la comparación se apreciaría claramente que aquel poder inicialmente ilimitado y omnímodo se habría reducido a la mínima expresión al estar circundado, totalmente asediado, agobiado y ahogado por una cantidad ingente de limitaciones. No obstante, el juicio comparativo no puede plantearse simplemente en términos de existencia-inexistencia o escasez-

abundancia de restricciones a la libertad de actuación de los particulares, sino que necesariamente se debe tener presente que, al aparecer ahora las limitaciones como intrínsecas restricciones a un poder normalmente limitable desde su interior, lejos de haberse producido un mero cambio cuantitativo, ha tenido lugar una profundísima modificación cualitativa en la esencia de la autonomía privada, la cual delata el advenimiento de una nueva concepción radicalmente distinta de la misma. Dado que el concepto decimonónico de la autonomía de la voluntad ha perdido toda vigencia y ha sido sustituido por una nueva concepción radicalmente diversa en su esencia, si se compara la situación actual de la autonomía de la voluntad con la vigente en el siglo XIX, resulta obvio que se podrá hablar de crisis, pero no de la autonomía de la voluntad en general, sino del concreto concepto que de ésta existía en el orden liberal burgués. Enfocando el planteamiento relacional desde esta óptica, se observa que lo único que ha entrado en crisis no es la autonomía de la voluntad en cuanto tal, sino la concepción absoluta de la misma en particular, como poder pleno, sin trabas ni obstáculos y sólo ocasionalmente limitable que, a ultranza, defendía el liberalismo decimonónico. Incluso, como quiera que la tradicional concepción liberal de la autonomía privada ha sido sustituida por otra moderna visión conceptual radicalmente distinta, en pureza ya ni siquiera podría sostenerse que en hoy en día aquélla se encuentra en crisis, sino que ha desaparecido totalmente y perdido toda su vigencia. El proceso de declive ha culminado ya con la extinción de la concepción liberal burguesa, la cual ha sido sustituida por otra completamente diferente en su sustancia y fisonomía esencial. La pretendida crisis de la autonomía de la voluntad sólo puede explicarse como consecuencia de un planteamiento erróneo y equivocado en el modo de efectuar el juicio comparativo derivado del carácter relacional de este concepto jurídico. Si la tan mencionada crisis sólo podría sostenerse tomando como presupuesto la permanencia de la concepción liberal burguesa, y si resulta claro que esta concepción ha dejado de estar vigente al ser sustituida por otra totalmente distinta en su esencia, se concluye que dicha crisis no podrá predicarse de la autonomía de la voluntad en general, sino de la particular visión que de ésta asumía el orden liberal burgués.

Palabras clave: Derecho Privado; Persona; Autonomía Privada.

ABSTRACT:

This article analyses the different proposals that supports the normative and cultural tendencies of Civil Law to be based on the human being instead of economic interests.

Key words: Private Law; Person; Individual Autonomy.

Algunas consideraciones sobre la defensa de la centralidad de la persona y la autonomía privada en el moderno concepto de Derecho Civil

SUMARIO: I. Introducción. Huída de los típicos tópicos caracterizadores del concepto de Derecho Civil. II. La defensa de la persona frente a la patrimonialización del Derecho Civil contemporáneo: 1. Patrimonialización y despersonalización del Derecho Civil. 2. Despatrimonialización y personalización del Derecho Civil: 2.A). Consideraciones doctrinales en defensa de la centralidad de la persona. 2.B). Datos pragmático-normativos en pro de la personalización del Derecho Civil. III. El retorno hacia la revitalización del principio de la autonomía de la voluntad. Argumentos para la negación de su sedicente crisis: 1. El reinado absoluto de la autonomía de la voluntad. 2. El fracaso de los postulados liberales. La necesidad de limitar y corregir en sentido social el poder de actuación de los particulares. 3. Multiplicación cuantitativa de los límites al ejercicio de la autonomía de la voluntad. ¿Situación de crisis?. 4. Criterios para la reafirmación del protagonismo de la autonomía de la voluntad como contraposición a su sedicente crisis: 4.A). La autonomía de la voluntad como concepto relativo. Replanteamiento de los términos en los que debe efectuarse la comparación relacional. 4.B). La aporía de la autonomía de la voluntad. 4.C). La intervención estatal y la defensa de la autonomía. 4.D). La aparición de nuevas figuras contractuales y el aumento de la libre competencia en el mercado.

I. INTRODUCCIÓN. HUÍDA DE LOS TÍPICOS TÓPICOS CARACTERIZADORES DEL CONCEPTO DE DERECHO CIVIL.

La búsqueda de un concepto de Derecho Civil no constituye una labor exenta de complejidad. En palabras de Díez-Picazo¹, “ninguna tarea hay más penosa para la persona dedicada al estudio de una disciplina o ciencia como la de revisar el fundamento mismo de la ciencia que se estudia [...] plantearse de modo riguroso la cuestión de definirla”. En este mismo sentido, señala Gil Rodríguez² que es una “tarea penosa la de procurar definir la disciplina o ciencia a cuyo cultivo viene uno dedicándose”. Por su parte, Martínez de Aguirre³ añade que, ante la dificultad inherente al intento de conceptuar el Derecho Civil, es “habitual curarse en salud, advirtiendo que no se trata de efectuar un tratamiento exhaustivo, ni de agotar la materia”. En este contexto temático, lo cierto es que la pregunta sobre el concepto de Derecho Civil, aunque aparentemente sencilla en su formulación, es susceptible de ser enfocada desde diversos y múltiples puntos de vista⁴.

Al margen de puntuales polémicas doctrinales⁵, y al margen también de que no parece haber demasiado desacuerdo a la hora de calificar al Derecho Civil como

1 Díez-Picazo, L. “El sentido histórico del Derecho Civil”. *RGLJ* 1959, p. 595.

2 Gil Rodríguez, J. “Acotaciones para un concepto de Derecho Civil”. *ADC*. abril-junio 1989, p. 317.

3 Martínez de Aguirre y Aldaz, C. *El Derecho Civil a finales del siglo XX*. Ed. Tecnos. Madrid 1991, p. 12, en clara referencia a la advertencia con la que comienza su trabajo Gil Rodríguez. Vid., de este último autor, “Acotaciones para un concepto del Derecho Civil”, cit. p. 317, en concreto nota preliminar.

4 Vid. Díez-Picazo, L. y Gullón Ballesteros, A. *Sistema de Derecho Civil*. Vol. I. Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica. 11ª ed. Ed. Tecnos. Madrid 2003, p. 35.

5 En efecto, a la hora de intentar definir el concepto de Derecho Civil los autores modernos han adoptado diferentes fórmulas. Así se habla de definiciones descriptivas que consideran al Derecho Civil como una mera yuxtaposición de materias en las que no cabe encontrar un principio único. En este ámbito destacan las denominadas definiciones dogmáticas que intentan individualizar lo que el Derecho Civil sea con

Derecho Privado General⁶, se observa que ha sido un lugar común en la doctrina civilista dedicar un amplio esfuerzo a analizar las señas de identidad que en el momento presente cualifican o adjetivan a nuestra disciplina. Así, se habla de la dialéctica patrimonialización-despatrimonialización, de la socialización y publicación, de la constitucionalización, de la descodificación y, por último de la internacionalización.

No obstante, si se repara en la manera en que se describen y analizan dichas notas, se aprecia una especie de discurrir cíclico que, a modo de círculo cerrado, finaliza en el mismo punto donde había comenzado. Por ejemplo, cuando se trata de la denominada descodificación del Derecho Civil, en primer lugar se pone de manifiesto que, como con-

base a una descripción de lo que constituye su contenido. Así se ha conceptualizado al Derecho Civil como una reunión del Derecho Privado y del Derecho de familia. A título de ejemplo, Vid. SÁNCHEZ ROMÁN, F. *Estudios de Derecho Civil*. T. I. Introducción. Historia general de la legislación española. 2ª ed. Ed. Establecimiento tipográfico sucesores de Rivadeneyra. Madrid 1890, p. 72. VALVERDE Y VALVERDE, C. *Tratado de Derecho Civil español*. T. I. Parte general. 3ª ed. Ed. Talleres Tipográficos Cuesta. Valladolid 1925, pp. 8 y ss. También se han propuesto definiciones sintéticas, las cuales conciben al Derecho Civil como una realidad científica de contenido unitario. Desde esta perspectiva conceptual, se califica al Derecho Civil como el Derecho Privado general, común o nuclear. Por último, existen autores que definen el Derecho Civil de modo negativo, en clara referencia al proceso de desintegración o cesión de su tronco común de otras ramas especiales (Derecho mercantil, Derecho del Trabajo), conceptualándolo como aquella parte del Derecho Privado que no ha sido asumida por ordenamiento especializado alguno. Vid., a este respecto, DE BUEN, D. "Sobre el concepto de Derecho Civil". RDP, núm. 93, 15 de junio 1921, p. 161. LACRUZ BERDEJO, J. L. *Elementos de Derecho Civil*. T. I. Parte general. Vol. I. Introducción. 2ª ed. Ed. Dykinson. Madrid 2000, pp. 29 y ss.

6 Acogen esta calificación, entre otros, DE CASTRO Y BRAVO, F. "Hacia una definición del Derecho Civil". *Estudios Jurídicos del Profesor Federico De Castro*. T. I. Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid 1997, p. 377. Idem. *Derecho Civil de España*. (I). Ed. Civitas. Madrid 1984, p. 115. DE BUEN, D. *Introducción al estudio del Derecho Civil*. Ideas generales. Fuentes históricas del Derecho Civil español. Codificación. Normas jurídicas. 2ª ed. Ed. Porrúa. Méjico 1977, p. 38. HERNÁNDEZ GIL, A. "El concepto de Derecho Civil", en *Obras Completas*. T. I. Conceptos jurídicos fundamentales. Ed. Espasa-Calpe. Madrid 1987, p. 310. Idem. Voz "Derecho Civil", en AA.VV. *Nueva Enciclopedia Jurídica*. T. I. Pellisé Parts (dir). Ed. Fco. Seix. Barcelona 1985, p. 179. DIEZ-PICAZO, L. "El sentido histórico del Derecho Civil", cit. p. 640. CASTÁN TOBEÑAS, J. *Derecho Civil español, común y foral*. T. I. Introducción y parte general. Vol. I. Ideas generales. Teoría de la norma jurídica. 12ª ed. Ed. Reus. Madrid 1988, pp. 141 y 142. LACRUZ BERDEJO, J. L. *Elementos de Derecho Civil*. T. I. Vol. I, cit. p. 36. ALBALADEJO GARCÍA, M. *Derecho Civil*. T. I. Introducción y parte general. 15ª ed. Ed. Bosch. Barcelona 2002, p. 40. MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. *El Derecho Civil a finales del siglo XX*, cit. p. 16. PASCUAU LIAÑO, M. *Código Civil y Ordenamiento Jurídico. Otra reflexión sobre el devenir del Derecho Civil*. Ed. Comares. Granada 1994, pp 49 y ss. Fue ya con la codificación cuando se produjo la definitiva configuración del Derecho Civil como Derecho Privado, y más concretamente, como Derecho Privado General. El individuo, desprovisto de toda calificación jurídica o profesional ulterior, aparece como el centro del sistema codificado. Al haberse suprimido los cuerpos sociales intermedios como consecuencia de la interdicción de los mismos que llevaba a cabo art. I del Decreto de 14 de junio de 1791, el sujeto individual constituye un valor primordial del que se derivan todos los demás (Vid. GIORGIANNI, M. "Il Diritto Privato e i suoi attuali confini". *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, anno XV, 1961, p. 400. FORSTHOFF, E. *El Estado en la sociedad industrial*. Trad. L. López Guerra y N. Muñiz. Ed. Civitas. Instituto de Estudios Políticos. Madrid 1975, p. 29. PATTI, S. *Saggi di Diritto Privato comparato*. Ed. Giappichelli. Torino 1986, p. 17). Los Códigos Civiles decimonónicos incorporan así el estatuto jurídico de la persona. Su misión es la de definir abstractamente el estatuto jurídico del individuo libre y soberano, y de suministrarle los instrumentos jurídicos para hacer efectiva su libertad en los ámbitos económico y social: particularmente, la propiedad y el contrato. Tomando, pues, como punto de partida esta perspectiva histórica, la generalidad del Derecho Civil se explica porque se trata de un Derecho Privado no cualificado por ninguna otra matización conceptual. Las normas del Derecho Civil se aplican con independencia de las condiciones objetivas o subjetivas que concurren en la relación objeto de regulación. Es el Derecho Privado general, ya que contiene la disciplina de las relaciones jurídico-privadas sin ulteriores cualificaciones por razón de la materia, de los sujetos, o de sectores diferenciados por causas económicas o sociales. Es el Derecho que regula las relaciones más próximas al hombre en cuanto a tal y a su existencia cotidiana. Su núcleo es la persona como tal, desnuda de cualquier eventual ropaje y colorido, en su significación primaria y más elemental, prescindiendo de todo especial estatuto jurídico profesional (Vid. JORDANO BAREA, J. B. "Concepto y valor del Derecho Civil". RDP. septiembre 1962, p. 725. CARRASCO PERERA, A. "El concepto de Derecho Civil", en AA.VV. *Derecho Civil*. A. Carrasco (dir). Ed. Tecnos. Madrid 1996, p. 30).

secuencia de la proliferación de las leyes civiles extracodiciales, el Código Civil ha perdido la centralidad que tuvo en un momento inicial⁷; pero, inmediatamente se pasa a

7 Si las metas básicas de la codificación eran la unificación y certeza del Derecho, resultaba lógico que, para alcanzarlas, los cuerpos normativos debían ser sistemáticos y completos. Los Códigos Civiles decimonónicos nacieron así con una clara vocación de completud. Su pretensión era contener la totalidad de las respuestas a todos los problemas que pudiesen suscitarse en el ámbito de las relaciones entre particulares (Vid. PIGA, F. "Tramonto del Codice Civile?". *Codice Civile e istituti del Diritto Pubblico nella realtà del nostro tempo*". *Riv. Dir. Civ.*, 1980, parte prima, p. 62). Se persigue la plena identificación Código Civil-Derecho Privado. Todo aquello que contenga el Código Civil debe ser Derecho Privado; y todo el Derecho Privado vigente ha de estar recogido en el Código Civil. Los Códigos Civiles agotan el Derecho Civil en sí mismo y tratan de poseer el monopolio de la reglamentación normativa de la vida jurídico-privada, mostrándose como el Derecho exclusivo de las relaciones privadas. Sin embargo, el ideal decimonónico de reunir en un sólo texto el Derecho Civil, fue una utopía que nunca llegó a convertirse en realidad; especialmente en España, donde el retraso del proceso de codificación civil obligó al legislador a redactar leyes sobre numerosas materias civiles que fueron declaradas subsistentes por el propio Código Civil. Pero en la actualidad, esta tendencia a regular particulares relaciones jurídico-privadas extramuros del Código Civil se ha visto ostensiblemente incrementada. Los Códigos Civiles de la Europa decimonónica están dotados de un alto grado de historicidad y nacen rodeados de un conjunto de valores vigentes en un concreto punto de la historia (PIGA, F. "Tramonto del Codice Civile?", cit. p. 56), con la intención de dar solución a problemas presentes en el momento de su promulgación. No obstante, con el transcurso del tiempo, se comienzan a suceder una serie de acontecimientos políticos, sociales y económicos que alteran sustancialmente los presupuestos que estaban en la base del régimen jurídico codificado. Como consecuencia de la industrialización y el subsiguiente desarrollo del capitalismo, hacen acto de presencia nuevas necesidades que resultan irreconciliables a las formas de vida y valores de la burguesía liberal, en torno a los cuales gira en su totalidad la disciplina codificada (Vid. MAZZAMUTO, S. y NIVARRA, L. "Principi generali e legislazione speciale: l'attualità del codice civile italiano". *Riv. Dir. Civ.*, 4 dicembre 1992, p. 530). Pese al surgimiento de este novedoso contexto, la normativa codificada permanece fiel a todo un conjunto de valores que comenzaban a estar caducos, no siendo sensible a los cambios de orientación social que en la crisis del liberalismo se producen. La inadecuación de los Códigos Civiles decimonónicos a la realidad a la que han de ser aplicados empieza a ser patente. Ante los nuevos problemas derivados de la nueva realidad social, política y económica, los Códigos son incapaces e insuficientes para ofrecer soluciones jurídicas satisfactorias (Vid. CARLI, G. "Il Codice e il processo di sviluppo economico". *Riv. Dir. Civ.* 1980, parte prima, p. 6. DIEZ PICAZO, L. "Codificación, descodificación y recodificación". *ADC.*, abril-junio 1992, p. 478). Con la intención de resolver tales problemas, se comienzan a promulgar disposiciones legislativas que, situándose fuera del ámbito de Derecho Civil codificado, pretenden contrarrestar y suplir la insuficiencia de los Códigos Civiles (DE CASTRO, F. *Derecho Civil de España*, (I), cit. p. 119). Por lo tanto, es la obsolescencia política, económica y social de la normativa codificada la que impone reaccionar mediante leyes que den respuesta a los nuevos problemas que se plantean (Vid. ASCARELLI, T. "Ordinamento giuridico e realtà sociale", en AA.VV. *Il Diritto Privato nella società moderna*. Saggi a cura di S. Rodotà. Ed. Il Mulino. Bologna 1971, p. 85. IRTI, N. "Leggi speciali". *Riv. Dir. Civ.* 1979, parte prima, p. 144. Idem. *La edad de la descodificación*. Trad. L. Rojo Ajuria. Ed. Bosch. Barcelona 1992, pp. 22, 96 y 185. RODOTA, S. "Ipotesi sul Diritto Privato", en AA.VV. *Il Diritto Privato nella società moderna*. Saggi a cura di S. Rodotà. Ed. Il Mulino. Bologna 1971, p. 13). Se trataba, pues, de particulares leyes especiales que nacían para solventar cuestiones también puntuales que carecían de reflejo normativo en los Códigos Civiles. Ahora bien, con el paso del tiempo y la correlativa e incesante evolución de las circunstancias políticas, sociales y económicas, tales leyes especiales van a experimentar una transformación en un doble sentido: cuantitativo y cualitativo. Desde el punto de vista cuantitativo, las leyes civiles especiales y extracodiciales, que en un primer momento eran escasas, se multiplican numéricamente, llegándose a hablar, por este motivo, de una progresiva complicación normativa. Desde la perspectiva cualitativa, y quizás esto sea lo más importante, en materias que pacíficamente siguen siendo consideradas civiles, proliferan nuevas leyes que, ubicándose extramuros del Código Civil, se apartan y discrepan de los principios generales que informan la normativa codificada, derogando su vigencia en la regulación de una específica materia, por particulares razones de *utilitas*. Tales leyes especiales, que habían surgido como provisionales excepciones coyunturales, adquieren una insospechada estabilidad y consolidan su vigencia. En torno a cada norma que había nacido como especial, se disponían otras leyes que completan la disciplina expropiada al Código, trazándose lo que IRTI califica como un "microsistema"; es decir, un pequeño mundo de normas de las que el intérprete puede recabar ya principios generales y en las que se descubre una propia lógica interna (Nos referimos al fenómeno que IRTI ha acuñado con la denominación de "consolidación de las leyes especiales", que descubriría en su trabajo "Consolidazione e codificazioni delle leggi civili". *Riv. Dir. Civ.* anno XXXIX, núm. 3, maggio-giugno 1993, p. 307. De este mismo autor, Vid. también "La edad de la descodificación", cit. p. 38). Por consiguiente, se observa que nos hallamos ante algo más que regulaciones singulares al margen del Código Civil, ya que, en múltiples ocasiones, las leyes especiales regulan instituciones civiles desde la perspectiva que imponen los nuevos valores, alejados de los propios de aquél, al que relegan a lo residual en unos casos y a lo general en otros.

rebatir, en especial, las conocidas tesis de IRTI⁸, llegándose incluso a sostener que se ha incurrido en exageraciones⁹ y, por último, se finaliza reafirmando el indudable protagonismo que le sigue correspondiendo al Código en un *mare magnum* de disposiciones normativas puntuales, necesitadas de un instrumento que les dote de coherencia, sistematización, armonización y las complete en los extremos que puedan resultar insuficientes por contener una regulación parcial o sectorial¹⁰. Lo mismo se podría decir de la socialización y publicación que en la actualidad sufre el Derecho privado en general y el Derecho Civil en concreto. Si bien se comienza siempre poniendo de relieve la contundente intervención pública en ámbitos jurídicos inicialmente reservados a la privacidad o autonomía de los particulares, refiriéndose a este fenómeno como una peligrosa publicación del Derecho privado en el sentido de que éste sería paulatinamente absorbido por aquél¹¹, luego se finaliza diciendo que no hay que mostrar temor ante una total y

8 El citado autor conceptuaba nuestra época como “la edad de la descodificación” (a las obras citadas en la nota anterior su pueden añadir las siguientes: “Leggi speciali. Dal mono-sistema al poli-sistema”. *Riv. Dir. Civ.* anno XV, 1979, parte prima, pp. 145 y ss. *La cultura del Diritto Civile*. Ed. Utet. Torino 1990, pp. 30, 80 y 139 y ss), debido a la progresiva pérdida de centralidad del Código Civil en materia de Derecho Privado (Vid. LOPEZ Y LOPEZ, A. “Constitución, Código y leyes especiales. Reflexiones sobre la llamada descodificación”, en AA.VV. *Centenario del Código Civil*. T. II. Asociación de Profesores de Derecho Civil. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid 1990, pp. 1175 y 1176). Con este término se trata de poner de relieve que las modernas tendencias legislativas abandonan la unidad del sistema positivo en favor de respuestas específicas para particulares exigencias sociales y económicas y, progresivamente, vacían de contenido al Código Civil. La ley especial tiende a establecer criterios de diferenciación y va destinada a concretas categorías de personas, de bienes, o de actos jurídicos, cada uno de los cuales exige una particular regulación, muchas veces inspirada en criterios y principios divergentes o diversos de los propios de la normativa civil codificada. La ley especial rompe, en definitiva, la unidad del sistema y, al introducir nuevos principios, provoca el nacimiento de una pluralidad de microsistemas; cada uno de ellos, para un singular instituto o clase de relaciones, está dotado de propia lógica y de su propio ritmo de desarrollo.

9 Durante los últimos tiempos se ha hablado reiteradamente de la “crisis del Código Civil”, del “ocaso del Código Civil” o, incluso, de “la muerte del Código Civil”, porque ha sido destronado por la Constitución, así como desbordado por la legislación especial y, en suma, parcialmente desinformado o descerebrado (Son motivos a los que alude PENA LÓPEZ, J. M^a. “La historicidad del Derecho Civil”. *Actualidad y Derecho*, núm. 48, 25 al 31 de diciembre de 1995, p. 8). En relación con estas afirmaciones, se ha dicho que con estas sentencias lapidarias se ha incurrido en exageraciones, en posicionamientos doctrinales extremos que pueden, en cierto modo, llegar a distorsionar la realidad existente. Como ha tenido ocasión de manifestar DE CUPIS (“A proposito di Codice e di descodificazione”. *Riv. Dir. Civ.*, 1979, parte seconda, p. 48), “la idea de descodificación contiene algo de verdad, ya que no puede negarse la importancia y el número de leyes especiales que han sustraído al Código Civil algunos importantes territorios: pero que esto incluso destruya la relación entre Código Civil y leyes especiales, me parece exagerado, tanto como la exaltación de la codificación como un ideal mítico...”. Vid. también, por lo que se refiere a la intención de recalcar la exageración de las afirmaciones antes indicadas, GRASSETTI, C. y CARNEVALI, U. Voz “Diritto Civile”, en AA.VV. *Novissimo Digesto Italiano*. Vol. II. Ed. Utet. Torino 1981, p. 1161.

10 Vid. DE CUPIS, A. “A proposito di Codice e di descodificazione”, cit. p. 51. GIORGIANNI, M. “La morte del Codice ottocentesco”. *Riv. Dir. Civ.*, 1980, parte prima, p. 53. SANTORO-PASSARELLI, F. “Note conclusive: il Codice e il mantenimento dei valori essenziali”. *Riv. Dir. Civ.*, 1980, parte prima, p. 87. Como acertadamente ha destacado BERCOVITZ (“Prólogo a la edición de Tecnos al Código Civil”. Madrid 2003, p. 31), “el Código es heredero principal de toda la dogmática jurídica que, procedente del Derecho Común, fue trasvasada al Derecho moderno precisamente a través de los textos codificados, y por ello ha sido y sigue siendo la base del razonamiento y de las construcciones jurídicas. En sus artículos se encuentran encarnadas ejemplarmente la mayor parte de los dogmas, figuras, técnicas y conceptos, frutos de la tradición y de la doctrina, que constituyen el acervo común de los juristas. *Por ello se ha podido decir, con fundamento, que el Código Civil sigue siendo el texto legal que contiene las bases de nuestro sistema patrimonial*. El abandono del Código supone la dilapidación de ese conjunto de conocimientos, esencial para el desarrollo armonioso del Derecho Privado e incluso del Derecho en general”.

11 Son afirmaciones constatadas por los MAZEAUD, H.-L.-J. *Lecciones de Derecho Civil*. Parte I. Vol. I. Introducción al estudio del Derecho Privado. Derecho Objetivo. Derechos Subjetivos. Trad. Alcalá Zamora. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires 1959, p. 44. Por otro lado, GIORGIANNI (“Il Diritto Privato e i suoi attuali confini”, cit. p. 392) describe muy gráficamente la consternación de aquellos sectores doctrinales que, ante la socialización del Derecho Privado, comparan a ésta con la situación de

absoluta publicación del Derecho privado, ya que ésta no puede deducirse de la mera presencia del Estado en las relaciones jurídico-privadas, toda vez que, en múltiples casos, la intervención estatal se canaliza a través de mecanismos propios del Derecho privado¹². Y así se podría continuar con todas y cada una de las notas antes enumeradas.

Ahora bien, con la intención de evitar inútiles reiteraciones que rayen lo tedioso, no es cuestión de volver a repetir aquí y ahora los típicos tópicos que caracterizan la visión actual del concepto de Derecho Civil, sino de detenerse someramente en aquellos aspectos del mismo que, a nuestro juicio, son los más interesantes o más han influenciando en dos categorías centrales de nuestra disciplina, a saber: la persona, tanto en su significado técnico como institucional y la autonomía de la voluntad, tanto en cuanto poder de autodeterminación en sentido amplio, como poder autonormación en sentido restringido de la propia persona.

II. LA DEFENSA DE LA PERSONA FRENTE A LA PATRIMONIALIZACIÓN DEL DERECHO CIVIL CONTEMPORÁNEO.

1. Patrimonialización y despersonalización del Derecho Civil.

Recientemente se ha afirmado que la implantación del capitalismo y el moderno concepto materialista de la vida, que es común a todas las sociedades desarrolladas, han dado paso a una fase en la que se tiende a acentuar el aspecto patrimonial del Derecho Civil, hasta el punto de llegar a sostenerse la casi total parificación e igualdad entre Derecho Civil y Derecho Patrimonial. A este fenómeno se le ha denominado como la patrimonialización del Derecho Civil.

Sin embargo, y a nuestro modo de ver, el fenómeno al que estamos aludiendo quizás tenga una mayor entidad que el de una mera tendencia hacia el acento de los aspectos patrimoniales del Derecho Civil. Parece que lo que en realidad acontece es una relativa pérdida del protagonismo de la persona y de la idea de personalidad como centros o núcleos en torno a los cuales se desarrollan las normas propias de la disciplina

quien regresando de una larga ausencia, encontrase su casa invadida de gente extraña, que ha abatido paredes y puertas, modificando tapicerías y muebles. Igualmente, resalta el temor hacia la influencia publicista MENGER (*El Derecho Civil y los pobres*. Vers. esp. A. Posada. Ed. Librería General de Victoriano Suárez. Madrid 1898, p. 270), cuando señala, refiriéndose a las cada vez más frecuentes limitaciones al derecho de propiedad, que “el término de este proceso histórico habría de ser, sin duda, que la propiedad, y todo el Derecho Privado serán inundados por el Derecho Público, al modo de la Isla de Helgoland, que todos los años desaparece bajo las aguas, y que acabará por sumergirse en el Océano”. La citada doctrina, defendiendo la tradicional autonomía del Derecho privado, estimaba que, con la influencia publicista, derivada de la mayor intervención estatal, las instituciones privadas se vincularían a un conjunto de normas preordenadas hacia objetivos e intereses distintos de los que le son propias (En la doctrina alemana, destacan DÜRIG, MANGOLDT-KLEIN y EMKE. En torno a la postura de los citados autores, véase RAISER, L. *Il compito del Diritto Privato*. Ed. Giuffrè. Milano 1990, p. 174.

12 Tal es el caso de la intervención del Estado en la economía. En muchos supuestos, incluidos aquellos en los que se actúe en la realización de intereses generales, la naturaleza pública del agente económico no se corresponde con la aplicación del Derecho Público, sino con la aplicación del Derecho Privado. (GALGANO, F. *Il Diritto Privato fra Codice e Costituzione*. Ed. Zanichelli. 2ª ed. accr. Bologna 1979, p. 21. Idem. *Diritto Civile e Commerciale*. Vol. I. Le categorie generali, le persone, la proprietà. Ed. Cedam. Padova 1990, p. 43). Quiere ello decir que el Estado no publica todo aquello que toca, sino que, al contrario, en múltiples ocasiones resulta privatizado al entrar en contacto con la economía. En este sentido, GIORGIANNI (“Il Diritto Privato e i suoi attuali confini”, cit. p. 419) sostiene que el Derecho Privado ha adquirido nuevos campos imponiendo el uso de sus instrumentos a la actividad del Estado y de los entes públicos.

civil. Por este motivo, y en vez de una perspectiva reduccionista, preferimos adoptar un campo de visión más amplio y referirnos ahora a la despersonalización que quizás haya podido sufrir el Derecho Civil en estos últimos tiempos.

A esta sedicente despersonalización parecen contribuir una serie de factores íntimamente conectados entre sí, tales como la patrimonialización en sentido estricto, la utilización de categorías y métodos económicos en la explicación e interpretación del Derecho, la masificación de las relaciones jurídico-privadas y la aparición en otras ramas del Derecho, distintas al Derecho Civil, de normas protectoras de la esfera de la personalidad.

En primer lugar, y por lo que se refiere al fenómeno de la patrimonialización en sentido estricto, debemos comenzar diciendo que, como consecuencia de la implantación de las modernas estructuras económicas de un capitalismo maduro y consolidado, así como también por efecto de generalización de una conciencia social en la que priman los aspectos materialistas sobre los personales, en la que la persona no vale por lo que es, sino por lo que tiene¹³, el Derecho Civil parece haber evolucionado hacia una hipervaloración del contenido relativo al tráfico de los bienes y a la marginación de aquellas partes lejanas a los intereses económicos¹⁴. La persona comienza a dejar de ser considerada como un fin en sí misma, para pasar a convertirse en un instrumento o medio técnico al servicio de las relaciones patrimoniales. Los valores y atributos de la personalidad son desplazados por los valores extrínsecos de carácter patrimonial y económico, lo que acaba por desviar la atención de la perspectiva subjetiva y personalista de las relaciones jurídico-privadas hacia un punto de vista objetivo en donde sólo interesan aquellas instituciones encaminadas a realizar fines puramente económicos. Como ejemplo de esta tendencia a la patrimonialización, CARRASCO¹⁵ ha resaltado la multiplicación de las reglas de indemnizabilidad, y, en concreto, el intento de cuantificar económicamente daños tan difíciles de valorar desde la óptica económica como los de índole moral.

En segundo lugar, como es sobradamente conocido, el desarrollo económico y su incidencia en el mundo jurídico y político no es una cuestión que sólo se haya planteado en épocas recientes. No obstante, sí lo es la pretensión de llevar a cabo una interpretación economicista -que no económica- de las instituciones y problemas jurídicos. Nos hallamos ante el denominado “análisis económico del Derecho”, el cual consiste en la utilización de categorías y métodos económicos para explicar e interpretar el Derecho¹⁶. Se ha dicho que el estudio específico del análisis económico del

13 Vid. RUIZ RICO, J. J. “Defensa de los consumidores y usuarios”, en AA.VV. *Comentarios a las Leyes Políticas*. O. Alzaga (dir). T. IV (arts. 39 a 55). Ed. Edersa. Madrid 1984, p 406.

14 Como reconoce LASARTE (“El Derecho Civil en la época codificadora y vicisitudes posteriores”, en AA.VV. *Centenario del Código Civil*. T. II. Asociación de Profesores de Derecho Civil. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid 1990, p. 1131), aunque el punto álgido del fenómeno general de la patrimonialización se vea potenciado por el auge de la ciencia pandectística, parece claro que, tanto desde el punto de vista ideológico como económico, el auge del pandectismo no deja de ser expresión de la gran expansión, en el área de la cultura occidental, del espíritu y del sistema capitalista.

15 CARRASCO PERERA, A. *El Derecho Civil: señas, imágenes y paradojas*. Ed. Tecnos. Madrid 1988, pp. 36 y ss.

16 Como indicación bibliográfica orientativa sobre el tema, Vid. REICH, N. *Mercado y Derecho*. Trad. A. Font. Ed. Ariel. Barcelona 1985. POSNER, R. *Economic analysis of Law*. 3ª ed. Ed. Little Brown and Company. Boston-Toronto, 1986. CALABRESI, G. *El coste de los accidentes. Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil*. Trad. esp. Ed. Ariel. Barcelona 1984. POLINSKY, A. M. *Introducción al análisis económico del Derecho*. Trad. J. M. Alvarez. Ed. Ariel. Barcelona 1985. ATIYAH, P. S. *Law and modern society*. Ed. Oxford University Press. Oxford 1983. ROEMER, A. *Introducción al análisis económico del Derecho*. Trad. J. L. Pérez. Ed. Instituto Tecnológico Autónomo de Méjico. Méjico 1994. DURAN Y LALAGUNA, P. *Una aproximación al análisis económico del Derecho*. Ed. Comares. Granada 1992.

Derecho arranca en el Derecho anglosajón y remite a la publicación en el año 1960 del Teorema de Coase¹⁷. Se trata, pues, de un nuevo, distinto y reciente punto de vista desde el cual afrontar la resolución de los problemas jurídicos. El civilista, y el jurista en general, intenta solventar las cuestiones que se le plantean procurando la justicia y la equidad. En cambio, el economista o el jurista que utiliza el análisis económico del Derecho busca la respuesta en términos de eficiencia¹⁸. En otras palabras, el jurista prefiere la solución más justa, mientras que quien realiza el análisis desde una perspectiva economicista opta por la solución más eficiente. Los criterios economicistas basados en la eficiencia han sido aplicados para solventar problemas que se suscitan en el marco de las relaciones jurídico-privadas, tales como las inmisiones, los daños derivados de la contaminación, la responsabilidad del fabricante, la asunción de riesgos, los contratos de seguro y los accidentes de automóviles, etc. Como ha manifestado R. POSNER, “En los últimos treinta años, el alcance de la economía se ha expandido más allá de su campo tradicional: las transacciones explícitas del mercado. Hoy en día, contamos con una teoría económica de los derechos de propiedad, de las organizaciones empresariales y de otra índole, del gobierno y de la política, de la educación, de la familia, del crimen y del castigo, de la antropología, de la historia, de la información, de la discriminación racial y sexual, de la privacidad e incluso del comportamiento de los animales y, por último, del Derecho, que cubre todo lo anterior”¹⁹. Por consiguiente, y si lo puesto de relieve es cierto, en muchas parcelas de la vida jurídico-privada se observa como, en ocasiones, se prefiere la solución que sea más eficiente en términos económicos a la más justa o equitativa. Ello acaba provocando una tendencia a la patrimonialización de valores jurídicos antes desasistidos de relevancia civil²⁰.

En tercer lugar, también contribuye a la despersonalización del Derecho Civil el fenómeno de la masificación que se aprecia, no sólo en el ámbito de las relaciones jurídico-privadas, sino, en general, en todo el ordenamiento²¹. En una sociedad caracterizada por la masificación de las relaciones sociales, la persona se difumina y acaba por sumergirse y confundirse con la masa. Se fabrica en masa, se distribuye en masa, se contrata en masa, se consume en masa y los daños producidos, por ejemplo, por un producto defectuosamente fabricado o distribuido afectan no a una sola persona, sino a una masa de personas. En este contexto masificado, no cabe duda de que los intereses patrimoniales, -el ahorro de tiempo, dinero y costes, la agilización del tráfico comercial y patrimonial (si se produce en masa también se debe contratar en masa), etc- se anteponen a los derechos de naturaleza personal, lo que, de nuevo, produce una clara tendencia hacia la patrimonialización y despersonalización de muchas de las relaciones jurídico-privadas tradicionalmente reguladas por el Derecho Civil, el cual, al final de todo este proceso evolutivo, acaba también por despersonalizarse, desplazándose el centro de atención de la persona hacia sus relaciones económicas y patrimoniales.

17 En este sentido, Vid. POLINSKY, M. *Introducción al análisis económico del Derecho*, cit. pp. 23 y ss. DURAN Y LALAGUNA, P. *Una aproximación al análisis económico del Derecho*, cit. p. 13.

18 M. POLINSKY (*Introducción al análisis económico del Derecho*, cit. p. 19) se refiere, en términos sumamente gráficos, a la diferencia existente entre los términos equidad y eficiencia. Para este autor, la eficiencia se relaciona con el tamaño del pastel, mientras que la equidad depende de cómo se reparta ese mismo pastel. También sobre esta diferencia, Vid. ATIYAH, P. S. *Law and modern society*, cit. pp. 84 y ss.

19 POSNER, R. “The Law and economics movement”. *American Economic Review*, may 1987, p. 4.

20 Tal y como pone de manifiesto CARRASCO PERERA, A. *El Derecho Civil: señas, imágenes y paradojas*, cit. p. 36.

21 Así lo considera MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. *El Derecho Civil a finales del siglo XX*, cit. p. 145.

Por último, la sedicente despersonalización del Derecho Civil, parece hacerse patente, desde el momento en que otras ramas distintas del ordenamiento jurídico comienzan a estar integradas por normas que pretenden erigirse en protectoras de la esfera de la personalidad, ante el abandono que, de estas materias, protagoniza ese concepto de Derecho Civil fuertemente patrimonializado. A título de ejemplo de lo que decimos, basta una primera lectura de la Constitución española de 1978, para percatarnos de que el Derecho Civil ha perdido el monopolio, si es que algún día lo tuvo totalmente, sobre las normas protectoras de valores tan trascendentes como la propia personalidad²². Además, hay que tener en cuenta, como luego veremos, que la Constitución no se encarga sólo de proteger a los particulares frente a la acción del Estado o los entes públicos, sino también frente a otros particulares, produciéndose así la constitucionalización de las relaciones jurídico-privadas. Así mismo, muestra de esta tendencia reductora del contenido institucional y normativo del Derecho Civil ha sido la pretendida segregación del Derecho de familia de la disciplina civilista, cuyo máximo exponente fue CICU, y que trataba de independizar el Derecho de familia del Derecho Civil fundándose en la contraposición entre las relaciones familiares y las relaciones jurídico-patrimoniales²³.

Todas estas circunstancias han pretendido ser interpretadas como sintomáticas de la despersonalización que sufre el Derecho Civil: por razón de las mismas éste vería reducido su contenido al ámbito de las relaciones patrimoniales y antepondría los intereses de este género y los de índole económica a los de pura naturaleza personal.

22 El patente divorcio que, en el orden liberal, existía entre sociedad (ámbito privado) y Estado (ámbito público) produjo el efecto de articular una contundente separación entre la ley común privada, constituida por los Códigos Civiles, y las Constituciones. Los Códigos se encargaban de regular las relaciones jurídico-privadas bajo los presupuestos de la libertad y la autonomía privada *lato sensu* considerada. Se erigían, así, en la norma fundamental y primaria de la sociedad dentro del orden burgués. De acuerdo con LÓPEZ Y LÓPEZ (“Constitución, Código y Leyes especiales”, cit. p. 1165), “el Estado liberal confiaba el andamiaje jurídico de la sociedad civil al Derecho Privado, en rigor a los Códigos Civiles”. Por el contrario, el objetivo de las Constituciones decimonónicas era fijar los fines a los que había de dirigirse la acción del Estado en su conjunto, así como los límites impuestos a su actividad (VON HUMBOLDT, W. *Los límites a la acción del Estado*. Trad. J. Abellán. Ed. Tecnos. Madrid 1988, p. 3. RUIPÉREZ ALAMILLO, J. *La Constitución del Estado de las Autonomías*. Ed. Biblioteca Nueva. Madrid 2003, p. 45. Idem. *Proceso constituyente, soberanía y autodeterminación*. Ed. Biblioteca Nueva. Madrid 2003, p. 266). En este contexto, los Textos Fundamentales se limitaban a regular las relaciones que se establecían entre los poderes públicos, e igualmente las que tenían lugar entre los órganos mediante los cuales se ejercitaba la actividad pública o estatal (FRANGI, M. *Constitution et Droit privé. Les droits individuels et les droits économiques*. Ed. Presses Universitaires d’aix Marseille. Paris 1992, p. 6). La Constitución liberal era, de este modo, la norma reguladora de la actividad del Estado y debía, como tal, circunscribirse al ámbito de la vida pública e impedir que aquél entrase en competencia con los ciudadanos en la esfera privada. Consiguientemente, la vida privada quedaba fuera del campo de acción de las Constituciones decimonónicas. En ningún caso pretendían la normación de las relaciones jurídicas entre particulares. Siendo ello así, la única incidencia de las normas constitucionales sobre la vida de los particulares la representaba la reglamentación de las posibles relaciones que naciesen entre los poderes públicos y los ciudadanos (TARELLO, G. *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del Diritto*. Ed. Il Mulino. Bologna. 1976, p. 22. GALGANO, F. *Il Diritto Privato fra Codice e Costituzione*, cit. p. 58 y 58/1). En este ámbito relaciones, la finalidad que perseguía la Constitución era la de garantizar plenamente la inviolabilidad e intangibilidad de los derechos individuales de la persona, pero única y exclusivamente frente a la acción estatal (FRANGI, M. *Constitution et Droit Privé*, cit. p. 6).

23 Aunque la posición de CICU fue expuesta inicialmente en 1914 en su trabajo *Lo spirito del diritto di famiglia*, sólo hemos podido consultar una de las tantas revisiones a las que este estudio fue sometido posteriormente. Vid. “Principii generali del Diritto di famiglia”. *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1955, pp. 1 y ss. Sobre este tema, y en la doctrina española, son típicamente representativos, entre otros, los siguientes trabajos: SANTA CRUZ, J. y GIMENEZ ARNAU, F. “La posición del Derecho de familia en la doctrina del profesor Cicu”. *RDP*. julio-agosto 1927, pp. 241 y ss. BELTRAN DE HEREDIA, J. “La doctrina de Cicu sobre la posición sistemática del Derecho de familia”. *RDP*. octubre 1965, pp. 819 y ss.

2. Despatrimonialización y personalización del Derecho Civil.

2.A). Consideraciones doctrinales en defensa de la centralidad de la persona.

Frente a esta tendencia hacia la despersonalización del Derecho Civil y también ante los intentos de segregar de su cuerpo los aspectos menos patrimonializados, la doctrina contemporánea, especialmente desde las aportaciones del Prof. DE CASTRO, ha reaccionado prestando, de nuevo, gran atención a la esfera de la personalidad y proclamando que la principal finalidad del Derecho Civil no es otra que la defensa de la persona²⁴.

Las propuestas doctrinales que han apoyado la patrimonialización del Derecho Civil no parecen haber tenido éxito debido a la importancia que, en este ámbito normativo, se debe seguir otorgando a la dignidad de la persona y a sus derechos inherentes e inviolables (derechos o bienes de la personalidad). Por este motivo, se ha hablado, sobre todo en la doctrina italiana, de la despatrimonialización del Derecho Civil, lo que vendría a ser una tendencia normativo-cultural consistente en dar preeminencia a la persona humana sobre los intereses económico-patrimoniales²⁵.

Resulta claro que la persona no puede ser sólo contemplada como centro de imputación de derechos y deberes, ni como un instrumento técnico al servicio de las relaciones jurídico-patrimoniales. Antes al contrario, las instituciones patrimoniales son los medios y la persona es el fin primordial a cuyo desarrollo integral deben ir orientados funcionalmente tales medios instrumentales²⁶. No se trata sólo de ver en la persona un significado técnico, sino también un valor institucional que, como ponía de relieve DE CASTRO, se deriva de su propio valor intrínseco, de su especial dignidad, de su carácter de ser con propios fines que el Derecho tiene no sólo que respetar sino también proteger hasta sus últimas consecuencias²⁷. Por este motivo, es natural que los principios y significados de la persona influyan en todo el Derecho Civil. Enseñar el valor básico del Derecho de la persona pondrá en alerta para evitar la postergación de sus derechos como tal en relación con los intereses patrimoniales, en la que ha sido con-

24 El propio DE CASTRO (“Los llamados derechos de la personalidad”. *Estudios Jurídicos del Profesor Federico De Castro*. T. II. Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid 1997, p. 898) reconocía expresamente que “convendrá tener en cuenta que la situación de la doctrina jurídica ha cambiado desde 1947, y muy favorablemente, respecto a la protección de la persona en el Derecho Privado. Unos pocos años antes MORIN se lamentaba de que los derechos de la personalidad eran ignorados por los autores de Derecho civil, y todavía en las reuniones suizas se oyeron lamentaciones acerca de la pobreza de la literatura jurídica sobre la materia, reducida prácticamente –se dice- a los meritorios artículos de Perreau, que datan de 1909. Hoy, en cambio, sería difícil encontrar un libro en el que deje de mencionarse a los derechos, atributos o bienes de la personalidad”.

25 Vid. DONISI, C. “Verso la depatrimonializzazione del Diritto Privato”. *Rassegna di Diritto Civile*. 1980, pp. 645 y ss. DE CUPIS, A. “Sulla depatrimonializzazione del Diritto Privato”. *Riv. Dir. Civ.* 1982. Parte Seconda, pp. 484 y ss. PERLINGIERI, P. “Depatrimonializzazione e Diritto Civile”. *Rassegna di Diritto Civile*. 1983, pp. 1 y ss.

26 Vid. MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. *El Derecho Civil a finales del siglo XX*, cit. p. 152.

27 DE CASTRO Y BRAVO, F. *Derecho Civil de España*, (II), cit. p. 33. Decía literalmente este autor que “La persona tiene un propio significado interno, un valor específico que se manifiesta –expresa o tácitamente- en las normas que la afectan; y sin que quepa apresarlos en conceptos abstractos o técnicos, se exterioriza en los principios que imponen ese su especial matiz (personal) a todas las relaciones jurídicas que implican directamente a la persona [...]. Este significado institucional puede observarse directamente en el Derecho de la persona e indirectamente en todo el Derecho. Se deriva del valor intrínseco de la persona, de su especial dignidad, de su carácter de ser con propios fines, que el Derecho tiene que respetar y debe proteger...”. En torno a estas mismas consideraciones, Vid. PENA LÓPEZ, J. M^a. “Interpretación de los artículos 29 y 30 del Código Civil desde el significado institucional de la persona”. *Revista del Poder Judicial*, núm. 67, tercer trimestre 2002, pp. 85 y ss.

ceptuada como una “monstruosa inversión de valores”²⁸. De este modo, el Derecho de la persona ha de mostrarse como el marco y la referencia inexcusable de la que se ha de partir para abordar el estudio de toda una serie de materias fundamentales que, en la pandectística, aparecieron como figuras abstractas, tales como el negocio jurídico, el patrimonio, el ejercicio de los derechos, la representación, la persona jurídica, etc²⁹.

2.B). Datos pragmático-normativos en pro de la personalización del Derecho Civil.

Las consideraciones ahora efectuadas sobre la centralidad que en el ámbito del moderno concepto de Derecho Civil corresponde a la persona, no constituyen meras elucubraciones dogmáticas o divagaciones carentes de contenido real o reflejo normativo. La concepción de la persona como ser humano con valores propios merecedor de respeto y tutela es la que en última instancia asume nuestra Constitución cuando en su art. 10.1 eleva su dignidad, los derechos fundamentales que le son inherentes y el libre desarrollo de la personalidad, al rango de fundamentos del orden político y de la paz social.

La concepción humanista de la persona que subyace en el citado art. 10 CE, se muestra igualmente patente en otros extremos del propio texto constitucional:

1º. Por una parte, y junto a la propia eficacia directa e inmediata de la Constitución³⁰, los derechos de la personalidad recogidos en la misma gozan de la máxima protección

28 Según palabras textuales de DE CASTRO (*Derecho Civil de España*, (II), cit. p. 19, nota 4), “El no haber enseñado el valor básico, constitucional, de las reglas civiles que imponen el deber general de respetar y el –que incumbe directamente a la Administración– de proteger a la persona, su situación jurídica y a los derechos de la personalidad, ha hecho posible esa inversión monstruosa de valores, de que todo el esfuerzo del Estado se centre en la protección de los bienes y nada importe la violación de los derechos de la persona”. Vid., igualmente, sobre este extremo concreto, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. “El Derecho de la persona”, en AA.VV. *Conferencias en homenaje al profesor Federico de Castro y Bravo*. Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid 1997, pp. 45 y 82.

29 Conviene recordar que, en el ámbito sistemático, la pandectística alemana, encabezada por el plan de Savigny (en pugna y contraposición con el de Gayo), negaba el carácter de la persona como institución jurídica independiente, con propio significado y peculiares principios. Para la sistemática germánica, la persona era un mero elemento dependiente y complementario de las instituciones incluidas en la “Parte especial”. La persona sólo interesaba en cuanto concepto abstracto que respondía a la pregunta relativa a los sujetos de los derechos, actos y relaciones jurídicas, pero no se la atribuía una entidad propia e independiente como institución substantiva en sí misma considerada. Sobre estos extremos, Vid. DE CASTRO Y BRAVO, F. *Derecho Civil de España*, (II), cit. pp. 9 y 13 y ss. Díez-PICAZO, L. “El significado de Federico de Castro en el Derecho Civil contemporáneo”, en AA.VV. *Conferencias en homenaje al profesor Federico de Castro y Bravo*. Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid 1997, pp. 15 y 16. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. “El derecho de la persona”, cit. pp. 44 y 45.

30 Ya desde la Constitución alemana de 1919 y, particularmente desde el Texto Fundamental italiano de 1948 y la *Grundgesetz* de 1949, las Constituciones dejan de ser meras declaraciones programáticas carentes de eficacia y aplicabilidad inmediata para convertirse en auténticas normas jurídicas que, colocándose en la cúspide de la pirámide normativa, vinculan a todos los poderes públicos y a los ciudadanos. Como acertadamente expone RUIPÉREZ (*Proceso constituyente, soberanía y autodeterminación*, cit. pp. 274 y 275), “frente a la situación propia del Estado constitucional liberal, donde, como hemos visto, las tablas de derechos tenían un inequívoco carácter *iusnaturalista* y donde, en consecuencia, lo que resultaba obligatorio no eran los preceptos que los declaraban, sino las Leyes ordinarias que los desarrollaban, lo característico del constitucionalismo democrático y social va a ser el que nacerá, con él, la nueva consideración de las normas constitucionales declarativas de derechos como auténticas fuentes del Derecho, por sí mismas, y sin necesidad de su desarrollo por la legislación ordinaria, así como el carácter vinculante que se atribuye a las mismas respecto de los poderes públicos, de suerte tal que, como, por ejemplo, señala Schneider, se establece una especial sujeción de estos últimos a los derechos fundamentales que se traduce en una eficacia vinculante en el sentido de que el legislador no puede aprobar ninguna Ley, el poder ejecutivo no puede decretar ningún acto administrativo y la jurisdicción no puede fallar ninguna sentencia que sean incompatibles con las garantías de los derechos fundamentales”. Y este dato es especialmente importante con relación a la efectividad de los derechos inherentes a la persona que son reconocidos a nivel constitucional. Véase también, por lo que se refiere a un estudio más detallado del proceso histórico en el que las Constituciones comienzan a convertirse en normas de eficacia directa e inmediata, RUIPÉREZ ALAMILLO, J. *La Constitución del Estado de las Autonomías*, cit. pp. 46 y ss.

jurisdiccional, porque cualquier ciudadano podrá recabar su tutela ante los Tribunales ordinarios mediante un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (art. 53.2 CE). Además, los derechos fundamentales y libertades públicas de la persona resultan también tutelados por la Constitución en virtud del sometimiento de su regulación normativa a la reserva de Ley Orgánica (art. 81.1 CE), así como por medio del establecimiento de un procedimiento agravado de reforma para el supuesto en que se pretenda la revisión parcial de aquella parte del Texto Constitucional en el que aparecen recogidos (art. 168.1 CE).

2º. Por otra parte, las modernas Normas Fundamentales, surgidas bajo la vigencia del modelo de Estado Social, enriquecen el catálogo tradicional de los derechos de libertad con nuevas figuras ligadas a una distinta valoración del hombre y de las relaciones económicas y sociales³¹. Así, junto a los clásicos derechos individuales de la persona, aparece recogida en la Constitución una nueva categoría de derechos denominados “económico-sociales”, los cuales se establecen en beneficio de aquellos grupos o sectores sociales que tradicionalmente habían ocupado posiciones menos favorecidas³².

3º. Por último, se debe insistir en que el deber general de respeto hacia la persona no rige sólo frente al Estado o a las autoridades revestidas de *imperium*, sino también frente a las restantes personas, sobre todo cuando estas se reúnen en grupos que de hecho llegan a ejercer un poder incluso mayor que el derivado del propio Estado³³. Como ha señalado GALGANO, ya desde la Carta Fundamental alemana de Weimar de 1919, los textos constitucionales dejan de ser sólo respuesta al despotismo político para comenzar a serlo también al despotismo económico³⁴. Las Constituciones ya no son únicamente un mecanismo jurídico cuya misión consista en asegurar la libertad y los restantes derechos inherentes al individuo frente a la arbitrariedad política que pudiese provenir de la autoridad estatal, sino que se convierten en una sólida garantía frente al desmesurado poder económico que puede ser ejercido por privilegiados *de facto* desde la sociedad civil³⁵.

Nos referimos al fenómeno de la “Constitucionalización del Derecho Privado”, el cual, frente a lo que pudiera parecer a simple vista, no alude a la inclusión en los textos constitucionales de instituciones jurídico-privadas, ya que ello ha sido una constante a lo largo de la historia³⁶, sino a la aparición en las Constituciones de normas que no

31 Vid. IRTI, N. *La edad de la descodificación*, cit. p. 24.

32 Será a partir de las Constituciones mejicana de Querétaro (1917) y alemana de Weimar (1919), cuando, al lado de los típicos derechos liberales y democráticos, se proceda a constitucionalizar los llamados “derechos sociales”, cuya evolución e incremento no ha cesado todavía en nuestros días. La finalidad de esta nueva categoría de derechos no puede ser más clara: de lo que se trata, en definitiva, es de garantizar al ciudadano unas condiciones mínimas para poder desarrollar su existencia de una manera plena. Más ampliamente sobre estas ideas, Vid. RUIPÉREZ ALAMILLO, J. *Proceso constituyente, soberanía y autodeterminación*, cit. p. 273.

33 Como ya manifestaba DE CASTRO (“Los llamados derechos de la personalidad”, cit. p. 875), “Leyes de Derecho privado, teorías jurídicas y disposiciones administrativas han ido aumentando los poderes de los grupos privilegiados hasta convertir a la misma autonomía individual en instrumento de esclavitud personal. Desde principios del siglo XIX, el amparo civil de la persona se hará especialmente necesario, porque entonces será en el ámbito privado donde actúan las fuerzas sociales (extraestatales) más poderosas y cuando se sienta el abandono en que habían ido quedando los valores más importantes del hombre”. A este respecto puede consultarse igualmente DIEZ-PICAZO, L. “El significado de Federico De Castro en el Derecho Civil contemporáneo”, cit. p. 17.

34 Vid. GALGANO, F. *Il Diritto Privato fra Codice e Costituzione*, cit. pp. 58 y 58/1.

35 De nuevo GALGANO, F. *Il Diritto Privato fra Codice e Costituzione*, cit. pp. 58 y 58/1. Idem. *Diritto Civile e Commerciale*. Vol. I, cit. pp. 82 y 83.

36 Baste recordar sobre esta cuestión que las primeras Constituciones liberales ya recogían instituciones de Derecho Privado. Ejemplo paradigmático de ello es el derecho de propiedad que aparecía hiperprotegido en el art. 17 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, afirmándose que “la propiedad es un derecho inviolable y sagrado”.

sólo regulan la organización del poder estatal y sus relaciones con los particulares, sino también las relaciones de los particulares entre sí. La Constitución ya no se limita a la ordenación de la vida estatal, dedicándose exclusivamente a la organización y actividad de los poderes públicos, así como sus vínculos con los ciudadanos. Sus normas abarcan también las relaciones entre los particulares, fijando así las bases de la ordenación de la vida no estatal³⁷. De esta suerte, las Constituciones ya no aparecen sólo como fuente suprema del Derecho Público, reguladora de la forma de gobierno y garante de la libertad de los ciudadanos frente al Estado, sino que al mismo tiempo se muestran como la Ley Fundamental del Derecho Privado³⁸. Como afirma HESSE, la Constitución abandona su papel de Norma Suprema del Estado para convertirse en la Norma Superior de la Comunidad Política (*Gemeinwesen*), en cuyo ámbito quedan comprendidos tanto el aparato estatal como la sociedad³⁹.

En consecuencia, si ha cambiado la forma en que se conciben las Constituciones, es obvio que también variará la manera en que se entienden sus relaciones con los Códigos Civiles. En efecto, en este contexto se percibe fácilmente que cada vez se hace más invariable seguir afirmando que la Constitución es en el mundo de “lo público” lo que los Códigos Civiles son en el privado⁴⁰. Junto a otros fenómenos sobradamente conocidos⁴¹, la constitucionalización de las relaciones jurídico-privadas provoca una ruptura en la identificación Derecho Privado-Código Civil. Indudablemente, todo aquello que contiene el Código Civil es Derecho Privado; sin embargo, no todo el Derecho Privado vigente se encuentra recogido en el Código Civil⁴², habida cuenta de que la totalidad de los principios inspiradores de la vida jurídico-privada ya no se contienen únicamente en las disposiciones civiles codificadas, sino que hallan igualmente acomodo en la Constitución y también en otros cuerpos normativos distintos. Es obvio que aquella fuerza absorbente que predicaba JEAN-JOSEPH BUGNET cuando manifestaba “yo no conozco el Derecho Civil, yo no enseño nada más que el Código de Napoleón”, o que postulaba DEMOLOMBE cuando afirmaba “mi divisa, mi profesión de fe es esta: los textos sobre todo [...] mi objeto es, por tanto, interpretar, explicar el Código de Napoleón mismo...”, ya no puede ser mantenida, si es que en algún momento de la historia pudo

37 Vid. IRTI, N. *La cultura del Diritto Civile*, cit. p. 35.

38 GALGANO, F. *Il Diritto Privato fra Codice e Costituzione*, cit. p. 58/1.

39 Vid. HESSE, K. *Escritos de Derecho Constitucional*. Trad. P. Cruz Villalón. Ed. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid 1983, pp. 13 y 17. Idem. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. Trad. I. Gutiérrez. Ed. Civitas. Madrid 1995, p. 82.

40 Vid. TARELLO, G. *Storia della cultura giuridica moderna*, cit. p. 25. A este respecto, conviene recordar que desde el planteamiento de la doctrina liberal decimonónica, la norma suprema del Derecho Público era la Constitución; la del Derecho Privado, en cambio, eran los Códigos Civiles. Si esto era así, se podía entonces afirmar, con SOLARI, que durante el siglo XIX, estaba totalmente vigente la frase: “la codificación corresponde en el campo del Derecho Privado a lo que son las Declaraciones de Derechos y las Constituciones en el campo del Derecho Público”. Sobre esta última cuestión, Vid. GLIOZZI, E. *Dalla proprietà all'impresa*. Collana Giole Solari. Dipartimento di Scienze Sociali. Università di Torino. Ed. Franco Angeli. Milano 1989, p. 33. LOBATO GÓMEZ, J. M. *Propiedad privada del suelo y derecho a edificar*. Ed. Montecorvo. Madrid 1989, p. 64. ROCA GUILLAMÓN, J. “Codificación y crisis del Derecho Civil”, en AA.VV. *Centenario del Código Civil*. T. II. Asociación de Profesores de Derecho Civil. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid 1990, p. 1760.

41 Nos referimos, por ejemplo, a la proliferación de leyes civiles especiales que se sitúan fuera del ámbito del Derecho Civil codificado.

42 IRTI, N. *La cultura del Diritto Civile*, cit. pp. 48 y 96. También en desarrollo de este argumento, RODOTA S. “Ipotesi sul Diritto Privato”, cit. p. 17. TORRALBA SORIANO, V. “El Derecho Civil desde la Codificación hasta el tiempo presente”. *RGLJ*, septiembre-octubre 1975, p. 355. ARCE Y FLOREZ VALDES, J. *El Derecho Civil constitucional*. Ed. Civitas. Madrid 1986, pp. 33 y 34.

serlo realmente⁴³. En definitiva, como consecuencia del incremento de las leyes especiales y debido también a la constitucionalización del Derecho Privado, los Códigos Civiles pierden el monopolio de la reglamentación normativa de la vida jurídico-privada, pues ya no representan el Derecho exclusivo de las relaciones privadas, sino el Derecho Común; es decir, la disciplina de los supuestos de hecho más amplios y generales⁴⁴.

Estos dos últimos fenómenos que acabamos de describir (Constitucionalización del Derecho Privado y pérdida del monopolio del Código Civil en la regulación de las relaciones privadas) tienen vital importancia en lo referente a la efectiva tutela de los derechos de la persona, porque ambos han contribuido activamente a que ésta ya no se contemple sólo en su parcial dimensión público-patrimonial, sino en su integral dimensión como portadora, *erga omnes*, de unos derechos, inherentes a esta condición, sobre los bienes de la personalidad⁴⁵:

Por un lado, se abandona la unívoca perspectiva pública, pues, al juridificarse a nivel constitucional las relaciones recíprocas entre los individuos, la persona encuentra protección no sólo frente al poder público, sino también frente a los potenciales ataques que de otras personas pudiesen provenir, bien aisladamente, o bien reunidas en grupos⁴⁶.

Por otro lado, conviene recordar que, en absoluta concordancia con su ideología subyacente, los Códigos Civiles decimonónicos respondían a una imagen de la persona considerada exclusivamente en su dimensión patrimonial⁴⁷. Se ha afirmado que el *Code français* de 1804 era el Código de la propiedad, de la riqueza adquirida, habida cuenta de que en éste se tendía a proteger al individuo que poseyese bienes materiales, pero se olvidaba completamente de los que nada tenían⁴⁸. Al ser un heredero directo del *Code napoléonico*, el Código Civil español de 1889 *ab initio* servía también, básicamente, a intereses de índole patrimonial. En consecuencia, al perder los Códigos Civiles el exclusivo protagonismo en lo referente a la regulación de las relaciones entre los particulares, y al contener ahora también la Constitución las reglas y principios que han de inspirar la normativa jurídico-privada, resulta obvio que la persona ya no podrá concebirse únicamente desde la óptica patrimonial.

De las consideraciones ahora vertidas, se puede extraer una importante conclusión en orden a fundamentar la posición que defiende la centralidad de la persona en el ordenamiento civil contemporáneo. Si, como hemos dicho, el deber general de respeto a la persona rige también para las restantes personas y los grupos fácticos de poder en los que se integran, y si la vigente Constitución trata de proteger la persona y sus derechos no sólo frente al poder público, sino frente a los ataques que pudiesen provenir de otros particula-

43 Sobre esta particular cuestión, Vid. IRTI, N. *La cultura del Diritto Civile*, cit. p. 8. En nuestra doctrina, HERNANDEZ GIL, A. "En defensa del Código Civil". *RDJ*, núm. 378, septiembre 1948, p. 780. DIEZ PICAZO, L. "Codificación, descodificación y recodificación", cit. p. 477. MARTINEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. *El Derecho Civil a finales del siglo XX*, cit. p. 65.

44 Vid. IRTI, N. *La edad de la descodificación*, cit. p. 22.

45 Como acertadamente expone PENA LÓPEZ, J. M^a. "Interpretación de los artículos 29 y 30 del Código Civil desde el significado institucional de la persona", cit. p. 93.

46 Vid. HESSE, K. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*, cit. p. 84.

47 Para un desarrollo más amplio de esta idea en relación con la persona, Vid. PENA LÓPEZ, J. M^a. "Interpretación de los artículos 29 y 30 del Código Civil desde el significado institucional de la persona", cit. p. 95.

48 Vid. SAVATIER, R. *Les métamorphoses économiques et sociales du Droit Civil d'aujourd'hui*. Ed. Dalloz. Paris 1964, p. 407 y 408. SOLARI, G. *Socialismo e Diritto Privato. (Influenza delle ordinarie dottrine socialiste sul Diritto Privato)*. Ed. Giuffrè. Milano 1980, p. 35. COMPORTI, M. "Ideologia e norma nel diritto di proprietà". *Riv. Dir. Civ.*, anno XXX, 1984, parte I, p. 303.

res, se concluye que el hecho de que en nuestra Norma Fundamental existan disposiciones que pretendan erigirse en protectoras de la esfera de la personalidad no tiene por qué ser interpretado como sinónimo de despersonalización de las normas civiles. Lo único que ha sucedido es que la protección que antes se dispensaba a un nivel legislativo ordinario ahora se ofrece al más alto nivel normativo del ordenamiento. Pero, es que además de tratarse de una protección de la máxima altitud, también lo es de la máxima latitud⁴⁹, pues, por un lado, ésta se dispensa a cualquier bien que venga exigido por el libre desarrollo de la personalidad y dignidad humana, y porque, por otro lado, se concede igualmente no sólo frente al poder público, sino también frente a los restantes individuos, lo cual es congruente con la idea del deber general de respeto hacia la persona e indica una mayor preocupación por la tuición íntegra de sus valores y derechos inherentes. Que las normas protectoras de la personalidad encuentren acomodo también en la Constitución, no quiere decir que tales normas se ubiquen en otra rama del ordenamiento que expropie al Derecho Civil de uno de sus contenidos fundamentales, sino que ellas mismas siguen teniendo naturaleza jurídico-privada y civil, aunque ahora elevadas a un rango normativo superior, precisamente por ser consideradas concreción de una serie de valores supremos y esenciales que han de informar la actividad creadora del Derecho, así como la aplicación e interpretación del mismo⁵⁰.

III. EL RETORNO HACIA LA REVITALIZACIÓN DEL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD. ARGUMENTOS PARA LA NEGACIÓN DE SU SEDICENTE CRISIS.

1. El reinado absoluto de la autonomía de la voluntad.

La concepción decimonónica de la autonomía de la voluntad se construye antagónicamente y por radical contraposición a los esquemas preexistentes en esta materia bajo la vigencia del Antiguo Régimen. Frente a los privilegios feudales, las vinculaciones, los mayorazgos y fideicomisos perpetuos, el orden liberal-burgués defiende que las relaciones humanas deben gobernarse por la voluntad de los individuos, la cual ha de ser plena, libre e inviolable constituyendo ley entre las partes contratantes. La libertad plena es un principio general y valor esencial, cuya presencia invade todo el ordenamiento jurídico. Es así como la autonomía privada ocupa un lugar de privilegio en el sistema liberal, al constituir el individuo y su capacidad decisoria los ejes principales en torno a los cuales giran todas las instituciones jurídicas⁵¹.

49 En terminología utilizada por PENA LÓPEZ, J. M^a. "Interpretación de los artículos 29 y 30 del Código Civil desde el significado institucional de la persona", cit. pp. 93 y 94.

50 No obstante, aunque en el momento presente se aprecie una vuelta hacia las concepciones personalistas del Derecho Civil y se entienda superada la tendencia hacia la patrimonialización o despersonalización del mismo, lo cierto es que determinados autores han considerado que no resulta conveniente optar de manera extrema por una posición con exclusión de la otra. En este sentido señala MARTÍNEZ DE AGUIRRE (*El Derecho Civil a finales del siglo XX*, cit. p. 151) que "la despatrimonialización no debe ser entendida como expulsión del Derecho Civil de las instituciones y valores patrimoniales [...], ni tampoco a una marginación de los mismos, o un giro copernicano en su consideración [...] si el Derecho civil es el que regula las relaciones más habituales de los particulares entre sí, no cabe prescindir de que buena parte de esas relaciones (quizás las más necesitadas de regulación jurídica) son de carácter patrimonial. Lo que no menuga, por otro lado, el personalismo peculiar del Derecho civil".

51 Como principios básicos del orden liberal-burgués se erigían la libertad de la persona humana, la igualdad de los ciudadanos, la fraternidad, el absolutismo de la propiedad y la plenitud de la autonomía privada. Vid, en relación estas consideraciones, COMPORTI, M. "Ideología e norma nel diritto di proprietà",

En definitiva, es el reinado absoluto de la autonomía de la voluntad⁵², en donde cualquier limitación a la misma es cuantitativamente escasa y cualitativamente excepcional. Por una parte, las restricciones al libre ejercicio de la autonomía privada son cuantitativamente escasas porque repugnan a una ideología política que pretendía abandonar todo vestigio de la época feudal. Sólo se admiten las limitaciones estrictamente necesarias e imprescindibles, como por ejemplo, la intervención de la fuerza coactiva del Estado para hacer cumplir los pactos o acuerdos a los que libremente habían llegado (precisamente en ejercicio de su libertad) las partes en un contrato. Por otra parte, los límites al libre ejercicio de la autonomía de la voluntad son cualitativamente excepcionales, en cuanto que su existencia, al ser divergente con el principio general de libertad plena, rompía con la lógica del Derecho normal e introducía una lógica propia y distinta. Tomando como punto de partida estas ideas, la ideología liberal burguesa defendía una interpretación restrictiva de la moral y del orden público como posibles límites a la autonomía privada y trataba de imponer el principio de excluir cualquier limitación al libre ejercicio de la autonomía de la voluntad, fuera del expreso mandato de la Ley⁵³.

En este contexto decimonónico, el contrato se muestra como el instrumento liberalizador por excelencia, ya que, al ser reflejo y proyección de la plena realización de la autonomía de los particulares, su concepción contribuye activamente a destruir las desigualdades y privilegios propios del Antiguo Régimen⁵⁴. La libertad contractual parecía el mecanismo más adecuado para superar el tradicional conflicto libertad-autoridad. En efecto, el conocido principio del “*laissez faire*”⁵⁵ trasladado a materia contractual se transforma en la regla “*laissez contracter*”⁵⁶. Tal y como afirmaba

cit. p. 289. SCLAFI, G. *Manuale di Diritto Privato*. T. I. Parte generale. 2ª ed. Ed. Utet. Torino 1991, p. 17. DE ALEJANDRE GARCÍA, J. A. *Temas de historia del Derecho: Derecho del constitucionalismo y la Codificación*. (I). Ed. Publicaciones de la Universidad de Sevilla. Sevilla 1978, p. 112. BARBANCHO TOBILLAS, J. *Evolución del pensamiento económico y el Derecho Civil: ensayo para su enseñanza*. Ed. Signo. Barcelona 1991, p. 25.

52 En estos momentos se estima que la autonomía contractual es una insustituible compañera del derecho de propiedad; es el medio imprescindible para poder hacer efectivo el derecho de gozar y disponer que corresponde al propietario. Vid. COCO, G. S. *Crisi ed evoluzione nel diritto di proprietà*. Ed. Giuffrè. Milano 1965, p. 57. DE FUEMAYOR CHAMPIN, A. “La propiedad privada y su función social”, en *Estudios de Derecho Civil*. Vol. I. Ed. Aranzadi. Pamplona 1992, p. 613.

53 DE CASTRO Y BRAVO, F. “Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad”. *Estudios Jurídicos del Profesor Federico de Castro*. T. II. Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid 1997, p. 1309.

54 DE CASTRO Y BRAVO, F. “Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes”. *Estudios Jurídicos del Profesor Federico de Castro*. T. II. Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid 1997, p. 955.

55 La máxima *Laissez-nous faire* tradicionalmente se atribuye al comerciante LEGENDRE dirigiéndose al ministro francés COLBERT algún día hacia fines del Siglo XVII, cuando éste le preguntó: *Que faut-il faire pour vous alder?*, y el primero respondió: *Nous laisser faire*. Pero es posible que el primer escritor que utilizara la frase fuese el MARQUES D'ARGENSON hacia 1751. El MARQUES fue el primer hombre que se apasionó por las ventajas económicas que podría suponer que los gobiernos dejaran solo el comercio. La verdadera causa de la decadencia de nuestros fabricantes, declaraba, es la protección que les hemos concedido. Dejar hacer, esa debería ser la divisa de toda potencia pública desde que el mundo es civilizado. Ayudó también al establecimiento de la máxima del *Laissez faire* el hecho de que la corrupción, la incompetencia e ineptitud de los administradores públicos generaron un alto grado de desconfianza en el gobierno durante el Siglo XVIII. Sobre el origen del dogma del *Laissez faire* véase KEYNES, J. M. “El fin del *laissez faire*”, en AA.VV. *Lecturas de historia económica*. Ed. Universidad Pontificia Comillas. Madrid 1982, pp. 307 y ss. GALGANO, F. “Gobierno de la economía y empresa pública”, en AA.VV. *Derecho y Economía en el Estado Social*. Ed. Tecnos. Madrid 1988, p. 160. Idem. *Las instituciones de la economía capitalista. Sociedad anónima, Estado y clases sociales*. Trad. C. Alborch y M. Broseta. Ed. Ariel. Barcelona 1990, p. 34.

56 Vid. LIPARI, N. “Utilización del contrato y disciplina de los negocios”, en AA.VV. *Derecho Privado. Un ensayo para la enseñanza*. Ed. Real Colegio de España en Bolonia. Bolonia 1980, p. 288.

PORTALIS, “los hombres deben poder tratar libremente sobre todo lo que les interese; sus necesidades les acercan; sus contratos se multiplican tanto como sus necesidades. No hay legislación en el mundo que pueda determinar el número y fijar la diversidad de acuerdos de los que los asuntos humanos son susceptibles”⁵⁷. Se reconoce, pues, a los particulares el poder de iniciativa para regular según su conveniencia sus propios asuntos. En consecuencia, se aprecia que el carácter sagrado que el orden liberal atribuye al contrato descansa sobre los presupuestos de una contratación libre entre personas iguales⁵⁸.

2. El fracaso de los postulados liberales. La necesidad de limitar y corregir en sentido social el poder de actuación de los particulares.

Sin embargo, el panorama actual dista mucho de aquel existente en el orden liberal burgués. Ya desde principios del siglo XX el devenir de la historia demostró que no era posible seguir permitiendo el abandono del sistema jurídico-privado a la espontaneidad liberal⁵⁹.

La vigencia del dogma liberal del *laissez faire* supuso un desarrollo irregular del capitalismo de tal calibre que produjo agudas crisis financieras y no menos importantes problemas sociales. Así, en el ámbito económico, la política liberal del “dejar hacer” provocó constantes crisis periódicas, derroche insustituible de recursos productivos, extremos de pobreza y riqueza⁶⁰, corrupción en la Administración por grupos de intereses dominantes y, a menudo, sustitución de la competencia autorreguladora por el monopolio⁶¹. En el plano social, el poder que surgía de las relaciones privadas de producción originó, a medio y largo plazo, el sometimiento de las clases débiles a las dominantes; esto es, de aquellos que nada poseían a los detentadores del capital. El dominio sobre las cosas se transformaba así en autoridad sobre las personas que, dejada a la propia dialéctica, podía afectar más a los subordinados a ella que la autoridad misma del Estado⁶². Es así como la estructura social refleja la dominación de los propietarios sobre los no propietarios⁶³.

57 PORTALIS, J. E. M. “Discours Préliminaire. (Conseil d’Etat)”. *Naissance du Code Civil. An VIII-an XII-1800-1804*. Ed. Flammarion. Paris 1989, p. 78.

58 DE CASTRO Y BRAVO, F. “Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes”, cit. p. 955.

59 Vid. LIPARI, N. “Utilización del contrato y disciplina de los negocios”, cit. pp. 310.

60 Con respecto a la distribución de la riqueza, afirma LEWIS que “los ingresos en el liberalismo no están repartidos equitativamente, y en consecuencia se producen mercancías menos necesarias para las clases acomodadas, mientras que los pobres carecen de educación, salud, buena alimentación, viviendas dignas y comodidades ordinarias que podrían suministrarse a cambio de aquellas”. Vid. LEWIS, W. A. “La planificación económica”. Méjico FEC, 1978, pp. 38 a 40.

61 Para un estudio desde el punto de vista económico de las negativas consecuencias de liberalismo, Vid. KEYNES, J. M. “El fin del *laissez faire*”, cit. p. 307 y ss. SAMULESON, P. A. “La función económica del Estado”, en AA.VV. *Lecturas de economía*. Ed. Universidad Pontificia Comillas. Madrid 1981, p. 223. BASSOLS COMA, M. *Constitución y sistema económico*. Ed. Tecnos. Madrid 1985, pp. 140 y 141. DUQUE DOMÍNGUEZ, J. “Iniciativa privada y empresa”, en AA.VV. *Constitución y Economía. (La ordenación del sistema económico en las Constituciones occidentales)*. Ed. Centro de Estudios y Comunicación Económica. Madrid 1977, p. 59.

62 GARCÍA PELAYO, M. “Consideraciones sobre las cláusulas económicas en la Constitución”, en AA.VV. *Estudios sobre la Constitución española de 1978*. M. Ramírez (dir). Ed. Pórtico. Zaragoza 1979, p. 34. BASSOLS COMA, M. *Constitución y sistema económico*, cit. p. 143.

63 VON STEIN, L. *Movimientos sociales y monarquía*. Trad. E. Tierno. Ed. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid 1981, p. 40.

Ante tal situación de crisis económica y social, resulta inevitable preguntarse acerca del verdadero resultado práctico de algunas de aquellas declaraciones formales que el orden liberal defendía como fundamentales: libertad, igualdad y plena autonomía privada.

El ideal de la igualdad se tradujo en la más profunda de las desigualdades. Según nos precisa HELLER, uno de los principales errores del liberalismo fue pretender individuos formalmente iguales frente al Derecho formal⁶⁴. La Ley liberal nacía con una vocación de generalidad que aconsejaba hacer total abstracción de las diferencias de hecho o reales que pudiesen tener relevancia jurídica⁶⁵, ignorando que “ejercitar la justicia imponiendo o aplicando el Derecho, significa tratar como igual al igual y como diverso lo diverso”⁶⁶. El equívoco radicaba, pues, en pretender hacer iguales a quienes no lo eran, porque la igualdad no consiste en dar a todos el mismo trato, sino en dar a cada uno el trato que le corresponde. De este modo, el fallo del orden liberal fue quizás aspirar a la parificación jurídica de individuos desiguales, intentando hacer formalmente iguales a quienes en realidad no lo eran⁶⁷. De nada servía que los ciudadanos fuesen formalmente iguales ante el Derecho y en el Derecho, si en realidad no eran iguales en derechos, en posibilidades de participación, o a la hora de diseñar convencionalmente el contenido de las relaciones contractuales⁶⁸.

Esta ausencia de igualdad material provocó, a su vez, que la tan reiteradamente proclamada libertad, tampoco lograra efectiva realización práctica. Por el contrario, los intentos de consecución de la libertad habían llevado, lejos de su afirmación, a su negación⁶⁹. El orden liberal consideraba que la única fuente o foco de poder lo representaba la autoridad política estatal⁷⁰. Esta creencia llevó a configurar el principio fundamental de la libertad en su faceta meramente negativa, como derecho de resistencia frente al Estado y, en definitiva, como la emancipación de los vínculos represivos y la discrecionalidad política que había caracterizado al Estado durante el Antiguo Régimen⁷¹. Sin

64 HELLER, H. “El Derecho constitucional de la República de Weimar. Derechos y deberes fundamentales. Sección V: De la Economía”. *Escritos Políticos*. Trad. S. Gómez de Arteche. Ed. Alianza. Madrid 1985, p. 269.

65 Respecto a la generalidad de la ley en el Estado liberal, en tanto que parificación jurídica-formal de los ciudadanos, véanse, entre otros, FORSTHOFF, E. “Concepto y esencia del Estado Social de Derecho”, en AA.VV. *El Estado Social*. Trad. J. Puente Egido. Ed. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid 1986, p. 87. DíEZ PICAZO, L. “Constitución, Ley y Juez”. *REDC*, núm. 15, septiembre-diciembre 1985, pp. 9 y 10. GARRORENA MORALES, A. *El Estado español como Estado Social y Democrático de Derecho*. Ed. Tecnos. Madrid 1984, p. 50. COSSÍO DÍAZ, J. R. *Estado Social y Derechos de Prestación*. Ed. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid 1989, p. 28.

66 RAISER, L. *Il compito del Diritto Privato*, cit. p. 11. RESCIGNO, P. *Persona e comunità*. Saggi di Diritto Privato. T. I. Ed. Cedam. Padova 1991, pp. 351 y ss.

67 LUCARELLI, F. *Modelli privatistici e diritti soggettivi pubblici*. Contributti di E. Birganti, M. Ciancio e L. Russo. Ed. Cedam. Padova 1990, p. 9.

68 WIETHÖLTER, R. *Las fórmulas mágicas de la ciencia jurídica*. Trad. M. A. Extremoz. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid 1991, p. 87.

69 La libertad burguesa, ampliamente declarada por los Constituyentes, acabó siendo una mera ficción en manos de los gobernantes (RUIPEREZ, J. *Proceso constituyente ...*, cit. p. 270). Tal y como advierte DE VEGA (“La crisis de los derechos fundamentales en el Estado Social”, en AA.VV. *Derecho y economía en el Estado Social*. Corcuera Atienza y García Herrera (dirs). Ed. Tecnos. Madrid 1988, p. 125), “las libertades burguesas no se realizaban y perecían, víctimas de su propia incompetencia”.

70 GALGANO, F. *Il Diritto Privato fra Codice e Costituzione*, cit. p. 58 y 58/1.

71 Sobre la configuración de la libertad como derecho negativo de resistencia frente a la acción estatal, Vid. ASCARELLI, T. “Ordinamento giuridico e realtà sociale”, cit. p. 77. MENGER, A. *El Derecho Civil y los pobres*, cit. pp. 258 y 259. WIETHÖLTER, R. *Las fórmulas mágicas de la ciencia jurídica*, cit. p. 88. LUCARELLI, F. *Modelli privatistici e diritti soggettivi pubblici*, cit. pp. 10, 11, 262 y 263.

embargo, la práctica demostró la existencia de grupos formados por sujetos privados de los que emanaba un poder que estaba en condiciones de rivalizar con aquél que surgía del aparato político estatal⁷². Se producía así, a nivel fáctico, un traslación del poder del Estado hacia los grupos en la medida en que éstos podrían ejercer, de hecho, una autoridad igual o incluso superior a la proveniente de la organización estatal.

Al constituir la plena libertad y la igualdad material quiméricas utopías y retóricas declaraciones inalcanzables en la práctica, el pretendido reinado absoluto de la autonomía de la voluntad tampoco pudo ser efectivamente alcanzado por el orden liberal, habida cuenta de que tal reino encontraba todo su sustento en aquellas declaraciones que ahora se revelaban como meramente programáticas. La falta de igualdad real se dejaba sentir con especial ímpetu en ámbito de la contratación. Frecuentemente, la equiparación formal encubría grandes desigualdades sustanciales que se ponían de manifiesto en el momento de diseñar el concreto contenido de las relaciones contractuales. El hecho de que ambas partes se encontrasen en una posición de igualdad formal a la hora de contratar, no significaba que estuviesen en iguales condiciones para imponer sus intereses en la relación contractual. Por este motivo, la considerada parte débil en la contratación acababa sucumbiendo a los designios de la otra parte todopoderosa y fuerte, de modo tal que el contenido del contrato resultante no era en realidad el fruto de un acuerdo de voluntad adoptado en paridad de condiciones, sino que respondía unívocamente a los intereses de uno sólo de los contratantes en cuanto detentador de un poder fáctico que lo colocaba en una situación de privilegio. Así las cosas, la libertad contractual se transformaba en una pantalla útil bajo la cual se enmascaraba y justificaba el predominio del contratante más fuerte, la acción incontrolada de las empresas o la situación de privilegio de los grupos capitalistas⁷³. En efecto, al aumentar la desigualdad entre los individuos y al incrementar el poder que de hecho detentaban determinados grupos de privilegiados, la tan reiterada plenitud de la autonomía de la voluntad que dogmáticamente postulaba el orden liberal acabó por convertirse (en la práctica) en instrumento de esclavitud personal⁷⁴.

Ante este escenario, era preciso que el Estado interviniese dictando disposiciones normativas que limitasen el poder de actuación de los particulares para así poner freno a los excesos derivados de la autonomía privada⁷⁵ concebida desde los postulados de la ideología liberal-burguesa. Le correspondía, pues, a la Ley corregir las disfuncionalidades que la antigua legalidad provocaba en perjuicio de los legítimos intereses sociales y económicos de quienes asumían la posición de parte débil en la contratación. En este contexto, uno de los principales fines que había de perseguir el legislador lo constituía el intento de restablecer la vigencia práctica y material de la conocida frase de FOUILLÉ “*qui dit contractuel, dit juste*”⁷⁶. Desde esta perspectiva, se observa cómo se invierten los términos en los que planteaba la acción de la autonomía de la voluntad en el marco del individualismo jurídico: ahora y “en estas condiciones es la libertad la que esclaviza y es la Ley la que liberta”⁷⁷. Esta gráfica expresión no hace sino revelar el

72 GALGANO, F. *Il Diritto Privato fra Codice e Costituzione*, cit. p. 58.

73 LIPARI, N. “Utilización del contrato y disciplina de los negocios”, cit. p. 310.

74 DE CASTRO Y BRAVO, F. “Los llamados derechos de la personalidad”, cit. p. 875.

75 Tal y como ha afirmado DE CASTRO Y BRAVO, F. *El negocio jurídico*. Ed. Civitas. Madrid 1985, p. 17.

76 Más ampliamente sobre esta cuestión, OFFE, C. y PREUSS, U. “Instituciones democráticas y recursos morales”. *Sigoria. Revista de Filosofía, Moral y Política*, núm. 2. CSIC. Madrid 1990, p. 67.

77 Por alusión a MASNATTA y LACORDAIRE, Vid. STIGLITZ, G. “El Derecho contractual y la protección jurídica del consumidor en América latina”. *ADC*. julio-septiembre 1991, p. 1263.

carácter correctivo en sentido social que el Derecho positivo ha de asumir en el seno del actual Estado de Bienestar, especialmente, en relación con el margen de actuación que ha de reservar al principio de autonomía de la voluntad de los particulares.

3. Multiplicación cuantitativa de los límites al ejercicio de la autonomía de la voluntad. ¿Situación de crisis?

Como culminación de todo el proceso evolutivo que venimos describiendo, se observa que en el momento presente se han multiplicado cuantitativamente y de manera ostensible las restricciones que se imponen a la autonomía de la voluntad, concebida ésta tanto en un sentido amplio en cuanto que poder de autodeterminación, en lo tocante al ejercicio de los derechos subjetivos, como en una significación más restringida a modo de poder de autonormación en la conclusión de los diversos negocios jurídicos, especialmente los de naturaleza contractual⁷⁸.

Por lo que se refiere al incremento de las restricciones que se imponen al principio de la autonomía de la voluntad entendida ampliamente en cuanto poder de autodeterminación, se podrían citar, como ejemplo arquetípico, los ingentes límites y limitaciones que gravan el ejercicio del derecho de propiedad, en particular por razón de intereses de índole supraindividual. En el orden liberal, el derecho subjetivo de propiedad se identificaba con un poder de la voluntad o “señorío de la voluntad” tendencialmente ilimitado que el ordenamiento jurídico otorgaba a su titular para la satisfacción exclusiva de sus intereses individuales⁷⁹. La voluntad del *dominus* era soberana, porque constituía el único factor del que dependía el ejercicio de los poderes y facultades que integraban el contenido de su derecho. En situación de normalidad, el interés de terceras personas o el bien general no eran tenidos en consideración. El contenido del derecho de propiedad se identificaba, de esta forma, con un poder de libre disposición, totalmente sometido a la voluntad de su titular y exclusivamente constituido por facultades, ya que en su interior normalmente no tenían cabida obligaciones, deberes o, en general, cualquier tipo de limitación que restringiese ese “señorío de la voluntad” otorgado por el ordenamiento jurídico. La propiedad representaba así un ámbito de libertad en el que regía plenamente la autonomía de voluntad del titular. En cambio, en la actualidad, desde la perspectiva cuantitativa, los poderes dominicales se hallan cada vez más restringidos por razón de los límites que son inherentes a la existencia en sociedad. La vida en la ciudad reviste una mayor complejidad social que la vida que transcurre en el medio rural. La concentración de ingentes masas de población en los núcleos urbanos multiplica la creación de conflictos de intereses en el ejercicio del derecho de propie-

78 Para una más amplia visión del concepto de autonomía privada tanto en su configuración amplia como restringida, Vid. DE CASTRO Y BRAVO, F. *El negocio jurídico*, cit. pp. 11 a 13. SANCHO MENDIZÁBAL, L. “La autonomía privada”, en AA.VV. *Conferencias en homenaje al profesor Federico de Castro*. Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid 1997, p. 117.

79 En esta materia tomamos como punto de partida la definición de derecho subjetivo dada por WINDSCHEID, puesto que su construcción doctrinal es la que mejor capta la teoría jurídica decimonónica. Vid. WINDSCHEID, B. *Tratado de Derecho Civil alemán*. T. I. Vol. I. Trad. F. Hinestrosa. Ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá 1987, p. 135. Esta definición ha sido también recogida por la mayor parte de los autores que han estudiado las diferentes concepciones propuestas por la doctrina en torno a la naturaleza y caracteres del derecho subjetivo. Citar a todos ellos sería interminable. Por este motivo sólo se recogen aquí algunas referencias meramente orientativas: FROSINI, V. Voz “Diritto soggettivo”, en AA.VV. *Novissimo Digesto Italiano*. A. Azara y E. Eula (dirs). T. V. Ed. Utet. Torino 1968, p. 1049. NATOLI, U. *Diritto soggettivo*. Ed. Giuffrè. Milano 1943, pp. 1 y ss. DABIN, J. *El derecho subjetivo*. Trad. F. J. Osset. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid 1955, pp. 70 y ss. ORESTANO, R. “Teoria e storia dei diritti soggettivi”, en AA.VV. *Il Diritto Privato nella società moderna*. Saggi a cura di S. Rodotà. Ed. Il Mulino. Bologna 1971, pp. 98 y 99.

dad. Al hallarse cada titular más cercano en el espacio, resulta más fácil que su comportamiento repercuta en el dominio ajeno. De esta mayor proximidad espacial se deduce un aumento cuantitativo de los límites que son susceptibles de imponerse al ejercicio del derecho de la propiedad por razones de convivencia social. Además, la misma complejidad de la vida social plantea la necesidad de que la propiedad ya no sea limitada única y exclusivamente con la finalidad de evitar y resolver las posibles colisiones que puedan surgir entre los intereses privados de los distintos propietarios⁸⁰. La imposición de limitaciones de tal tipo deviene totalmente insuficiente en una sociedad que, como la nuestra, postula como principios fundamentales el pluralismo y la solidaridad social. Ahora, los límites a la propiedad privada no han de ocuparse sólo de resolver conflictos interindividuales, sino que han de atender a un conflicto de mucha mayor envergadura, tal y como es el que se suscita entre el interés particular del propietario y el interés social de la colectividad⁸¹. Es decir, junto a las ya tradicionales limitaciones por razón del interés privado, aparece una nueva clase de limitaciones dominicales, cuya finalidad principal es lograr la efectiva realización del interés social de la comunidad globalmente considerada en su conjunto. En el contexto de esta nueva tipología de limitaciones, destaca con especial protagonismo la función social que se asigna a la propiedad privada en la mayor parte de los textos legislativos y constitucionales del actual mundo occidental.

Por lo que respecta al aumento de las limitaciones que se imponen al libre ejercicio de la autonomía de la voluntad interpretada en su significación restringida como autonormación, podría citarse, a título de ejemplo muy representativo, la figura de los contratos de adhesión o con condiciones generales, en cuanto que fenómeno típico de las modernas estructuras económicas de un capitalismo maduro y consolidado. El surgimiento de grandes empresas que comenzaban a producir bienes y servicios en serie exigía, a su vez, que la contratación se llevase a cabo igualmente en serie, pues, de esta forma, se podría lograr la racionalización del tráfico negocial, así como su correcta ordenación general. Con esta finalidad, determinados tipos contractuales, que tan sólo hacía unas décadas eran discutidos y elaborados individualmente con ocasión de cada negocio, empiezan a confeccionarse mediante un clausulado general que, redactado unilateralmente por una de las partes contratantes, se ofrece a la otra parte bajo la fórmula de “lo toma o lo deja”⁸². De esta manera, se permite adecuar la forma de contratar a las nuevas exigencias de rapidez y celeridad del tráfico negocial, pues el recurso a un clausulado confeccionado de antemano elimina los tratos previos que serían necesarios en caso de tener que negociar y discutir individualmente cada contrato con cada contratante⁸³. Se consigue así también dotar de carácter homogéneo y uniforme al contenido de todos

80 CANTELMO, V. E. *Struttura e forme della proprietà: l'aspetto agricolo*. Ed. Giuffrè. Milano 1988, p. 7. COCO, G. S. *Crisi ed evoluzione nel diritto di proprietà*. Ed. Giuffrè. Milano 1965, p. 50.

81 Vid. COMPORTE, M. “Considerazioni sulla proprietà e sui diritti reali nella dottrina civilistica italiana dell'ultimo quarantennio”, en AA.VV. *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi. Tra dogmatica e riforme legislative*. Ed. Cedam. Padova 1991, pp. 470 y ss. Idem. “Ideologia e norma nel diritto di proprietà”, cit. p. 323. MONTÉS PENADÉS, V. *La propiedad privada en el sistema del Derecho Civil contemporáneo*. Ed. Civitas. Madrid 1980, pp. 92 y 93.

82 Nos referimos a la fórmula “take or leave it” propia del Derecho anglosajón y a la que aluden en nuestra doctrina, entre otros: GARCÍA AMIGO, M. *Condiciones generales de los contratos (civiles y mercantiles)*. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid 1969, p. 170. ALFARO AGUILA-REAL, J. *Las condiciones generales de la contratación. Estudios de las disposiciones generales*. Ed. Civitas. Madrid 1991, p. 69.

83 DE CASTRO Y BRAVO, F. “Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes”, cit. p. 925. GARCÍA AMIGO, M. *Condiciones generales de los contratos*, cit. p. 24. O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. “Conceptos básicos de las condiciones generales de los contratos”. *Actualidad Civil*, núm. 1, 4-10 enero 1992, p. 4.

aquellos contratos que un determinado sujeto pretenda concertar sobre un mismo tipo de prestación. No obstante, la utilización contractual del mecanismo jurídico de las condiciones generales conlleva una intensa limitación del principio de la autonomía de la voluntad que, en este ámbito, se proyecta a modo de debilitamiento del consensualismo y reducción de la libertad de contratar. Al ser confeccionadas unilateralmente por una de las partes en un momento anterior al de su posible utilización en el contrato, se observa que el contenido de la relación contractual viene predispuesto. Al no estar sometidas a una discusión precontractual, presentándose al cliente o consumidor bajo la fórmula “lo toma o lo deja”, se aprecia que el contenido del contrato viene impuesto por una de las partes contratantes a la otra. Por estos motivos, el protagonismo que se otorga a la voluntad del consumidor o cliente en la formación del contrato es bastante reducido, ya que se le reserva una posición más bien pasiva; lo único que le corresponde es aceptar o no, adherirse o no a un conjunto de cláusulas que han sido fijadas de antemano, las cuales ni discute ni gestiona en un momento previo a la contratación o precontractual. Por consiguiente, en este contexto, la voluntad del consumidor o cliente es más adhesiva que decisiva, plena y deliberante⁸⁴.

Ante este panorama caracterizado por el aumento cuantitativo de las limitaciones y restricciones que en la actualidad se imponen a su libre ejercicio, se ha dado rápidamente la voz de alarma diciendo que el principio de autonomía de la voluntad se halla en crisis. Como gráficamente señalaba DE CASTRO, se ha llegado a formar hasta un cierto estado de psicosis, pues “se imagina que las personas van siendo reducidas a la condición de piezas fungibles de una máquina monstruosa, y que las defensas jurídicas de la persona, el Derecho Privado, son barridas con el avanzar inexorable del Derecho Público”⁸⁵. Pero, como también advertía el propio DE CASTRO, es posible que nos encontremos ante exageraciones respecto las cuales conviene estar prevenidos⁸⁶. Tomando esta advertencia como punto de partida, entendemos que la afirmación de la crisis de la autonomía de la voluntad debe ser valorada en sus justos términos y con suma cautela. Incluso nos atreveríamos a afirmar que existen factores indicativos los cuales parecen contribuir a demostrar que no sólo no existe crisis, sino que, desde un tiempo a esta parte, nos vamos encaminando hacia un proceso de revitalización de la autonomía de la voluntad que se materializa a modo de incremento en la extensión que se reserva a este principio en el marco de las relaciones jurídico-privadas. A continuación vamos a exponer algunos argumentos que quizás podrían servir de aval a la tesis que ahora tratamos de sostener.

4. Criterios para la reafirmación del protagonismo de la autonomía de la voluntad como contraposición a su sedicente crisis.

4.A). La autonomía voluntad como concepto relativo. Replanteamiento de los términos en los que debe efectuarse la comparación relacional.

La configuración actual de la autonomía privada se encuentra íntimamente ligada a la declaración constitucional de que España es un Estado Social y Democrático de Derecho (art. 1) que propugna, y no solamente declara, como valores superiores de su

⁸⁴ Casi con profética anterioridad, POLO, A. “Comentario a la STS de 27 de febrero de 1942”. *RDP*, núm. 308, noviembre 1942, p. 712, quien, en tan temprana fecha, ya sostenía lo siguiente refiriéndose a los contratos de adhesión: “Están en juego una voluntad propiamente constitutiva del negocio jurídico [...] y otra simplemente adhesiva, la del cliente que se somete. Este no discute ni colabora en la formación del contrato: se pliega, de grado o por fuerza a la normación dictada unilateralmente por la potencia económica de la empresa”.

⁸⁵ DE CASTRO Y BRAVO, F. *El negocio jurídico*, cit. p. 17.

⁸⁶ *Ibidem supra*.

ordenamiento jurídico (entre otros) la libertad y la igualdad⁸⁷, con la firme intención de instaurar así un orden económico-social justo⁸⁸. La hipotética duda que, en el contexto del art. 1.1 CE, se pudiese plantear acerca de la posición del constituyente en orden a la efectividad atribuible a los principios de igualdad y libertad, aparece totalmente disipada a favor de un concepto material de estos derechos cuando el art. 9.2 CE afirma que “corresponde a los poderes públicos promover las condiciones necesarias para que la libertad y la igualdad de los individuos y los grupos en que se integran sean reales y efectivas...”⁸⁹. De esta forma, el mandato constitucional dirigido a los poderes públicos para que, mediante su comportamiento activo, logren una auténtica efectividad de la libertad e igualdad de los individuos y los grupos en los que se integran, opera como freno respecto a la posibilidad de que la autonomía privada vuelva a ser, como lo era en la etapa liberal, origen de una ausencia total de libertad y de la más profunda desigualdad⁹⁰. En este sentido, la constitucionalización de la igualdad material compele a los poderes públicos para

87 La utilización por nuestro último constituyente del verbo “propugnar” prueba que su *desideratum* es lograr la efectiva y material realización de la igualdad y libertad, cosa que difícilmente sería factible si se hubiera preferido usar el verbo “declarar”, ya que éste podría llegar a justificar interpretaciones que pretendiesen reducir estos derechos a meras declaraciones programáticas carentes de efectividad práctica. Quizás, sea esta la razón por la que se omite el verbo “declarar” optándose por la expresión “propugnar”, mucho más coherente con el espíritu social que la misma Constitución proclama.

88 Esta finalidad primordial de fundar un orden económico-social justo es patente ya en el Preámbulo de la CE de 1978, cuando allí se afirma que “la Nación española, deseando establecer la justicia, la libertad y la seguridad, y promover el bien de cuantos la integran, en uso de su soberanía, proclama su voluntad de: [...] garantizar la convivencia democrática, dentro de la Constitución y las leyes conforme a un orden económico y social justo...”.

89 Como ya resulta deducible de su tenor literal, el art. 9.2 CE persigue la superación de la rígida igualdad formal propia del orden liberal, para promover un principio de igualdad que sea más acorde y coherente con la definición del art. 1 CE que constituye a España en un Estado Social y Democrático de Derecho. Así, en STC 3/83, de 25 de enero (Fto. Jco. 3º) el Tribunal Constitucional, al referirse al art. 9.2 CE, ha manifestado que “con esta disposición se está superando el más limitado ámbito de actuación de una igualdad meramente formal y propugnando un significado del principio de igualdad acorde con la definición del art. 1 que constituye a España como un Estado social de Derecho, por lo que en definitiva se ajusta a la CE la finalidad tuitiva o compensadora del Derecho laboral en garantía de la protección de la igualdad real ...”. Ahora la Constitución ya no se conforma, como ocurría en el orden liberal, con hacer individuos formalmente libres e iguales ante el Derecho formal (HELLER, H. “El Derecho constitucional de la República de Weimar. Derechos y deberes fundamentales”, cit. pp 269 y ss), ya que lo que verdaderamente le preocupa es dotar de auténtica efectividad a estos derechos, porque no es admisible que queden a nivel de meras declaraciones programáticas vacías de contenido. Si esto es así, el art. 9.2 CE no puede ser concebido como una directriz únicamente orientadora de la acción pública. Por el contrario, no cabe duda de que el citado precepto, además de ser un auténtico derecho de todos los ciudadanos a obtener un trato igual, constituye una verdadera obligación que compele a los poderes públicos para que adopten cuantas medidas sean necesarias en orden a garantizar la efectiva realización material del derecho a se tratados igualmente (STC 60/84, 16 mayo, Fto. 2º), habida cuenta de que la Constitución española de 1978 vincula de manera directa e inmediata a todos los poderes públicos sin excepción, de acuerdo con el párrafo 1º del art. 9 CE que dispone “los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución...”. Por lo tanto, la igualdad deja de ser un derecho negativo, que quedaría garantizado con la mera inacción estatal, para convertirse en un auténtico derecho positivo, en cuya efectiva realización los poderes públicos desarrollan un papel imprescindible (RUIPÉREZ ALAMILLO, J. *Proceso constituyente, soberanía y autodeterminación*, cit. pp. 273 y 274. GARCÍA MORILLO, J. AA.VV. *Derecho constitucional*. Vol. I. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 1991, p. 143. También en la misma obra colectiva, PÉREZ TREMPES, P., p. 117. MONTÉS PENADÉS, V. *Derecho Civil. Parte general*. A. López y V. Montés (coords). Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 1992, p. 51). La tutela de la personalidad, mediante la promoción de la igualdad sustancial, supera el ámbito meramente defensivo, solicitando la intervención del poder público para su integral realización (RODOTÁ, S. “Ipotesi sul Diritto Privato”, cit. p. 15). Libertad e igualdad adquieren así una auténtica dimensión material, porque la verdadera realidad de estos derechos se logra a través de mecanismos constitucionales que promueven su efectividad.

90 Teniendo en cuenta que, como señala DE JUAN ASENJO (*La Constitución económica española*. Ed. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid 1984, p. 75), el art. 9.2 CE fue una de las cláusulas importadas

que a la hora de desempeñar sus cometidos no ignoren situaciones de hecho diferenciadas que puedan tener relevancia jurídica⁹¹.

Esta nueva dimensión material del principio de igualdad, permite apelar al art. 9.2 CE para introducir legislativamente un trato diferenciado que tenga como fin la protección de intereses desasistidos o de sectores tradicionalmente discriminados y dotados de menores medios efectivos para la defensa de sus derechos⁹². La distinción jurídica que se lleva a cabo de este modo no puede ser considerada como una medida discriminatoria, pues aparece justificada objetivamente en razones de equidad, de justicia material y de satisfacción de una demanda social que se conecta con objetivos de justicia que la propia Constitución ha elevado a valores superiores del ordenamiento⁹³. De esta manera, encuentran justificación en el art. 9.2 CE todas aquellas normas que, habiendo sido dadas en cumplimiento de la obligación constitucional de los poderes públicos de promover la igualdad real y efectiva, pretendan restringir el margen de actuación de la autonomía privada mediante la adopción de medidas compensatorias de las desigualdades de hecho a favor de aquellos sujetos que, por las razones a las que haya lugar, se encuentran en una más frágil posición en las relaciones jurídicas, contractuales y económicas. Tal es el caso de los trabajadores, consumidores, arrendatarios, menores, incapacitados, etc⁹⁴.

Junto a estas consideraciones, debemos que añadir que (a diferencia de lo que acontecía en el orden liberal donde se concebía al individuo como un ser autosuficiente ajeno al contexto social⁹⁵) los particulares no actúan aisladamente, sino como partes integrantes de un complejo entramado social. La autonomía de la voluntad es un poder que se ejerce en sociedad. Y por ese motivo, no basta con limitar su ejercicio para evitar el conflicto con las manifestaciones de libertad provenientes de otros individuos, sino que también es preciso restringir su campo de actuación por razón de la tutela del interés social de la comunidad globalmente considerada, pues se trata de un valor superior consagrado a nivel constitucional, especialmente en lo que se refiere al ejercicio de los derechos subjetivos en cuanto manifestación de la concepción amplia de la autonomía de la voluntad como poder de autodeterminación. El poder que el derecho subjetivo confiere a su titular no puede ser entendido como un poder absoluto, como un campo

desde la Constitución italiana de 1947 (art. 3.2), resulta factible traer a colación ahora las afirmaciones que efectúa GALGANO cuando, refiriéndose al art. 3.2 de la Constitución italiana, sostiene que “el cambio radical en la concepción del poder es activado por el párrafo 2º del art. 3 donde se encuentra la denuncia de los obstáculos de orden económico y social, que limitando de hecho la libertad e igualdad entre los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política, social y económica de todo el país”. Vid. GALGANO, F. *Il Diritto Privato fra Codice e Costituzione*, cit. pp. 58/1 y 58/2.

91 Vid. SSTS. 9 abril 1986 (Fto. 4º, RJA 1738), 26 enero 1987 (Fto. 2º, RJA 269) y 12 septiembre 1988 (Fto. 5º, RJA 6613), todas ellas de la Sala de lo Contencioso-Administrativo.

92 Vid. GARRORENA MORALES, A. *El Estado español como Estado Social y Democrático de Derecho*, cit. p. 70.

93 STC. 76/86 de 9 de junio (Fto. Jco. 3º).

94 Forman parte en la Constitución española de esta normativa tuitiva que limita el libre ejercicio de la autonomía de la voluntad de los particulares, el deber de los poderes públicos de asegurar la protección integral de los hijos (art. 39.1 CE), de promover las condiciones necesarias y establecer las normas pertinentes para hacer efectivo el derecho de todos los españoles a disfrutar de un vivienda digna y adecuada (art. 47 CE), el deber de realizar un política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos (art. 48 CE), de garantizar la defensa de los consumidores y usuarios (art. 51.1 CE) o, finalmente, el deber de establecer cuantas medidas sean necesarias para facilitar el acceso de los trabajadores a los medios de producción (art. 129.2 CE).

95 Vid. LUCARELLI, F. *Modelli privatistici e diritti soggettivi pubblici*, cit. pp. 10 y 11.

acotado al egoísmo, sino como un poder que se confiere a la persona como miembro activo de la comunidad y que se entiende limitado por la propia finalidad del Derecho o por los principios generales⁹⁶. Y precisamente, en el actual Estado de Bienestar diseñado por nuestra Constitución, la realización del interés social constituye un fin del Derecho y un principio general con capacidad para inspirar todo el ordenamiento jurídico, de cuya acción no puede sustraerse el ejercicio de la autonomía de la voluntad⁹⁷.

Al mismo tiempo, hay que tener siempre presente que la autonomía de la voluntad es un poder jurídico y, como tal, no puede carecer de límites, ya que es consustancial a su propia esencia que el ordenamiento señale y fije los presupuestos, requisitos, condiciones y efectos de su ejercicio⁹⁸.

De todo lo expuesto hasta este punto, se deduce que, además de haberse multiplicado cuantitativamente, los límites a la autonomía de la voluntad han experimentado también una no menos importante modificación cualitativa. En el orden liberal, las restricciones al poder de actuación de los particulares se consideraban como aisladas excepciones porque constituían una quiebra con los principios generales de libertad e igualdad absolutas. Del mismo modo, esas escasas y excepcionales limitaciones intervenían comprimiendo desde el exterior el contenido pleno de la autonomía de la voluntad como si de una camisa de fuerza se tratase; es decir, nos hallábamos ante límites que únicamente actuaban en la faz externa sin afectar en lo más mínimo a la naturaleza esencial de la autonomía de la voluntad. En cambio, con el advenimiento del Estado Social de Bienestar, las limitaciones al libre ejercicio de la autonomía de la voluntad se configuran como normales restricciones en cuanto que concreción de unos nuevos principios generales consagrados ahora al máximo nivel normativo constitucional. A ello hay que añadir también que, este nuevo tipo de limitaciones se caracteriza principalmente porque operan desde el mismo interior de la autonomía de la voluntad modalizando, y no sólo comprimiendo o restringiendo exteriormente, su contenido⁹⁹. Ya no se trata de que originariamente se atribuya a los particulares unas ilimitadas facultades de actuación ejercitables en plena libertad y que, *a posteriori*, se restrinja esa inicial libertad cuando así lo exija, por ejemplo, la efectiva realización de la igualdad material o el interés social de la colectividad. Lo que realmente sucede es que, ya desde un primer momento, no se reconoce a los particulares esos amplios y tendencialmente ilimitados poderes. La anteriormente incondicionada atribución de poder que representaba la autonomía privada en el orden liberal, viene ahora a condicionarse a toda una serie de principios (igualdad material, justicia, equidad, interés social) que constituyen *ab initio* una parte

96 Vid. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. "El derecho de la persona", cit. p. 82.

97 El profundo sentido social que asume nuestra Norma Fundamental se aprecia, en primer lugar, en su propio Título Preliminar (arts. 1.1 y 9.2) para luego desarrollarse y especificarse a lo largo de su articulado mediante toda una serie de principios que tienen como fin la consecución del interés social de la comunidad. A la cabeza de todos ellos se encuentra la función social que el art. 33.2 CE asigna a la propiedad privada en su ejercicio. También son dignos de mención, la subordinación de la riqueza al interés general (art. 128.1 CE), el reconocimiento de la iniciativa pública en la actividad económica (art. 128.2), el deber de los poderes públicos de defender la productividad (art. 38 CE), de promover las condiciones favorables para el progreso económico y social (art. 40.1 CE), de atender a la modernización y desarrollo de todos los sectores económicos (art. 130.1 CE), de estimular el crecimiento de la renta y la riqueza, así como su más justa distribución (art. 131.1 CE), etc.

98 Vid. DE CASTRO Y BRAVO, F. *El negocio jurídico*, cit. p. 17. Igualmente, SANCHO MENDIZÁBAL, L. "La autonomía privada", cit. p. 119.

99 En palabras de SANCHO MENDIZÁBAL ("La autonomía privada", cit. p. 120), "esas limitaciones no son sólo las vallas exteriores que señalan los límites hasta donde llega, en principio, el poder, sino también limitaciones intrínsecas que pueden condicionar su ejercicio y efectividad, en obsequio a valores a los que sirve el Derecho".

integrante de su contenido. Se observa así que la autonomía de la voluntad tiene límites intrínsecos e immanentes a su propia naturaleza¹⁰⁰.

En conclusión, en el momento presente, la autonomía de la voluntad ha mudado su aspecto y fisonomía esencial, pues ahora ésta ya no se identifica con un conjunto de posibilidades de actuación tendencialmente ilimitadas y excepcionalmente restringibles, sino como un poder de autodeterminación y autonomización normalmente limitable y configurado en su contenido desde su interior¹⁰¹.

En congruencia con ello, debemos advertir que sólo si tiene presente esta nueva concepción de la autonomía privada, se podrá abordar correctamente el problema de su sedicente crisis. Como es sobradamente conocido, y al igual que otros muchos conceptos jurídicos, la posición que el principio de la autonomía de la voluntad ocupa en el ordenamiento jurídico se suele analizar desde una perspectiva relacional mediante el frecuente recurso a juicios de tipo comparativo. El problema de esta forma de proceder radica en la selección del punto de referencia que se toma para realizar la comparación por relación.

Tomando como base esta advertencia, consideramos que la sedicente crisis de la autonomía de la voluntad sólo podría defenderse hipotéticamente si en el momento presente perdurase la visión conceptual que de este principio existía en el siglo XIX. En efecto, si la vigente concepción de la autonomía continuase identificándose con la noción liberal burguesa de la misma, no cabría duda alguna del ocaso o declive de la autonomía de la voluntad en general, porque, al efectuar la comparación se apreciaría claramente que aquel poder inicialmente ilimitado y omnímodo se habría reducido a la mínima expresión al estar circundado, totalmente asediado, agobiado y ahogado por una cantidad ingente de limitaciones. No obstante, el juicio comparativo no puede plantearse simplemente en términos de existencia-inexistencia o escasez-abundancia de restricciones a la libertad de actuación de los particulares, sino que necesariamente se debe

100 Ya lo advertía con sumo magisterio DE CASTRO en su trabajo “Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad”, al cual ya hemos aludido reiteradamente con anterioridad. Aunque todo el estudio resulta sumamente interesante al respecto, véanse ahora pp. 1253 y 1321.

101 Resulta indudable que esta nueva concepción obliga a llevar a cabo una reinterpretación de aquellas reservas que tradicionalmente han actuado en los Códigos Civiles como límites al ejercicio de la autonomía de la voluntad. Recordemos que el art. 1255 de nuestro Código Civil dispone que: “Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público”. Como ya habíamos visto con anterioridad, la ideología liberal burguesa defendía una interpretación restrictiva de la moral y del orden público como posibles límites a la autonomía privada y trataba de imponer el principio de excluir cualquier limitación al libre ejercicio de la autonomía de la voluntad, fuera del expreso mandato de la Ley. A diferencia de ello, en la actualidad las Leyes y disposiciones normativas que contengan límites al libre ejercicio de la autonomía de los particulares ya no podrán ser incluidas en el ámbito del Derecho excepcional, sino que, al ser concreción de unos nuevos principios generales consagrados al más alto nivel normativo-constitucional, se muestran como perfectamente integrables en la categoría del Derecho normal. Todas aquellas Leyes que limiten, restrinjan o condicionen el ejercicio de la autonomía privada ya no pueden ser consideradas como una excepción a la normal absolutividad de la libertad, sino como una manifestación de su normal limitabilidad. La consecuencia operativa es que la aplicación de normas de tal género podría ser extendida análogicamente a otros supuestos similares a los contemplados legalmente, al haber decaído el principal obstáculo que impedía su *vis expansiva*. Junto a este trascendente cambio, también se debe subrayar que, en el momento presente, ya no resulta admisible una interpretación restrictiva de la cláusula del orden público en cuanto que limite al ejercicio de la autonomía de la voluntad. Por el contrario, aquélla se ha visto considerablemente ampliada en su contenido y extensión. Así, se ha hablado de una nueva concepción del orden público, el cual estaría integrado por todas aquellas disposiciones que van enderezadas a otorgar protección al contratante que no se encuentra en situación de igualdad material, para defender sus intereses. Es el denominado “orden público de protección”, cuyo objetivo es intentar solventar las inevitables diferencias que surgen entre la parte débil y fuerte en la contratación. Por alusión a RIPERT, Vid. DE CASTRO Y BRAVO, F. “Notas a las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad”, cit. p. 1309.

tener presente que, al aparecer ahora las limitaciones como intrínsecas restricciones a un poder normalmente limitable desde su interior, lejos de haberse producido un mero cambio cuantitativo, ha tenido lugar una profundísima modificación cualitativa en la esencia de la autonomía privada, la cual delata el advenimiento de una nueva concepción radicalmente distinta de la misma¹⁰².

Consiguientemente, dado que el concepto decimonónico de la autonomía de la voluntad ha perdido toda vigencia y ha sido sustituido por una nueva concepción radicalmente diversa en su esencia, si se compara la situación actual de la autonomía de la voluntad con la vigente en el siglo XIX, resulta obvio que se podrá hablar de crisis, pero no de la autonomía de la voluntad en general, sino del concreto concepto que de ésta existía en el orden liberal burgués. Enfocando, pues, el planteamiento relacional desde esta óptica, se observa que lo único que ha entrado en crisis no es la autonomía de la voluntad en cuanto tal, sino la concepción absoluta de la misma en particular, como poder pleno, sin trabas ni obstáculos y sólo ocasionalmente limitable que, a ultranza, defendía el liberalismo decimonónico. Incluso, como quiera que la tradicional concepción liberal de la autonomía privada ha sido sustituida por otra moderna visión conceptual radicalmente distinta, en puridad ya ni siquiera podría sostenerse que en hoy en día aquélla se encuentra en crisis, sino que ha desaparecido totalmente y perdido toda su vigencia. El proceso de declive ha culminado ya con la extinción de la concepción liberal burguesa, la cual ha sido sustituida por otra completamente diferente en su sustancia y fisonomía esencial.

En definitiva, la pretendida crisis de la autonomía de la voluntad sólo puede explicarse como consecuencia de un planteamiento erróneo y equivocado en el modo de efectuar el juicio comparativo derivado del carácter relacional de este concepto jurídico. Si la tan mencionada crisis sólo podría sostenerse tomando como presupuesto la permanencia de la concepción liberal burguesa, y si resulta claro que esta concepción ha dejado de estar vigente al ser sustituida por otra totalmente distinta en su esencia, se concluye que dicha crisis no podrá predicarse de la autonomía de la voluntad en general, sino de la particular visión que de ésta asumía el orden liberal burgués.

4.B). *La aporía de la autonomía de la voluntad.*

Muchos de los límites que hoy se proyectan sobre la acción de la autonomía privada aparecen compensados por medidas normativas que tratan de proteger la propia autonomía de los sujetos sometidos a tales limitaciones.

102 La sedicente crisis de la autonomía de la voluntad no puede sustentarse comparando su configuración actual y la pretérita en términos de inexistencia-existencia de límites, pues, como es sobradamente conocido, ya en el orden liberal burgués existían restricciones al poder de actuación de los particulares, tal y como lo constataba el hecho de que las reservas contenidas en el art. 1255 de nuestro Código Civil (ley, moral y orden público) estaban ya presentes en el *Code napoleónico* de 1804 (En concreto, por alusión al orden público como límite al libre ejercicio de la autonomía de la voluntad, Vid. DE CASTRO Y BRAVO, F. "Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad", cit. pp. 1279 y ss. PENA LÓPEZ, J. M^a, "Prólogo" a la obra de Álvarez Lata, *Cláusulas restrictivas de la responsabilidad civil*. Ed. Comares. Granada 1998, pp. XXIII y ss). Ahora bien, esta afirmación tampoco nos puede llevar a pensar que esa misma decadencia podría defenderse realizando la comparación en términos de escasez-abundancia de límites a la autonomía de la voluntad. Aunque es cierto que las restricciones a la libertad de los particulares se han multiplicado cuantitativamente de modo ostensible, no es menos cierto que también han experimentado una modificación de carácter cualitativo, quizás incluso de mayor trascendencia que la opera en el orden cuantitativo. Los límites al ejercicio de la autonomía de la voluntad han dejado de ser excepcionales y externas restricciones al normalmente ilimitado poder de actuación de los particulares para convertirse en normales limitaciones que son proyección de principios generales y que actúan desde su propio interior templando su contenido como algo intrínseco e inmanente a su propia esencia. Por lo tanto, la crisis de la autonomía de la voluntad sólo podría sostenerse contraponiendo límites escasos, excepcionales y externos con limitaciones abundantes, normales e intrínsecas.

Por ejemplo, la utilización contractual del mecanismo de las condiciones generales, impuesto por las modernas exigencias de un tráfico masificado, conlleva una intensa limitación del principio de la autonomía de la voluntad que, en este ámbito, se proyecta a modo de debilitamiento del consensualismo en detrimento de la libertad contractual del consumidor o usuario¹⁰³. La práctica ha demostrado, en ocasiones, que el empresario predisponente se puede ver tentado a explotar abusivamente la restricción de la libertad de contratar que supone la inclusión de condiciones generales en los contratos por aquél celebrados, con el fin de hacer prevalecer su posición privilegiada en el mercado a la hora de precisar el contenido de la relación contractual. Es decir, el riesgo radica en que el predisponente pueda servirse de las condiciones generales para traducir su superioridad negocial en superioridad contractual¹⁰⁴. Superioridad contractual que, a su vez, podría ser aprovechada para incluir en el contrato cláusulas que supongan una restricción de la libertad contractual que exceda con creces los límites de las normalmente admitidas y consentidas.

Sin embargo, aunque sea cierto que las exigencias de rapidez y celeridad del moderno tráfico negocial requieren una cierta limitación de la libertad contractual, también resulta igualmente cierto que dichas exigencias no pueden ser utilizadas como pretexto para incluir en los contratos limitaciones tales que supongan una total anulación de la autonomía privada del contratante débil. Estas restricciones han de ser sólo las justas y necesarias para adecuar la forma de celebrar el contrato a las exigencias propias del moderno y masificado tráfico negocial. Por esta razón, siempre que exista justificación objetiva y razonable, las condiciones generales pueden derogar el Derecho dispositivo existente en el correspondiente sector de la contratación de que se trate, pero en ningún caso pueden utilizarse las exigencias del tráfico negocial para contravenir las normas de Derecho imperativo aplicables a los contratos, entre las que se halla, sin lugar a dudas, el art. 1255 Cc.¹⁰⁵.

Además, el riesgo que conlleva para los consumidores y usuarios la restricción de la autonomía privada inherente al uso de condiciones generales, no se encuentra sólo representado por una excesiva limitación de su libertad contractual, sino también por una posible utilización abusiva de la libertad y autonomía que corresponde en la contratación al empresario predisponente. Ante esta situación de claro riesgo, resulta no sólo lógico sino también necesario que uno de los principios inspiradores de las normas tuitivas de los consumidores y usuarios lo constituya el evitar un uso abusivo de la autonomía privada por parte del empresario predisponente. Y es así como la defensa de la autonomía de la parte débil en la contratación se erige en motivo que justifica, a su vez, la restricción de la autonomía que corresponde a la otra parte contratante más fuerte y poderosa.

En definitiva, se trata de las dos caras de una misma moneda: por un lado, nos encontramos con limitaciones al libre ejercicio de la autonomía de la voluntad de los

103 Véase lo ya afirmado con anterioridad en relación con el texto que acompaña a la nota 84 del presente trabajo.

104 En torno a la distinción entre los conceptos de “justicia negocial” y “justicia contractual”, Vid. MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. “Trascendencia del principio de protección a los consumidores en el Derecho de obligaciones”. *ADC.*, enero-marzo 1994, pp. 58 y ss.

105 Tal y como reconoce GARCÍA AMIGO (*Condiciones generales de los contratos*, cit. p. 19), esa tendencialmente ilimitada libertad de los empresarios predisponentes a la hora de redactar sus condiciones generales se ve restringida necesariamente por “los límites de la teoría general de las obligaciones y contratos, concretamente los arts. 1255 y 1101 y concordantes”. Por su parte, entiende O’CALLAGHAN (“Conceptos básicos y requisitos de las condiciones generales de los contratos”, cit. p. 10) que “las condiciones generales pueden derogar las normas dispositivas, pero no las de derecho necesario y, en todo caso, están bajo el principio de la autonomía de la voluntad”.

consumidores y usuarios, las cuales son impuestas como naturales exigencias derivadas del moderno tráfico masificado, pero, por otro lado, éstas limitaciones se compensan por normas que restringen la autonomía de voluntad de los empresarios predisponentes en beneficio de la propia autonomía de quienes son considerados como parte débil en la contratación.

Ahora bien, este último fenómeno no es nuevo, sino que se ha repetido, a modo de movimiento pendular, a lo largo de la relativamente reciente historia del concepto de autonomía de la voluntad. En efecto, cuando los hombres de la Ilustración luchaban contra los mayorazgos, vinculaciones y gremios, en realidad no hacían otra cosa que enfrentarse a los resultados que habían sido producto de las antiguas libertades feudales¹⁰⁶. De la misma manera, cuando las reivindicaciones sociales que comenzaban a producirse ya desde los movimientos proletarios de 1848 trataban de combatir las profundas desigualdades materiales, los privilegios y las situaciones de esclavitud laboral derivadas de la revolución industrial, no hacían sino batallar contra las consecuencias que había provocado la plena libertad absoluta proclamada a ultranza por el orden liberal-burgués. Por consiguiente, la historia demuestra como se ha venido reiterando y reafirmando aquella “aporía de la autonomía de la voluntad” a la que se refería DE CASTRO: “se limita la libertad para proteger la propia libertad”¹⁰⁷.

De esta perspectiva se observa, pues, que el mero hecho de que se hayan multiplicado y normalizado las restricciones que jurídicamente se imponen al libre poder de actuación de los particulares no puede ser interpretado necesariamente como un síntoma de crisis de la vigencia del principio de la autonomía de la voluntad, porque de nuevo se constata que con frecuencia se invierten los términos de la cuestión “es la libertad la que esclaviza y la ley la que liberta”¹⁰⁸.

4.C). *La intervención estatal y la defensa de la autonomía.*

Como consecuencia de esa “aporía” en la que resulta necesario limitar legalmente la libertad en aras de proteger la propia libertad, se deduce que es la misma defensa de la autonomía privada la que exige que la intervención del Estado sea cada día más amplia en este ámbito.

Esta idea cobra todo su sentido si recuerda que, en el momento presente, la persona humana ya no debe ser contemplada parcialmente en su unívoca dimensión público-patrimonial, sino en su integral dimensión como portadora de unos derechos sobre los bienes de la personalidad, los cuales podrían verse amenazados ya no sólo por la actuación estatal, sino también por los ataques que potencialmente provengan de otras personas, bien aisladamente, o bien reunidas en grupos que “*de facto*” pueden llegar a ejercer un poder incluso mayor que el proveniente del mismo Estado. Por lo tanto, resulta evidente que esta necesidad de proteger a la persona frente a otras personas y los grupos de poder en los que éstas se integran, tiene que conducir a una nueva concepción de la autonomía privada muy lejana a la existente en el liberalismo¹⁰⁹, y en la que destaca la trascendente modificación que se opera en el papel que corresponde asumir al aparato estatal en este contexto. El Estado ya no puede ser

106 Tal y como acertadamente ha puesto de relieve DE CASTRO Y BRAVO, F. *El negocio jurídico*, cit. p. 14. En esta misma línea argumentativa, Vid. SANCHO MENDIZÁBAL, L. “La autonomía privada”, cit. p. 118.

107 DE CASTRO Y BRAVO, F. *El negocio jurídico*, cit. p. 17.

108 Véase la nota 77 del presente trabajo.

109 Así lo considera Díez-Picazo, L. “El significado de Federico de Castro en el Derecho Civil contemporáneo”, cit. p. 18.

visto como la única fuente de la que podrían emanar las agresiones al ámbito privativo de libertad de la persona, pues, al poder provenir también los ataques de otras personas, su función se redimensiona en su esencia para albergar igualmente la efectiva tutela de la autonomía privada de los particulares frente a los propios particulares. El desarrollo de esta función tuitiva nos lleva a considerar que el Estado ya no es un “molesto compañero” cuya actuación hay que evitar, sino un “amigo desinteresado” cuya actividad se convierte en imprescindible para lograr la efectiva y material realización del ámbito de poder que el ordenamiento otorga a los particulares en el marco de las relaciones jurídico-privadas¹¹⁰.

Por consiguiente, desde esta nueva perspectiva, se deduce que la mayor presencia del Estado en todos los aspectos de la vida privada no tiene por qué ser interpretada necesariamente como sinónimo de crisis de la autonomía de la voluntad sino que, en múltiples ocasiones, puede ser calificada como claro síntoma de su conservación y revitalización, ya que, a menudo, la intervención pública tiene como finalidad fundamental proteger y defender ese ámbito libre actuación que el ordenamiento jurídico reconoce a los particulares, ya sea como poder de autonormación o autodeterminación de sus propios intereses.

Últimamente en nuestro país podemos encontrar cuantiosas muestras normativas que confirman esta tendencia hacia el carácter tuitivo que, en múltiples ocasiones, revisite la intervención estatal respecto al libre juego de la autonomía de la voluntad. Entre otras vamos a destacar, precisamente a título de ejemplo y sin pretensiones de exhaustividad, las siguientes:

- a). El modelo arquetípico podría constituirlo la vigente legislación especial en materia de arrendamientos urbanos. Cuando se trata del arrendamiento de vivienda, la Ley arrendaticia 29/1994, de 24 de noviembre, suprime definitivamente el mecanismo de la prórroga forzosa y deja al libre pacto de las partes la fijación de la duración del contrato¹¹¹. En este mismo sentido, cuando se trata de arrendamientos para uso distinto del de vivienda, la Ley confía su régimen jurídico primario a lo que dispongan voluntariamente las partes y sólo en defecto de pacto, será aplicable lo dispuesto en el Título III de la misma¹¹².

110 Por referencia a las gráficas expresiones ahora utilizadas para adjetivar la nueva función que corresponde desempeñar al Estado en el ámbito de las relaciones jurídico-privadas, Vid. MENER, A. *El Derecho Civil y los pobres*, cit. p. 266.

111 En un principio, la desaparición del mecanismo de la prórroga forzosa, consagrado en el art. 57 de la antigua Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de diciembre de 1964, se comienza a gestar con la promulgación del RDL 2/1985, de 30 de abril, sobre Medidas de Política Económica, el cual vino a consagrar lo que se ha denominado un “efecto péndulo” en alusión a que, desde las medidas protectoras del interés de los arrendatarios, se discurría hacia el extremo radicalmente opuesto: la tutela exclusiva del interés de los arrendadores, instrumentalizada mediante esa supresión de la prórroga forzosa. Es proceso de supresión culmina definitivamente con la promulgación de la Ley Arrendaticia 29/1994, en cuyo art. 9 se afirma que la duración del arrendamiento será libremente pactada por las partes.

112 El art. 4.3 LAU 29/1994 afirma literalmente que “... los arrendamientos para uso distinto del de vivienda se rigen por la voluntad de las partes, en su defecto, por lo dispuesto en el Título III de la presente Ley, y supletoriamente, por lo dispuesto en el Código Civil”. El hecho de que el art. 4.3 LAU 1994 confíe a la autonomía de la voluntad el régimen primario de los arrendamientos para uso distinto del de vivienda, actuando en su defecto el Título III de la Ley y supletoriamente lo dispuesto en el Código Civil, unido a la insuficiencia normativa del citado Título III, viene a confirmar que, en este ámbito, se ha reforzado la vigencia de la autonomía privada de los particulares y el protagonismo de la regulación codificada. De este modo, se está poniendo cierre a un proceso cíclico que se había iniciado en la época decimonónica antes del nacimiento de la legislación especial arrendaticia urbana. En aquellos momentos, los arrendamientos urbanos se regían por la normativa codificada, inspirada completamente en los postulados liberales y, por este motivo, cuantitativamente reducida así como cualitativamente dispositiva. El planteamiento de nuevas necesidades

- b). En materia de contratos de adhesión y protección de los consumidores en general, la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, declara nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan, en perjuicio del adherente, lo dispuesto en la propia Ley o en cualquier norma imperativa o prohibitiva¹¹³. Y en inmediata conexión con ello, la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios considera abusivas, y por ese motivo nulas de pleno derecho, las cláusulas no negociadas individualmente que, en contra de las exigencias de la buena fe, causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato¹¹⁴.
- c). Por lo que se refiere a los arrendamientos rústicos, la Ley 49/2003, de 26 de noviembre, efectúa una decidida apuesta a favor de la autonomía de la voluntad, al confiar a ésta la determinación del régimen jurídico primario aplicable a este concreto tipo de contratos¹¹⁵. Además, este reconocimiento se efectúa con la máxima amplitud. Por una parte, sólo se establece una única limitación al poder de actuación de los contratantes: el respeto a la propia Ley de Arrendamientos Rústicos. Y, por otra parte, esa misma Ley que cuantitativamente constituye la única restricción al libre ejercicio de la autonomía privada de las partes, se caracteriza cualitativamente por tener un amplio contenido dispositivo: su propia Exposición de Motivos afirma expresamente que el contenido imperativo de esta Ley es muy limitado¹¹⁶. En esta línea de dar primacía a la autonomía de voluntad de los contratantes se reconoce igualmente el derecho del arrendatario de fincas rústicas a determinar el tipo de cultivo¹¹⁷, y hasta tal punto se pretende garantizar la efectividad del mismo que la propia Ley aplica la sanción de nulidad a los pactos que impongan cualquier restricción sobre los cultivos o sobre el destino de los productos¹¹⁸.

sociales dio paso, durante largos años, al imperio de una legislación especial intervencionista, excepcional (por apartarse de los principios liberales codificados), cuantitativamente profusa, así como cualitativamente imperativa en muchos de sus aspectos, que había tomado para sí todo el protagonismo, relegando al Código Civil a un segundo plano. Y tras ese largo período, llegamos ahora a una regulación especial que retoma los postulados liberales siendo, por esta razón, cuantitativamente escasa, así como cualitativamente dispositiva, y que abandona su protagonismo en beneficio del Código Civil. Cuando se trata de los arrendamientos para uso distinto del de vivienda hemos vuelto al punto de partida: libertad, autonomía privada y Código Civil como Derecho Común supletorio de la voluntad. Y si se tiene en cuenta que los postulados liberales decimonónicos y el Código Civil partían de la absoluta equivalencia en las prestaciones de las partes en el contrato de arrendamiento urbano, se obtiene que esa vuelta a los orígenes a la que nos referimos acaba por ser un retorno al reestablecimiento del equilibrio contractual ahora tan buscado y roto durante largos años por una legislación especial arrendaticia intervencionista y excesivamente protectora de los intereses de los arrendatarios.

113 Vid. art. 8.1 Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación.

114 Se trata del art. 10 bis de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, cuya redacción ha sido dada, precisamente, por obra de la antes citada Ley 7/1998, sobre Condiciones Generales de la Contratación.

115 El art. 1.2 de la citada Ley 49/2003 de Arrendamientos Rústicos señala que “Estos contratos se rigen por lo expresamente acordado por las partes, siempre que no se oponga a esta Ley...”.

116 El párrafo primero del número IV de la Exposición de Motivos de la Ley 49/2003 manifiesta que “En el Capítulo I se consagra el objetivo de dar primacía a la autonomía de la voluntad de las partes, en todo aquello que no sea contrario al muy limitado contenido imperativo de la Ley”.

117 Según el párrafo primero del art. 8.1 de la nueva Ley de Arrendamientos Rústicos, “El arrendatario de fincas rústicas tiene derecho a determinar el tipo de cultivo, sin perjuicio de devolverlas, al terminar el arriendo, en el estado en que las recibió, y de lo dispuesto sobre mejoras en esta Ley”.

118 Con rotundidad sanciona el párrafo segundo del art. 8.1 de la Ley 49/2003 que “Serán nulos los pactos que impongan cualquier restricción sobre los cultivos o sobre el destino de los productos, salvo los que tengan por fin evitar que la tierra sea esquilhada o sean consecuencia de disposiciones legales o reglamentarias”.

- d). En relación con la protección de las personas discapacitadas, la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, asume decididamente como uno de sus principales retos y objetivos fundamentales la promoción de la autonomía de la voluntad, entendida en su sentido más amplio posible como poder de autodeterminación de la persona para regir por sí misma sus designios en todos aquellos aspectos que le conciernen como tal, ya sea en el ámbito estrictamente personal como en el patrimonial. Así, y como concreción de lo que decimos, la Ley 41/2003 viene a regular la autotutela, entendiendo por ésta la posibilidad que tiene una persona capaz de obrar para adoptar todas aquellas disposiciones que estime convenientes en previsión de su propia futura incapacitación judicial¹¹⁹. Se reconoce, pues, a la persona, mientras conserve su capacidad de obrar, la facultad para ordenar, regular y organizar libre y anticipadamente sus propios intereses no sólo patrimoniales, sino también personales en previsión de una verdadera situación en la que, por razón de su discapacidad, ya no pueda hacerlo por sí misma y pase a depender de otras personas, atajándose así el riesgo de que éstas desconozcan o no aprecien correctamente cuáles son los verdaderos intereses patrimoniales o personales del discapacitado¹²⁰.

4.D). La aparición de nuevas figuras contractuales y el aumento de la libre competencia en el mercado.

Frente a la pretendida crisis de la autonomía de la voluntad, recientemente se pueden apreciar ciertos síntomas que parecen indicar una cierta recuperación del protagonismo que le corresponde a este principio en materia contractual. Al margen de lo ya dicho respecto los arrendamientos urbanos, rústicos o las condiciones generales de la contratación, dicha recuperación se patentiza en diferentes estadios o niveles.

El ejercicio de la autonomía de la voluntad ha llevado a la aparición de nuevas modalidades contractuales antes desconocidas, las cuales surgen como respuesta a determinadas necesidades que parecían quedar insatisfechas mediante la utilización de los típicos esquemas contractuales¹²¹.

119 El art. 9.uno de la citada Ley 41/2003 modifica el art. 223 del Código Civil añadiendo un segundo párrafo en el que se dispone que "Asimismo, cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor".

120 Precisamente para asegurar que la persona designada para tutelar al judicialmente incapacitado responde efectivamente con su actuación a los auténticos intereses del propio incapacitado, la Ley no sólo permite a éste elegir a su tutor, sino que también dota expresamente a esta designación de absoluta preferencia. En este sentido, el art. 9.dos de la Ley 41/2003 modifica el art. 234 del Código Civil que pasa a tener la siguiente redacción: "Para el nombramiento del tutor se preferirá: 1º. Al designado por el propio tutelado, conforme al párrafo segundo del art. 223. 2º. Al cónyuge que conviva con el tutelado. 3º. A los padres. 4º. A la persona o personas designadas por éstos en sus disposiciones de última voluntad. 5º. Al descendiente, ascendiente o hermano que designe el juez".

121 Son múltiples y variadísimas las figuras contractuales que recientemente han surgido como consecuencia de las nuevas necesidades que plantean el moderno tráfico negocial. Por razón de esta variedad y multiplicidad, una relación exhaustiva de las mismas sería inabarcable. En congruencia con ello, baste citar ahora algunos de los tipos más representativos: en el marco del contrato de compraventa destacarían algunas ventas especiales, como la venta a distancia, la venta automática, la venta celebrada fuera de establecimiento mercantil y el contrato de adquisición de derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles; en el marco del contrato de obra surge el denominado contrato de ingeniería (*engineering*); en el contexto del contrato de transporte se podría citar el contrato de viaje combinado; relacionado con el contrato de depósito se encuentra el contrato de aparcamiento, garaje o *parking*; y especialmente novedosos son todos aquellos contratos que tienen que ver como el mundo de la informática y que se denominan en general contratos electrónicos: por ejemplo, el contrato de *outsourcing* (también llamado *facilities management*), el contrato de *escrow*, el contrato llave en mano o *turn key package* y, en general, todos los contratos que se celebran sobre bases de datos.

Al existir un mayor número de mecanismos contractuales, aumenta también la posibilidad que tienen las partes contratantes para poder elegir libremente, entre los disponibles, aquel tipo de contrato que más convenga a sus intereses en orden a la obtención de un determinado producto o servicio, lo cual no es otra cosa que actuar en el ejercicio del principio de autonomía de la voluntad¹²².

Además, hoy en día no sólo existe una mayor libertad para optar, entre los posibles, por el mecanismo contractual que se considere más conveniente en orden a la obtención de un producto o servicio, sino que, una vez elegida libremente la forma de contrato que más convenga, también se aprecia una mayor libertad para seleccionar a la persona con quien se quiere contratar sobre el mismo producto o servicio. Cada vez son menos los servicios que se prestan en régimen de monopolio y cada vez se incrementa más la libre competencia en el mercado. Baste citar el caso de las telecomunicaciones, la telefonía, o la venta de combustibles; y ello sin perjuicio de otros servicios, como los bancarios, en los que cada vez existe una mayor oferta y competencia en el mercado.

Este aumento en la posibilidad de optar entre diversos sujetos contratantes para la obtención de un mismo producto o servicio, indirectamente redundará también en una relativa revitalización del principio de la autonomía de la voluntad cuando se trata de diseñar el contenido contractual. Si el producto o servicio en cuestión fuese ofrecido únicamente por un sujeto en el mercado, el protagonismo del principio de la autonomía de la voluntad sería bastante reducido, ya que no quedaría más opción que concertar el contrato en la forma que se nos ofrece o bien no hacerlo. En cambio, si el mismo producto o servicio es ofrecido por varios sujetos en el mercado en régimen de libre competencia, el margen de actuación de la autonomía de la voluntad se incrementa razonablemente: entre todos los ofertados o disponibles se podrá elegir aquel contrato cuyo diseño, contenido o cláusulas sean más convenientes para quien pretende obtenerlo por esta vía y se podrá rechazar, sin temor a perder el servicio o producto en cuestión, aquél que menos convenga a los propios y particulares intereses del consumidor.

122 Por ejemplo, si una persona desea adquirir el uso y disfrute de un automóvil, lo puede hacer eligiendo entre las diversas formas contractuales que le permiten alcanzar este objetivo. Puede decantarse por la adquisición mediante compraventa y, en este caso, seleccionar, según su interés, una venta electrónica, una venta plazos financiada a comprador o a vendedor, etc. También cabe la posibilidad de celebrar un contrato de *leasing* mobiliario o arrendamiento financiero, o si se prefiere el más moderno contrato de *renting*.