

“La autonomía de la voluntad como parte del derecho privado constitucionalizado”

Francisca Hilbea Zelaya Lazo
(El Salvador)



Maestría en
**Derecho
Privado**

LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD COMO PARTE DEL DERECHO PRIVADO CONSTITUCIONALIZADO

Francisca Hilbea Zelaya Lazo

RESUMEN

Uno de los principios fundamentales y liberales del derecho es la autonomía de la voluntad privada, que encontramos dentro del derecho civil y que comprende la capacidad del individuo de actuar de acuerdo a sus propias normas morales, constituyendo así un principio básico en el derecho privado, que parte de la necesidad que tiene el ser humano de establecer sus propias normas para regular sus relaciones privadas, pues la elección de hacer o no hacer es responsabilidad de cada uno; es decir, depende de la propia voluntad, es por eso que se dice que el hombre obra motivado por la razón, y esta se determina, en todos los casos, por un fin. La autonomía presupone liberalidad, independencia, con reconocimiento absoluto al acto que emana del ejercicio de dicha libertad; es decir, es hacer y que eso sea reconocido y eficaz ante los otros, esto es autonomía. Ahora bien, la voluntad es la intención, disposición que tiene alguien para hacerlo o dejar de hacer, es la facultad personal y libre albedrío. En el ámbito jurídico, la voluntad es uno de los requisitos de existencia de los actos, de ahí que el derecho privado reconoce un importante papel a la autonomía privada y esta ha sido reconocida por el ordenamiento jurídico mismo, en virtud del cual las personas pueden regular y ordenar las relaciones jurídicas en las que son o han de ser partes, es decir que, en El Salvador, la autonomía privada ha sido protegida y además constitucionalizada.

PALABRAS CLAVE: autonomía de la voluntad - derecho privado - derecho civil capacidad del individuo - normas morales - autonomía privada - autonomía activa - autonomía pasiva.

THE AUTONOMY OF THE WILL AS A PART OF CONSTITUTIONALIZED PRIVATE LAW

Francisca Hilbea Zelaya Lazo

ABSTRACT

One of the fundamental and liberal principles of law is the autonomy of private will, which we find within Civil Law in general and includes the ability of the individual to act according to his own moral standards, it is a basic principle in Private Law, which is based on the need for human beings to establish their own rules to regulate their private relationships, since the choice of doing or not doing is the responsibility of each one, that is, it depends on their own will, that is why it is said that man is moved by reason, and reason is determined in all cases by an end. Autonomy presupposes liberality, independence, with absolute recognition to the act that emanates from the exercise of such freedom; that is to say, it is to do and that this is recognized and effective before others, this is autonomy, now, the will is the intention, disposition that someone has to do or not to do, it is the personal faculty and free will. In the legal field the will is one of the requirements for the existence of the acts, hence private law recognizes an important role to private autonomy, and this has been recognized by the legal system itself, by virtue of which people can regulate and order the legal relations in which they are or have to be parties, that is to say that, in El Salvador, private autonomy has been protected and also constitutionalized.

KEYWORDS: autonomy of the will - private right - civil right, individual's capability - moral standards - private autonomy - active autonomy - passive autonomy.

La autonomía de la voluntad como parte del derecho privado constitucionalizado

Francisca Hilbea Zelaya Lazo¹
(El Salvador)

Introducción

Cuando se habla de autonomía de la voluntad privada, se debe remontar a las raíces de la institución, profundizando en los principios filosóficos que la rodean, como la libertad y el autocontrol, sin dejar de lado la moral. Al respecto, es oportuno recoger las opiniones de algunos filósofos que formularon sus teorías en este campo.

También es imposible concebir un principio tan trascendental sin tener en cuenta los supuestos contractuales en los que se basa, por lo que esta dimensión contractual implica en sí misma la capacidad que tiene la persona para determinar cómo quiere organizar su relación, lo anterior con la finalidad de satisfacer sus necesidades; por lo que, al establecer los acuerdos, las partes pueden hacer términos y condiciones según lo crean conveniente; está claro que la mayoría de las normas civiles que constituyen una amplia gama de libertades no deben renunciar a las limitaciones.

1 Abogado y Notario, graduada de Licenciatura Ciencias Jurídicas en la Universidad de El Salvador, egresada de la Maestría de Derecho Privado de la Universidad de El Salvador; empleada del Centro Nacional de Registros como Registradora Auxiliar.

La libertad de contratar no se considera un derecho absoluto, pues está probado que dicha libertad estará garantizada siempre que cumpla con las disposiciones de la ley, por lo que cuando se habla de esta, se puede decir que es un tema con límites. En otras palabras, desde un punto de vista constitucional, la autonomía de la voluntad no significa que los ciudadanos puedan realizar acciones incompatibles con el ordenamiento jurídico, ya que esta debe respetar las características o elementos de cada contrato.

I. Concepto de autonomía

El principio de autonomía de la voluntad es una institución jurídica que se forjó lentamente y de la mano con la evolución del concepto y los tipos de contratos. Tradicionalmente, este principio se fundamenta en las ideas individualistas y liberales provenientes del pensamiento filosófico que comienzan a ver la luz en el siglo XVIII, y que culmina finalmente en las llamadas revoluciones liberales; ello, sin dejar de mencionar que, sobre este principio, descansa la teoría del acto jurídico.

La expresión de “autonomía de la voluntad” tiene su origen en la palabra autonomía, del griego autos (para sí) y nomos (norma, regla), es decir, regla dada para sí mismo; y de la voluntad privada como fuente de dicha regla; con carácter general también se utilizan los sinónimos de “autonomía privada” o “autonomía de los particulares”. La autonomía de la voluntad no solo es un poder de constitución de relaciones jurídicas, sino también un poder de reglamentación del contenido de aquellas;² por otra parte, también se dice que la voluntad jurídica que nace de los hechos jurídicos, es la base de la autonomía de la voluntad; sin embargo, también vale decir que todo hecho jurídico es producto de un acto jurídico.

Ciertamente, existe una diferencia entre el hecho jurídico y el acto jurídico, pues resulta que, en este último, la voluntad se dirige conscientemente por el sujeto hacia un determinado fin para obtener el resultado que este desea;

2 Federico Arnau Moya, *Lecciones de derecho civil I* (Castelló: Universitat Jaume, 2009), 148.

de ahí entonces que la voluntad no sea una cosa distinta que la intención. El elemento esencial en el acto jurídico es la manifestación de la voluntad dirigida hacia un fin determinado que se desea; los demás elementos del acto jurídico que la doctrina señala, lejos de ser independientes, están íntimamente ligados con ella, casi incluso bajo su dependencia. Todos ellos convergen hacia la voluntad determinando, con mayor fuerza, su eficacia en la creación de vínculos jurídicos.

El principio de la autonomía de la voluntad tiene su manifestación más pura dentro de los actos jurídicos patrimoniales o pecuniarios ya que, por regla general, las normas que regulan este tipo de actos son principalmente de orden privado por tratarse de negocios donde prima el interés económico de los contratantes. En ese sentido, en virtud de este principio, las partes pueden establecer formalidades o requisitos de forma a un acto o contrato que no son exigidos por la ley,³ pero son de cumplimiento obligatorio entre ellos, y aunque sea legal o no, no están obligados a firmar para la adquisición del servicio o producto.

Algunos doctrinarios como Antonio Vodanovic han definido la autonomía de la voluntad como una expresión de los actos jurídicos, es un poder que el ordenamiento jurídico ha otorgado a las partes para regular por sí y para sí sus intereses. Además, el autor refiere que el principio de la autonomía de la voluntad es reconocido por disposiciones legales previamente establecidas, siendo la principal la libertad de contratar, la cual en El Salvador, es un principio constitucional establecido en el artículo 23 de la Constitución de la República.⁴ Pero, cuando se habla de derechos reconocidos en la ley, se refiere a la fórmula que comprende, por amplitud, no sólo a los concedidos por la norma, sino a los que nacen de la voluntad de las partes, de la autonomía de la voluntad, siempre que actúen dentro del marco legal.

La expresión jurídica de cualquier persona en la sociedad debe ser valorada como uno de los principios más importantes del derecho, en virtud del cual las partes libremente son los llamados a determinar el contenido, alcance,

3 René D. Navarro Albiña, *Acto jurídico*. (Chile: Universidad de Atacama 2009), 50.

4 Antonio Vodanovic, *Manual de derecho civil, segundo volumen de las partes preliminar y general* (Santiago de Chile: 2001), 31.

condiciones o modalidades de sus actos jurídicos, en tanto los contratos, como forma de establecer una vinculación jurídica, se multiplican y perfeccionan en la medida del progreso y complejidad del desarrollo económico-social y de las relaciones de las personas que se traducen en estos y que se estudian desde un amplio margen de restricciones, no solo bajo los límites tradicionales sino desde el respeto a las normas imperativas, los principios de orden público y la moral.

Resulta imposible concebir un principio tan trascendental sin tener presentes los cimientos o presupuestos contractuales sobre los que se asienta, así pues, esta dimensión contractual entraña, en sí misma, la capacidad que poseen las personas para establecer cómo quieren que se rija las relaciones con sus semejantes en vistas a obtener la satisfacción de sus necesidades. Al regular que los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, es claro que la mayoría de códigos civiles conforman una amplia gama de libertad no exenta de limitaciones.⁵

II. Fundamento histórico de la autonomía de la voluntad

El derecho privado no existiría tal y como se conoce de no ser por un marcado aumento de la capacidad de iniciativa de las partes de un contrato al momento de establecer el contenido de la obligación que los va unir. La libertad para contratar básicamente se marca en por qué, con quiénes y cómo quieren. Es decir que, en primer lugar, pueden ser libres para contratar o no y para hacerlo cuando quieran; en segundo lugar, que puedan elegir a la persona con quien desean establecer el vínculo jurídico de la obligación.

Como ya se dijo antes, el principio de la autonomía de la voluntad, durante su evolución, poseía un estrecho vínculo con los contratos; tuvieron que pasar muchos siglos para que las personas pudiesen disfrutar de una pequeña capacidad para realizar negocios jurídicos sin tener que pasar por ritos o solemnidades propias de cada época. Valga decir que tanto la civilización romana

⁵ Ana Fernández Pérez, *El arbitraje entre la autonomía de la voluntad de las partes y el control judicial*. (Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2017), 18.

como los pueblos germánicos, antepasados de los principales sistemas jurídicos continentales, apenas le daban eficacia jurídica al simple acuerdo de voluntades.

Sin embargo, ello no quiere decir que se produjera un cambio en la manera de concebir la autonomía de la voluntad; y es que, en efecto, aunque hoy existan más formas contractuales e incluso combinaciones entre ellas, solo podía existir esa y ninguna otra más.⁶ Siguiendo la misma línea, en Roma encontramos el primer vestigio del dogma de la autonomía de la voluntad y, después de una franca evolución, crea prontamente la dimensión individual y del Estado como dos realidades autónomas. Por ello, atribuye al *pater familias* un significado relevante, tanto en el campo del derecho privado, como para el derecho público.

En Roma, la serie de solemnidades y rituales místico-religiosos era un dato indiscutible; lo religioso estaba mezclado con lo jurídico, sobre todo en la etapa arcaica del derecho romano, pues lo sacramental era un dato indiscutible en la celebración del acto; para nacer en la vida jurídica, la declaración externa de la voluntad no fungía como acto creador de obligaciones.⁷ El último escalón que el ordenamiento jurídico romano recorrió rumbo al reconocimiento de la eficacia de la autonomía de la voluntad se produjo cuanto se otorgó valor jurídico a cualquier operación unitaria, a cualquier acuerdo de voluntad, siempre que, en virtud de este, una de las partes realizara una prestación. Este reconocimiento se manifestó principalmente a través de la concesión, por el pretor, de una acción para obtener la contraprestación pactada en caso de incumplimiento por la otra parte.

De este modo, veía la luz una nueva categoría de contratos, todos sinalagmáticos y pertenecientes a diversas categorías: se trataba de los contratos innominados; si bien la autonomía de la voluntad, tal como la conocemos hoy, no surgió en el derecho romano - como sí nacieron el concepto de obligación y el de sus fuentes principales - es menester decir que su origen concreto se ubica en Emmanuel Kant, ya que fue el primero en desarrollar científicamente el postulado de la autonomía de la voluntad del ser humano, consistiendo pues en la libertad

6 *Ibid.*, 19.

7 Aida del Carmen San Vicente Parada, "El principio de autonomía de la voluntad", *teoría del derecho*. (Boletín sin número de publicación): 8.

o poder que tenía este de dictar sus propias normas morales.

Por su parte, Norberto Bobbio señala que, en Kant, el sentido liberal de la libertad se define como la ausencia de contenidos, ya que hace lícita la conducta de quien actúa, siempre y cuando no transgrede los límites impuestos por la esfera de “lo prohibido”. Así, el principio de libertad se vuelve regla y la prohibición la excepción; es decir, todo lo que no está prohibido está permitido.⁸ Para Kant, toda norma moral que regule las relaciones humanas debe derivarse de la ley denominada “imperativo categórico”, que expresa la obligación de actuar de tal manera que la máxima o norma concreta del obrar de cada persona, en cualquier circunstancia, no contradiga la ley universal. Cada persona debe actuar convencida de que esa es la forma en que querría que los demás obren con ella, en una circunstancia semejante.

Es así que la autonomía posibilita a la persona su esencia, expresada en su acción personal, como resultado de su deliberación y decisión.⁹ En la era moderna se presenta una competición entre ordenamientos jurídicos, frente a la capacidad de regular la actividad de los privados y las garantías que ofrecen en el reconocimiento de la autonomía privada; efectivamente, la apertura de las fronteras lleva a la deslocalización de las acciones de los singulares privados, en cuanto estos pueden escoger, para realizar su interés, ordenamientos menos rígidos que les permita realizar esas actividades.

III. Constitucionalización del derecho privado

En la historia de la humanidad, el derecho privado ha hecho posible la estabilidad y la paz social, ha mantenido un poder de adaptación a las necesidades de cada momento, como ninguna rama del derecho y ha sobrevivido la institucionalidad civil, las diferentes formas sociales de producción e incluso las diferentes formas de Estado; desde el liberal, pasando por el Estado social de

8 Pablo Cerra, “De la Autonomía de voluntad: noción, limitaciones y vigencias” *Advocatus*, No. 29 (2017): 183.

9 *Ibid.*, 184.

derecho, hasta el que ahora se conoce como Estado Constitucional de derecho. Su evolución, impresa por la misma dinámica social, ha mantenido siempre sus instituciones acopladas a las necesidades del momento; sus preceptos y desarrollos han inspirado profundos cambios sociales y, a su vez, los contenidos de las constituciones contemporáneas.

Es necesario dejar clara la idea sobre la “constitucionalización”, y es que ello implica una erradicación de valores y principios contenidos en la Constitución hacia diversos ámbitos del derecho, llegando incluso al derecho privado. Al respecto, podemos citar algunas condiciones que los autores han establecido para considerar que un ordenamiento jurídico responde o se encuentra en armonía con las normas constitucionales, así se dice que:

1. Una Constitución rígida, que se encuentre escrita y además protegida contra la legislación ordinaria, en el sentido de que sus normas no pueden ser derogadas, modificadas o abrogadas si no es mediante un procedimiento de revisión constitucional.
2. La garantía jurisdiccional de la Constitución, que involucra un control sobre las leyes para que estas se encuentren en conformidad con la carta magna.
3. Una fuerza vinculante de la Constitución; esta se refiere a que toda norma constitucional es una norma genuina, vinculante y con efectos jurídicos, ya sea que trate de principios generales que exigen interpretación y concretización o de disposiciones programáticas como derechos sociales que dependen de programas económicos y sociales para ser aplicados.¹⁰

La constitucionalización del derecho privado es una expresión que encierra, con gran potencia, opiniones, reacciones, de defensores y adversarios. Es entonces, más que un estado de cosas, una narración impactada por visiones acerca de lo bueno y lo malo, de miradas de lo eficiente y lo ineficiente y por

¹⁰ Luis Esteban Torres Cobo, “La interpretación de los contratos a la luz de la constitucionalización del derecho privado” (tesis de grado, Universidad de San Francisco de Quito, 2013), 19.

tratarse de un principio esencial para el derecho civil - especialmente de los contratos -, es fundamental para el desarrollo de las relaciones económicas y sociales de un país que garantiza una multitud de derechos y libertades. En el sistema jurídico salvadoreño, sobre todo en la carta magna, existe más de una norma en la cual se sustenta la idea de la autonomía de la voluntad. En primer lugar, se puede afirmar que dicho principio encuentra tutela, de manera genérica, en los artículos 2¹¹ y 8 de la Constitución;¹² en el primer artículo se expresa que toda persona tiene derecho a la libertad y en el segundo se potencia esta, al señalar que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, a la vez que toda persona puede hacer o dejar de hacer lo que la ley no prohíbe, en ello surge la afirmación de que cada individuo tiene libertad de hacer su voluntad cuando así lo quiere, la cual se extiende a establecer o no vínculos entre sí y decidir el contenido de esas obligaciones.

Sin embargo, esta libertad de contratación no se ha configurado como un derecho absoluto; por ello, el mismo artículo establece que dicha libertad se garantizará siempre que se realice con arreglo a las leyes, por lo que se trata de un derecho sujeto a límites. En otras palabras, desde la perspectiva constitucional, el derecho de autonomía de la voluntad no supone que los ciudadanos puedan realizar actuaciones contrarias al ordenamiento jurídico entendido de manera omnicompreensiva; esto es, abarcando toda escala normativa, los derechos fundamentales en general, además de los valores propios que sustentan dicho ordenamiento.¹³ Al derecho contractual se le atribuyen valores en los ordenamientos de la Constitución escrita, uno de los valores es el de la autonomía de la voluntad, aludiendo a la libertad de concluir contratos.

11 Constitución de la República de El Salvador, art. 2.- Toda persona tiene derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad, a la seguridad, al trabajo, a la propiedad y posesión, y a ser protegida en la conservación y defensa de los mismos. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Se establece la indemnización, conforme a la ley, por daños de carácter moral.

12 Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni a privarse de lo que ella no prohíbe.

13 Melvin Mauricio Peñate Sánchez, "Los límites de la autonomía de la voluntad en la contratación civil salvadoreña" (tesis de maestría, Universidad de El Salvador, 2013), 52.

Para lograr una aplicación directa de las normas constitucionales a las relaciones entre particulares, algunos doctrinantes posicionan la libertad contractual dentro de los derechos de las personas, mientras que otra parte de la doctrina ubica este en la libertad de iniciativa económica.¹⁴ Es importante mencionar que existe una diferencia entre la noción de contrato que responde a una función social y el reconocimiento constitucional que se le concede a este desde el principio de la autonomía contractual, ubicándolo entre las libertades fundamentales del individuo; es decir, en aquella parte social de la carta magna que no permite límites, subordinaciones y otros intereses, esta última interpretación hace parte de quienes la categorizan dentro de los derechos de las personas.¹⁵

IV. Principio de la autonomía de la voluntad

El derecho privado reconoce un importante papel a la autonomía privada; la cual no está constituida por el conjunto de acciones que pueden desarrollar los individuos y que son objeto de regulación jurídica. La autonomía de la voluntad es vital como un poder reconocido por el ordenamiento jurídico mismo; en virtud del cual, las personas pueden reglar y ordenar las relaciones jurídicas en las que son o serán parte. En cuanto al principio general del derecho, se habla de principio de autonomía de la persona o de autonomía privada; este tiene su fundamento, tal y como se dijo antes, en la dignidad y libertad de la persona; por el primero, la persona es sujeto de derechos y deberes; en cambio, por el segundo, la persona posee un dominio sobre sus propios actos y sobre aquellos bienes espirituales o materiales que le corresponden, a esto se le denomina “esfera privada- personal”. En consecuencia, hay también un deber general de respeto a la persona y a su libertad que incumbe a todos,

14 Luz Karime Ángel, “Autonomía de la voluntad, ¿Decadencia o auge?”, *verba Iuris*, 36, (2016): 76.

15 *Ibid.*

particulares y autoridad pública.¹⁶

La autonomía de la voluntad de ninguna manera se debe asimilar con el concepto de libertad general, porque si se llega a hacer, el resultado sería que el concepto de libertad general quedaría reducido únicamente al campo del derecho, lo que para algunos autores es absurdo; pues la autonomía de la voluntad jurídica pasaría a adquirir contornos de la libertad general. Por otra parte, la autonomía de la voluntad conlleva caracteres esenciales tanto positivos como negativos, como la facultad de obligarse; considerando que toda obligación es una restricción a la libertad de la persona, aun cuando al mismo se la imponga en razón de ser su voluntad autónoma.¹⁷

El principio de autonomía de la voluntad no sólo reconoce a la persona como el sujeto principal de todo el orden público y su libertad en el ámbito de su esfera personal; en sentido más estricto, se entiende aquel poder que se reconoce a la persona para establecer las reglas y normas que han de regir en ese ámbito de su dominio privado. Este poder jurídico o poder de autonomía es, por tanto, un auténtico poder normativo al que el ordenamiento jurídico puede conceder plena eficacia jurídica, como la que pueden tener las normas jurídicas que proceden de otras fuentes.¹⁸

Por otra parte, es importante tener en cuenta que el principio de la autonomía de la voluntad ha presentado abusos derivados del mismo, las personas frecuentemente prestan su consentimiento impulsado por sus necesidades, su ignorancia respecto de todas las consecuencias de un negocio o su confianza en la otra parte; en ese sentido, el Estado debe intervenir para proteger al débil y para hacer reinar la justicia, que es el valor supremo del derecho.¹⁹ Se sabe que el contrato es obligatorio para quienes lo suscriben, al

16 Eduardo Molano, "El principio de autonomía privada y sus consecuencias canónicas", artículo sin título, (2007), 442.

17 Artemio Llanos Medina. "El principio de la autonomía de la voluntad y sus limitaciones", (Memoria de prueba para optar al grado de licenciado, Universidad de Chile, 1944), 58.

18 Eduardo Molano, "El principio de autonomía privada y sus consecuencias canónicas", 447.

19 Guillermo, A. Borda, *Tratado de derecho civil: parte general I*, (Buenos Aires: Abeledo Perrot,

igual que nadie se ve obligado a contratar en contra de su voluntad, así se llega a la conclusión que, si una persona se compromete frente a otra u otras por medio de un negocio jurídico, lo hace porque ese ha sido también su deseo.

Así mismo, dentro de esa relación jurídica se encuentran una serie de principios de la libertad de contratación, libertad contractual y de la fuerza obligatoria o vinculante de los contratos.²⁰ La autonomía de la voluntad de las personas en el área contractual es, ante todo, libertad de contratación; esta libertad conlleva dos importantes consecuencias: en primer lugar, la libre opción del individuo entre contratar y no contratar y; en segundo lugar, la libertad de elegir el contratante deseado.²¹ El contrato obliga a las partes porque ellas lo han querido y nadie las ha obligado a contratar; por tanto este es, entre todos los hechos o actos jurídicos que generan obligaciones, aquel en que la voluntad de los particulares cumple una función más importante, ya que tiene como elemento característico el consentimiento; es decir, el libre acuerdo de la voluntad de las partes.

Algunos autores civilistas mencionan que el principio de autonomía de la voluntad se manifiesta en el contrato en la libertad de contratar y en la libertad contractual: el primer punto conlleva a la libre opción de la persona entre contratar y no contratar, que es, por lo tanto, libertad para constituir o no relaciones contractuales; el segundo punto implica determinar con quién contratar. Esta última, sin duda, cobra su mayor esplendor cuando los contratos se concluyen en consideración con la persona, es decir en atención a las particularidades del contrato elegido.

Sin embargo, la libertad de contratación tiene sus defectos, límites o excepciones. A modo de ejemplo: en la provincia de Mendoza, República Argentina, actualmente existen contratos que deben celebrarse por imperativo legal (están obligados a contratarlo), como es el caso de los seguros de

1976), 41.

20 Oliver Soro Russell, *El principio de la autonomía de la voluntad privada en la contratación...*, 81.

21 *Ibid.*

automóviles, pero se conserva la libertad de elegir al contratante.²² La principal consecuencia de la autonomía de la voluntad en la contratación es la fuerza obligatoria del contrato. Se entiende que todos los pasos anteriores se cumplieron ya que, en primer lugar se decidió celebrar un contrato con las personas que se eligieron libremente y; en segundo lugar, las partes fijaron el contenido del acuerdo, estableciendo pactos y manifestando su voluntad para la satisfacción de sus intereses. A partir de ese compromiso se deben cumplir con las obligaciones que surgen de la creación, modificación o extinción del contrato.

En El Salvador, la libertad a la que se ha hecho referencia tiene su manifestación en diversas normas constitucionales, tal y como ya se dijo anteriormente; sin embargo, es de hacer énfasis el artículo 23 de la carta magna, la cual insta de manera más específica la libertad de contratación, entendida esta como la posibilidad que tienen las personas de hacer o no hacer sin ser coaccionadas o sometidas a ello por otra persona y sin que se lo puedan impedir cuando tenga la voluntad de hacerlo; es decir, puede orientar su actuar hacia la consecución de determinado fin. Esta libertad de contratación no se ha configurado como un derecho absoluto, por ello el mismo artículo establece que esta se garantizará siempre que se realice con arreglo a las leyes, por lo que se trata de un derecho sometido a ciertos límites.

Así, desde la perspectiva constitucional, el derecho de la autonomía de la voluntad no supone que los ciudadanos puedan realizar actuaciones contrarias al ordenamiento jurídico, esto es abarcando toda escala normativa, los derechos fundamentales en general, además de los valores y principios que sustentan dicho ordenamiento; por el contrario, se fijan límites concretos a los que debe someterse toda persona en el ejercicio de la autonomía de la voluntad.²³ En ese mismo orden de ideas, la Sala de lo Constitucional de El Salvador, en

22 Florencia Gobbi Aixa Triay, "El principio de la autonomía de la voluntad en las contrataciones" (Trabajo de investigación, Universidad Nacional de Cuyo, 2015), 10.

23 Melvin Mauricio Peñate Sánchez, "Los límites de la autonomía de la voluntad en la contratación civil salvadoreña", 52.

su jurisprudencia, ha determinado la relación existente entre la autonomía de la voluntad con la libertad de contratación, estableciendo que:

*“Como principio constitucionalmente acogido, la contratación debe ser libre, es decir, ser el resultado de una decisión personal de los contratantes. No es posible que el Estado pueda obligar a contratar, sobre todo dentro de las relaciones privadas. Como todo principio, esta connotación admite excepciones de interpretación restrictiva en casos muy especiales de razonabilidad suficiente; sin embargo, en este ámbito la autonomía de la voluntad nos muestra al contrato como un reparto (o manera de distribuir cargas jurídicas) autónomo y como fuente no estatal de producción de obligaciones jurídicas”.*²⁴

Es de esa manera como, en materia de contratos, la mayor parte de las normas son de carácter supletorio o dispositivo y no imperativas. Además, continúa diciendo la Sala que:

*“La voluntad contractual es el rechazo al perjuicio propio, pues se identifica con el interés jurídico de su titular. Esto quiere decir también que tal voluntad, como reflejo de la personalidad, tiene que ser reflexiva; prueba de ello es la exigencia de la ley de que ciertos contratos revistan una determinada forma, en consideración a su importancia, y, aún más, que en algunos casos la forma sea elevada a solemnidad”.*²⁵

Finalmente, la Sala establece que la autonomía de la voluntad, como centro del contrato, no debe en modo alguno absolutizarse ni sacralizarse.

La presencia razonable del Estado es necesaria, porque son múltiples las áreas donde actualmente sobreabundan situaciones de disparidad y asimetría entre las partes contratantes. La intervención del Estado en los contratos se moviliza con carácter permanente y anticipado, poniendo determinados marcos a la autonomía de la voluntad y no reconociéndola más que dentro de ellos.

24 Sala de lo Constitucional, *Sentencia de inconstitucionalidad, Referencia: 26-2008* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2009).

25 *Ibid.*

V. Autonomía activa

La autonomía activa se presenta cuando la voluntad se exterioriza a través de diversos medios; esto parte de considerar que el hacer uso de la autonomía de la voluntad es facultativo, de modo que se puede poner en ejercicio o simplemente no se usa. Esta forma de manifestar la autonomía de la voluntad se advierte cuando se crean, modifican, transforman o extinguen derechos u obligaciones contractuales. Por tanto, existe el conocimiento y el ánimo de ejecutar acciones con el fin de que se produzcan efectos jurídicos sobre la esfera de cada individuo. Dentro de este tipo de autodeterminación, se pueden observar dos elementos esenciales: subjetivo y objetivo.

El primero de ellos hace referencia al querer y el saber de cada individuo en cuanto a llevar a cabo ciertas acciones que reflejen la búsqueda de su propio interés. Por su parte, el elemento objetivo se observa cuando se materializan las intenciones creadas al interior de las personas. En tal sentido, la autonomía de la voluntad activa exige alma y cuerpo para su nacimiento y desarrollo; siendo el negocio jurídico el medio indicado para poner de manifiesto la autonomía privada o autonomía de la voluntad; de esta forma, mediante el mismo, la voluntad del individuo vale, en el ámbito del ordenamiento jurídico, para modificar situaciones preexistentes, ejercitando así una función constitutiva.²⁶

VI. Autonomía pasiva

Respecto a la autonomía pasiva, el asunto cambia drásticamente, ya que se manifiesta a través de un no hacer; esto se ejemplifica cuando los sujetos de derecho deciden no obligarse, en ese sentido, justo como en el contrato de adhesión, el consumidor o usuario toma la decisión de no adherirse por las razones que estimare conveniente. Lo importante en ese punto es determinar si

²⁶ Francesco Messineo, Manual de Derecho Civil y Comercial, (Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1979), 339.

la falta de acción en determinados casos puede representar efectos perjudiciales para los individuos, puesto que puede darse el caso que se configure el consentimiento tácito.

Analizada la autonomía desde esta óptica, es necesario que se adviertan los beneficios que esta posee, en tanto que evita que los particulares se vean perjudicados por las condiciones contractuales que en el tráfico legal se crean y más cuando es alto el riesgo de ser víctimas de cláusulas abusivas elaboradas por sujetos que gozan de una posición dominante; entiéndase estas cláusulas como aquellas previsiones particulares que rompen el equilibrio justo de las relaciones privadas, cuyo efecto es, en principio, la ineficacia de pleno derecho. En ese sentido, el abuso del derecho y la buena fe son los referentes históricos y de naturaleza jurídica que la doctrina ha acogido en explicación de este tipo anómalo de cláusulas.²⁷

VII. Límites de la autonomía de la voluntad

La doctrina más moderna establece que el acto jurídico es el medio o instrumento por el cual el sujeto logra, en los límites de la autonomía de la voluntad y el poder dispositivo lícito de los particulares, erigir en regla a un interés jurídicamente protegido.²⁸ La autonomía de la voluntad no es absoluta, por tanto, existen límites que deben ser observados; de este modo, debe estar gobernada bajo determinadas reglas. Por ello es que, en materia de contratos, la suprema ley es la voluntad de las partes, en virtud de la cual se elige la regla jurídica por la que se debe regir el o los vínculos jurídicos que se crean.

No obstante, la autonomía de la voluntad; independientemente de ser considerada como uno de los principios más importantes en el derecho civil, no es admitida de forma absoluta, por cuanto tiene restricciones previstas en

²⁷ José María López Jiménez, *Las cláusulas abusivas en la contratación bancaria*, (Tesis Doctoral, Universidad de Málaga, 2015), 12.

²⁸ Azerrad de Volcoff, *Clases de Derecho Civil, Parte General: Persona - Acto jurídico - Responsabilidad civil* (Córdoba: Advocatus, 1996), 88.

la ley y otras que se desprenden de las circunstancias o de las situaciones de hecho.²⁹ Cabe mencionar que las limitaciones a dicho principio tampoco deben ser excesivas, al grado que se reste total eficacia a los efectos positivos que aquel promulga, por tanto, tales limitaciones deben ser razonables y con propósitos justificables, de forma que valga la pena ajustar los parámetros de actuación de ciertos individuos con tal de alcanzarse el cumplimiento de valores superiores; en otros términos, que el sacrificio de unos se traduzca en beneficio para otros.

En este tema, algunos doctrinarios, con el objeto de delimitar lo que implican los límites a la autonomía de la voluntad, hacen la distinción entre lo que ha de entenderse justamente por límites y limitaciones; resultando que los límites son normas, restricciones o imperativos de carácter ordinario, vienen establecidos en la ley, son ineludibles, van ligados al derecho desde su origen e integran el contenido del propio contrato. Las limitaciones, por su parte, son excepcionales, anormales o extrínsecas, que vienen a seccionar externamente el contenido normal del contrato.³⁰ En otras palabras, las limitaciones se refieren al ejercicio efectivo de las libertades públicas, que implican por sí mismas una disminución en la esfera jurídica del sujeto bajo ciertas condiciones y en determinadas circunstancias, por esta razón constituyen las fronteras del derecho, más allá de las cuáles no se está ante el legítimo ejercicio del mismo.³¹

La ley, si bien reconoce y permite el desarrollo de la autonomía de la voluntad, se encarga de fijar prohibiciones o mandatos que aquella debe respetar, tales leyes prohibitivas e imperativas pueden estar referidas ya sea a cuestiones formales o al contenido del contrato de que se trate. No se debe perder de vista que en la autonomía de la voluntad importa la ocurrencia de dos factores elementales a saber: la voluntad como causa eficiente de las consecuencias jurídicas de los actos que realizan los particulares y el reconocimiento de

29 Katiuska Hernández Fraga y Danay Guerra Cosme, El principio de autonomía de la voluntad contractual civil. Sus límites y limitaciones, Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa, núm.6 (2012): 33.

30 *Ibid.* 34.

31 *Ibid.* 34.

esa voluntad por el ordenamiento jurídico. Todo esto con las necesarias limitaciones que este debe imponer para salvaguardar los intereses superiores de la comunidad, pero sin dejar de reconocer que la libertad de la persona no puede limitarse a decidir si realiza o no un contrato, sino que también debe poder determinar las consecuencias del mismo.³²

En tal sentido, se debe procurar que tanto los intereses particulares como superiores tienen similar importancia y en lugar de encontrar puntos de tensión se debe buscar la conciliación; en ese orden de ideas, dentro de los límites a la autonomía de la voluntad se encuentran:

a. La moral

La moral se constituye en uno de los frenos para la autonomía de la voluntad, sin embargo, la determinación de tal concepto no es tan sencillo *in limine*. Y es que debemos indicar que se trata de un término que no es propio de las ciencias jurídicas sino más bien se encuentra fuera de ellas. Acá resulta importante traer a cuenta que, al incorporar un concepto como este en el sistema jurídico, se deja entrever la lucha, dada en su momento, por separar el derecho y la moral, ya que ahora el primero incluye y hace uso del segundo para complementarse y no dejar vacíos. No se debe olvidar que el primero en adquirir vigencia fue la moral, ya que desde los inicios de la humanidad se ponía de manifiesto este sistema, que luego fue renombrado como derecho natural.³³

32 Hernández Fraga y Guerra Cosme, El principio de autonomía de la voluntad contractual civil, 37.

33 Véase José Humberto Morales, Apuntes de Filosofía del Derecho, (El Salvador: Aequus Editorial, 2014), 51 y 64. Y esta vinculación entre el derecho natural y la moral se advierte en principio, cuando sobre la naturaleza promulgada por el iusnaturalismo se presentan dos tesis a saber: a) Una tesis de filosofía ética, que sostiene la existencia de principios morales y de justicia universalmente válidos y asequibles a la razón humana; y b) Una tesis acerca de la definición del concepto del derecho, conforme a la cual un sistema normativo o una norma no pueden ser calificados de “jurídicos” si contradicen aquellos principios morales o de justicia.

En similar sentido se expresa Antonio Vodanovic cuando refiere que la moral:

*“Es el conjunto de normas que prescriben los deberes que el hombre ha de cumplir con respecto a sí mismo, a sus semejantes y a los animales, para que sus intenciones y actos se conformen al bien y no al mal, a lo correcto y no a lo incorrecto, a la honradez y no a la deshonestidad, a la virtud y no al vicio”.*³⁴

Asimismo, la moral es entendida como el conjunto de convicciones de ética social imperantes en un determinado momento histórico, con un carácter general en la comunidad jurídica; también se considera que en la moral están ancladas las cosmovisiones, intereses, valores, estructuras de clase y motivaciones de la sociedad, como conjunto de convicciones de orden ético que no es necesario que se plasmen en actos concretos.³⁵

En diversas partes del texto constitucional salvadoreño se hace alusión a la moral o la moralidad de las personas; por citar un par de ejemplos, en el artículo 2 se inicia con la integridad moral de los individuos que también se ve reflejado en el artículo 11 inciso segundo, el cual regula lo relativo a los efectos reparadores por los daños morales que se ocasionaren. Por otro lado, el artículo 6 que contempla el derecho a la libertad de expresión, fijando como límite de este, entre otros, a la moral; al igual lo hace el artículo 25 cuando reconoce el derecho a la libertad de religión. Con ello se observa cómo el constituyente reconoce que la moral es un límite para diversos derechos y particularmente para la libertad en sus diversas manifestaciones, que es donde los frenos deben estar más activados por el riesgo que esto representa para los derechos de terceras personas que se pueden ver afectados.

En cuanto a la moral se dice que es un conjunto de creencias y normas de una persona o grupo social determinado que ofician de guía para el obrar,

34 Antonio Vodanovic Haklicka, Manual de Derecho Civil, (Chile, Editorial Jurídica Cono Sur Ltda., 2001), 10.

35 Hernández Fraga y Guerra Cosme, El principio de autonomía de la voluntad contractual civil, 36.

la persona es la portadora originaria de los valores éticos y solo de forma secundaria o por extensión, puede serlo sus actos.³⁶ En esa misma línea, se llega a identificar la ética privada y la ética pública, haciéndose alusión a la primera como la ética de las personas, la que conduce a la autonomía e independencia moral y necesita ser asumida libremente; no es contenido de las normas jurídicas, es la moral en sentido estricto y debe ser distinguida de la ética pública, que es la del derecho, es decir, la justicia que se identifica con los fines u objetivos que el derecho debe realizar.³⁷

Se reconoce que la moral es elemental para la supervivencia de las sociedades, puesto que son normas que permiten mantener el orden y la paz entre los habitantes; ante la ausencia de ellas o el irrespeto de las mismas pueden generar graves consecuencias sin que alguien lo impida. Por ello, resulta oportuno mencionar que, por esa misma razón, el derecho positivo se auxilia de la moral para hacerse valer, en tanto que es necesario que exista la convicción de que es obligación respetar la ley, pues, pensar lo contrario generaría que la fuerza del derecho se vea disminuida y existan constantes conductas transgresoras del mismo.

En tal sentido, el reconocimiento de la referida obligación moral puede originarse ya sea desde la base del origen autónomo de sus normas, es decir, por el hecho de que sean los propios destinatarios de las normas quienes se las imponen; o según su propio contenido, de conformidad con lo cual la obediencia de las normas se deberá a su consonancia con la idea de justicia.³⁸ Cuando la moral se incorpora específicamente como marco de actuación de la autonomía de la voluntad, se hace con el fin de dotarla de la misma fuerza coercitiva que es reconocida al derecho, haciendo uso de los medios coactivos que resulten necesarios para alcanzar los valores máximos como la justicia, el bien común

36 Morales, Apuntes de Filosofía del Derecho, 93.

37 Gregorio Peces-Barba Martínez, Positivismo y moral interna del derecho, (España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000), 17.

38 Ibid. 528 - 529.

y la seguridad jurídica.

Por de pronto, vista la moral desde esta perspectiva se ha de considerar que, dentro de ella, se encuentran todas aquellas conductas o comportamientos que estén en consonancia con los valores y principios éticos, sociales y culturales de una sociedad determinada; asimismo, se podría considerar como parte de los límites que la moral impone, el respeto a los derechos humanos y valores esenciales como la justicia, igualdad y equidad. En definitiva, la moral es entendida como un límite al principio de autonomía de la voluntad al restringir los actos jurídicos que los sujetos de derecho pueden celebrar, ya que a través de ella se arraigan definiciones o determinaciones conductuales con el objetivo de que sean observadas, cumplidas y acatadas por la sociedad.

b. El orden público

El orden público es otro concepto que no resulta tan fácil definir por el grado de abstracción que conserva el mismo; a veces es considerado como uno de los temas enigmáticos que dentro del mundo del derecho se alojan y son muchos los que se atreven a dotar de contenido dicho término. De acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española se obtienen dos interesantes ideas sobre el orden público: por un lado, se concibe como el conjunto de principios y valores que se estiman fundamentales en un orden jurídico nacional y que impiden la aplicación, en otro caso obligada, de la ley extranjera; asimismo se identifica como el conjunto de principios informadores del orden social que constituyen un límite a la libertad de pactos.

En este último caso, se advierte la presencia de una idea de orden público más enfocado en reconocerse como freno a los acuerdos producidos entre las partes al calor de la autonomía de la voluntad. Desde antaño, para considerar cuándo y en qué momento se estaba violando el orden público, era preciso que una norma legal estableciera la prohibición de atentar contra ella o que el mismo legislador advirtiera que se trataba de una norma de

orden público.³⁹ Luego, con la evolución del derecho se ha abandonado esta idea legalista, es decir, cuando la ley expresamente así lo determina y se ha dado prevalencia a la perspectiva material del concepto, con lo cual importa respetar las normas que forman parte del orden público sin tomar en cuenta si el legislador las ha considerado como tal.

De acuerdo a Eduardo Novoa Monreal el orden público tiene su origen en una doctrina empírica aparecida en la Edad Media, en donde los estatutos odiosos debían quedar restringidos en su aplicación a su propio territorio, sin que pudieran ser aplicados en el extranjero. Posteriormente se lo vinculó a las leyes imperativas internas de orden público, que no podrían ser sustituidas por leyes extranjeras;⁴⁰ a su vez, el doctrinario agrega que el orden público es una reacción de defensa, que protege el orden jurídico interno del país y sus intereses vitales, evitando elementos perturbadores extraños e impidiendo un debilitamiento profundo del orden establecido,⁴¹ para lo cual también se debe examinar que las leyes extranjeras no contraríen dicho orden.

De acuerdo a la doctrina francesa, el orden público se explica a partir de la distinción entre leyes imperativas y facultativas, resultando las primeras de imposible derogación por la voluntad de los particulares, mientras que la autonomía de la voluntad si podría derogar o modificar los efectos de las segundas. En ese sentido, el orden público estaría compuesto por leyes imperativas, limitando así la autonomía de la voluntad, porque ni aun las partes en el libre ejercicio de la búsqueda de satisfacer sus propios intereses podrían obviar su cumplimiento, siendo por tanto incapaz de ser fuente de normas que atenten contra el orden público.⁴²

39 Jaime Alberto Arrubla Paucar, "La autonomía de la voluntad y derecho comercial", Revista De La Facultad De Derecho Y Ciencias Políticas", n.78 (1987): 14. <https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/view/488324>

40 Eduardo Novoa Monreal, Defensa de las nacionalizaciones ante tribunales extranjeros; caso de los productos exportados, (México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1976), 123.

41 *Ibid.* 125.

42 Cristian Eduardo Mateluna Silva, de la autonomía de la voluntad como fuente del derecho

Por otro lado, por orden público se entiende el conjunto de principios eminentes, sean estos religiosos, morales, políticos y económicos a los cuales se vincula la digna subsistencia de la organización social estable,⁴³ de modo que, sin estos, el Estado estaría al borde del precipicio. Por tanto, se trata de los principios que cada sociedad estima como fundamentales de su organización social; siendo así, no es recomendable formular una definición precisa que sirva para revelar lo característico de cada ordenamiento jurídico, puesto que estos están estructurados conforme a valoraciones y aspectos diferentes y hasta opuestos,⁴⁴ resultando que, principios considerados fundamentales en un territorio y población determinada no los sean en otros.

Al ser el orden público de naturaleza artificial, existe diversidad de posturas tanto como autores; por ello, de manera sintética se señala que unas identifican al orden público con las normas de carácter imperativo (como en el caso de la retroactividad de las leyes de orden de público), mientras otras consideran que va desde lo relativo a la supremacía del interés público hasta lo relacionado con la organización estatal y las reglas esenciales e imprescindibles para el funcionamiento del Estado.⁴⁵ Sin embargo, se considera que tales posiciones no logran delimitar el concepto de orden público sino más bien lo vuelven ineficaz, por lo que, en la búsqueda de encontrar mejores explicaciones sobre el tema, se ha tenido que pensar incluso que es necesario auxiliarse de otras disciplinas, como la filosofía del derecho o la metafísica para ese fin.

En un intento por delimitar el orden público como límite a la autonomía de la voluntad se fijan los principios fundamentales y rectores que sostienen la vida en sociedad; sin embargo, debido a que ello se queda corto en el tema,

aplicable a los contratos internacionales: ¿mito o realidad? (Tesis de licenciatura, Universidad de Chile, 2016) 23 - 24.

43 Jorge Joaquín Llambías, Tratado de Derecho Civil, Parte General, tomo I, (Buenos Aires, Editorial Perrot, 1984), 158.

44 *Ibid.* 163.

45 Federico de Castro Bravo, Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad, Anuario de derecho civil, núm. 4 (1982): 1021,1022 y 1023.

se incluye todo lo relacionado al orden constitucional e incluso los derechos humanos reconocidos tanto a nivel nacional como internacional.⁴⁶

Lo relevante en este tema es determinar desde y hasta dónde puede llegar la aplicación de la autonomía de la voluntad, así como identificar el comienzo del orden público que, a su vez, se constituye en la frontera que no puede ser rebasada por la primera. Y es que, no se debe pasar por desapercibido que libertades como la autonomía de la voluntad puedan ser detonantes en diversos escenarios, al punto de pretender derogar derechos de alta supremacía como los derechos fundamentales y, de esa forma, ir en contra de los principios y valores que cimientan los ordenamientos jurídicos; al transgredir el orden público se estima que el número de afectados es indeterminado y, por tanto, no se refiere a personas o entidades individualmente consideradas.

Son diversos los códigos que, a nivel global, se encargan de comprender disposiciones relacionadas con el orden público; dentro de ellas no se hacen esperar las relativas a considerarlo como línea limítrofe de la voluntad de los particulares. En El Salvador, por ejemplo, los artículos 881, 1332, 1338, 1346 del Código Civil hacen referencia a la defensa del orden público frente a la libertad; con términos como el referido anteriormente. En ese sentido, lo que pretenden las leyes es ganar un grado mayor de respeto, puesto que bajo tales indeterminaciones se busca que los destinatarios de la norma no sorprendan la buena fe y encuentren vacíos que les permitan sobreponer y premiar sus intereses en perjuicio de los que ocupan posiciones más vulnerables, o afecten la propia estructura sobre la cual se sostiene el Estado.

⁴⁶ En similar sentido se expresa Melvin Mauricio Peñate Sánchez, “Los límites a la autonomía de la voluntad en la contratación civil salvadoreña” ..., 21.

VIII. Consecuencias

Son diversos los efectos que se pueden derivar de la transgresión del orden público. Así, pueden darse casos donde la vulneración de este venga dada incluso por una ley formal, ante lo cual se podrá restablecer el orden mediante una declaratoria de inconstitucionalidad. En el terreno propio de los contratos, al consignarse cláusulas atentatorias al orden público, se pueden declarar nulas por contener un objeto o causa ilícita. En materia punitiva también se protege el orden público al sancionar conductas contrarias al mismo y que pueden constituir delitos o faltas.

IX. Funciones del orden público

Para encontrar más pistas que ayuden a dilucidar el concepto de orden público, es pertinente traer a mención algunas de las funciones que dicho concepto cumple a nivel técnico-jurídico; siendo algunas de estas las siguientes:

Como cláusula general de la ley: con lo cual se pone de manifiesto la indeterminación que el concepto refleja, lo cual hace que muchas legislaciones lo adopten ya que, debido a su generalidad, permite que se ajuste a las exigencias del momento y se adapte a los cambios que en la realidad se producen. Por ello, se trata de un concepto que, aunque se emplee en diversas sociedades, puede variar en cuanto a la concepción que se tiene de este. El orden público, en modo de cláusula general, se considera como un órgano respiratorio del sistema jurídico, al inhalar diversas ideas del contexto social, económico, político, cultural que en un espacio determinado exista.⁴⁷

Sentido pseudo técnico del orden público: en muchas ocasiones el término es empleado para denotar las consecuencias que se han de generar al irrespetar el carácter imperativo de la ley, siendo esto una especie de *tarrayazo*

⁴⁷ En similar sentido se expresa en Castro Bravo, Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad, 1029.

jurídico, lo cual no en todos los casos resulta conveniente, ya que ello puede dar lugar a redundar en el mismo punto.⁴⁸

Por su parte, el orden público hace alusión a los principios fundamentales del derecho y al conjunto de condiciones fundamentales de vida social instituidas en una comunidad jurídica; algunos consideran que este concepto comprende o incluye a las buenas costumbres. Todas las normas jurídicas tienen por inherencia la imperatividad como característica propia que las distingue del resto de sistemas normativos; sin embargo, cuando una ley es catalogada de orden público se le reconoce prevalencia sobre el resto de normas de la misma especie, ya que se considera que, a través de ella, se protegen valores y principios de mayor peso.

La noción tradicional de orden público ha sufrido también la influencia del más reciente concepto de orden público económico. Según el profesor De Castro en su obra *"Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad"*, la fundamentación normativa de las dos clases de orden público, el jurídico y el económico, es muy diferente. El primero se basa en normas extra positivas, y su específica finalidad es evitar que, por medio de la libertad de contratación, los órganos del Estado se encuentren obligados a imponer algo que repugne el sentido de lo justo o de lo moral; su eficacia se traduce en declarar nulos ciertos convenios que transgredan dicho orden. Mientras que el orden público económico se exterioriza en mandatos legales imperativos, cuya ejecución y exigencia está encomendada a la administración, teniendo la eficacia de imponer determinados comportamientos para establecer la previa ordenación económica.⁴⁹

Cuando se está haciendo referencia a que el orden público funciona como freno a la autonomía de la voluntad, se está advirtiendo que el primero posee supremacía sobre el segundo. Y como sostendría Joaquín Llambías, en

48 *Ibid.* 1032.

49 En similar sentido en: Hernández Fraga y Guerra Cosme, El principio de autonomía de la voluntad contractual civil, 40-41.

principio los ciudadanos, en prosecución de los diversos fines que puedan proponerse, están facultados para realizar cuantos actos jurídicos entiendan apropiados para la obtención de dichos fines;⁵⁰ sin embargo, como todos los derechos, estos no son absolutos y encuentran límites, siendo así el orden público uno de los límites para la autonomía de la voluntad.

X. Las buenas costumbres

En un principio, el uso de las buenas costumbres era bien reducido, de modo que su aplicabilidad práctica no era tan visible. Luego se pasa a encajar en la causa lícita que deben revestir los contratos o negocios jurídicos; por tanto, al incorporarse estipulaciones contractuales contrarias a las buenas costumbres, el acto que deviene en nulo y consecuentemente insubsanable. Los autores modernos tratan de edificar la limitante por fuera del contrato y de la ley, ya sea en los hechos sociales o en el fuero interno de los contratantes. Para autores como Demoge y Savatier, las buenas costumbres eran la moral a la luz de los hechos sociales, los cuales eran variables en el tiempo. Las buenas costumbres se constituyen por los usos imperantes en cada región, cuya presencia registra la opinión pública y tienen, por consiguiente, una presencia objetiva.⁵¹

Las buenas costumbres suponen una serie de prácticas o actos que se positivizan en convicciones de ética social imperantes en un determinado momento histórico.⁵² La costumbre, que fue mucho antes que el derecho positivo, trae un tema nada sencillo de deslindar como los anteriores. Para Eduardo García Máynez,⁵³ la costumbre es un uso implantado en una colectividad y considerado por esta como jurídicamente obligatorio; es el derecho nacido

50 Llambías, Tratado de Derecho Civil, Parte General, 165.

51 Jaime Alberto Arrubla Paucar, "La autonomía de la voluntad y derecho comercial", Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, núm. 78 (1987): 25.

52 Hernández Fraga y Guerra Cosme, El principio de autonomía de la voluntad contractual civil, 36.

53 Eduardo García Máynez, Introducción al Estudio del Derecho, (México, quincuagésima octava edición, Porrúa, 2005), 61-64.

consuetudinariamente, el *jus moribus constitutum*. Asimismo, el autor agrega que para que la costumbre se configure como fuente del derecho deben concurrir dos elementos: uno subjetivo y otro objetivo. El primero consiste en la idea de que el uso en cuestión es jurídicamente obligatorio y debe, por tanto, aplicarse; el segundo consiste en la práctica suficientemente prolongada de un determinado proceder.

Aunque exista cierta relación entre las buenas costumbres y la moral, es necesario establecer diferencias entre ambas a fin de tener mayor claridad sobre el tema. De ese modo, la moral se refiere a los principios básicos basados en leyes naturales que inspiran a la sociedad, es decir impone el deber ser; mientras que la costumbre es un accionar general y repetido por un grupo de personas y que aceptan en su mayoría.⁵⁴

Conclusiones

Se han identificado los límites y alcances del principio de la autonomía de la voluntad, quedando sentado que el referido principio tiene límites precisos como el orden público, la moral y las buenas costumbres, como limitantes constitucionalmente establecidas. Además, cuando la autonomía de la voluntad se manifiesta en derechos concretos como la libre disposición de los bienes, se vería limitada mediante otras instituciones como la función social de la propiedad privada.

Se ha analizado que la autonomía de la voluntad es un derecho privado y un principio fundamental dentro del derecho civil, principalmente en los contratos en los cuales se garantiza una multitud de derechos y obligaciones fundamentales para el desarrollo económico y social que rigen el destino de un país, y que ha sido constitucionalizado, pues en el sistema jurídico de El Salvador existe más de una norma en la cual sustentar la idea de la autonomía

⁵⁴ Hernández Fraga y Guerra Cosme, El principio de autonomía de la voluntad contractual civil, 40.

de la voluntad.

Al estudiar el principio de la autonomía de la voluntad se ha concluido que la libertad de contratación no se ha configurado como un derecho absoluto, pues se establece que dicha libertad se garantizará siempre que se realice con arreglo de las leyes, por lo que se trata de un derecho sujeto a límites; es decir, desde la perspectiva constitucional, el derecho de autonomía de la voluntad no supone que los ciudadanos puedan realizar actuaciones contrarias al ordenamiento jurídico, se debe de respetar las características o elementos propios de cada uno de los contratos.

Bibliografía

LIBROS

- » Fernández Pérez, Ana. El arbitraje entre la autonomía de la voluntad de las partes y el control judicial. Barcelona: J.M. BOSCH EDITOR, 2017.
- » Gobbi Aixa Triay, Florencia. “El principio de la autonomía de la voluntad en las contrataciones”. Trabajo de investigación, Universidad Nacional de Cuyo, 2015.
- » San Vicente Parada, Aida del Carmen. “El principio de autonomía de la voluntad”, teoría del derecho. boletín sin número de publicación.
- » Soro Russell, Oliver. El principio de la autonomía de la voluntad privada en la contratación: génesis y contenido actual. Madrid: Editorial Reus 2016.

TESIS

- » Warner de Tizan, Claudia, Limitaciones a la Autonomía de la Voluntad. tesis para optar al grado de doctorado, Universidad de Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad Nacional de Litoral Colombia, 2011.
- » Mateluna Silva, Cristian Eduardo. de la autonomía de la voluntad como fuente del derecho aplicable a los contratos internacionales: ¿mito o realidad? Tesis de licenciatura, Universidad de Chile, 2016.

- » Peñate Sánchez, Melvin Mauricio. “Los límites a la autonomía de la voluntad en la contratación civil salvadoreña”. tesis para optar al grado Maestro Judicial, Universidad de El Salvador, El Salvador, 2013.

LEGISLACIÓN

- » Constitución de la República. El Salvador: Asamblea Legislativa, 1983.

JURISPRUDENCIA

- » Cámara Segunda de lo Civil de la Primera Sección del Centro. Sentencia definitiva, Referencia: 67-3°CM-16-A. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2016.

FUENTES HEMEROGRAFICAS

- » Arrubla Paucar, Jaime Alberto. “La autonomía de la voluntad y derecho comercial”, Revista De La Facultad De Derecho Y Ciencias Políticas”, n.78 (1987):6-18. Recuperado a partir de <https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/view/488324>
- » Cerra, Pablo. “De la Autonomía de voluntad: noción, limitaciones y vigencias”. *Advocatus*, No. 29 (2017): 160-183.