

# **"L'ORDINE GIURIDICO DEI PRIVATI. Premesse teorico-generalis per un studio sul diritto dispositivo in ambito contrattuale", Mauro Grondona**



**JIMMY J. RONQUILLO PASCUAL**

Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.  
Asistente de Docencia de Derecho Civil y Miembro del Taller de Derecho Civil  
"José León Barandiarán" de la mencionada casa de estudios



#### **SUMARIO:**

- I. Introducción.
- II. El significado económico y jurídico de la autonomía privada.
- III. La relación entre contrato y ordenamiento jurídico.
- IV. El ordenamiento jurídico y el orden jurídico.
- V. El juez frente al ordenamiento jurídico.

## I. INTRODUCCIÓN

En la presente obra, Mauro Grondona busca –haciendo uso para ello de sus conocimientos de historia del derecho, de teoría general del derecho, de comparación jurídica, de economía y de sociología– explicarnos, entre otras cosas, las relaciones entre contrato y ley, esto es, entre autonomía privada y ordenamiento jurídico o, si se prefiere, entre orden jurídico de los particulares y ordenamiento estatal.

Grondona encuentra el punto de equilibrio entre estos valores antagónicos cuando la libertad de los particulares reconocida por el ordenamiento estatal es igual a aquella que los particulares invocan para regular sus negocios. Empero, tal equilibrio, perfectamente entendible en el plano teórico, no siempre está presente en la realidad, en donde pueden acaecer momentos patológicos, entendidos estos como situaciones de conflicto entre reglas privadas (las mismas que representan intereses individuales) y reglas legales (que representan intereses ultra-individuales). Ante tales circunstancias es de fundamental importancia el rol que ha de cumplir el juez, pues es este quien deberá reducir la controversia al equilibrio previamente señalado.

Dicho esto, podemos señalar que el objetivo preciso del presente trabajo es estudiar un particular problema al interior del tema de la autonomía privada: la relación entre el poder negocial de los particulares –consistente en un poder derogatorio de normas dispositivas al momento de predisponer el reglamento contractual– y el poder interpretativo del juez –ejercido en el momento en que este es llamado a resolver una controversia contractual y debe para ello adoptar una postura respecto a aquella derogación–. El juez deberá decidir si aquella derogación le parece o no tutelable teniendo en cuenta los valores consagrados por el ordenamiento legal.

Hemos de notar que el conflicto que ha de resolver el juez es doble: de un lado, se trata de un conflicto entre pretensiones individuales fundadas, ambas sobre el reglamento contractual (al que podríamos denominar conflicto

individual); y del otro, se trata de un conflicto entre reglamento contractual y valores del ordenamiento (al que podríamos denominar conflicto ultra-individual).

En síntesis, podemos decir que lo que en esta oportunidad nos ofrece Grondona es una explicación del problema de la formación del ordenamiento jurídico a partir del rol oculto de la acción económica y jurídica de los particulares. Veamos las ideas que plasma en cada capítulo de su obra.

## II. EL SIGNIFICADO ECONÓMICO Y JURÍDICO DE LA AUTONOMÍA PRIVADA

El ser humano, por su propia naturaleza y por las exigencias del entorno social en el que se desenvuelve, experimenta múltiples necesidades, las cuales busca (o aspira) satisfacer mediante la obtención de algunos determinados bienes. En muchas ocasiones, la consecución de dichos bienes dependerá de la cooperación de otro ser humano, el mismo que a su vez buscará la satisfacción de un interés distinto; es decir, al relacionarse, ambos sujetos buscarán la satisfacción de sus respectivos intereses. Pues bien, es ante tales circunstancias que los sujetos celebran contratos, pues estos son instrumentos que les permiten satisfacer sus más diversos intereses.

Empero, es preciso mencionar dos momentos por los cuales se debe atravesar para llegar a la celebración de un acuerdo: el primero ocurre con la previsión de los intereses que los sujetos desean satisfacer (poder de disponer de sus propios intereses) y el segundo se da con la previsión de los mecanismos, en concreto, con la programación de las reglas jurídicas que permitirán la satisfacción de los intereses previamente seleccionados (autonomía privada o poder de disponer de las reglas jurídicas).

Ahora bien, tal como lo afirma Grondona, aquellas reglas privadas que las partes concretizan en el reglamento contractual deben estar necesariamente previstas en relación con el ordenamiento jurídico, ya que este opera como criterio ordenador del acto de ejercicio de autonomía privada. Con el contrato, las partes asignan un

orden jurídico a determinados intereses económicos individuales; sin embargo, para que las partes respeten y cumplan con lo previsto en este orden privado, es menester que el mismo goce de la protección del ordenamiento estatal y, para que esto último se de, es necesaria la compatibilidad entre reglas de los particulares y reglas del ordenamiento jurídico.

La fuerza del contrato, la misma que lo hace el instrumento de cooperación interindividual por excelencia, está en su vinculatoriedad, espontáneamente observada o coactivamente hecha observar; vinculatoriedad que –como lo señala nuestro autor– justifica el éxito del contrato como instrumento competitivo y cooperativo al mismo tiempo. En tal sentido, el contrato es un instrumento de autodeterminación económica, el cual, dentro de los límites fijados por el ordenamiento estatal, está en capacidad de atribuir certeza jurídica al resultado económico buscado por los contratantes.

Hemos visto ya la noción de autonomía privada desde la óptica jurídica. Ahora, desde el punto de vista económico, la idea de autonomía privada contractual atiende a la idea del actuar humano dirigido a la realización de fines específicos a los cuales el agente mira en el momento en el que se autodetermina a la acción económica. Al centro de esta idea –nos indica Grondona– está el hombre como sujeto pensante, capaz de reflexionar y de evaluar, es decir, seleccionar. La acción económica del individuo tiene como instrumento al intercambio en el mercado, para dicho intercambio le serán de utilidad medios de cooperación como los contratos.

Ahora bien, los individuos, persiguiendo la satisfacción de sus necesidades, compiten y cooperan al mismo tiempo, ya que la posibilidad de lograr el fin previsto depende de la cooperación entre los sujetos del mercado. Ello denota la doble naturaleza cooperativa y competitiva del mercado, de la que nos habla Grondona en los siguientes términos: De un lado, el mercado es el lugar en el que los sujetos, en razón de los intercambios, mejoran recíprocamente sus posiciones iniciales (apreciación que se explica en atención al hecho de que uno valora más lo

que recibe como contraprestación que lo que entrega como prestación); del otro, al interior del mercado los actores compiten entre sí, en el sentido de que cada uno busca asegurarse una utilidad superior a aquella del propio concurrente.

Pues bien, el intercambio realizado en el mercado es calificado jurídicamente, esto es, el ordenamiento jurídico evalúa los intercambios económicos y delimita la libertad individual de autodeterminación económica. Dicha evaluación se encuentra en última instancia a cargo del juez, quien cuenta con un poder sobre el contrato, entendido aquél como un potencial instrumento de alteración de lo acordado. Dicho poder será ejercitado excepcionalmente solo en los supuestos en los que la derogación por parte de los particulares de las normas dispositivas no sea digna de tutela por parte del ordenamiento estatal, el mismo que cumple la función de servir como parámetro para separar las acciones tutelables de aquellas sancionables.

Siendo así, resulta clara la conclusión a la que arriba Grondona, en el sentido de que el individuo, a fin de que pueda determinarse a actuar económicamente, debe contar con un cuadro jurídico general y estable en el cual pueda depositar su confianza respecto a la coincidencia entre sus expectativas económicas dependientes de la acción y los efectos jurídicos de la misma.

### III. LA RELACIÓN ENTRE CONTRATO Y ORDENAMIENTO JURÍDICO

La relación entre ordenamiento jurídico y contrato es la relación entre heterodeterminación jurídica y autodeterminación jurídico-económica. Toda acción económica individual desencadenante en la elaboración de un programa contractual que busque la satisfacción de intereses previamente seleccionados entra en relación con el ordenamiento, sea sobre el plano económico, sea sobre el jurídico. Sobre el plano económico, porque todo fin económico es apreciado por el ordenamiento; sobre el plano jurídico, porque la reglamentación jurídica que los particulares han dado a sus propios intereses es aprobada por el ordenamiento.

Evidentemente, el ordenamiento jurídico no se limita a reconocer y recepcionar los efectos producidos por las reglas jurídicas previstas por los particulares en sus contratos; todo lo contrario, los contratos producen efectos jurídicos en tanto y en cuanto el ordenamiento jurídico considere que los intereses económicos que las partes se proponen reglamentar son merecedores de protección. Es así que el negocio jurídico asumirá positiva relevancia para el ordenamiento estatal, únicamente cuando los valores de los cuales él es portador sean compatibles con los valores que el ordenamiento exprese.

La calificación que del negocio jurídico efectúa el ordenamiento jurídico –de acuerdo a Betti, a cuya concepción se adhiere Grondona– puede darse de tres formas: Si la función práctica del negocio no es socialmente trascendente, el Derecho positivo considerará que su función no es digna de tutela jurídica y, debido a su irrelevancia jurídica, no tendrá ninguna trascendencia jurídica. Si la función práctica es reprobable por el Derecho positivo, el ordenamiento le atribuirá trascendencia jurídica negativa en el sentido de unir efectos jurídicos contrarios al fin práctico. Y si la función práctica del negocio es trascendente socialmente y digna de tutela, el ordenamiento estatal le conferirá una trascendencia jurídica positiva por medio del reconocimiento jurídico del negocio.

En conclusión, para que una conducta negocial se considere legítima, debe superar la calificación efectuada por el ordenamiento jurídico y, en tal sentido, los participantes de la vida económico-social, al actuar, buscan conseguir –como didácticamente lo ha hecho notar Grondona– sus objetivos consistentes en la satisfacción de alguna necesidad (fin inmediato), y confían en que dichos objetivos serán favorablemente evaluados por el ordenamiento (fin mediato).

#### IV. EL ORDENAMIENTO JURÍDICO Y EL ORDEN JURÍDICO

Hemos visto que el individuo, en búsqueda de la satisfacción de sus intereses, puede autodeterminar su acción, pero para ello necesita de reglas sobre la licitud o ilicitud de ciertas conductas. Y

ello es así por cuanto si el individuo no cuenta con alguna certeza sobre las consecuencias jurídicas favorables o desfavorables que seguirán a su acción, no podrá ni siquiera autodeterminarse a actuar. Dicha certeza será obtenida con el establecimiento de un ordenamiento jurídico claro y estable, que garantice el hecho de que los resultados que el individuo busca obtener con la celebración de sus contratos, van a ser tutelados y hechos observar coactivamente en caso de incumplimiento de la contraparte. En virtud de este orden jurídico, el individuo sabe que puede actuar, pero sabe también que, por medio de su acción, no puede lesionar derechos ajenos. Sin embargo, el individuo sabe que fuera de esta limitación, él es libre de decidir cómo autodeterminar sus intereses y las reglas que le permitirán la satisfacción de los mismos. En general, podemos decir que el único límite a la acción individual es que esta no entre en conflicto con determinados valores considerados esenciales para el orden jurídico.

Dicho esto, Grondona se ocupa de explicarnos las posturas de Vassalli y Tedeschi en torno a la formación del orden jurídico. Así, el primero entiende al Derecho objetivo como “el conjunto de reglas en virtud de las cuales los individuos tienen razonable certeza sobre los efectos de sus conductas, y en base a tal certeza pueden decidir realizar determinados programas económico-negociales”. Para Vassalli, “el Derecho no es producto del voluble arbitrio del legislador sino el resultado del trabajo de reflexión y de crítica que es característico del pensamiento doctrinal y de la jurisprudencia”. Criticando lo sostenido por Vassalli, Tedeschi señala que “la aspiración de sustraer el derecho del dominio del legislador para confiarlo a la jurisprudencia no puede encontrar satisfacción, por un simple motivo: la ineludible tendencia del Estado contemporáneo a la intervención en la vida económica y en la jurídica”. Este autor prefiere la arbitrariedad del legislador a aquella de los jueces, por cuanto sostiene que la ley constituye un derecho de fácil cognición inclusive para los profanos.

Grificadas así las posturas de los dos juristas italianos, parece sencillo –por lo que hemos venido diciendo– percibir por cuál tomará

partido nuestro autor: evidentemente por la de Vassalli. Y ello en atención a que, como lo señala Grondona, la vida en sociedad, concretamente, los valores que sostienen el orden social están en constante mutación debido a la búsqueda del desarrollo y progreso al que aspiran los individuos. En tales circunstancias, las reglas jurídicas deben adecuarse a la vida económica y social de tal manera que aquellas puedan regular la dinamicidad de las relaciones jurídicas. Pues bien, nos dice Grondona que para esta constante adaptabilidad del derecho a la realidad regulada, es preferible adoptar el rol no arbitrario sino creativo de la jurisprudencia. El derecho, continúa nuestro autor, debe estar caracterizado por la fluidez, no obstante la fijeza de la forma, justamente porque fluida es la acción humana.

## V. EL JUEZ FRENTE AL ORDENAMIENTO JURÍDICO

Como lo hemos señalado líneas arriba, el juez es el encargado de controlar la compatibilidad entre las pretensiones individuales y el ordenamiento jurídico. Dicho control es efectuado mediante el ejercicio del poder interpretativo con el que cuenta aquél. Grondona nos enseña que, la interpretación, consistente en la actividad intelectual ejercitada por el juez, es causa de la mutación jurídica. Expliquémoslo.

El carácter creativo de la acción económico-jurídica individual, en algunas ocasiones llevará implícita una necesidad de mutación jurídica, es decir, de transformación del contenido de ciertas reglas jurídicas, de introducción de nuevas y de supresión de aquellas que no reportan satisfacción alguna. Entonces, la mutación se origina a partir de la pretensión deducida en juicio; tal pretensión podrá ser –en palabras de Grondona– absolutamente nueva (cuando no exista una regla que la discipline), o bien relativamente nueva (cuando la regla exista, pero sea readaptada a circunstancias nuevas). Pues bien, es al juez a quien le corresponde el control de la mutación jurídica pretendida por los individuos. Resulta claro, entonces, que, a efectos de concretizar la mutación jurídica, se presentan conectadas las acciones (preten-

siones) individuales de las partes en *litis* y la actividad judicial (interpretación). El proceso de interpretación es funcional al proceso de mutación jurídica.

En este capítulo con el que Grondona termina su obra, resulta interesante la apreciación que efectúa: ante el conflicto de pretensiones deducidas en el proceso, el juez deberá resolver a favor de aquella que se muestra compatible con el ordenamiento jurídico y el desarrollo del proceso judicial viene a configurarse entonces como un mecanismo competitivo similar al mercado. Veamos.

Los litigantes construirán argumentos a fin de demostrar que las respectivas pretensiones son fundadas, es decir, compatibles con el ordenamiento jurídico. Dicha demostración es fundamentada en una argumentación, en virtud de la cual las partes se proponen convencer al juez de que su pretensión es legítima. Siendo ello así, y como lo hace notar Grondona, la argumentación desarrolla un doble rol: permite al juez conocer cuál es el razonamiento de las partes y, al mismo tiempo, es vehículo de conocimiento, para el propio juez, del derecho objetivo, es decir, de las reglas en virtud de las cuales este podrá resolver la *litis* (evidentemente, esto último no quiere decir que el juez no tenga un conocimiento autónomo de las normas jurídicas, sino simplemente que dicho conocimiento será influenciado por la actividad argumentativa de las partes).

Vemos entonces que las partes compiten y su objetivo es la aceptación de su pretensión por parte del juez, el mismo que permanece extraño a la competición, concerniéndole l la elección de la argumentación que considera fundada. El juez parece encontrarse en el rol del consumidor, el cual efectúa una selección con respecto a los bienes ofrecidos por los productores; en nuestro caso se trata de una oferta de argumentos jurídicos. El juez viene a ser entonces un consumidor del producto de la competición entre las partes: las argumentaciones. Así pues, la contribución argumentativa de las partes es el factor vital para la mutación jurídica actuada por el juez.

Por otra parte, planteada una argumentación novedosa y acogida por el juez, la decisión de este expresará una regla nueva, la misma que podrá ser reclamada y utilizada por otros sujetos en una *litis* futura. En este sentido, tal decisión representa el objeto de una oferta jurídica como integrante del mercado del derecho.

Como podemos apreciar, la obra de Grondona nos ofrece un análisis de distintos pero interrelacionados temas concernientes a la relación entre autonomía privada y ordenamiento jurídico, a la autodeterminación económica-negocial del individuo, a la formación progresiva del ordenamiento jurídico, al rol que cumple el juez al interior del sistema jurídico, etc.

Las ideas con las que podríamos resumir su pensamiento son las siguientes: la relación entre contrato y ordenamiento estatal encuentra un punto de equilibrio cuando la libertad concedida por el ordenamiento jurídico es la misma que los individuos utilizan en la autorregulación

de sus intereses. En tal sentido, es labor del juez conseguir dicho equilibrio mediante el control de la compatibilidad entre regla privada y regla estatal, y con tal propósito, le es concedido un poder de modificar el contenido del contrato.

El proceso de formación del derecho por la vía de la interpretación judicial se asemeja bastante con la vida del mercado, pues las partes, con la formulación de sus argumentaciones en búsqueda de que se les dé la razón dentro de un proceso judicial, compiten entre ellas y cooperan con el juez ofreciéndole a este un bien: la argumentación más compatible con el ordenamiento jurídico (las partes juegan así un rol equiparable al de los productores en el mercado). El juez deberá decidir entre ambas propuestas (desempeñando el rol de un consumidor en el mercado). Siendo ello así, el juez es el vehículo de mutación jurídica y no se limita a ser la boca que pronuncia las palabras de la ley. Es este mecanismo, graficado por Grondona, el que determina la evolución jurídica.