

*Derecho civil y  
tutela de la persona*



# La Carta europea de los derechos fundamentales y la autonomía privada\*

FRANCESCO DONATO BUSNELLI

Sumario: I. Premisa. II. Mercado y justicia social. III. Política vs. Derecho. IV. La dignidad humana como límite del mercado. V. El principio de solidaridad y la buena fe. V. Conclusión

## I. PREMISA

La Carta europea de los derechos fundamentales (incluida como Parte II de la Constitución europea) parece optar por un principio de autonomía privada aferrado a una libertad individual que, en apariencia, no tiene límites preestablecidos y que se consagra como una forma de salvaguardar un mercado abierto y competitivo.

La libertad de iniciativa económica (*freedom to conduct a business; liberté d'entreprise*) no presenta límites internos y encuentra, simplemente, criterios de *conformidad* con el *derecho de la Unión* y con las leyes y las prácticas nacionales (art. 11-76). Es decir, no se reproducen los límites que condicionan la iniciativa económica en la Constitución italiana (utilidad social, seguridad, libertad, dignidad humana, art. 42, inciso 2), o aquellos que en la Ley Fundamental de la República Federal Alemana (*Grundgesetz*) condicionan de manera genérica la *libertad de acción* con la prohibición de no violar no sólo el ordenamiento constitucional, sino tampoco la "ley moral" (art. 2, inciso 1).

A su vez, la facultad de disponer de los bienes propios (*the right to dispose of his/her possessions; le droit de disposer des biens*) no encuentra limitaciones en razón de los bienes disponibles y podrá ser regulada sólo en la medida necesaria al interés general (art. 11-77), de tal modo que no se reproduce la afirmación según la cual *la propiedad implica responsabilidad*, de donde la Ley Fundamental alemana deduce que *su ejercicio debe servir, además, para el beneficio de la comunidad* (art. 14, inciso 2);

\* Traducción del italiano: ÉDGAR CORTÉS.

como tampoco se reproduce la fórmula sintética italiana de la *función social* de la propiedad (art. 42, inciso 2).

Así, parecerían cumplirse los deseos de quienes proclaman la superación de una Constitución "que seguimos celebrando de forma anacrónica, y a cuya reforma se oponen hoy los postmaxistas y los postgentilianos, unidos en la teológica (o teoleológica) aversión por el liberalismo"<sup>1</sup>. Pero ¿es realmente así?

## II. MERCADO Y JUSTICIA SOCIAL

Como sea, un dato es cierto, y es el del papel central que cobra el libre mercado en la economía moderna y la difundida tendencia a considerarlo como el mejor instrumento para promover la prosperidad económica, conforme con la teoría que se remonta a A. SMITH y D. RICARDO (*ricos sólo porque libres*), o a poner de relieve la capacidad de promover la libertad humana, según el enfoque sugerido por FRIEDRICH VON HAYEK, recientemente propuesto por AMARTYA SEN ("mejor libres que ricos").

De esto es consciente un jurista no propiamente *liberista* como LUIGI MENGONI, que con su autoridad de estudioso y su experiencia de juez constitucional ha sugerido una "nueva lectura de la Constitución en el sentido de la primacía del mercado". Sin embargo, se trata de comprobar si la autonomía privada que delinea la Carta europea de los derechos fundamentales legitima y justifica un "derecho privado que no es gobierno del mercado sino que está gobernado por él" (U. MATTEI).

Y cada vez se hace más evidente el peligro de este ir a la deriva. No me refiero a las discusiones ideológicas (recientes, aunque ya superadas con la pérdida de fascinación por las ideologías) entre quienes han advertido ese peligro en los *Principles of European Contract Law* de la llamada Comisión Lando, vistos como expresión de una ideología de libre mercado, expresión desmentida, en buena hora, por las directivas comunitarias inspiradas en objetivos de justicia social (U. MATTEI), y quienes, por el contrario, han visto en la creciente postura *liberista* de las directivas comunitarias una traición al acostumbrado enfoque solidarista de las propuestas europeas de armonización (A. SOMMA).

Me refiero principalmente a las reacciones suscitadas a raíz del "Plan de acción 2003" (el llamado *Action Plan*) contenido en una Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, sobre "una mayor coherencia del derecho contractual europeo. Un plan de acción". A este documento se le ha reconocido la franqueza de admitir que es necesario mejorar el *drafting* de las directivas, mediante la individualización de un "cuadro de referencia común" (*common frame of reference*) (F. MACARIO), y también se le atribuye el mérito de promover, a tal fin, una novedosa

1 Así el periodista P. OSELLINO en el *Corriere della sera*, 22 de agosto de 2004.

colaboración entre "las oficinas de Bruselas y las *network* de las universidades y de las instituciones de investigación" (V. ROPPO).

Sin embargo, pasando de las cuestiones de estilo a los problemas de fondo, al *Action Plan* se le reprocha esa "aproximación tecnocrática", dirigida esencialmente a "reducir los obstáculos al comercio transfronterizo", lo que evidencia la "preocupación por defender el libre mercado" a la vez que calla casi por completo acerca de las "importantes decisiones políticas que se deben hacer en relación con la justicia social".

El reproche se expresa en términos categóricos y circunstanciados en un *Manifiesto* sobre la "justicia social en el derecho contractual europeo", elaborado en el 2004 por un "Grupo de estudio sobre la justicia social en el derecho privado europeo" (*Rapporteur* H. COLLINS), en el que participaron estudiosos de varios países europeos. Y a este reproche se suma el temor de que el *common frame of reference* proyectado "sea determinado por una *élite* jurídica en combinación con intereses empresariales poderosos y otros grupos de presión eficaces". Es decir, se estaría perfilando el peligro de un "derecho que promueve la integración del mercado, pero que es inadecuado para asegurar la justicia social", de tal forma que se evaporaría la idea misma de un "modelo europeo de mercado social", entendido, para citar de nuevo a L. MENGONI, como modelo dirigido a "promover la utilidad social valorizando las aptitudes intrínsecas del mercado" y al mismo tiempo "corrigiendo con medidas apropiadas las disparidades de modelos contractuales perjudiciales para la libertad y la racionalidad de las decisiones económicas individuales", con la consecuente erosión del contraste tradicional (señalado precisamente por el *Manifiesto*) con "un modelo americano de capitalismo".

Hay quien incluso ha señalado en la redacción del *Action Plan*, el momento culminante del paso de una así llamada cultura jurídica europea a un "difundido americanismo" introducido gracias a un cambio generacional repentino por "una suerte de nueva élite compuesta por jovencuelos de distintas proveniencias europeas, que utilizan como lengua vehicular el inglés", con el fin de desarrollar "una serie de argumentos, todos de derivación norteamericana, informados por una visión del derecho dirigida a incentivar la actividad del mercado antes que a fijar sus límites" (U. MATTEI).

### III. POLÍTICA VS. DERECHO

No es del caso, aquí, someter a un análisis la entidad de las informaciones adoptadas por el *Manifiesto* mencionado, como soporte de los "reproches" dirigidos al *Action Plan* y medir entonces la gravedad de las preocupaciones y de los temores planteados en consecuencia. Como sea y dando por descontada su atendibilidad, teniendo en cuenta la autoridad de la fuente, se trata de entender cuáles sean los remedios propuestos para hacer frente a este *trend*, que se hipotiza, de una progresiva capitulación de las reglas del derecho frente a las imperiosas reglas del mercado.

Ahora bien: la respuesta que se puede desprender del *Manifiesto* parece privilegiar una opción de trasfondo político respecto de un simple recurso al derecho; y cuando se recurre al derecho parece preferirse la vía *democrática* de la reglamentación legislativa rígida, respecto de la llamada vía *autoritaria* de las cláusulas generales confiadas a la apreciación (¿o a la manipulación?) del poder judicial.

En efecto, en cuanto hace al primer punto, el *Manifiesto* termina con un llamado (dirigido a la Comisión, al Consejo de Ministros, y al Parlamento europeo) a favorecer "un diálogo político, mediante el cual las conclusiones alcanzadas sobre la forma de conciliar los valores fundamentales, se acepten gracias a mecanismos de legitimación democrática": sin duda, un noble llamado que acoge y da valor a las aspiraciones de aquellos que invocan "la reconstitución de un espacio de la política" (M. BARCELLONA), pero que sin embargo no ayuda a enfrentar, a su vez y con la oportunidad necesaria, los problemas que incesantemente pone la realidad social (europea) y que el derecho (europeo) debe enfrentar y resolver.

En cuanto al segundo punto, el *Manifiesto* piensa en "un mercado reglamentado [que] satisfaga las necesidades esenciales de los ciudadanos, que van del agua y la electricidad a las comunicaciones, hasta llegar al acceso al crédito". Los estudiosos que comparten este enfoque no dejan de señalar su preferencia por una reglamentación del derecho privado caracterizada por una dimensión político-pública, representada tradicionalmente en *mandatory rules* antes que en la "presencia de cláusulas generales que prevean un control judicial a la autonomía privada" (M. BARCELLONA), conclusión que suscita alguna perplejidad, bien porque, guste o no guste, el derecho privado actual no se puede permitir una postura de desconfianza apriorística sobre el aporte del juez en la construcción del *derecho viviente*, o bien porque, sin duda, no satisface una alternativa que consista en hacer que las inevitables lagunas de un contrato "se colmen de manera aproximada con alguna norma legal, invocada más o menos arbitrariamente y como sea, en su generalidad, lejana al reglamento de intereses" (C. CASTRONOVO).

En cualquier caso, un punto merece ser examinado y, si es posible, refutado: aquel que afirma que sería "inútil hacer el papel de juristas exégetas del derecho europeo [...] para llegar, al máximo, a llevar a cabo armónicos monumentos a nuestra vacía vanidad de cultura jurídica (hoy por hoy subordinada)" (U. MATTEI). Dedicarse a la exégesis del derecho privado europeo no es, a nuestro modo de ver, ni una pérdida de tiempo ni un esfuerzo estéril; por el contrario, es el modo más eficaz para dirigir, *hic et nunc*, y a la espera de tiempos mejores, el derecho privado europeo *quo utimur* hacia aquellos objetivos de justicia social que son evidenciados, oportunamente, por el *Manifiesto*.

En esta dirección se desarrollarán las consideraciones que siguen y que vuelven a confrontarse con la Carta de derechos fundamentales, en el intento de poner de relieve las posibilidades de interacción entre las normas de los artículos II-76 y II-77 de las que partimos y los principios de dignidad y de solidaridad que encabezan, respectivamente, los títulos primero y cuarto de la misma Carta.

## IV. LA DIGNIDAD HUMANA COMO LÍMITE DEL MERCADO

La dignidad humana, declarada *inviolable* por el artículo 11-61 de la Carta, parece asumir el papel de súper-principio, el mismo que en los llamados *four principles* de la bioética estadounidense se reconoce a la *autonomy*; y como sea, sirve para introducir un título (1) que precede a aquel dedicado a las libertades (*liberties, libértés*) (que no a la libertad). Con este esquema que trae la Carta, parecería poder deducirse que la libertad, y en particular la libertad de iniciativa económica, así como en general la libertad contractual, no pueden violar el principio de dignidad humana.

Es decir, a diferencia de lo que se puede decir de la bioética estadounidense, en donde se toma en consideración una noción *subjetiva* de la dignidad, referida a la calidad de vida que autónomamente ha escogido el individuo *competent*, parece que el mensaje constitucional que se puede deducir de la Carta de los derechos fundamentales lleva a creer que la dignidad humana no está confiada al ejercicio absoluto de la autonomía individual, sino que sirve, quizá, a limitar su ejercicio.

Si se aceptara entonces, desde un punto de vista exegético, la legitimidad de una interacción entre el principio de dignidad y las normas de los artículos 11-76 y 11-77 de la Carta, se obtendría un resultado que ya en una primera instancia vendría a redimensionar la aparente falta de límites a las libertades mencionadas en dichas normas; un resultado que parece encontrar de inmediato, aunque circunscrita, una confirmación en la norma del artículo 11-63 numeral 2, que establece (al literal c) la prohibición de "hacer del cuerpo humano y de sus partes, en cuanto tales, fuente de provecho".

Por otro lado, no han faltado las críticas a esta postura, formuladas no sólo por los más fervientes defensores del mercado extendido —à la Posner— a ámbitos en los que tradicionalmente está excluido, sino también de sostenedores convencidos de la necesidad de *moralizar* (o *remoralizar*) el mercado.

Los primeros plantean un problema de admisibilidad de una *Drittwirkung* de los principios de la Carta de los derechos fundamentales, en cuanto tales, y por supuesto también del principio de dignidad, y lo resuelven negativamente al afirmar que un sistema correcto de *Drittwirkung* opera en relación con los derechos (fundamentales) y no en relación con los principios, y agregan además que de todas formas faltaría, en la Carta, una indicación explícita según la cual los derechos emanados de esos principios podrían operar no solamente entre el Estado y el ciudadano, sino también en las relaciones entre privados. No obstante, no parece difícil vencer el formalismo de tales objeciones: por un lado, ellas recuerdan y reproducen la inconsistencia de la vieja distinción entre normas *programáticas* y normas *preceptivas* que por mucho tiempo dividió a los intérpretes de la Constitución italiana; por otro lado, ellas terminan con poner en discusión la naturaleza normativa de los *principios* que representan —son palabras de ZAGREBELSKY— "el máximo acto de orgullo del derecho positivo".

Diferentes son los argumentos que esgrimen los segundos, que parten de una postura de preocupación e incluso de desprecio frente al principio de dignidad. La preocupación es aquella de introducir, por medio de la valorización de este principio, una "subrepticia imposición de modelos de valores dominante, en desmedro del pluralismo y de la diversidad" (G. RESTA); el desprecio es, por ejemplo, el manifestado por el inventor del "caso de la mano robada" (J.-P. BAUD), según el cual "la dignidad humana es una expresión litúrgica" en torno a la cual se articula "toda la actual censura sexual del catolicismo", o por quien, desatendiendo el hecho de que la Ley Fundamental alemana puso la intangibilidad de la dignidad en el primer puesto (art. 1 numeral 1) con el fin de "purificar" toda la barbarie del nazismo, habla de dignidad como de una posible "excusa para cualquier barbarie" (T. CORNAVIN).

Ahora bien: mientras el desprecio en sí mismo no es un argumento y por lo tanto no merece ni siquiera una réplica, la preocupación por que la dignidad "determine una fuerte limitación de los derechos de libertad" debe ser tomada en consideración. Por ejemplo, se podría discutir la cuestión decidida por el Consejo de Estado francés que invocó el principio de la dignidad humana para sancionar la nulidad de un contrato que tenía por objeto el llamado *jeu de nains*, obligando al enano que había consentido voluntariamente a tal juego (ser lanzado por un cañón a modo de proyectil humano) a recurrir a la Comisión europea de derechos humanos para invocar su *dignidad* de trabajador injustamente privado de su trabajo; una cuestión con la que "un libertario no puede no quedar turbado pues quisiera que esta práctica no existiera, pero ¿cómo justificar la prohibición?" (A. MASSARENTI). Pero más allá de casos como estos, sorprendentes, que pueden ser ocasión de confusión o por lo menos de duda, es necesario decir que los principios y por ende, también el principio de dignidad, si deben ser tomados "en serio" no pueden prescindir de un modelo de valores de referencia, de tal forma que la preocupación de *imponer* un modelo de valores conduce, de una forma más o menos advertida, a la adhesión al modelo de valores contrapuesto. De todas formas, los peligros de una (improbable) tendencia autoritaria son, ciertamente, inferiores respecto de aquellos que tradicionalmente han representado los principios de orden público y de buenas costumbres.

Así, en conclusión, parece resistir a las críticas el llamado al principio de dignidad humana para delimitar el ámbito de operatividad de la autonomía privada al tenor de los artículos II-76 y II-77 de la Carta de derechos fundamentales; es esta la línea que el mercado no puede legítimamente superar.

## V. EL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD Y LA BUENA FE

El principio de solidaridad es la gran sorpresa de la Carta de los derechos fundamentales; en efecto, es la primera vez que este principio es afirmado solemnemente en el derecho comunitario (y más generalmente, en el derecho europeo), y además

en una coyuntura histórica caracterizada por una mentalidad "ajena a enfoques solidaristas" y en la que "el principio del libre mercado es objeto de una auténtica mistificación" (G. ALPA).

Si antes de la aparición de la Carta de los derechos fundamentales se podía preguntar, casi con un sentimiento de resignación, si "la solidaridad, en sentido jurídico había llegado al final de la parábola", su recuperación imprevista en el rango de principio autoriza a los comentaristas de la Carta a preguntarse si se está en presencia de una "piedra basilar de la justicia social en Europa" (M. GIJSEN).

Entiéndase bien: se trata de una solidaridad *pálida* en especial si se confronta con aquella que recorre el artículo 2 de la Constitución italiana. La *fuerte* de las normas que se recogen en el título de la Carta dedicado a la solidaridad, consiste esencialmente en el objetivo, ciertamente encomiable, de asegurar un "nivel elevado" de protección (del ambiente, art. 37; de los consumidores, art. 38), sin que al respecto el valor *fuerte* de la solidaridad juegue un papel de primer orden.

Más específicamente, no emergen reglas generales capaces de introducir connotaciones de solidaridad social en la dinámica de las relaciones económicas. Falta, en particular, una referencia explícita a la regla de la buena fe, que también reviste un papel fundamental en la disciplina comunitaria, además de en los proyectos legislativos.

Sin embargo, este aparente hiato entre la regla de la buena fe adoptada por la disciplina comunitaria sin una referencia explícita al principio de solidaridad, por un lado, y el principio de solidaridad que encabeza un título de la Carta de los derechos fundamentales sin una referencia explícita a la regla de la buena fe, por el otro, merece ser colmado por un intérprete que tenga presente la tradicional relación cultural, en los sistemas de *civil law*, entre buena fe y solidaridad; al mismo tiempo, dicho intérprete debe ser consciente de la exigencia de volver a proponer, con términos renovados, esa relación en una perspectiva abierta a la confrontación con aquellas sugerencias que culturalmente puedan venir de los sistemas de *common law*.

El principio de la solidaridad, enunciado en la Carta de los derechos fundamentales, asume así un papel de criterio de orientación (de reorientación) de la buena fe que aparece en el derecho comunitario y que, *de iure codendo*, representa el verdadero *esprit collectif* de los *Principles* elaborados por la Comisión Lando.

Así, pues, emerge la línea de la corrección; más blanda debido a la *pálidez* de la solidaridad europea respecto de aquella, más incisiva, consagrada en la Constitución italiana, pero de todas formas capaz de fijar un límite, justamente correctivo, de cuya operatividad el mercado no se puede sustraer. Ella sirve además para concretar, y al mismo tiempo para circunscribir, el ámbito de operatividad asignado de manera genérica y con una fórmula infeliz (y peligrosa por lo ambigua) a la prohibición de abuso del derecho de la norma que cierra el articulado de la Carta (II-114).

El resultado exegético de esta *sinergia* (así la califica la Corte de Casación italiana, Cass. 10511 del 24 de septiembre de 1999) permite tomar las distancias tanto de las tesis de los *common lawyers* que ven en la buena fe un vehículo destinado a introducir, peligrosamente, *legal irritants* destinados a agredir la *sanctity of contract*, como de aquella de los *civil lawyers* que, por el contrario, ven en la buena fe una regla "perfectamente funcional para preservar el mercado y el orden individualista", y que tachan de ingenuos a quienes creen que "buena fe equivale a socialidad" (M. BARCELLONA).

Nosotros seguimos creyendo que, también en el derecho privado europeo, la regla de la buena fe orientada por el principio de solidaridad no es ni una institución eversiva respecto del mercado (se podría quizá decir, con M. BARCELLONA, que ella tiende a acercar el "mercado real<sup>2</sup> con el "mercado ideal"), ni una institución, por así decirlo, interna a la autonomía de las partes de un contrato destinado a expresar "la misma lógica que imprimen las partes a su acto de autonomía proyectada sobre aquello que en el contrato no resulta regulado" (C. CASTRONOVO).

La buena fe no se pone en la bifurcación entre autonomía y heteronomía: no es ciertamente una fuente heterónoma que sirva para integrar el contrato, pero tampoco es expresión de la voluntad implícitamente referida a la autonomía de los contratantes, a menos que mediante una *fictio* no se transforme lo que es un *posterius* en un *prius*. Para superar la falsa alternativa es suficiente meditar sobre la función *correctiva* del *strictum ius* que la regla de la buena fe asume cuando opera *a posteriori* como criterio de valoración inspirado en el principio de solidaridad y orientado hacia objetivos de justicia social.

## VI. CONCLUSIÓN

En síntesis, la propuesta exegética que aquí se ha desarrollado permite concluir que el mercado está todavía regulado por el derecho y que el derecho *quo utimur* puede todavía perseguir objetivos de justicia social.

Quizá la duda que queda es si esta conclusión será compartida por la generación de los juristas que no tuvieron oportunidad de vivir personalmente la llegada histórica de los principios constitucionales como gran conquista de civilización (no solamente) jurídica.

Cualquier otra propuesta exegética es, por supuesto, legítima, pero persigue un objetivo diferente: el expresado con una brutalidad digna de una mejor causa y arriba mencionado: la superación de la Constitución.