

Reflexiones sobre la nulidad virtual frente a una dimensión constitucional del negocio jurídico

Rómulo Robertpierre Muñoz Sánchez *

Alumno del 4º Año de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la UNMSM.

SUMARIO: 1.- Breves comentarios. 2.- Presentación del problema. 3.- El comportamiento humano. 4.- La libertad. 5.- La autonomía privada. 6.- La eficacia negocial, las situaciones jurídicas y los filtros sociales. 7.- De los impedimentos legales al desarrollo del negocio jurídico. 8.- La invalidez y la nulidad. 9.- La nulidad virtual. 10.- Conclusiones.

Palabras Claves:

- Libertad.
- Constitucionalidad.
- Sanción.
- Discrecionalidad.
- Excepcionalidad.

* Miembro del Taller de Derecho Civil «José León Barandiarán» de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Resumen:

Identificamos que el negocio jurídico recibe un tratamiento incompleto en doctrina, cuando encontramos posturas que omiten darle un viable desarrollo ius fundamental y una potencial tutela de esta índole. Nosotros enfatizaremos en una noción constitucional y no meramente legal del negocio, al conceptuarlo como producto de las libertades económicas de los individuos. Por ende, las limitaciones a su desarrollo, prima facie deben internalizar la prescripción constitucional que exige un mandato legal, típico y taxativo.

La nulidad virtual es una limitación al negocio jurídico que presupone la ausencia de una expresa declaración legal. Esto es crucial, para lograr conceptuarla como un elemento de cierre de nuestro sistema. Ésta puede saturar la regulación jurídica dada a los privados, salvaguardando así la vigencia del resto valores constitucionales descuidados por una ausente previsión legal. Pero al ser una sanción muy imprecisa, debe ser conceptuada como una de naturaleza excepcional y residual.

1.- Breves comentarios.

En este nuestro primer ensayo sobre el negocio jurídico, hemos decidido disertar sobre una posible dimensión constitucional, presente en su especial naturaleza jurídica. Este instituto dogmático construido en los albores de la Alemania histórica, conceptual y racional¹, denominado «negocio jurídico»²; o por los que sugieren llamar las cosas por respeto a su

¹ Reflexiones acerca del método alemán en tal etapa del Derecho, léase a LARENZ, Karl; Metodología de la Ciencia del Derecho, Rodríguez Molinero, Marcelino; segunda edición, Madrid-España, Editorial Ariel S.A., 1980, pp. 31-56. Para una muy creativa sátira sobre el *ethos* vigente en tal contexto, léase a IHERING, Rudolf von; Bromas y Veras en la Ciencia Jurídica (un presente navideño para los lectores de obras jurídicas), Madrid-España, Editorial Civitas S.A., 1987, pp. 215-264.

² Sugerimos para un provechoso estudio preponderantemente bibliográfico y biográfico sobre los vaivenes terminológicos de la Teoría General del Negocio Jurídico a LEÓN HILARIO,

denominación legal, lenguaje común o tradición, «acto jurídico»³; puede ser valorado también como una categoría constitucional, acorde con los valores previstos en nuestra Carta Magna. Así, definiendo al negocio jurídico como un valor *ius fundamental*, lo vamos a confrontar con un supuesto concreto que impide su normal desarrollo. Nos referimos a la nulidad, en especial, a la nulidad virtual.

Esta categoría dogmática civil denominada nulidad virtual, presenta postulados y funciones, que despiertan en nosotros especial interés. Consideramos que esta sanción civil se rige bajo postulados dispares de los que rigen a cualquier otra sanción contemplada en nuestro sistema jurídico. Su función limitativa de las libertades económicas, en salvaguarda de ciertos principios que desarrollaremos a continuación, justifica su aplicabilidad con prescindencia de cualquier envejecida regulación legal. Vemos en ello, la oportunidad perfecta para que la judicatura nacional pueda amoldar sus cánones de justicia, prescindiendo pues, de lineamientos legales previos. Llegando así saturar la regulación jurídica que se le debe brindar a la actividad inter-individual.

Leysser Luggi; El sentido de la codificación civil, *Estudios sobre la circulación de los métodos jurídicos y su influencia en el Código Civil Peruano*, primera edición, Lima-Perú, Palestra Editores S.A.C., 2004, pp. 70-88. Sugerimos para un resumido análisis sobre la existencia y recepción de una Teoría francesa del Acto Jurídico a MORALES HERVIAS, Rómulo; Código Civil de 1936 y doctrina peruana; Recepción de la teoría general del negocio jurídico, en: *Proceso & Justicia, editada por la asociación civil Proceso & Justicia*, N° 05, Lima-Perú, 2005, pp. 131-132. Para efectos del presente ensayo, emplearemos la expresión negocio jurídico para aludir a la categoría legal de acto jurídico.

³ LEÓN BARANDIARIÁN, José; Curso del Acto Jurídico, primera edición, Lima-Perú, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1983, pp. 6. Asimismo, TORRES VÁSQUEZ, Aníbal; Acto jurídico, tercera edición, Lima-Perú, Editorial IDEMSA, 2007, pp. 81-85. Asimismo, VIDAL RAMÍREZ, Fernando; Comentario al artículo 140 del Código Civil, en *Código Civil Comentado, Título Preliminar, Derecho de las Personas, Acto Jurídico*, tercera edición, Lima-Perú, Gaceta Jurídica, 2010, Tomo I, pp. 464. (Respectivamente).

2.- Presentación del Problema.

*Identificamos que el negocio jurídico recibe un tratamiento incompleto en doctrina, cuando encontramos posturas funcionales que lo definen, básicamente, como un programa o un precepto inter-individual con relevancia social o jurídica; o posturas lógicas que lo definen como una *fattispecie*, una norma jurídica privada o un ordenamiento privado; sin identificar que el motivo de su relevancia jurídica radica en la de ser un valor constitucional. Todas estas posturas omiten darle al negocio jurídico un viable desarrollo ius fundamental y una potencial tutela de esta índole, configurándolo más bien, como una mera categoría legal y como tal, sometida a la regulación infra-constitucional vigente, sin ningún reparo en la Constitución. Nosotros enfatizaremos en una noción ius fundamental del negocio jurídico y la respaldaremos con los valores constitucionales vigentes.*

Cuando leemos en nuestra texto constitucional, en su artículo segundo, inciso veinticuatro, apartado a), que «Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe», principio desarrollado también en sus apartados b) y d)⁴. Definitivamente recordamos nuestras clases universitarias de Introducción al Derecho y de Derecho Constitucional. En ellas nos decían que la regla en nuestro sistema jurídico es la libertad y que solo por mandato legal, tal como se desprende de la literalidad de los citados textos, se nos puede obligar o impedir hacer algo.

⁴ Este principio se recogió también en el Digesto, «da facultad natural de hacer lo que place a cada cual, salvo lo prohibido por ley» («Libertas est naturales facultas quis, quod cuique facere libet, nisi si quid vi, aut jure prohibetur», Florentino: Lib. 1, tit. V, ley 4). Ello también en el Código Civil de 1852, este código contenía dos normas en su Título Preliminar - De las leyes en general con el tenor siguiente:

«III.- A nadie puede impedirse la acción que no está prohibida por la ley» y «VII. Ningún pacto exime de la observancia de la ley; sin embargo es permitido renunciar los derechos que ella concede, siempre que sean meramente privados, y que no interesen al orden público ni a las buenas costumbres». La ratio de estos preceptos son de orden constitucional sustentados en la autonomía de la voluntad y en la validez de los actos jurídicos. (véase VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique; comentarios al artículo 2, inciso 24, apartado 2 de la Constitución Política del Perú; en: La Constitución Comentada, *análisis artículo por artículo*, primera edición, Lima-Perú, Gaceta Jurídica S.A., 2005, tomo I.)

Tal principio se refuerza en materia penal y administrativa, a través de los sub-principios de legalidad, tipicidad y taxatividad. Sin embargo, vemos que en la regulación civil tales exigencias constitucionales están debilitadas. La nulidad virtual es muestra de ello. Ésta logra impedir el desarrollo de las libertades de las partes, prescindiendo de una previsión legal, típica y taxativa. Surge en consecuencia, las siguientes interrogantes: ¿qué pasa con el mandato constitucional en materia civil?, ¿qué ocurre con la sanción de nulidad, sobre todo en lo que atañe a la nulidad virtual?, ¿ella debe compartir tal línea de principios o hay razones que justifican un breve y atenuado paralelismo frente a las demás sanciones, ello sin trastocar los lineamientos constitucionales que salvaguardan al negocio jurídico?

En el presente ensayo hablaremos sobre el negocio jurídico y la nulidad virtual. En esta última apreciaremos su especial naturaleza y las razones que justifican su diferenciación con las demás sanciones prevista en nuestro sistema jurídico. Para lograr dicha finalidad consideramos de vital importancia realizar un análisis funcional y dogmático de las figuras jurídicas y económicas que le son afines. Así, realizaremos un breve bosquejo sobre el comportamiento, el interés, los bienes, la libertad y la autonomía privada. Para culminar nos dedicaremos al estudio de los momentos patológicos del negocio jurídico, en estricto sobre la invalidez y en ella, la nulidad virtual.

3.- El comportamiento humano, entre la necesidad y la libertad.

Para empezar a escribir sobre el negocio jurídico, consideramos que es urgente referirnos anticipadamente a su natural expresión fenoménica. Hablamos del comportamiento humano que no es más, a su vez, que la libertad fenomenalizada⁵. Éste, como fenómeno social, es posible de ser

⁵ ESPINOZA ESPINOZA, Juan; Los Principios contenidos en el Título Preliminar del Código Civil peruano de 1984, *Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial*, segunda edición, Lima-Perú, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2005, pp. 234.

analizado bajo distintas dimensiones, ya sea en el lado político, económico, sociológico o jurídico⁶.

El comportamiento humano, bajo un enfoque filosófico y jurídico, es la síntesis de la interacción dialéctica entre el orden de la necesidad y el orden de la libertad⁷. Bajo tal lineamiento, el comportamiento humano es necesidad, cuando enfatizamos en algunos aspectos suyos; sobre todo en sus limitaciones. Y es libertad, cuando tengamos en consideración otros; sobre todo, en las posibilidades de opción que tienen los sujetos⁸.

⁶ Haciendo extensivo el análisis, es necesario a la vez brindar una consideración, por decirlo en términos metafóricos, al centro de propulsión de este comportamiento. Es decir, el interés. Entendemos por interés, aquel juicio de valor al beneficio recibido en una vinculación. El individuo orienta su actuar bajo la expectativa de salir del estado de sufrimiento actual, rumbo a un estado de bienestar futuro. En todo campo se puede reflejar tal estímulo denominado por cierta disciplina como «maximización de la utilidad», léase a BECKER, Gary; «El enfoque económico del comportamiento humano», en: Información Comercial Española, N° 557, España, 1980, desarrollado por BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo; Derecho y Economía, *análisis económico de las instituciones legales*, segunda edición, segunda reimpresión, Lima-Perú, Palestra Editores S.A.C., 2010, pp. 74-76. Asimismo, POLINSKY, A. Mitchell; Introducción al análisis económico del Derecho, Álvarez Flores, J. M.; primera edición, Barcelona-España, Editorial Ariel S.A., 1985, pp. 22. Asimismo, POSNER, Richard; El Análisis Económico del Derecho, primera edición, México, Fondo de cultura de México, 1998, pp. 11-13.

⁷ «En todo el universo de la realidad humana y en las leyes que lo gobiernan están presentes, en conjunto, el orden legal de la necesidad y el orden legal de la libertad. La necesidad tiene una preponderancia absoluta a nivel inferior de la realidad física, en que está el hombre por su cuerpo y por el ambiente material en que, cuerpos entre cuerpos, transcurre su existencia. Pero la necesidad va cediendo espacios siempre mayores a la libertad mano a mano que el hombre transita a los niveles superiores de la realidad, hasta alcanzar el máximo de expansión, cuando el hombre alcanza el nivel, más específico, de la vida espiritual». (véase FALZEA, Angelo; El Negocio Jurídico como Acto Normativo «premisas de la distinción entre autorreglamento de intereses y autonomía individual», Morales Hervías, Rómulo; Milán-Italia, Guiffré Editore, 1997, pp. 4 de la separata).

⁸ Otra interpretación concibe al comportamiento humano como un fenómeno de naturaleza unitaria, sometido en su totalidad a los órdenes de la necesidad y de libertad; y que una pretendida escisión solo obedece a una exigencia de método. «El hombre es libre en la medida en que puede ser el punto final de una imputación, esta libertad, que le es atribuida en el orden social, no es incompatible con la causalidad a la cual está sometida en el orden de la naturaleza» (véase KELSEN, Hans; Teoría pura del derecho, *Introducción a la Ciencia del Derecho*, Nilve, Moisés; octava edición, Buenos Aires- República de la Argentina, Editorial universitaria de Buenos Aires «EUDEBA», 1982, pp. 31).

Bajo nuestro punto de vista, todo ser humano orienta su comportamiento inducido por la exigencia de acabar con una sensación de carencia (necesidad). Tal condicionamiento ata al individuo al orden de la necesidad. Orden que se muestra irresistible y común a su naturaleza. Este yugo es propio de la interacción de las leyes de la causalidad en el hombre. Bajo la disciplina de tales leyes, el individuo no es libre, no controla, ni opta. Por tanto, para identificar el comportamiento libre, ha de situarse por encima del mundo empírico donde imperan estas leyes; ya que aquí el hombre es un mero objeto causal.

El orden de la libertad impera en el decidir, en la auto-creación. El ser humano es libre porque decide. Por ello es responsable de su existencia y coexistencia. Por ello, el hombre se angustia ⁹. Su existencia es un constante decidir. Su vida no le es dada hecha, sino él la tiene que hacer ¹⁰.

La necesidad y la libertad son nociones que encuentran en forma conjunta a la vida humana su máxima expresión. El ser humano es reflejo de su interrelación dialéctica.

Ahora, todo ser humano se desenvuelve orientado por la consecución de fines. Fines a los que está atado con necesidad y obtenidos con plena libertad. Estos fines redefinen y describen el obrar humano.

La finalidad del actuar humano es la consecución de los diversos medios vitales, necesarios para acabar con su estado de insatisfacción. Esta fi-

⁹ «El hombre está forzado a elegir entre los posibles proyectos. Tiene que decidirse. Y estas decisiones previas a todo acto psíquico, pensante, afectivo o volitivo. El decidirse es anterior a la voluntad, que es precisamente lo que pone en marcha nuestra decisión. Y el elegir, el decidirse, es una forzosidad: la forzosidad de ser libres. El hombre es libertad que se proyecta. Libertad irrenunciable, constitutiva. (véase FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos; El Derecho como libertad, tercera edición, Lima-Perú, Editorial ARA, 2006, pp. 113).

¹⁰ RECASÉNS SICHES, Luis; Introducción al Estudio del Derecho, primera edición, México, Editorial PORRÚA, 1991, pp. 17. Asimismo DAICHES RAPHAEL, David (D.D. RAPHAEL); Filosofía Moral, Utrilla, Juan José; primera edición, México, Fondo de cultura Económica, 1986, pp. 199 y ss.

nalidad funciona como la causa eficiente, como el motor de tal actuar¹¹. La ausencia en el propio patrimonio de tales medios vitales, despiertan en los sujetos intereses. Por los intereses, los individuos interactúan en un determinado contexto social, luchando¹² o cooperando¹³.

Un interés, bajo una visión subjetiva, es aquella «valoración de un bien, es decir, la apreciación de aquello que, en relación a una necesidad, constituye un bien. Lo cual sería, precisamente, un acto de la inteligencia sobre la valoración de un objeto (bien) como medio de satisfacción de la misma necesidad»¹⁴. Es aquel juicio de valor, concreto y particular, que realiza un sujeto a la utilidad o idoneidad de un bien para efectos de satisfacer una necesidad¹⁵.

¹¹ VON IHERING, Rudolf, *El fin en el Derecho*, primera edición, primera reimpresión, Buenos Aires-República de la Argentina, Editorial Bibliográfica Omeba, 1960, pp. 8.

¹² VON IHERING, Rudolf; «La Lucha por el Derecho», Posada, Adolfo; Vila-Vallés, Eduardo; Cesare BECCARIA, «*De los delitos y las penas*», Tomas y Valiente, Francisco; E. WOLF, «*R. Von Ihering*», Truyol, Antonio; primera edición, Buenos Aires-República de la Argentina, Librería «El Foro», 2004.

¹³ Para una lectura de la cooperación en la concepción de las obligaciones, véase BETTI, Emilio; *Teoría General de las Obligaciones*, De los Mozos, José; Madrid-España, Editorial Revista de Derecho Privado, 1969, tomo I. Los negocios jurídicos son producto de este segundo campo de interacción social. Son producto de un tipo concreto de vinculación que los individuos buscan desarrollar para lograr la consecución de sus diversos intereses. Satisfaciendo sus necesidades y ejerciendo sus libertades.

¹⁴ DE CUPIS, Adriano; *El Daño*, Martínez Sarrión, Ángel; primera edición, Barcelona-España, Editorial Bosch, 1975, pp. 110.

¹⁵ BIANCA, Cesare Massimo; «El Interés», FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón; en: *Ius et Veritas*, N° 09, Lima-Perú, 1998, pp. 111. Encontramos otros sectores doctrinarios que se muestran partidarios de una teoría objetiva del interés, así Francesco Carnelutti afirma que el interés *no significa un juicio, sino una posición del hombre, o más exactamente: la posición favorable a la satisfacción de una necesidad. La posesión del alimento o del dinero es, ante todo, un interés, porque quien posea uno y otro está en condiciones de satisfacer su hambre*. (véase CARNELUTTI, Francesco; *Sistema de Derecho Procesal Civil, Introducción y funciones del proceso civil*, Niceto Alcalá-Zamora y Castillo; Sentís Melendo, Santiago; Buenos Aires-República de la Argentina, Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana «UTEHA», 1944, pp. 11.) En sede nacional el interés es definido como «todo estado de tensión que se presenta entre el sujeto que quiere satisfacer una necesidad y el bien idóneo para ello». (véase ESCOBAR ROZAS, Freddy; *Teoría General del Derecho*, 5 ensayos, Lima-Perú, Editorial ARA, 2002, pp. 152.)

Siendo la finalidad de los seres humanos, lograr obtener bienes¹⁶ para saciar sus necesidades y ejercer sus libertades. Es necesario que el Derecho erija su aparato normativo y de coerción social, para efectos de satisfacer de la manera más adecuada estas cruciales finalidades. En cualquier etapa de la evolución del Derecho, estas finalidades han estado presentes. Constituye en sí, uno de sus pocos datos constantes¹⁷.

El Derecho civil, (y en sí, todo el Derecho privado) «se basa en la opinión de que el orden más adecuado para las relaciones jurídicas de los individuos es el que ellos mismos establezcan y, por tanto, en este sentido, da amplia facultad a los interesados. Para este propósito, el instrumento que ellos disponen es la especie más importante de acto jurídico, es decir, el negocio jurídico»¹⁸. Con el negocio jurídico las partes autorregulan sus intereses, dando órdenes a sus bienes en ejercicio de sus libertades.

¹⁶ DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio; Instituciones de Derecho Civil, segunda edición, primera reimpresión, Editorial Tecnos, Barcelona España, 2000, volumen I, pp. 247. Asimismo, ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLF, Martin; Tratado de Derecho Civil, Pérez Gonzales, Blas; Alguer, José; segunda edición, Barcelona-España, Editorial Bosch, 1953, tomo I, pp. 533, nos comenta que la consideración de bien no debe estar encasillada a las visiones meramente doctrinarias, sino de acuerdo a las exigencias del tráfico. Asimismo, COVIELLO, Nicolás; Doctrina General del Derecho Civil, De J. Tena, Felipe; cuarta edición, México, Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana «UTEHA», 1938, pp. 271. El último de los juristas citados, realiza una distinción entre objetos de derechos, entre ellos los bienes; y los objetos de los negocios jurídicos, entre ellos los derechos. El autor afirma que el objeto de los negocios jurídicos son el conjunto de derechos y deberes que se generan o se ceden. (Ibidem pp. 269.) Niega que un derecho sea a la vez objeto de otros derechos. Sin embargo, nuestro sistema lejos de teorizar y privilegiar el acucioso sentido de la razón, se ha inclinado por satisfacer las exigencias prácticas. Así, en el catálogo legal de bienes susceptibles de ser objetos de derechos reales, se ha incluido a los derechos que versen sobre inmuebles, en tanto ciertos e inscribibles. Sobre lo dicho, léase a TORRES VÁSQUEZ, Aníbal; Derechos Reales, Lima-Perú, Editorial IDEMSA, 2006, tomo I, pp. 155 y 156.

¹⁷ VECCHIO, Giorgio del; Filosofía del Derecho, Recaséns Siches, Luis; primera edición, Barcelona-España, Editorial Bosch, 1980, pp. 477.

¹⁸ VON TUHR, Andreas; Derecho Civil, Teoría General del Derecho Civil Alemán, Ravá, Tito; primera edición, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1947, volumen II, pp. 131. «La categoría más importante dentro de los actos voluntarios y lícitos es la constituida por los negocios jurídicos que son la manifestación de voluntad dirigida a obtener un fin práctico consistente

Esta concepción del negocio jurídico, parte del reconocimiento como sus realidades fácticas, la necesidad y la libertad del hombre. Siendo, en consecuencia, el negocio jurídico un acto de libertad, objeto de tutela constitucional y de centralidad jurídica.

Como acto de libertad, el negocio jurídico tiene relevancia social y jurídica; como acto de libertad el negocio recibe juridicidad. Sin embargo, el camino del negocio jurídico a la plena satisfacción de las necesidades y de las libertades, pasan necesariamente por otros filtros: como el de la validez y el de la eficacia. Estos últimos pueden entorpecer los fines negociales, por ello se conceptúan como limitaciones al desarrollo negocial.

4.- La libertad y sus consideraciones constitucionales.

Para efectos de completar nuestra libertaria noción del negocio jurídico, consideramos urgente realizar un breve esboce sobre la libertad. Sobre la noción de libertad encontramos muchas acepciones. Para efectos del presente ensayo, hablaremos de la libertad negativa. Una definición acerca de la libertad en su acepción negativa, la encontramos en Locke, cuando define el estado de naturaleza: «es éste un estado de perfecta libertad para que cada uno ordene sus acciones y disponga de posesiones y personas como juzgue oportuna, dentro de los límites de la ley de la naturaleza, sin pedir permiso ni depender de la voluntad de ningún hombre»¹⁹. En Hobbes: «se entiende por libertad, según el más próximo significado de la palabra, la ausencia de impedimentos externos, impedimentos que, a menudo, pueden quitarle a un hombre parte de su poder para hacer lo que quisiera, pero que no le impiden usar el poder que le quede, según

en la constitución, modificación o extinción de una situación jurídicamente relevante». (véase TRABUCCHI, Alberto; Instituciones de Derecho Civil, *Parte General, Negocio Jurídico, Familia, Empresa y Sociedad*, y *Derechos Reales*, Martínez-Calcerrada, Luis; Madrid-España, Editorial Revista de Derecho Privado, 1967, tomo I, pp. 147).

¹⁹ LOCKE, John, Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil, *un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del Gobierno Civil*, Carlos Mellizo, primera edición, primera reimpresión, Madrid-España, Alianza Editorial, 1994, pp. 36.

los dictados de su juicio y de su razón»²⁰. Se conceptúa así la libertad como el austero escudo de la individualidad.

Berlin encuentra un fundamento de tal concepción de la libertad, en las palabras de Jhon Stuart Mill: «en su famoso ensayo no dice que, a menos que se deje que cada individuo viva como quiera en la parte de su conducta que le concierne meramente a él, la civilización no avanzará; la verdad no verá luz, por faltar el libre intercambio de ideas; no habrá ocasión para la espontaneidad, la originalidad, el genio, la energía espiritual y el coraje moral. La sociedad quedará abrumada por el peso de la mediocridad colectiva. Todo lo que sea valioso y distinto será aplastado por la carga de la costumbre, por la tendencia constante de los hombres hacia la conformidad, que alienta únicamente seres humanos de tipo estrecho, inflexible y mezquino, torturados y reducidos al tamaño enano (...) La defensa de la libertad tiene como fundamento el fin negativo de evitar la interferencia»²¹.

Así como el autor antes citado, nosotros no compartimos plenamente tales sentencias. Nosotros consideramos que la libertad como valor, es digno de ser promovido no por constituir un impulsor social, ni por ser un mecanismo de bienestar económico; sino por ser una pretensión racional y razonable del propio ser humano. Pretensión emparejada a su especial existencia. Sin libertad el individuo se ahoga, es mercantilizado y almacenado como el resto de las cosas. Por ello, la misma vida humana, libertad en proyección, exige una sociedad que la tutele, que la considere como centro de atención social. Una sociedad que le permita determinar, autodeterminar, el destino de sus propios intereses, para con ello realizar su especial proyecto de vida²².

²⁰ HOBBS, Thomas; *Leviatán*, Mellizo, Carlos; primera edición, Madrid-España, Alianza Editorial, 1994, pp. 110.

²¹ BERLIN, Isaiah; *Sobre la libertad*, Madrid-España, Alianza Editorial, 2004, pp. 213.

²² FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos; *Libertad, Constitución y Derechos Humanos*, Lima-Perú, Editorial San Marcos, 2003, pp. 86.

Todos los individuos tenemos la posibilidad y el poder de orientar el destino de nuestros bienes y derechos, acorde a nuestra especial consideración e interés. Ello es el contenido y definición esencial de nuestras libertades económicas y a la vez exigencia de nuestra particular dignidad²³. Estos dos valores constitucionales se conceptúan como las bases del negocio jurídico. Por ende, una limitación al desarrollo del negocio, implica intervenir en esto dos valores ius fundamentales que el Derecho salvaguarda.

5.- La autonomía privada como valor individual y social.

Todas estas libertades se concretiza en un categoría jurídica denominada «autonomía privada»²⁴. La autonomía privada es definida como «la apti-

²³ «Quien observe de modo minucioso el articulado que comprende nuestra Constitución Económica, podrá percatarse que junto a cada disposición que establece como primer principio la más amplia libertad en materia económica, existe un principio, no de signo opuesto sino complementario, que recoge los supuestos sociales de un Estado Social y Democrático de Derecho y que redundan también en la protección de la persona humana y su dignidad, como fundamento antropológico de todo el corpus constitucional». Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional EXP. N.º 00228-2009-PA/TC. Asimismo, «En una economía social de mercado, el derecho a la libertad de empresa, juntos con los derechos a la libre iniciativa privada, a la libertad de comercio, a la libertad de industria y a la libre competencia, son considerados como base del desarrollo económico y social del país, y como garantía de una sociedad democrática y pluralista. (STC 01963-2006-AA/TC)». Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional EXP. N.º 03116-2009-PA/TC.

²⁴ «El negocio jurídico no es el resultado del ejercicio de una facultad, es decir, de un obrar lícito según el Derecho o, mejor, no es solamente el resultado de este, sino que es ante todo, el resultado del ejercicio de un poder o de una potestad. Y la autonomía privada se identifica con este poder o potestad. Poder de producir cambios jurídicos y de producir del único modo posible: con el establecimiento (o modificación o derogación) de una norma jurídica». (véase FERRI, Luigi; La autonomía privada, Mendizabal, Luis Sancho; Madrid-España, Editorial Revista de Derecho Privado, 1969, pp. 43.) «Para autorizada doctrina española, la autonomía privada «es una consecuencia del concepto de persona y consiste en un poder que el orden jurídico confiere al individuo para que gobierne sus propios intereses. Es un poder de autorregulación de intereses y relaciones jurídicas propias desplegada por el mismo titular de ellas. Podría definirse como un poder de gobierno de la propia esfera jurídica». Agrega la citada doctrina que: «[...] no se trata simplemente de reconocer un ámbito de libre actuación

tud del individuo, en cierto sentido connatural a él, para dar regla, por sí mismo, a sus propios intereses; el ordenamiento, en sus disposiciones sobre el negocio jurídico, afronta y regula este fenómeno de la autonomía, el cual pasa a constituir, así, el substrato material de tales normas»²⁵.

La autonomía privada es un poder de configuración de reglas, de órdenes. El presupuesto del ordenar es el poder. El poder es la libertad de hacer cambios en la esfera propia o en la ajena²⁶. En nuestro caso es realizar mutaciones jurídicas que el titular quiere tanto en el propio patrimonio como en el patrimonio ajeno. Mediante este poder, el titular logra auto-determinar y publicitar aquellas situaciones jurídicas subjetivas²⁷

a la persona, sino de algo más. No es por esto autonomía privada lo mismo que la libertad individual. Reconocer libertad significa permitir hacer; dar al individuo una esfera de actuación. Reconocerle autonomía es reconocerle soberanía para gobernar la esfera jurídica. Existe autonomía cuando el individuo no solo es libre, sino que es además soberano para dictar su ley en su esfera jurídica.» (véase DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio; Sistema de Derecho Civil, cuarta edición, Madrid-España, Editorial Tecnos, 1982, volumen I, pp. 387, citado en ESPINOZA ESPINOZA, Juan; Acto Jurídico Negocial, primera edición, Lima-Perú, Gaceta Jurídica S.A., 2008, pp. 20) «En mi opinión, esta propuesta doctrinaria resulta interesante; pero está impregnada de un dogmatismo inútil. En efecto, la discusión acerca de si el negocio jurídico resulta ser un instrumento de la autonomía privada o de la libertad jurídica, acusa tintes de filigrana mental». (Ibidem, pp. 234)

²⁵ SCOGNAMIGLIO, Renato; Contribución a la Teoría del Negocio Jurídico, León Hilario, Leysser Luggi; primera edición, Lima-Perú, Editorial Grijley, 2004, pp. 106. Asimismo, FLUME, Werner; El Negocio Jurídico, González, José María Miguel; Gómez Calle, Esther; cuarta edición, Madrid-España, Fundación Cultural del Notariado, 1998, pp. 23.

²⁶ CARNELUTTI, Francesco; Teoría General del Derecho, primera edición, Lima-Perú, ARA Editores E.I.R.L., 2006, pp. 195-206.

²⁷ Preferimos hablar de situaciones jurídicas y no de derechos y deberes, debido a que el primero constituye el *genus* de las segundas, y no solo de ellas, sino de las diversas situaciones jurídicas a la que un sujeto puede llegar a ser titular, ya sea de un derecho subjetivo o uno potestativo o de un derecho precario *-una situación jurídica es precaria cuando subsiste o se mantiene hasta que otro decida su terminación-* (MORALES HERVIAS, Rómulo; Situaciones jurídicas subjetivas, Advocatus, Nueva Época, Revista editada por los alumnos de la facultad de Derecho de la Universidad de Lima, N° 19, Lima-Perú, 2009, pp. 327) de una particular facultad, de un poder, de un legítimo interés, de un interés difuso, de un interés colectivo o de una expectativa. Todas ellas en lo que atañe a las denominadas situaciones jurídicas de ventaja. O de situaciones jurídicas de desventaja como los deberes jurídicos, las obligaciones, las sujeciones, las cargas y las responsabilidades, ya sea civil o penal. De

que aspira crear, regular, alterar, garantizar o extinguir; realizando de esta manera su libertad²⁸.

Sin embargo, la relación dialéctica entre la libertad individual y el sistema social vigente, hace que la primera sea tolerada solo cuando ésta internalice ciertos postulados y limitaciones. Entre tales limitaciones tenemos, por ejemplo, al bien común, a los otros derechos individuales, la seguridad en el tráfico jurídico, la tutela de la confianza, el orden público, etc. Todas estas exigencias se plasman en los filtros sociales denominados validez y eficacia. Todo negocio jurídico para ser viable debe ser válido y eficaz; o en su acepción negativa, no debe ser inválido e ineficaz.

Una libertad desenfrenada ahoga la libertad de los demás. La libertad del pez grande es la muerte del pez chico. Por ello, estos límites se alzan en defensa de los que aún la libertad no les sirve y que sin embargo, aclaman protección.

En la autonomía privada son las partes las que están en condiciones, en ejercicio de sus libertades, de tomar las riendas de sus propios intereses a través de reglas privadas. A través de reglamentos concretos e individuales que recogidos por el Derecho le son impuestos a las partes con rigor. Estos reglamentos funcionarán como normas, tan exigibles como cualquiera otra. Pero la Constitución que garantiza la libertad, no la puede hacer antisocial. Por ello, este escueto lado subjetivo de la autonomía privada que enfatiza solamente en la vinculación inter-individual; debe

situaciones jurídicas mixtas como la patria potestad, protestad marital, la curatela, la tutela o el estatus. (GALLO, Paolo; *Istituzione di diritto Privato*, León Hilario, Leysser Luggi; segunda edición, Turín-Italia, G. Giappichelli Editore, 2000, pp. 3 de la separata).

²⁸ Mediante el negocio jurídico, las partes ejercer su derecho a la libre contratación. Este «derecho garantiza, prima facie: 1. La autodeterminación para decidir la celebración de un contrato, así como la potestad de elegir al co-celebrante. 2. La autodeterminación para decidir, de común acuerdo, la materia objeto de regulación contractual. Así pues, en perspectiva abstracta, esta es la determinación del ámbito protegido del derecho fundamental a la libertad de contratación». Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional EXP. N.º 02736-2004-AA/TC.

*ser atemperado por una perspectiva social, que reclame la existencia, por así decirlo, de un aspecto objetivo de la autonomía privada*²⁹.

*En conclusión, este poder que les es concedido por la Constitución a los particulares para decidir sobre sus bienes y derechos, debe necesariamente estar en armonía con el resto de valores y prerrogativas que el sistema jurídico visto en su extensa generalidad impone*³⁰. Las libertades, centro de toda sociedad y orgullo de la modernidad, deben ser conducidas por los vigilantes lineamientos sociales, para lograr mantener la viabilidad de las contradicciones. De ello deriva una visión social que enfatice en las funciones que la autonomía privada y el negocio jurídico, que es su expresión³¹, deben cumplir.

²⁹ «Para el Tribunal Constitucional es claro que los acuerdos contractuales, incluso los suscritos en ejercicio de la autonomía privada y la libertad contractual de los individuos, no puede contravenir otros derechos fundamentales, puesto que, por un lado, el ejercicio de la libertad contractual no puede considerarse como un derecho absoluto y, de otro, pues todos los derechos fundamentales, en su conjunto, constituyen, como tantas veces se ha dicho aquí, ni más ni menos, el orden material de valores en los cuales se sustenta todo el ordenamiento jurídico peruano» «. Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional EXP. N° 0858-2003-AA/TC.

³⁰ «La libertad de contrato constituye un derecho fundamental, sin embargo, como todo tal libertad encuentra límites en otros derechos constitucionales y en principios y bienes de relevancia constitucional. Desde tal perspectiva, resulta un argumento insustentable que lo estipulado en un contrato sea absoluto, bajo la sola condición de que haya sido convenido por las partes. Por el contrario resulta imperativo que sus estipulaciones sean compatibles con el orden público, el cual, en el contexto de un Estado constitucional de derecho, tiene su contenido primario y básico en el conjunto de valores, principios y derechos constitucionales. En consecuencia, debe examinarse si la estipulación analizada constituye además una irrazonable autor restricción, de determinados derechos constitucionales». Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional EXP. N. ° 06534-2006-AA/TC.

³¹ El negocio jurídico, es la expresión máxima de la autonomía privada de los particulares, «en tanto que a través de él se cumple una de sus funciones: el nacimiento, modificación o extinción de las relaciones jurídicas para la satisfacción de aquellos intereses o necesidades. La autonomía privada, por medio del negocio jurídico, crea, modifica o extingue relaciones jurídicas». (véase DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio; Instituciones de Derecho Civil, segunda edición, primera reimpresión, Editorial Tecnos, Barcelona-España, 2000, volumen I, pp. 305.) Asimismo TABOADA CÓRDOVA, Lizardo; Acto jurídico, Negocio jurídico y Contrato, primera edición, Lima-Perú, Editorial Grijley E.I.R.L., 2002, pp. 303.

Ya identificada la función central del negocio jurídico, plasmar el ejercicio de libertades, vemos que un impedimento a su conformación o a su desarrollo tiene implicancias constitucionales; ya que implica una limitación a las libertades de las partes, a las libertades económicas de todos los ciudadanos³². Por ende, surge la interrogante: ¿Todas estas limitaciones, todas ellas, deben estar contempladas legal, típica y taxativamente?

Creemos que la respuesta correcta no puede ser la afirmativa, ya que una previsión legal exigida para limitar las libertades puede no internalizar todas las restricciones que en un caso concreto, en un tiempo y en un espacio determinando, se necesiten. Sin embargo, es necesario que esto se conceptúe como una excepción en la limitación de las libertades, y ver en la previsión legal, la verdadera regla.

6.- La eficacia negocial, las situaciones jurídicas y los filtros sociales.

Como mencionábamos, el negocio jurídico es el mecanismo por el cual, y en virtud de una especial licencia del sistema, los individuos pueden conseguir determinadas situaciones jurídicas³³ enlazadas a satisfacer sus necesidades y desarrollar sus libertades; siendo estas dos exigencias, aquellos fines que el negocio jurídico debe cumplir. La generación de estas situaciones jurídicas se denomina eficacia jurídica. Y en alusión al

³² «En este marco, un accionar del Estado que limite injustificadamente el libre desarrollo de una actividad económica privada o que la sesgue de modo arbitrario, (...) no sólo significará la vulneración de los derechos económicos fundamentales recogidos en la Constitución, sino que representará, de la misma forma, la traición del espíritu libertario que el modelo de economía de mercado inscrito en la Constitución ostenta y con ello el desconocimiento del fundamento antropológico de dignidad humana que el mismo postula». Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional EXP. N.º 00228-2009-PA/TC.

³³ «Tienen el nombre de «situaciones jurídicas subjetivas», los modos, diversos y múltiples, en los cuales el Derecho, para la realización de ciertos hechos, valora los comportamientos humanos. Es así como la tradición científica y la práctica judicial ubican, al lado del deber, al derecho, a la facultad y al poder de tener un determinado comportamiento». (véase IRTI, Natalino; Introducción al estudio del Derecho Privado, Morales Hervías, Rómulo; León Hilario, Leysser Luigi; primera edición, Lima-Perú, Editorial Grijley, 2003, pp. 93.)

evento por el cual éstas se desencadenan, el negocio jurídico es calificado de eficaz.

Por eficacia «debemos entender aquella cualidad de algo que le permite obrar, teniendo por consiguiente una actividad (propia o derivada) que le posibilita actuar, logrando hacer efectivo un intento o propósito»³⁴. En nuestro caso, la concesión por parte del Derecho, del conjunto de situaciones jurídicas que las partes busca alcanzar³⁵. La eficacia negocial se define como «la productividad de los efectos jurídicos (mutaciones jurídicas o cambios de situaciones jurídicas subjetivas). El contrato (y demás negocios jurídicos) es eficaz cuando produce sus efectos jurídicos»³⁶.

Es el sistema jurídico el que dota de eficacia al negocio, previa evaluación de su contenido y forma. El Ordenamiento funciona de esa manera como un filtro, condicionante de la tutela que puedan exigir los particulares en la celebración de un negocio jurídico.

³⁴ LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo; El Negocio Jurídico, primera edición, Lima-Perú, Studium Editores, 1986, pp. 381.

³⁵ BRECCIA, Umberto; BIGLIAZZI GERI, Lina; NATOLI, Ugo; BUSNELLI, Francesco D.; Derecho civil, «normas, sujetos y relación jurídica», Hinestroza, Fernando; Santa fe de Bogotá-Colombia, Editorial de la Universidad Externado de Colombia, 1992, tomo I, volumen I, pp. 352. ESCOBAR ROZAS, Freddy; Teoría General del Derecho, 5 ensayos, Lima-Perú, Editorial ARA, 2002, pp. 24. FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón; «La obligación: apuntes para una dogmática del concepto», en: Themis, N° 27-28, Lima-Perú, 1994, BARBERO, Doménico; Sistema del Derecho Privado, *Introducción, Parte Preliminar Y Parte General*, Sentis Melendo, Santiago; Buenos Aires-Republca de la Argentina, Ediciones jurídicas Europa-América «EJEA», 1967, Tomo I, pp. 149. Asimismo, NICOLÒ, Rosario; *istituzioni si diritto privato*, situaciones jurídicas subjetivas, A. Giuffrè Editore, 1962, Advocatus, Nueva Época, Revista editada por los alumnos de la facultad de Derecho de la Universidad de Lima, N° 12, Lima-Perú, 2005, pp.103. Asimismo, TRIMARCHI, Pietro; *Istituzione di diritto Privato*, León Hilario, Leysser Luggi; décimo primera edición, Milán-Italia, A. Giuffrè Editore, 1996. Asimismo, GAZZONI, Francesco; *Manuale di diritto privato*, Rivera, José Luis Gabriel; sétima edición, Nápoles-Italia, Edizioni Scientifiche Italiane, 1998, pp.2 de la separata.

³⁶ MORALES HERVIAS, Rómulo; Estudios sobre Teoría General del Contrato, primera edición, Lima-Perú, Editorial Grijley, 2006, pp. 528.

La presencia de estos filtros es parte del reconocimiento de la autonomía privada, previsto por el Derecho. «El reconocimiento de la autonomía privada constituye, esencialmente, un fenómeno de recepción, por el cual el orden impuesto por las partes a sus intereses propios es elevado a la esfera del Derecho, es lógico que el orden jurídico provea también a fijar los presupuestos a que subordina su reconocimiento»³⁷.

«La función ordenadora del Derecho se manifiesta en los sistemas jurídicos a través de la valoración normativa de los diferentes actos de autonomía privada, mediante esquemas legales que pueden ser específicos o genéricos. Todo acto de autonomía privada para ser jurídicamente vinculado debe ser valorado o medido normativamente»³⁸. Ello sin desligarse de la naturaleza social que es contenido de cualquier previsión normativa»³⁹.

En conclusión, podemos definir la eficacia del negocio jurídico, como la idoneidad para ser fuente de situaciones jurídicas que las partes intervinientes en su celebración, buscan alcanzar para satisfacer sus necesidades y desarrollar sus libertades. También que la eficacia es el producto de una calificación legal, y como tal no puede evadir los lineamientos constitucionales vigentes, ni las exigencias sociales de paz y bien común.

³⁷ BETTI, Emilio; Teoría General del Negocio Jurídico, Martín Pérez, A.; Granada-España, Editorial Comares, 2000, pp. 191.

³⁸ TABOADA CORDOVA, Lizardo; Acto jurídico, Negocio jurídico y Contrato, op. cit., pp. 123.

³⁹ SCHLESINGER, Piero; La autonomía privada y sus límites, León Hilario, Leysser Luggi; en: Proceso y Justicia «Revista de Derecho Procesal», Editada por la Asociación Civil Taller de Derecho, N° 3, Lima-Perú, 2002. «Ningún ordenamiento ha aceptado jamás asumir de manera acrítica el papel de protector incondicional de los pactos privados. Hemos vistos, además, que ya en un plano pre jurídico, dichos pactos no siempre parecen ser merecedores de total aprobación a fortiori; por ello el derecho -sin importar cuál fuera la fuente: leyes, estatutos, jueces, costumbres, etc.- reivindican siempre un papel de dirección y control de los actos de autonomía, para decidir si, cuándo, y cómo, conceder «justiciabilidad» a los compromisos asumidos por los particulares».

Este mecanismo de calificación social puede traer como resultados: o la promoción preliminar de su eficacia (validez)⁴⁰ o su represión (invalidéz). Por ende, en este segundo punto, la invalidez, como cualquier otro que frustre el desarrollo del negocio y que se constituya como una barrera para la satisfacción de las necesidades individuales y sobre todo, para el ejercicio de las libertades; prima facie ameritaría someterse al mandato constitucional que exige una previsión legal.

7.- De los impedimentos legales al desarrollo del negocio jurídico⁴¹.

Uno de estos graves entorpecimientos que tienen las libertades individuales en materia negocial, está constituido por la nulidad virtual. La nulidad virtual es especie de la nulidad civil, que a su vez es especie del género invalidéz.

⁴⁰ «El juicio de conformidad del acto con opciones del sistema postula ciertamente, en forma lógica, que el negocio, en cuanto válido, sea además idóneo, a lo menos potencialmente, para producir efectos jurídicos (o, de todos modos, para ser parte integrante de un supuesto de hecho productor efectos jurídicos)» (véase BRECCIA, Umberto; BIGLIAZZI GERI, Lina; NATOLI, Ugo; BUSNELLI, Francesco D.; Derecho civil, «hechos y actos jurídicos», Hinestroza, Fernando; Santa fe de Bogotá-Colombia, Editorial de la Universidad Externado de Colombia, 1992, tomo I, volumen II, pp. 996.).

⁴¹ Para un detenido análisis: SCOGNAMIGLIO, Renato; Contribución a la Teoría del Negocio Jurídico, op. cit., pp. 482. Asimismo, PALACIOS MARTÍNEZ, Eric; La nulidad del Negocio Jurídico, principios generales y su aplicación práctica, primera edición, Lima-Perú, Juristas Editores E.I.R.L., 2002, pp. 87. Asimismo, BARASSI, Ludovico; Instituciones de Derecho Civil, García de Haro de Goytisolo, Ramón; Barcelona-España, Editorial José M. Bosch, 1955, volumen I. Asimismo, BORDA, Guillermo; Tratado de Derecho Civil, Buenos Aires-República de la Argentina, Editorial Perrot, 1983, tomo II. Asimismo, ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLF, Martin; Tratado de Derecho Civil, *Parte General*, op. cit. Asimismo, DUCCI CLARO, Carlos; Derecho Civil, *parte general*, cuarta edición, Santiago de Chile-Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2005. Asimismo, DE RUGGIERO, Roberto; Instituciones de Derecho Civil, *Introducción y parte general, derecho de las personas, derechos reales y posesión*, Serrano Suñer, Ramón; Santa-Cruz Teijeiro, José; traducción de la cuarta edición italiana, Madrid-España, Instituto Editorial REUS, volumen I. Sobre un muy breve esbozo de las vicisitudes del contrato: MESSINEO, Francesco; Manual de Derecho Civil y Comercial, Sentis Melendo, Santiago; Buenos Aires-República de la Argentina, Ediciones jurídicas Europa-América «EJEA», 1971, tomo IV, pp. 516.

La nulidad virtual es un impedimento legal al desarrollo de la autonomía privada, es decir, al ejercicio de las libertades económicas de las partes. Este impedimento legal, y aquí la razón de nuestro ensayo, se caracteriza por el grado de indeterminación de su prescripción. Su naturaleza, como norma de cierre, despierta cierta inseguridad en sus alcances; poniendo en tela de juicio la certeza que debe recoger cualquier previsión legal. Antes de ahondar en ello, consideramos atendible teorizar previamente sobre la ineficacia y la invalidez.

La ineficacia puede ser definida lícitamente en negación de lo que es la eficacia, «significa: la intrínseca insuficiencia del acto para producir sus efectos»⁴². Así, es ineficaz un negocio jurídico cuando «no se dan sus efectos perseguidos (ineficacia originaria), o pueden hacerse cesar (ineficacia sobreviniente), o no se los puede hacer valer frente a ciertas personas (ineficacia relativa-inoponibilidad)»⁴³.

«La ineficacia, en general, puede derivarse de la falta de uno de los elementos esenciales (causa intrínseca); o bien, de la falta o de la presencia de una circunstancia extrínseca al negocio mismo, pero que, o por voluntad de las partes o por la ley, es necesaria que exista o que falte, según los diversos casos, para que el negocio produzca todos sus efectos (causa extrínseca)»⁴⁴. Así, dentro de los supuestos de ineficacia del negocio

⁴² CARNELUTTI, Francesco; Teoría General del Derecho, op. cit., pp. 403.

⁴³ BARBERO, Doménico; Sistema del Derecho Privado, Introducción, Parte Preliminar Y Parte General, op. cit., pp. 632. «La ineficacia del negocio jurídico es la calificación negativa por parte del ordenamiento jurídico respecto a un comportamiento humano que evidencia intereses no merecedores de tutela. El negocio no produce efectos jurídicos por dos situaciones (...) la primera, por la confrontación entre la norma jurídica que establece el tipo de negocio, y por eso todos los elementos que conciernen a su estructura, y el supuesto de hecho concreto colocado por las partes; la segunda es la confrontación entre la norma o las normas que determinan los efectos del tipo de negocio hipotético y la idoneidad del supuesto de hecho concreto para poder ser atribuido por esos efectos» (véase MORALES HERVIAS, Rómulo; Estudios sobre Teoría General del Negocio Jurídico, primera edición, Lima-Perú, ARA Editores E.I.R.L., 2002, pp. 245.)

⁴⁴ COVIELLO, Nicolás; Doctrina General del Derecho Civil, De J. Tena, Felipe; op. cit., pp. 357.

*jurídico, tenemos a la ineficacia estructural, originaria o intrínseca (invalidéz) y a la ineficacia funcional, sobreviniente o extrínseca (ineficacia en sentido estricto)*⁴⁵.

8.- La invalidez y la nulidad.

*La invalidez es el juicio de desaprobación jurídica hecha a los diversos actos negociales que no se muestran idóneos, según ciertos cánones vigentes, para lograr tener atención, garantía y eficacia por parte del Derecho*⁴⁶. Esto acarrea una imposibilidad o precariedad de la producción de los efectos jurídicos queridos por las partes. Por ende, su imputación constituye un grave impedimento a la satisfacción de los fines del negocio.

Clásicamente es definido un negocio jurídico inválido, como aquel que deriva su origen en virtud de una causal que vicia su conformación o que

⁴⁵ La ineficacia estructural «es aquella que se presenta al momento mismo de la celebración del negocio jurídico, es decir, se trata de un negocio jurídico afectado por una causal de ineficacia desde el momento mismo de su celebración o formación» Ahora bien, por el contrario, la ineficacia funcional «a diferencia de la ineficacia estructural o invalidéz, supone en todos los casos un acto jurídico perfectamente estructurado, en el cual han concurrido todos sus elementos, presupuestos y requisitos de orden legal, solo que dicho acto jurídico por un evento ajeno a su estructura debe dejar de producir efectos jurídicos» TABOADCÓRDOVA, Lizardo; Acto jurídico, Negocio jurídico y Contrato, op. cit., pp. 307. «El juicio de invalidéz del contrato se debe formular en relación con la situación de hecho y con las normas vigentes en el momento de su perfección; las vicisitudes posteriores no tocan, en general, tal juicio» (véase BIANCA, C. Massimo; Derecho Civil, el contrato, Hinestroza, Fernando; Cortés, Edgar; primera edición, Santa fe de Bogotá-Colombia, Editorial de la Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 633.).

⁴⁶ "La invalidez como inidoneidad del reglamento para la atribución de sus efectos típicos y fundamentales es una situación que necesariamente precede a la ineficacia, como falta de poner a disposición de tales efectos por parte del orden jurídico. En cuanto tal, aquella queda siempre claramente distinguida de esta última así como no se presta a ser confundida con su efecto» (véase SCALISI, Vincenzo; «invalidita e inefficacia. Modalita' Assiologiche della negozialita, Zamudio Espinal, Carlos; en: Rivista di Diritto Civile, n° 2, Anno XLIX, Padúa-Italia, Casa editrice Dottor Antonio Milani «CEDAM», 2003, pp. 14 de la separata).

la interrumpen⁴⁷. Estas «casuales responden a una defectuosidad del supuesto de hecho en qué consiste el negocio jurídico, o en otros términos, las causales que se refieren a poner de relieve algún defecto en los componentes de la estructura negocial»⁴⁸.

Nosotros consideramos que la invalidez es «la particular condición del reglamento o programa, que, no siendo idóneo a la conexión de los efectos típicos y fundamentales y no pudiendo como tal pretender garantía jurídica de la propia realización, ni siquiera puede pretender la propia conservación por la contradicción lógica y normativa que no permite una conservación en lugar de una realización que, se sabe ya, no puede tener lugar»⁴⁹. La invalidez es la negación de la vocación del negocio jurídico para producir efectos jurídicos.

La naturaleza jurídica de la invalidez es la de una sanción civil; es un juicio de reprobación jurídica por la configuración fallida de las par-

⁴⁷ Así se «denomina inválido, propiamente, el negocio en el que falte o se encuentre viciado alguno de los elementos esenciales, o carezca de uno de los presupuestos necesarios al tipo de negocio a que pertenece. Invalidez es aquella inidoneidad para producir los efectos esenciales del tipo que deriva de la lógica correlación establecida entre requisitos y efectos por el dispositivo de la norma jurídica y es, conjuntamente, la sanción del deber impuesto a la autonomía privada de utilizar medios adecuados para la consecución de sus fines propios» (véase BETTI, Emilio; Teoría General del Negocio Jurídico, Martín Pérez, A.; op. cit., pp. 405.) Asimismo, STOLFI, Giuseppe; Teoría del Negocio Jurídico, Santos Briz, Jaime; Madrid-España, Editorial Revista de Derecho Privado, 1959, pp. 77 y ss. Asimismo, SANTORO PASSARELLI, Francesco; Doctrina General del Derecho civil, Hechos y Actos jurídicos, Luna Serrano; Madrid-España, Editorial Revista de Derecho Privado, 1964, pp. 241. Asimismo, TABOADA CÓRDOVA, Lizardo; Acto jurídico, Negocio jurídico y Contrato, op. cit., pp. 305.

⁴⁸ PALACIOS MARTÍNEZ, Eric; La nulidad del Negocio Jurídico, principios generales y su aplicación práctica, op. cit., pp. 127. También debido a que el acto de libertad es manifestamente lesivo a los intereses que la sociedad protege. Estas causales se «refieren a la ilicitud del negocio por contravención a las normas imperativas en forma expresamente sancionada o en forma virtual». En virtud de estos diversos factores, la ineficacia estructural puede ser graduada, en nulidad y en anulabilidad.

⁴⁹ SCALISI, Vincenzo; «invalidità e inefficacia. Modalità Assiologiche della negozialità», Zamudio Espinal, Carlos; op. cit., pp. 15 de la separata.

tes⁵⁰. Esta sanción en definitiva constituye una limitación a la libertad de las partes. El negocio jurídico inválido es vetado, y la libertad que la contiene es impedida de desarrollarse. Por tal motivo, la invalidez como limitación de las libertades económicas, ameritaría registrarse por los lineamientos establecidos en nuestra Constitución, aquella consagrada en su artículo segundo, inciso veinticuatro y apartados a), b) y d). Por ello, la existencia de una causal de invalidez debe estar prevista legal, típica y taxativamente; y los privados advertidos de esta grave limitación.

Un supuesto concreto de la invalidez, es la nulidad⁵¹. «Se dice que la voz «nulidad» deriva de la palabra «nulo» cuyo origen etimológico proviene de «nullus»: de «ne» que significa «no» y «ullus» que significa alguno, haciendo que por nulo deba entenderse «lo falto de valor y fuerza para obligar o tener; por ser contrario a las leyes, o por carecer de las solemnidades que se requieren en la sustancia o en el modo»⁵².

⁵⁰ SCOGNAMIGLIO, Renato; Contribución a la Teoría del Negocio Jurídico, León Hilario, Leysser Luggli; op. cit., pp. 473. Asimismo, BIANCA, C. Massimo; Derecho Civil, *el contrato*, Hinestroza, Fernando; Cortés, Edgar; op. cit., pp. 632. Asimismo, STOLFI, Giuseppe; Teoría del Negocio Jurídico, Santos Briz, Jaime; op. cit., pp. 77. Asimismo, DIEZ-PICAZO, Luis; Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, *Introducción, Teoría del contrato*, op. cit., pp. 452. Asimismo PALACIOS MARTÍNEZ, Eric; La nulidad del Negocio Jurídico, principios generales y su aplicación práctica, op. cit., pp. 91. Asimismo, TABOADA CORDOVA, Lizardo; Acto jurídico, Negocio jurídico y Contrato, op. cit., pp. 300. Asimismo, IRTI, Natalino; La nulidad como sanción civil, Carreteros Torres, Nélvor; Morales Hervias, Romulo; en: *Cathedra, Espíritu del Derecho, Revista de los estudiantes de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos*, Año VII, N° 11, Lima-Perú, 2004, pp. 27.

⁵¹ «La nulidad es un supuesto específico de la categoría de la invalidez que se configura por una patología de los elementos esenciales del negocio jurídico» (véase ESPINOZA ESPINOZA, Juan; Acto Jurídico Negocial, op. cit., pp. 498.) Asimismo, TORRES VÁSQUEZ, Aníbal; Acto jurídico, op. cit., pp. 752. Asimismo, COVIELLO, Nicolás; Doctrina General del Derecho Civil, De J. Tena, Felipe; op. cit., pp. 357.

⁵² PALACIOS MARTÍNEZ, Eric; La nulidad del Negocio Jurídico, principios generales y su aplicación práctica, op. cit., pp. 97. «La nulidad solo excluye el fin principal del contrato (u otro negocio jurídico) -el cumplimiento-, pero no otra serie de efectos que, como la devolución de la cosa entregada o una indemnización de daños, tienen también su base en el mismo» (véase ASÚA GONZÁLEZ, Clara I.; La culpa in contrahendo, *Tratamiento en el Derecho alemán y presencia en otros ordenamientos*, Editorial Ellacuría S.A.L., Bilbao, 1989, pp. 26)

Su previsión legislativa está en defensa de intereses sociales, de terceros e incluso de las mismas partes, en sí de todos aquellos quienes pueden verse afectados por posibles efectos indirectos o reflejos del negocio. De ello se desprende la posibilidad de poder ser declarado nulo un negocio jurídico, a pedido de cualquier tercero con legítimo interés⁵³. Es decir, no está condicionada su acción a un supuesto de legitimación cerrado. El plazo de prescripción es el más largo de nuestro sistema. Tal plazo no rige para la excepción de nulidad. El negocio nulo está imposibilitado de poder ser convalidado, confirmado o ratificado. La única posibilidad es la conversión legal⁵⁴.

Por ello, las partes no pueden corregir o evadir la reprobación jurídica hecha por el ordenamiento al ejercicio de su autonomía privada. Los órganos jurisdiccionales, mediante una sentencia declarativa, solo se limiten a reconocer; mas no a modificar; esta realidad jurídica que por efecto de la reacción inmediata del ordenamiento jurídico, ya es nula⁵⁵.

Sin embargo, hay supuestos o causales de nulidad que presentan cierta indeterminación, diríamos polémica indeterminación, en donde este efecto inmediato de la nulidad, es secundado a la consideración y valoración de un juez o árbitro. Este último será el que verifique si realmente el nego-

⁵³ «Cuando un contrato está afectado de nulidad absoluta, todos los interesados pueden prevalecerse de esta nulidad; es decir, en primer lugar, los contratantes y luego todos los que tengan interés en hacer constar dicha nulidad del acto, lo que comprende a todos los causahabientes de los contratantes» (véase COLIN, Ambrosio y CAPITANT, Henri; Curso elemental de Derecho Civil, *Teoría General de Las Obligaciones*, DE BUEN, Demófilo; Madrid-España, Editorial REUS S.A., 1924, tomo III, pp. 703).

⁵⁴ TABOADA CÓRDOVA, Lizardo; Acto jurídico, Negocio jurídico y Contrato, op. cit., pp. 316. Asimismo, TORRES VÁSQUEZ, Aníbal; Acto jurídico, op. cit., 765. Asimismo ESPINOZA ESPINOZA, Juan; Acto Jurídico Negocial, op. cit., pp. 490. Asimismo PALACIOS MARTÍNEZ, Eric; La nulidad del Negocio Jurídico, principios generales y su aplicación práctica, op. cit., pp. 116. Léase a PALACIOS MARTÍNEZ, Eric; La conversión y la nulidad del Negocio Jurídico, primera edición, Lima-Perú, ARA Editores E.I.R.L., 2002.

⁵⁵ «Si el negocio nulo está privado en absoluto de los efectos que con él se perseguían, la consecuencia natural de ello es que esa nulidad se dé por sí misma, que para que se dé no sea necesario ni una declaración de las partes emitidas al efecto, ni una sentencia judicial» (véase ORTEMANN, Paul; Invalidez e ineficacia de los negocios jurídicos, en: Revista de Derecho Privado, Año XVI, N° 186, Madrid-España, 1929, pp. 72.)

cio jurídico está en curso de estas causales de invalidez y por ende, el negocio jurídico será declarado nulo. En tales parámetros encontramos a la nulidad virtual.

9.- La nulidad virtual como amenaza y como exigencia constitucional.

La nulidad virtual tiene su fuente ius fundamental en el artículo segundo, inciso catorce de la Constitución Política del Perú. Este mandato constitucional prescribe que «toda persona tiene derecho: A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público». Su fuente legal está en el artículo V del Título Preliminar del Código Civil, que establece: «Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres». También en el artículo 229° del mismo cuerpo legal, en su inciso cuarto, que prevé: «El acto jurídico es nulo; cuando su fin sea ilícito»; y en su inciso octavo, que nos remite a lo establecido en el Título Preliminar:

La nulidad virtual, en contraposición a la nulidad textual⁵⁶, «es aquella que sin venir declarada directamente por el supuesto de hecho de una norma jurídica, se deduce o se infiere del contenido de un negocio jurídico, por contravenir el mismo orden público, las buenas costumbres o las normas imperativas»⁵⁷. «La nulidad virtual implica, que la norma no haya previsto expresamente la nulidad del negocio, sino que ella debe ser deducida y sancionada por contravenir su mandato, aunque ésta no lo haya específicamente contemplado. Tenemos entonces que la nulidad virtual sería una forma de castigar los negocios que se oponen a una norma imperativa imperfecta en la que no se ha dispuesto literalmente la sanción de nulidad»⁵⁸.

⁵⁶ TORRES VÁSQUEZ, Aníbal; Acto jurídico, op. cit., 765. «Se habla de nulidad expresa o textual cuando es dispuesta por la ley caso por caso (ejemplo, el art. 219. 1 que dice: el acto jurídico es nulo: 1. Cuando falta la manifestación de voluntad del agente), y nulidad virtual o tácita cuando no estando sancionado expresamente, se deduce por el acto contrario a norma de carácter imperativo, al orden público o las buenas costumbres». (Ibidem)

⁵⁷ TABOADA CÓRDOVA, Lizardo; Acto jurídico, Negocio jurídico y Contrato, op. cit., pp. 326.

⁵⁸ PALACIOS MARTÍNEZ, Eric; La nulidad del Negocio Jurídico, principios generales y su aplicación práctica, op.cit., pp. 125.

La nulidad virtual presupone la ausencia de una expresa declaración legal que sancione al negocio jurídico como nulo; si el ordenamiento jurídico sanciona con nulidad a un negocio de manera textual, valorando la ausencia de uno de sus elementos o requisitos; ya no estamos ante un supuesto de nulidad virtual, sino de nulidad expresa⁵⁹.

La contradicción a normas legales imperativas⁶⁰ hace que el negocio jurídico carezca o de un objeto jurídicamente posible o de un fin

⁵⁹ En doctrina italiana, DI BONA, Laura; DE CICCIO, M. Cristina; FERRONI, Lanfranco; VILELLA, Aquila; *Le nullità negoziali di diritto comune, speciali e virtuali*, Milan-Italia, A. Giuffrè Editore, 1998, pp. 615. «La categoría conceptual de la denominada nulidad virtual: se le atribuye la función (de cierre) de sancionar con nulidad las hipótesis en las cuales la norma imperativa no haya previsto expresamente las consecuencias de su violación» (véase ESPINOZA ESPINOZA, Juan; *Acto Jurídico Negocial*, op. cit., pp. 534). Asimismo, en doctrina francesa, MAZEAUD, Henri y León; MAZEAUD, Jean; *Lecciones de Derecho Civil, Introducción al Estudio del Derecho Privado, Derecho Objetivo, derechos subjetivos*, Alcalá-Zamora y Castillo, Luis; Buenos Aires- República de la Argentina, Ediciones jurídicas Europa-América «EJEA», 1960, Parte primera, volumen I, pp. 514. «se incurre en ella cuando, habiendo determinado los requisitos de validez, el legislador ha omitido indicar la sanción de su inobservancia: nulidad virtuales. En efecto, los requisitos impuestos por el legislador sería letra muerta si los particulares pudieran eludirlos impunemente; hay que considerar, pues, la nulidad que resulta de la voluntad tácita del legislador». (Ibidem, pp. 518).

⁶⁰ Una norma legal se caracteriza: «su momento de nacimiento siempre está bien determinado y procede de un órgano establecido para este fin, (...) es genérica, posee un elemento de universalidad (...) y su vigencia es de tal naturaleza que normalmente sólo cesa en las condiciones y en el tiempo que ella misma señala o que determina una nueva ley». (véase REALE, Miguel; *Introducción al Derecho*, Brufau Prats, Jaime; sexta edición, Madrid-España, Ediciones Pirámide S.A., 1984, pp. 123 y 124.) «La ley así entendida comprende toda norma propia del ius scriptum, la Constitución –la ley de grado superior–, la ley propiamente dicha (en sentido material y formal) y la ley sólo tal en sentido formal o sólo tal en sentido material (el reglamento)». (véase LEÓN BARANDIARIÁN, José; *Tratado de Derecho Civil, Comentarios actualizados del código civil de 1936 al código de 1984*, Lima - Perú, Gaceta Jurídica, 2002.) «Desde el punto de visto de su vocación normativa, las normas pueden clasificarse en imperativas y supletorias. La norma imperativa es aquella que debe ser necesariamente cumplida por los sujetos, sin que exista posibilidad lógica-jurídica contraria». (véase RUBIO CORREA, Marcial; *El sistema jurídico introducción al derecho*, décima edición, Lima-Perú, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009, pp. 96.)

lícito⁶¹. En estos casos estamos ante un supuesto de nulidad textual, ya que el juez o árbitro solo tiene que verificar el cumplimiento de la causal legalmente prevista en el Código⁶². Sin embargo, la aplicabilidad de la nulidad virtual parte de una consideración distinta; ésta es una sanción principialista, no legal, hecha al contenido del negocio jurídico. El juez o árbitro para determinar la inidoneidad del reglamento negocial, empleará como base al conjunto de principios y valores vigentes en nuestro sistema jurídico.

La nulidad virtual es la valoración del negocio jurídico a través de filtros sociales, axiológicos, políticos, económicos y morales, distintos y en ausencia de filtros legales. Ello es así por más que la nulidad virtual esté prevista en abstracto legalmente. Ver en la nulidad virtual como dato extra-legal es crucial para lograr conceptualizarla como un elemento de cierre de nuestro sistema jurídico. Solo así ésta puede saturar la regulación jurídica dada a los privados.

Por ende, en nuestro sistema jurídico puede sancionarse con nulidad a un negocio jurídico, pese a que no haya norma legal que prevea, típica y taxativamente la causal de invalidez. El artículo V del Título Preliminar del Código Civil establece que es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres. Es decir, que es nulo el negocio jurídico abstractamente ilícito. Pese a que la redacción de este artículo prevé que es una ley el eje rector de la nulidad, las leyes que interesan al orden público y a las buenas costumbres...». Encontramos acertada la postura doctrinaria que considera que los principios y valores de orden público pueden también anular negocios jurídicos, pese a que no hayan sido plasmados en normas jurídicas⁶³.

⁶¹ MORALES HERVIAS, Rómulo; *Patologías y Remedios del contrato*, primera edición, Lima-Perú, Juristas Editores E.I.R.L., 2011, pp. 229 y ss.

⁶² Una consideración distinta ROPPO, Vincenzo; *El contrato*, a cura de Ariano Deho, Eugenia; primera edición, Lima-Perú, Gaceta Jurídica S.A., 2009, pp. 683.

⁶³ ESPINOZA ESPINOZA, Juan; *Acto Jurídico Negocial*, op. cit., pp. 545. Asimismo, RUBIO CORREA, Marcial; *El Título preliminar del código civil*, novena edición, Lima-Perú, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2008, pp. 103.

Bajo la expresión leyes que «interesan al orden público o a las buenas costumbres»; nuestro legislador civil no necesita tipificar todos los supuestos de ilicitud que puedan ser configurados como causales de nulidad. De esta manera traslada tal concreción, tal tipicidad y tal taxatividad a la judicatura nacional. Serán los jueces y árbitros los que tenga que decidir, bajo los lineamientos doctrinales y sociales vigentes, que negocios jurídicos son nulos y que negocios jurídicos no lo son. Consideramos que en tal decisión hay intereses de por medio, que deben ser correctamente ponderados. Para ello realizaremos un breve comentario sobre la licitud que en materia de negocios jurídicos, su contravención acarrearía nulidad virtual.

La licitud es un estándar⁶⁴ que implica normas jurídicas positivas, principios jurídicos generales como la buena fe, las buenas costumbres y el orden público, y en sí todo criterio útil que sirva para orientar el actuar humano a la conservación o promoción de un modelo social que satisfaga las exigencias de armonía en la cooperación. Una conducta, en determinadas circunstancias, puede ser lícita por no existir normas imperativas que la sancione, pero ilícita por ser contraria al orden público y a las buenas costumbres. O ser ilícita por contradecir el ordenamiento estatal, aunque lícita por ser conforme a las buenas costumbres de una determinada región. En estos casos, dependiendo de las disposiciones constitucionales y legales, se establecerán los criterios de prelación de fuentes⁶⁵. De esta existente disparidad de órdenes, es utópico afirmar que solo basta un Código para regular toda la vida en sociedad con los estándares de

⁶⁴ DU PASQUIER, Claude; Introducción al Derecho, prima edición, Lima-Perú, Ediciones Justo Valenzuela V., 1983, parte II, pp. 64. «standard es una norma cuyo contenido es por naturaleza flexible, adaptable a diversas circunstancias y cuya determinación queda a criterio de la autoridad competente para dictar las normas de que se trate, o para resolver los asuntos vinculados» (véase RUBIO CORREA, Marcial; El sistema jurídico introducción al derecho, op. cit., pp. 96.)

⁶⁵ En un supuesto de mutua negación entre normas imperativas que no sean de orden público y normas de orden público, deberán prevalecer las primeras. Entre normas de orden público y normas dispositivas que se conceptúen como excepciones de las normas de orden público, deberá prevalecer las segundas.

justicia y eficiencia necesaria. Es por ello que el Estado, promotor de la vida en sociedad, echa mano de otras normas como son el orden público y las buenas costumbres, para saturar la regulación jurídica dado al actuar individual. El orden público y las buenas costumbres son herramientas poderosas para que la judicatura pueda amoldarla las inquietudes individuales con la seriedad social; para cerrar la regulación de las libertades individuales y atenuar cualquier desbalance.

Así, el actuar humano que escape de la contemplación legislativa o de cualquier otra norma positiva, para efectos de ser declarado lícito, deberá ser objeto de un análisis bajo el filtro del orden público y de las buenas costumbres. Con ello se rompe el dogma, y esto es necesario en términos sociales, de que todo lo que no esté jurídicamente prohibido -en su acepción reducida a las normas positivas-, esta jurídicamente permitido. Para pasar a todo lo que no esté jurídicamente prohibido -en una acepción amplia que integra al orden público, a las buenas costumbres, a la buena fe, a la moral positiva- esta jurídicamente permitido. Por ende, el acto de libertad que contiene el negocio jurídico, encuentra en este artículo del Código Civil, un filtro más en su camino a la validez y a la eficacia⁶⁶.

Mediante la nulidad virtual, nuestro ordenamiento logra valorar el cúmulo de negocios jurídicos sin la necesidad de lineamientos legales estrictos, muchas veces envejecidos por la evolución y los cambios de la sociedad. Esto viabiliza la discrecionalidad del juez para lograr vetar aquellos actos de libertad, que disconformes con los valores y principios vigentes en nuestro ordenamiento jurídico, no tienen una sanción estrictamente prevista en una ley.

⁶⁶ «El Tribunal Constitucional ha establecido que si bien el artículo 62 establece que la libertad de contratar garantiza que las partes puedan pactar según las normas vigentes al momento del contrato y que los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase, dicha disposición necesariamente debe interpretarse en concordancia con su artículo 2 inciso 14), que reconoce el derecho a la contratación con fines lícitos siempre que no se contravenga leyes de orden público» Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional EXP. N° 00052-2004-AI/TC.

Sin embargo, el orden público y las buenas costumbres son criterios que se caracterizan por su alto grado de imprecisión⁶⁷. Determinar su contenido puede ser coyuntural y muy subjetivo. Una sanción que se base en tales lineamientos, definitivamente constituye una grave amenaza para las libertades de las partes⁶⁸. De ahí una razonable desconfianza por su vigencia en nuestro ordenamiento jurídico. Más si tiene en cuenta que esta categoría ha funcionado como cheque en blanco para políticas estatales lesivas a las libertades económicas de sus ciudadanos. El riesgo de la nulidad virtual es la arbitrariedad que puede llevar el determinar su contenido y campo de aplicación. Por ello, nosotros conceptuamos a la nulidad virtual como una reacción del sistema jurídico, de índole excepcional y siempre residual.

El negocio jurídico como acto de libertad, está sometida a las necesarias limitaciones de la vida en sociedad. Pero tales limitaciones deben ser siempre excepcionales, correcta y maduramente estudiadas y planificadas. La libertad es necesaria aún, aunque los avatares de la economía nos exigen atenuar su defensa individual, para priorizar su defensa colectiva.

La naturaleza excepcional de la nulidad virtual, obedece a la gravedad de cualquier intento inmaduro de cercenar las libertades de las partes, por consideraciones de orden público, sin más asidero que la mera afirmación. Ello es un riesgo político que se fortalece si la nulidad virtual y el resto de limitaciones a la libertad fueran la regla general.

⁶⁷ LEZANA, Julio; *El orden público, Los actos del demente anteriores a su declaración*, Buenos Aires-República de la Argentina, Editorial Perrot, 1963. «Es preciso admitir que el orden público debe parte su majestuosidad al misterio que lo rodea» (véase ESPINOZA ESPINOZA, Juan; *Acto Jurídico Negocial*, op. cit., pp. 537). Asimismo, ARAUZ CASTEX, Manuel; *Derecho Civil, parte general*, primera edición, Cooperadora de Derecho y Ciencias sociales, Buenos Aires- República de la Argentina, 1974, pp. 110.

⁶⁸ JOSSERAND, Louis; *Derecho Civil, Teorías Generales del Derecho, de los derechos y las personas*, Cunchillos y Manterola, Santiago; Buenos Aires-República Argentina, Ediciones jurídicas Europa-América «EJEA», 1950, Tomo I, volumen I, pp. 134. «De hecho, la determinación de las leyes que interesan al orden público y a las buenas costumbres es sumamente delicada y se presta a la arbitrariedad; el artículo 6° confiere al juez un poder enorme y casi sin límites». (Ibidem).

El ejercicio de las libertades económicas pueden implicar un resultado positivo para la vida en sociedad; pero también un resultado negativo, que la sociedad repudia o debe, al menos, repudiar. La licencia social para cuestionar el actuar de los individuos, debe estar encasillada prima facie en normas jurídicas. Solo de esta manera se nos puede hacer oponible una prohibición o una obligación. Sin embargo, como resulta imposible determinar, mediante normas jurídicas positivas, la correcta actuación de las libertades de las partes; es necesaria aún la presencia de estos principios y valores⁶⁹.

Nosotros no buscamos negar la existencia de límites para las libertades económicas de los individuos, esto es fundamentalmente necesario; solo queremos enfatizar en lo negativo de una sanción tan gaseosa, tan coyuntural y tan subjetiva, como lo es la nulidad virtual. Por ende, solo nos queda ponderar entre los riesgos propios de esta sanción y la necesidad del orden social, de conservar los valores constitucionales. Esto es tarea de nuestra judicatura y de su posición viril en defensa de la libertad, los valores y principios constitucionales.

La nulidad virtual, bajo tales reflexiones, debe ser una sanción excepcional; solo se aplicará cuando la vigencia del resto valores constitucionales corra verdadero peligro. Esta sanción debe ser residual, solo procede cuando no haya sanción legal distinta; ello obedece a que detectada la oportunidad para reprimir su validez, el legislador ha optado por una sanción legal diversa, para no frenar así el ejercicio de las libertades de las partes.

⁶⁹ En sistemas jurídicos en donde la regla no fuese la libertad, tal vez estos valores y principios se conceptué como los mecanismo para procurarla.

10. Conclusiones.

- *El comportamiento humano es la expresión fenoménica de la libertad individual y del orden de la necesidad. Todo ser humano busca satisfacer necesidades y promover sus libertades mediante su actuar social, ya sea cooperando o luchando.*
- *La libertad humana, en su acepción negativa, es la posibilidad de autodeterminación en la esfera propia y ajena, sin intromisiones foráneas. Estas libertades se concretiza en una categoría denominada autonomía privada, que siendo a la vez estructura de poder, viabiliza la generación de mutaciones jurídicas, orientadas a cumplir ciertos fines.*
- *El negocio jurídico es un acto de autonomía privada; es el ejercicio de un poder y de una libertad orientado a la satisfacción de las necesidades individuales y la promoción de sus libertades.*
- *El negocio goza de relevancia jurídica por ser un acto de libertad individual, de ahí fluye su naturaleza constitucional. Éste, como producto de las libertades económicas, es un valor ius fundamental vigente en nuestro sistema jurídico. Por ende, no está incuestionablemente sometido a las limitaciones legales. Las limitaciones al negocio jurídico prima facie deben internalizar la prescripción constitucional que exige un mandato legal, típico y taxativo, en la previsión de sanciones.*
- *La invalidez parte del reconocimiento de la inidoneidad del negocio jurídico, para justificar atención, garantía y eficacia de sus fines. La invalidez es una sanción civil que limita el ejercicio de las libertades económicas de las partes.*
- *Un supuesto concreto de la invalidez es la nulidad virtual. La nulidad virtual presupone la ausencia de una expresa declaración legal que sancione al negocio jurídico como nulo; si el ordenamiento jurídico sanciona con nulidad a un negocio de manera textual, va-*

lorando la ausencia de uno de sus elementos o requisitos; ya no estamos ante un supuesto de nulidad virtual, sino de nulidad expresa

- *La nulidad virtual es la valoración del negocio jurídico a través de filtros sociales, axiológicos, políticos, económicos y morales, distintos y en ausencia de filtros legales. Ello es así por más que la nulidad virtual esté prevista en abstracto legalmente. Ver en la nulidad virtual como dato extra-legal es crucial para lograr conceptualizarla como un elemento de cierre de nuestro sistema jurídico. Solo así ésta puede saturar la regulación jurídica dada a los privados.*
- *Mediante la nulidad virtual, nuestro ordenamiento logra valorar el cúmulo de negocios jurídicos sin la necesidad de lineamientos legales estrictos, muchas veces envejecidos por la evolución y los cambios de la sociedad. Esto viabiliza la discrecionalidad del juez para lograr vetar aquellos actos de libertad, que disconformes con los valores y principios vigentes en nuestro ordenamiento jurídico, no tienen una sanción estrictamente prevista en una ley.*

La nulidad virtual es una sanción imprecisa y peligrosa para lograr limitar las libertades de las partes. Por ello, debe ser una sanción excepcional, solo se aplicará cuando la vigencia del resto valores constitucionales corra verdadero peligro; debe ser residual, solo procede cuando no haya sanción legal distinta. Ello obedece a que detectada la oportunidad para reprimir su validez, el legislador ha optado por una sanción legal diversa que no frene el ejercicio de las libertades de las partes.