

EL PARADIGMA DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO Y LA LEGITIMACIÓN DE LA CRISIS DE LA AUTONOMÍA PRIVADA

THE PARADIGM OF ECONOMIC ANALYSIS OF LAW AND THE CRISIS OF LEGITIMATE PRIVATE AUTONOMY

*José Arquímedes Fernández Vásquez*¹

Fecha de recepción: 30 Mayo 2014

Fecha de aceptación: 05 Junio 2014

Resumen:

De los varios fenómenos teóricos y conceptuales que trasuntan ese proceso, a veces de un modo tímido, el más relevante me parece a mí es el llamado análisis económico del derecho. Creo ver en el análisis económico del derecho un paradigma cuya particularidad y cuya justificación consiste en equilibrar la orientación temporal de la dogmática. El análisis económico del derecho, al ser confrontado con la arquitectura conceptual del antiguo paradigma, muestra a las claras de qué manera es posible una dogmática atenta a la decisión y a las consecuencias y no sólo a las reglas. Este nuevo paradigma aparece así no sólo como una simple moda, producto de un economicismo casi molesto, sino, en cambio, como una respuesta del análisis jurídico a las exigencias funcionales de las sociedades en curso de modernización.

El análisis económico del derecho (este nuevo paradigma que posee la virtud de cambiar la orientación temporal de la dogmática), atinge a tres conceptos centrales que subyacen al paradigma del derecho civil, a saber, la idea de racionalidad, la de derecho subjetivo y, en fin, la idea o concepto de contrato.

La idea de una vinculación estrecha entre el derecho entendido como sistema normativo y la economía es en verdad antigua y no pertenece, por cierto, a lo que hoy día denominamos análisis económico del derecho. Con todo, la principal vinculación entre derecho y economía, aunque lejana a la del análisis económico del derecho, puede verificarse en dos autores que aún teniendo mala prensa hoy resultan ejemplares en punto a esta vinculación. Me refiero a la obra de Marx y a la obra de Rudloff Stammler. Esa vinculación que pudiéramos denominar sociológica, en el caso de Marx, es presentada en la obra de Stammler (que se titula precisamente Economía y derecho), desde los supuestos epistemológicos del neokantismo, como una vinculación entre materia y forma.

Palabras Claves: Economía, Legitimación, Crisis Autonomía Privada

Abstract

Of the various theoretical and conceptual phenomena that process, sometimes a shy way, the more relevant it seems to me is called economic analysis of law. I think I see in the law and economics paradigm whose particularity and whose justification is to balance the time orientation of dogmatic. The economic analysis of law, when confronted with the conceptual architecture of the old paradigm, clearly shows how it is possible to dogmatic careful decision and the consequences, not just the rules. This new paradigm thus appears not only as a simple fashion, the product of an almost annoying economicism, but instead as a response from the legal analysis to functional needs of companies in the process of modernization.

¹ Adscrito a la Dirección de Investigación, Magister, Docente de la Universidad Señor de Sipán, Chiclayo, Perú. fquime@crece.uss.edu.pe.

The economic analysis of law (the new paradigm that has the power to change the temporal orientation of dogmatic) atinge three central concepts underlying the paradigm of civil law, namely, the idea of rationality, subjective law, in short, the idea or concept of contract.

The idea of a close connection between law understood as a normative system and the economy is really old and does not belong, indeed, to what we now call economic analysis of law. However, the main link between law and economics, but far to the economic analysis of law, can be verified in two authors that even with bad press today are copies o'clock this link. I refer to Marx's work and the work of Stammler Rudloff. This relationship that could be called sociological, in the case of Marx, is presented in the work of Stammler (precisely Economics and Law is entitled), from the epistemological assumptions of neo-Kantianism, as a link between matter and form.

Keywords: Economy, Money, Private Autonomy Crisis

1.El Paradigma del Análisis Económico del Derecho

1.1. Introducción

La situación actual de la dogmática muestra hasta qué punto ese cambio de orientación desde el paradigma originario a uno nuevo está insensiblemente acaeciendo. De los varios fenómenos teóricos y conceptuales que trasuntan ese proceso, a veces de un modo tímido, el más relevante me parece a mí es el llamado análisis económico del derecho. Creo ver en el análisis económico del derecho un paradigma cuya particularidad y cuya justificación consiste en equilibrar la orientación temporal de la dogmática. El análisis económico del derecho, al ser confrontado con la arquitectura conceptual del antiguo paradigma, muestra a las claras de qué manera es posible una dogmática atenta a la decisión y a las consecuencias y no sólo a las reglas. Este nuevo paradigma aparece así no sólo como una simple moda, producto de un economicismo casi molesto, sino, en cambio, como una respuesta del análisis jurídico a las exigencias funcionales de las sociedades en curso de modernización.

El análisis económico del derecho (este nuevo paradigma que posee la virtud de cambiar la orientación temporal de la dogmática), atinge a tres conceptos centrales que subyacen al paradigma del derecho civil, a saber, la idea de racionalidad, la de derecho subjetivo y, en fin, la idea o concepto de contrato.

La idea de una vinculación estrecha entre el derecho entendido como sistema normativo y la economía es en verdad antigua y no pertenece, por cierto, a lo que hoy día denominamos análisis económico del derecho. La idea de esa vinculación subyace desde temprano en orientaciones teóricas como la conocida jurisprudencia de intereses o, incluso, en las diversas versiones del llamado realismo jurídico. Con todo, la principal vinculación entre derecho y economía, aunque lejana a la del análisis económico del derecho, puede verificarse en dos autores que aún teniendo mala prensa hoy resultan ejemplares en punto a esta vinculación. Me refiero a la obra de Marx y a la obra de Rudloff Stammler. En la obra del primero, y como es suficientemente sabido, la vinculación entre economía y derecho viene presentada conceptualmente, y subsumida discursivamente, por tanto, en la vinculación más general entre infraestructura y superestructura. Marx argumenta una dependencia del sistema legal, y de la propia dogmática, respecto del sistema económico y del proceso de producción de mercancías. Esa vinculación que pudiéramos denominar sociológica, en el caso de Marx, es presentada en la obra de Stammler (que se titula precisamente Economía y derecho), desde los supuestos epistemológicos del neokantismo, como una vinculación entre materia y forma. Es fácil observar que tanto Marx como Stammler, por citar nada más a estos dos autores, efectúan vinculaciones que están muy lejos de aquellas que provoca el llamado análisis económico del

derecho. En efecto, mientras Marx efectúa una vinculación por así decirlo genealógica entre economía y derecho, en la medida que remite a este último a los avatares del primero; el segundo, es decir Stammler, efectúa una analogía epistemológica entre economía y derecho en la medida en que el derecho cumpliría respecto del sistema económico una función análoga a aquella que según Kant cumple el entendimiento frente a la tiza los conceptos tradicionales de la dogmática hasta proveernos, a mi juicio, de una reformulación del paradigma dogmático que suple con ventaja el paradigma tradicional.

1.2. Análisis Económico del Derecho y Racionalismo

El paradigma dogmático surge asociado a ciertas ideas provenientes del iusnaturalismo racional, por una lado, y también a ciertas ideas provenientes del positivismo científico, por otro lado. Ambos poseen una idea de racionalidad que estando relacionada con lo que constituye el modelo de razón propio de la modernidad, presenta, ante todo, la característica de ser un tipo de racionalidad, por así decirlo, holística. Hablar de racionalidad holística supone predicar la noción de racionalidad o de razón no propiamente de sujetos individuales sino que, más bien, de procesos supraindividuales. En la obra de Puffendorf por ejemplo, la racionalidad es vista como una característica ínsita, intrínseca al conjunto de las cosas y al orden de la naturaleza, pero también, y éste es el intento teórico de autores como Puffendorf, al conjunto del orden social. La función del teórico, entonces, desde este punto de vista, es, justamente, descubrir, develar ese orden, esa racionalidad subyacente al orden natural y, como digo, al orden social. Esa noción de racionalidad como una característica inmanente al orden natural y al orden social, asociada a fenómenos políticos como el surgimiento del Estado moderno con su noción de soberanía, es lo que explica que la codificación surja, según lo ha mostrado Wiaecker, como un fenómeno estrechamente asociado al constructivismo político y al rechazo de la tradición. Hasta qué punto éste es un aspecto clave en el surgimiento de la codificación y en la configuración del paradigma dogmático, lo muestra el debate habido a propósito de la codificación en Alemania entre Savigny y Thibaut. Mientras Savigny, como es bien sabido, defiende las virtudes de la evolución más o menos espontánea del orden social, Thibaut, en cambio, defiende la idea del constructivismo racionalista por la vía de los códigos. Con el momento de la codificación, sin embargo, este impulso ético o sustantivo del positivismo científico, por así decirlo, cede paso a la idea del positivismo legalista, o sea a la idea de que la racionalidad inmanente al orden social ha sido explicitada en los códigos, motivo por el cual la función del jurista ya no es hacer inteligible la racionalidad inmanente a los procesos sociales, sino que simplemente leer la racionalidad que ha sido explicitada por el soberano en el texto legal. Dicho de otra manera, en aquello que Wiaecker denomina el paso del positivismo científico al positivismo legalista del siglo XIX, se opera, en el trabajo dogmático, un giro radical, puesto que la función del jurista ya no es, insisto, hacer explícita una racionalidad socialmente inmanente sino que, nada más, sistematizar o aplicar una racionalidad que se supone se ha hecho explícita y se ha escrito y se ha vuelto literal en el sistema de los códigos.

No es difícil observar cómo esta idea de racionalidad que subyacería en los códigos opera en el trabajo dogmático como un importante auxilio en la tarea de la argumentación práctica. Por cierto, buena parte de las reglas de interpretación se justifican apelando al principio de lo que ha sido denominado el modelo del legislador racional. A partir del supuesto de que el legislador es racional y está dotado en consecuencia de características de omnisciencia, de consistencia y de ciertas reglas básicas de justicia, la tarea interpretativa consiste en adecuar las deficiencias que en los hechos adolecen los sistemas normativos, presentando esa adecuación como si hubiese sido realizada por un legislador que satisface ese conjunto de características.

Es ésta una técnica habitual en el paradigma dogmático, cuyo fin es cumplir la función de optimizar el ordenamiento jurídico presentando esa labor de optimización, sin embargo, no como una labor de creación, sino como una mera descripción de las reglas dotadas de validez. Ello permite a los juristas crear soluciones normativas sin que se menoscabe el principio de soberanía. Así pues, puede afirmarse que la idea de racionalidad en el paradigma dogmático o

tradicional es predicada, repito, del conjunto del sistema legal y, por lo mismo, puede hablarse, creo yo con acierto, de una racionalidad holística subyacente al paradigma dogmático. Es fácil, en fin, advertir la vinculación entre esta noción de racionalidad holística y el formalismo habitual en que a veces incurre la dogmática.

Una de las radicales diferencias o cambios de acento que a la labor dogmática introduce o está en curso de introducir el análisis económico del derecho, es que esa racionalidad ya no es holística sino individual; una racionalidad atomista en la medida que es predicada, en particular, de individuos. De esta manera, desde el punto de vista del análisis económico del derecho, la racionalidad no es un tema que resulte inmanente al sistema legal, ni propia del legislador que produjo ese sistema legal, ni tampoco una cuestión inmanente al conjunto del orden natural; cosa distinta, la racionalidad es una cuestión que atinge a los individuos que producen las acciones que configuran el conjunto de la interrelación social. El acento holístico versus el acento más bien individual o atomista, según prefiero denominarlo, es, pues, la primera gran diferencia entre los supuestos del paradigma dogmático constituido o solidificado hacia inicios del siglo XIX y el análisis económico del derecho proveniente de la economía neoclásica y particularmente del análisis microeconómico.

Otra de las diferencias entre el paradigma dogmático tradicional y el análisis económico del derecho, o, si se prefiere, entre una dogmática orientada a las reglas y una dogmática orientada a las consecuencias, es que la primera se diseña sobre la base de una racionalidad paramétrica, en tanto que la otra supone una racionalidad estratégica. El tradicional paradigma del derecho civil, en efecto, concibe al conjunto de los actores del sistema legal como una constante y de ahí que la arquitectura conceptual del derecho civil suela ser rígida, cuando no ensimismada y puesta de espaldas a los efectos que producen las reglas en la conducta de los sujetos sobre los que pretende imperar; el análisis económico del derecho, en cambio, no olvida que el medio en el que la legislación se desenvuelve se encuentra compuesto por actores que dirigen expectativas hacia el sistema legal y que suelen adoptar, frente a ese mismo sistema, un comportamiento estratégico.

2.La Crisis de la Autonomía Privada

DE LA PUENTE Y LAVALLE (2008) señala que se entiende a la "autonomía", en general, como "el poder de darse normas de por sí, por lo cual el concepto de autonomía viene, en cierta forma, a identificarse con el concepto de "soberanía". Esta autonomía puede ser concedida por el Estado a una autoridad, caso en el cual estamos frente a las normas que constituyen el ordenamiento jurídico, que son obligatorias para todos, o bien atribuida (...) a los sujetos privados, quienes de esta manera pueden dictar normas para regular sus propias conductas. Tal segunda potestad recibe el nombre de "**autonomía privada**". Se dice, por ello, que en virtud de esta autonomía los hombres son soberanos para vincularse obligatoriamente entre sí, dentro de los cauces del ordenamiento jurídico.(p.259)

SPOTA (1984) concibe la autonomía privada (de la voluntad para él) como "(...) aquel principio que confiere a la voluntad jurídica la atribución de crear negocios jurídicos sin ultrapasarse el ordenamiento coactivo, brindándoles su contenido y su eficacia jurígena. Esta función jurígena, este papel de creador de relaciones jurídicas, nos señala que el campo propio donde la autonomía de la voluntad adquiere particular relevancia lo es el de los contratos; aquí encontramos la voluntad jurídica de las personas y la fuerza de la ley actuando de consuno. Esta última confiero a la voluntad jurídica exteriorizada con el fin inmediato de constituir relaciones jurídicas, una significación jurígena".(P.20)

La autonomía de la voluntad está lejos de representar la idea tradicional que sobre ella descansaba el concepto. El consentimiento como producto libre de la voluntad de las partes, ha dejado lugar a la predisposición de uno de los contratantes acerca del contenido del contrato. Y

esta nueva versión ha dado lugar a teorías que tratan de justificar cual es el nuevo rol de la voluntad, sí es que así puede caracterizarse.

Ha quedado atrás o por lo menos ha perdido trascendencia en el mundo moderno el contrato como ha sido definido en nuestro código civil. Por contraste se lo denomina ahora a ésta figura: "contrato individual", ante la nueva figura que por sus características toma el nombre de "contrato masivo" o de "contenido predispuesto".

Esta última es la contratación común o corriente, en contraste con aquella que resulta una contratación excepcional o muy poco utilizada.

La pregunta inevitable que surge es ¿Sigue el contrato siendo un negocio estructurado por la autonomía de la voluntad, o es que esta idea ha sido sustituida? .A esta pregunta podríamos agregar otra: ¿Perdura aún la noción de contrato en el intercambio de bienes, o emprendimiento de actividades, o es que también aquí se ha perfilado un gran cambio sustitutivo?

Vienen al caso las reflexiones de DIEZ PICAZO (1979) que los conjuntos numerosos de individuos anónimos constituyen ante todo una realidad que está delante de nosotros y por tanto no se puede dejar de admitir. Los cauces e instrumentos del derecho tradicional, pensados en función de la ideal y casi romántica bilateralidad, chirrían y la máquina no funciona.- Dentro de esta realidad el contrato por negociación casi no tiene cabida.(P.15)

Se vive una verdadera seudomorfosis, afirma PUIG BRUTAU (1954) o crecimiento aparente, de una especie de admisión únicamente formal como de compromiso, pero tratando de no reemplazar las raíces, aunque estén ya secas. Aquella seudomorfosis proviene de la aplicación de su sentido y calificación a una realidad social y económicamente opuesta a la esencia del derecho contractual. La táctica derivada del consentimiento autoritarismo negocial: "*lo toma o lo deja*", significa un desequilibrio de poder que una parte impone a la otra su dominación bajo la apariencia de la forma jurídica contrato, que pretendió encarnar la idea de libertad. Hay permanencia de la estructura y cambio de la función; se hace frente a hechos nuevos con ideas anticuadas o a hechos nuevos con formas anticuadas.(P.15)

Por lo tanto no es posible ni conveniente desaprovechar aquello que, habiendo crecido contractualmente, se adapte a la nueva realidad admitiendo su verdadera idiosincrasia, pero no debe seguirse el camino inverso, produciendo una subordinación de los fines a los medios técnicos en anquilosada permanencia. Así REZZÓNICO (1987) si bien opone reparos a una consideración sin reservas de la institución contratos, no encuentra obstáculo para que, en cuanto no se contradiga aquella realidad, se la desplace dentro de la materia contractual.(P.322)

El contrato de adhesión - supera la relación individual para tomar carácter público y constituye una categoría jurídica autónoma que posee un régimen específico. Se trata de un instrumento de derecho económico que permite el funcionamiento de la empresa que se dirige al público: un acto jurídico de naturaleza contractual pero constituyendo una categoría autónoma distinta del contrato por negociación y que posee un régimen especial que forma un conjunto completo.

3.La Legitimación de la Crisis de la Autonomía Privada desde el Enfoque Estructural Funcionalista

La crisis de la autonomía privada, determinada por la aparición de la contratación en masa, encuentra en el pensamiento de WEBER una legitimación por el afán lucrativo de los nuevos agentes económicos: las empresas.

Es un error muy extendido el de pensar que entre las condiciones decisivas para el desarrollo del capitalismo occidental figura el incremento de la población. Frente a esta tesis ha sostenido Marx que cada época económica tiene sus propias leyes demográficas, principio que si bien resulta inexacto, expresado de un modo tan general, no deja de tener su justificación en este caso. El desarrollo de la población occidental ha registrado sus más rápidos progresos desde principios del siglo XVIII hasta fines del siglo XIX.

Tampoco puede admitirse la tesis de Sombart según la cual la afluencia de metales preciosos puede considerarse como único motivo originario del capitalismo. Es evidente que, en determinadas situaciones, el incremento de la aportación de metales preciosos puede dar lugar a que sobrevengan determinadas revoluciones de precios (como desde 1530 se registraron en Europa) y en cuanto cooperan con ello otras circunstancias favorables -por ejemplo una determinada forma de organización del trabajo- su desarrollo sólo puede resultar acelerado por el hecho de que se concentren en determinadas capas sociales grandes sumas de disponibilidades en efectivo.

Lo que en definitiva creó el capitalismo fue la empresa duradera y racional, la contabilidad racional, la técnica racional, el Derecho racional; a todo esto había de añadir la ideología racional, la racionalización de la vida, la ética racional en la economía.

En los comienzos de toda ética y de las condiciones económicas que de ella derivan aparece por doquier el tradicionalismo, la santidad de la tradición, la dedicación de todos a las actividades y negocios heredados de sus abuelos. Este criterio alcanza hasta la misma actualidad. Una generación atrás hubiera sido inútil duplicar el salario a un obrero agrícola en Silesia -obligado a segar una determinada extensión de terreno- con ánimo de incrementar su rendimiento: simplemente hubiese reducido su prestación activa a la mitad, ya que con ello podía ganar un jornal parecido al de antes. Esta ineptitud, esta aversión a separarse de los rumbos tradicionales constituye un motivo general para el mantenimiento de la tradición.

El tradicionalismo primitivo puede experimentar, sin embargo, una exacerbación sustancial por dos motivos. Por lo pronto ciertos intereses materiales pueden cooperar al mantenimiento de la tradición: cuando, por ejemplo, en China se intentó modificar determinadas formas de transporte o poner en práctica ciertos procedimientos más racionales, se puso en peligro los ingresos de determinados funcionarios; algo análogo ocurrió en la Edad Media, y en la Moderna, al introducirse el ferrocarril. Estos intereses de los funcionarios, señores territoriales, comerciantes, etc. han colaborado con el tradicionalismo para impedir el fácil desarrollo de la racionalización. Todavía es más intensa la influencia que ejerce la magia estereotipada del tráfico, la profunda aversión a introducir modificaciones en el régimen de vida habitual, por temor a provocar trastornos de carácter mágico. Por lo regular, tras de estas consideraciones se esconde el afán de conservar prebendas, pero la premisa de ello, sin embargo, es una creencia muy extendida en ciertos peligros de carácter mágico.

”Estos obstáculos tradicionales no resultan superados, sin más, por el afán de lucro como tal. La creencia de que la actual época racionalista y capitalista posee un estímulo lucrativo más fuerte que otras épocas es una idea infantil. Los titulares del capitalismo moderno no están animados de un afán de lucro superior al de un mercader de Oriente. El desenfrenado afán de lucro sólo ha dado lugar a consecuencias económicas de carácter irracional: hombres como Cortés y Pizarro, que son acaso sus representantes más genuinos, no han pensado, ni de lejos, en la economía racional”.

Si el afán de lucro es un sentimiento universal, se pregunta en qué circunstancias resulta legítimo y susceptible de modelar, de tal modo que cree estructuras racionales como son las empresas capitalistas.

“Originariamente existen dos criterios distintos con respecto al lucro: en el orden intrínseco, vínculos con la tradición, una relación piadosa con respecto a los compañeros de tribu, de linaje o de comunidad doméstica, excluyendo todo género de lucro dentro del círculo de quienes están unidos por esos vínculos: es lo que llamamos moral de grupo. Por otro lado, absoluta eliminación de obstáculos para el afán de lucro en sus relaciones con el exterior, criterio conforme al cual toda persona extraña es, por lo pronto, un enemigo, frente al cual no existen barreras éticas: esta es la moral respecto a los extraños. La calculabilidad penetra en el seno de las asociaciones tradicionales, descomponiendo las viejas relaciones de carácter piadoso. En cuanto dentro de una comunidad familiar, todo se calcula, y ya no se vive en un régimen estrictamente comunista, cesa la piedad sencilla y desaparece toda limitación del afán de lucro. Este aspecto del desarrollo se advierte, especialmente, en Occidente. A su vez, el afán de ganancia se atenúa cuando el principio lucrativo actúa sólo en el seno de la economía cerrada. El resultado es la economía regularizada con un cierto campo de acción para el afán de lucro”

La evolución se desarrolla de distinto modo. Como resultado se produce el siguiente hecho característico: ***los gérmenes del capitalismo moderno deben buscarse en un sector donde oficialmente dominó una teoría económica hostil al capitalismo, distinta de la oriental y de la antigua.***

La ética de la moral económica de la Iglesia se encuentra compendiada en la idea, posiblemente tomada del arrianismo, que se tiene del mercader: *homo mercator vix aut numquam potest Deo placere*, puede negociar sin incurrir en pecado, pero ni aun así será grato a Dios. Esta norma tuvo vigencia hasta el siglo XV, y sólo a partir de entonces se intentó paulatinamente atenuarla en Florencia, bajo la presión de las circunstancias económicas alteradas. La aversión profunda de la época católica, y, más tarde de la luterana, con respecto a todo estímulo capitalista, reposa esencialmente sobre el odio a lo impersonal de las relaciones dentro de la economía capitalista. Esta impersonalidad sustrae determinadas relaciones humanas a la influencia de la Iglesia, y excluye la posibilidad de ser vigilada e inspirada éticamente por ella. Las relaciones entre el señor y los esclavos podían éticamente regularse de un modo directo. En cambio, son difíciles de moralizar las relaciones entre el acreedor pignoraticio y la finca que responde por la hipoteca, o entre los endosatarios de una letra de cambio, siendo por lo menos extraordinariamente complicado, cuando no imposible, lograr esa moralización.

No obstante, el judaísmo tuvo también una importancia decisiva para el capitalismo racional moderno; en cuanto legó al cristianismo su hostilidad hacia la magia. Exceptuando el judaísmo y cristianismo, así como dos o tres sectas orientales (una de ellas en el Japón), no existe religión alguna que tenga un marcado carácter de hostilidad hacia la magia. Es verosímil que el origen de tal animadversión sea que los israelitas la hallaron en Canaán, en la magia de Baal, el dios de la agricultura, mientras que Jehová fue un Dios de los volcanes, de los terremotos y de las epidemias. La enemistad entre el sacerdocio de ambas religiones y el triunfo del clero judaico desterró la magia de la fecundidad cultivada por los sacerdotes de Baal, y tachada de atea y disolvente. En cuanto el judaísmo abrió el paso al cristianismo, imprimiéndole el carácter de una religión por completo enemiga de la magia, prestó un gran servicio a la Historia de la Economía. En efecto, el imperio de la magia fuera del ámbito del cristianismo es uno de los más graves obstáculos opuestos a la racionalización de la vida económica. La magia viene a estereotipar la técnica y la economía. Cuando en China se quiso iniciar la construcción de ferrocarriles y fábricas sobrevino el conflicto con la geomancia. Exigía ésta que al hacer las instalaciones respetaran determinadas montañas, selvas y túmulos, porque de otro modo se perturbaría la paz de los espíritus. El mismo criterio tienen las castas de la India con respecto al capitalismo. Cualquier técnica nueva empleada por los indios significa, por lo pronto, para ellos, la pérdida de la casta, y el retorno a otra etapa nueva pero inferior. Como el indio cree en la transmigración de las almas, ello significa que así queda relegado en cuanto a sus posibilidades

de salvación, hasta la encarnación próxima. En vista de ello difícilmente se ve atraído por esas innovaciones. A esto se añade que cada casta contamina a las otras. Esto tiene, a su vez, como consecuencia que los obreros, que no pueden darse mutuamente un vaso de agua, no pueden estar trabajando en el mismo recinto de una fábrica. Sólo en la actualidad, después de un secular período de ocupación por los ingleses, pudo eliminarse este obstáculo. Pero el capitalismo no pudo surgir de un grupo económico que de este modo se halla atenazado por la magia.

Quebrantar la fuerza de ésta e impregnar la vida con el racionalismo sólo ha sido posible en todos los tiempos por un procedimiento: el de las grandes profecías racionales. Sin embargo, no toda profecía destruye el conjuro de la magia; es posible, no obstante, que un profeta, acreditado por el milagro y otros medios, quebrante las normas sagradas y tradicionales. Las profecías han roto el encanto mágico del mundo creando el fundamento para nuestra ciencia moderna, para la técnica y el capitalismo.

En contraste con la religión ascética redentora de la India y su falta de eficacia sobre las masas, se hallan el judaísmo y el cristianismo, que desde el principio fueron religiones de plebeyos, y siguieron siéndolo, a través de los tiempos, por propia voluntad. La lucha de la Iglesia antigua contra los gnósticos no fue otra cosa sino la lucha contra la aristocracia de los intelectuales, tal como la conocen todas las religiones asiáticas, para impedir que se apoderasen de la dirección de la Iglesia. Esta lucha fue decisiva para el efecto de masas del cristianismo y a la vez para que la magia fuera desterrada en lo posible del corazón de las masas. Ciertamente, no fue posible superarla del todo hasta fechas muy cercanas a nosotros; pero fue relegada hasta la cohibición de algo antidivino y diabólico. El germen de esta posición opuesta a la magia lo encontramos ya en la ética del judaísmo primitivo. Guarda ciertos puntos de contacto con la ideología recogida en las colecciones de sentencias de los llamados textos proféticos de los egipcios. Pero las más razonables prescripciones de la época egipcia resultaban vanas cuando se consideraba suficiente colocar un escarabajo en la región cordial del muerto para que este pudiera engañar fácilmente al juez de los difuntos, pasando por alto los pecados cometidos, y hallando así más fácil acceso al paraíso. La ética judía no conoce semejantes subterfugios sofisticos, y lo mismo ocurre con el cristianismo. La comunión ha sublimado la magia hasta la categoría de sacramento, pero no ha procurado a sus creyentes ciertos medios y recursos que les permitan soslayar el juicio final, como ocurre con la religión egipcia. Si se quiere estudiar en resumen la influencia de una religión sobre la vida, precisa distinguir entre su teoría oficial y aquel tipo de conducta efectiva que, en realidad, y acaso contra su voluntad propia, otorga premios en este mundo o en el otro; también conviene distinguir, además, entre el virtuosismo religioso de los selectos y el de las masas. El virtuosismo religioso sólo tiene un valor ejemplar para la vida cotidiana; sus exigencias representan un desiderátum pero no son decisivas para la ética de cada día. La relación de ambas es distinta según las diferentes religiones. Dentro del catolicismo ambas se asocian de un modo peculiar, cuando las normas del virtuosismo religioso aparecen como concilia evangélica junto a los deberes del profano. El cristiano perfecto, propiamente dicho, es el monje; no se puede exigir, sin embargo, obras como las suyas a todo el mundo, aunque algunas de sus virtudes, en forma atenuada, constituyen el espejo para la vida de cada día. La ventaja de esta vinculación fue que la ética no pudo ser desgarrada a la manera como lo fue en el budismo. No obstante, la distinción entre ética monacal y ética de masas significó que los individuos de más elevada calidad religiosa se apartaran del mundo para formar una comunidad especial.

La Reforma rompió definitivamente con este sistema. La supresión de los concilia evangélica por la reforma luterana significó la ruina de la doblez ética, de la distinción entre una moral que obliga a todos y otra de índole particular y ventajosa. Con ello cesó también el ascetismo ultraterreno. Las naturalezas rígidamente religiosas que hasta entonces se habían refugiado en el claustro tuvieron que laborar, en lo sucesivo, dentro mismo del mundo. El protestantismo, con sus denominaciones ascéticas, logró crear la ética sacerdotal adecuada para esta ascesis mundanal. No se exige el celibato sacerdotal; el matrimonio es sólo una institución que tiene por objeto la procreación racional. No se recomienda la pobreza, pero la adquisición

de riquezas no debe inducir a un goce puramente animal. Es, por tanto, muy exacto SABASTIÁN FRANCK cuando resume el sentido de la Reforma con estas palabras: “*Tú crees que has escapado al claustro: pero desde ahora serás monje durante toda tu vida.*” En los países clásicos de la religiosidad ascético-protestante se puede advertir la extensión adquirida por este sello ascético, hasta la actualidad. Especialmente se reconoce este carácter en la significación de los grupos confesionales religiosos en América. Aunque el Estado y la Iglesia están separados, no ha existido, hasta hace varios lustros, ningún banquero, ningún médico, a quien al instalarse o al entablar relaciones no se le haya preguntado a qué comunidad religiosa pertenece. Según el tono de su contestación, podían ser buenas o malas sus posibilidades de prosperar. En efecto, la admisión en las sectas sólo se llevaba a cabo después de examinada la conducta moral del interesado. La pertenencia a una secta que no conocía la distinción judía entre moral de grupo y moral exterior, garantizaba la honorabilidad y la honestidad profesional, y éstas, a su vez, el éxito en la vida. De aquí el principio según el cual “*la honestidad es la mejor política*”, de aquí también que los cuáqueros, los baptistas y los metodistas repitan sin descanso la norma de experiencia según la cual Dios bendice a los suyos: “*Los ateos no fían unos de otros, en sus asuntos; se dirigen a nosotros cuando quieren hacer negocio; la piedad es el camino más seguro para alcanzar la riqueza*”. Esto no es can’t (“*no hagas tal cosa*”), en modo alguno, sino una confluencia de la religiosidad con ciertos resultados que, en su origen, eran desconocidos para ella y que no figuraban entre sus propósitos inmediatos. Ciertamente, el logro de la riqueza debida a la piedad conducía a un dilema, semejante a aquel en que cayeron siempre los monasterios medievales, cuando el gremio religioso produjo la riqueza, ésta la decadencia monástica, y ésta, a su vez, la necesidad de su restauración. El calvinismo trató de sustraerse a dicha dificultad mediante la idea de que el hombre es sólo administrador de los bienes que Dios le ha otorgado; censuraba el goce, pero no admitía la evasión del mundo, sino que consideraba como misión religiosa de cada individuo la colaboración en el dominio racional del Universo. De este criterio deriva nuestra actual palabra “profesión” (en el sentido de “vocación”), que sólo conocen los idiomas influidos por la traducción protestante de la Biblia. Expresa ese término la valoración de la actividad lucrativa capitalista, basada en fundamentos racionales, como realización de un objetivo fijado por Dios. En último término esta era también la razón de la pugna existente entre puritanos y Estuardos. Ambos eran de orientación capitalista; pero sintomáticamente para el puritano el judío era cifra y compendio de todo lo aborrecible, porque participaba en todos los negocios irracionales e ilegales, como la usura de guerra, el arrendamiento de contribuciones, la compra de cargos, etc., como hacían también los favoritos cortesanos.

Esta caracterización del concepto profesional suministró, por lo pronto, al empresario moderno una experiencia excepcionalmente buena, y, además, obreros solícitos para el trabajo, cuando el patrono prometió a la clase obrera, como premio por su “*dedicación ascética*” a la profesión y por su aquiescencia a la valoración de estas energías por el capitalismo, la bienaventuranza eterna, promesa que en época en que la disciplina eclesiástica absorbía la vida entera en un grado para nosotros inconcebible, poseía una realidad distinta de la actual. También la Iglesia católica y la luterana han conocido y practicado la disciplina eclesiástica. Ahora bien en las comunidades ascéticas protestantes, la admisión a la comunión se hacía depender de un alto nivel ético; este, a su vez, se identificaba con la honorabilidad en los negocios, mientras que nadie preguntaba por el contenido de la fe. Una institución tan poderosa e inconscientemente refinada para la formación de los capitalistas no ha existido en ninguna otra iglesia o religión, y en comparación con ello carece de importancia todo cuanto hizo el Renacimiento en pro del capitalismo. Sus artistas se ocuparon de problemas técnicos y fueron experimentadores de primera magnitud. Del arte de la minería el experimento fue recogido por la ciencia. Como concepción del Universo, el Renacimiento determinó ampliamente la política de los príncipes, pero el alma de los hombres no quedó transformada tanto como por las innovaciones de la Reforma. Casi todos los grandes descubrimientos científicos del siglo XVI y de los comienzos del XVII han crecido sobre el suelo del catolicismo: Copérnico era católico, y en cambio Lutero y Melancton se mantuvieron hostiles a sus descubrimientos. En conjunto, el progreso científico y el protestantismo no pueden identificarse, sin más. La Iglesia católica ha cohibido en

ocasiones el progreso científico; pero también las sectas ascéticas del protestantismo han tenido poco interés por la ciencia pura. Una de las realizaciones específicas del protestantismo consiste en haber puesto la ciencia al servicio de la técnica y de la economía.

4. Conclusiones

La autonomía privada, emblema del paradigma liberal del individualismo en la esfera contractual, ha sufrido el embate de los avances de la sociedad, caracterizada por una fluidez de las relaciones comerciales y a una actuación “racional económica” de los individuos.

La denominada crisis de la autonomía privada encontró una fuerte resistencia debido a que conllevaba la mayor intervención del Estado en verificar el respeto a los derechos de los ciudadanos a quienes se les veía como “partes débiles” en una relación en la cual la otra parte eran las “grandes empresas”, los capitalistas.

El ánimo de lucro o de obtención de recursos económicos para su distribución por parte de los titulares de las mismas, desde el pensamiento de WEBER no es algo reprochable, sino que muy por el contrario algo normal como resultado de la confluencia de una diversidad de factores: geográficos y teológicos (ética protestante).

En este sentido, se concluye el presente trabajo de investigación señalando que la contratación en masa y el sustento que motivó su aparición, como es el ánimo expansionista de los empresarios, no es algo reprochable, sino algo natural que desde la perspectiva de WEBER se debe a diversos factores.

5. Referencia Bibliográfica

- Albaladejo, M. (1973). *"Derecho Civil"*. Librería Bosch. Tomo I, Volumen I. Barcelona. España.
- Borda, G. (1983). *"Tratado de Derecho Civil. Obligaciones I. 5.a ed. actualizada y ampliada"*. Buenos Aires.
- Cardenas, C. (1994). *"Estudios de Derecho Privado I"*. Lima: Ediciones Jurídicas.
- Cornejo, Á. (1938). *"Exposición sistemática y comentarios - De los contratos en general"*. Lima.
- De La Puente y Lavalle, (1996) M.- *"El contrato en general"*. Cuarta Edición. Volumen XI. Primera Parte – Tomo I.. Fondo Editorial. Lima - Perú.
- Diez - Picazo, L.(1991) *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Vol. II: Las relaciones obligatorias. Quinta Edición. Editorial Civitas, S.A., Madrid .*