



¿QUÉ TAN AUTÓNOMA ES LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD? CONSIDERACIONES A PARTIR DE ALGUNAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO

*HOW AUTONOMOUS IS THE AUTONOMY OF WILL?
CONSIDERATIONS BASED ON SEVERAL PERUVIAN CONSTITUTIONAL
COURT'S JUDGMENTS*

Ronald Cárdenas Krenz¹

Universidad Femenina del Sagrado Corazón
Departamento de Ciencias Jurídicas, Facultad de Derecho
Lima, Perú
<https://orcid.org/0000-0002-1777-9423>

Fecha de recepción: 02 de octubre de 2022
Fecha de aceptación: 30 de noviembre de 2022
Fecha de publicación: 19 de diciembre de 2022

Resumen:

El artículo trata acerca de la autonomía de la voluntad, analizando su naturaleza y límites, a partir de la revisión de algunas sentencias del Tribunal Constitucional peruano en torno al tema de la libertad, planteando la necesidad de promover una cultura de la libertad de la mano de una cultura de la responsabilidad, como una respuesta ética y bioética frente a debates fundamentales de nuestro tiempo.

Palabras Claves: Autonomía de la voluntad, libertad, libre albedrío, autodeterminación, responsabilidad.

Abstract

The article deals with the autonomy of the will, analyzing its nature and limits, based on the review of some sentences of the Peruvian Constitutional Court on the subject of freedom, raising the need to promote a culture of freedom hand in hand of a culture of responsibility, as an ethical and bioethical response to fundamental debates of our time.

Keywords: *Autonomy of the will, freedom, free will, self determination, responsibility.*

1 Abogado. Magister en Derecho Civil y Comercial. Magister en Bioética y Biojurídica. Doctorando por la UNMSM y Doctorando por la Universidad Pública de Navarra. Past Decano y profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Profesor de la Universidad de Lima y ESAN. Ha sido Superintendente Nacional de los Registros Públicos y presidente del Consejo del Notariado. Autor de diversas publicaciones.

Nota de redacción:

El 28 de mayo del 2015, la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (Argentina) incorporó como Miembro de esta al profesor Ronald Cárdenas Krenz; en las siguientes páginas, publicamos la ponencia presentada por el referido académico con motivo de su incorporación -hasta ahora inédita- así como las palabras con las que fue presentado por el Dr. Armando Andruet, ex presidente del Tribunal de Justicia de Córdoba y Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

Presentación del Dr. Ronald Cárdenas Krenz como Académico Correspondiente en la República del Perú, a cargo del Dr. Armando S. Andruet (h)

Señor Presidente de la Academia Nacional de Derecho y Cs.Ss. de Córdoba, Dr. Juan Carlos Palmero, Señor Presidente Honorario Dr. Luis Moisset de Espanés, Sres. Académicos presentes, Señoras y Señores que nos acompañan en el acto de incorporación como Miembro Correspondiente en la República del Perú al Profesor Ronald Cárdenas Krenz, muy buenas tardes.

Inicialmente quiero destacar y no sólo por una obvia cuestión de protocolo académico, que, para mí, es un verdadero gusto el poder hacer esta breve introducción a la figura académica del Prof. Cárdenas Krenz, la que será suficientemente breve para dejar el mayor espacio a quien le corresponde el podio en este día, y que es nuestro visitante extranjero. Pero, aunque breve nuestra alocución, debe tener la justeza de la evocación académica que nos permita reflejar los perfiles académicos de quien se trata y con ello, dejar la más absoluta tranquilidad y satisfacción a esta Corporación Académica, que no nos mueve ningún otro estímulo, que el de continuar profundizando los lazos de fraternidad académica con una comunidad jurídica que tantas relaciones profesoras y académicas tiene desde hace muchos años con nuestra Academia Nacional de Derecho.

Sin duda que para cualquier argentino, la República del Perú es parte de una hermandad histórica, que no solo tiene sus cimientos en los mismos procesos libertarios de nuestro prócer mayor como es el Gral. José de San Martín, tan apreciado por los peruanos como por los argentinos; sino porque en particular, su Escuela Jurídica, particularmente la civilística, constituida por muy destacados Profesores, ha tenido

una profunda relación con muchos de nuestros mayores Profesores argentinos y varios de ellos, integrantes de esta Academia Nacional. Con todo ello indicado, es obvio señalar, que mucho honra a nuestra Academia el poder sostener dicha continuidad de afectos académicos entre el Perú y la Argentina, ahora materializada en la incorporación como Miembro Correspondiente del Profesor Ronald Cárdenas, que ya ha demostrado en modo extenso en su país, las calidades que lo distinguen en los diferentes espacios académicos, gubernamentales y de la ensayística como poseedor de una notable capacidad para realizaciones académicas de gestión y de pensamiento.

No me habré de referir en extenso a dichos aspectos, por haber sido ellos, materia de análisis a la hora de su respectiva aprobación de su currículum vitae y, por lo tanto, sólo habremos de hacer algunas apostillas que en particular nos resultan dignas de relatar.

A dichos efectos, bien quiero destacar que el Prof. Cárdenas –licenciado en abogacía por la Universidad de Lima y cuya tesis de bachillerato jurídico intitulada ‘Las Fuentes del Derecho Civil Peruano’, fue recogida en la Constitución del año 1993 en el reconocimiento de ser Perú, un país pluriétnico y multirracial- a su actividad académica en la que se ha destacado en el ámbito del derecho privado, en las cátedras de derecho civil en diferentes Universidades del Perú, entre las que se cuentan, la Universidad Femenina del Sagrado Corazón desde 1990 y donde alcanzara el grado de Principal a partir del año 2006, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima desde 1993 y también en la Facultad de Derecho de la Universidad ESAN. Todo lo cual ciertamente, que lo ha movido como causa eficiente, a la concreción de su Magister en Derecho Civil y Comercial por la Universidad San Martín de Porres y de cuya actividad recibiera los mejores conceptos.

Pues a ello le ha sabido sumar, en modo controlado sus condiciones de buen gestor académico, habiendo ocupado así, el cargo de Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón en Lima durante varios años y en donde antes, había ocupado el cargo de jefe del Departamento de Ciencias Jurídicas.

En el ámbito de su vida académica el Prof. Cárdenas Krenz, además de su título de grado correspondiente, y el Magister ya dicho, tiene en su haber otro título de Magister que como tal, lo habilita en manera especial en áreas que no suelen ser merecedoras de toda atención por la ortodoxia jurídica, pero que naturalmente la imposición de la realidad

va modificando dicha insustancial consideración, como es, que los temas de la ética aplicada al mundo de lo jurídico-judicial sean ellos, desde los aportes de la bioética, de la ética judicial o de la deontología de la abogacía no eran de relevancia y ocupaban la segunda fila de la preocupación académica, tesis que hoy sin duda tiene un natural proceso de reversión.

Particularmente ello ocurre, cuando la crisis del juridicismo no puede ser más soslayada, y las construcciones socio-jurídicas necesitan de la asistencia de fuentes no normativas y genuinas de la razón práctica, que como tal, puedan acompañar a aquellas otras propias del purismo del derecho de la mejor manera posible, en el pasaje de un mundo jurídico formalista a otro, donde la impregnación de los valores y los principios se ha hecho presente y donde el razonamiento jurídico, ha dejado de ser de buen modo y en el mejor de los supuestos en un 'aggiornado exegetismo', para ser un razonamiento en movimiento permanente y donde los juristas no tienen dogmas ni axiomas, sino problemas y discusiones morales para las que, los instrumentos jurídicos son un adecuado escalpelo que realiza las cirugías correspondientes en la superficie del agregado social.

Pues para todo ello, la puridad científica del derecho no es suficiente, sino que, cualquiera sea el ámbito: civil, comercial, penal, laboral, constitucional o administrativo; para poder brindar una respuesta razonable y no solo correcta, y que por lo tanto perciba la complejidad del problema puesto a definición, se requieren de nuevos instrumentos que se sumen a la experticia académica particular de la rama jurídica correspondiente y para ello; áreas que antes fueron invitadas a la fastuosa mesa del derecho casi por un compromiso académico nada más, hoy se advierte que sin ellas, difícilmente se podría sobrellevar cualquier deglución jurídica.

El Prof. Ronald Cárdenas ha transitado dichos capítulos temáticos, y esa ha sido la razón por la cual he realizado dicha evocación y no como un alegato circunstancial a los espacios académicos que profesamos en lo particular; sino porque Ronald Cárdenas, ha impregnado a su formado pensamiento civilístico, los correspondientes aportes reflexivos que la bioética promueve seriamente a quien de ella se hace cargo. Su Magister en Bioética y Biojurídica por la Universidad Santo Toribio de Mogrovejo, así lo acreditan y además lo delata en gran parte de su construcción científica, donde el entrecruzamiento de ambas temáticas académicas, la civil y la bioética se hacen presentes.

Particular énfasis hay que colocar en esta temática, por haberle correspondido a nuestro invitado, ser el Coordinador en el Perú de la Cátedra UNESCO de Bioética y Biojurídica conferida por la UNESCO a la UNIFE y a la Sociedad Española de Biojurídica y Bioética. Quiero recordar al auditorio, que las Cátedras UNESCO, antes de ser concedidas, tienen un dilatado desarrollo previo de gestión y luego de mantenimiento que está siendo permanentemente monitoreado por dicho Organismo internacional.

En dicho orden de cuestiones, no se puede dejar de señalar que en general, la mayoría de los artículos que conforman el producido intelectual del Profesor Cárdenas, están ubicados en la silueta del problema de la persona humana frente a los desafíos que para el derecho significan los desarrollos tecno-científicos en particular en los ámbitos de la autonomía personal y por lo tanto, todos ellos, con una notable pertinencia bioética.

Por otra parte también queremos señalar, que el Prof. Cárdenas Krenz ha ocupado buena parte de su producción intelectual a lo que propiamente corresponde a la ensayística, y la ha difundido a dicha vertiente, particularmente en los ámbitos periodísticos más calificados de su país y además de ello, en Revistas especializadas también en temas de teoría política, toda vez, que no oculta su filiación ideológica a sanas posiciones liberales y que seguramente habrán sido dichas circunstancias, la que lo llevaran a ser quien tuviera la distinción de hacer la laudatio correspondiente por la Universidad Femenina del Sagrado Corazón, cuando se le hiciera entrega al Premio Nobel de Literatura Mario Vargas Llosa de su distinción de Doctor Honoris Causae de esa Casa de Estudios en el año 2012.

Debo también destacar, que a los perfiles académico-profesoral por una parte, de gestor y directivo académico por la otra, y de ensayista, también se le suma la correspondiente a su vertiente institucional-gubernamental, al haber ocupado durante un lustro en la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, el cargo inicialmente de Superintendente Adjunto y finalmente como Superintendente Nacional. Dicha función, como es obvio señalarlo, en la República del Perú tiene una equivalencia institucional a lo que podríamos considerar un Ministerio Nacional. También fue Presidente del Consejo Nacional de Catastro.

Indudablemente que los cuatro aspectos que en modo general han sido considerados, son solo picos altos en un cordón montañoso de altas cumbres, no nos corresponde hacer una enunciación de todo el cúmulo de acciones intelectuales de conferencista, publicista, expositor y autor del invitado, pero sí deben conocer que todo ello es numeroso y también de notable calidad y por todo lo cual, es que se ha considerado debido el aceptar su designación como Miembro Correspondiente de esta Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba en la República de Perú y no dudamos, que será un nuevo y fortalecido espacio de intercambio y reflexión que para todos nosotros el que habrá de generar y así lo promoveremos.

Estimado Profesor y Magister Ronald Cárdenas Krenz, nos sentimos muy gustosos por su incorporación a esta Academia que desde hoy, también es la suya, y cuéntenos a todos nosotros como sus amigos académicos para cuando así corresponda.

Artículo: ¿QUÉ TAN AUTÓNOMA ES LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD? CONSIDERACIONES A PARTIR DE ALGUNAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO

I. INTRODUCCIÓN

Sean mis primeras palabras para saludar a esta honorable Academia y rendir homenaje a una institución que honra al Derecho como al pensar jurídico latinoamericano.

Es por ello que vengo aquí con emoción, pero a la vez sobrecogido, pues si hubiera de tomar asiento en algún lugar de esta Academia, sería no al lado de tan dignos miembros, sino al frente, como atento discípulo.

En tal virtud, recibo esta distinción no como un reconocimiento, sino como un compromiso con la cátedra, con el bien, con la búsqueda de la verdad, con la justicia; compromiso que, como miembro de esta Academia, he de llevar siempre honrado, y a la vez honrándolo, como profesor y como persona, a lo largo de mi vida.

La libertad es el tema de nuestro tiempo... y, acaso, sea el tema de siempre. Ciertamente, como decía Benedetto Croce, la historia es la hazaña de la libertad, pero esta es ello y más todavía. Y es que el hombre no solo tiene libertad, sino que es libertad, correlato inseparable de su dignidad, rasgo a partir del cual escribe su biografía y va construyendo día a día su propia identidad.

Como afirma Fernández Sessarego (2013), ser libertad “supone la capacidad inherente al hombre de **proyectar** una manera de existir; un plan existencial, un modelo de vida.” (p.199,200)

Claro que, desde siempre, la libertad ha sido un anhelo, un deseo una aspiración permanente del ser humano.² Empero, ya no se trata tanto de la libertad de los pueblos, sino específicamente de la lucha de las personas por el respeto de su libertad individual, motivada en los últimos tiempos por el avance de las nuevas tecnologías –que, paradójicamente, así como pueden promover la libertad pueden también ponerla en riesgo³ -, la crisis de añejas ideologías, o fenómenos como la globalización, que de la mano con las migraciones culturales, han cambiado no solo nuestra forma de ver el mundo, sino al mundo mismo.

Es por ello que vengo ante esta honorable Academia a exponer con algo de atrevimiento algunas ideas sobre la libertad, lo cual creo que puede ser particularmente interesante pasando revista al tema a partir de algunas sentencias del Tribunal Constitucional peruano.

II. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y SU COMPRENSIÓN POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO

Decía John Stuart Mill que:

Nadie puede ser obligado justificadamente a realizar o no realizar determinados actos, porque eso fuera mejor para él, porque le haría feliz, porque, en opinión de los demás, hacerlo sería más acertado o más justo. Estas son buenas razones para discutir, razonar y persuadirle, pero no para obligarle o causarle algún perjuicio si obra de manera diferente (1984, p. 37).

Dentro de ese mismo espíritu, el Tribunal Constitucional peruano ha proclamado que:

2 Observa Isaiah Berlin (2000, p. 61), en una interesante y discutida anotación, que el concepto de libertad individual no registra prueba convincente de que haya sido formulado en el mundo antiguo, sino de repente recién con Epicuro, sin que llegue a ser fundamental en la cultura griega ni quizá tampoco en otra civilización antigua conocida.

3 Así, por ejemplo, en España, el acceso a los diagnósticos pre-natales para detectar el síndrome de Down, diseñado para que los padres puedan tempranamente saber de la condición de su hijo y recibirlo como corresponde, ha terminado siendo utilizado más bien para abortarlos. En China e India, se ha tenido que prohibir las ecografías por cuanto se empezaron a usar para abortar a las niñas mujeres, pues no se consideraba económicamente conveniente tenerlas. En Egipto, se han prohibido los celulares en los gimnasios, pues eran usados para tomar fotos a las mujeres mientras se cambiaban y luego venderlas. Aparte, hoy en día se venden con absoluta facilidad y a bajísimo costo, lapiceros o botones espías con diminutas cámaras, que sirven para grabar impunemente a cualquier persona; teléfonos que se ofrecen a los padres para regalar a sus hijos que incluyen un dispositivo para espiar sus llamadas, etc. Todo ello sin mencionar la cuestión de los drones y su uso para atentar contra el derecho a la intimidad.

La persona humana debe gozar del mayor grado de libertad posible en la construcción y ejecución de su propio proyecto de vida y de la satisfacción de sus propios intereses, aun cuando éstos puedan resultar irracionales para una amplia mayoría social, pues incluso el error propio (...), es fundamental para la maduración de las ideas y de las acciones futuras, cuyo libre flujo es de singular importancia en el ámbito de una sociedad democrática.

(Se trata de la sentencia de fecha 19.07.2011, recaída en el expediente. N.º 00032-2010-PI/TC, a raíz de un proceso de inconstitucionalidad promovido por 5,000 ciudadanos contra el artículo 3º de la Ley No. 28705 – Ley General para la Prevención y Control de los Riesgos del Consumo de Tabaco; véase en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00032-2010-A1.html>)

Ciertamente, es fundamental el respeto a nuestras ideas, a tener nuestro proyecto de vida. Mas, como explicaba Von Mises, la libertad no garantiza la felicidad, y es en ese elegir que ella significa, que puede que optemos bien o mal, pero justamente de eso trata la libertad: de elegir y de asumir las consecuencias de nuestras decisiones.

A esto se agrega que, como señala Berlin: “Moverse en un mundo carente de fricciones, deseando solamente lo que uno puede conseguir, sin estar tentado por posibilidades diferentes, y no persiguiendo nunca fines que son incompatibles, es vivir en una fantasía coherente. Presentar esto como el ideal es querer deshumanizar a los hombres” (Berlin, Isaiah (2000). Cuatro ensayos sobre la libertad. Madrid: Alianza Editorial, p. 61).

En el ámbito del Derecho Civil, la libertad, sin dejar reconocer que es más que un derecho o un valor, pone de manifiesto su importancia a través del principio esencial de la autonomía de la voluntad. La definición del concepto y sus alcances es compleja, habiendo sido tratada en excelentes trabajos por diversos juristas y queridos maestros, como Guillermo Borda, Atilio Aníbal Alterini o Luis Moisset de Espanés. Precisamente, este último afirma: “...la voluntad, efectivamente genera, modifica, transforma, aniquila, extingue los derechos y las situaciones jurídicas, pero no por el solo imperio del libre albedrío, sino en cuanto es conducta humana reglada por el derecho” (2007, p. 263-264).

El principio de la autonomía de la voluntad tiene un carácter fundamental y hasta fundacional, más aún si autores como Fernández Sessarego, nos dicen que el valor per se del Derecho es la libertad antes que la justicia.

Empero, sin dejar de valorar lo que significa en cuanto a la lucha contra la no discriminación y la igualdad ante la ley, plenamente insertos en el siglo XXI, quién sabe si el tema deba ser no solo el reconocimiento de la libertad individual, sino también la necesidad de preservar aquellos límites que hacen sostenible su misma existencia. Y es que, como decía la metáfora kantiana, la paloma piensa que el viento es un obstáculo para poder volar, cuando en verdad, sin el viento no sería posible que pudiera hacerlo.

“La ligera paloma, al surcar en libre vuelo el aire cuya resistencia siente, podría persuadirse de que en un espacio vacío de aire le podría ir aún mucho mejor” (Kant, 2007, p. 65-66)

El tema se torna más relevante todavía si nos detenemos a ver el mundo en el que vivimos, caracterizado por una crisis de valores, el consumismo, la actitud hedonista, la cosificación del ser humano, el relativismo moral, etc.

El aún fresco caso de Charlie Hebdo en París, un acto de salvajismo sin duda, repudiable por donde se le mire, no puede sin embargo evaluarse completamente si no reflexionamos también en el hecho que los periodistas de dicho medio, en nombre de la libertad, terminaron cayendo en la intolerancia que ellos mismos combatían.⁴ Nada justifica la barbarie, nada absolutamente, pero igual la cuestión no puede pasar desapercibida, más allá de lo política (o lo mediáticamente) correcto. Más aún si, vemos cómo hace solo unas semanas, en Texas, en Estados Unidos, una organización no tuvo mejor idea que hacer un concurso de caricaturas de Mahoma, poniendo en evidencia que el hombre antes que aprender de sus errores, suele torpemente repetirlos.

Debemos seguir promoviendo una Cultura de la Libertad, ciertamente. Mas, paralelamente, necesitamos de una Cultura de la Responsabilidad. Ya Hans Jonas hablaba acerca de una ética de la responsabilidad, y vale seguir profundizando más en el concepto.

Es importante tener presente lo siguiente:

4 Es interesante aquí lo que muy anteladamente a la tragedia de Charlie Hebdo, dijera Fernando De Trazegnies: “... respetos guardan respetos. Los cristianos pondríamos el grito en el cielo si los musulmanes hicieran una película que distorsione la vida de Jesús y muestra a Cristo haciendo el amor con la presunta esposa que algunos quisieran atribuirle. Por eso, me parece absolutamente irracional que en Occidente se publiquen caricaturas ridículas de Mahoma o se filmen películas escandalosamente ofensivas para la mente islámica: nadie comete esa gravísima falta de respeto inocentemente. Y no puede defenderse tal actitud alegando que los musulmanes tampoco respetan a los cristianos porque, aun si así fuera, la falta de respeto no se contesta con otra falta de respeto, el fanatismo no se combate con fanatismo, ni la intolerancia se vence con otra intolerancia a *contrariu sensus*.” (De Trazegnies, 2012, p. A27).

El hombre es el único ser sometido al juicio ético, porque sólo él, entre los seres creados, tiene que estar optando, tiene que estar eligiendo ... para realizarse y para perfeccionar su existencia con sentido humano, entre una o más posibilidades: asume una y rechaza otra u otras. Esta capacidad esencial propia del ser humano, que es al mismo tiempo una necesidad ineludible, hace de él el único animal libre, y por lo tanto responsable (Córdoba, 2005, p. 37).

Ahora bien, ¿cuáles son los límites que esa ética de la responsabilidad impone sobre la autonomía de la voluntad?

Veamos algunos ejemplos interesantes, ¿puede, en nombre de la autonomía de la voluntad, utilizarse la píldora del día siguiente? Siendo que la Convención Americana de Derechos Humanos consagra el respeto del derecho a la vida desde la concepción y que la Constitución, el Código Civil, el Código de los Niños y Adolescentes y La Ley General de Salud, así lo declaran, el Tribunal Constitucional peruano resolvió sobre el particular, que el Ministerio de Salud no podía continuar con su política de distribuir en forma gratuita la referida píldora, teniendo en cuenta que el llamado “tercer efecto” de la misma podría implicar un aborto. En Argentina, a su vez, la Corte Suprema, en el año 2002, resolvió la inaplicabilidad de dicha píldora, teniendo en cuenta sus posibles efectos atentatorios contra el derecho a la vida.⁵

De acuerdo a la lógica de estas sentencias, queda claro que el derecho a la libertad no puede transgredir la vida, constituyendo ello un principio general, cuyas excepciones no se aplican en el presente caso.⁶

La protección de la vida desde la concepción no es sin embargo solo una mera posición legal que decide adoptar el legislador, sino el reconocimiento de una realidad científica, que el derecho no puede desconocer, más allá

5 Siendo ambas sentencias muy valiosas para el respeto y defensa de la vida, enfrentándose a diversas corrientes “progresistas”, vale observar que la sentencia argentina resulta más contundente que la peruana, pues ella resuelve en general la inaplicabilidad de la píldora, mientras que, en el caso peruano, solo se dispone la prohibición de su distribución gratuita por parte del Ministerio de Salud, sin prohibirla en términos generales, lo que ha llevado, en primer lugar, a que se interpretara que el ministerio sí podía venderlas (aunque al final dio marcha atrás, pues sin duda ello iba contra el espíritu de la sentencia) y, en segundo lugar, que las empresas privadas sí pueden distribuirlas, como de hecho ha seguido ocurriendo. La duda es: ¿el legislador peruano no estableció la prohibición general expresamente para no resolver en forma *extra pétita* toda vez que la materia consultada era si el Ministerio de Salud podía distribuirla gratuitamente o no? ¿Será que el Tribunal, sabiendo que algunos sectores interesados cuestionarían su fallo, prefirió limitar los alcances de su decisión al Ministerio de Salud? ¿O será simplemente que el Tribunal dio por sobreentendido que la proscripción de la referida píldora quedaba tácitamente establecida? Son todas ellas dudas válidas que en algún momento se deberían aclarar.

6 El modelo social de la discapacidad tiene su origen en el Movimiento de Vida Independiente nacido en Estados Unidos durante los años 60 impulsado por Ed Roberts, movimiento que bajo el lema “Nothing about us without us” buscaba reivindicar el derecho de los estudiantes con discapacidad de acudir a la universidad (Velarde Lizama, 2012), junto al movimiento Antipsiquiatría y Desinstitucionalización (Conde Melguizo, 2014). En la segunda mitad de los años 70 se buscó la integración de las personas con discapacidad para tomar parte de la vida en comunidad en igualdad con los demás a causa de la presencia de barreras

de cualquier interés⁷. Esta idea es seguida por el Tribunal Constitucional peruano expresamente en otros casos, como en el de aquella persona que pretendía que se le autorice el cambio de sexo en su documento de identidad al amparo de su sola voluntad, contradiciendo su condición biológica; al respecto, la sentencia que resolvió el caso estableció en sus fundamentos 30 y 31 lo siguiente:

30. Consecuentemente, mientras no haya certeza científica de que la cirugía transexual es el tratamiento más eficaz para el transexualismo y que, realizada ella, debe prevalecer legalmente el sexo psicológico sobre el biológico -como plantea el recurrente-, el Derecho no puede abandonar la realidad científica de que el sexo de la persona es su sexo biológico o cromosómico, que -también según la ciencia- es indisponible y con el cual el ordenamiento constitucional distingue los sexos en función de “*la naturaleza de las cosas*” (artículo 103 de la Constitución), es decir, de lo biológico.

31. Por todo ello, este Tribunal juzga que debe desestimarse la pretensión del recurrente de modificar el sexo masculino en el DNI y en la partida de nacimiento de P.E.M.M., pues, por las razones aquí expuestas, este Tribunal no puede eximir a P.E.M.M. de la exigencia que impone el ordenamiento constitucional de que el sexo de la persona consignado en el registro de estado civil corresponde a su sexo biológico. (Sentencia del 18.03.2014, recaída en el expediente N.º 00139-2013-PA/TC, que resuelve el recurso de agravio constitucional interpuesto por don Rafael Alonso Ynga Zevallos, en representación de P.E.M.M. contra la resolución de la Sala Mixta Descentralizada de la Corte Superior de Justicia de San Martín, de fecha 10.09.2012).

Naturalmente que existen otros casos en los que la limitación de la libertad puede estar supeditada más bien a la voluntad del legislador, y es así que el Tribunal Constitucional peruano, en diversos fallos, ha reiterado que el ejercicio de la libertad no es absoluto y puede ser limitado por la ley.⁸

El propio Stuart Mill (1984), no obstante ser uno de los padres del liberalismo, reconoce también la existencia de límites a la libertad.

7 Se trata de una posición que encuentra sustento en la biología, la genética y la embriología.

8 “Conforme a lo enunciado por este Tribunal en reiterada jurisprudencia, la libertad personal no es sólo un derecho fundamental reconocido, sino un valor superior del ordenamiento jurídico, pero su ejercicio no es absoluto e ilimitado; se encuentra regulado y puede ser restringido mediante ley” Fundamento 5 de la Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 28.04.2005 en el expediente No. 2029-2005-PHC/TC, resolviendo el recurso de agravio constitucional interpuesto por don Fortunato Félix Utrilla Aguirre contra la resolución de la Primer Sala Penal para Procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia, de fecha 09.12.2004, que declaró infundada una demanda de habeas corpus interpuesta por el interesado.

el único fin por el cual es justificable que la humanidad, individual o colectivamente, se entremeta (sic) en la libertad de acción de uno cualquiera de sus miembros, es la propia protección. Que la única finalidad por la cual el poder puede, con pleno derecho, ser ejercido sobre un miembro de una comunidad civilizada contra su voluntad, es evitar que perjudique a los demás. Su propio bien, físico o moral, no es justificación suficiente. (p. 37)

Como dice Savater: “Naturalmente la sociedad tiene el derecho y el deber de poner límites a esta libertad cuando su ejercicio comporta daños o peligros objetivos para otros: inseguridad, lesiones, difamación, destrucción de bienes, expolio laboral, etc.” (2013 p.A27). Siguiendo al mismo autor, en esa línea de pensamiento, puede justificarse que, en el año 2009, Estados Unidos haya prohibido la venta de cigarrillos de sabores (vainilla, chocolate y clavo) por considerar que ello atraía al consumo a niños y adolescentes

Si bien es cierto que la libertad de uno termina donde empieza la del otro, la afirmación -correcta en principio- no es -finalmente- suficiente, pues hay casos en los que si bien no hacemos daño a ninguna otra persona, se pone en evidencia que el ejercicio de la libertad tampoco puede ser absoluto.

En Italia, un presidiario que necesitaba de servicios legales publicó un aviso en el periódico que decía: “Cambio riñón por abogado”, pero el pedido le fue negado judicialmente. En EE. UU., un juez ofreció bajarle la pena a un violador a cambio de que aceptara la castración química; aceptada la sensible oferta, la decisión del juez subió en consulta, siendo revocada por la instancia superior. En Lima, hace no mucho tiempo, un hombre de origen musulmán fue con su menor hija a una conocida clínica en Miraflores pidiendo que la intervengan médicamente para que no pudiera sentir placer sexual, al amparo de sus creencias culturales, el pedido -como era de esperarse- fue denegado.

Todo ello sin contar con que, como bien sabemos, por más amor paternal que válidamente exista, no es posible amparar jurídicamente la donación en vida de un corazón en favor de un hijo enfermo que lo necesite. Como tampoco podría aplicarse, por similares criterios (hoy que ya es fácticamente posible hacerlo) el trasplante de cara.

Ahora que se empiezan a hacer trasplantes de útero -llevando la iniciativa en el tema el Hospital Universitario Sahlgrenska, de Gotemburgo (Suecia)-, por el cual una mujer cede a otra su útero para que pueda ser madre, ésta tiene el hijo y luego lo “devuelve” a la primera, la pregunta que

sobreviene es: si los trasplantes de órganos por definición se realizan para salvar vidas o curar problemas de salud ¿sería legal el trasplante de útero pese a que no cumple con dichos fines?

Se trata de retos que habrá que resolverlos pronto. Si bien el derecho debe darse un tiempo para meditar sus cambios, la velocidad de los avances tecnológicos demanda más rápidas respuestas. Son las exigencias de los tiempos que corren, sin olvidar la importancia de una actitud fronética antes que una actitud vehemente.

Como bien dice Serrano:

... algunas de las acusaciones recibidas por el Derecho son francamente rechazables. Me detendré en la primera obviedad que hay que soportar en cualquier congreso médico. La respuesta jurídica es siempre posterior, incluso retrasada respecto a la realidad y muchas veces con normas viejas. En este punto quizás conviniera recordar que este actuar sobre una realidad ya producida es una característica del propio Derecho y que las alternativas no son ni mucho mejores. Por otro lado, la readaptación de las leyes y de los viejos conceptos es una vieja tradición del Derecho con inmejorables resultados En este punto, sería deseable que unos no hiciéramos puntualizaciones infundadas sobre elementos científicos, si otros no hiciesen simplificaciones jurídicas" (2004, p. 33).

Sin perjuicio de ello, debe tenerse también presente que hay campos en los que el Estado no debe intervenir, ya sea por razones culturales o de principio que así lo sustentan. Como dice Gros Espiel (2005, p. 131), el derecho "debe encarar prudentemente su papel, con conciencia de que hay espacios de la conducta humana que no deben ser materia de regulación jurídica".

Así, por ejemplo, existe entre nosotros la costumbre de que los padres hagan hoyos en las orejas a sus hijas para que puedan usar aretes, lo que obedece a razones culturales, aun cuando en países como Alemania ya no suele darse esta práctica por considerarse que atenta contra el derecho a la integridad de las menores.

Empero, se discute desde ya hace un tiempo si los padres tienen derecho a practicar la circuncisión en sus bebés cuando no hay una necesidad médica inmediata que lo justifique. Si bien antes existían razones culturales y a veces religiosas que respaldaban la práctica, parece que ella se está

yendo de retirada en varios países. Nótese que los agujeros en las orejas tienen un fin meramente estético de carácter social y son menos gravosos físicamente hablando; mientras que la circuncisión, aun en el caso en que pretenda sustentarse en cierto fin preventivo ante alguna posible situación médica futura, termina siendo más gravosa y atentatoria de los derechos individuales a la integridad y libertad de la persona.

Asimismo, se plantean nuevas situaciones:

¿Cómo debe proceder el Derecho si hoy unos padres desean ponerle un piercing a su bebé o a su hijo de 4 años de edad? Nos inclinamos por la negativa, apelando a razones culturales, pero también al deber de no someter a un menor a sufrimientos innecesarios, a razones de salud en algunos casos y, adicionalmente, al derecho a la identidad. Cabe notar que las razones culturales no pueden reducirse entonces a una evaluación meramente individual.

Un caso en donde se pone en evidencia la intervención esencial que puede tener la judicatura, es en el del pronunciamiento del Tribunal Constitucional peruano que declaró inconstitucional la penalización de las relaciones sexuales consentidas con menores de entre 14 y 18 años. Antes de dicha decisión, existían varios casos de jóvenes de -por ejemplo, 18 años de edad-, que habían tenido relaciones sexuales de mutuo acuerdo con su enamorada de 17 años y que habían terminado en la cárcel por la comisión del delito de seducción. La sentencia, con buen criterio, salió en defensa de la libertad sexual para estas parejas, declarando inconstitucional dicha norma penal.⁹

Sin embargo, la misma sentencia, incurrió en un lamentable exceso al agregar entre los fundamentos de su resolución la invocación del derecho de toda persona a tener relaciones sexuales desde los 14 años como parte del derecho al libre desarrollo de la personalidad, sin hacer ninguna referencia a la responsabilidad y madurez que ellas demandan.¹⁰ Estimamos que algo tan personal como la edad para el inicio de las relaciones sexuales no puede

9 Se trata de la sentencia recaída en el Exp. N° 00008-2012-PI/TC del 12.12.2012 y publicada el 24.01.2013 en el diario oficial El Peruano, que declaró que los adolescentes entre 14 y 18 años de edad son libres de tener relaciones sexuales y, por tanto, el artículo 173.3 del Código Penal, que penalizaba, por más que fueran consentidas, las relaciones sexuales con menores entre esas edades, resulta siendo inconstitucional. Para más detalle sobre el tema, remitimos al lector al artículo del suscrito: "Habilitados para el sexo, pero impedidos de entrar al billar. A propósito de la consideración de las relaciones sexuales adolescentes como expresión del libre desarrollo de la personalidad". En: Gaceta Penal & Procesal Penal No. 46. Lima: Gaceta Jurídica, 2013.

10 Se trata de la sentencia recaída en el Exp. N° 00008-2012-PI/TC del 12.12.2012 y publicada el 24.01.2013 en el diario oficial El Peruano, que declaró que los adolescentes entre 14 y 18 años de edad son libres de tener relaciones sexuales y, por tanto, el artículo 173.3 del Código Penal, que penalizaba, por más que fueran consentidas, las relaciones sexuales con menores entre esas edades, resulta siendo inconstitucional. Para más detalle sobre el tema, remitimos

fijarse mediante una ley o una sentencia; por otro lado, no siendo lo más prudente tener relaciones sexuales desde los 14 años, el fallo termina más bien promovíéndolas.

Como sostiene Ana María Vega: “Es fácil y cómodo aducir el libre desarrollo de la personalidad como argumento para justificar el máximo respeto a las decisiones procreativas. Pero la libertad exige responsabilidad, especialmente cuando en el ejercicio de esa libertad están implicados los derechos fundamentales de otras personas, en este caso, los del futuro hijo” (2014).

En el tratamiento de la libertad, tan importante como su regulación legal, son los parámetros que se van fijando desde la judicatura, especialmente desde sus más altas instancias, delicada tarea que demanda una actitud fronética, es decir, prudente. Y es que, finalmente, son los tribunales quienes terminan trazando las instituciones.

Debe reconocerse aquí que el Tribunal Constitucional peruano, en su oportunidad, ha preferido autolimitarse al haber establecido que no cabe dictar precedentes vinculantes “sobre temas que son más bien polémicos y donde las posiciones valorativas pueden dividir a la opinión pública”.¹¹ Incluso, en la sentencia que resuelve el caso de la píldora del día siguiente, deja abierta expresamente la posibilidad de revisar su fallo en la medida que nuevos descubrimientos científicos así lo demanden.

Es de observar que el Tribunal Constitucional ha ido ratificando o reconociendo progresivamente diversos derechos en favor de la libertad de los ciudadanos sobre temas tan diversos como el derecho de los vecinos a poner rejas en su urbanización en defensa de su seguridad, el derecho a la no discriminación, el derecho de una mujer de no ser separada de instituciones militares o policiales por motivos de embarazo, el derecho de los padres no casados a matricular a sus hijos en colegios religiosos, entre otros.

al lector al artículo del suscrito: “Habilitados para el sexo, pero impedidos de entrar al billar. A propósito de la consideración de las relaciones sexuales adolescentes como expresión del libre desarrollo de la personalidad”. En: *Gaceta Penal & Procesal Penal* No. 46. Lima: *Gaceta Jurídica*, 2013.

11 Fundamento 46 de la Sentencia del Tribunal Constitucional No 3741-2004-AA/TC.

12 “Este Colegiado ha tenido la oportunidad de precisar en ocasiones anteriores que el establecimiento de rejas como medidas de seguridad vecinal no es per se inconstitucional, si se parte de la necesidad de compatibilizar o encontrar un marco de coexistencia entre la libertad de tránsito como derecho y la seguridad ciudadana como bien jurídico. Lo inconstitucional sería, en todo caso, que el mecanismo implementado o la forma de utilizarlo resulte irrazonable, desproporcionado o, simplemente, lesivo de cualquiera de los derechos constitucionales que reconoce el ordenamiento” (Fundamento No. 20 de la Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 04.07.2005, recaída en el expediente No. 349-2004-AA/TC, resolviendo el recurso extraordinario interpuesto por doña María Elena Cotrina Aguilar contra la sentencia de la Segunda Sala Especializada en lo Civil de la Corte Superior de Justicia del Cono Norte de Lima, de fecha 27.10.2003).

Un interesante pronunciamiento¹³ sobre este último tema, fue el emitido ante una demanda que pretendía que se proscribieran los símbolos religiosos en los juzgados y tribunales, invocando el interesado la protección de su derecho a la libertad religiosa. El colegiado estimó que los crucifijos y la Biblia no afectan la libertad religiosa ni la laicidad del Estado, en tanto que dichos símbolos corresponden a una tradición arraigada socialmente, siendo la Iglesia Católica un elemento importante en la formación histórica, cultural y moral del Perú, como lo reconoce la Constitución (artículo 50); por lo demás, agregó que dicha presencia no obliga a nadie a actuar contra sus propias convicciones.

Asimismo, el Tribunal ha distinguido bien entre el respeto al derecho a la identidad cultural o religiosa y el deseo de querer imponerla, pues en otro proceso¹⁴, estableció que la Administración Pública no puede imponer al personal la práctica de ritos y costumbres religiosas, por muy arraigadas que estén en la población.

Otro caso particularmente interesante es el amparo que concedió el Tribunal a un trabajador de un hospital para negarse al cambio de su horario de trabajo al día sábado, aduciendo que ello atentaba contra su libertad religiosa, por cuanto su confesión se lo prohibía. En este caso, discrepamos del fallo en mayoría del colegiado, pues, como señala el voto en minoría de la magistrada Delia Revoredo Marsano, el trabajador, médico de profesión, desde antes de que ingresara al hospital sabía del horario del mismo y, además, con el mismo criterio aplicado a su caso, todos los trabajadores católicos podrían también pedir no trabajar los días domingo, aduciendo que para la Iglesia Católica se trata de un día de descanso, lo cual determinaría que los centros de salud se quedaran ese día sin más del 90% de sus trabajadores, lo cual sería absurdo.¹⁵

La protección de la dignidad de la persona constituye otro límite esencial al principio de autonomía de la voluntad (el cual justifica plenamente, por ejemplo, la firme oposición a los intentos de volver a legalizar en Estados

13 La sentencia, de fecha 07.03.2011, recayó en el expediente No. 6111-2009-PA/TC, resolviendo una acción de amparo interpuesta por don Jorge Manuel Linares Bustamante. En lo que sí atendió el TC la demanda, fue en el extremo de que se suprima de toda declaración judicial la pregunta sobre la religión del declarante, salvo casos excepcionales en que sea necesario o conveniente para efectos de la investigación que se haga de algún proceso.

14 Expediente No. 5680-2009-PA/TC resuelto el 28.10.10. La demanda cuestionaba una resolución administrativa y una resolución del Decano Superior del departamento de Amazonas, expedida el 2006, ordenando al personal del Ministerio Público de dicha región levantar Nacimientos navideños en la sede institucional y en cada dependencia, como era costumbre, ordenando además rendir culto, todos los días del año, al Niño Jesús y la Sagrada Familia. El TC distinguió entre la legitimidad de promover la participación de los trabajadores en ciertas ceremonias religiosas y la posibilidad de ordenar ello, imposición que declaró inconstitucional.

15 Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 19.08.2012, recaída en el expediente No. 0895-2001-AA/TC, respecto al recurso extraordinario interpuesto por don Lucio Valentín Rosado Adanaque contra la Sentencia de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, de fecha 05.07.20001.

Unidos, el “juego” de lanzar con su anuencia a personas de talla baja contra la pared y que era legal en algunos Estados hasta los años 90).

Como ha dicho el Tribunal Constitucional peruano:

no es posible que en ejercicio de su autonomía el ser humano renuncie o anule dicha autonomía. En otras palabras, no cabe que en ejercicio de su libertad el ser humano desconozca su condición de fin en sí mismo, para obligarse a ser exclusivo objeto o medio para la consecución de fines ajenos. En una frase, no cabe negar la dignidad del ser humano en ejercicio de la libertad.¹⁶

Más adelante, agrega la misma sentencia:

... cabe restringir la libertad del ser humano en su propio beneficio, cuando tal restricción sea de grado ínfimo y tenga por objeto evitar la producción de un daño objetivo, grave e irreparable a un derecho fundamental titularizado por la persona restringida en su autonomía. Así, por ejemplo, la obligación de usar el cinturón de seguridad en los vehículos automotores, imponiendo una multa a quien no lo haga, restringe la libertad de aquél que no lo haría por voluntad propia, pero se trata de un ámbito mínimo de libertad sacrificada, en aras de evitar un daño objetivo, grave y eventualmente irreparable a la propia vida o integridad física. Se trata de una medida paternalista justificada en el Estado Constitucional, pues dada la abierta diferencia entre la intensidad de sacrificio de la libertad y la intensidad de protección a la vida o la integridad física, cabe una ponderación abstracta por parte del legislador, que instaure una obligación general, por el bien de la propia persona obligada.¹⁷

Como hemos desarrollado en otro trabajo, consideramos que la autonomía de la voluntad tiene, además, entre sus límites en general, el respeto a la vida (derecho fundamental y sustento del resto de derechos), la consideración kantiana del hombre como fin (principio de autotelia), el principio del interés superior del niño (reiterado ampliamente en diversas sentencias del Tribunal Constitucional), el principio de que no hay libertad sin responsabilidad, el respeto al orden público y las buenas costumbres, la

16 Un caso polémico es el de Karl Smith, en Salt Lake City (EE. UU), quien en junio de 2.005, aceptó llevar en la frente un tatuaje con el nombre de “GoldenPalace.com”, con letras de un tamaño de 2.5 cms., a cambio de 10.000 dólares, los que según dijo utilizaría para darle educación privada a su hijo de 11 años (Diario El Comercio, Lima: edición del 01.07.05, p. A14).

17 <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00032-2010-A1.html>.

razón, los derechos fundamentales, el principio de que la ley no ampara el abuso del derecho, los principios de la Bioética, el ordenamiento jurídico en general (que incluye el cumplimiento de los requisitos de validez del acto jurídico, la inexistencia de vicios de la voluntad, etc.), la moral, la propia voluntad, la aplicación del principio de simetría, etc.

Cabe advertir, antes de concluir, que, en estricto, no es la autonomía de la **voluntad** lo que consagra la ley sino la autonomía de la **persona** (Alegría, 2008, p. 199); como anotan Díez-Picazo y Gullón y Fernández Sessarego (2000, p. 27).

Así también opina: Espinoza Espinoza, Juan (2003:47). En la misma línea, Leyva señala que: “La voluntad jamás puede ser autónoma, porque la “autonomía”, en cuanto capacidad de decidir por sí mismo, pertenece a la persona, es natural a ella” (2012, p. 270)

La persona es autónoma en cuanto su ser es ser libertad, siendo la voluntad un aspecto de la psique; así, mientras la libertad decide, la voluntad ejecuta dicha decisión; la libertad es la que es autónoma y no la voluntad (Fernández Sessarego, 2013, p. 223). En otras palabras, no existe entonces una “autonomía de la voluntad”, sino una voluntad que ejecuta una decisión al amparo de la libertad.

Esta distinción entre libertad y voluntad puede apreciarse, por ejemplo, en el siguiente ejemplo: Ofrezco en venta mi casa por 200,000 dólares, pero, en el momento de expresar mi voluntad en el documento me amenazan con un revólver y termino firmando un contrato por 100,000; entonces, la voluntad no ha podido ejecutar la decisión de la libertad.

Ahora bien, siendo la voluntad un aspecto de la psique, es fundamental adentrarnos desde el Derecho en los ámbitos de la neurociencia y de la neuroética, en donde en los últimos tiempos se vienen descubriendo cosas particularmente sorprendentes respecto a cómo pensamos y cómo decidimos, pudiendo incluso llevarnos a repensar algunas ideas sobre la libertad.

Por ejemplo, se ha podido determinar que cuando nos decidimos por una opción en una situación compleja, luego de haber tomado la decisión tendemos a ver más las razones que sustentan nuestra decisión que las que la contradicen (Estupinyá, 2012, p. 89). Esto es importante para comprender cómo algunas veces factores de los que no somos conscientes condicionan nuestras decisiones, reduciendo nuestro margen de libertad.

De otro lado, los estudios hechos por Benjamin Libet en los años 80, pusieron en evidencia que, cuando decidimos, ciertas zonas del cerebro se activan antes de que seamos conscientes de nuestra elección. La pregunta que queda flotando entonces es qué tan libres somos.

El tema de la neurociencia no debe ser soslayado. Tenemos que estar muy atentos a su desarrollo y, en todo caso, tener en cuenta que, si realmente nuestro margen de libertad es más pequeño de lo que creemos, ese mucho o poco que signifique, merecerá siempre la mayor protección por parte del Derecho.

III. DISCUSIÓN Y CONCLUSIONES

En abril del 2015, se conoció la noticia de una profesora berlinesa -Annegret Raunigk- que, a los 65 años, a través de la fecundación asistida, se encontraba embarazada de cuatrillizos, siendo ya madre de otros trece hijos. El caso trae a la memoria el de Adriana Iliescu que, habiendo dado a luz una niña a los 67 años en el 2005 en Rumanía, se convirtió en la madre de mayor edad en el mundo¹⁸. Vale también recordar el caso de Carmen Bousada de Lara, que fue mamá de un par de gemelos a los 67 años en España, en el año 2006, gracias a la fecundación in vitro, quedando los niños huérfanos tan solo tres años después, a causa de un cáncer que acabó con la vida de su mamá.

Los casos mencionados ponen en evidencia la necesidad de limitar la aplicación de la reproducción asistida teniendo en cuenta los riesgos para la salud de la mujer, el derecho a la vida de los hijos y su derecho a desarrollarse. Mas, asimismo, debe tenerse en cuenta que el principio de la autonomía de la voluntad no es absoluto y que el derecho no puede reducirse al simple deseo.

No cabe duda de que, en materia de tratamientos médicos e investigación científica, debe respetarse la autonomía del paciente, debiendo considerarse siempre la importancia del consentimiento informado.

Como señala Gafo: Podemos decir que el consentimiento informado es la primera concreción del respeto hacia la autonomía y la capacidad de decisión de toda persona autónoma” (Gafo, 1998, p. 102). Siguiendo a Abellán Salort (2006) al hablar de este principio: “Se trata de proponer como punto de partida de toda decisión, el respeto de la decisión personal del paciente, el respeto de sus preferencias, de su libertad de elección, de su libre albedrío”,(p.54) el cual se basa en una moralidad de mutuo respeto.

18 Diario La República, Lima: edición del 17.01.05, p. 27.

La autonomía implica, como hemos visto, la capacidad de una persona para autodeterminarse y decidir ajena a toda coacción externa, conforme a sus propios principios, normas y deseos; empero, dicha autonomía no es tan autónoma.

Siguiendo a Carlos Santiago Nino, la persona puede elegir su propio y valioso ideal de excelencia o su propio plan de vida, materializándolos; y de él se infieren también las prohibiciones de aquellas conductas que pueden afectar la autonomía o la vida de otras personas (2013, p.126, 132 y 134).

Como ha dicho el Tribunal Constitucional peruano, “es necesario el respeto al ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes, las cuales deben ser conformes a los límites que la Constitución y ley hayan previsto”¹⁹.

Pero, es de acotar, que la autonomía de la voluntad no es un principio que se dé en el vacío y ni es un fin en sí misma: como señala Roberto Andorno “la libertad se ejerce dentro de la estructura ontológica humana, del ser del propio hombre” (1998, p.38),

Solo a través de la libertad podemos ser capaces de inventar un juego en el que nadie gane, como proponía Borges y que decía en un verso:

*Dios mueve al jugador, y éste, la pieza.
¿Qué Dios detrás de Dios la trama empieza
de polvo y tiempo y sueño y agonía?*

No tenemos la respuesta y es que, parafraseando al gran escritor argentino, somos ricos de perplejidades y no de certezas, pero si hay algo que sabemos es que la única cosa sin misterios es la felicidad; y, en ese entrever, si bien la libertad no garantiza la felicidad, no podemos ser verdaderamente felices sin libertad.

La vida es incertidumbre y en esa incertidumbre vive la libertad, con su algo de apuesta y de aventura, de atributo y de necesidad a la vez.

No basta la sola elección sin coacciones para hablar de un acto de libertad, toda vez que su contenido²⁰ y consecuencias inciden en la calificación de su moralidad.

19 STC Exp. No. 02175-2009-PA/TC, ff.jj. 10 y 11. Publicada en la página web del TC el 19/07/2010.

20 “La voluntad del hombre no es absoluta, tampoco es la única fuente de obligaciones. El acto de voluntad no puede ser jurídicamente eficaz al margen de cuál sea su contenido, pues el hombre no tiene derecho de querer lo que se le antoje. El individuo únicamente puede querer aquello que le permita satisfacer intereses legítimos” (López Santa María, Jorge. *Los contratos. Parte General*. Editorial Jurídica de Chile, 1986, p. 169, en: Guzmán, 2006, p.129).

En esta tarea, no debemos olvidar la importancia de los magistrados para preservar el *mínimum ethicum* de la sociedad, siendo particularmente relevante el papel de las instituciones encargadas de defender el orden constitucional.

No se trata aquí, sin embargo, de buscar una “ética consensuada”, que al final puede terminar siendo relativa; el sustento de una ética no reposa en su origen “democrático”, sino en la consistencia de sus principios y su adecuación a una estructura de valores.

Algo debe pasar en la sociedad cuando más fácil es resolver un matrimonio que un contrato, como lo hecho notar hace solo unas semanas, en una reunión convocada por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, la Dra. Lidia Hernández, profesora de Derecho de Familia y Sucesiones, comentando el nuevo Código Civil argentino.

La libertad, que durante siglos tuvo que luchar contra diversos enemigos, quien sabe si ahora tiene como principal reto el de mirar dentro de sí, encararse a sí misma, para recordar que una libertad que se ejerce sin un marco ético, no es libertad, y que, en esa lucha por defenderla, todos somos combatientes.

Gracias a la Academia por recibir y escuchar a este modesto profesor de Derecho, gracias Dr. Luis Moisset de Espanés por el atrevimiento de traerme hasta aquí, gracias Dr. Armando Andruet por su generosa presentación solo imputable a una honda amistad, gracias a todos los presentes por recibirme en un país hermano, cuyo afecto he de llevar siempre guardado tanto en la memoria como en un lugar especial de mi corazón.

Muchas gracias.

REFERENCIAS

Abellán, J. (2006). *Bioética, autonomía y libertad*. Fundación Universitaria Española.

Alegría, H. (2008). La autonomía contractual frente al panorama actual del Derecho Mercantil. *Anuario de la Academia Peruana de Derecho 2006-2008*. Gaceta Jurídica - Academia Peruana de Derecho.

Andorno, R. (1998). *Bioética y dignidad de la persona*. Editorial Tecnos.

- Berlin, I. (2000). *Cuatro ensayos sobre la libertad*. Alianza Editorial.
- Córdoba, R. (2005). *Elementos para el juicio bioético*. 2.^a Edición. Universidad Pontificia Bolivariana
- De Trazegnies, F. (2012). Sobre tolerancia e intolerancia. *Diario El Comercio*, edición del 08.10.2012, p. A27.
- Espinoza, J. (2003). La autonomía privada: sus limitaciones frente a las leyes imperativas y al orden público. *Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas*. Gaceta Jurídica, Tomo I.
- Estupinyá, P. (2012). *El ladrón de cerebros*. Debolsillo.
- Fernández Sessarego, C. (2000). El supuesto de la denominada autonomía de la voluntad. *Gaceta Jurídica*. Tomo 75-B.
- Fernández Sessarego, C. (2013). Breves apuntes sobre el “proyecto de vida” y su protección jurídica. *Revista de Derecho de la Universidad César Vallejo*, No. 2.
- Gafo, J. (1998). Historia de una nueva disciplina: La Bioética. Romeo Casabona, Carlos M. (coordinador). *Derecho biomédico y bioética*. Granada: Edit. COMARES y Ministerio de Sanidad y Consumo.
- Gros, H. (2005). *Ética, Bioética y Derecho*. Editorial Temis.
- Guzmán, L. (2006). La sobreprotección de los contratos en el artículo 62 de la Constitución». *Agora, Revista de Derecho N.º 5 y 6*. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega.
- Kant, I (2007). *Crítica de la razón pura*. Colihue.
- Leyva, J. (2012). Autonomía privada y contrato. Corte Suprema de Justicia de la República. *Revista Oficial del Poder Judicial*. No. 4-5, No. 6 y No 7 /2010-2011.
- Mill, J. (1984). *Sobre la Libertad*. Sarpe.
- Moisset de Espanés, L. (2007). El hecho jurídico voluntario. *Revista Oficial del Poder Judicial* 1 / 2.

- Nino, C. (2013). *Ocho lecciones sobre ética y derecho para pensar la democracia*. Siglo Veintiuno Editores S.A.
- Serrano, J. (2004). Bioética, genética y derecho. *Genética y Derecho. Cuadernos de Derecho Judicial VI-2004*. Consejo General del Poder Judicial.
- Vega, A. (3, julio 1996). *El derecho a un hijo*. ACEPrensa <https://www.aceprensa.com/ciencia/el-derecho-a-un-hijo/>