

El negocio jurídico, la declaración de voluntad y el ordenamiento jurídico

Guillermo Castro

PRIVADO 20

JUS-Privado es la colección que presenta los resultados de investigación, reflexión y análisis sobre las instituciones de derecho privado, en especial las referidas a propiedad intelectual, derecho agrario, derecho de las obligaciones, negocio jurídico, y sus desarrollos en el plano de la internacionalización.

La colección contribuye a difundir las nuevas lecturas de los institutos jurídicos tradicionales, resultado de los avances en la investigación jurídica y sociojurídica, propiciando el pensamiento crítico y la actualización permanente del conocimiento en la comunidad académica.

OTROS TÍTULOS EN ESTA COLECCIÓN:

- Vicisitudes del derecho a la privacidad (privacy)
- La modernización de las instituciones del derecho civil
- La teoría de títulos valores
- La reducción de la indemnización por razones de equidad
- Derecho al cuidado: un estudio comparado del modelo español y europeo
- Consumo, propiedad intelectual y competencia: tensiones con el derecho comercial
- Estudios colombo-alemanes sobre la autonomía negocial. Orígenes, historia, evolución y perspectivas de los institutos

Guillermo Castro

Abogado y magíster de la Universidad Nacional de Colombia, *magister Llegum* (LL. M.) y *Doktor Juris* (Dr. Jrs.) de la Universidad de Konstanz, en el estado de Baden Württemberg, en la República Federal de Alemania. *Rigurosum* en a) Derechos Fundamentales, b) Historia del Derecho y c) Derecho Civil, como área nuclear. Fue auxiliar de magistrado de la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, conferencista internacional en temas de derecho de obligaciones, derecho de consumo y derecho agrario. Profesor-investigador de la Universidad Católica de Colombia. Ha sido también profesor de la Universidad de los Andes, de la Universidad del Rosario y de la Universidad Santo Tomás. Es profesor por concurso de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Colombia, sede Bogotá.

Guillermo Castro

El negocio jurídico, la declaración de voluntad y el ordenamiento jurídico

BS
PRIVADO 20



UNIVERSIDAD CATÓLICA
de Colombia
Vigilada Mineducación

Castro, Guillermo

El negocio jurídico, la declaración de voluntad y el ordenamiento jurídico / Guillermo Castro.— Bogotá : Universidad Católica de Colombia, 2020

112 páginas ; 17 x 24 cm.— (Colección Jus privado; no. 20)

ISBN: 978-958-5133-30-3 (impreso)

ISBN: 978-958-5133-31-0 (digital)

I. Título II. Serie

1. Negocio Jurídico 2. Contratos

Dewey 347 SCDD ed. 21

Proceso de arbitraje

1.º concepto

Evaluación: 8 de marzo de 2020

2.º concepto

Evaluación: 30 de marzo de 2020

© Universidad Católica de Colombia

© Guillermo Castro

Primera edición, Bogotá, D. C.
Septiembre de 2020

Dirección Editorial

Stella Valbuena García

Coordinación Editorial

María Paula Godoy Casasbuenas

Corrección de estilo

Gustavo Patiño Díaz

Diseño de colección

Juanita Isaza

Diagramación

Andrés Mauricio Enciso Betancourt

Publicación digital

Hipertexto Ltda.

www.hipertexto.com.co

Bogotá, D. C., Colombia

Impresión

Xpress Estudio Gráfico y Digital S.A.S.

Bogotá, D. C., Colombia

Cómo citar esta obra

En APA:

Castro, G. (2020). *El negocio jurídico, la declaración de voluntad y el ordenamiento jurídico*. Editorial Universidad Católica de Colombia. <https://doi.org/10.14718/9789585133310.2020>

En Chicago:

Castro, Guillermo. *El negocio jurídico, la declaración de voluntad y el ordenamiento jurídico*. Bogotá: Editorial Universidad Católica de Colombia, 2020. doi: 10.14718/9789585133310.2020

Facultad de Derecho

Carrera 13 N° 47-49

Bogotá, D. C.

derecho@ucatolica.edu.co

Editorial

Universidad Católica de Colombia

Av. Caracas 46-72 piso 5

Bogotá, D. C.

editorial@ucatolica.edu.co

www.ucatolica.edu.co

Licencia Creative Commons Atribución
sin derivar 4.0





UNIVERSIDAD CATÓLICA
de Colombia
Vigilada Mineducación

Facultad de Derecho

Grupo de investigación

Grupo de Estudio en Derecho Privado y Propiedad Intelectual (GEPI)

Línea de investigación

Constitucionalización del derecho privado

Proyecto de investigación

Los retos del derecho privado contemporáneo en el contexto del debate constitucional y los nuevos desarrollos de la economía

Resumen

Uwe Wesel, profesor de derecho de la Universidad Libre de Berlín, plasmó en varios de sus escritos un pensamiento interesante: más que el derecho de obligaciones (*Schuldrecht*), el derecho de contratos (*Vertragsrecht*) es un mejor metadiscurso para releer e interpretar el espectro de lo jurídico, que incluso podría dar cuenta precisa de la historia del derecho occidental. Desde los orígenes de la civilización griega y hasta el Tratado de Lisboa, el contrato fue el instituto que más conectó lo jurídico con la razonabilidad, la equidad, la proporcionalidad, la justicia y el sentido tuitivo y protector de la comunidad; por supuesto, también con la economía de mercado y la globalización. Por lo mismo, esta breve aproximación al contrato y al negocio jurídico dentro de la juridicidad occidental brinda tanto insumos interesantes, como respuestas inadvertidas a ¿cómo surgieron ciertos principios constitucionales? o ¿por qué los derechos de libertad e igualdad siempre conllevan obligaciones?, entre muchas otras perspectivas.

Palabras clave

Contrato, negocio jurídico, obligación, orden público, validez, legitimidad

Abstract

Uwe Wesel, professor of law at the Free University of Berlin, expressed in several of his writings an interesting thought: more than the law of obligations (*Schuldrecht*) the law of contracts (*Vertragsrecht*) is a better metadiscourse to reread and interpret the spectrum of The legal, which could even give an accurate account of the history of Western law. From the origins of the Greek civilization and to the Lisbon agreement, the contract was the institute that most connected the legal with the reasonableness, fairness, proportionality, justice and the conservative and protective sense of the community; of course also with the market economy and globalization. For this reason, this diffuse approximation of the contract and the legal business within western jurisdiction provides interesting inputs, such as inadvertent responses to how certain constitutional principles emerged? Or why do freedom and equality rights always entail obligations? under many others perspectives.

Keywords

Contract, legal business, obligation, public order, validity, legitimacy.

CONTENIDO

Capítulo 1. Introducción: a manera de exordio	11
1. Los negocios jurídicos y sus elementos de orden público en el derecho de contratos y en la sistemática legislativa	11
2. Origen de la investigación	15
3. La historia de la humanidad a través de la negociación racional	23
4. Cultura y contrato	25
5. ¿Cultura a través del contrato?	26
Capítulo 2. Fuentes de las obligaciones	29
1. ¿Sistema clásico o posmoderno?	29
2. Negocio y responsabilidad	31
3. El enriquecimiento sin causa	31
4. Abuso del derecho	33
5. Daño contractual (negocial) y daño en la responsabilidad aquiliana	33
Capítulo 3. Evolución de la declaración de voluntad	35
1. ¿Evolución jurídica aleatoria?	35
2. Abordaje histórico antiguo y mínimo del contrato	35
3. La caza	36
4. Precedentes históricos	37
5. Grecia	38
6. Roma	39
7. <i>Mancipatio</i> , <i>nexum</i> y <i>stipulatio</i>	40
8. <i>Res inter alios acta</i>	41
9. <i>Contrat</i> , <i>Vertrag</i> , contrato	42
10. <i>Neminem laedere</i>	43

Capítulo 4. El medioevo y la así llamada querella de las investiduras	45
1. La querella de las investiduras	45
2. El contrato medieval.....	45
3. El poder político, religioso, burgués, y el contrato.....	46
4. El resurgimiento del <i>Corpus Iuris Civilis</i>	47
5. Libre albedrío y contrato	48
Excurso: La autonomía privada como hija del racionalismo	50
5a. Apatía, simpatía y empatía: Lutero, Kant y Hegel	50
5b. ¿Soberanía, orden público, autonomía... o viceversa?	57
6. <i>L'ordre public</i>	59
7. Renovación jurídica francesa	62
Capítulo 5. El postrero siglo XX	65
1. Las delirantes inquietudes de finales del siglo XX. Los retraídos prolegómenos del siglo XXI	65
2. Los fallos visionarios del neoconstitucionalismo de la Alemania de posguerra	66
Capítulo 6. La difuminación del derecho privado moderno: el contrato en la modernidad tardía y su constitucionalización.....	67
1. El rápido avance del siglo XX.....	67
2. ¿Pirámide normativa o campos jurídicos?.....	68
3. Sobre algunas tareas del Estado	71
4. ¿Del civil al constitucional?	71
5. ¿Pondera la historia una proporcionalidad civil?	72
6. ¿Igualdad civil?	74
7. Libertad de empresa, iniciativa privada, libre competencia, libre desarrollo de la personalidad	76
8. El voluntarismo	77
9. ¿Voluntad presuntiva, como avance constitucional?	78
10. ¿Exhausto, pero deseado imperialismo conceptual?	78
11. Razón, Constitución, ¿derechos fundamentales sin indemnidad?.....	79
Capítulo 7. El negocio jurídico: precisiones dogmáticas.....	81
1. Trascendencia	81
2. Comunicación, lenguaje, declaración, negocio, semiología	82
3. <i>Willenserklärung</i> (declaración de voluntad).....	83
4. Rudolf von Ihering	83
5. <i>Iter contractualis</i>	84

6. Taxonomía en pos del conceptualismo jurídico	84
7. De don Andrés Bello a Eduardo Zuleta Ángel	85
8. Del contrato al negocio: declaración de voluntad y razonabilidad	87
9. Conceptualismo negocial	87
10. Concepto, requisitos, otras clasificaciones	88
11. Surgimiento del negocio jurídico	91
12. La oferta o propuesta	91
13. Completitud conceptual de la oferta	93
14. <i>Invitatio ad offerendum</i>	93
15. El contrato en la dogmática prusiana decimonónica, concepto en función de su perfeccionamiento	94
16. Principio de especificación	94
17. La oferta como primera declaración de voluntad vinculante en el devenir del <i>iter contractualis</i>	95
18. Interés negativo como perjuicio indemnizable	95
19. El contrato como especie del género negocio jurídico	96
20. La concepción y ordenación del BGB en torno al negocio jurídico	96
21. De las críticas al BGB	98
Capítulo 8. A manera de epílogo	101
1. Conclusiones	102
Bibliografía	107

INTRODUCCIÓN: A MANERA DE EXORDIO

1. Los negocios jurídicos y sus elementos de orden público en el derecho de contratos y en la sistemática legislativa

No se debe ser jurista para reconocer que se celebra un contrato para arrendar una casa, para comprar una nevera o para encargar al mecánico la reparación de nuestro vehículo. A cada uno de estos casos les resulta común que, en ellos, una parte se obliga al pago de una suma de dinero y la otra parte promete una contraprestación. Concretamente, y en cada caso, a otorgar y asegurar el uso de la casa, a llevar la nevera y transferir su propiedad, y a reparar el funcionamiento del vehículo defectuoso (Kötz, 2012).

También al lego en derecho le resulta evidente que un contrato claramente siempre se ha celebrado cuando las partes se han prometido algo entre ellas. Esto es, que existe un acuerdo, un mutuo consentimiento que busca alcanzar que cada parte le deba una prestación a la otra, y cada una de ellas debería poder exigir a la otra lo que se denomina la *contraprestación* (Alessandri, 2001). Desde ese punto de vista, al lego, cuando tiene un cierto grado de abstracción conceptual, también le parece ciertamente extraño que la prestación prometida contractualmente pueda ser de una naturaleza totalmente diferenciable y de un valor totalmente distinto, que a veces solo dura segundos y, a veces, puede durar muchos años, hasta que las partes hayan cumplido completamente su prestación y así pueda darse por cumplido el contrato.

Un contrato no solo se presenta cuando un periódico o una libra de mantequilla son vendidos, sino también cuando, por un precio de millones, se negocia un avión o una empresa industrial de enormes proporciones. Igualmente, hay muy poca diferencia cuando observamos la cosa o su uso prometidos, pues pueden ser de gran variedad: un camión, una casa familiar o una avioneta. Asimismo, es irrelevante el uso que sobre la cosa requiera la contraparte: arrendar el vehículo por una hora, o por un fin de semana, o por 20 años, o por un tiempo indeterminado, pero determinable, debe ser entregada para su disfrute, como en la fiducia. Quien ha llegado hasta este punto aceptará seguramente que un contrato también se puede presentar solo cuando por lo menos una parte, a través de él, se ha obligado a una prestación. Tales casos, sin embargo, son raros. Pues, ¿por qué se obligaría alguien a pagar una cantidad de dinero, a entregar un terreno, a otorgar consejo jurídico o a realizar cualquier otro encargo determinado cuando la otra parte no ha prometido ninguna clase de contraprestación para el obligado? El caso es que en la vida normal sí se presentan este tipo de situaciones. También con ellos se produce que las partes han alcanzado un acuerdo, de manera tal que en estos acuerdos se pretende, en esencia, delimitar que solo una de las partes deba ser obligada a una determinada prestación (Valencia Zea, 1987).

En ocasiones, surgen entre las partes discusiones sobre si el contrato se ha perfeccionado correctamente, sobre cómo ha de ser interpretado y sobre todo qué puede exigir una parte respecto de la otra con fundamento en la celebración de este. Cuando las partes no pueden solucionar pacíficamente su conflicto y la cuestión, por tanto, se lleva ante un tercero imparcial (juez, árbitro), este deberá motivar su decisión en las reglas jurídicas que bajo el concepto de derecho de contratos —y sobre todo de negocio jurídico— puede ser abordado.

Algunas reglas jurídicas de los contratos solo valen cuando el contrato sobre el que se discute cumple con determinadas características; por ejemplo, solo cuando en un caso determinado se trata de una compraventa o de un arrendamiento, o de un contrato de servicios. Otras reglas del contrato se aplican en general a todos los contratos. Ellas son denominadas, frente a las primeras, como derecho general de contratos, o cláusulas generales de la esencia de los contratos, o cláusulas de orden público de los contratos (o, como se acaba de mencionar, derecho del negocio jurídico en general) (Escobar, 1994). Las primeras se denominan, a su turno, en la dogmática latinoamericana general, derecho de contratos especializado. Si

una parte del contrato denuncia la nulidad (o invalidez del contrato), ya que para su celebración no era capaz negocialmente; o por que ha sido defraudado y engañado dolosamente por la contraparte; o porque el mandatario, que ha concluido el contrato para alguna de las partes, no ha tenido el poder suficiente para ello; entonces se juzgan las preguntas mencionadas fundamentalmente de acuerdo con las reglas generales del negocio jurídico, sin que para ello se cuestione si el contrato —sea de compraventa, de arriendo, de servicios o incluso (en el derecho comparado) de trabajo— cumplió o no con su objetivo material. El juicio, si se quiere entonces, será puramente formal (Valencia Zea y Ortiz Monsalve, 2001).

En esa parte general de los contratos, interesa pues para la actual investigación, toda aquella normatividad que colinda o se deriva claramente del orden público. Así, la validez del contrato y la posibilidad de que este sea anulado por parte de un juez, el objeto y la confusa teoría de la causa, serán analizados de manera precisa.

Las legislaciones civiles derivadas del derecho romano perfilaron su organización basadas en la forma en que las *Institutas* de Gayo desplegaban alguna forma de sistematicidad. Tres libros las componían: personas, cosas y acciones (Petit, 2013). Hoy en día, en general, tanto el Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) o Código Civil alemán expedido en 1900, pero en especial el Código Civil de Bello, se guían por el orden de esa preceptiva, y aunque el último no es ciertamente preciso, sí anuncia —como en las clases de derecho romano lo exponía el mismo autor de esa obra legislativa— una perfilación del orden de la vida de las personas. El código inicia con una parte general, luego un libro de personas, tanto naturales como jurídicas, la institución de la familia, y en especial del matrimonio, los bienes, las sucesiones, las obligaciones, los contratos, la responsabilidad aquiliana y, por último, las normas atinentes a la prescripción.

La teoría general del contrato en Colombia se despliega desde el artículo 1494, y de manera interrumpida se extiende en general hasta el artículo 1746; ciertamente, de una forma asistémica. La simbiosis entre el daño y las obligaciones, junto con las prescripciones que delimitan el contrato y el negocio jurídico en general, si bien no guardan la mayor y mejor coherencia legislativa, obedecen con todo a un proceso histórico que da clara cuenta de la influencia no solo decimonónica de la legislación, sino, y sobre todo, del orden de la redacción por medio de la cual se conservó el *Digesto* y, en especial, las *Institutas*.

La exacta colocación y especialmente la dispersión del derecho de contratos y del negocio o de las declaraciones de voluntad (1502 del C. C.) ameritan un esfuerzo explicativo significativo que permita otorgar la justa correlación y valor al contrato, en particular con dos institutos liminares y omnipresentes en lo jurídico: las personas y los bienes. En efecto, un erudito profesor de la Universidad de Kiel, Hans Hattenhauer, puso de presente cómo dentro de la historia del derecho occidental es menester articular estos tres conceptos: la persona, la declaración de voluntad —entendida como el negocio jurídico— y la cosa —comprendida dentro de un patrimonio, esto es, el “bien”—, antes que criticar de una manera dislocada la confección y colocación de los institutos dentro de la legislación (Hattenhauer, 1987).

Múltiples voces se alzan hoy en día para argüir la necesidad de modificar el Código Civil, pero nos hemos manifestado en contra de esa posición, pues como bien lo postulara en su momento Hegel en su *Filosofía del derecho*, y en su manido y no pocas veces manipulado concepto del *Zeitgeist* —o *espíritu de la época*, que justifica la diferenciación que debe hacer el legislador de cultura, humanidad, desarrollo social y fisiocrático de cada comunidad para expedir las respectivas normas—, no es sano para ninguna comunidad saltar de coyuntura en coyuntura, replegándose contra las circunstancias y el tiempo, para entender cada nuevo cambio legislativo, lo que apenas le permite prepararse para malentender el siguiente. Sobre todo en una sociedad tan convulsionada como la colombiana y en una situación como la que vive el país: el posconflicto.

Con la coexistencia de dos jurisdicciones punitivas no alternativas, sino enfrentadas, la necesidad de la restitución de tierras y que ahora convive con una nueva forma de desplazamiento realimentada y reposicionada en no pocos territorios abandonados por la desmovilizada guerrilla, la migración no solo de los excombatientes, víctimas y campesinos, sino la misma diáspora venezolana, y la entrada del país a una posmodernidad inimaginada de tratados de libre comercio, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) y la disyuntiva de posicionarse como un país agrícola o extractor no son, ni de cerca, los escenarios más propicios para la modificación de la principal herramienta legislativa de los particulares, que a diario se valen del negocio jurídico y de su propiedad para satisfacer sus necesidades.

Es a esta parte general del contrato, entonces, a la que dedicaremos el presente texto, para efecto de consolidar una teoría del negocio jurídico articulada con contenidos constitucionales que componen un primer nivel de orden público que se proyecta sistemáticamente a las normas de inferior jerarquía contenidas en la ley —civil o comercial— aplicable por analogía o incluso en el negocio mismo.

2. Origen de la investigación

Las necesidades humanas varían de acuerdo a cada contexto y de acuerdo al devenir de circunstancias y coyunturas sociales particulares; estas necesidades también se encuentran determinadas por los actores de cada sociedad, sus cosmovisiones, su contexto de vida y las redes de apoyo que se forjan en cada espacialidad y temporalidad. (Ospina, 2008; Betti, 2000). La percepción normativa francesa aducía la imposibilidad del así llamado *omnia jura*: parece borgiano imaginar un mundo donde alguien se diese a la tarea de legislar sobre todas las complejidades humanas minuciosamente. Es imposible plantear un orden normativo que prevea todas las relaciones que se entretujan entre personas en sociedad a efecto de satisfacer sus corrientes necesidades humanas y cotidianas. En este orden de ideas, todo sistema normativo, independientemente del grado de complejidad que pretenda regular, debe respetar y dotar de efectos a la autonomía privada de la voluntad de los administrados, para que estos puedan válidamente acordar y regular sus relaciones particulares y cotidianas. (Ospina Fernández, 2008; Betti, 2000).

La perspectiva germana del siglo XIX (el así llamado *deutsche Sprachraum* [el espacio de habla alemana]: Suiza, Baviera, Prusia y el imperio austrohúngaro), mucho más dirigida en sus elucubraciones jurídicas a la consideración de la complejidad del Imperio romano, se expresaba por la negativa de semejante sentir. Una primera admisión de la filosofía, pero también de la pandectística, era que toda soberanía y en consecuencia toda percepción libertaria y dispositiva provenía del individuo: no era el legislador el que enmarcaba la libertad de la ciudadanía, sino que, por el contrario, era el individuo —incluso el constituyente primario— quien delegaba en una asamblea, en un cuerpo constituido, sus propias facultades para expedir normas que, antes que restringir libertades, las garantizara a favor de los mandantes pueblo y ciudadano. De hecho, la reforma legislativa y sobre todo constitucional que pretendió unificar una confederación

germana en 1848 o la así llamada *Paulskirchenverfassung* (Constitución de la iglesia de San Pablo) inicialmente fracasó, por cuanto los distintos príncipes (y especialmente, principados germanos, para entender por tales las complejas marañas burocráticas) se negaron a ceder su soberanía, delegada por sus súbditos, a un único poder central: ese por lo menos era el discurso.

Así, la disposición privada y autónoma, lejos de ser un margen de discrecionalidad libertario dejado por el legislador (percepción francesa), correspondía —en esta perspectiva germana— por encima de todo a la verdadera libertad legítima y originaria del individuo, en la que, por prohibición constitucional, no podía intervenir el Estado de manera arbitraria. Entiéndase bien, mientras que el reducto de la teoría francesa es la libertad individual, en la teoría alemana, por el contrario, lo es aquello que por delegación debe hacer respetar el constituyente. Y ello explica también por qué por primera vez se crea la “reserva de ley” (*Gesetzesvorbehalt*) (Jarass, 2016) como única (luego como principal) posibilidad de limitar libertades reconocidas en la constitución en Occidente. Todo ello tenía por supuesto un tinte bastante religioso y sobre todo disuasivo para evitar nuevas confrontaciones ideológicas, políticas o incluso bélicas entre protestantes y católicos (Marquardt, 2009). Sin duda, una clara influencia del texto de la primera enmienda es perceptible en ese tipo de consideraciones no solo filosóficas, sino éticas.

Hoy en día, se admite con amplitud en las corrientes mayoritarias constitucionales que la reserva de ley como mecanismo para limitar derechos fundamentales principales es una aguda y perspicaz dogmática que desarrolló el mismo pueblo que habitaba el espacio de habla alemana descrito arriba, que además de tener por virtud la mejor articulación entre los discursos constitucionales posmodernistas con la comprensión francesa decimonónica de que solo la ley debería ser la fuente de derechos (o limitarlos), guardaba una perfecta coherencia con el principio germano de que las leyes son reductos —incluso derogables— que encausaban el derecho primigenio y, por supuesto, originalmente dispositivo del particular: la autonomía (privada) también era la fuente del poder constitucional delegado.

Como mucho después lo planteara algún filósofo inglés: es por la renuncia a la libertad absoluta y la delegación de parte de la propia libertad que hace el individuo, que se puede establecer el Estado como constructo jurídico-político.

•Introducción: a manera de exordio•

Es pues, en otro escenario ciertamente más falaz y menos conspicuo, el velo de ignorancia previo, donde se cede parte de la libertad absoluta para poder asegurar parte de la estabilidad humana en sociedad (Rawls, 2006). El derecho de resistencia contra un Estado que no respetase estos lineamientos, que se postuló claramente en la Ley Fundamental de Bonn de 1949, parte entonces de este supuesto. Parafraseando al gran Jellinek: *no es el particular gracias a la constitución. Esta es pues gracias a aquel y no tenemos derechos porque estén garantizados en la constitución, sino que esta es legítima por contener los mandatos claros que el ciudadano ha otorgado al constituyente*. De lo contrario, el derecho de resistencia, a partir de 1949, es más legítimo y claro que la Constitución misma. Sin la autonomía delegada del constituyente primario no habría pues ni constitución y menos aún Estado.

El perfilamiento del negocio jurídico, como una declaración de voluntad configuradora del mundo particular del sujeto, era entonces incluso una posibilidad que chocaba ya no con la ley (o que pudiera ser diseñado a través de ella), sino que lindaba con las mismísimas garantías constitucionales. Por ello es comprensible que la dogmática alemana tienda a hablar del reconocimiento legal de la autonomía privada (valga decir, no de su regulación), pero que los juiciosos estudiosos del tema siempre partan no del parágrafo 145 del BGB para explicar el negocio jurídico, la autonomía privada o la declaración de voluntad, sino del artículo 2 de la Ley Fundamental de Bonn o cláusula general de libertad.

En efecto, la autonomía privada de la voluntad hace parte del núcleo común de la humanidad y la eficacia de los actos autónomos de los individuos es fundamental para la regulación espontánea y libre de la sociedad, independientemente del reconocimiento ritual o aceptación que de esos actos pueda dar el Estado o la investidura de alguna autoridad estatal. (Ospina Fernandez, 2008; Betti 2000). En otras palabras: no consiste en una delegación que el legislador haga en los particulares, sino en una inmanente libertad connatural al sujeto, que puede —sin afectar al otro— concurrir a suplir sus necesidades a través ya no de la atribución o poder que le otorga el Estado, sino de una fuerza connatural a su esencia de ser sintiente, pero, por supuesto, también pensante. Por eso le es legítimo valerse de la palabra para —como lo expusiera Ihering o el mismo Kant— *die Welt zu gestalten* (configurar el mundo). Como recién se dice, el Estado solo puede verse

conminado a reconocer la validez entonces de esos *actos* o *negocios jurídicos* (Pérez, 1953).

Ahora bien, el planteamiento legal de la autonomía privada de la voluntad, que se concreta en la noción del negocio jurídico, se relaciona con las concepciones filosófico políticas de cada sociedad y su correspondiente normatividad. (Ospina Fernandez 2008; Betti 2000)

Alguna concepción jurídica elemental o poco elaborada no logra comprender que las personas, por sí mismas, puedan adquirir relaciones y obligaciones. (Supiot, 2007). Por esa razón, las regulaciones más antiguas establecieron no pocas barreras a la autonomía privada de la voluntad, tanto así que se establecían rigurosos rituales, muchas veces religiosos, para que los individuos pudieran celebrar negocios válidos en sus sistemas jurídicos. Ahora bien, a través de la secularización o laicización de la vida en sociedad, fue posible vindicar la autonomía privada de la voluntad como elemento fundamental y básico de la vida en comunidad, superando las barreras impuestas por la religión o la imposición de algún poder tradicional en sociedades antiguas. (Coulanges, 2006).

De igual manera, las concepciones filosófico-políticas en que se inspiren los legisladores también influyen decisivamente en el auge o menoscabo de la autonomía de la voluntad privada. Así, es fácil comprender que las ideologías totalitarias sean adversas a dicha autonomía y que, por el contrario, el pensamiento liberal la favorezca.

Betti, sin embargo, expresa en su obra sobre el negocio jurídico, y de una bellísima manera, algo conraindicativo que siempre ha llamado nuestra atención. Relata las negociaciones de sal y oro que hacían las tribus africanas, sin ni siquiera hablar o comunicarse, sino juntando los dos materiales uno frente al otro y retirándose alternativamente. La primera que había dejado la sal, a la distancia de un día de camino, para esperar la recolección de lo dejado por ellos y el abandono del oro, que consideraban entonces propio, o la significativa verificación de que todo, sal y oro, estuviera intacto —evidencia de que la cantidad de oro dejada por la otra tribu era aún insuficiente para compensar la sal dejada por los primeros y, en consecuencia, debía ser complementada—. La hirsuta y antiquísima admonición se atribuye a Herodoto y a alguno de los navegantes portugueses que circundaban África. Desde aquí, podría concluirse que el contrato era pues

•Introducción: a manera de exordio•

connatural al ser humano, previamente al constructo de Estado, incluso antes de la construcción del lenguaje o de las traducciones de este. La libertad negocial, a su turno, era la principal libertad del individuo y la fuente de todos los derechos. Por supuesto, también de las obligaciones (Castro, 2018; Betti, 2000).

Sentado lo anterior, cabe anotar de manera apenas enunciativa y liminar que desde mediados del siglo XX en Latinoamérica se produjo una interesante y creciente discusión sobre los lineamientos compositivos del negocio jurídico. Derivada de una fuerte influencia germana, la discusión se perfiló —luego de la traducción no solo del contenido del BGB, sino de los principales aportes dogmáticos sobre ese cuerpo legislativo— hacia la vinculabilidad de cualquier declaración de voluntad. Aupada por la popularización de la pandectística germana, contenida en las primigenias traducciones al castellano de profundas cavilaciones, toda la teoría del contrato sufrió interesantes cambios derivados en su momento de extensas reflexiones mucho más precisas sobre la autonomía como fuente de las obligaciones. Lo anterior permitió migrar, poco a poco, hacia la teoría del negocio jurídico, que, entendido como una declaración de voluntad vinculante, hizo carrera de manera fulminante en las legislaciones del sistema continental europeo, a las que pertenecían casi todas las latinoamericanas (Pérez, 1953).

La oferta, la aceptación de esta y el perfeccionamiento del contrato fueron entonces una prevalente forma de comprender el basamento de la obligación derivada de una simple manifestación, que, por lo demás, partía de una mejor manera de comprender la realidad negocial; y no de constructos medievales o romanos, ciertamente alejados de la vida contemporánea del negocio. Si bien del código napoleónico y de otras legislaciones menores como el Código Civil italiano de 1868 se acogieron una gran cantidad de insumos, elementos e instrumentos que terminaron fortaleciendo las legislaciones latinoamericanas durante los siglos XIX y XX, los desarrollos germanos, en especial la expedición del BGB para 1900, contribuyeron a la teorización y posterior expedición de códigos de comercio o de legislaciones alternas a las civilistas, que dieron cuenta, en una mayor o menor medida, de los innovadores constructos alemanes tributarios de la teoría del negocio jurídico.

El caso colombiano resulta paradigmático al respecto, pues así como el Código Civil es continente de una clara teoría del contrato, a su turno, el código

de derecho privado italiano de 1942 fue la principal fuente que tuvo en cuenta la comisión redactora del código de comercio nacional, presidida por el gran Álvaro Pérez Vives e integrada por juiciosos juristas, como Gabino Pinzón o Daniel Manrique Guzmán, recientemente fallecido. El Código de Comercio colombiano redactado durante los años cincuenta del siglo XX y que entró en vigencia en la década de los setenta contiene, en efecto, de manera subsidiaria —pues así lo entienden las esclusas de conexión contenidas en los artículos 2 y 822 de ese ordenamiento—, una serie de principios que dan cuenta de los avances legislativos y dogmáticos comprensivos que se estructuraron en los territorios germanos.

Así, el artículo 845 y ss. dan cuenta de la oferta y su aceptación como declaraciones de voluntad vinculantes y sobre toda la teoría de los tratos prenegociales vinculantes, que sin ser contratos comportan el nacimiento de una obligación derivada de la autonomía privada y cuyo subrogado pecuniario es una obligación indemnizatoria, en el evento de su revocación, que se contrae al interés negativo, delimitado inteligentemente por Rodolfo de Ihering, como se estudiará más adelante. El abuso del derecho y el enriquecimiento sin causa (830 y 831 del C. de Co.) coinciden en su concepción y desarrollos con lo que se postuló a su vez en los párrafos 812 y 226 del BGB y que se trasplantó en su momento al código de derecho privado italiano, como recién se ha mencionado.

A su turno, esas innovaciones, entre otras muchas causas, propiciaron novedosas lecturas, como la del profesor Arturo Valencia Zea en Colombia, quien visualizó y evidenció entonces que Bello no solo había bebido del *code* francés, sino que mucha de la enjundia del Código Civil (C. C.) chileno tenía como soporte cierto los desarrollos doctrinales de la pandectística germana, y que normas como el artículo 1502 del C. C. (que expresamente se refiere a la declaración de voluntad, mas no al contrato) implicaban de manera precisa una referenciación de los desarrollos alemanes incluso simultáneos a la expedición de la legislación civilista francesa de 1804 y a los posteriores estudios del insigne venezolano en Chile.

Ese estado de cosas, sin embargo, pasó ciertamente desapercibido, y los progresos jurisprudenciales y doctrinarios nacionales nunca se permearon por la creación de una concepción autónoma del negocio jurídico que diera cuenta de los desarrollos nacionales. Así, juiciosos tratadistas nacionales, como Guillermo Ospina Fernández, Arturo Valencia Zea, Gabriel Escobar Sanín, Carlos Darío

Barrera Tapias, Fernando Hinestrosa, Raimundo Emiliani Román, entre muchos otros, eran epígonos destacados de un autor o de una concepción ya germana, ya francesa, ora italiana, del abordaje de una institución que poco arraigo propio tenía en nuestra jurisprudencia: el *negocio jurídico*, a pesar incluso de que ya este había sido regulado normativamente, como recién se ha dicho (Emiliani, 1980).

Y esa situación se hace más notoria cuando se aborda el ejercicio juicioso del derecho comparado. Una articulación juiciosa que dé cuenta del desarrollo autónomo de la voluntad, de la libertad negocial como un principio constitucional que incluso comporta un derecho fundamental —a pesar de la postulación del artículo 333 de nuestra Constitución (frente al artículo 16) y su desmembración en la así llamada autonomía privada, su desdoblamiento en la libertad contractual y en la capacidad creadora de derecho autónomo-privado a través del negocio jurídico— provoca una cierta inquietud; sobre todo, si no se olvida que la constitución bajo la cual fueron expedidos tanto el Código Civil —por lo menos desde que asumió su carácter de ley nacional por medio de la Ley 57 de 1887— y el Código de Comercio ha sido derogada para ser reemplazada por una constitución menos cartularia y olvidada; y sí, más humana y cercana a los individuos, por medio de la tutela, el amparo y la protección de los así llamados derechos fundamentales.

Por ello consideramos oportuno apuntalar como un objetivo de investigación nacional la inicial confección de una teoría explicativa del negocio jurídico desde su historia y sistematización constitucional, legal y dogmática, que se opere desde nuestra propia Carta y legislación. A eso hemos dedicado este nuevo espacio de publicación.

Esta investigación no tiene la finalidad, por supuesto, de repetir discursos consolidados por las corrientes dominantes, sino, más bien, de corregir sus entuertos, omisiones perniciosas y perversiones, siempre desde una humilde perspectiva comparatista y reflexiva —en alguna medida, solipsista— que obedece a una suerte de pregunta: ¿lo que se afirma o niega por la doctrina es lo que regula el Código Civil nacional o el *code* o el BGB? O aún mejor: ¿es oportuna y apropiada la interpretación dominante? El texto se compone, en consecuencia, de varios estadios que, en general, tratan de dar cuenta de los elementos del código, desde la reflexión histórico-filosófica, pero también desde la praxis de la naturaleza jurídica del negocio y su articulación con el derecho de contratos y lo que

debiera ser su concepción nacional, fundamentalmente. Así, se explorará la forma y la dimensión en la cual los legisladores diseñaron la teoría del negocio jurídico como instituto vinculante a lo largo de lo que de manera integradora debiera ser su lógica, comenzando por la historia, la Constitución, y desplegándose por la legislación civil y comercial; asimismo, se expondrán los puntos más relevantes y coincidentes que deberían ser referidos en el abordaje de la sistemática de la dogmática dominante, sin olvidar la alusión puntual al derecho europeo, en su perfil legislativo y dogmático. Por último, se ofrecerán algunas consideraciones a manera de epílogo.

A continuación se expondrán de manera razonada los métodos académicos de aproximación a la dogmática del negocio jurídico: ello denotará cómo desde el punto de vista histórico y descendente, desde lo constitucional hasta lo doctrinario, debe integrarse la comprensión del negocio jurídico, en especial lo que tiene que ver con las normas que delimitan el orden público que le gobierna, y cómo ha de adecuarse, por tanto, su comprensión axiológica, sociológica y, por supuesto, conceptual constitucional, legal y jurídica. En ello, el instrumentario constitucional que soporta la teoría de la libertad y de la igualdad, así como la ponderación constitucional, desempeñarán —como debe ser— un papel protagónico, pues esos dos derechos fundamentales son los pilares de los cuales brota o se irriga toda la teoría contemporánea del derecho de las declaraciones de voluntad.

Se ofrecerá por lo demás una aproximación dogmática que dé cuenta de la lectura que desde el orden público —como derivación de un orden constitucional— ha de imponerse para el negocio y que debe integrarse a la teoría contractualista anclada en el Código de Bello y en el Código de Comercio. En parte, la finalidad de este último aparte gravita en la secuencialidad del abordaje metódico y dogmático —si se quiere, histórico y constitucional— que del negocio jurídico puede hacerse.

La investigación tratará de evidenciar cómo la mimesis del derecho comparado brinda un insumo indispensable, pero al final solo eso: un insumo, a la hora de edificar aproximaciones más sistemáticas y coherentes de la Constitución, la legislación y la jurisprudencia nacionales. La robustez de los elementos primigenios de cada instituto consolidará la suficiencia con la que los desarrollos ulteriores pueden ser afirmados. Por lo mismo, este esfuerzo investigativo procurará poner mientes en los

•Introducción: a manera de exordio•

elementos más importantes que cada jurista, estudiante y académico deberían tener tan diáfanos como el instrumentario constitucional que ata no solo a la jurisdicción constitucional, sino al juez civil, el régimen de orden público que soporta la teoría del negocio.

3. La historia de la humanidad a través de la negociación racional

La historia a través de las ideas, como lo refiriera por primera vez Bacon, o las ideas de la historia, como lo planteara Kuhn o Popper, si se quiere la filosofía de la historia de Voltaire o de las revoluciones científicas, parten siempre de supuestos menos ponderados y a lo mejor mucho más realistas que los que se han decidido analizar en el presente intento. A lo mejor, Lovejoy y su *Journal of the History of Ideas* y la *Historia de la filosofía occidental* de Bertrand Russell no deberían dejar de ser mencionados, como tampoco el hecho de que estas recopilaciones brillan por su carácter británico y/o anglosajón; a pesar de que grandes caracteres, como Isaiah Berlin, en ese marco pueden ser claramente recordados; o incluso movimientos, como la *Verzeticlichung* (atribuir a hechos históricos fenómenos actuales) o la *Wörtergeschichte* (la historia de las palabras), que asumen en dos tiempos y corrientes (y contracorrientes) distintas el mismo agotador desafío: contar de una manera sociocultural la historia, esto es, por medio de los fenómenos que catapultaron la velocidad del avance de la humanidad; si se quiere: dar cuenta de los fenómenos que en un momento determinado de la historia modificaron la evolución humana para su bien.

Muchas de ellas, si no es que todas, aunque sea parcial o tímidamente, o en una mayor o menor medida, parten del perfeccionamiento de las armas como un elemento decisivo que le permitió al *Homo sapiens* medrar y acumular una significativa mayor fuerza y destreza frente a otras especies. Abordajes menos solipsistas les otorgan al arado, la domesticación de animales, la espada, la mitigación de las enfermedades, las bacterias, la imprenta, la máquina de vapor o la digitalización de la información y su manejo —por enumerar una aleatoria posibilidad de muchas percepciones—, la capacidad de acelerar vertiginosamente la historia de la humanidad.

La pretensión aquí acogida es mucho más sencilla, ciertamente más estrecha, pero no por ello menos compleja y por supuesto mucho más exigente; y es la que

trata de explicar la historia de la humanidad —de una manera muy corta, como ha quedado fijado en el título— a través de las declaraciones de voluntad. Muchos pensarán que semejante intento tiene bastante de despropósito, pero lo cierto es que, luego de releer a Watson (2005) o al mismo Harari, solo por mencionar a un par de autores recientes ocupados en el tema, afloran discrepancias significativas, al rompe, y que a continuación trataré de explicar. Quienes desde perspectivas muy diversas tratan de retomar la intención ciertamente desafiante —que se abandonó más o menos luego de la plenitud y florecimiento del Círculo de Viena o del enciclopedismo alemán tardío del siglo XX— de explicar la historia de la humanidad desde la subordinación cultural a ciertos inventos, objetos, técnicas o desarrollos, parecieran sugerir, en especial ellos dos, entre otros muchos nuevos autores que aquí podrían ser nombrados, que la posibilidad de colaborar entre los seres humanos y que permitió la religión, el Estado, los imperios, las diversas formas de economías y el comercio e incluso el dinero, se produjo de manera inadvertida, ocasional y casual: pura y silvestre en cada uno de los conglomerados sociales, y parecieran prescindir de la persuasión, de la disuasión, pero, más aún, de la equivalente proporcionalidad intercambiada y consensuada entre los sujetos, que fue lo que en últimas permitió que esa portentosa colaboración fuese posible en las sociedades.

Para puntualizar, la hipótesis que de manera resumida se quiere defender aquí es que fue el contrato, el negocio jurídico, la declaración de voluntad vinculante, la manifestación de la voluntad humana, la palabra (la intención) empeñada, junto con otros bienes o la misma corpórea humanidad de los declarantes (como en Roma antes de la *Lex Poetelia Papiria*) desde la Antigüedad, hasta el buen nombre (el *good will*) en la época posmoderna, lo que, sin más, permitió la consolidación no solo de Occidente como cultura, sino de muchas otras culturas que se vieron absorbidas a lo largo de la historia eurocentrista por aquella (incluso, con independencia del influjo que la misma Europa ejerció o pudo ejercer o no sobre ellas).

El lenguaje (los lenguajes, como se verá más adelante), por lo mismo, como ya lo intuirá el lector, se torna en un vehículo instrumental que posibilita los acuerdos. Si bien podría coincidir con muchos de los historiadores de las ideas relevantes (que propician y catapultan la historia de Occidente), en cuanto a la escogencia de sucesos o invenciones, su definición, su explicación y su razonada

•Introducción: a manera de exordio•

y crítica visión; no ocurre lo mismo cuando las causas mismas de esas ideas, simplemente pasan desapercibidas o se dejan sugeridas sin mayor detenimiento.

La aproximación que se quiere ofrecer al lector es la importancia ponderada de la declaración de voluntad y el orden público jurídico que fue y es su basamento, como acicate definitivo para el progreso o incluso para su aceleración. Sin embargo, aunque arriba se ha acotado el cariz anglosajón —específicamente británico— que tienen este tipo de estudios, lo pretendido aquí estará, a lo mejor, mucho más cerca de la *Begriffsgeschichte* alemana (o historia de los conceptos), pero desde una perspectiva jurídica.

Al respecto, solo cabe anotar que esta es una subdivisión de los estudios históricos y sobre todo culturales que se ocupó —en su apogeo— de la semántica histórica de los conceptos. Así, lo deseable sería recuperar entonces la concepción de la palabra *contrato*, a lo largo de la historia de la humanidad, contrastando (tratando de contrastar) la génesis de la palabra en griego y latín, incluso su semántica y su extrapolación a las lenguas modernas, la lógica y el cambio en los sentidos de esos primigenios conceptos; por supuesto, un acercamiento sociocultural pareciera deseable, a pesar de las enormes dificultades que ello supone, para poder aterrizar en el uso del concepto actual en todo aquello que parezca trascendente a su complejidad. Adosar a ello la noción de negocio jurídico (*Rechtsgeschäft*) y autonomía privada (*Privatautonomie*) debiera ser el mínimo complemento. Sin embargo, este primer intento supondrá una más humilde aproximación al objeto de estudio.

4. Cultura y contrato

Los cambios de las ideas y sobre todo de sistemas lógicos y culturales y de valores a lo largo de las épocas y culturas fundamentales son esenciales para alcanzar el objetivo del estudio. La historia social y de los fenómenos sociales de hecho debe pues principiar con la comprensión de valores y prácticas culturales históricamente contingentes en sus contextos particulares, a través del tiempo, no solo como ideologías o procesos perpetuos o estáticos. Por supuesto, podría decirse que el abordaje más apropiado en un emprendimiento de semejante perspectiva debería referirse a temas más generales.

A ese respecto, son famosos por ejemplo los textos de Uwe Wesel sobre la historia del derecho, pero frente a ello cabe anotar que es mucho más prolífico, a lo sumo desde la constatación de la praxis, el abordaje de conceptos mucho más precisos y técnicos, menos semiológicos, si se quiere. La explicación a lo mejor amerite un ejemplo: supongamos que en un escenario postapocalíptico se le pidiese a un lego en derecho que explicase a una masa ingente de personas qué es derecho o qué es contrato. A lo mejor, todos coincidiríamos en que difícilmente podría ofrecer un concepto plausible de derecho o que por lo menos convenciera a la mayoría de sus interlocutores; sin embargo, todos podríamos coincidir en que un concepto —incluso empírico— de contrato ofrecido por el mismo hipotético personaje podría alcanzar un mayor consenso entre su aparatoso auditorio.

Una primera intuición entonces ha de reconocerse en mi intención: considero que el mayor invento de la humanidad ciertamente es el contrato, pues sin él, muy difícilmente hubiese sido posible gestar cualquiera otra de las invenciones y progresos. Si bien esa afirmación resulta difícilmente verificable en la época prehistórica, resulta ciertamente perceptible desde que surge y se consolida, paso a paso, la idea de Occidente. Podría aceptarse de buen grado que esa ingeniosa idea no fue el contrato, sino incluso el derecho, pero lo que de manera liminar debería admitirse aquí es que la primera forma perceptible del derecho fueron las declaraciones de voluntad, no solo desde el punto de vista patrimonial, sino, incluso, punitivo, ético o procesal, como más adelante se verá.

5. ¿Cultura a través del contrato?

Aquí pues me permito una anécdota curricular que siempre me ha parecido interesante: en las clases de Propiedad Intelectual puede medirse el ingenio por medio de muchas cavilaciones, entre otras: ¿cuál es el mayor invento de la humanidad? Diversas respuestas pueden ser ofrecidas, pero a todas luces... es el derecho; esa intuición, esa percepción tratará de ser demostrada más retórica que empíricamente. Pero más que el derecho, es la capacidad de transar las diferencias. Si no se aceptase esa afirmación, supongamos que permaneciéramos aún en la era de la ley del talión, además de que todos estaríamos tuertos, muecos, mancos, cojos, viudos o sordos, muy probablemente nunca habiéramos podido desarrollar

•Introducción: a manera de exordio•

la agricultura, perfeccionar el comercio, construir las grandes ciudades, dividir el trabajo, desarrollar la máquina de vapor, domeñar el ambiente, construir las máquinas que nos han llevado a recorrer en cuestión de horas el globo terráqueo en su totalidad e incluso a salir de nuestra atmósfera. Nada de eso sería viable sin la posibilidad de acuerdos, de consensos, de contratos y de negocios jurídicos.

1. ¿Sistema clásico o posmoderno?

En cada inicio de clases, en las muchas universidades en las que he tenido el honor de impartir la asignatura de Obligaciones (u Obligaciones y Responsabilidad), tras la explicación histórica o contemporánea de las fuentes de las obligaciones, siento esencial prefigurarle al estudiante la importancia cuantitativa de cada una de las fuentes. Así, luego de enumerarlas: contrato, cuasicontrato, delito cuasidelito y *lex*, que se contraponen, desde el admirable *Corpus Iuris Civilis justiniano*, de la vigorosa manera que les otorga su estudio y auscultación por más de 1400 años, frente a la programática y tímida, pero también científica concepción de la pandectística alemana de *negocio jurídico*, *daño*, *enriquecimiento sin causa*, *abuso del derecho*, y *la subsunción de los hechos humanos en la ley*; razonamos sobre dos cuestiones interesantes, expuestas a continuación.

1.1. ¿Por qué no quedarse solo con una de las clasificaciones de las fuentes de las obligaciones? preguntó en alguna ocasión un lúcido estudiante en la universidad. La respuesta en el espectro colombiano es muy clara: porque de una, ya clásica y moderna, da cuenta nuestra más bella legislación emanada de la pluma del gran humanista don Andrés Bello, también de esa vigorosa y romanista manera (Bello, 1981), y de la otra da cuenta la posmodernidad plausible, mesurada, pero también algo tímida que le imprimió Álvaro Pérez Vives a la comisión redactora del Código de Comercio nacional. Valga anotar que existen normas mucho más

adecuadas (o únicas) para subsumir problemáticas de la agencia oficiosa (solo regulada en el Código Civil), del pago de lo no debido (un par de normas del Código Civil al respecto, son mucho más precisas, claras y contundentes que el ambiguo principio de no enriquecimiento sin causa) o de la comunidad (solo regulada en el Código Civil), que en el Código de Comercio o en otras leyes alternas.

1.2. El cuasidelito y el delito sí parecen clasificaciones antitécnicas y disruptivas hoy en día (la fuente de la obligación no gravita en torno a la culpa o el dolo, sino que certeramente es el daño), pero la cultura general de un jurista académico —como lo llamaba Max Weber— comporta la necesidad de conocer la diferenciación histórica y fundamentalmente romana. Por supuesto, podrían ofrecerse más razones, mucho más sofisticadas, agudas, delicadas e históricas, pero basten por ahora esas liminares e introductorias.

1.3. La frecuencia de cada una de las fuentes en la praxis: en la realidad, en la vida cierta del individuo. Las reglas de la experiencia se tornan contundentes al respecto: desde que cada uno se levanta del descanso ignoto del sueño, lo único que hace o ha hecho, hasta donde se pierden las más oscuras prefiguraciones de la historia de Occidente, es celebrar o ejecutar contratos y negocios jurídicos, de cuya justicia, equilibrio, necesidad y ubicuidad estamos convencidos. Los jóvenes estudiantes quedan casi siempre maravillados al percatarse —muchos por primera vez en su vida— de que abrir la llave del agua en la ducha de nuestra casa lo único que materializa es la ejecución de un contrato de suministro celebrado con la empresa del acueducto; desayunar comporta la obtención por medios legales de cada uno de los alimentos que ingerimos, pero su cocción, su preparación, también depende de la llegada puntual de energía, gas o cualquier otro combustible a nuestra vivienda. La vivienda, si no es propia, habrá sido otorgada en tenencia, uso y goce a lo mejor por uno de los contratos más extendidos por el mundo: la renta o arrendamiento, que le permitirá al sujeto y a su familia solventar su ausencia de techo por el pago de una cantidad determinada de dinero. El transporte hasta la universidad y la posibilidad de sentarse a escuchar las clases; seguir los programas curriculares y académicos; la obtención de las copias o de los libros por compraventa; la posibilidad de compartir con los colegas y compañeros un almuerzo en un restaurante, así como el regreso a casa y la posibilidad de disfrutar de la información del día o de un filme clásico que nos apasione y despierte

nuestros más hondos intereses: todos, absolutamente todos esos fenómenos sociales se circunscriben a la celebración, ejecución, cumplimiento, interpretación y respeto de los contratos.

2. Negocio y responsabilidad

La responsabilidad como fenómeno jurídico, esto es, la obligación de indemnizar los daños ocasionados por un sujeto a otro, como fuente de las obligaciones es en realidad un fenómeno ciertamente aislado en el mundo del derecho. En efecto, si incluso allí se atiende a la clasificación del daño como el concreto o contractual, frente al abstracto o extracontractual, cabe anotar que es el primero el que de alguna manera tiene más ocurrencia ponderada frente al segundo. Son mucho más frecuentes las acciones judiciales en todo el mundo por el incumplimiento de un contrato, que las acciones generadas por daños de responsabilidad extracontractual, aquiliana o derivadas del deber genérico de no inferir perjuicios a otro, so pena de tener que indemnizarlos y que de alguna manera son una excepción en el mundo del derecho, sobre todo desde una perspectiva histórica.

En efecto, ha de aceptarse que el número de acciones por responsabilidad ha ido creciendo, pero también debe ser dicho que ese número tiene que ver en parte con que muchas de las áreas del derecho que antes no otorgaban acciones indemnizatorias, ahora sí lo hacen, como el derecho medioambiental, el derecho minero, el derecho del consumo, el derecho a la competencia, el derecho energético, todos los derechos a la salubridad pública, etc., todo lo cual, si bien representa un avance deseado y significativo, no lo es menos, brinda una perspectiva comparativa desde el punto de vista puramente cuantitativo, a nivel histórico, donde esas posibilidades de pretensión indemnizatoria estaban primero mucho más restringidas a nivel legislativo (Romero, 2000).

3. El enriquecimiento sin causa

La figura germana del enriquecimiento sin causa es a su turno un principio desde la Antigüedad, pero lo que se perfila lapidariamente en el BGB es una institución distinta, derivada del principio de abstracción fundante, pero también consecencial del negocio jurídico, que oportunamente será explicada.

El principio de separación y abstracción del negocio jurídico (*Trennungs und Abstraktionsprinzip*) implica que, por ejemplo, en un contrato de compraventa no exista *per se* el contrato, sino dos (la dogmática germana actual habla de tres) declaraciones de voluntad recepticias y coincidentes: la venta, la compra y la tradición. La posibilidad de impugnación y de retractación de cada uno de los declarantes (nótese cómo en esa construcción dogmática se es mucho más estricto con el principio de autonomía, pues lo que es susceptible de impugnación para cada declarante es su propia declaración, mas no el contrato basado en ella y en la declaración del otro contratante) conlleva el hecho de la anulación solo y únicamente de la respectiva declaración. Así, el comprador impugna su declaración de querer comprar el libro por los 20.000 pesos o el vendedor la propia de querer venderlo en el mismo valor. Esa “denegación” del querer hace desaparecer solo la propia declaración de voluntad, y deja las otras dos vivas. Por lo mismo, como consecuencia de ello, podría producirse un enriquecimiento incausado. El vendedor no quiere vender en 20.000 pesos, pero el comprador ya se los pagó. Así, se produce un enriquecimiento a favor del vendedor impugnante y, por ende, le compete una acción al comprador que ha extinguido su obligación para que aquel le restituya el valor pagado por el libro (Parágrafo 812 del BGB; Rùthers y Stadler, 2011).

La lectura francesa de esa institución a lo largo del siglo XX trató de articular la creación germana, más con las acciones típicas enumeradas por el libro tercero de las *Institutas*, con lo cual se generaron lecturas procesales ambivalentes sobre la clásica *actio in rem verso*, que a la postre no ofrecían una comprensión del instituto del enriquecimiento postulado en el BGB, certeramente articulado con la teoría del negocio jurídico, sino que gravitaba más alrededor de elucubraciones procesales y disminuciones o aumentos patrimoniales injustificados (léase, no necesariamente producidos por declaraciones impugnadas o por retractaciones del declarante) (Josserand, 2009; Magallón, 2012).

La importación del principio en el Código de Comercio (art. 831) no aclaró la verdadera semiología pretendida por el legislador alemán (o italiano); y por ello, ante el vacío y la necesidad de argüir una lógica, la dogmática nacional se volcó más a las lecturas francesas —incluso en algo fantasiosas sobre el enriquecimiento sin causa— que a la interpretación auténtica y verificable de la razón misma del instituto; incluso dentro de la obra de obligaciones del principal redactor del código, llama poderosamente la atención la mixtura de comprensiones, si no se

olvida que Pérez Vives era más próximo a las teorías italianas del derecho privado que a las francesas (Pérez, 1953; Grondona, 2013).

4. Abuso del derecho

El abuso del derecho, por lo demás, es postulado en el ordenamiento alemán (parágrafo 226 del BGB) como un principio que no tenía mucha conexidad con la teoría del negocio jurídico y la declaración de voluntad. Baste decir que su colocación y los desarrollos dogmáticos ulteriores propiciaron su comprensión como un concepto jurídico indeterminado y prevalente (un principio de derecho, si se quiere), a través del cual, como ocurre con el principio de buena fe (parágrafo 242) y de interpretación honrada y veraz del contrato (parágrafo 157 del BGB), se aplican los principios constitucionales a las relaciones jurídico-privadas, pero también se tiene a los derechos fundamentales como pilares jurídicos indemnizables.

5. Daño contractual (negocial) y daño en la responsabilidad aquiliana

La discusión histórica clásica sobre la preeminencia del contrato —del negocio jurídico— sobre las demás fuentes siempre se planteó de manera mucho más restringida y tímida; por ejemplo, entre negocio y daño como fuentes primigenias de las obligaciones. Sin embargo, la comparación parece inadecuada, inoportuna si no se olvida, como se ha dicho recién ahora, que la clasificación del daño en contractual o extracontractual, o para ser más precisos en términos dogmáticos, entre la responsabilidad concreta y la responsabilidad abstracta, ya está inclinando la balanza a favor de la trascendencia dogmática del negocio jurídico. No solo la responsabilidad contractual despliega un ámbito indemnizatorio enorme, sino que los mismos desarrollos germanos propiciaron la creación de espectros indemnizatorios muy interesantes, siempre alrededor del negocio jurídico: (a) la responsabilidad precontractual, (b) poscontractual, (c) la *culpa in contrahendo* y (d) la violación de la oferta (el caso más conocido es la revocación, pero no el único) (Art. 846 del C. de Co.).

Vista de entrada la importancia del contrato y sobre todo del negocio en cuanto a su frecuencia diaria en la vida de todos los sujetos inmersos en la cultura occidental, vale la pena, sin duda, dedicar un estudio significativo sobre el contrato

como fenómeno histórico cultural que desde lo jurídico también permita comprender de una manera mucho más profunda su inmiscusión y multiplicación para la estabilidad misma de nuestra vida como especie.

1. ¿Evolución jurídica aleatoria?

Vale también la pena recordar la importancia de la observación de la historia como un *continuum* y no como una serie de etapas escalonadas, no del negro pétreo al blanco immaculado, sino una colcha de infinitud de cromos en gris. Asimismo, pareciera importante recabar en la idea de que el transcurso del tiempo, en la historia de la humanidad, no comporta *per se* un avance; de hecho, pareciera que lo que ocurre ciertamente es la suma de pequeños avances y duros retrocesos a lo largo de la cronología de los humanos y su entorno, todo lo cual generó épocas de oscurantismo como las prolongadas épocas feudales y religiosas que vivieron muchas culturas, como la china o la europea, o los regímenes totalitarios que obviaron, entre otras, las libertades de los sujetos, dentro de las cuales, por supuesto, se pueden encontrar las negociales.

Este es un primer intento y, por lo mismo, es un estudio selectivo que, sin lugar a dudas, valdría la pena ampliar. Si bien por ahora se brindan precisiones conceptuales histórico- jurídicas, no pretende ser un estudio puramente histórico, sino una articulación sociológica y conceptual de la historia del contrato.

2. Abordaje histórico antiguo y mínimo del contrato

En la prehistoria del derecho, ¿fueron los nómadas, cazadores y recolectores, humanos anómicos, mientras los sedentarios, agricultores y negociantes?

La existencia hasta hoy de sistemas consuetudinarios de derecho desdice de esa intuición generalizada. La prehistoria humana y sobre todo la prehistoria jurídica parecen estar plagadas más de abordajes especulativos que de ciencia. Sin embargo, muchas apreciaciones y lugares comunes —además de necesarios para crear puentes discursivos entre el origen salvaje y la cultura— parecen atractivos a la hora de consolidar percepciones que, si bien no pueden dejar de ser pseudocientíficas, de alguna manera recrean una percepción —tan aleatoria como cualquiera otra que se decidiera escoger— para engranar una continuidad de discursos entre lo puramente salvaje y animal de la arqueología antropológica, y la verificación y confrontación cultural de la ya consolidada humanidad.

3. La caza

Como bien lo plantea Yuval Harari en varios de sus ensayos y libros, fundamentalmente en *De animales a dioses* y en *Homo Deus*, resulta claro que el ser humano extinguió a la mayor cantidad de mastodontes y grandes mamíferos y aves en el periodo más corto que resulte posible imaginar desde que la evolución permitió la coexistencia de la percepción y la inteligencia, junto con los instintos. Por supuesto, para lograr esa sistemática y titánica tarea es necesario reconocer varias cosas: una primera tiene que ver con el aumento numérico de los seres humanos; una segunda, la posibilidad —bastante especulativa— de que los grandes mamíferos brindaban una mayor cantidad de carne y alimento a los gregarios cazadores-recolectores que las pequeñas presas y, por ende, la identificación de alguna forma de conservación de la carne que no podía ser consumida en una sola ocasión. La sal como forma de conservación parece ubicarse, entonces, más en el periodo prehistórico que en el histórico como tal (Harari, 2014).

Un último reconocimiento es que para matar a uno de los grandes mamíferos o animales iba a ser necesaria la colaboración de muchos de los miembros de la tribu o manada. Y las primeras recreaciones pictóricas y, por supuesto, alegóricas y artísticas, a lo largo y ancho del planeta, desde Altamira, hasta las precolombinas en América, nos dan cuenta de esa “necesidad de colaboración”.

Varias anotaciones deberían ser tenidas en cuenta: una primera y fundamental es que a lo mejor no eran humanos quienes por primera vez —y durante mucho tiempo— se hicieron conscientes de que sería más sencillo eliminar a la enorme

presa entre muchos atacando al tiempo, que si lo intentaba solo un único miembro de la manada. La abstracción de semejante idea, por sí misma, iba a ser tal vez la primera cognición que transformaría al animal en hombre, a la bestia en un ser racional y dependiente más de su cerebro, y, por ende, de sus decisiones, que de su masa muscular y la agilidad de sus nervios.

La idea en sí implica y comporta una serie de complejas observaciones, razonamientos y conclusiones que, arrancan a un homínido superior entre muchos otros (de acuerdo con las más recientes investigaciones, incluso a varios, tres por lo menos: el *Neandertal* en Europa, el *Homo sapiens* en África, el *Homo cistercienses* en la lejana Indonesia), del reino animal y lo lanzan a un novedoso concepto, que dimos en llamar *humanidad*. ¿Merecerían esos *sapiens* ser analizados con cierto detenimiento, sobre todo desde el mundo conceptual, negocial y contractual?

La diversificación de la dieta implicó el gusto por la carne y la observación de cómo los carnívoros la obtenían de una manera eficiente y eficaz, pero entre otras muchas causas aumentó el tamaño de la masa encefálica, lo cual problematizó muchas más áreas de la vida del individuo y sobre todo de la manada.

Muchos fenómenos pudieron haber ocurrido en ese intervalo de tiempo, pero el único comprobable en términos de arqueología es el tema del culto a los muertos: la negociación con los dioses se tornó en una necesidad, pues la muerte iba sucedida de una ceremonia dedicada a estos para que otorgaran bienaventuranza al muerto (Summer, 2016).

4. Precedentes históricos

En la historia del derecho, de las regulaciones humanas sobre los relacionamientos civiles y comerciales destinados a la satisfacción de necesidades básicas y sociales de acuerdo con las épocas de la historia, puede hallarse sin mayor dificultad una concepción de contrato y de negocio jurídico. Mientras que el primero es el acuerdo de voluntades de dos o más partes para crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas en un ámbito patrimonial, el segundo se va a entender como la declaración de voluntad encaminada a producir efectos jurídicos. El concepto vigente de *constitución*, por el contrario, es moderno y posterior a etapas o procesos de codificación de lo que actualmente entendemos como derecho, sistema

jurídico, ordenamiento jurídico, entre otras denominaciones más o menos semejantes. En efecto, para llegar al moderno concepto de *constitución* fue necesario atravesar todo un proceso de codificación, conceptualización acerca de las normas, las leyes, incluso conceptos de Estado, nación y comunidad en los cuales se desenvuelven los comportamientos y vínculos humanos en sociedad.

Fue necesario regular, entonces, los comportamientos y relaciones humanas por medio de la intervención de un “tercero imparcial”. Ejemplo de ello fue el establecimiento de la ley del talión, en Babilonia, en la cual un tercero imparcial, en caso de conflictos por daños, decidía acerca del castigo proporcional que recibía quien hacía daño a otro.

Posterior a este ejercicio de heterocomposición se fue desarrollando, aún más, la regulación de la vida de los particulares, anclada, muchas veces, en necesidades sociales concretas y básicas, y en creencias religiosas. Es así como en épocas antiguas de la humanidad, los mandatos religiosos se constituían en las primeras normas, reglas de conducta de una comunidad (Coulanges, 2006), cuya infracción implicaba una sanción: lo que podríamos denominar *consecuencia jurídica*. Dicha sanción jurídica generalmente es impuesta por un tercero imparcial representado en los antiguos, en alguna autoridad comunitaria, y más modernamente, por una autoridad secular y cívica, el Estado.

Con el paso del tiempo y la progresiva complejización de la vida en sociedad, el tercero imparcial estableció reglas de conducta para orientar no solamente las conductas que atañían a la comunidad en su conjunto, sino, también, las relaciones entre los privados; pues, pese a que aparentemente su relación interesa solo a los involucrados en sus respectivos intercambios de intereses, el tercero imparcial debe establecer unas reglas primordiales que se deben respetar en esas relaciones privadas. Es así como se regularon, de forma más o menos compleja, el matrimonio, las sucesiones, las reglas de intercambio comercial y civil, la propiedad privada y, por supuesto, los negocios jurídicos y los contratos.

5. Grecia

Vale la pena acotar que el triunfo y la grandeza de Grecia son identificados por muchos —aunque minoría, frente a los defensores ingentes de Roma— como el momento de fundación de Occidente, y ello se derivó de la fortaleza militar de

Grecia en una pequeña franja de tierra y sobre todo de mar que circunda un archipiélago, ciertamente extenso, en el Egeo.

Una primera precisión ya acotada en otro aparte tiene que ver con los mitos fundacionales griegos y la declaración de voluntad, el perdón y la remisión como fundación de Occidente. La manida escena de Príamo y Aquiles en la *Iliada* suscita una serie de reflexiones sobre el paso del derecho antiguo al derecho de las comunidades evolucionadas (Castro y Stöber, 2019). Así por lo menos lo plantea entre otros de sus apartes Wesel, pero también en el mismo sentido se encuentra Burkert (2011).

La ciudadanía, entendida en realidad como un precario derecho, comportaba a su turno una compleja gama de obligaciones, pues el hoplita o soldado infante griego debía estar en capacidad de gestionarse su propio uniforme y armadura, en cuanto que el jinete, aparte de lo anterior, debía tener y sostener, siempre de su patrimonio, su propia cabalgadura. Pero lo fascinante en realidad es que la separación de lo público y lo privado no existía. Más aún, a pesar de la conciencia clara de qué era útil a la comunidad, al pueblo, al ágora: el servicio militar y la defensa de las fronteras, por ejemplo; y de qué le era útil a cada ciudadano: su propia alimentación y vivienda, así como su vestido y la manutención de su huerto y tierra; la cultura antigua se empeñó en mantener una clara mixtura entre lo uno y lo otro (Ruiz Sola, 2010), y así, poco a poco, el servicio militar no solo era una obligación, sino, también, un honor y una distinción que se cumplían con orgullo. Para parafrasear la intención, ciertamente contractualista y plasmada en no pocas inscripciones referidas por Jenofonte o por Tucídides: ¡A cambio de poder llamarte griego, podrás, de Grecia, defender su suelo!

6. Roma

Posteriormente y de manera justa, como los profesores Ulrich Manthe y Klaus Bringmann lo manifestaron en su momento, la historia de Roma es la historia de la *mancipatio*, pues cada romano, durante casi ocho (de casi doce) siglos de historia romana, tenía plena certeza de en qué consistía esa declaración de voluntad. Hasta antes, incluso dentro de la misma expedición de las XII Tablas, el contrato no tenía los contornos que la juridicidad romana tardía pudieron, poco a poco, otorgarle. Por supuesto, existía una idea de intercambio hasta los inicios de

Roma, pero salvo la cultura fenicia o egipcia, en el resto del planeta apenas llegó a desarrollarse, para esa época, mínimamente la noción de intercambio (Manthe, 2016; Bringmann, 2008; Gibbon, 2015).

7. *Mancipatio, nexum y stipulatio*

Tres declaraciones de voluntad fueron conocidas a lo largo y ancho del Imperio romano, con unas consecuencias muy precisas: la *mancipatio*, el *nexum* y la *stipulatio*. De manera muy sencilla, la *mancipatio* (antes que un contrato) era una declaración de voluntad dispositiva y solemne con la que, se transfería la propiedad de las “res Mancipi”, como lo podían ser bienes rurales urbanos, incluso esclavos, animales de tiro y carga y las servidumbres rústicas. Esa enumeración, por supuesto, varió a lo largo y ancho del engrandecimiento del Imperio; un ejemplo paradigmático lo ofrecen los esclavos, que pasaron, incluso inadvertidamente varias veces, de ser *res Mancipi* a ser cosas susceptibles de la *traditio* y viceversa. Así, todo aquello que no estaba sujeto a la *traditio*, estaba sujeto a la *mancipatio*, como forma de transferencia de la propiedad.

El *nexum* significa el acto de constituir la obligación, ese vínculo inescindible que se constituye entre las partes que deciden autónomamente obligarse para el futuro a cumplir alguna obligación de dar, hacer o no hacer entre sí. Precisamente en Roma, la constitución de una obligación, el *nexum*, era un procedimiento ritual para que pudiese producir concretos efectos. Por ejemplo, en materia de “mutuo simbólico” el *nexum* se contraía con la misma *mancipatio*, a saber, se pesaba simbólicamente el dinero (que sería objeto del mutuo o dado en préstamo) en una balanza sostenida por el libripens con la aquiescencia de cinco ciudadanos romanos. Ya contraída la obligación y ya constituido el *nexum* ritual y serio, las partes se encontraban vinculadas por virtud de ese ritual que generaba obligaciones para los individuos allí involucrados. Más adelante, mediante otro procedimiento solemne, a saber, la *nuncupatio*, se planteaban los elementos accesorios del vínculo jurídico ya constituido, a saber, el lugar de pago, los intereses y otros acuerdos sobre el particular (Iglesias, 1993).

Por último, la *stipulatio*, esto es, la estipulación, se componía de una pregunta que era formulada por el estipulante a otra persona, generalmente cargada de un simbolismo, teatralidad y prosodia que le costó el nombre de *jaculatoria*,

por lo pomposo del acto, y que, de acuerdo a como lo ordenaba la costumbre, se formulaba de manera solemne y repetitiva. El preguntado contestaba (debería contestar) congruentemente, y quedaba pues obligado por lo que venía a ser una promesa; es decir, el estipulante se hace acreedor, mientras que el promitente se vuelve deudor. Durante el derecho tardío romano, la *stipulatio* era la forma más ordinaria de generar una obligación entre un acreedor y un deudor.

De las tres figuras o institutos descritos, parece pertinente o es necesario desprender varias situaciones importantes. La primera es que la constitución de estas comportaba una serie de solemnidades que, además de implicar el nacimiento mismo del negocio, constituía un elemento probatorio indubitado —en cabeza de los testigos que asistían a la ceremonia— que daba soporte de confianza a los implicados en el negocio mismo. La realización de los negocios mismos ante un magistrado o una delegación de ciudadanos romanos dotaba a la declaración de una fuerza y vigor que estaban mucho más cerca del derecho imperial que del derecho privado (Castro, 2018).

La dinamización de la teoría negocial romana se hace propicia por la facilidad probatoria de la ceremonia, en tanto que la misma solemnidad brindaba a la declaración una semiología importante: el incumplimiento de una promesa u obligación acarrearía sanciones (no solamente místicas y religiosas, sino jurídicas) en contra del incumplido, y, por lo mismo, parecía adecuado que los magistrados, pretores y procónsules ampararan a aquel que había sido defraudado en su confianza, pero respetando los derechos del deudor en toda su amplia integridad, por lo menos luego de la expedición de la *lex poetelia papiria* (Monateri, 2006).

8. *Res inter alios acta*

La frase traspuesta en el *Corpus Iuris Civilis* en Constantinopla y durante las postrimerías del Imperio, que conservó las declaraciones mencionadas como institutos de que “los hombres se atan por las palabras, como los bueyes por sus astas”, denota el carácter primero relativo del contrato, que obliga solo a quien en él participó, pero también imperioso de tener que concurrir a cumplir con lo que había sido declarado y expresado. Superada la solemnidad como regla, se abrió paso la consensualidad, y de allí que la palabra fuera estimada sobre todo por

cuanto quien la otorgaba, se daba pues a cumplirla; de esa forma se era estimado como “hombre de palabra” (Pérez López, 2014). El pundonor, el autorrespeto, implicó, pues, una apuesta por supuesto ética y moral (Ihering, 2000), amén que jurídica de la observancia plena y absoluta por la palabra otorgada y empeñada, pero nótese que este resumen de la evolución negocial romana nunca está determinando una posición puramente contractualista de la declaración.

En efecto, el contrato, el acuerdo de voluntades como tal, va a ser una noción ciertamente medieval. Roma y su derecho privado están impregnados del respeto por la solemnidad rendida ante el funcionario público o los ciudadanos, pero, por encima de todo, ante los dioses, que otorgan o niegan la piedad, frente a quien cumple su palabra o la deshonor. Por lo menos, esa es la verdadera explicación que de los textos tanto jurídicos como literarios puede hacerse. Pero más importante aún es que la idea de intercambio proporcional y equivalente —la *ratio*— va a ser una noción incorporada tímidamente, incluso, en la parte final de las recopilaciones.

9. *Contrat, Vertrag, contrato*

En efecto, la percepción contractualista de las declaraciones, muy posterior a Roma, tiene un cuño francés y muy posterior a la fenomenología que hasta ahora se refiere. La dicotomía continental expresada de manera clara por la teoría negocial alemana y contrapuesta a la teoría contractual francesa fue, pues, mucho más adecuada y certera que los inopinados constructos galos que fundamentaron la expedición del primer experimento legislativo que tuvo algún grado de éxito en el continente. En efecto, la escuela histórica y la escuela de la pandectística, sin desconocer la importancia del contrato, describen una teoría negocial romana de una manera mucho más juiciosa, pero, por supuesto, mucho más unilateral, autónoma y solemne que lo que parecía elucubrar y aparatosamente exponer el contractualismo francés dominado por Pothier (1956).

La influencia de las dos ideas transpuestas en el Código Civil español se inclinó por la francesa, y liminarmente en Latinoamérica hizo escuela la influencia gabacha sin mayores miramientos técnicos, y más obedeciendo a una perspectiva que contemplaba al *Code* como un gregario hijo de la Revolución de 1789 —incluso más que del autárquico periodo de Napoleón—.

10. *Neminem laedere*

La *Lex Aquilia*, redescubierta y entronizada muy tarde, también, por la teoría francesa (*mos galicus* S. XVI), desempeñó un rol decisivo en la comprensión germana decimonónica de la juridicidad romana. En ella se estipulaba que la culpa civil no debía ser perseguida como la penal, y en esos casos, solo se perseguía (se debería perseguir) el patrimonio del deudor. Con el avanzar del Imperio romano, y su inevitable caída, fue la historia la encargada de modificar, poco a poco, los sistemas y las políticas que promovían ya no solo el entendimiento de los conflictos sociales, sino el manejo y consolidación de las sociedades, por medio de la eliminación del conflicto vindicativo y su reemplazo por el proceso judicial indemnizatorio (Marquardt, 2009).

Pero antes de esas precisiones modernistas, vale detenerse por un momento en el interregno previo jurídico. La historia del contrato, junto con la de la teoría de la persona, se vio ciertamente detenida en el occidente de Europa por más o menos siete siglos, contados desde la caída del Imperio para el 476 —algunos sitúan el estancamiento con la expedición del *Corpus Iuris Civilis*, para el 560 d. C.— y hasta la proliferación de copias del *Corpus Iuris Civilis justiniano*, alrededor de Boloña, Génova y el Piamonte italiano en el siglo XII.

EL MEDIOEVO Y LA ASÍ LLAMADA QUERELLA DE LAS INVESTIDURAS

1. La querella de las investiduras

Más exactamente, la expedición normativa de la Segunda Dieta de Roncaglia, derivada de ese cambio en la geopolítica del momento, modificó sustancialmente la concepción del sujeto (no solo por la superación de la denominación definitiva de amo y esclavo, y su reemplazo por los términos de señor y vasallo, incluso en latín, dentro de su texto) y también la de contrato, donde nuevamente el poder político se negociaba entre súbditos y emperador en los estrictos términos de un contrato de intercambio de derechos y deberes (Castro, 2016).

2. El contrato medieval

Pero lo cierto es que el contrato se ve transmigrado por nuevas costumbres, la reaparición de la moneda, de los intereses (incluso compuestos), que son adoptadas por la nueva burguesía; la importación de especias, de zapatos, de botones, y la eliminación de las economías cerradas autosustentables, pero en especial, como Bloch nos lo relata, la generación en masa, por primera vez, de los productos manufacturados, concita toda una serie de innovaciones en la costumbre, en la concepción de los principios y, por supuesto, en la aproximación formalista del contrato. La influencia de la religión es evidente. Siempre se obra de buena fe: *res*

inter alios acta, pero rebus sic stantibus. Se trasvasa una buena fe que se distancia de los lineamientos romanos. La buena fe está impregnada ahora de las comprensiones cristianas, y, por lo mismo, los sujetos intervinientes ya no esperan incluso una restauración (la indemnidad es un concepto tardío en la historia de Europa) en caso de incumplimiento de la contraparte, sino un castigo, incluso eterno.

El acercamiento de la declaración negocial a una lectura espiritual y valorativa de los institutos mina toda la comprensión del contrato, para releer toda la complejidad social desde los textos bíblicos y su comprensión por la patristica —esto es, por los santos intérpretes de la dogmática cristiana: para ese momento, San Agustín y Santo Tomás—. La misericordia y la remisión como institutos jurídico-romanos cambian su esencia y, por supuesto, sus contrastes (Berman, 2001).

3. El poder político, religioso, burgués, y el contrato

Un punto que parece relevante resaltar dentro de la Dieta de Roncaglia es que los derechos imperiales fueron taxativos; con el tiempo fueron restringiendo el poder público, en contra de Barbarroja, y se entronizaron, por primera vez en la Europa continental, como una especie de “marco institucional” inmodificable. El punto central fue la identificación del derecho imperial y el derecho público como elemento histórico de autodelimitación del gobernante a la hora de determinar sus propios derechos. Pareciera ser intrascendente, pero fue esa misma situación la que permitió perfilar, poco a poco, toda una interacción: una sinergia jurídica de mayores proporciones. Así comienza a robustecerse el derecho canónico, y las influencias de una comprensión a otra aúpan el resurgimiento de todo el campo jurídico (Wesel, 2010). Así, se crea una correlación entre la dogmática jurídica estatal y la dogmática jurídica privatista; el derecho civil y el derecho constitucional se vinculan con el derecho imperial, y se legitiman entre sí. Es así como el derecho toma forma y tiene parte dentro de la legitimidad política, y poco a poco, genera elementos de convivencia más evidentes que los anteriores y consolida la visión de un “renaciente Estado”. Por supuesto, la renovada lectura del *Corpus Iuris Civilis justiniano*, su enseñanza retórica y disputativa por parte de Irnerius y sus discípulos en Boloña representan el principal elemento de evolución y, sobre todo, de reavivamiento de la declaración de voluntad como instituto (Castro, 2016).

El papel de la academia fue fundamental para los cambios sociales y revolucionarios del siglo XI; el contrato, la declaración de voluntad vinculante se empieza a inmiscuir en la vida de los gremios burgueses, de los caballeros, de la nobleza y, por supuesto, incluso en la cotidianidad clerical. A la fundación de las universidades y las corporaciones gremiales mercantiles les sigue la creación de asociaciones religiosas, que a la postre comienzan a ser titulares de muchos derechos patrimoniales, pero sobre todo se las dota de la capacidad de obrar negocial y contractualmente (Hattenhauer, 1987).

4. El resurgimiento del *Corpus Iuris Civilis*

Se basó en tres pilares difusos, pero reconocibles: (a) la utilidad y practicidad del derecho romano, tributaria del carácter del ciudadano romano: pragmático y realista; (b) una política adecuada al contexto social, pues la vigencia de normas claras y prescritas era una situación no solo deseable, sino propicia, para aquel gobernante que quisiera —como era el caso de Federico Barbarroja— ganar legitimidad en el convulso siglo XII, y (c) el ánimo de hacer evolucionar las relaciones jurídicas negociales. Esto es, dinamizarlas, para hacerlas mucho más pertinentes, prácticas y expeditas para el comercio que ejercían una nueva categoría de sujetos: los burgueses del Piamonte italiano. Por su parte, aquí vale recordar que las dos Dietas de Roncaglia promovidas por Barbarroja pretendían reducir a su mínima expresión la autoadministración de las comunas en las ciudades y burgos del norte de Italia, y restaurar al emperador toda la cantidad posible de poderes, como supuestamente habría ocurrido durante el Imperio romano.

A través de fundamentos técnicos y de contenidos extraídos del ya mencionado *Corpus Iuris Civilis*, estos dieron origen a cuatro leyes, que hemos estudiado en otro aparte, pero que llaman poderosamente la atención, por mantener una estructura puramente contractualista: (1) la *Lex Regalia*, (2) la *Lex Omnis Iurisdictio*, (3) la *Lex Palaciega Pretoria*, (4) la *Lex Tributum*. Con la imposición de esa normativa y de los postulados (principios) mencionados, los glosadores, exponentes privilegiados del *mos italicus*, establecen de manera tácita que estas significarían la continuidad del imperio “romano” de occidente, por lo que se crean (se recrean), en un solo movimiento ciertamente “político”, varias cosas.

La primera y más importante es la restauración del derecho antiguo como forma objetiva de legitimidad. Así, en la medida en que las normas y principios no hubiesen sido expedidos por una persona viva, era factible que fuesen acogidos por parte de la naciente burguesía y la monarquía, en especial, de una manera mucho más asequible y menos confrontativa, pues ese derecho antiguo no estaba implicando en realidad una “imposición” de un agente de poder sobre otro.

La segunda conquista tiene que ver con la renovación de una idea de derecho público, en virtud de la cual era el emperador el *legis amatoris*, quien prioritariamente debería quedar atado al derecho, y, por lo mismo, se generaba una especie de garantía, en cuanto a que el derecho era una limitación a su poder absoluto y sobre todo a su arbitrariedad.

Y por último, como consecuencia, se reaviva la idea de un derecho privado, donde quien dispone “libremente” es el súbdito o el liberto burgués, sin posibilidad alguna de intervención para cualquier clase de poder, imperial o a lo sumo clerical.

5. Libre albedrío y contrato

Así, la “voluntad de Dios”, para el contexto religioso de finales del siglo XII, está mediada por el resurgimiento de un concepto vital, para acceder a la salvación, que es el “libre albedrío”, y sin cuyo acicate el pecado no puede ser cometido. Así, no solo se peca, sino que también se conciben nuevas empresas distintas de las que ocupaban el tiempo de las cuatro clases de ciudadanos reconocidos para la apenas superada “Alta Edad Media” (nobleza, caballería, clero y siervos de la gleba). Los burgueses propician el aumento de estudiantes, en tanto que estos, junto con sus asesorías y consultas (los jóvenes médicos y los jóvenes juristas), a su turno empujan a que resurjan la feria, el circo, las *hansas* alemanas, los cambistas, los bancos, con un grado de tolerancia hasta entonces desconocido, que incluso es permeado por la cultura judía y su noción de intercambio a lo largo y ancho de Europa (Berman, 2001).

No sobra anotar el hecho de que en las grandes ciudades, a pesar de las guerras santas declaradas por varios papas, convivían musulmanes con judíos y cristianos con burgueses que no hacían pública ninguna confesión, como bien lo revela el principio de autonomía universitaria declarado por primera vez en Boloña.

•El medioevo y la así llamada querella de las investiduras•

Europa vuelve a ser, entonces, un hervidero de ideas y contradicciones, que, entre muchas otras consecuencias, permitió el reavivamiento de la juridicidad y, por supuesto, de la convencionalidad, el contrato y la posibilidad de llegar a acuerdos de voluntades que se imponían como obligatorios para las partes intervinientes (Stein, 1999).

Por dejarlo expresado de alguna manera, el contexto social que propició lo anterior se puede delimitar en el entendimiento del “espíritu” de ese tiempo, en el que:

[...] comercio y cambio, dinero y crédito, no necesitaban de ninguna clase de oración ni de ascensión espiritual, sino de claras manifestaciones entre seres humanos que podrían ser lógicamente analizadas. La legitimidad del emperador no necesitaba ya entonces de ninguna bendición, ni de coronación papal, sino de acuerdos estatales que fueran respetables, posibles y en una gran medida, lógicos. (Castro, 2016, p. 14)

El resto de la historia del contrato, a través del discurrir medieval europeo, es ciertamente conocido. Por supuesto, el salto del *Ancien Régime* francés a la codificación napoleónica es un fenómeno altamente interesante, pero consideramos que ha sido tratado suficientemente en la dogmática general; y como se dijo en la parte introductoria, la finalidad parcial del texto es ahondar en la parte más desconocida tanto de la historia general occidental del contrato, como del negocio jurídico. He ahí la justificación del salto histórico que a continuación se produce.

La historiografía del contrato tiene un florecimiento en la época siguiente a la que hasta aquí se ha descrito. Está claramente documentada, entonces, toda una saga de la declaración de voluntad. El paso del derecho privado romano-constantinopolitano a través del *mos italicus*, los glosadores, el *mos galicus*, los posglosadores y su único cisma o ruptura —representado por una especie de división con la tradición jurídica anglosajona y que principia con la fundación de la Universidad de Oxford— están profundamente analizados (Stein, 1999; Berman, 2001). La posterior consolidación del *Ius commune* como concepto que engloba la utilización del derecho romano antiguo, conocido y revalidado en todo Europa por medio de la popularización que de los textos hicieron las escuelas universitarias de Boloña, París, Pavia, Heidelberg y Praga, inicialmente, y que luego se hizo endémica, a lo largo y ancho de todas las ciudades de cierta envergadura en Europa para resolver los casos más complejos a escala jurídica, hace parte de los cánones reconocidos de la historia del derecho privado occidental.

Son innumerables los textos que refieren en casi todas las lenguas occidentales esa “historia de la tradición jurídica de occidente” (Schiaivone, 2011). La posterior fragmentación —casi que atomización del derecho privado— ocurrida por el fortalecimiento de los gobiernos locales de los burgos o los pequeños pueblos, localidades y ciudades, y el fortalecimiento de la lectura propia de la legislación, es un claro fenómeno en las lecturas académicas del contrato. En especial, la articulación ciertamente dispendiosa, pero también arbitraria del derecho romano entendido como *Ius commune* con los derechos locales, devino en una muy compleja gama de miles de grises, que cada vez se alejaban más del blanco (y puro derecho romano clásico) y el negro (o variable de derecho local), todo lo cual creó una complejísima y aparatoso interrelación de fuentes del derecho, de normatividades, jerarquías y adaptaciones de vecindad a vecindad (Giovanni, 2015; Merryman y Pérez, 2017). En toda esta juiciosa aproximación, el sistema escritural y la posibilidad de hacer secuencias de ella desempeñan, sin lugar a dudas, un papel decisivo. La nacionalización del derecho, que tuvo como primer intento exitoso el Código Civil francés de 1804, se ve en el tardío siglo XX como una minicatástrofe que, más temprano que tarde, debería ser reparada (Zimmermann, 2009).

En efecto, desde las relecturas de Berman y hasta la descripción laxa de Stein, o desde la minucia del digesto de Schiaivone hasta la exploración de las corrientes dogmáticas no dominantes de Zimmermann, pasando por una innumerable cantidad de juristas del siglo XIX, en especial germanos y que contrapusieron la escuela histórica a la pandectística, se fortalecieron y se crearon, con unos y otros, teorías y constructos para concluir, primero, que la conservación más fortuita que planeada del derecho romano, a través del *Corpus Iuris Civilis*, es una especie de bienaventuranza que es menester agradecer desde todos los ámbitos y perspectivas; a la par que la mencionada fragmentación legislativa nacional fue una de las peores consecuencias del romanticismo tardío (Zimmermann, 2009).

Excursus: La autonomía privada como hija del racionalismo

5a. Apatía, simpatía y empatía: Lutero, Kant y Hegel

Ya se ha dicho, en otro aparte, que esta investigación no tiene la finalidad de repetir discursos consolidados por las corrientes dominantes sobre el contrato, el

•El medioevo y la así llamada querella de las investiduras•

negocio jurídico o la declaración de voluntad, sino, más bien, advertir sobre las falencias, omisiones o imprecisiones de esas doctrinas. Sin embargo, vale la pena aquí acentuar de justa manera y puntualmente el paso del medioevo a la modernidad. Ya se ha explicitado también la prevención que generan vocablos como Edad Media o *Mittelalter*, modernidad o renacimiento, en general, en otro estudio nuestro (Castro, 2016); pero no se puede obviar del todo la comprensión cultural que de uno u otro fenómeno se ha consolidado en la episteme de la civilización moderna occidental. Sin embargo, más que hablar de periodos, parece oportuno mencionar personajes que forjaron momentos y dinámicas: saltos categóricos de formas de entender el mundo, y aproximarse a sus complejidades.

El primero de tres nombres que vale la pena recapitular es Martín Lutero, fraile agustino que se distanció de los dogmas católicos y sobre todo de una política economicista del Vaticano, que intercambiaba indulgencias por jugosas limosnas a inicios del siglo XVI. La intermediación espiritual ejercida por el sacerdote católico empezaba a exasperar al joven monje, quien decidió publicar 95 tesis en la puerta de la iglesia principal de Wittenberg en contra de la religión católica. En medio de su rebeldía, además se dio a la tarea titánica de traducir la Biblia, hebrea y griega, a una lengua vulgar apenas naciente y derivada de otras lenguas vernáculas nórdicas y alpinas influidas por el latín: el idioma alemán en ciernes. La búsqueda de cada término preciso, la intención de no traicionar cada uno de las expresiones, giros y sintaxis del texto bíblico va a concitar en cabeza de ese único personaje un enriquecimiento idiomático y comprensivo de dimensiones inimaginadas, que aún hoy nos siguen maravillando.

La aproximación al conocimiento más importante de la época: la palabra de Dios y la doctrina necesaria para salvar el alma, ha de darse entonces a través de la simple lectura del creyente de los textos contenidos en la Biblia. Valga anotar que Lutero desmiente la revelación categorial y conciliar de que leer la Biblia sin un guía y además completa era pecaminoso y podía enloquecer al lector de tan complejos e ignotos asuntos. Por supuesto, dentro de todas las tesis expuestas por Lutero, semejante posición —calificada por el Vaticano como “las calenturientas ideas de un granjero borracho”— reconduce a su excomunión. Sin embargo, varios miembros de la realeza de su región deciden proteger a Lutero y, poco a poco, se convencen de sus ideas, entre otras razones, por cuanto Lutero no es el primer fraile, sacerdote o monje al que se le había agotado la paciencia frente a

los abusos de la Iglesia católica. Poco a poco, luego de 1518, fenómenos aislados como la lectura —y también la escritura— se vuelven endémicos en cuestión de pocos años a lo largo y ancho de lo que hoy en día es Alemania, Suiza y Austria, Polonia y parte de Rusia.

Si bien esa revolución intelectual comienza con la aproximación al dogma cristiano, lo cierto es que va a reconducir a una revolución intelectual sin precedentes (Steiner, 2004), pues la mejor forma de configurar la vida terrenal, para garantizar la salvación eterna, es el conocimiento del mensaje divino de manera directa y tan completo como sea posible; así, la lectura diaria, hogareña y familiar de la Biblia empieza a ser un hábito en las zonas descritas. Pero, dentro de ello, el individuo ha de interpretar —a su mejor saber y entender— nada más y nada menos que el contenido de la Biblia: la palabra divina, y desde las distintas vertientes de una naciente religión que dio en llamarse “protestantismo”, tomar decisiones y encaminar sus comportamientos de una manera mucho más responsable (recordemos que el confesor ha perdido en alguna medida sus atribuciones), y dirigirlos tanto como sea posible hacia su salvación. Dentro de todo ello, por supuesto, se abre un camino hacia la libertad de pensamiento, y no solo ello, sino hacia la liberalidad del obrar. ¿Es en serio pecaminoso bañarse?, ¿huir de la pobreza y de la necesidad? ¿Es cierto el dogma católico de que entre más se sufra en esta vida, mayor y mejor será la recompensa en la vida eterna?

Max Weber, cofundador de la sociología antropológica, va a explicar el desarrollo tecnológico e intelectual del norte de Europa por medio de su obra *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, en el que se exponen reflexiones muy enjundiosas respecto a estas y muchas otras cuestiones (Weber, 2006). Si la palabra sagrada consta por escrito, ¿también puede quedar el pensamiento humano al respecto plasmado en palabras gráficas? ¿Cómo conciliar algunos evangelios con el mandato de obediencia absoluta? Sumado a ello, el descubrimiento de un nuevo continente escasos 20 años antes de las provocadoras conductas de Lutero, y demostrada la redondez de la Tierra frente a las descripciones del tabernáculo bíblico que sostenía el cielo y sobre todo a la plana Tierra, se generan una serie de inquietudes intelectuales y espirituales que permiten admitir que el mundo ha sido dado por Dios al hombre, primero, para ser entendido; pero también, por supuesto, y a lo mejor allí reside lo más importante, para ser reinterpretado.

•El medioevo y la así llamada querella de las investiduras•

El protestantismo concibe esta vida como una preparación para la eterna. Y de alguna manera, una lectura sistemática de las tribulaciones y bendiciones del pueblo judío durante el Antiguo Testamento, pero sobre todo de la vida contemplativa, frugal, pero sin privaciones de Jesús en la Tierra, podrían significar que entre más ventura se disfrute aquí, entre más disciplinado, trabajador y emprendedor se pueda ser aquí, mejores serán las bendiciones en la eternidad. Un gran paso ha sido entonces dado: la libertad como forma de acercarse a la salvación eterna se expone y se vuelve un patrón de vida en el norte de Europa. Y el desarrollo ulterior de esa primera revolución espiritual e intelectual va a desembocar, sin duda, en el desarrollo del derecho.

Desde una perspectiva epistemológica jurídica, a lo mejor el gran aporte luterano a la cultura europea gira en torno a la revolución del conocimiento entonces, pero también al reconocimiento de la libertad como gran atributo dado por Dios al hombre. Sin embargo, a pesar de la lucidez de Lutero, Europa se sumió en otra más de muchas guerras, nuevamente, por la concepción que unos y otros tenían de Dios (Lutero, 1994).

Pasados doscientos años de los hechos narrados, un sujeto natal de Königsberg, en el Estado prusiano (hoy en día Kaliningrado, en Rusia), que se guiaba por el protestantismo pietístico —aquel que de manera contemplativa se dedica a practicar la piedad sin mayores elucubraciones teóricas sobre la palabra de Dios—, dedicó su juventud al estudio y a la academia, a pesar de provenir de una humilde familia de artesanos. Inmanuel Kant, doctor y profesor habilitado de filosofía, experto en la doctrina luterana y quien se ocupó como tutor y profesor universitario la mayor parte de su vida, diseñó toda una completa descripción de la espiritualidad, de la filosofía y su episteme, pero también de la razón humana. Por supuesto, no solo de una manera puramente pasiva, sino que su comprensión de esas fenomenologías va a ser eminentemente crítica. Las preguntas a las que Kant pretende responder en sus estudios e investigaciones filosóficas son profundamente sencillas, pero increíblemente reveladoras. ¿Las metafísicas, esto es, los lenguajes que utilizan las distintas vertientes filosóficas, sí encuentran un traductor común que les permita interactuar y propiciar un progreso filosófico? Kant ofrece en varios pasajes de sus obras una descripción analógica de algo así como *muchos grandes conferencistas, pero que son sordos y entonces no se escuchan entre sí*. El autor pone sobre la mesa, por primera vez, lo aparatoso de no tener un

primigenio lenguaje común antes de poder hacer filosofía, y subordina, incluso casi sin quererlo, toda clase de metafísica a una episteme mínima, por primera vez en Occidente. Superado ese discurso, plantea de una manera categórica —absolutamente lúcida, por lo demás— la imposibilidad de mezclar la religión con el Estado y cómo los límites de la razón deben ser el rasero que permita la convivencia pacífica de los sujetos, incluidos aquellos que practican o tienen convicciones espirituales y religiosas diversas, e incluso antagónicas.

Pero a lo mejor, el mayor aporte de Kant, en términos prácticos, es concluir —luego de hacer una crítica y “deconstrucción” (si cupiese semejante anacronismo conceptual), de la espiritualidad, de las costumbres y de la razón humana— que el ser humano es un fin en sí mismo considerado. Esto es, que la vida y la libertad del individuo son bienes supremos que nunca pueden ser instrumentalizados para otro objetivo o a lo sumo subordinados en la búsqueda de un mejor beneficio, porque simplemente ese posible o eventual beneficio no existe. La noción legada es que el mayor regalo de la creación al ser humano es su libertad, su libre albedrío. La libertad, entonces, va a ser el gran baluarte ponderado a partir de la teoría filosófica de Kant. Para ello, tímidamente analiza —entre otros varios ejercicios— una serie de institutos jurídicos del derecho romano, que en la segunda parte de su *Metafísica de las costumbres* va a releer desde un espectro altamente libertario, pero además subordinados a la voluntad del individuo como condición necesaria de la racionalidad del derecho. Semejante trasegar le permite a Kant imputar responsabilidad y, por ende, deberes al actuar racional humano. Es innegable que el idealismo alemán de Christian Wolf va a ejercer, por supuesto, una clara influencia sobre Kant.

Famosas son pues las frases kantianas: “Persona es aquel sujeto cuyos actos pueden serle imputados, pues una persona no está sometida a otras leyes que a las que se ha dado a sí misma, sola o junto con otras.” Para parafrasear a Hattenhauer, a pesar de que Kant dedica su filosofía a la persona, sin ella hubiera sido imposible un primigenio perfil del concepto de declaración de voluntad (si se quiere, de negocio jurídico), pues hasta Kant la libertad no había sido entendida en términos de gestión autónoma. La idea de configuración de la vida (tomar las decisiones necesarias para vivir como se desea, pero responsablemente), y que es ciertamente tardía en las legislaciones, debe atribuirse en una amplia medida a Kant, (Hattenhauer, 1987). Ahora bien, los escasos párrafos que Kant dedica a la declaración de voluntad y al contrato son, sin embargo, suficientes para despertar

•El medioevo y la así llamada querrela de las investiduras•

la curiosidad de cualquier abogado. *La metafísica de las costumbres* de Kant es, pues, un libro que cada jurista debería leer, por supuesto, para asimilarlo y posteriormente para “razonablemente criticar” (Kant, 1993).

El filósofo Hegel y los juristas Savigny, Puchta, Ihering y Hugo van a poner mientes en la conexidad innegable que existía entre la filosofía y el derecho, para propugnar por una forma de raciocinio cualificado en el que la autonomía del individuo ha de entenderse en el marco de la sociedad, su tiempo y sus vicisitudes. *Zeitgeist*, famoso concepto hegeliano que significa el “espíritu de la época”, va a permitir diferenciar las medidas de un legislador en Suecia en el siglo XVI a un legislador de Ciudad de México en el siglo XXI: *Guten Sitten* (“buena moral”). Las buenas costumbres varían de sociedad a sociedad y de tiempo en tiempo. Cabe destacar, por supuesto, las *Lecciones sobre la filosofía de la historia universal* de Hegel, en el que metódicamente se plasma la evidenciación de lo que recién se ha anotado (Hegel, 1994).

Pero para cuando los juiciosos juristas recién mencionados, fieles epígonos de Kant y Hegel, despliegan su arsenal ideológico y pragmático (inicios y mitad del siglo XIX), podría decirse que todo el caldo de cultivo para una proyección del negocio jurídico, como fenómeno ya no coyuntural que modifica Occidente, estaba a punto.

Precisamente, el Código de Napoléon que influyó las legislaciones civiles de países como Colombia, fue pensado a partir de los paradigmas racionalistas, liberales clásicos e individualistas del enciclopedismo y de la Revolución Francesa: es ese marco filosófico político en el cual se otorga al ciudadano la investidura de veedor y legitimador de la vida en sociedad y de las diferentes instituciones del Estado —con un claro velo del *mos gallicus*, que como crisol releía desde el temprano siglo XIII el *Corpus Iuris Civilis* y que decidió fundamentalmente organizar el *Code* de similar manera a como Gayo confeccionó sus *Instituciones*—, en ese panorama filosófico que permeó las regulaciones civiles, se plantea a la sociedad actualmente regulada como el producto artificioso del “contrato social”, en donde los ciudadanos ceden algunas de sus libertades a un “tercero imparcial” para que este a su vez garantice el ejercicio de las variadas libertades de los ciudadanos. El lenguaje, sin embargo, es equívoco y se ha de recurrir a la filigrana: una cosa es garantizar, otra simplemente reconocer. Esa diferenciación parece esencial para el marco de esta investigación, como ya se ha planteado líneas atrás.

Semejante clima filosófico-político lógicamente tenía que propiciar el máximo auge alcanzado por la *autonomía* ya no de la voluntad (concepto germano de la pandectística y la escuela histórica del derecho), sino de la *autonomía de voluntad privada* (acepción popularizada en Francia, con un claro influjo alemán, pero que remitía a otros institutos). Zimmermann y el mismo Ole Lando planteaban al respecto analogías interesantes, que por supuesto no implicaban discusiones bizantinas: ¿son lo mismo los mamíferos vertebrados que los vertebrados mamíferos?; qué fue primero, ¿la gallina o el huevo? (Zimmermann, 2010). El solapamiento de unos institutos en otros no parecía en sí ser problemático; pero el tema del simple “reconocimiento” y/o la “garantía” de la libertad e igualdad en una y otra concepción filosófica, y sobre todo de política legislativa, sí tiene una trascendencia fundamental en la historia del derecho occidental europeo.

En efecto, los autores del Código de Napoleón (Tronchet, Bigot de Prémeneu, Portalis y Malleville), sus intérpretes e imitadores extranjeros pusieron especial empeño en *garantizar* hasta donde les fue posible la libertad (que consideraron suficiente y adecuada) en las transacciones particulares y, en general, en todos los actos jurídicos de contenido patrimonial, *a través de la ley*, respecto de los cuales las normas jurídicas deberían desempeñar un papel meramente pasivo, supletorio y articulador, por supuesto solo en ausencia de manifestación expresa de las partes: deberían limitarse pues a verificar la existencia de tales actos, a interpretar la voluntad de los agentes cuando fuera oscura o dudosa, y a sancionar coercitivamente su incumplimiento. Aun en la ordenación en las relaciones jurídicas extrapatrimoniales, como las atinentes al estado civil de las personas y a la familia, la voluntad privada alcanzó influencia notable, como puede verificarse, por ejemplo, en punto de la elección de la nacionalidad y del domicilio civil, y en materia del reconocimiento de hijos o incluso de la adopción.

El carácter supletorio de la ley civil concitaba reflexiones contradictorias: si las partes eran libres, ¿por qué presuponer lo que habrían de decir en caso de su silencio? Si lo único que tenía que ser expresado eran los así llamados *essentialia negotii*, ¿de dónde surgía la necesidad de complementar la declaración? ¿Era la mera y pretendida inteligencia del contrato razón suficiente? Pero, peor aún: ¿si la mayoría de las normas del *Code* eran supletorias, su implementación judicial complementaria en la declaración de voluntad inacabada implicaba una norma unívoca —al parecer— que entonces para el caso específico se volvía

•El medioevo y la así llamada querella de las investiduras•

una ley, no solo para el juez, sino por supuesto para las partes; y en consecuencia, una forma de orden público *ex post facto* dentro de la declaración ahora completa? Si no era así, entonces parecería plausible que el juez complementara la declaración, no como el código prescribía, sino él dentro de su arbitrio judicial, dentro de su margen de discrecionalidad “como a bien tuviera” hacerlo; y entonces, en ese caso, el código y todas sus normas supletorias devendrían inanes. He ahí una de las muchas reflexiones ciertamente epistemológicas sobre la diferencia entre garantizar y reconocer (1618 a 1624 del C.C.; Geny, 1925).

Sin duda, el *Code* nació. Constituido por una inmensa mayoría de normas supletorias y algunas —ciertamente escasas— de orden público, pero paradójicamente bajo “*la exégesis*”: escuela que fue ponderada en el discurso de lanzamiento del *Code* —pronunciado por el mismísimo Napoleón—, a la vez que proscribía cualquier clase de interpretación diversa. A manera de paráfrasis de muchas críticas y caricaturescas comprensiones provenientes de toda Europa: *Si el juez solo era la boca de la ley —en el querer napoleónico—, podría bien contarse con su lengua siempre y oportunamente, pero nunca con su enjundia.*

5b. ¿Soberanía, orden público, autonomía... o viceversa?

La corriente jurídica hegemónica planteó que el orden público “l’ordre public” es la piedra angular del derecho, máxime cuando su objetivo es la consolidación de la convivencia pacífica de la sociedad. Esa pretensión encontraba un límite: la lógica aristotélica subsuntiva, el modo *ponendo ponens* transfundía la única forma constructiva de la norma típicamente jurídica. Si todos los hombres mueren y ha de adjudicarse la categoría de hombre a Aristóteles, evidente es que él también va a morir. Sin embargo, la incorporación del constructo a las ciencias sociales sufre aparatosos devenires: si al homicida hay que castigarlo, la adjudicación del título de homicida a algún particular debería estar previamente garantizada por una serie de rituales que permitieran aseverar —sin lugar a cualquier mínima duda— que efectivamente el particular sí debería merecer el respectivo castigo, por supuesto, porque había cometido el crimen.

El inconformismo fundamental de muchos en el siglo XIX giraba en torno a varios puntos, así: (a) el castigo podría ser variado (era por naturaleza variable, en la positiva aproximación de la técnica y la superación legislativa). Larenz y Canaris

desarrollaron a lo mejor la más precisa descripción de la construcción de la norma jurídica, no solo desde un punto de vista técnico, lógico, político, sino además histórico (*Die Lehre vom Rechtssatz*) (Larenz y Canaris, 1995). Pero, además, (b) la construcción de la premisa menor (jurídica), esto es, la verificación subsuntiva, estaba sujeta a no pocas vicisitudes que conducían o podrían conducir a yerros indeseados; la técnica del proceso genera toda una discusión que reconduce a la elaboración de otro código incluso más pétreo que el civil: las normas de actuar judicial o los códigos de procedimiento. Absolver al culpable o condenar al inocente se vuelve la obsesión epistemológica, pero también empírica de los teóricos del derecho, que devienen en una nueva categoría de juristas: los procesalistas. Nuevamente, también de manera epistemológica que ronda muy próxima a la teoría de la declaración de voluntad, Larenz y Canaris desarrollan (sintetizan un desarrollo de más de trescientos años), la teoría de *Die Bildung un rechtliche Beurteilung des Sachverhalts*: la conformación y el juicio (probatorio) y jurídico del estado de cosas (que ha de subsumirse en la norma correspondiente). Hispanoamérica nunca valora debidamente las dos anteriores perspectivas, que, por supuesto, continúan siendo un tema de investigación abierta en esas latitudes (Larenz y Canaris, 1995).

A la vera de esas cavilaciones y avances (o retrocesos: no se olvide el oscuro manto de duda que se cierne aún hoy sobre la principal de todas las jurisdicciones medievales: la Inquisición, y que en todo caso fue el principal antecedente de las pretensiones regulatorias procesales), implantar coercitivamente el *orden*, *la salud* y el *bien común* en la vida colectiva de los hombres pareció perder su esencia, si no se olvida lo dificultoso del medio (el proceso) para llegar al fin (la adjudicación de derechos) (Cappelletti, 1974).

Tales observaciones, entre muchas otras, empujaron al legislador a reivindicar la forma de organización creadora del derecho romano para otorgar un amplísimo margen configurativo al individuo, teniendo como rasero los imperativos categóricos del individuo (mejor aún, de su ser y su evolución temporal), pero siempre en una simbiosis, que en general se gobierna (a) por el orden público en cuanto al reconocimiento de los elementos típicos y (b) por la garantía de la autonomía para el efecto jurídico (la complementación de las declaraciones por medio de las normas supletorias del ordenamiento era una percepción de *ultima ratio*, pues la autonomía habría de prevalecer) en general. Así: la regulación de su nacimiento (siempre desde el orden público: ¿qué requisitos —inmodificables— se exigían para que el

•El medioevo y la así llamada querella de las investiduras•

nacido fuera persona?), su capacidad de engendrar hijos (la pubertad como elemento típico, regido por una edad y, por ende, por el orden público y su efecto jurídico, la capacidad relativa: siempre y cuando los negocios jurídicos celebrados por el menor adulto se conminaran a las autorizaciones y formalidades impuestas, debería entonces el Estado reconocerles validez), la mayoría de edad (orden público) y la consolidación en el sujeto de la plena capacidad (de goce, de la que gozaba desde su nacimiento y la capacidad negocial, que le permitía contratar pues libremente); y el efecto jurídico que básicamente se mediaba por su relación con los bienes, las cosas, los créditos, los derechos intelectuales y los derechos universales: en general, el reconocimiento estatal a la intencionalidad del sujeto para acrecentar y modificar su patrimonio; la constitución de una familia y su régimen patrimonial, pero sobre todo el cuidado y la formación de los hijos mutuos y de toda otra categoría. Por último, el régimen sucesoral y testamentario: tanto la familia como el derecho *mortis causa* estaban gobernados mayoritariamente por normas de orden público.

Hasta este momento, podrían ponderarse muchas razones para evitar inmiscuir al Estado en la esfera de disposición del individuo. Acentuar los tropiezos procesales aquí es solo una forma de lectura que, no por necesaria, es (o puede ser) la única. Para la corriente racionalista descrita, el derecho y su noción central, el orden público, se constituyen en garantía negativa de las libertades reconocidas en favor de los individuos (Ripert, 2016). Es así como, ese imperativo categórico racionalista no regula el proceder particular de conformidad con el interés general, sino que más bien éste radica en la protección de la libertad del individuo. Bajo esta égida, el concepto de orden público se edifica como una barrera que el Estado utiliza para intervenir en las disputas entre particulares que se originen en el ejercicio de sus derechos y libertades, para efecto de plantear un orden legal mínimo.

6. *L'ordre public*

El orden público en un Estado social corresponde —desde esa perspectiva francesa— a la tranquilidad, la seguridad y la salubridad públicas. Cabe anotar que esa es la idea que se importó del cuerpo normativo napoleónico al Código Civil de Bello. Mientras que en la perspectiva alemana, el orden público se subordinaba a unas concepciones filosóficas postuladas desde la Constitución; así, no podría

corresponder a un Estado socialista el mismo orden público de un Estado puramente capitalista o confesional.

Mientras que existe el *orden público* entendido como una norma de carácter imperativo que no puede derogarse por convenios particulares, otra clase de orden público específico o determinado debería proteger a sujetos determinados, como al empleado frente al empleador o, contemporáneamente, al consumidor frente a la empresa.

El legislador, y únicamente él, en cuanto tuviese un origen democrático y fuese, por tanto, el representante del pueblo en la gestión del Estado, estaría facultado para *determinar el contenido del orden público*, mediante el repertorio preciso de leyes imperativas y prohibitivas, de obligatoria observancia por los ciudadanos y también por los otros órganos del poder público, gobernantes y jueces. Percepción esta —como se ha venido acotando— ciertamente criticada aún hoy en Alemania (Wesel, 2010).

Como límite a la autonomía de la voluntad privada, vale decir, a la expresión normal de ella, que son los actos o negocios jurídicos, y a su coordinación con el precitado concepto del orden público, las consecuencias son claras y precisas. Si la voluntad de los individuos ha sido la causa eficiente de la vida social y de todas sus instituciones, dicha voluntad es en sí misma la *suprema fuente* de todos los efectos jurídicos. Aun la propia ley tiene que buscar, en último término, el fundamento de su validez normativa en el consenso que le prestan los individuos, quienes se han resignado a restringir parcialmente sus libertades innatas, al autorizar al legislador —como su representante— a dictar ciertas normas obligatorias para todos, porque se considera que el cumplimiento de estas favorece el igual ejercicio de tales libertades. Entonces, con mayor razón, la eficacia de los actos jurídicos privados deriva *directamente* de la voluntad de los agentes, a quienes corresponde, por derecho propio y según su mejor conveniencia, organizar sus relaciones, determinar la naturaleza y alcance de ellas y estipular sus condiciones y modalidades. Por tanto, llegado el caso de aplicar un acto jurídico, el intérprete debe consultar ante todo la real intención de sus autores, pues esta intención o voluntad es la *fuerza creadora* de cualquier efecto que tal acto haya de producir (Ospina, 2014).

Y ante la voluntad privada, así concebida como la fuente autónoma y suprema de los efectos jurídicos, el legislador solamente tiene una misión tutelar de ella. El poder activo del derecho y la subordinación de los individuos y de sus actividades a los dictados de un orden público, que ya no se reduce a la simple protección negativa de aquellos, sino que debe ante todo imponer el imperio de los principios superiores que integran la vida social y de cuya observancia depende su conservación, ha determinado la aparición de una copiosa legislación de carácter imperativo, que, al restringir el ámbito de las libertades privadas, en general, disminuye las posibilidades que la autonomía de la voluntad privada ofrece al individuo para diseñar aisladamente sus relaciones sociales mediante la emisión de negocios jurídicos (Ospina, 2014).

Las complejísimas conmociones sociales registradas principalmente en el siglo XX y en lo que va corrido del presente, y cuya causa primordial o, al menos, una causa muy influyente, ha sido el tránsito acelerado de la economía feudal y artesanal hacia la era de la industrialización, la perspectiva de empresa, la globalización y la digitalización de la vida del ser humano, han determinado también la necesidad de que el Estado intervenga intensamente en la propia órbita de la autonomía de la voluntad privada, en detrimento de la libertad antes reconocida generosamente a los particulares para prefigurar a su arbitrio la naturaleza, el alcance, las condiciones y las modalidades de los negocios jurídicos y de los efectos que estos se encuentran llamados a producir. Esta intervención estatal se encuentra fundada en principios morales o de justicia, y también en hechos económicos considerados (Ospina, 2008).

El epílogo técnico de la concepción del orden público en la posmodernidad globalizada vuelve a remitirse en normativas, como el Tratado de Lisboa o incluso en las concepciones filosóficas más contemporáneas, al derecho germano. Las normas siempre tienen como titular del derecho a un sujeto, como destinatario a otro. Las de orden público generalmente están dirigidas al funcionario público: legislador, administrador, juez (por ejemplo: se limitarán los intereses excesivos a la tasa máxima legal vigente.) Las supletorias brindan una perspectiva regulatoria convencional, que brinda simplemente una solución para las partes del negocio, quienes, por ende, pueden ser titulares o destinatarios (por ejemplo: en ausencia

de convención, el pago se realizará o en el lugar donde se encuentre la cosa debida o en el domicilio del deudor). Una perspectiva que, por supuesto, yace —de nuevo, aún— como un campo inexplorado en estas latitudes. Giorgio del Vecchio ya avizoraba reflexiones al respecto en su obra (Larenz y Canaris, 1995; Del Vecchio, 1963).

7. Renovación jurídica francesa

De acuerdo con los cánones establecidos, François Géný desempeña un papel protagónico y fundante en esta dinámica: la superación de la escuela de la exégesis y el paso mesurado, pero firme, a una interpretación histórica, teleológica, pero también sociológica del derecho. Sin embargo, cabe anotar que ya la escuela histórica del derecho y el derecho de pandectas había diseñado para mitades del siglo XIX toda una estructura interpretativa de la ley, que luego es acogida por Francia. En efecto, la interpretación sistemática, histórica y teleológica de la ley (del derecho) ya eran un canon discursivo establecido (*Die Auslegung der Gesetze und des Rechts*) en Prusia y Baviera, no para cuando Geny postula su teoría, sino incluso ya para cuando se expide el *Code* de Napoleón (Larenz y Canaris, 1995). Dentro de los institutos contenidos en el primer fenómeno referido en el párrafo inmediatamente anterior, entre muchos otros, puede contarse la responsabilidad civil tanto aquiliana como contractual, y que devino en su objetivación y en la disminución de las cargas probatorias para la víctima del daño, así como las teorías del riesgo creado y de la posición de garante, la equidad como fuente de la responsabilidad y varias otras causales de menor importancia, que tampoco hicieron tránsito a consolidarse.

Por su parte, la teoría de la imprevisión, retomada de alguna glosa no muy clara, generó una gran influencia y propugnó, en el periodo entreguerras, para que, en los contratos de ejecución continuada, la vinculación perdurara hasta que las circunstancias —no regladas, dentro del contrato, pero que eran fundantes de este— se modificaran de manera extraordinaria, imprevista e imprevisible, y de una manera tan radical que el cumplimiento del contrato, tal cual se había diseñado originalmente, llevara a la ruina del deudor (Meyer Pritzel, 2011). La relectura francesa de institutos como el abuso del derecho —que, entre otras

cosas, pretendía unificar bajo una sola percepción de *analogía legis*, casuísticas enumeradas de manera desordenada por los códigos decimonónicos— postulado por el parágrafo 226 del BGB expedido en 1900 y el enriquecimiento sin justa causa prescrito por el parágrafo 812 del mismo ordenamiento, hicieron una exitosa carrera en la historia del derecho contractual latinoamericano.

1. Las delirantes inquietudes de finales del siglo XX. Los retraídos prolegómenos del siglo XXI

Actualmente, el derecho privado se ha sumergido en una gran complejidad que generó la necesidad de unificar reglas y criterios jurídicos para facilitar el tránsito de bienes, mercancías y servicios en una sociedad globalizada. Es así como intentos por la unificación del derecho privado europeo de contratos desde las comisiones como la Lando, el Grupo Gandolfi, la comisión Catala, el DCFR (*Principios, definiciones y reglas de un derecho civil europeo: el marco común de referencia* [DCFR]); así como todos los esfuerzos de Naciones Unidas y Unidroit, los institutos de Pavia y del Max Planck para la unificación del derecho privado manifiestan sus preocupaciones, más legítimas unas que otras, respecto a la fenomenología descrita.

En efecto, mientras que parece indiscutible la certeza de la importancia de proteger al consumidor inmerso en un complejísimo mercado transfronterizo, transnacional, digital y electrónico (por ejemplo, el europeo, de más de trescientos cincuenta millones de personas), cada vez más interactivo y robotizado, se denota algún deseo soterrado —y, por supuesto, criticable— de subordinar el sistema jurídico a la visión económica y empresarial del mundo globalizado, lo cual no puede siempre leerse como una buena intención, entre otras si no se olvida la imperiosa necesidad de leer los constructos legislativos nacionales privados

del siglo XIX desde las constituciones posmodernistas o, si se quiere, desde el neoconstitucionalismo garantista de los derechos fundamentales.

El sistema jurídico privatista, en especial el derecho de contratos, durante el siglo XX, en el marco continental europeo y latinoamericano —podría decirse, *grosso modo*— gravitó en torno a dos fenómenos principales: (a) la influencia de la renovación francesa de finales de la década de 1920 y que quiso dinamizar varios institutos que cobraron una importancia inusitada, en virtud de la misma fenomenología de la economía de mercado, y (b) la articulación del derecho privado con el derecho constitucional, propiciada fundamentalmente por la expedición de la Ley Fundamental de Bonn de 1949, que incorporó principios de orden constitucional al sistema normativo continental, representados por los derechos fundamentales y un instrumentario constitucional operativo que vinculaba al juez constitucional y privado en términos de razonabilidad (Alexy, 2007).

2. Los fallos visionarios del neoconstitucionalismo de la Alemania de posguerra

Al primer punto recién nos hemos referido. Ahora bien, en su momento, fue nuevamente la dogmática alemana y sucesos precisos, como la sentencia Lüth, la sentencia del jinete o la sentencia de publicación de cartas (Castro, 2012), así como otros desarrollos y eventos ulteriores de carácter jurisprudencial o dogmático, los que por primera vez trataron de leer todo el ordenamiento privado desde la *arquitectura constitucional*, entendida como los principios apuntalados en la Ley Fundamental de Bonn de 1949 y los derechos fundamentales, junto con sus respectivas dogmáticas. Puntuales desarrollos que tocaron, por un lado, la dignidad de la persona —intangible en ese ordenamiento— y, por el otro, los límites políticos de las declaraciones de voluntad. El efecto de irradiación de los derechos fundamentales sobre todos los eventos jurídicos y de las comprensiones dignificantes del sujeto, que todos los jueces tenían que ver, tener en cuenta y analizar, así como el imperio supremo de los preceptos constitucionales, fueron entonces objeto de un azuzado debate, no solo en Alemania, sino en todos los países que —contando con tribunales constitucionales de posguerra—, como Italia y España, copiaron las cavilaciones germanas (Larenz y Canaris, 1995).

LA DIFUMINACIÓN DEL DERECHO PRIVADO MODERNO: EL CONTRATO EN LA MODERNIDAD TARDÍA Y SU CONSTITUCIONALIZACIÓN

1. El rápido avance del siglo XX

Justamente en el contexto de modernización de las técnicas y tecnologías de las formas de intercambio de bienes y comercio, junto con los sorprendentes avances en materia de intercambio de información y comunicación, cabe preguntarse cómo articular y regular estas realidades que emergen en el derecho privado, en especial en los negocios jurídicos en estricto rigor, con el marco del derecho constitucional (Hobsbawm, 1998).

El corto siglo XX se enmarca, en perspectiva de los más juiciosos historiadores, por la hecatombe del estallido de la Primera Guerra Mundial en 1914 y finaliza con la caída del Muro de Berlín: un siglo revolucionario, pero de revoluciones frustradas, lo llamaré Hobsbawm, no sin muchas razones de peso. Por algo ha sido clasificado por muchos como el mejor historiador de Occidente.

En ese contexto, y por efecto, algún límite y algún criterio nos deben aportar la protección de derechos fundamentales, económicos, sociales y culturales, principios constitucionales, protección de sujetos colectivos de derechos y protección del ambiente, a la continuamente cambiante expresión de los negocios jurídicos.

2. ¿Pirámide normativa o campos jurídicos?

Sobre este particular, hay que preguntarse cuál área del derecho influencia a cual, ¿debe el derecho privado actual permearse por los contenidos del derecho constitucional? ¿Efectivamente incorpora sus postulados y disposiciones en sus regulaciones y prácticas concretas? ¿El derecho privado ha permeado de alguna manera el derecho constitucional?

Ante estas preguntas, es claro que cada especialista del derecho defenderá la tesis de que su área es la de mayor trascendencia histórica y social. Algunos dirán, con razón suficiente, que el derecho constitucional es toda una estructura orgánica y dogmática para proteger al ciudadano del Estado y luego de sus propios conciudadanos y demás particulares (Rüthers y Fischer, 2018). Por su parte, los juristas civilistas argumentarán que sus regulaciones son inherentes a la humanidad, debido a que independientemente de los elaborados razonamientos modernos acerca de controlar el poder público, fue necesario establecer regulaciones que atienden con oportunidad las necesidades cotidianas del día a día de la vida de las personas en comunidad (Rüthers y Fischer, 2018; Betti, 2000; Cariotta, 2019), y particularmente en el marco de sociedades con solidaridad dinámica, como lo afirma Durkheim. Tanto así que sus regulaciones, al contener un componente religioso, moral o ético, de acuerdo con las concepciones de cada realidad social, protegían a las personas en el ámbito de un patrón más o menos elaborado de justicia.

En efecto, como lo hemos tratado de poner de presente de manera narrativa, el derecho civil fue simultáneo al desarrollo de la humanidad, tanto así que los cuestionamientos de cada época tuvieron repercusión en las normas del derecho privado; así, la *Lex Poetelia Papiria* fue el resultado de reflexiones acerca de la naturaleza, si bien no de la persona humana, lo cual es un término moderno y propio de los desarrollos del discurso de los Derechos Humanos, sí del ciudadano libre romano, cuya persona y corporeidad no se podría utilizar como último recurso en caso de no pago de deudas civiles, ni tampoco la personalidad de su cónyuge o hijos (Wesel, 2010; Harke, 2016). “No habrá prisión por deudas” se convirtió más que en una regla de derecho positivo, en un principio general del derecho, fuente suficiente para marcar una transformación en el pensamiento de la humanidad, a partir de una regulación concreta de los vínculos jurídicos entre

particulares, tanto así que las propias constituciones modernas, y el neoconstitucionalismo, lo acogen expresamente y lo articulan con sus comprensiones acerca de la dignidad humana.

Es así, entonces, como esta discusión no es certera en definir qué área del derecho permea cual, nuestra posición es abogar por una articulación de ambas áreas, conscientes de sus potencialidades y desarrollos (Castro y Rodríguez, 2017). Así, el derecho privado, con fundamento en su experiencia regulando la cotidianidad de la humanidad a través de miles de años, es útil y pertinente para otorgarle al derecho constitucional algunos elementos y criterios de justicia, y si se quiere, de derechos, acerca de la concepción de la personalidad, sus facultades (derechos subjetivos) y límites de las relaciones particulares. De similar manera, el derecho (neo)constitucional, sus contenidos y dogmática, permiten leer las relaciones entre particulares de forma idónea y con fundamento en los derechos de las personas, los sujetos de especial protección constitucional, los pueblos, y en una línea aún más elaborada y vanguardista, los derechos de la naturaleza.

Como se viene afirmando, el derecho constitucional moderno y las corrientes neoconstitucionales han significado una evolución jurídica tal que persigue materializar los fines del Estado (art. 4 de la C. P.), mediante el reconocimiento de derechos y situaciones jurídicas a los administrados. En efecto, las constituciones permeadas por el neoconstitucionalismo se fundamentan en la concepción de un Estado activo e interventor en las relaciones entre sus ciudadanos y el Estado y sus ciudadanos entre sí, de tal manera que su intervención provea de mayor igualdad, justicia y condiciones que les permitan alcanzar estándares de calidad de vida que dignifiquen su ser (Fioravanti, 2014; Arango, 2001). Es así como los Estados modernos no solamente son un tercero imparcial que respeta libertades y no interviene en el goce de estas por parte de sus ciudadanos, sino que también debe tener una relación activa con ellos para garantizar el goce de varios de sus derechos y equilibrar las relaciones desiguales, tanto en sociedades complejas como en aquellas no complejas, como lo afirma Arango (2012).

Para restablecer o propugnar por un razonable equilibrio en las relaciones humanas, el Estado debe intervenir para evitar la explotación del hombre por el hombre; por ello se establece una regulación de las relaciones laborales, pues dada la material diferencia económica, y de poder, entre el empleador y el trabajador, su no intervención puede derivar en la imposición arbitraria de la voluntad

del poderoso sobre el débil. Igualmente, el derecho penal reconoce que la facultad punitiva del Estado puede ser una relación desigual entre el juzgador y el juzgado, razón por la cual deben otorgarse ciertas prerrogativas en favor de este último para no ser lesionado excesivamente por el poderoso; en ese caso, el Estado.

En el mismo sentido, el Estado reconoce las posibles desigualdades en las relaciones civiles, aparentemente regidas por el principio de igualdad. Hay que advertir que esta igualdad es meramente formal, y con el aumento de la sociedad de consumo de bienes y servicios, el productor, marca, proveedor o empresa asociado con distribución de estos generalmente es toda una estructura económicamente poderosa, cuya relación con el consumidor, un ciudadano cotidiano, es tan desigual que puede generar arbitrariedades. Para prever y regular estas situaciones existe actualmente el derecho del consumo, pero incluso se puede realizar un estudio histórico del derecho privado y se puede encontrar que el propio Código Civil de Andrés Bello, en su artículo 1624, entre muchísimas otras normas a lo largo de ese cuerpo normativo, consagra el principio *in dubio pro debitoris* en aquellas relaciones civiles cuyas cláusulas contractuales sean confusas.

En su momento, Duguit, Betti o Valencia Zea, o autores incluso de otras visiones políticas como Diez Picaso o Pérez Vives, en nuestro país, retomaron el viejo brocardo romano, según el cual toda la legislación civil —*el ius civile*— estaba subordinada en un momento del bajo imperio al *ius imperialis* y debía interpretarse a favor de dos sujetos: el poseedor y el deudor. Es así como vemos que ninguna rama del derecho es ajena a los postulados de libertad, igualdad y justicia de las constituciones modernas; incluso sus regulaciones son anteriores a los elaborados desarrollos del constitucionalismo, y por ello es viable promover la efectiva articulación de las dos especialidades del derecho, como en efecto lo evidencian la jurisprudencia alemana o italiana.

El derecho constitucional no solo es patente en caso de vulneración directa a los derechos fundamentales consagrados en la Constitución por omisiones o actuaciones propias e imputables a sus agentes; el derecho constitucional también debe propender porque las inspiraciones constitucionales permeen toda relación civil y contractual, la interacción es en dos sentidos y así debería entenderse. ¿Se pueden violar derechos fundamentales en un contrato? ¿Por qué razón en Colombia no son indemnizables los derechos fundamentales? A lo sumo, ¿por qué su indemnidad jurisdiccional resulta tan aparatosa? (Mosset, 2011).

3. Sobre algunas tareas del Estado

Como se indicó, el neoconstitucionalismo se caracteriza por la obligación positiva del Estado de reconocer, respetar, garantizar y, sobre todo, proteger los derechos fundamentales, los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) de los asociados. Y justamente para efecto de esa protección se requiere un elemento fundamental aportado por las corrientes del neoconstitucionalismo; a saber: las herramientas, acciones e instrumentos jurisdiccionales para que el ciudadano exija del Estado respecto de este o respecto de particulares la protección, restablecimiento o reparación de sus derechos en peligro de ser vulnerados o efectivamente violados.

Es importante detenerse en este punto de las acciones y recursos jurisdiccionales que las personas están en facultad de ejercer para proteger sus derechos. Estas acciones, en principio, son propiamente constitucionales, pero eso no significa que solo las acciones constitucionales y solo los jueces constitucionales sean los llamados a proteger los derechos fundamentales en el ámbito del derecho en general y del derecho privado (Guastini, 2003). En este sentido, las acciones de la justicia ordinaria también deben incorporar los postulados constitucionales, no solo de manera formal, sino material; es así como en el marco de los procesos jurisdiccionales ordinarios también se puede, y se deben, identificar posibles vulneraciones de derechos fundamentales y proceder a su protección inmediata y eficaz de ser necesario. Justamente esta argumentación inspiró la fórmula de nuestro ordenamiento jurídico mediante la cual “todos los jueces son constitucionales”, lo cual indica no solo que todos los jueces deben conocer de acciones de tutela, sino, también, que en sus procesos civiles, penales, laborales, administrativos debe aplicar efectivamente la Constitución y los derechos de las personas, no pudiendo así el juez colombiano sufrir de una especie de “síndrome de personalidad múltiple”, siendo un juez para fallar tutelas y siendo otro totalmente diferente para fallar sus casos ordinarios (Castro, 2011).

4. ¿Del civil al constitucional?

La dogmática del derecho constitucional, a partir del neoconstitucionalismo, ha evolucionado hasta el punto de establecer herramientas para que el juez constitucional pueda interpretar, abordar y argumentar la resolución de casos concretos en

los cuales se presente vulneración de derechos fundamentales o en casos difíciles en los cuales se presenten colisiones entre derechos o principios fundamentales.

Un ejemplo de este instrumentario constitucional es, por supuesto, el principio de proporcionalidad, que consiste básicamente en aplicar criterios al choque existente entre dos principios o derechos de orden constitucional y fundamental. Los tres estadios que definen el principio de proporcionalidad son: (a) la definición de los medios que se van a utilizar para lograr el fin deseado; (b) motivar constitucionalmente la necesidad de dichos medios, es decir, argumentar que no existe otro medio idóneo para lograr el objetivo deseado; (3) hacer un examen de proporcionalidad, en otras palabras, determinar de forma directa si la aplicación de los medios para lograr el fin deseado vulnera la aplicación de otras máximas constitucionales que se entiendan como superiores; si la respuesta es afirmativa, la medida no será proporcional, en caso contrario, cumplirá con el principio en cuestión.

5. ¿Pondera la historia una proporcionalidad civil?

El principio de proporcionalidad fue formulado de semejante “lúcida manera” por primera vez por los jueces administrativos prusianos para la segunda mitad del siglo XIX, y una anotación interesante aquí, para la investigación, gravita en que su concepción simplemente se midió como la abstracción de una serie de medidas restrictivas a la libertad (negocial) que estaban contenidas ya en la legislación civil local, ya en el derecho común, ora en formas mercantiles de obrar que restringían la autonomía. Así, puntuales figuras como (a) la lesión enorme, (b) la solemnidad legal obligatoria o (c) la simulación eran, en su momento, especificaciones de un principio general solo abstraído, como tal, en la oportunidad histórica y jurisdiccional que se refiere, pero que devenían claras del derecho civil.

Así, desde Roma se es libre de vender y comprar (aunque la lesión podía ocurrir en otra serie de eventos, como la cláusula penal o la petición de herencia), pero nunca por más del doble o por menos de la mitad del *justiprecio* tasado por un perito. La imposición se derivó de dos principios: de la justicia y de la equidad. Esa limitación era: (a) necesaria, pues, por supuesto estaba implicando una restricción a la libertad negocial, pero ella impedía el empobrecimiento o enriquecimiento de quien quería aprovecharse del otro contratante, máxime cuando

el rasero de las negociaciones, en determinado periodo histórico de Roma, era la simple especulación. Asimismo, era (b) apropiada, por cuanto era la única forma de restringir el empobrecimiento o el enriquecimiento desmesurados sin razón (nótese cómo, en un indicio de buen obrar, las razones que se ofrecían para responder estas dos exigencias —se deben ofrecer— siempre yacían por fuera de consideraciones puramente jurídicas), y también, por supuesto, la medida era totalmente (c) proporcional, por cuanto, además de que se imponía a través de una ley general y abstracta, buscaba impedir el empobrecimiento de quien vendía sin atender a una razonabilidad, a una proporcionalidad correlativa de precio y cosa; y a una contraequivalencia económica.

Incluso si se le mira con la suficiente sutileza, el instituto de la lesión enorme permite un altísimo grado de libertad, pues “más del doble o menos de la mitad” es una concepción prosódica de por sí, altamente flexible. A su turno, esas proporciones no están implicando que aproximarse a ellas sin violarlas no sea injusto o inequitativo, pero al final, la restricción debería ser formulada de alguna forma, que además comportara la prevención del empobrecimiento, pero también del enriquecimiento y la oportunidad de provecho malintencionado que podían acompañar a quien obtenía el asentimiento del desinformado o inadvertido. Las exposiciones que abogaban por lo intrusivo de tales disposiciones, además de imprecisas, adolecían de falta de conocimiento de la historia, pero además pasaron a la recordación como una pretensión de justificación del abuso (Bentham, 2009).

La importancia de que las razones que se ofrecían para determinar la necesidad y la apropiación de la medida restrictiva se ubicaran por fuera de una discusión jurídica obedecen a que la proporcionalidad siempre se intuyó como una forma de raciocinio general, más próximo a las reglas de la experiencia y a la perspicacia misma del obrar no solo judicial, sino a un rasero pragmático aplicado por el *bonus pater familias*, en su momento por el prudente hombre de negocios; y por lo mismo, si bien siempre debía obrarse de buena fe y exenta de culpa, no era menos imperioso que no debería propiciarse que la autonomía sirviese para abrigar la injusticia. Así, el actuar del hombre recto debería ser de buena fe, exento de culpa, pero también honradamente proporcionado. Lo propio era menester exigir del actuar del Estado.

El Tribunal Constitucional Federal Alemán rescató esta forma argumental en la década de los años cincuenta del siglo XX; pero en realidad, muy pocos

conocen su origen (Rüthers y Fischer, 2018). Similares exámenes pueden desarrollarse al analizar las solemnidades impuestas legalmente para cierto tipo de negocios y a las sanciones en contra del acto simulado, como límites a la libertad o autonomía privada.

6. ¿Igualdad civil?

De similar manera, el denominado test de igualdad es una metodología que hace parte de los instrumentos del juez constitucional para abordar los acontecimientos jurídicamente relevantes que sean de su competencia y tomar una decisión jurídicamente aceptable y ojalá constitucionalmente fundamentada hacia la protección de los derechos fundamentales en los análisis concretos. En este orden de ideas, para nuestra Corte Constitucional “El test integrado de igualdad permite evaluar las medidas que son acusadas de contrariar el principio de igualdad”.

Afirma la Corte, en Sentencia C220 de 2017, que el test de igualdad:

[S]e caracteriza porque se desarrolla mediante tres niveles de intensidad. En el primero de ellos, que constituye la regla general, se aplica un control débil o flexible, en el cual el estudio se limita a determinar si la medida adoptada por el legislador es potencialmente adecuada o idónea para alcanzar un fin que no se encuentra prohibido por la Constitución. El segundo nivel de intensidad conlleva a un juicio intermedio que se aplica a escenarios en los que la autoridad ha adoptado medidas de diferenciación positiva o de acciones afirmativas. En este análisis el examen consiste en determinar que el sacrificio de parte de la población resulte proporcional al beneficio esperado por la medida frente al grupo que se pretende promover. Finalmente, el nivel de mayor intensidad se realiza a través de un examen estricto que corresponde a las situaciones en las que el legislador, al establecer un trato discriminatorio, parte de categorías sospechosas, como la raza, la orientación sexual o la filiación política. En tal caso, el legislador debe perseguir un fin imperioso, y la medida debe mostrarse como la única adecuada para lograrlo. (Párr. 4.14)

El instrumentario constitucional referido se concreta en el devenir del derecho privado, en caso de colisiones de derechos y principios constitucionales típicamente relacionados con las materias de regulación del derecho privado, y cuyos desafíos permiten utilizar las metodologías referidas del instrumentario para responder a las necesidades de regulación, limitar o advertir regulaciones inadecuadas constitucionalmente, y además, la decisión de casos difíciles.

El sistema contractual del “doble ciego” surge ya en el siglo XIX en la Europa nórdica, en especial en las grandes ciudades, donde la escasez, por ejemplo, de vivienda rentada, era ya un problema de consideraciones legislativas; y gravita en torno a la imposibilidad de contratación entre dos personas que abiertamente no pueden llegar —por sus convicciones religiosas o ideológicas— a ninguna clase de acuerdo, ni siquiera contractual (Oertmann, 1896). Popularizada en general en el siglo XX, la anonimidad contractual surge como forma de protección antidiscriminatoria y comportó que una inmobiliaria no expresara (obviara la necesidad de expresar) al viejo arrendador de un piso o departamento (supóngase judío), la identidad de su joven arrendatario estudiante (supóngase ateo radical), y viceversa: hoy en día es ello posible; pero en la Prusia decimonónica, son conocidas las discriminaciones en contra de los judíos por parte de los católicos o protestantes. Carlos Marx —es famoso el caso— tuvo en parte que abjurar de su judaísmo para, en principio, poder acceder a una universidad y también para, dado el caso, poder ejercer como abogado (Atalli, 2005). Los casos de imposibilidad (por discriminación) de encontrar vivienda para rentar o poder comprar alimentos llenan la literatura, no solo en lengua alemana, sino, también, en lengua inglesa y rusa del siglo XIX.

El hoy principio constitucional de no discriminación surge también desde un punto de vista contractualista. A lo sumo, el principio de discriminación positiva tiene un tinte similar, si no se olvida que el juez civil tiene el deber —derivado del principio de conservación del patrimonio del deudor—, durante el remate de bienes o diligencia del martillo, de vender —discriminar positivamente— a quien mejor postura haga por los bienes que concurren a extinguir la deuda. Así, la sanción en contra del deudor incumplido está claramente prevista por la legislación civil, pero la sanción ha de ser tan nimia como se lo permitan al rematante —en este caso, el juez— los que concurren a justipreciar los bienes embargados. Muchas otras especificaciones del principio pueden encontrarse a lo largo de la legislación civil; apenas se enuncian las más obvias. Recuérdese que en materia de servidumbres deberá escogerse el predio sirviente de paso que menos afectación sufra para comunicar al enclavado. Deberá escogerse a la familia adoptante que mejores condiciones brinde para el adoptado. Deberá demandarse en el domicilio más favorable para el demandado y deberá presumirse la capacidad,

frente a la incapacidad que debe ser acreditada en juicio, etc. (Carbonnier, 1955; Ripert, 2016).

Así, en esta ocasión nos referimos a la interpretación y argumentación constitucional concerniente al derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 16), el derecho de libertad de empresa (art. 333), la libertad de competencia y la iniciativa privada, ya que son los derechos que, fundamentalmente, se involucran generalmente en el devenir de los negocios jurídicos y cuya observancia constitucional es obligatoria para jueces, árbitros y los mismos particulares inmersos en cualquier clase de negocio jurídico o contratación. La separación de las dos normas la hemos criticado en otro aparte de nuestras investigaciones (Castro y Calonje, 2015).

7. Libertad de empresa, iniciativa privada, libre competencia, libre desarrollo de la personalidad

El principio que rige las relaciones entre particulares no será otro distinto que el de la autonomía de la voluntad, entendida como el autogobierno o la posibilidad de dirigir la propia conducta (Hinestrosa, 2015). Como quiera, la autonomía es la posibilidad que tiene el individuo de disponer particularmente de su patrimonio y sus actividades; un principio que permite disponer de la fuerza del trabajo para encaminarla a la satisfacción de intereses particulares, procurando la circulación propia del mercado y las situaciones normales de la vida. El concepto y la aproximación de la dogmática germana es, sin embargo, mucho más comprensivo: la libertad de obrar, de configurar (*gestalten*) y de proyectar (*entfalten*) la propia personalidad, se cierce casi derivado de la autonomía privada, por lo menos en el devenir histórico, la libertad contractual y la autonomía privada contenían lo que luego terminó siendo un principio más amplio y comprensivo; y que a la vera de los discursos jurídicos —sobre todo del derecho público— terminó absorbiendo a la autonomía privada, que entonces se circunscribió, únicamente, a la parafernalía patrimonial (Jarass, 2016).

Cuando los particulares, en ejercicio de ese principio, comienzan a crear situaciones jurídicas, están haciendo uso de su autogobierno y disponiendo particularmente de su poder de regular situaciones. De todas formas, en orden a proteger

la estructura social y el ordenamiento jurídico, sin ser un límite, la autonomía de la voluntad presenta una función social inherente a su estructura.

Como se ha mencionado, el desequilibrio social, las injusticias, las desigualdades y demás situaciones, promovieron la institucionalización de unos derechos inherentes a las personas y unos derechos progresivos que eventualmente redundarían en mejores condiciones económicas, sociales y culturales del sujeto. Fueron muchos los debates que se desarrollaron en torno al modelo de organización política, pero lo cierto es que la carga filosófica y política que se introdujo a los conceptos fundamentales resultó detonando en la construcción de una autonomía flexible, que se llenaba de contenido a la luz de la utilidad social.

Ahora el problema de la autonomía parecía ser otro: ¿cómo hacerla exigible y no dejarla en el tintero de los valores jurídicos? Ya sostenía Betti este problema, al insinuar que no se trata de definir el contrato, ni de determinar sus requisitos o efectos, sino que el problema dogmático del reconocimiento de la autonomía privada y de los límites que ella encuentra, y tal vez filosóficamente, está en su coercibilidad (Betti, 2000).

8. El voluntarismo

Para resolver el cuestionamiento planteado surgieron varias propuestas: una de ellas tiene que ver con el voluntarismo posterior al siglo XVI, que pregonaba en exceso el dogma de la voluntad; dicha postura, recogida por el derecho francés, reconoce una dicotomía entre la voluntad real y la declarada. Todos los ordenamientos de cuño continental europeo reconocen ya en su legislación, ya en su jurisprudencia, ora en su dogmática, la teoría de la reserva mental, únicamente para cercenarle cualquier clase de efecto jurídico.

Otra postura se relaciona con las crisis de la voluntad, pregonando por la intervención directa del Estado en la economía, al reconocer que la voluntad muchas veces parte de lógicas desiguales y de amplias diferencias en las condiciones. En la contemporaneidad, se ha reconocido la voluntad bajo ciertos deberes, como la corrección, la buena fe, la lealtad, entre otros; actualmente, hay posturas que tienden hacia las ideas libertarias de desregularización, al asumir que el Estado no tiene que tener ningún papel positivo en la voluntad de las personas (Hinestrosa, 2013).

9. ¿Voluntad presuntiva, como avance constitucional?

Independientemente de las elucubraciones teóricas y doctrinarias sobre la autonomía de la voluntad, sus atribuciones, efectos y límites, se debe observar cómo el derecho y los tribunales constitucionales —con clara influencia neoconstitucional— han regulado las tensiones alrededor de la voluntad, los negocios jurídicos y sus elementos. Lo anterior en observancia, por supuesto, de los derechos fundamentales que se encuentren relacionados en la situación concreta. Cabe anotar, sin embargo, que todas las teorías sobre la voluntad presunta o anticipada, la voluntad tácita o la voluntad no declarada por parte del sujeto en eventos como la eutanasia, el consentimiento informado médico, el aborto en desacuerdo de los dos padres o la circunstancialidad de la madre, la autonomía en el consumo de drogas incluso en espacios públicos, el porte de sustancias prohibidas, el ejercicio de la sexualidad por parte de menores de edad, la alteridad en el concepto clásico de la familia heterosexual, las decisiones del progenitor monoparental sobre la salud del menor y sus efectos patrimoniales o sociales, en uno y otro caso, han sufrido de una excesiva percepción teórica frente a las consideraciones específicas de cada uno de los casos; situación en la que el pragmatismo judicial anglosajón, alguna clase de ventaja considerativa le lleva al a veces anquilosado sistema probatorio continental nuestro, que además se ufana de hacer grandilocuentes exposiciones dogmáticas, muchas veces huecas o equívocas, como ha ocurrido en casos famosos de la jurisdicción nacional.

Pero, a partir pues del fenómeno de la constitucionalización del derecho, con fundamento en las atribuciones de los tribunales constitucionales y el desarrollo progresivo de su instrumentario constitucional, ha sido posible articular el derecho civil y el derecho constitucional con fundamento en la protección de derechos fundamentales en las relaciones civiles y la consolidación de una dogmática constitucional en el derecho civil, al establecer justamente límites a la autonomía privada de la voluntad y la libertad de empresa.

10. ¿Exhausto, pero deseado imperialismo conceptual?

Sentencias famosas de la jurisdicción alemana han sido gratamente ponderadas por las dogmáticas de no pocos países, entre los que se cuentan Italia, España, Colombia, Ecuador, México, Argentina, Chile y muchos otros países de

Latinoamérica, como baluartes de precisión argumentativa y ponderativa. La sentencia Lüth creó un universo de posibilidades tempranas con su concepto de irradiación de los derechos fundamentales a todo el universo jurídico (Castro, 2012), pero su reverberación se tornó más crítica que integradora en la jurisprudencia (Canaris, 1999). La sentencia del *jinete* y la de *publicación de cartas*, a su turno, prefiguran un espacio para hablar de la indemnidad de los derechos fundamentales y de la constitucionalización del derecho privado y de la doble vía que debería nutrir una unidad jurídica solvente. Sin embargo, la proyección de esos fulgurantes fallos fue relativamente ínfima y coyuntural en todos los ordenamientos que trataron de ubicarlos como una estela que pudiera guiar los propios desarrollos.

Una frase ya citada y traducida en alguna otra de nuestras investigaciones atribuida al gran profesor Uwe Wesel advierte sobre una realidad, respecto a esta parte de la investigación: “la hermosa sílfide es hija del horrible sátiro”; ello significa, sin mayores sutilezas, que los hermosos constructos teóricos, incluso la postulación de derechos y principios constitucionales, no tienen otra fuente más digna que el desgastado e impopular derecho privado, sobre todo en estas latitudes, donde todos reclaman derechos, pero pronto olvidan la correlatividad de sus obligaciones y deberes.

11. Razón, Constitución, ¿derechos fundamentales sin indemnidad?

Ha sido ciertamente aparatoso inducir en Latinoamérica una indemnidad patrimonial de los derechos fundamentales o una certera argumentación judicial que desde el derecho privado y sus plenarios jurisdiccionales proteja y cuide los derechos fundamentales en escenarios puramente privatistas. Sin embargo, también vale la pena llamar la atención sobre el hecho sugerido por la pandectística, por la escuela histórica del derecho y en general por la dogmática decimonónica alemana, según el cual la propiedad y el contrato son los metadiscursos jurídicos que desde la Antigüedad permitieron configurar hoy en día las nociones de igualdad y libertad, respectivamente. El avance es lento, pero la comprensión aproximativa se torna, en nuestro sentir, ciertamente más perceptiva. En algún punto, la jurisdicción reubicará derechos y discursos, y, sobre todo, se hará mucho más científica y ponderada la aplicación de instrumentos constitucionales que brinden mayor certeza no solo a la jurisprudencia y a la dogmática, sino, y sobre todo, a

los vinculados por los procesos constitucionales y civiles. Que existan derechos en la cúpula normativa de un ordenamiento y que estos no puedan ampararse patrimonialmente, e incluso, que su protección sea unívoca y lenta, es claramente un contrasentido provocado por la normativa constitucional nacional, pero agravado por la misma miope jurisprudencia constitucional.

1. Trascendencia

La autonomía privada es un principio regulatorio, reconocido y tutelado por el sistema jurídico vigente; no por menos, los intereses privados se avocan resueltos, ejecutados y solucionados por medio del ejercicio de esa voluntad de los particulares. Pero esa disposición que brinda el ordenamiento para que los particulares dispongan de sus relaciones no es del todo plena y requiere ser instrumentalizada, y, sobre todo, regulada. Autonomía viene de dos vocablos griegos: *auto* y *nomos*, que significan propio y normas, respectivamente. Esa etimología brinda, sin dudas, insumos para abstraer más precisamente que la mayor fuente de derecho, o a lo sumo, la más usual, es el autootorgamiento de reglas de los sujetos para ellos mismos, y glosa ya de plano esa comprensión el hecho de que a las propias normas usuales y cotidianas del sujeto es imposible admitirles cualquier clase de injerencia (Larenz, 1987).

Desde el amanecer, como ya al inicio se planteó, hasta muy entrada la noche, desde abrir la ducha para tomar un baño, tomar un transporte público, asistir a la universidad en calidad de estudiante, hasta comprar la merienda o las fotocopias dejadas por el profesor, descargar los archivos a un dispositivo electrónico o invitar a alguien a un café; todas esas son conductas que comportan negocios jurídicos: la ejecución de un contrato de suministro con el servicio de agua, un contrato de transporte de personas en el bus, un contrato estudiantil o académico,

un contrato de compraventa de comida, de un servicio. La donación, la representación o la permuta, todos son contratos cotidianos, usuales, que trascienden nuestra naturaleza de seres sociales. Muchos de ellos se celebran incluso desde los simples comportamientos silenciosos: levantar un dedo para anunciar que se quiere pagar o para repetir la dosis de café o postre, indicar un número en una carta de comidas, ordenar o teclear unos algoritmos y números para descargar efectivo en un cajero electrónico, poner bajo un lector un código de barras que nos anuncia talla y precio de la prenda, y el sitio al que nos debemos dirigir para recogerla, en la talla, color o característica deseados. Situaciones comportamentales perfeccionan, en nuestra era, incluso sin la intervención de la voluntad expresa, contratos y negocios jurídicos, plenamente vinculantes (Escobar, 1994).

2. Comunicación, lenguaje, declaración, negocio, semiología

El profesor Arturo Valencia Zea hace explícita toda una estructura lógica que compone la comprensión jurídica de la autonomía de la voluntad. En algunas de sus obras, Valencia resalta la importancia del lenguaje más o menos elaborado del ser humano como una característica esencial para producir relaciones y vínculos jurídicos. Así, lo que nos diferencia de otros seres es nuestra capacidad analítica de reflexión y el lenguaje con el que muchas veces expresamos los resultados de tales reflexiones (Valencia, 1982). En efecto, nuestro lenguaje nos permite expresar a los demás sujetos nuestra voluntad, lo que queremos, deseamos, así como lo que no queremos. Esa capacidad de expresar nuestra voluntad es atendida por nuestro semejante, respecto de él va a ser vinculante lo que le expresamos con claridad.

En este orden de ideas, la capacidad que tiene el ser humano de expresarse y de hacer comprender su voluntad por parte de los demás humanos es lo que le permite también comprometerse o, en términos más jurídicos, obligarse para con alguien respecto a un algo, dar, hacer o no hacer, como lo indica el Código Civil en sus artículos 1495 y 1517. En este orden de ideas, de acuerdo con la naturaleza evolutiva de la humanidad y la complejización de su vida en comunidad, el derecho romano, interpretado adecuada y perspicazmente por la pandectística alemana y la tradición continental del derecho romano-germánico, es lo que nos permite observar la decantación de la autonomía privada de la voluntad, como

un principio liminar, no solo constitucional, sino de todo el espectro jurídico social, en el marco del negocio jurídico, las obligaciones y la responsabilidad civil (Rüthers y Stadler, 2011).

3. *Willenserklärung* (declaración de voluntad)

Los pandectistas del siglo XIX consideraron insuficiente la teoría general del contrato, entendido como un acuerdo de voluntades, para explicar aquellos vínculos jurídicos que se producen por fuera de los acuerdos expresos o tácitos de voluntad entre dos o más sujetos de derecho. Por esa razón, del estudio crítico de instituciones como la *mancipatio* o la *stipulatio*, surge la idea de sistematizar en un grado mayor de abstracción las atribuciones certeras de la autonomía de la voluntad, más allá del acuerdo plurivoluntario de manifestaciones. La crítica de la pandectística, no por mordaz, deja de ser precisa: *nadie va a dormir soltero y despierta repentinamente casado*, imploraba la crítica parafraseada de alguno de los más insignes miembros de la escuela de los pandectas, para significar la necesidad imperiosa de otorgarle un tratamiento mucho más científico al derecho (Windscheid, 1976).

En toda negociación existen unos tratos prenegociales, unas manifestaciones de voluntad que reconducen, poco a poco, hacia el objetivo deseado, preguntar el precio, visitar a la pretendida pareja, anunciar la posible venta, adosar a un sofá un precio menor al normal en un estante, por la pronta liquidación del local. Lo anterior, en cuanto declaraciones de voluntad realizadas por la individualidad de una persona, puede producir suficientes efectos jurídicos: obligaciones respecto de terceros y comprometer su responsabilidad patrimonial respecto de aquellos. Es así como se plantea la necesidad de teorizar acerca del negocio jurídico en ese momento histórico.

4. Rudolf von Ihering

Rudolf von Ihering, jurista inefable, quien, además de ser un filósofo del derecho y un dogmático inigualable, tuvo la oportunidad de migrar de su propio invento: del conceptualismo hacia el finalismo jurídicos, y desde la inicial vertiente de su vocación académica, supo organizar como nunca el conceptualismo civil. Así, fue capaz de descifrar y dividir de manera definitiva las obligaciones correales

en las indivisibles y las solidarias; además, organizó y teorizó suficientemente los interdictos posesorios para identificar los elementos y requisitos de la posesión; entreveró el derecho antiguo con los usos modernos del derecho romano, y articuló en su propicio momento el derecho mercantil y la naturaleza de las personas jurídicas; objetó las necesidades del sistema, y para lo que a nuestra investigación importa, entre muchos otros eventos, identificó que en el derecho de contratos hacía falta describir científicamente el camino imprescindible para perfeccionar el contrato (Ihering, 2011; Ihering, 2018).

5. *Iter contractualis*

Era, pues, el camino que inobjetablemente debería ser desplegado y andado para que los futuros contratantes pudieran fijar las reglas de su intercambio. Los tratos prenegociales, los acercamientos, la minuta, la *punktation*, la *invitatio ad offerendum*, la policitación, la licitación, el pacto de caballeros, la carta de intención, el acuerdo de entendimiento, el precontrato, la promesa, la opción, todas fueron figuras que él o sus discípulos bien supieron auscultar para incluso determinar qué es la *culpa in contrahendo* y la responsabilidad precontractual. “*Der Antrag o das Angebot*”, la oferta o la propuesta fueron el faro desde el que prefiguró y desplegó toda la teoría obligatoria de la declaración unilateral durante la etapa precontractual. Trasvasado el concepto del alemán al italiano, fue puesto de presente en los artículos 845 a 863 del Código de Comercio nacional, por el profesor Álvaro Pérez Vives. Así se fundamentó, entre otras, la teoría general del negocio jurídico vinculante en el espectro nacional.

6. Taxonomía en pos del conceptualismo jurídico

Pero, antes de ello, en el marco de estos ejercicios de abstracción teórica, los pandectistas plantearon igualmente conceptos jurídicos para responder a aquellos sucesos que generan consecuencias jurídicas sin que medie necesariamente la voluntad de las personas; a saber: los hechos jurídicos, figuras jurídicas que responden al orden público del derecho en general y del derecho privado. Su renovada visión taxonómica hizo medrar una visión mucho más sensata de las personas, los bienes y, por supuesto, las declaraciones. Así, en materia de capacidad negocial, esta se activa siempre y cuando el sujeto cumpla con la mayoría

de edad; esto es, en la pandectística, un hecho jurídico por antonomasia. Es decir: sin importar la voluntad del sujeto, su suceso produce consecuencias jurídicas concretas de acuerdo con el orden público del Estado en concreto. Asimismo, según la clasificación que nos ofrece de forma sistematizada el profesor Valencia —fiel epígono de una escuela atrayente por rigurosa—, se encuentran también los denominados actos jurídicos, que están mediados y son realizados con el concurso de la voluntad de la persona, subordinados a formalidades *ad substantiam actus* algunos, consensuales la mayoría, algunos de ellos son negocios jurídicos, y otros son acciones humanas que producen consecuencias jurídicas, pero que no son dichos negocios jurídicos solemnes, como la comisión de delitos, faltas o comportamientos contrarios a la convivencia, a lo que los autores denominan actos jurídicos ilícitos (Valencia Zea y Ortiz Monsalve, 2012).

7. De don Andrés Bello a Eduardo Zuleta Ángel

En Colombia, paralelamente a estos desarrollos de la dogmática jurídica, se encontró vigente el Código Civil inspirado fundamentalmente en el *Code civil* de Napoleón de 1804; pese a ser inspirado por una filosofía exegética y de una libertad formal poco aplicable a las complejidades sociales de todas las épocas colombianas siguientes, algunas de sus disposiciones fueron interpretadas de forma ilustre por la Corte Suprema de oro en la década de 1930.

En efecto, se establecieron límites, drenajes u oportunas magnificaciones a la libertad formal. La implantación de actividades capitalistas en el país hizo necesario desplegar interpretaciones para proteger a personas naturales de aquella desigualdad material en los negocios, pero también en el contexto de la responsabilidad civil extracontractual. La Corte Suprema realizó una oportuna lectura sistemática e histórica del Código Civil, inspirada en la regulación de necesidades sociales concretas, para incorporar en nuestro derecho colombiano la teoría de la responsabilidad objetiva, con el fin de superar la compleja estructura probatoria y normativa de la responsabilidad subjetiva en caso de que empresas e industrias perpetraran daños a personas naturales. Todo ello, claro, se derivó de la sofisticada percepción de la autonomía privada responsable —en este caso, del empresario— como garantía inobjetable de los terceros que, por el despliegue empresarial

desmedido, en ocasiones, descomunal, para el desarrollo de la técnica de la época, podrían verse perjudicados (Zuleta, 1974).

Son entonces estas posturas las que orientan el derecho civil hacia la protección de la persona en su honra, buena fe, derechos fundamentales e, incluso, dignidad humana; las que deben dejarse de ocultar o enviarse a un segundo plano, y deben comprenderse más bien como la verdadera naturaleza del derecho privado. El derecho privado no puede ser entendido como un simple dispositivo o superestructura servil a la estructura capitalista y sus variaciones de contexto, como muchas veces pretenden plantearlo, y cuyo planteamiento fue oportunamente criticado (Bodenheimer, 2012; Harari, 2014).

Como lo venimos mencionando, nuestro Código Civil se inspira en gran parte en la teoría francesa de las fuentes de las obligaciones, entre las cuales se encuentra, por supuesto, el contrato. Para la teoría francesa, el contrato es la herramienta jurídica de intercambio de bienes con fundamento en el acuerdo de voluntades, tan imperativo y vinculante que incluso es “ley para las partes”. El otorgamiento del carácter de ley al contrato, por parte de Bello, si bien obedecía a una tradición jurídica occidental milenaria, debe ser entendido mucho más como la tutela jurisdiccional o la protección que a lo pactado —siempre y cuando lo acordado se halle dentro del ordenamiento— debe brindarle el juez. La vinculación del pacto contractual con el orden jurídico —incluso aquí su equiparación— despliega toda una comprensión cognoscitiva del derecho, desde la que es fácil y liminarmente comprensible que el derecho es uno solo: la consecuencia jurídica de la inobservancia de lo acordado desde el contorno privado, su violación positiva o negativa por uno de los comprometidos, acarrea como consecuencia que un miembro de la jurisdicción, un sujeto que obra desde el derecho público, comine al obligado para que se atenga a su palabra o a su manifestación; pero a su turno, ese funcionario solo puede ser garantizado por los tributos patrimoniales que los particulares deben pagar oportunamente, y muy probablemente pueden hacerlo gracias a las ganancias y beneficios que el mismo contrato tutelado les permitió obtener para acrecer su patrimonio, garantizado, respetado y protegido, nuevamente, por el mismo Estado. La circularidad descrita parece odiosa, en un primer momento; sin embargo, su reconocimiento es la única forma de concebir la clara interdependencia entre individuo y Estado (Schmitt, 2006).

8. Del contrato al negocio: declaración de voluntad y razonabilidad

Procurando integrar la tradición francesa de nuestra juridicidad civil con los desarrollos interpretativos desde la pandectística y hasta teorías germánicas más elaboradas, se vinculó el contrato como una tipología de negocio jurídico que genera, modifica o extingue obligaciones y vínculos jurídicos, los cuales recaen, siempre, en derechos subjetivos de los contratantes. Es así como el derecho subjetivo y el negocio jurídico se encuentran al servicio de la voluntad, entendiendo que el *derecho subjetivo* es estático y cumple la función específica de conservación y tutela de los intereses particulares de su titular, mientras que el negocio jurídico tiene una finalidad dinámica de reconocimiento, renovación y modificación de situaciones jurídicas.

El negocio jurídico, concebido como “una declaración de voluntad (*Willenserklärung*), dirigida a producir efectos (*Wirkungsschaffung*) dentro del ámbito jurídico (*Rechtsordnung*)”, en esa medida no es más que el acto con el cual el sujeto regula por sí mismo los intereses propios respecto de las relaciones con otros, y cuya integridad es protegida y reconocida por el derecho, de acuerdo con su función económica y social, lo cual es un presupuesto del orden público de los negocios que limita la autonomía de la voluntad (Mansel, 2014). Por esa vía, el negocio jurídico contiene: (a) un aspecto formal, como una declaración o un comportamiento tal que la ley reconoce como expresión de esa voluntad; (b) un aspecto de contenido, como precepto de la autonomía de la voluntad; y (c) un aspecto causal, bajo el entendido de que su fin es desplegar todos los efectos que predica (Flume, 1975).

9. Conceptualismo negocial

En la teoría alemana, simplificando un poco las cosas y entendiendo la oportunidad de que la voluntad se exprese de forma unilateral, además de cuestionar la idea de que la voluntad se encuentre en el primer plano del negocio jurídico, la clasificación taxonómica parte, luego del reconocimiento del hecho jurídico, desde el *negocio jurídico*, como un género que contiene a su vez el acto jurídico como especie y el contrato como subespecie.

Resulta oportuno observar los conceptos que generan consecuencias jurídicas y, en lo que nos interesa, obligaciones. Estos son, a saber:

- *Negocio jurídico*: “Declaración recepticia de voluntad encaminada a producir efectos jurídicos”.
- *Acto jurídico lícito*: “Negocio jurídico con formalidades” y del que eventualmente se desprenden no solo obligaciones puramente patrimoniales, sino, también, extrapatrimoniales. Todos los negocios jurídicos familiares se mimetizan, pues, en la teoría alemana más antigua, con los actos. El matrimonio, el divorcio, el testamento o la adopción son ejemplos de negocios jurídicos que devienen en actos por las formalidades solemnes que deben cumplirse, pero también por las obligaciones (extrapatrimoniales) que de ellos primigeniamente se desprenden, como el débito conyugal, la custodia, cuidado y crianza de los hijos, etc. (Flume, 1975).
- *Contrato*: “Acuerdo de dos o más partes para crear, modificar o extinguir relaciones jurídico-patrimoniales”.

Lo especialmente relevante de esta teoría es que asume el acto jurídico como equivalente al negocio jurídico, y le agrega ciertas formalidades en el caso de los actos jurídicos lícitos, conforme lo indica Valencia, distante ya de la teoría francesa, que reconoce en la palabra *acto jurídico* el contenido propio del negocio jurídico, como lo indican otras corrientes de la doctrina (Ospina, 2008).

10. Concepto, requisitos, otras clasificaciones

El negocio jurídico, descrito como “la declaración de voluntad recepticia encaminada a producir efectos jurídicos”, reconoce una situación jurídica sentada en la declaración de voluntad cualificada por los efectos que esta puede llegar a producir.

Cabe recordar también que en el Código Civil se reconocen algunas declaraciones de voluntad; sin embargo, a través de la construcción jurisprudencial se ha reconocido la siguiente postura: existe una voluntad interna y una voluntad externa; la primera carece de eficacia, porque para el derecho únicamente importa la voluntad que resulta exteriorizada, es decir, la voluntad externa; esta última, será la voluntad que todos pueden conocer por su objetivización, es decir, su manifestación, su declaración inequívoca.

En resumen, para redondear la teoría articular y unívoca, para que haya negocio jurídico en estricto sentido, debe haber:

- *Voluntad*: como un factor subjetivo que no es más que un querer, pero que debe tener dos condiciones: debe ser voluntad consciente y puede ser expresa o tácita. Lo primero implica que la voluntad requiere atributos propios del entendimiento de la persona, y lo segundo señala que debe haber un acto de manifestación exteriorizado del querer interno. Valga mencionar que cuando la voluntad no se da a conocer se denomina reserva mental y, como se anotó, no produce ninguna clase de efectos.
- Debe ser comunicada por medios idóneos a quien se dirige. He ahí la caracterización de declaración recepticia de voluntad.
- *Finalidad*: como expresión objetiva, pero también intencionada de (primero perseguir), para ciertamente crear efectos jurídicos.
- Aval y protección del ordenamiento jurídico vigente, que hace exigibles los contenidos y efectos de la declaración de voluntad.

Ahora bien, de acuerdo con la cantidad de voluntades que interfieren en su formación, el negocio se puede clasificar en univoluntario o plurivoluntario: *univoluntario* es aquel negocio que exige únicamente la declaración de voluntad de una persona; *a contrario sensu*, será *plurivoluntario* cuando se exige para la validez del negocio la declaración de dos o más voluntades. En esta clasificación, el negocio jurídico bilateral cobra un lugar predominante, si no se olvida que el intercambio proporcional, equitativo, racional y correlativo comporta un pilar central de la economía de mercado (Flume, 1975).

Dependiendo de los efectos que se pretenden y de acuerdo con el tipo de obligación generada, se podrán clasificar en: negocios jurídicos obligatorios (*verpflichtende Rechtsgeschäft*) y dispositivos (*verfügende Rechtsgeschäft*). Para aclarar esta distinción, el Código Civil de Bello ha propuesto la idea de que el negocio jurídico obligatorio termina su función al crear una obligación entre dos personas, mientras que los negocios dispositivos se orientan al cumplimiento de la obligación contraída en el negocio jurídico obligatorio; muchas veces, la transferencia de un derecho subjetivo o la modificación de vínculos jurídicos *ad rem o in rem*: pago, levantamiento de hipotecas, constitución de gravámenes, tradición, entrega de bienes, entre otros muchos ejemplos.

Los *negocios jurídicos obligatorios* son aquellos que crean obligaciones entre las personas en sentido estricto; como los contratos en sus diferentes nominaciones y tipicidades legales, por ejemplo, la compraventa, el arrendamiento, el

mandato, entre otros que únicamente generan obligaciones entre las dos partes. Los *negocios jurídicos dispositivos* lo serán cuando pretendan la transmisión de un bien; aquí se encuentra la transmisión de la propiedad mediante la tradición, la cesión de créditos, entre otros.

Atendiendo a la voluntad de las partes o a las imposiciones legales, serán consensuales, reales o solemnes. Los negocios jurídicos *consensuales* son aquellos en los que basta la declaración de voluntad para que nazcan a la vida jurídica, es decir, produzcan obligaciones; son *reales* cuando para el nacimiento jurídico se requiere la entrega de la cosa, que puede ser física (cuando hay mera tenencia) o jurídica (tradición); por último, serán *solemnes* cuando la manifestación de la voluntad esté revestida de una formalidad legal o seleccionada por la voluntad de las partes, sin cuya observancia no podrán nacer a la vida jurídica (Valencia Zea y Ortiz Monsalve, 2018; Pérez, 1953; Larenz, 1987).

En esta última clasificación, dependiendo del tipo de característica o derecho del que se dispone, se puede clasificar en negocios jurídicos de administración, de disposición y de enajenación.

Los *negocios jurídicos de administración* son aquellos que no implican la disposición, como el arrendamiento o el depósito, las obligaciones que aquí se generan son generalmente de conservación o de productividad; los *negocios jurídicos de enajenación* implican la plena disposición del derecho del enajenante.

Atendiendo al gravamen de las partes, los negocios podrán ser onerosos o gratuitos: el *negocio jurídico oneroso* será aquel en el que se gravan o afectan patrimonialmente los dos patrimonios; *gratuito* será aquel en el que únicamente se grava uno de los patrimonios. Esta clasificación es de importancia, sobre todo al momento de determinar acciones como la lesión enorme o la acción revocatoria.

Atendiendo a las condiciones naturales de los efectos que produce, se pueden clasificar en negocios entre vivos y negocios por causa de muerte. Los *negocios jurídicos entre vivos* son aquellos que producen efectos entre las personas que los celebran como expresión propia de la declaración de su voluntad, y comprende la mayoría de negocios posibles; los *negocios jurídicos mortis causa* comprenden aquellos en los que el celebrante no pretende que el negocio altere la situación jurídica de sus bienes o de su patrimonio mientras viva; en estos, se establece la condición de la muerte para la producción de sus efectos y se perfecciona con la sola declaración del disponente o testador.

•El negocio jurídico: precisiones dogmáticas•

No sobra, por lo demás, anotar que en puntos de las clasificaciones recién mencionadas, ya hoy en día, no solo en Colombia, sino en la generalidad de las aproximaciones dogmáticas comparadas, impera una mixtura de aproximaciones francesas e italianas. En alguna menor medida se aprecian las menciones alemanas de declaración de voluntad, negocio jurídico obligatorio, dispositivo, negocio (consensual), acto y contrato.

11. Surgimiento del negocio jurídico

El negocio jurídico nace en virtud de varios elementos que deben concurrir entre sí, tienen diferentes categorías y así lo ha entendido el Código Civil colombiano. Estos elementos serán: elementos de la esencia, como aquellos que atañen a su validez y al orden público general de los negocios jurídicos y contratos, los de la naturaleza, los accidentales y los relacionados con la oponibilidad.

El artículo 1501 del Código Civil señala:

Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales.

12. La oferta o propuesta

Desde las *Institutas* de Gayo se diferenciaron las nociones más elementales de la oferta o la propuesta como figura jurídica; con la pandectista alemana se estructuró el término del *negocio jurídico*, con autores como Hugo, Savigny, Ihering, Puchta, Oertmann y Windscheid. Posteriormente, este se incorporó en la doctrina alemana, aunque no llegó a introducirse en su Código Civil por tratarse de un concepto abstracto contenido en actos concretos. Por supuesto, el parágrafo 145 del BGB regula entonces su principal paradigma: la oferta o propuesta de contrato.

En Colombia, el Código de Comercio recoge paralelamente el concepto de negocio jurídico, en su acepción de *oferta*, entendida como una declaración de

voluntad recepticia (*empfangsbedürftige*), en el artículo 845, que por supuesto genera obligaciones. La oferta o propuesta, *esto es, el proyecto de [contrato] que una persona formule a otra, deberá contener los elementos esenciales del [contrato] propuesto y ser debidamente comunicada*. En el texto del artículo referido se incurre en una imprecisión, que al citar intencionalmente corregimos, pues se habla de proyecto de “negocio jurídico”, cuando la oferta misma ya *per se* lo es, y esta lo que proyecta o prefigura (debería prefigurar) es el (un) contrato. Una primera discusión inacabada en Colombia y en general en Latinoamérica al respecto gravita en torno a los requisitos de validez de la oferta. La clásica aproximación menciona solamente dos, puramente objetivos: (1) la reunión de los elementos esenciales del contrato propuesto, teoría proveniente de la dogmática italiana del siglo XIX y (2) que se contrae a mencionar la manifestación de la esencialidad para que pueda materializarse el contrato.

La expresión de esos elementos esenciales ha de propiciarse ya en la oferta, pues su aceptación sería negocio, que en la praxis debería ocurrir pura y simplemente. Sabido es, sin embargo, que ello no ocurre siempre en la práctica y también era ello obvio para la dogmática alemana. Cosa y precio para la compraventa, renta (canon) y objeto para el arrendamiento, la cosa fungible y su cantidad para el mutuo o la cosa no fungible (ni consumible) para el mutuo, el encargo para el mandato (si no es gratuito, la remuneración debería expresarse o ser determinable, por ejemplo, en las regulaciones de los honorarios de las colegiaturas jurídicas). La intención ha de ser por supuesto declarada, pero también debidamente comunicada, desde la inteligencia del proyecto de contrato o negocio jurídico: de viva voz, con un mensaje de texto, un correo electrónico, una llamada; al levantar la mano en una subasta o tomar la tarjeta que al intentar entrar a un parqueadero público, tras la talanquera, expulsa una máquina, diseñada y adosada para ello. La semiología al respecto es infinita, pero la adecuación como elemento jurídico versa sobre la cualificación de la manifestación, en el sentido de que sea hecha de buena fe. Levantar la mano frente a quien no puede ver, o tomar la tarjeta y no entrar; expresarla de viva voz ante quien no puede, por razones fisiológicas o técnicas, oír; un mensaje de texto a quien no tiene acceso a la red, constituyen los contraejemplos que ciernen la infinitud de posibilidades en el devenir de las opciones precitadas.

13. Completitud conceptual de la oferta

Existen, por supuesto, además de los mencionados, otros requisitos subjetivos de la oferta y en general de la declaración de voluntad que se pretende dotar de sentido. El declarante y el destinatario en general deben gozar de plena capacidad, que será presunta, pero contra la que se puede probar. Asimismo, deberán tener la plena administración de sus bienes, y para el caso específico debería tenerse la calidad por los dos sujetos intervinientes de tradente y adquirente (que el bien ofrecido, por ejemplo, no esté embargado). La insistencia de la doctrina germana al respecto gravita en que, en la praxis, la negociación no se ocurre de manera inmediata: el contrato no se perfecciona tras la primera aceptación, de la única oferta, sino que ese escenario, ciertamente, es la excepción. Tras una oferta de venta, se ocurre entonces una contraoferta de compra —del destinatario, ahora oferente—, en la que se brinda un precio más reducido o se exige que la cosa sea pintada por el mismo valor. Así, la amalgama de posibilidades podrá poner a oferente y destinatario en el correspondiente lugar contrario y viceversa, incluso muchas veces, antes de que se perfeccione el pretendido contrato. Por ello las dos calidades —tradente y adquirente— deberán reunirse en las dos partes intervinientes.

14. *Invitatio ad offerendum*

Ahora bien, dentro del normal discurrir del *iter contractualis* (esto es, el camino que ha de trasegarse para que se perfeccione el contrato), generalmente diferencia la dogmática alemana dos estadios previos: la así llamada en latín invitación para ofertar, o *invitatio ad offerendum*, y la policitud. La relación entre las dos figuras es de género a especie, respectivamente, siendo la última una *invitatio ad offerendum* hecha de viva voz ante un público indeterminado. Por ejemplo, parado en el salón de clase, Pedro grita: “vendo mi bicicleta en doscientos mil pesos”, en tanto que la *invitatio* es el género que, además de englobar la situación descrita —y frecuente en los burgos medievales de la Europa nórdica—, engloba muchas otras situaciones: una carta de comidas en un restaurante, una promoción del tiquete del tren para el fin de semana, una vitrina en un comercio que muestra un electrodoméstico y bajo este se anuncia un valor. Un mensaje de texto al

celular que menciona: “Marque 1 para instalar la aplicación o 0 para no volver a recibir este mensaje”.

La *invitatio ad offerendum* como instituto se concibe pues subordinada a la oferta, y caracteriza un obrar que no es vinculante jurídicamente dentro del *iter contractualis* (*Vertragsanbahnung*); es necesario, por lo mismo, diferenciarlo de la oferta y también del contrato mismo en el sentido de las normas contenidas en los artículos 845 y 864, respectivamente, de nuestro Código de Comercio.

15. El contrato en la dogmática prusiana decimonónica, concepto en función de su perfeccionamiento

Así, un contrato se perfecciona cuando una persona “invitada a ello” profiere una oferta o propuesta que reúne los requisitos que recién hemos mencionado; la persona deja de ser “invitada” y pasa a llamarse oferente, y la otra parte —llamada destinatario— de esa declaración de voluntad recepticia, la acepta en los términos propuestos. Su aceptación ha de ser, por supuesto, también debidamente comunicada (Rüthers y Stadler, 2011).

Como negación a esa forma de concebir, pues ya la oferta existe, la así llamada en latín *offerta ad incertas personas* (en alemán: *Angebot an unbestimmte Personen*: oferta a personas inciertas), de donde se sigue que no puede haber una oferta vinculante, en la medida en que una de las eventuales personas contratantes no está aún determinada; de allí viene la concepción francesa de policitación.

16. Principio de especificación

Sin embargo, el concepto es mucho más amplio; baste decir que se pasa de la *invitatio ad offerendum* (como paso o escalón necesario y suficiente dentro del *iter contractualis*) a la oferta a través de un proceso declarativo que se llama especificación y que consiste en que quien se torna oferente determina o “especifica”, por medio de su propia declaración, los elementos faltantes —ora objetivos, ya subjetivos— para que se pueda perfeccionar la oferta.

Así, puede faltar la ruta de tren que dentro del estado federal o departamento cuesta igual; o la ruta del bus interurbano y que solo se determina cuando el pasajero se ubica —y toma— el tren o el bus en el paradero, plataforma o andén correspondiente. Puede faltar la simple manifestación de querer comprar el

televisor expuesto junto al precio promocional o puede faltar determinar el plato en la carta de comidas, cuyo precio está allí predeterminado. Escoger el paquete de datos, entre varios, para el dispositivo o teléfono celular, que siempre cuestan lo mismo, o determinar a la persona con menores ingresos de todas las que se inscribieron para acceder a la beca estudiantil universitaria.

Nuevamente, la gama de posibilidades, en punto del proceso de especificación, como paso necesario y racional e intelectual, por vía de una manifestación de voluntad, de la *invitatio ad offerendum* a la oferta, es infinito (Rüthers y Stadler, 2011).

17. La oferta como primera declaración de voluntad vinculante en el devenir del *iter contractualis*

¿Qué obligaciones genera la oferta? La oferta presupone una manifestación seria y prudente hecha por parte del oferente al destinatario. Ella *per se* no obliga a contratar, pues la misma ha de ser aceptada por el destinatario y su aceptación deberá ser debidamente comunicada, a su turno, de regreso al inicial oferente, para que entonces se perfeccione el contrato, como ya se ha dicho.

Pero su revocación, como bien lo postula a renglón seguido el artículo 846 del mismo ordenamiento, sí genera la obligación indemnizatoria por parte del oferente que ha revocado intempestivamente su oferta a favor del destinatario. En materia de oferta, no se indemniza el daño emergente, el lucro cesante o el daño moral. El hecho dañoso, fuente de la obligación, es la revocación misma, la inobservancia de lo ofrecido, que generó por supuesto una expectativa en el destinatario.

18. Interés negativo como perjuicio indemnizable

Lo que se debe indemnizar es el así llamado interés negativo o *negatives Interesse*, entendido como la suma que representaba el esfuerzo del cumplimiento del destinatario de la oferta. Su cantidad está delimitada por el *interés positivo o de cumplimiento: Erfüllungszinteresse*. Este interés positivo se determina de acuerdo con cómo el destinatario, ante la validez de la declaración de voluntad —esto es, con el cumplimiento de lo ofertado—, se hubiese favorecido. Esta delimitación de la afectación a la confianza (interés negativo) debe evitar que el destinatario,

por medio de la revocación, sea colocado en una mejor posición que aquella que hubiese tenido en caso del cumplimiento de la oferta y, por ende, del contrato perfeccionado (parágrafo 122 del BGB) (Rüthers y Stadler, 2011).

En general, se tasa el daño sufrido, entendido como el interés negativo de las erogaciones y gastos en los que incurrió el destinatario bajo el convencimiento de que el contrato se iba a perfeccionar: los intereses que debe pagar sobre el dinero prestado para cubrir el precio de la cosa ofrecida, los gastos de desplazamiento, la reparación y embellecimiento del auto antiguo que se ofertó comprar, el alquiler del hotel y los viáticos gastados para hospedar al revocante mandatario, etc.

19. El contrato como especie del género negocio jurídico

Asimismo, se postula el concepto de contrato, es decir, de negocio jurídico plurivoluntario, del Código de Comercio colombiano:

El contrato es un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial, y, salvo estipulación en contrario, se entenderá celebrado en el lugar de residencia del proponente y en el momento en que éste reciba la aceptación de la propuesta. (Art. 864)

Como se puede observar, estos enunciados normativos procuran introducir las teorías modernas para comprender adecuadamente las fuentes de las obligaciones desde el punto de vista de la autonomía privada, la declaración de voluntad y el negocio jurídico, pero aún no instituyen el negocio jurídico desde su forma más elemental, el negocio jurídico unipersonal o la simple declaración de voluntad. Nuestra normatividad se acerca a la concepción adecuada de la fuente de las obligaciones por vía de las declaraciones de voluntad, pero aún no instituye expresamente al negocio jurídico en su comprensión original e idónea, lo cual no es ciertamente un yerro, si no se olvida que de acuerdo con la técnica legislativa se regula y se ordena, lo que es necesario. Asimismo, la tarea definitoria jurídica le compete más a la dogmática y a la jurisprudencia que a la ley.

20. La concepción y ordenación del BGB en torno al negocio jurídico

La mayoría de reglas del derecho de contratos se encuentran en el segundo libro del Código Civil alemán, que es mucho más sistemático en su concepción y configuración que el Código Civil francés. Allí, en ese segundo libro del Código Civil

alemán o BGB (por sus siglas en alemán, *Bürgerliches Gesetzbuch*), se trata el derecho de las relaciones de obligaciones y contiene entonces reglas sobre las relaciones jurídicas que, de acuerdo con la definición del parágrafo (en adelante §) 241, en su inciso primero, se encuentran allí explicadas. Ellas son en las que a una parte se le denomina acreedor y a la otra, deudor, y aquel está legitimado para exigir el cumplimiento de una prestación respecto de este. Así, se presenta esa situación cuando, en especial, el acreedor puede exigir la prestación, porque ella ha sido prometida a él por el deudor y a través del contrato. De esta manera, se presenta también una relación obligacional cuando el derecho de exigencia del acreedor se obtiene de una regulación legal que así lo prevé.

El segundo libro del BGB contiene prescripciones sobre compraventa, arrendamiento, contrato de trabajo y obra, y determinadas otras relaciones obligacionales de tipo contractual. El libro segundo también regula las relaciones obligacionales de tipo legal. Allí también se regula, por ejemplo, el caso importante en el que el acreedor está legitimado para exigir una prestación, porque el deudor a él, a través de un delito civil (un quehacer prohibido: *unerlaubte Handlung*), le ha causado perjuicios, y, por lo tanto, la indemnización de esos daños, entendida como un pago —con un presupuesto probado y tasado en una sentencia— se debe cumplir (§823 y ss.).

Una relación obligacional de tipo legal también se presenta cuando el deudor, a costa del acreedor, ha recibido algo y se podría justificar con ese fundamento la necesidad de comportamiento del beneficiario de restituir aquello que ha recibido. Aquí, el acreedor está —por fuerza de ley—, concretamente con fundamento en las prescripciones sobre el enriquecimiento incausado (§812 y ss. del BGB), justificado para exigir la prestación del deudor, específicamente la entrega de lo recibido injustificadamente (como se dijo, ya por causa de una declaración que se ha impugnado y cuya anulación legal se ha obtenido, ya por un error en la persona del destinatario, ya porque la cosa no es la debida.). Si alguien ha realizado por otro un negocio sin que el otro a él se lo haya encargado, entonces, surge entre aquel y el primero una relación obligacional de tipo legal: “la agencia oficiosa o realización de negocios sin mandato” (sería la traducción más cercana) (§ 677 y ss. BGB).

Las relaciones obligacionales de tipo legal pueden también surgir en un contexto familiar o herencial, así como cuando en una relación entre familiares o

cónyuges se han dado pretensiones al sostenimiento de uno u otro (cfr. § 1601 ss., 1360 ss., 1569 ss. BGB). Igualmente, cuando alguien a través de testamento le ha legado una pipa plateada a su sobrino. El acreedor aquí es el sobrino, que, como en una especie de apoderamiento, puede exigir por virtud de la ley una prestación —aquí, la consolidación de la propiedad de la pipa—. Y podrá entonces perseguirla de la herencia (§ 2174).

Que el BGB comprenda tanto las relaciones obligacionales del contrato, como las relaciones obligatorias de un delito civil o de comportamientos prohibidos, ha puesto en igualdad de condiciones todas estas fenomenologías. Como dirían los tratadistas: “como quien ve muchos trozos de madera de un mismo árbol”. Esa actitud legislativa tiene que ver con una suerte de influencia por el deslumbramiento que produjeron ciertas concepciones foráneas en la comisión redactora del BGB, liderada por Gottlieb Planck. En especial, en las ventajas que algunos juristas obtenían de la familia del círculo angloamericano entre la responsabilidad derivada del contrato y la responsabilidad del hecho delictuoso civil. Sin embargo, la tradición germana no permitió realizar ninguna clase de interdependencia interna. Por lo tanto, fue tratado el derecho de contratos y el derecho de la responsabilidad como áreas jurídicas autónomas, pero interdependientes. Alguna clase de mixtura se propició dentro de la comisión redactora del BGB: allí se reguló que tanto los créditos de la compraventa como en los de los ilícitos civiles que una persona estaba legitimada para exigir de otra, se tratase pues de una “prestación” susceptible de ser exigida; tanto así que las dos materias pertenecen y se remiten al derecho de obligaciones general, incluso son tratadas por medio de la misma clase y en un mismo libro del cuerpo normativo.

21. De las críticas al BGB

Otto von Gierke pasó a la historia del derecho germano como el primer crítico acérrimo del BGB, por muchas razones formales, técnicas y filosóficas. Valga aquí recordar que lo encontró:

[...] excesivamente abstracto, [...] alejado del lenguaje común del pueblo alemán, [...] innecesariamente técnico y [...] en parte demasiado agresivo para el lego en derecho, en tanto que [...] algo pernicioso y perspicaz, para una clase jurídicamente culta, que bien pudiese saber interpretarlo. (1917, p. 20)

Si bien el segundo libro del BGB contiene prescripciones sobre determinados tipos de negocios jurídicos y contratos particulares, por ejemplo, la compraventa, el trabajo o el contrato de servicios, también es cierto que allí no se encuentra una regulación conclusiva sobre el derecho general de los contratos (esto es, sobre su arquitectura, validez y configuración). Si bien el segundo libro contiene un subtítulo sobre las relaciones de obligaciones derivadas del contrato (§§ 311-360 BGB), no es menos cierto que allí solo es tratada una extraña mezcla de preguntas casuales más disgregadas que otra cosa y que debe su existencia, más que nada, a la impresionante influencia del *Code* francés.

Steiner (en su prefacio a la Biblia hebrea) y Wesel (en sus muchas historias del derecho europeo) sugieren, incluso al final de sus vidas, que dos libros trascienden la vida del hombre occidental: la Biblia y el *Corpus Iuris Civilis*. Una paráfrasis, quizá no muy respetuosa de sus investigaciones, podría traslapar lo uno y lo otro en una forma de ética y una forma de libertad. Podríamos invocar en una y en otra un elemento común: “la piedra de construcción” de que se habla en la lengua alemana: la *Baustein*. La palabra como elemento exteriorizado de sentido que tiene la perpleja capacidad de configurar el mundo. Sin embargo, tanto una como otra se diseñan para que, por un lado la comunidad y, por el otro, el individuo, puedan existir, coexistir y, por supuesto, realizarse.

Ahora bien, el individuo sin un sentido de pertenencia, sin una identificación con su comunidad, no puede ser, como lo sugiere Beck en alguno de sus escritos, feliz. La profunda interconexión de los deseos particulares con la permanente construcción de objetivos de la comunidad tejen una sincrónica simbiosis que podría implicar o ha implicado muchas posibles direcciones, por supuesto diversas, en la concepción del desarrollo de la realización humana.

La globalización o la existencia de imperios (el imperio global), como los llama Harari, puede ser positiva en alguna medida, pero tratar de impostar un sistema jurídico con otro totalmente ajeno, solamente atendiendo a la riqueza que podría ingresar o a los beneficios que podría traer, olvidando un elemento histórico de ingentes dimensiones, no solo es poco estratégico, sino contraindicativo.

Pocos se detienen a pensar que la tan deseada y aplaudida globalización es en parte el acicate que en los últimos tres años ha propiciado la instalación de ideas totalitarias y dictatoriales en muchos países en el mundo. La gestión de la libertad, la autoconfiguración de la vida como principio jurídico (y económico), tal vez sea una razón suficiente para evidenciar el largo camino que aún nos falta por recorrer para poder hablar de gobiernos mundiales.

La comunidad local, la compenetración cultural, el folclore, la interdependencia cultural de los pueblos vecinos y hermanos, a lo mejor deba ser revalorado a la hora de avizorar la realización igualitaria de la libertad. La diferencia es la esencia del ser humano; por supuesto, acompañada por la tolerancia. La dignidad humana es el margen infranqueable para que tanto el Estado como la economía aguarden. ¿Cómo articular la tradición jurídica certera (no a retazos) con las nuevas formas de vida?

La escasez de recursos es cada vez más agobiante. Finalizando estas líneas, ardía el Amazonas de la Bolivia de Evo Morales, quien amplió la frontera agrícola cocallera. La concentración de la riqueza es más cínica y abierta. Pero la gran mayoría de los *centennials* comparte la virtualidad en casi todo el mundo: ¿será muy optimista esperar que por ello mismo se propicie un cambio?, ¿la principal forma de globalización (la red) solo origina problemas, pero no soluciones? Creemos que la democratización y ampliación digital del conocimiento puede llegar a tener efectos revolucionarios en la cultura y en el discurrir libertario humano. Habrá que augurar lo mejor de lo que deje la globalización a los jóvenes hiperconectados en la globalización.

Para parafrasear lo que dijera Eco: ¡el libro es inmejorable!, y en parte inmutable: electrónico, digital o convencional, ¡es inmejorable e irremplazable! ¿No ocurre lo propio con la declaración de voluntad aproximativa al derecho? Electrónica, digital o convencional, es inmejorable e irremplazable.

1. Conclusiones

La teoría del negocio jurídico fue traslapada, ocultada si se quiere, poco a poco, en la historia de la dogmática privatista latinoamericana de una manera ciertamente desapercibida. Ello implicó que los juiciosos desarrollos de la dogmática pandectística alemana no fueran tenidos en cuenta de una manera tan rigurosa

•A manera de epílogo•

y coherente. La sensación que intuitivamente queda es que se copiaron legislaciones y normas que proveían una asimilación incompleta de lo que en realidad significaba la teoría del *Rechtsgeschäft* en el espectro de la ciencia jurídica germana. Tras la simple definición de declaración de voluntad encaminada a producir efectos jurídicos, el instituto era inmediatamente abandonado para abordar el estudio de la validez, inexistencia y vicisitudes del contrato, lo cual dejaba una confusa sensación no solo en el estudiantado, sino en la misma perpleja, vacilante y tímida jurisdicción. La dogmática misma dubitaba no pocas veces respecto a dónde incluir dentro de sus apreciaciones la teoría y minucias de la oferta y la aceptación, y el perfeccionamiento del contrato. Nunca existió una percepción mínimamente coherente de lo que era el *iter contractualis* (*Vertragsanbahnung*). Toda la aproximación surtida entre eventuales contratantes era una teoría tan ajena como aparatosa para una doctrina volcada a copiar los más precisos adelantos de las ciertamente imaginativas apreciaciones francesas, que reconocían la teoría de la oferta y el negocio, pero que se resistían a precisar el *Code*.

Todo ello, salvo por casos demasiado puntuales (Valencia Zea en Colombia o Alessandri Rodríguez en Chile), condujo a que la teoría que se derivaba del derecho de los contratos, de las legislaciones civiles en nuestras latitudes, poco a poco, se distanciara más y más de la teoría general del negocio jurídico, lo que en parte propició una ruptura significativa entre una y otra institución, cuando claramente la una es interdependiente de la otra. Así: en un espectro contemporáneo y globalizado en el ámbito del derecho continental europeo, no es posible acceder a una correcta comprensión del contrato sin tener una sólida aproximación conceptual a la teoría general del negocio jurídico.

En Colombia, incluso, en no pocas oportunidades académicas, la teoría del negocio vacila entre los requisitos de validez del contrato y la teoría de sus vicisitudes, pero sin entrar en profundidad en la conceptualización y clasificación de los elementos del negocio, todo lo cual puede conducir, sobre todo en la época del consumo que ahora vivimos, a una ruptura irrecuperable de sistematicidad doctrinal: como en efecto en parte está ocurriendo.

La ubicación y sistematicidad del negocio dentro de la teoría dogmática alemana y su real análisis (apenas aquí enunciado de manera puntual, pues ese era el carácter y objetivo de la investigación) pretende brindar una serie de elementos y perspectivas que facilitan la adecuación del mismo instituto a lo largo del

discurso del contrato —que coherentemente, a lo sumo de una mejor manera, sí se ha desarrollado en Latinoamérica—, junto con el de la declaración de voluntad, como institutos que garantizan (permiten y desarrollan) el verdadero ejercicio de la libertad contractual, entendida también como un desarrollo de la libertad constitucional; esto es, del libre desarrollo de la personalidad como elemento configurativo de la autonomía suprema (y delegada dentro del Estado de derecho) del individuo.

La aproximación a la teoría constitucional de la libertad (para estudiar el negocio jurídico y la declaración de voluntad, a pesar de la absurda división existente en nuestro país entre el art. 16 y el art. 333 de la C. P.) brinda una importante y seria posibilidad de cohesión de la teoría del negocio jurídico, respecto de los derechos fundamentales y personalísimos, los cuales a su turno soportan desarrollos que, si bien pueden contradecir la dogmática mayoritaria, deberían ser puntos de reflexión propiciatorios para modificar anquilosadas posiciones jurisprudenciales nacionales que aún persisten de desafortunada manera, y desconocen los desarrollos y postulados constitucionales contenidos en la carta que ya cumple casi 30 años: ¿no es la gota a gota que llega a nuestros consultorios jurídicos una violación negocial de todos los derechos fundamentales?, ¿los contratos con las entidades promotoras de salud (EPS) que sistemáticamente incumplen sus obligaciones no deberían otorgar acciones indemnizatorias ejemplares?

El Estado social y democrático de derecho ha de ser un nuevo crisol (en realidad, se ha envejecido sin que pase mucho), un nuevo paradigma desde el que se pueda comprender y analizar el negocio jurídico; y, por lo mismo, en una segunda entrega, procuraremos delimitar más precisamente cuál consideramos que debería ser la lectura más adecuada de las vicisitudes del negocio jurídico en el marco de un Estado social constitucional y democrático de derecho.

Tampoco parece plausible obviar reconocimientos importantes: el contrato es connatural al ser humano; su desarrollo y sofisticación no solo han posibilitado una economía de mercado, incluso globalizada, sino que ha sido su racionalidad, su razonabilidad, el respeto que se le ha otorgado, su proporcionalidad y sus nociones de equivalencia y justicia, las que han soportado discursos jurisdiccionales decimonónicos que han desembocado en el juicioso asentamiento de discursos constitucionales preceptivos, o lo que en las postrimerías constitucionales del

siglo XX dio en llamarse como *instrumentario constitucional*. El principio de proporcionalidad, el test de igualdad, el principio de ponderación fueron constructos que, en una mayor o menor medida, fueron inventados desde la casuística por los civilistas hace más de dos mil quinientos años; y su abstracción conceptual fue posible siempre por medio de decisiones jurisdiccionales, cada vez más señeras y coherentes, en la Europa nórdica continental: la organización dogmática prusiana y bávara permitieron traer al presente una concepción declarativa que trasciende la vida del ser humano.

Por ello el estudio de la autonomía privada, del contrato, del negocio jurídico; el devenir de su perfeccionamiento y su validez, su proporcionalidad, la de las mutuas prestaciones en el sinalagma, de la indemnidad del contratante o declarante respetuoso de su palabra, deben ser estudiados, no solo como parte de una doctrina prescrita y planteada por el Código Civil o el Código de Comercio, sino que deben ser percepciones tendientes a fortalecer la principalística constitucional y civil: ese y no otro es el objetivo trazado por esta sencilla investigación, que apenas enuncia universos inexplorados, amén de necesarios, para la dogmática y la jurisprudencia nacionales. Es la tarea de los docentes procurarles a los estudiantes la facilidad de trazar puentes, conexiones y articulaciones entre los distintos conceptos y ramas del derecho, y la aproximación histórica y conceptual del estudiante al negocio jurídico y al contrato, como metadiscursos jurídicos, previsores de la justicia y de la equidad; es una tarea menos explorada aún y peor desarrollada en nuestras latitudes.

El avance de la democracia y el fortalecimiento de las instituciones políticas van siempre guiados por la consolidación de discursos jurídicos cada vez más serenos y concretos, pero también más articulados y coherentes. A lo mejor, una forma primigenia de sofisticar cada noción de derecho debe gravitar en la sencilla aproximación que el eterno académico siempre siga haciendo a los más sencillos institutos, tanto del derecho civil, como del derecho constitucional, en un camino que ya señalaba tímido el maestro Arturo Valencia Zea en juiciosas obras propositivas, como *La posesión y Origen, desarrollo y crítica de la propiedad privada*.

BIBLIOGRAFÍA

- Alessandri, A. (2001). *Tratado de derecho civil*. Editorial Jurídica de Chile.
- Alexy, R. (2007). *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Arango, R. (2001). *Der Begriff der sozialen Grundrechte*. Nomos.
- Arango, R. (2012). *Democracia social*. Fontamara.
- Atalli, J. (2005). *Marx o el espíritu del mundo*. Colección Biografías. Fondo de Cultura Económica.
- Bello, A. (1981). *Derecho romano*. Comisión Editora de las Obras Completas de Andrés Bello.
- Bentham, J. (2009). *En defensa de la usura*. Sequitur.
- Berman, H. (2001). *De la formación de la tradición jurídica de occidente*. Fondo de Cultura Económica.
- Reichstag, Parlamento alemán. (1900). *BGB - Bürgerliches Gesetzbuch* (Código Civil Alemán).
- Betti, E. (2000). *Teoría general del negocio jurídico*. Comares.
- Bodenheimer, E. (2012). *Teoría del derecho*. Fondo de Cultura Económica.
- Bringmann, K. (2008). *Römische Geschichte*. Col. Wissen. C.H. Beck.
- Burkert, W. (2011). *El origen salvaje. Ritos de sacrificio y mito entre los griegos*. Acantilado.
- Canaris, C. (1999). *Grundrechte und Privatrecht*. G. de Gruyter.
- Cappelletti, M. (1974). *Proceso, ideologías, sociedad*. Ediciones Jurídicas Europa América.
- Carbonnier, J. (1955). *Disciplina general y Derecho de las personas*. En *Derecho Civil* (tomo I, vol. I). Bosch.

- Cariotta, L. (2019). *El negocio jurídico*. Olejnik.
- Castro, J. (2011). *Das Pactum de Contrahendo: Das Pactum de Contrahendo: Möglichkeiten einer europäischen Rechtsvereinheitlichung auf der Basis eines Rechtsvergleichs der deutschen und französischen Rechtsordnungen*. Universidad de Konstanz.
- Castro, G. (2012). La consolidación discursiva en el derecho. La constitucionalización como fenómeno histórico. Un intento metodológico de renovación de la argumentación jurisdiccional civil. *Revista de Derecho Privado* (48), 2-31.
- Castro, J. (2018). Una nueva propiedad intelectual para el Siglo XXI. Focos, críticas y propuestas puntuales para una futura regulación de los bienes inmateriales. En: *Colombia Iusta* (v.1 fasc. 48 p. 19-41). Usta Universidad Santo Tomas.
- Castro, G. y Calonje, N. (2015). *Derecho de obligaciones: aproximación a la praxis y a la constitucionalización*. Universidad Católica de Colombia.
- Castro, G. y Stöber, M. (2019). *Estudios colombo-alemanes sobre la autonomía negocial: Orígenes, historia, evolución y perspectivas de los institutos*. Universidad Católica de Colombia.
- Castro, G. (2016). De la histórica articulación del derecho civil y el derecho público: un caso reivindicatorio. *Pensamiento Jurídico* (43), 59-100.
- Castro, G. y Rodríguez, D. (2017). *Hacia un nuevo derecho privado: Una propuesta en clave constitucional, histórica y comparada*. Universidad Nacional de Colombia.
- Coulanges, F. (2006). *La ciudad antigua*. Maxtor Ed.
- Del Vecchio, G. (1963). *Filosofía del Derecho*. Imprenta Claraso. Bosch.
- Giovanni, L. (2015). El derecho romano y la compilación justiniana. En Eco, U. (Editor), *La edad media, bárbaros, cristianos y musulmanes*. Fondo de Cultura Económica.
- Escobar, G. (1994). *Negocios civiles y comerciales II, Teoría general de los contratos*. Bogotá, Biblioteca jurídica Díké.
- Emiliani, R. (1980). *Conferencias de obligaciones*. Bogotá: Temis.
- Fioravanti, M. (2014) *Constitucionalismo. Experiencias históricas y tendencias actuales*. Trotta.
- Flume, W. (1975). *Allgemeiner Teil des Bürgerliches Gesetzbuches, II: Das Rechtsgeschäft*. Springer.
- Gibbon, E. (2015). *Decadencia y caída del Imperio Romano* (vol. II) (Trad. José Sánchez de León Menduñía). Colección Memoria Mundi. Atalanta.
- Grondona, M. (2013). El contrato, el ordenamiento jurídico y la polémica entre Emilio Betti y Guiseppe Stolfi. En *Acto jurídico*. Colección Tendencias contemporáneas del derecho. Universidad Libre.
- Geny, F. (1925). *Método de interpretación y fuentes en el derecho privado positivo*. Editorial Reus.
- Guastini, R. (2003). *La constitucionalización del ordenamiento jurídico en neoconstitucionalismos*. Trotta.

•Bibliografía•

- Harari, Y. N. (2014). *Sapiens: de animales a dioses*. Debate.
- Harke, J. D. (2016). *Römisches Recht*. C. H. Beck.
- Hattenhauer, H. (1987). *Conceptos fundamentales del Derecho Civil*. Ariel.
- Hegel, G.W.F. (1994). *Lecciones sobre la filosofía de la historia universal*. Alianza Editorial.
- Hinestrosa, F. (2013). Autonomía privada y tipicidad contractual. *Revista de Derecho Privado*, 24(jun. 2013), 3-13.
- Hinestrosa, F. (2015). *Obligaciones II, el negocio jurídico I*. Universidad Externado de Colombia.
- Hobsbawm, E. (1998). *Historia del Siglo XX*. Crítica.
- Iglesias, J. (1993). *Derecho romano, historia e instituciones*. Ariel.
- Ihering, R. (2000). *El espíritu del derecho romano*. Editorial Comares.
- Ihering, R. (2011). *El fin en el derecho*. Comares.
- Ihering, R. (2018). *Del interés en los contratos*. Olejnik. Ediciones jurídicas.
- Jarass, H. (2016). en *Jarass-Pieroth - Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, vor Art. 2. Freie Entfaltung der Persönlichkeit*, München, C.H. Beck.
- Josserand, L. (2009). *Del abuso del derecho y otros ensayos*. Temis.
- Kant, I. (1993). *La metafísica de las costumbres*. Alianza Editorial.
- Kötz, H. (2012). *Vertragsrecht. 2. Auflage*. Mohr Siebeck.
- Larenz, K. y Canaris, C. (1995). *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. Springer Lehrbuch.
- Larenz, K. (1987). *Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, Allgemeiner Teil*. C.H. Beck.
- Lutero, M. (1994). *Escritos políticos*. Alianza Editorial.
- Magallón, J. (2012). Traducción de los prefacios a la cuarta y sexta ediciones del curso de derecho civil francés de C. Aubry y C. Rau. elaborados por Etienne Bartin. *Revista de Derecho Privado* 1(2), 583-594.
- Mansel, H. P. (2014). en *Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, Vor §104 BGB*, Munich, C.H. Beck
- Manthe, U. (2016). *Geschichte des römischen Rechts*. C.H. Beck.
- Marquardt, B. (2009). *Teoría universal del Estado*. Universidad Nacional de Colombia.
- Merryman, J. H. y Pérez Perdomo, R. (2017). *La tradición jurídica romano-canónica*. Breviarios, Fondo de Cultura Económica.
- Meyer Pritzl, R. (2011). Rebus sic Stantibus. En *Commentaries on European Contract law* (pp. 253-260). Oxford University Press.

- Monateri, P. G. (2006). Gayo, el negro: Una búsqueda de los orígenes multiculturales de la tradición jurídica occidental. En Geoffrey Samuel y Pier Giuseppe Monateri, *La invención del derecho privado* (pp. 95-216). Siglo del Hombre Editores.
- Mosset, I. J. (2011). *Derecho Civil Constitucional*. Rubinzal, Culzoni.
- Oertmann, P. (1896). *Die Geschäftsgrundlage*. Tübingen Universität.
- Ospina, G. (2008). *Régimen general de las obligaciones*. Temis.
- Ospina, G. et. al. (2014). *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, Séptima edición.
- Pérez, Á. (1953). *Teoría de las obligaciones* (vol. I). Universidad Nacional de Colombia.
- Pérez, X. (2014). *Contrato verbal y proceso en el derecho romano: las stiptiones comunes en D.45, 1, 5, pr. Pomp.26 ad Sap.* Marcial Pons.
- Petit, E. (2013). *Tratado elemental de derecho romano*. Editorial Porrúa.
- Pothier, R. (1956). *Traité des Obligations*. Dalloz.
- Rawls, J. (2006). *Teoría de la justicia*. Fondo de Cultura Económica.
- Ripert, G. (2016). *La regla moral en las obligaciones civiles*. Ibáñez.
- Romero, H. (2000). *Responsabilidad civil general y del notario*. Ediciones Librería del Profesional.
- Ruiz Sola, A. (editora). (2010). *Las constituciones griegas*. Akal/Clásica.
- Rüthers, B. y Stadler, A. (2011). *Allgemeiner Teil des BGB*. C.H.Beck
- Rüthers, B., Fischer, B. (2018). *Rechtstheorie mit juristische Methodenlehre*. C. H. Beck.
- Schmitt, C. (2006). *El valor del Estado y el significado del individuo*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Schiavone, A. (2011). *Jus, la invención del derecho en occidente*. Adriana Hidalgo Editora.
- Corte Constitucional. (19 de abril de 2017). Sentencia C220 de 2017. M. P. José Antonio Cepeda.
- Stein, P. (1999). *El derecho romano en la historia de Europa*. Siglo XXI de España.
- Steiner, G. (2004). *Un prefacio a la biblia hebrea*. Siruela.
- Summer, M. H. (2016). *El derecho antiguo*. Ibáñez.
- Supiot, A. (2007). *Homo Juridicus, ensayo sobre la función antropológica del derecho*. Siglo XXI Editores.
- Valencia, A. (1987). *Derecho Civil* (tomo IV). Temis.
- Valencia, A. (1982). *Origen, desarrollo y crítica de la propiedad privada*. Temis.
- Valencia Zea, A. y Ortiz Monsalve, A. (2001). *Derecho Civil* (Tomo IV). Editorial Temis.
- Valencia Zea, A. y Ortiz Monsalve, A. (2012). *Derecho Civil* (Tomo I). Editorial Temis.

•Bibliografía•

- Valencia Zea, A. y Ortiz Monsalve, A. (2018). *Derecho Civil* (Tomo I). Editorial Temis.
- Von Gierke, O. (1917). *Deutsches Privatrecht*. Duncker & Humblot.
- Watson, P. (2005). *Ideas. Historia intelectual de la humanidad*. Crítica.
- Weber, M. (2006). *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*. Fondo de Cultura Económica.
- Wesel, U. (2010). *Geschichte des Rechts in Europa, Von den Griechen bis zum Vertrag von Lissabon*. C.H. Beck.
- Windscheid, B. (1976). *Lehrbuch des Pandektenrechts*. Rütten & Loening.
- Zimmermann, R. (2009). *Europa y el derecho romano*. Marcial Pons.
- Zimmermann, R. (2010). *Derecho romano, derecho contemporáneo, derecho europeo. La tradición del derecho civil en la actualidad*. Universidad Externado de Colombia.
- Zuleta, E. (1974). *Estudios jurídicos*. Temis.



UNIVERSIDAD CATÓLICA
de Colombia
Vigilada Mineducación

Editado por la Universidad Católica de Colombia
en septiembre de 2020, en tipografía Times New
Roman, tamaño 11 pts.

Publicación digital
Hipertexto Ltda.

Sapientia aedificavit sibi domum

Bogotá, D. C., Colombia



UNIVERSIDAD CATÓLICA
de Colombia
Vigilada Mineducación

COLECCIÓN
JUS

PRIVADO 20

El negocio jurídico, la declaración de voluntad y el ordenamiento jurídico

Desde los orígenes de la civilización griega y hasta el Tratado de Lisboa, el contrato fue el instituto que más conectó lo jurídico con la razonabilidad, la equidad, la proporcionalidad, la justicia y el sentido tuitivo y protector de la comunidad; por supuesto, también con la economía de mercado y la globalización.

En este libro, el lector se introducirá en una revisión del contrato desde sus orígenes, como condición connatural al ser humano, hasta su desarrollo y sofisticación en los sistemas jurídicos; desde Europa, hasta su desarrollo en Colombia. Y a partir del repaso histórico del derecho de contratos, se encontrará con una exploración pausada y reflexiva de la historia del derecho occidental desde una postura original, que busca advertir sobre los entuertos y omisiones de las posturas dominantes, en especial en Latinoamérica.

Pero esta investigación no termina aquí. Desde una perspectiva comparatista y reflexiva, el texto discurre alrededor de una pregunta: ¿es posible explicar la historia de la humanidad a través de las declaraciones de voluntad? La respuesta se puede encontrar en estas páginas.

ISBN 958513330-3



9 789585 133303