

NOTAS E INTERROGANTES SOBRE EL NEGOCIO JURÍDICO Y SUS ELEMENTOS ESENCIALES (*ESSENTIALIA NEGOTTI*).

Juan Miguel Alburquerque

1.- INTRODUCCIÓN. GENERALIDADES Y BREVES PUNTUALIZACIONES.

Negocio jurídico. Elementos esenciales. En la inagotable cantera de reflexión jurídica, que casi siempre recorta el conformismo y la aplicación limitada de los avances científicos, el espíritu crítico de algunos estudiosos se ha sentido comprometido y forzado a dar una fisonomía más definitiva a ciertas apreciaciones doctrinales precedentes que se entendían como firmes y seguras. En este sentido, un punto de particular relieve pueden representar, a mi juicio, las tentativas de Betti E., acerca de las nuevas orientaciones de la declaración preceptiva, en el marco del negocio jurídico. En mi opinión, en temas como éste —y muy especialmente—, hay que abordar y destacar muchísimos aspectos —sin ánimo de extensión y excesiva prolijidad—, pero necesarios por todo lo que tienen de fundamentales para una mejor comprensión; y no tanto sobre el esquema propuesto por los sistemáticos dogmáticos, que puede parecer sencillo y simple, y más aún para en resumen didáctico, sino por el trasfondo y contenido que se desvela desde las perspectivas históricas clásicas hasta las modernas trayectorias metodológicas doctrinales para la elaboración de esta figura; lo que implica conocer mejor un poco de metodología romanística, contrastes y exclusividades complementarias de las diversas corrientes, nuevas perspectivas de reconstrucción, elaboración y finalidades de las nuevas tendencias, contrastes doctrinales para su apoyatura y sustento, indicios de reflexión para la ciencia jurídica, etc. El negocio jurídico, como es bien sabido, es un auténtico reflejo de la civilística europea de tradición pandectista —el concepto de Pandectística, se limita a hacer referencia a la parte romanista de la civilística alemana del siglo XIX¹—, y como se ha dicho siempre por la doctrina, por ejem-

1 Incluso como nos recuerda FALK U., recientemente, en la semblanza que realiza a uno de los representantes más destacados de la Pandectística y precursor del moderno ordenamiento jurídico-privado alemán, BERNARD WINDSCHEID, además, “Propiamente puede calificarse como pandectística a toda la jurisprudencia europea de la Edad Media y de inicio de la Edad Moderna, en la medida en que se construía sobre el Corpus Iuris. La restricción del concepto a la ciencia del derecho privado alemán de una determinada época se debe a su forma literaria característica, los manuales de Pandectas (Pandektenlehrbücher). FALK U., *Bernard Windscheid, (1817-1892)*, Juristas Universales (Domingo. R. ed.), vol. 3, Madrid-Barcelona 2004, pp. 292-293 y ss. Cfr. ALBURQUERQUE J.M., *De perspectivas exegéticas a perspectivas sistemáticas y dogmáticas: Breves puntualizaciones en torno al siglo caracterizado por el esplendor de la jurisprudencia de la Escuela culta*. En RGDR 3, Madrid 2004, pp. 1 y ss.; Id. *Negocio jurídico. Elementos esenciales*, en Portal Derecho, www.iustel.com, Madrid 2004, pp. 1 y ss.; FERNÁNDEZ DE BUJÁN A., *Derecho Público Romano*. Recepción, Jurisdicción y Arbitraje, 7ª ed., Madrid 2004, pp. 35 y ss.; 237 y ss.

plo, Schiavone A², entre otros, a propósito de esta noción sobre el negocio jurídico, “es completamente extraña al mundo jurídico romano: tanto al pensamiento de sus juristas, como a la trama de sus estratificaciones normativas”. Si bien, la extracción proviene fundamentalmente de las fuentes romanas en toda su extensión —una configuración moderna con cimientos romanos—. Convencidos de la búsqueda y del encuentro sustancial, y persuadidos con una sólida justificación científica por algunas orientaciones del clasicismo jurídico romano con base normativa en el *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano, especialmente los cincuenta libros de las Pandectas, la búsqueda de la ciencia jurídica invariable, racional, permisiva y aplicable, y la proclividad al positivismo, las tendencias pandectísticas colmadas de originalidad afrontaron sutilmente un ensayo jurídico de proporciones muy asumibles para la adaptación a los nuevos perfiles jurídicos del reciente pasado (Teoría del Negocio Jurídico, entre otras). En este contexto, parece que hablar de negocio jurídico como tal no sería lo más acertado desde la puridad de la jurisprudencia romana, que no lo definió nunca y menos aún con esta perspectiva sistemática que le confieren los estudios de conjunto donde concurren especialmente las abstracciones, pero si puede valer la pena justificar un análisis del arsenal de la jurisprudencia romana para profundizar en el largo camino, como advierte Wieacker³, “a cambio del aliento que proporciona la coincidencia de los antiguos modelos romanos con los métodos de producción jurídica que ocupan la actual teoría del derecho”. Utilidad también si se consideran por tanto las características más comunes en la apreciación de los juristas romanos adheridos y sensibilizados con la práctica cotidiana, probablemente coincidentes o percibidas por ellos mismos, pero teniendo

2 SCHIAVONE A., s.v. *Negozio giuridico (dir. rom)*, ED, pp. 907 y ss. Id. *Storiografia giuridica e apologia del diritto moderno*, en Dem. dir., 1973, XIII, fasc. 2, pp. 65 y ss.; *Studi sulle logiche dei giuristi romani. Nova negotia e transactio da Labeone a Ulpiano*, Nápoles, 1971, pp. 103 y ss.; Id. *Nascita della giurisprudenza. Cultura aristocratica e il pensiero giuridico nella Roma tardo-repubblicana*, Bari 1976; Id. *Recensione a Bonini, I romanisti e il I libro del codice civile del 1942*, en Quaderni fiorentini, 1974-75, III-IV, pp. 650 y ss.; Id. *Diritto diseguale e formazione del blocco storico*, en Dem. dir., (autori vari), Bari, 1975, II y ss.; *Per una rilettura delle <<formen>>: teoria della storia, dominio del valor d'uso e funzione dell'ideologia*, en *Problemi teorici del marxismo* (autori vari), Roma 1976, pp. 189 y ss. Aspecto que ha sido reiterado por la doctrina de todos los tiempos y que el mismo SCIALOJA V., lo exponía gráficamente en su libro sobre *Negozi giuridici. Corso di diritto romano* (año académico 1892-1893; reimpr. Roma, 1933), trad. esp. por F. DE PELSMACKER (Sevilla 1942), pp. 23, “La teoría general que construimos del negocio jurídico no es, propiamente, una teoría romana, en el sentido de que los juristas romanos la hayan conocido como parte de su ciencia jurídica, sino es una teoría se ha ido elaborando, por abstracción, sobre elementos de derecho romano”. La calificación del negocio como declaración de voluntad nos viene de los Pandectistas alemanes del siglo XIX...y, en palabras de BETTI E., “es el resultado de una elaboración un tanto arbitraria de las fuentes romanas operada, con la tendencia y en el sentido de aquel dogma, sobre el terreno del Derecho común” (BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico* (Turín, 1943; trad. esp. A. MARTÍN PÉREZ, Madrid 1949; 2ª ed., 1950; 3ª reimpr. 1960; reimpr. Corr., intr. De G. B. FERRI, Nápoles 1994; trad. esp. MARTÍN PÉREZ, con un estudio preliminar sobre el negocio jurídico como categoría problemática, a cargo de J. L. MONEREO PÉREZ, Granada 2000), de esta última edición, que será la más utilizada en nuestro estudio, p. 60. Análogas observaciones encontramos en ÁLVAREZ SUÁREZ U. *El negocio jurídico en Derecho romano*, (Madrid 1954), pp. 3 y ss., “Es una construcción de los juristas modernos, que integran con ella una de las materias que constituyen la parte general del Derecho civil. Los jurisconsultos romanos, con su característica hostilidad hacia la abstracción, no construyeron una teoría general de los hechos y negocios jurídicos, sino que fueron estudiando, en los casos concretos que la realidad les ofrecía, cuales situaciones merecían ser protegidas por medio de acciones y en cuales circunstancias debía ser reconocida a determinada persona una facultad de actuar respecto de una cosa o de otra persona también determinada”.

3 WIEACKER, *Fundamentos de la formación del sistema en la jurisprudencia romana*, (trad. Linares), Granada 1998, p.38. Cfr. WOLF J.G., *Franz Wieacker, (1908-1994)*, Juristas Universales (Domingo R. ed.), Vol. 4, Madrid-Barcelona 2004, pp. 538 y ss. Cfr. CUENA F., *Sistema jurídico y Derecho Romano. La idea de sistema jurídico y su proyección en la experiencia jurídica romana*, Santander 1998., con una revisión crítica del concepto de sistema jurídico que conduce a captar la verdadera forma del ser del derecho y definir el deber ser ideal. Y a una reflexión sobre los tópicos relacionados con la cuestión de la sistematización y el sistema jurídico en el ámbito específico del Derecho romano.

do en cuenta que ellos jamás incurrieron en su teorización y abstracción. No obstante, acudir a su uso, con todas las connotaciones esbozadas precedentemente, no debería representar en ningún momento peligro para una malformación histórica rigurosa que siempre debe elegir por maestros a los juristas romanos. En este sentido la sugerencia de una parte de la romanística, quizá no se detendría en elaborar una auténtica disciplina científica al efecto, ni una historia de la dogmática y de las instituciones, sino más bien una exposición de los presupuestos intelectuales, es decir, una historia del pensamiento jurídico científico y su acondicionamiento y efectos en la evolución y desarrollo del entramado jurídico de los estados y las sociedades⁴.

Las opiniones a este respecto divergen profundamente y la escasez o ausencia de señales elocuentes en los Manuales de Derecho romano, por lo general⁵, sobre el negocio jurídico, parece que han ejercido más una restricción –con sólidos fundamentos– a posiciones excesivamente sistemáticas, que la inducción al análisis de las probabilidades de las tentativas para comprender mejor el espíritu de los pasos dados en discusión. Remitirnos en este momento a Schiavone A⁶, un ejemplo de los numerosos estudiosos que se han planteado el problema y el debate entre la romanística acerca del Negocio Jurídico, puede servirnos de referencia. Tras una reflexión sosegada nuestro autor escribe “Per prima cosa bisogna dire, in via generale, che la <<mancanza >> di un concetto all’Interno de uno specifico sistema di sapere (nel nostro caso, el pensiero giuridico romano), non è un motivo de per sè solo sufficiente

4 Cfr. WOLF J.G., *Franz Wieacker cit.*, pp. 538 y ss.; CRIFÒ G., *Emilio Betti (1890-1968)*, Juristas Universales, Madrid-Barcelona 2004, vol. 4, pp. 217 y ss.

5 También cabría citar algunos autores, entre otros, que sí incluyen comentarios específicos y diversos sobre el negocio jurídico dentro de sus manuales y sus estudios: SCIALOJA, FERRINI, LONGO, BETTI, VOLTERRA, KASER, TORRENT, IGLESIAS, ARIAS RAMOS- J.A ARIAS BONET, ARANGIO-RUIZ, BURDESE, GUARINO, SANFILIPPO, VOCI, etc. Cfr. asimismo, además de los que analizaremos en su momento de forma preferente, WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, I, trad. it. a cura de FADDA y BENSÀ, rist. Torino, 1930, pp. 202 y ss.; FADDA, *La teoria del negozio giuridico. Lezioni di diritto romano*, Nápoles 1898; Id. *Parte generale con speciale riguardo alla teoria del negozio giuridico*, Nápoles 1900; SEGRE, *Studi sul concetto del negozio giuridico nel diritto romano e nel nuovo diritto germanico*, en *Scritti giuridici*, I, Catania, 1930, 193 y ss.; LONGO, *Corso di diritto romano. Fatti giuridici. Negozi giuridici. Atti illeciti*, Milán 1935; STOLFI, *Teoria generale del negozio giuridico*, rist. Padova 1961; GIORGIANNI, *La causa del negozio giuridico*, Milán 1961; BARCELONA, *Profilo della teoria dell’errore nel negozio giuridico*, Milán 1962; FLUME, *Das Rechtsgeschäft un das rechtlich relevante Verhalten* (Arch. Civ. Prax., 1962, pp.53 y ss.; FREZZA, *Il precetto della legge e il precetto della autonomia privata nell’ordinamento romano*, en *Studi in memoria de G. Zanobini*, V, Milán 1965, pp. 205 y ss.; BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico* (Turín, 1943; trad. esp. A. MARTÍN PÉREZ, Madrid 1949; 2ª ed., 1950; 3ª reimpr. 1960; reimpr. Corr., intr. De G. B. FERRI, Nápoles 1994; trad. esp. MARTÍN PÉREZ, con un estudio preliminar sobre el negocio jurídico como categoría problemática, a cargo de J. L. MONEREO PÉREZ, Granada 2000); BETTI E., *voz Astrazione (Negozio astratto); Autonomia privata, causa del negozio giuridico; Convalescenza del negozio giuridico; Convalida o Conferma del negozio giuridico*, en NNDI; ÁLVAREZ SUÁREZ U. *El negocio jurídico en Derecho romano*, (Madrid 1954), pp. 3 y ss.; TORRENT, *El negocio jurídico*, Oviedo 1984; DE LOS MOZOS, *El negocio jurídico*. (Estudio de Derecho Civil), Madrid 1987; CAMACHO EVANGELISTA F., *El negocio jurídico*, Granda 1996; BIANCHI E., *Fictio iuris: ricerche sulla finzione in diritto romano dal periodo arcaico all’epoca augustea*, Padova 1997; PETRELLI G., *La condizione: “elemento essenziale” del negozio giuridico*, 2000; SCHIAVONE A., s.v. *Negozio giuridico cit.*, pp. 907 y ss.; ALBURQUERQUE J.M., *Negozio giuridico. Elementos esenciales*, en Portal Derecho, www.iustel.com, Madrid 2004, pp. 1 y ss..

6 SCHIAVONE A., s.v. *Negozio giuridico cit.*, pp. 907 y ss.; Cfr. del mismo autor, *Storiografia giuridica e apologia del diritto moderno*, en *Dem. dir.*, 1973, XIII, fasc. 2, pp. 65 y ss.; *Studi sulle logiche dei giuristi romani. Nova negotia e transactio da Labeone a Ulpiano*, Nápoles, 1971, pp. 103 y ss.; *Nascita della giurisprudenza. Cultura aristocratica e il pensiero giuridico nella Roma tardo-repubblicana*, Bari 1976; *Recensione a Bonini, I romanisti e il I libro del codice civile del 1942*, en *Quaderni fiorentini*, 1974-75, III-IV, pp. 650 y ss.; Id. *Diritto deseguale e formazione del blocco storico*, en *Dem. dir.*, (autores vari), Bari, 1975, II y ss.; *Per una rilettura delle <<formen>>: teoria della storia, dominio del valor d’uso e funzione dell’ideologia*, en *Problemi teorici del marxismo* (autores vari), Roma 1976, pp. 189 y ss

per escludere ogni rapporto storiograficamente significativo fra quel concetto e quel sistema”. De las ideas que se desprenden de su estudio, podemos destacar brevemente algunas. Suscitar, quizás, un motivo de reflexión que no polarice la estructuración remitiéndose al encuadramiento de la noción exclusivamente en las sedes originarias en las que fueron elaborados por la experiencia jurídica antigua: *contractus, pacta*⁷, testamenta, etc., puede ser una de ellas. En relación con el concepto de negocio, nuestro autor nos pone de relieve lo difícil que es pensar que la existencia específicamente moderna del mismo, pueda excluir toda relación historiográficamente significativa con el mundo jurídico romano. Más bien, puede decirse que esta relación aparece fuertemente caracterizada y rica en contenidos muy determinantes. De la inquietud intelectual de nuestro autor en la búsqueda del sentido de algunas posiciones doctrinales, en el análisis del debate entre los romanistas (modernistas y primitivistas) –muy esclarecedor, a mi juicio–, resaltando la historicidad y crítica del presente, la forma jurídica y ciclo económico en la morfología del negocio, las tipologías negociales y funciones subordinadas de los cambios en la sociedad romana y las figuras jurídicas de la circulación en el trabajo teórico de la jurisprudencia romana, destacaría con él, en estos momentos, que todavía se deberá reflexionar mucho. Con tentativas de aprovechamiento del discurrir intelectual y científico que lleva tras de sí siglos de estudio y en el que la mayoría de sus partícipes han pertenecido, con reconocimiento, prestigio y autoridad, a la romanística y civilística de su tiempo. Al decir de algunos estudiosos, aprovechar, expresar y continuar sintiendo la utilidad, son aspectos que se podrían predicar también en esta parcela del movimiento científico, como tendremos oportunidad de comentar en páginas posteriores. Y todo ello, independientemente de que nosotros nos sumemos a las preferencias que sitúan en su contexto inicial y sin abstracciones de conceptos la puridad romana, es decir, dentro de las justificaciones clásicas y claramente transmitidas también por el ilustre romanista A. d’Ors⁸, entre otros, en las que el método histórico-crítico (el más seguido con diferencia por la romanística actual) nos marca las líneas más propicias para realizar nuestras investigaciones. Como escribe Fernández De Buján A⁹, “Es indudable que el método histórico-crítico ha logrado los resultados que hoy son patrimonio indiscutible de la ciencia romanística”. El método histórico-crítico, es el más vigente y prometedor, a cuyo planteamiento hemos mostrado ya nuestra preferencia¹⁰, considerándolo también como indispensable hoy en día, en el que, como es bien sabido, se ha perfeccionado considerablemente por la investigación de nuestros romanistas, y resulta más difícil incurrir en los errores del relativo pasado. Sin olvidar, no obstante, que las distintas direcciones metodológicas que pueden ser seguidas no son en definitiva siempre excluyentes de las demás. Todas

7 Cfr. ALBURQUERQUE J.M., *La protección jurídica de la palabra dada en Derecho Romano: Contribución al estudio de la evolución y vigencia del principio general romano “pacta sunt servanda” en el Derecho europeo actual*, Córdoba 1995; Id. *Los pactos en derecho romano*, Portal derecho, www.iustel.com, Madrid 2001; REINOSO F., *Los principios generales del Derecho en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid 1987, reimpr. 1988; Id. *Iuris auctores (Reflexiones sobre la jurisprudencia romana y el jurista actual)*, en Estudios de Derecho Romano en Honor a A. D’ORS, Univ. Navarra, Pamplona 1987, pp. 891.

8 Cfr. *Estudios de Derecho Romano en Honor de Álvaro d’Ors*, 2 vol. Univ. Navarra, Pamplona 1987; DOMINGO R., *Álvaro d’Ors (1915-2004)*, Juristas Universales, vol. 4, Madrid.Barcelona 2004, pp. 662 y ss.; ÁLVARO D’ORS, *in memoriam*: Rafael Domingo. Carta (póstuma) a Don Álvaro d’Ors: Amelia Castresana. RGDR. 2 (www.iustel.com Madrid 2004); FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *In memoriam*, RGDR. 2 (www.iustel.com Madrid 2004).

9 FERNÁNDEZ DE BUJÁN A., *Derecho público romano. Recepción*, 7ª ed. cit., p. 195.

10 Cfr. A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Derecho público romano. Recepción*, 7ª ed. cit., pp. 45 ss., y 192 y ss. Véanse, también, las recensiones a estas ediciones realizadas por ALBURQUERQUE, J.M. RGDR 1 y 3, www.iustel.com Madrid 2004.

ellas podrían contribuir de alguna forma, en mayor o menor medida, a conseguir la finalidad investigadora deseada¹¹.

Intentaremos esbozar un trazado, lo más comprensible posible, de las diferentes clasificaciones propuestas por la moderna sistemática referida al negocio jurídico, pero sin desatender la multiplicidad de explicaciones doctrinales y aclaraciones oportunas a las que me he referido en el exordio de este estudio. Volviendo, pues, al hilo conductor, ejemplos breves e incompletos, pero no tomados al azar, podrían reconducirnos para captar mejor el nervio de estas corrientes que oscilan entre el <<dogma de la voluntad>> y <<el dogma de la declaración preceptiva>>.

2.- ALGUNOS MAESTROS QUE PROFUNDIZARON EN LAS NUEVAS CORRIENTES DOCTRINALES: BREVES NOTAS ACERCA DE LA SEMBLANZA Y SUS POSTULADOS CIENTÍFICOS EN TORNO AL NEGOCIO JURÍDICO.

2.1.- Emilio Betti. Teoría general del negocio jurídico.

Sobre las excelencias del maestro de juristas, Betti E¹²., puede hablarse mucho, si bien el reforzado y renovado interés por este insigne romanista queda suficientemente de manifiesto otra vez en la semblanza realizada recientemente por uno de los mejores conocedores de su obra, Crifò G¹³. Ideas que laten en todo observador científico y que nos transmite nuestro autor en las que corrobora insistentemente que Betti E., es un fecundo conocedor de la fenomenología jurídica, con las connotaciones hermenéuticas que nutrían su personalidad científica y le despejaban el camino hacia una visión de la

11 Cfr. entre otros, ALBURQUERQUE J.M., *Negocio jurídico. Elementos esenciales*, en Portal Derecho, www.iustel.com, cit., especial referencia, al respecto, en la extensa n. 9 y 46. En el marco del actual Programa de Derecho Romano, dirigido y coordinado por A. Fernández de Buján -en Portal Derecho, www.iustel.com; en el directorio aparece dentro de Base del Conocimiento Jurídico, Derecho Romano-, elaborados por profesores de nuestra disciplina, la mayoría especialistas en los mismos. Acerca del Negocio Jurídico, desde una visión específica de la civilística más actualizada, me remito al tema elaborado por una especialista de la disciplina de Derecho Civil, LAURA CABEZUELO ANA L., *Negocio jurídico*, que puede encontrarse en el mismo contexto referido anteriormente, Portal Derecho, www.iustel.com, Madrid 2001.

12 BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico* cit., y en *Interpretazione della legge e degli atti giuridici. Teoria generale e dogmatica* (2ª ed., ampliada a cargo de G. CRIFÒ, Milán 1971 -1ªed., 1949-); trad. esp. y prólogo de J. L. DE LOS MOZOS, Madrid 1975; *Teoria generale della interpretazione* I-II (Milán 1955; 2ª ed., ampliada a cargo de G. CRIFÒ, Milán 1990). CRIFÒ G. en BIDR 70 (1967) 309 y ss., IVRA 20 (1969) 697 y ss. Cfr., en general, los Studi in onore di Emilio Betti I-V (Milán 1962); *Dalla lege al diritto. Nuovi studi in onore di Emilio Betti*, a cura di Antonio Nasi e Francesco Zanchini, I, Milán 1999. (Como se desprende de lo afirmado por Paolo Mari, SDHI LXVII, 2001, 567 y ss., no es frecuente que a un mismo estudioso se le dedique una segunda serie de Estudios en Honor, si bien, en este caso, en el Instituto de Emilio Betti, con sede en Bellante, y la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università de Teramo, donde la memoria y el pensamiento de Betti siguen siendo objeto de permanente estudio -fra bettiani, post-bettiani, filobettiani ed aspiranti bettiani- se ha propiciado la recopilación de los encuentros doctrinales sobre los estudios de Betti -que no dejan de suscitar muchas reflexiones científicas- que se iniciaron en Teramo 1995, hasta 1998, publicados en el volumen referido de 1999). Cfr. AA.VV., Emilio Betti e la scienza giuridica del Novecento, en Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno 7 (Milán 1978), en particular G.CRIFÒ, *Emilio Betti. Note per una ricerca*, pp. 165 y ss. (con inéditos bettianos); AA.VV., *Costituzione romana e crisi della repubblica*. Atti del convegno su Emilio Betti (Nápoles 1986); CRIFÒ G., *Emilio Betti* cit., pp. 217 y ss.; BETTI E., s.v. *Negozio giuridico*, NNDI XI, pp. 208 y ss.

13 Véase la nota precedente y los comentarios a la obra de BETTI E., y a la bibliografía que ha generado, realizados por CRIFÒ G., *Emilio Betti (1890-1968)*, Juristas Universales, cit., vol. 4, pp. 221-222.

verdad y el método que más se aproxima a la universalización del fenómeno interpretativo, en todas sus vertientes, pero siempre desde la concreta y personal historicidad, y, como es sabido, elaboró una de las obras más significativas de nuestro reciente pasado; especialmente, a nuestro propósito, de ineludible consulta para iniciar nuestros comentarios sobre el negocio jurídico: *Teoría generale del negozio giuridico* (Turín 1943). La trascendencia de esta obra es sobradamente conocida para todos los campos del pensamiento jurídico en general. Indudablemente una obra de estas características ha sido objeto de todo tipo de valoraciones por la prestigiosa doctrina en las diversas disciplinas, con acogidas tanto de genialidad, completa, parcialmente sustentada, valiosa contribución a la renovación de la romanística contemporánea, necesidad para la sistemática del Derecho vigente, propuestas de reforma, aparente riesgo por alteración o distanciamiento de la orientación primitivista, falta de cohesión interna del concepto, exclusión de la unidad, verdadera creación de la ciencia jurídica, llena de incrustaciones esmaltadas con brillo científico, homogeneidad, mantenimiento diferenciado de lo social y lo jurídico, sólo sirve para un punto de vista civil moderno, críticas de matiz político, etc., si bien, la excepcional acogida para otras disciplinas, especialmente la civilista, también conocedores del punto de partida de nuestro autor, proclive a captar la unidad del fenómeno jurídico en las diversas disciplinas y a resaltar los valores científicos consustanciales a la dogmática jurídica, han puesto de relieve la concordancia de una perspectiva que también se afana en encontrar una conciencia profunda del derecho vigente. No obstante, como nos recuerda Crifò¹⁴, Betti E., con una fuerte dimensión histórica y filosófica de su formación intelectual, “conserva el contacto con la historia del Derecho y la historia general de la civilización y de las ideas”, asimismo, nos destaca “la modernidad, y también la persistente y creciente actualidad de su pensamiento, convertido en gran medida en patrimonio común...”; para finalizar con unas palabras que me parecen bastante significativas: “es el resultado de un acercamiento que aparece caracterizado por una concepción cultural de la historia y una concepción social del Derecho: una relación entre Historia y Derecho como plenitud práctica de la relación entre cultura y sociedad”. Sin cercenar las valoraciones precedentes se podría decir con nuestro autor “que la *Teoría generale del negozio giuridico*, es quizá la obra más incisiva de Betti (el negocio jurídico no como declaración de voluntad, sino como precepto de la autonomía privada, autorregulación vinculante de los intereses propios –el individuo no quiere, sino que actúa, dispone, exterioriza directamente la regulación vinculante de sus intereses-)”. Es decir, esa clara oposición de Betti E., al conocido dogma de la voluntad, tanto en el reconocimiento de ésta como un poder verdaderamente normativo, como en la más atenuada concepción del negocio jurídico caracterizado por la recepción en el Derecho de una voluntad dirigida a los efectos jurídicos, actuando a través del ordenamiento. La voluntad, al caracterizar al negocio, ha de pasar por tanto a un segundo lugar. De los apoyos que configuran su concepción cabría destacar asimismo la observación real y sociológica, teniendo en cuenta la existencia en nuestras sociedades de la propia esfera dispositiva sobre los intereses y la autorregulación que disponen los individuos en el marco de la mencionada autonomía privada. Se aprecia una decidida importancia sobre la autonomía privada. El matiz sociológico lo justifica por su función y su génesis y la aparición de la necesidad de los actos de autonomía privada se comprueba históricamente que nacen espontáneamente de las iniciativas sociales. El núcleo de la autonomía privada, con una rigurosa y exhaustiva separación de las respectivas competencias y atribuciones del individuo y el orden jurídico, representa uno de los ejes sobre el cual gravita el tratamiento sobre la doctrina de Betti E., acerca del negocio. Que no duda en abordar, sometiéndolo a una rigurosa revisión y reivindicando la utilidad práctica de esta creación de la dogmática.

14 Cfr. CRIFÒ G., *Emilio Betti (1890-1968)*, cit., vol. 4, pp. 217 y ss.

Adherido por tanto a un profundo conocimiento instrumental sobre los conceptos más depurados del pensamiento y desarrollo histórico del derecho, Emilio Betti —uno de los juristas europeos más relevantes—, dirigido por Vasalli F., reconecedor de su brillante trayectoria y de los méritos alcanzados, no escatima esfuerzos para abordar otras cuestiones también trascendentales para la ciencia jurídica, Teoría del negocio jurídico, con unas connotaciones dignas de recordar con Martín Pérez A¹⁵., “sus exposiciones sistemáticas y metodológicas —a veces profundamente innovadoras— no le impiden atender a las formas más ceñidas de la elaboración jurídica”, aspectos que tendremos oportunidad de comentar en páginas posteriores con algunas matizaciones de intuición.

2.2.- Vittorio Scialoja. Negocios jurídicos.

Casi cinco décadas precedentes había publicado Vittorio Scialoja¹⁶ su obra, “*Negozi giuridici. Corso di diritto romano* (año académico 1892-1893). Entre los aspectos más destacables de este romanista resaltaremos ahora con Talamanca¹⁷, los siguientes: Scialoja contribuyó a introducir en Italia las doctrinas de la Pandectística alemana, facilitando de este modo que en la Italia de inicios del siglo XX se creará una elaboración doctrinal de gran relieve y originalidad (...) que permitió la elaboración de un cuerpo de doctrina que se distanció mucho del modelo legislativo; uno de los mayores artífices del renacimiento, no sólo del estudio del derecho romano, sino de la ciencia jurídica en general (...); fue más que nada un jurista —civilista y un romanista— con seguridad metodológica prácticamente de todos los aspectos de la romanística; agudeza crítica y de intuición del contenido; perfecto conocedor de la naturaleza de Derecho jurisprudencial que tuvo el ordenamiento jurídico romano; defensor de la unidad del saber jurídico por encima de las especializaciones y fue importantísimo para la renovación de la ciencia jurídica en general. En suma, tomó a los juristas romanos como sus verdaderos maestros. Con una pléyade de discípulos prestigiosos en la ciencia jurídica universal (p.e: Bonfante P., Riccobono S., Longo C.). En opinión de Scialoja V., acerca del nacimiento de la relación jurídica, “la única opinión que no pugna con la lógica es ésta: ninguno de estos elementos (los que dicen que la relación jurídica nace del hecho, y los que dicen que no es el hecho, sino la determinación del orden jurídico enlazada a este hecho es lo que da nacimiento a la relación jurídica), puede decirse que sea la causa exclusiva de la relación jurídica, sino ambos al mismo tiempo”. Scialoja V¹⁸., parafraseando a Windscheid¹⁹, aborda la definición del negocio jurídico más general con un sentido verdaderamente simplificador: Negocio jurídico es una declaración de voluntad privada que tiende a producir un efecto jurídico. Nuestro autor no descarta que es algo más complejo en realidad, pero siguiendo sus postulados se centra en lo que considera fundamental, destacando la nota común de todo negocio jurídico centrada en la exteriorización de la voluntad. El apoyo doctrinal que le brinda lo escrito por Windscheid parece despejar el horizonte de mayores complejidades, pues como es sabido esa definición generalizada representa también, exactamente y textualmente, la del

15 Véase la singular nota del traductor de la obra (p. XVII): BETTI E., *Teoría generale del negozio giuridico* (Turín, 1943; trad. Esp. A. Martín Pérez, Madrid 1949).

16 SCIALOJA V., *Negozi giuridici. Corso di diritto romano* (año académico 1892-1893; reimpr. Roma, 1933), trad. esp. por F. de Pelsmaeker (Sevilla 1942). Sobre la obra y bibliografía de Vittorio Scialoja, véase recientemente, TALAMANCA M., *Vittorio Scialoja (1856-1933)*, *Juristas Universales*, vol. 3, pp. 672

17 TALAMANCA M., *Vittorio Scialoja (1856-1933)*, *Juristas Universales*, cit., vol. 3, pp. 672

18 SCIALOJA V., *Negozi giuridici. Corso di diritto romano* cit., p. 24, n.2.

19 Cfr. FALK U., *Bernard Windscheid, (1817-1892)*, *Juristas Universales* cit., pp. 292 y ss.

maestro Windscheid. Incluso la afirmación doctrinal de este pandectista nos suministra un criterio que contribuye aún más al expurgo de complejidades, en principio. Me refiero al comentario de nuestro autor, amplio conocedor del concepto tan controvertido del negocio jurídico, cuando dice “que al ser éste un concepto científico creado por la jurisprudencia para sus fines propios, cada autor puede darle la forma que crea más apropiada, por lo que, en vez de discutir lo que deba ser el negocio jurídico, se debería exponer, simplemente, lo que cada cual entiende que es”. La concordancia de Scialoja V., con las posiciones de este cualificado representante de la Pandectística que contribuyó tanto a la moderna dogmática jurídica²⁰, impregnan su obra. En este sentido, escribe Windscheid B²¹, “<<negozio giuridico è una dichiarazione privata di volontà, che mira a produrre un effetto giuridico>>”.

Como en el caso de Betti, la respuesta y acogida de su exposición de la doctrina de los negocios jurídicos, donde acomete Scialoja V., con originalidad los grandes problemas de la voluntad, entre otros, encontró acogidas confirmadas gracias a los nuevos estudios y a la permeabilidad doctrinal en cuyo núcleo predomina siempre la amplia cultura jurídica, y también críticas –parcialmente conciliable con las fuentes romanas–, que sin menospreciar la labor científica de Scialoja, restaban vigor a la nueva corriente, si bien, en la mayoría de las ocasiones, sin llegar a situar las nuevas orientaciones en un hueco más de la literatura jurídica, desprovista de una relevancia específica.

2.3.- Ursicino Álvarez Suárez. El negocio jurídico en Derecho romano. (En perspectiva especialmente didáctica).

La formación científica de Ursicino Álvarez Suárez, predominantemente jurídica, como escribe A. d'Ors²², tuvo asimismo un enfoque de connotaciones análogas a las precedentes, publicando una de sus obras con el título “El negocio jurídico en Derecho romano (Madrid 1954)”²³. Si bien, como él mismo indica en la advertencia preliminar de su libro, lo hizo con un propósito de divulgación, más que de investigación propiamente dicha. Y en cuanto a la sistemática se refiere, teniendo siempre bien presente los resultados alcanzados en la investigaciones precedentes, como la de Scialoja, Longo y Betti, entre otras. El reconocimiento a estas iniciativas previas de la doctrina le llevó a plasmar algo más que una síntesis colmada de soluciones romanas en las que indudablemente, como es sabido, se apoyan estas posiciones. En correspondencia con su actitud inicial, define el negocio jurídico “como un acto de autonomía privada mediante el cual, los particulares regulan por sí mismo sus propios intereses, en relación con los intereses de otras personas, y a cuyo acto el Derecho objetivo atribuye unos efectos jurídicos precisos, de conformidad con la función económico-social característica del tipo de negocio realizado”²⁴.

20 Cfr. FALK U., *Bernard Windscheid, (1817-1892)*, Juristas Universales cit., pp. 292 y ss., esto es, un sistema de conceptos, principios e institutos jurídicos perfectamente diferenciados e internamente coordinados entre sí.

21 WINDSCHEID B., *Diritto delle Pandette*, I, trad. ital. a cura de FADDA y BENZA, rist. Torino, 1930, p. 202.

22 A. D'ORS, *Álvarez Suárez, Ursicino (1907-1980)*, Juristas Universales, vol. 4, pp. 716.

23 ÁLVAREZ SUÁREZ U. *El negocio jurídico en Derecho romano*, (Madrid 1954). Cfr. TORRENT A. *El negocio jurídico en derecho romano*, Oviedo 1984.

24 ÁLVAREZ SUÁREZ U. *El negocio jurídico en Derecho romano*, cit., pp.7 y ss., n. 2. Así, p. ej., el contrato de compraventa es un negocio jurídico. Mediante él, el comprador usando de su libertad de determinación y de resolución (autonomía privada), regula su propio interés de adquirir una cosa, en relación con el interés del vendedor de adquirir una suma de dinero en calidad de precio; y a ese acto, el Derecho objetivo atribuye unos determinados efectos, conformes con la función de tráfico e intercambio de productos que la compraventa realiza.

Citar ahora un elenco superior de los grandes juristas, reconocidos por todos, que han abordado estas tendencias más radicales modernas, con precisión minuciosa sobre aspectos del conjunto, o puntuales, de la nueva corriente científica, supera nuestro discurso actual. Si bien, los múltiples enfoques y la riqueza de los mismos han contribuido al intento de equilibrio de esta formulación sobre la teoría del negocio jurídico. Nuestro propósito consiste ahora, no en valorar con cada uno de los puntos cruciales de la vigorosa corriente doctrinal, sino en tratar de adaptar humildemente una exposición simple de lo existente, en aras a la mejor comprensión en el marco de la fenomenología jurídica.

2.4.- Matizaciones y convergencias.

De los ejemplos referidos en páginas anteriores (Scialoja V., Betti E., y Ursicino Álvarez), que se sitúan en un arco cronológico que supera los cincuenta años, podemos extraer algunas matizaciones y convergencias: Scialoja V., como nos recuerda Talamanca M²⁵, “contribuyó a introducir en Italia las doctrinas de la Pandectística alemana”; La aplicación del método histórico-dogmático en toda una serie de obras de Betti E., en palabras de Crifò G²⁶, “vino a significar un vuelco revolucionario de la relación entre Derecho romano y Derecho positivo y la neta superación de la Pandectística, como aparece especialmente en la *Teoría generale del negozio giuridico*; Ursicino Álvarez, con humildad y criterio divulgativo, contribuyó y propició la extensión de esta formulación previa, con renovado interés, en su libro sobre el negocio jurídico en Derecho romano, consiguiendo una síntesis, en la que se conjugaba la introducción de las doctrinas pandectísticas de Scialoja V., y la superación de las mismas proyectadas por Betti E., repleta de soluciones romanas. Aspecto éste que converge en los otros maestros, junto a la formación científica predominantemente jurídica, la fuerte dimensión histórica y el conocimiento de la naturaleza de Derecho jurisprudencial que tuvo el ordenamiento jurídico romano.

3.- IDEA DE LA SUPERACIÓN DE BETTI E., ACERCA DEL NEGOCIO JURÍDICO.

Partiendo de estas premisas, de la intensidad de la pandectística más depurada, pasando por la aparente superación de Betti E., para llegar a una síntesis expositiva repleta también aparentemente de soluciones romanas, podríamos tomar como referencia algunas notas comunes, algunas categorías homogéneas, y algunos datos en los que se reafirma el tránsito del dogma de la voluntad, al dogma de la declaración preceptiva de Betti E., y sus influencias; para continuar y determinar, en su momento, un ensayo sobre la articulación expositiva acerca de los elementos esenciales del negocio jurídico, donde también se aprecian muchas de las consecuencias cruciales de esta nueva orientación.

Betti E., a la luz de las categorías dogmáticas elaboradas por la pandectística, acondicionó sus investigaciones al derecho positivo y lo hizo, como él mismo reconoce, sin tener que prescindir ni renegar del trabajo de las generaciones de juristas formados en la escuela del Derecho romano. Si bien, como ya hemos esbozado, se desvincula de las definiciones más corrientes (p.e. de Savigny a Windscheid, Scialoja, etc. y la

25 TALAMANCA M., *Vittorio Scialoja (1856-1933)*, Juristas Universales, cit., vol. 3, pp. 672

26 CRIFÒ G., *Emilio Betti (1890-1968)*, Juristas Universales, cit., vol. 4, p. 220

mayoría de las precedentes²⁷), en las que el negocio jurídico se caracteriza como una manifestación de la voluntad –Willenserklärung- dirigida a producir efectos jurídicos. Lo que pusimos de relieve cuando decíamos que esta perspectiva se inspiraba en el famoso dogma de la voluntad. Para Betti E²⁸., esta definición no recoge la esencia, puesto que la esencia reside en la autonomía, en la autorregulación de intereses en las relaciones privadas; autorregulación que el individuo no debe limitarse a querer, a desear, sino más bien a disponer, es decir, actuar objetivamente. Con el negocio se señala un criterio de conducta, se establece una relación de valor normativo. La clave está en el puesto que ha de asignarse a la voluntad en la estructura del negocio, es decir, Betti E., únicamente rechaza la idea de que la voluntad se encuentre, en el negocio, en primer plano y de que la concordancia de los efectos jurídicos con la función o razón (causa) del negocio deba también ser querida, como se pretende cuando se postula una voluntad dirigida a los efectos jurídicos. La voluntad es fuente generatriz pero no contenido del acto. Unas apreciaciones de Betti E., que desmitifican el dogma de la voluntad y que relativizan la posición de los sostenedores de ello, al destacar como resultado una elaboración un tanto arbitraria en las fuentes romanas, la concepción individualista – que se inspira también en el dogma de la voluntad- que imperó en el Derecho natural del siglo XVII y XVIII – abstracta y, en opinión de nuestro autor, antihistórica-, lo que en definitiva induce a exagerar la contribución que esta voluntad aporta a la verificación del efecto y haciendo reconocer en ella su causa exclusiva o principal. Las correcciones a esta exagerada concepción de la voluntad se incrustan claramente en el enunciado de nuestro autor cuando le otorga a la voluntad simultáneamente algo objetivo, más próximo a lo que se entiende por disposición o precepto de la autonomía privada. (Recuérdese que el mismo Scialoja V²⁹., reconocía que el negocio jurídico es, en la mayoría de las ocasiones, una cosa más compleja que esa mera declaración de la voluntad privada que tiende a producir un efecto jurídico, por lo que esta especial naturaleza debería también reflejarse en su definición. Sin embargo, a lo largo de su estudio fija su atención en lo que para él es el elemento fundamental y la nota común de todo negocio jurídico: la exteriorización de la voluntad).

En realidad, en opinión de Betti E³⁰., parece que la voluntad se agota con la declaración o el comportamiento, y en ellos queda absorbida. En cambio, el defendido precepto de la autonomía privada de Betti E., surge por primera vez con la declaración y con el comportamiento, y, desde este mismo momento alcanza una existencia duradera y desprendida de la persona del autor -viviendo su propia vida-, incluso oponiéndose a la voluntad que lo engendró; en efecto, Betti E., considera que el precepto del negocio es, por su naturaleza normativa y no meramente psicológica, separable de la persona, y por lo tanto podría incluso oponérsele (también en las negocios unilaterales) y crearle

27 Me remito ahora a la extensa bibliografía citada por Betti E., a este respecto: BETTI E., *Teoría generale del negozio giuridico* cit., pp. 5 y ss.; s.v. *Negozi giuridici*, NNDI XI, pp. 208 y ss. Cfr. asimismo, la bibliografía citada por SCIALOJA V., *Negozi giuridici. Corso di diritto romano* cit., pp. 1 y ss., donde se acude a figuras como Ihering y Savigny, entre otros, pero destacando más frecuentemente las orientaciones de Windscheid; ÁLVAREZ SUÁREZ U. *El negocio jurídico en Derecho romano*, cit., pp. 3 y ss., que tras sus referencias doctrinales a Scialoja, Longo, Betti, Cariota Ferrara y Scognamiglio, entre otros, centra su discurso casi exclusivamente apoyado en soluciones romanas. Entre otros, cfr. TALAMANCA M., *Vittorio Scialoja (1856-1933)*, *Juristas Universales*, cit., vol. 3, pp. 672; CRIFO G., *Emilio Betti (1890-1968)*, cit., pp. 217 y ss.; SCHIAVONE A., s.v. *Negozi giuridici* cit., pp. 907 y ss.;

28 *Teoría generale del negozio giuridico* (Turín, 1943; trad. esp. A. Martín Pérez, Madrid 1949; trad. esp. Martín Pérez, con un estudio preliminar sobre el negocio jurídico como categoría problemática, a cargo de J. L. Monereo Pérez, Granada 2000), p. 59. (Nota: el n° de página que citemos en la elaboración de este estudio, coincidirá, especialmente, con el que se corresponde a esta última edición de Granada (2000).

29 SCIALOJA V., *Negozi giuridici*, cit., p. 24.

30 BETTI E., *Teoría generale del negozio giuridico*, cit., pp. 62 y ss.

un vínculo efectivo. En este contexto me parecen muy significativas algunas apreciaciones del mismo. Partiendo de la reacción al dogma de la voluntad -repleta de connotaciones de carácter mitológico y místico, en su opinión-, que debería ceder el paso a una clara demostración, por no estar en condiciones de explicar suficientemente la configuración de determinados negocios, que presentan una separación absoluta entre la voluntad -como hecho psíquico-, y el precepto del negocio, acudiendo nuestro autor a algunos ejemplos como (el contrato, el negocio condicional y el negocio *mortis causa*), nos parece conveniente centrarnos ahora en el ejemplo del contrato. En el contrato, según los seguidores del dogma - entre los que nuestro autor cita a Winscheid, Planck y Staudinger-, “del encuentro de las voluntades de los dos contrayentes surgiría una <<voluntad unitaria>>: la voluntad contractual. Ahora bien, prosigue Betti E., es evidente que aquí se confunde entre la voluntad como hecho psíquico interno (aquella que se <<encuentra>>) y la voluntad como precepto de la autonomía privada (la que surge del <<encuentro>>). En realidad, lo que engendra el precepto contractual no es un <<encuentro>> oculto o una mística <<fusión de los querer>>, sino el cambio de las respectivas declaraciones (oferta y aceptación) y su consciente congruencia (que es lo que se llama acuerdo o consenso), o la intencional reciprocidad o adecuación de los respectivos comportamientos. El acuerdo de las intenciones (<<común intención de los contrayentes>>) no tiene valor jurídico sino en función de tal cambio o reciprocidad y de tal congruencia”³¹.

El intento de Betti E., por resaltar la utilidad de su teoría, sin desconocer que en ocasiones se llega a entender por <<querer>> la misma cosa que <<declarar>>, lo que puede llevar a la confusión por los varios significados que tiene la palabra voluntad³², y el peligro de la ambigüedad, provoca una reflexión de especial consideración. Me refiero al modo de tratar lo que se conoce como el expediente de <<comportamiento normal>>. Una forma de remisión -a lo que se entiende por comportamiento normal (infeliz recurso que nos ofrece la dogmática actual, en palabras de nuestro autor) -, que parece muy habitual para liberarse de riesgos o tratar de remover o atenuar los equívocos, en la que se considera como normal en el negocio jurídico que lo declarado sea también lo querido, y, en cuanto al derecho subjetivo se refiere, que el titular del mismo sea también capaz de querer; y, como añade Betti E., que se debe presumir en el negocio que lo declarado sea <<querido>>, en el caso concreto, sin necesidad de prueba. Para finalizar este apartado destacaremos en síntesis la proclividad constructiva de Betti E., en su teoría general sobre el negocio jurídico, distanciándose de perspectivas de la dogmática precedente, que, como buen conocedor de las mismas, pudo afinar y reflexionar hasta nutrir su obra con un enfoque, quizá demasiado incisivo, pero colmado de probables soluciones añadidas, y con una predisposición personal a desmitificar el conocido <<dogma de la voluntad -declaración de la voluntad- >>, dejando recortado el uso del mismo en toda su obra, para calificar el negocio jurídico no como declaración de voluntad, sino como simplemente

31 BETTI E., *Teoría generale del negozio giuridico*, cit., pp. 64. Betti E., para corroborar su argumento se remite directamente a algunos ejemplos del C.C. italiano y español.

32 Los diferentes sentidos de la voluntad, sutilmente analizados en la teoría de Betti E., pueden verse en: Betti E., *Teoría generale del negozio giuridico*, cit., pp. 60 y ss. Se trata del continuo conflicto de la palabra voluntad, en atención a los diferentes sentidos que tiene: Unas veces significa el objeto, otras el contenido, otras la facultad o la actividad del querer. De ahí la dificultad para realizar la distinción entre voluntad -entendida como objeto o contenido del querer- y voluntad -entendida como facultad psíquica o hecho psicológico interno-. También se puede incurrir en la errada opinión, como advierte nuestro autor, de que la declaración, en lugar de servir para constituir a un precepto de la autonomía privada, viene únicamente a revelar un simple estado de ánimo, es decir, a evidenciar un hecho psíquico interno -el hecho del querer-, y que en este hecho psíquico, incontrolable por sí, afirma nuestro autor, consista y se agote la esencia del negocio jurídico”.

<<declaración>>, entendida como declaración preceptiva, reguladora de relaciones privadas: una configuración del negocio jurídico cuyo eje lo constituye el precepto de la autonomía privada. En su opinión³³, el precepto es conceptualmente algo establecido, expresado exteriormente en el medio social, y en consecuencia controlable sin posibilidad de equívoco. El precepto del negocio es, no sólo y no tanto resultado normal de una voluntad (este no es más que uno de sus aspectos, nos dice el autor), sino, especialmente, ejercicio de un poder en el círculo de los miembros sociales. Ejercicio –disciplinado por normas de validez y competencia– de aquel poder de autonomía que recibe su legitimidad del reconocimiento jurídico. Otra consecuencia, delimitar la autoresponsabilidad con estos presupuestos de Betti E., sería una posibilidad más (en palabras de Betti E.³⁴, “basta con que el autor del negocio fuese consciente de la trascendencia social de su propia actitud y, en consecuencia, pudiese advertir su significación objetiva en el ambiente social en el que la mantenía”). La corriente metodológica que impregna la mayoría de las obras de nuestro autor, especialmente ésta, *Teoria generale del negozio giuridico* (1943), como nos ha reiterado Crifò G.³⁵, “la constituye la aplicación del método histórico-dogmático –Derecho romano (1929, 1930, 1935, 1942), Derecho procesal civil (1933, 1936), Derecho civil (1943)—, lo que vino a significar un vuelco revolucionario de la relación entre Derecho romano y Derecho positivo y la neta superación de la pandectística”, como pusimos de relieve en párrafos anteriores.

3.1.- Notas sobre la metodología de Betti E.: Método histórico-dogmático.

Como ya hemos esbozado, uno de los máximos defensores de esta metodología puede decirse que ha sido Betti. Teniendo en cuenta la conocida Pandectística alemana, este autor parte de que la investigación de la historia del Derecho no puede prescindir del sistema mental del sujeto pensante y llega a concluir que el romanista debe aplicar a la investigación del Derecho Romano los esquemas dogmáticos modernos, aunque no entendidos como algo rígido, y exento de sensibilidad histórica³⁶.

Señala A.d’Ors³⁷, que lo que Betti viene a decir es que el romanista no debe prescindir de su educación jurídica, de su mentalidad jurídica actual. Si en algún punto nadie puede desmentir a Betti E., es en el de que el estudio del Derecho romano debe ser realizado por juristas³⁸. Evidentemente un jurista no debe prescindir de su mentalidad pero el error puede estar en prescindir de la realidad histórica de la dogmática actual y en querer amoldar la entidad que se estudia a tal dogmática. En este sentido se puede reconstruir el Derecho Romano con categorías y esquemas lógicos actuales para una mayor comprensión y ordenación, pero como se ha señalado por parte de la doctrina, solamente cuando han sido con una explícita referencia a la experiencia jurídica romana. Experiencia que como afirma García Garrido no permite afirmar que exista una dogmática jurídica en la jurisprudencia romana, ya que ésta nunca elaboró una ciencia ni una doctrina del Derecho que no fuera encaminada directamente a la práctica. La sistematización que supone la elaboración de categorías, atendiendo a los elementos comunes que presentan las instituciones, era utilizada por los

33 BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 70 y 72.

34 BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., pp. 71.

35 CRIFÒ G., *Emilio Betti*, cit., p. 220.

36 BETTI E., *Diritto Romano e dogmatica*, A. G. 99 (1928) pp. 129 y ss.; Id. *Educazione giuridica odierna e ricostruzione del Diritto Romano*, BIDR 39 (1931) pp. 33 y ss.

37 D’ORS, A., *Presupuestos críticos...*, cit., p. 131.

38 En este sentido, FERNÁNDEZ DE BUJÁN A., *Derecho público romano*, 7ª ed. cit., p. 46.

juristas en la medida en que servía para encuadrar los problemas concretos y distinguir las reglas y principios agrupándolos en categorías precisas y homogéneas³⁹.

El principal mérito de Betti, señalado por la doctrina, ha sido el intento de reconstrucción dogmática del Derecho clásico, y por ello su obra puede ser una valiosa contribución a la renovación de la romanística contemporánea⁴⁰. En este sentido favorecedor de dicha metodología dogmática se muestran Olgiati, Levy, Carnelutti y Pergolese, entre otros. En opinión de A. d'Ors⁴¹, la metodología de Betti E., ofrece mucho menos de lo que a primera vista puede parecer. Al reconocer que la dogmática moderna tiene un valor relativo y que su aplicación al estudio del Derecho Romano exige un proceso de adaptación, viene a mermar con ello, notablemente, la utilidad de tal dogmática y hasta la misma pretensión de método propiamente dicho. También cabe recordar que se manifestaron especialmente contrarios a la visión dogmática propuesta por Betti tanto De Francisci como Biondi. Con observaciones críticas muy interesantes pero de menor entidad se mostraron Riccobono, Wenger, Scaduto, Chiazzese, y Landucci, entre otros. El interrogante planteado por parte de la doctrina también induce a una reflexión: Cómo va a ser posible que podamos derivar tal instrucción crítica respecto a esta dogmática, si convertimos a esa dogmática en método de investigación para el mismo Derecho Romano. Fernández De Buján, A⁴²., parafraseando las opiniones a este respecto de Álvarez Suárez, De Francisci y Orestano nos recuerda otros puntos de vista que transcribo a continuación: Álvarez Suárez entiende por dogmática los principios y conceptos fundamentales que permiten construir unitaria y sistemáticamente un orden jurídico dado, como resultado de una abstracción realizada sobre sus instituciones jurídicas. El método dogmático propuesto por Betti, su más importante propugnador, parece consistir en la utilización de categorías jurídicas modernas en la labor investigadora, aunque no propiamente en trasplantar la llamada dogmática moderna al mundo romano, lo cual ciertamente supondría un falseamiento. A juicio de Betti, la dogmática se configura en torno al conjunto de conceptos y de principios que los cultivadores del Derecho privado y público moderno adoptan en el estudio de éstos... y a su propia mentalidad jurídica, es decir, la preparación que un jurista de nuestra época realiza en cuanto tal, respecto al conocimiento del fenómeno jurídico en abstracto. Observa Álvarez Suárez que este método supone la posibilidad de actuar sobre realidades históricas en busca de hechos que confirmen las líneas dogmáticas previstas, en conformidad con un sistema que se supone debió de recoger esas realidades que se quieren encontrar. Como afirma Biscardi, el conocimiento metodológico de cualquier ordenamiento jurídico en su reducción a sistema, constituye por sí mismo una actividad científica. La reconstrucción dogmática de las instituciones jurídicas constituyen una tarea llena de dificultades en la investigación romanística, si bien, sí es posible partir de la existencia de unos conceptos jurídicos básicos. Posiblemente haya sido De Francisci, prosigue nuestro autor, quien de modo especial se ha opuesto a la concepción de Betti. De Francisci, en busca de una mayor precisión de ideas, ha formulado su distinción entre Dogmática e Historia jurídica. La primera, según él, es un arte que mira a la aplicación práctica del Derecho. En cambio, la Historia del Derecho es el único modo de conocimiento científico de éste: sólo la Historia del Derecho es verdadera ciencia. Por eso no puede hablarse, según De Francisci, de investigación dogmática de un derecho histórico. Esta investigación es histórica también y no puede denominarse método dogmático. Orestano, a propósito del método de Betti e., señala que cualquier estudio que

39 GARCÍA GARRIDO M.J., *Derecho Privado Romano*, cit., pp. 91 y ss.

40 Véase, ORESTANO, *Introduzione allo studio storico del Diritto Romano*, cit., pp. 62 y ss.; GUARINO, *L'ordinamento giuridico romano*, 4ª Ed., Nápoles, 1980, pp. 320 y ss.

41 D'ORS, A., *Presupuestos críticos...*, cit., p. 37.

42 FERNÁNDEZ DE BUJÁN A., *Derecho público romano*, 7ª ed. cit., pp. 45 y ss.

queramos hacer de una experiencia pasada no puede realizarse sino a través de nuestros conceptos, y ello, además, porque los conceptos antiguos, debiendo ser objeto de investigación histórica, no pueden servir al mismo tiempo de instrumental para investigar sobre ellos mismos. Ahora bien, la actitud dogmática adoptada con extremado rigor, o sea, olvidando el dato histórico, puede llevar a extremos inaceptables.

En suma, las innegables aportaciones doctrinales acerca de ésta metodología, junto a las especiales previsiones conclusivas de las perspectivas de A. d'Ors, hasta la actualidad, en relación a las preferencias del método histórico-crítico como prevalente, encuentran fiel acogida también en las observaciones de nuestro autor, minuciosamente pormenorizadas en su análisis⁴³.

La doctrina reconoce, por lo general, que las distintas direcciones metodológicas que pueden ser seguidas no son en definitiva excluyentes de las demás; es bien sabido la pluralidad de métodos que utiliza la doctrina actual con gran libertad (comparativo, naturalístico, Textsufenforschung de Wieacker, histórico-dogmático -al que ya nos hemos referido-, marxista, casuístico y Dogmengeschichte), y que se han venido destacando a través de todos los siglos⁴⁴. No se han limitado a excluir -en general- toda relación historiográficamente significativa con el mundo jurídico romano, sino con mayor frecuencia a destacarlos como vertientes que pueden llegar a ser complementarios para el conjunto del conocimiento. Por ejemplo, siguiendo las líneas sintetizadas por Fernández De Buján A., en su manual, las cuales transcribimos, traemos a colación la metodología de investigación conocida como Dogmengeschichte que consiste en estudiar una figura jurídica desde Roma hasta la doctrina europea actual. En esta línea, entre otros autores, Calonge demostró que la solución romana es la que sigue vigente en el tema de la *emptio spei*, Alonso Pérez aclaró que en el artículo 1452 de nuestro Código Civil sigue vigente la solución romana, y De la Rosa estudió la evolución histórica de la permuta, desde Roma hasta el Derecho español actual.

Conforme a esta metodología, en opinión de Fuenteseca, principal impulsor de la misma en España, se persigue la actualización de los estudios de Derecho Romano, de acuerdo con el propósito de Aktualisierung de Koschaker, y se establece el vínculo de continuidad desde el Derecho clásico hasta el Derecho privado actual, con indudable valor formativo para el jurista español.

En 1947 Koschaker, es su obra *Europa und das römische Recht*, puso de relieve que el neohumanismo, al transferir la romanística del terreno dogmático-escolástico al histórico, ha transformado a éste en una ciencia en el sentido moderno de la palabra. Pero en cambio, a su juicio, este hecho la ha desnaturalizado desde el punto de vista de la Jurisprudencia y de la enseñanza jurídica. Para corregir esta desviación del romanismo hacia las ciencias históricas, halla Koschaker un único remedio en la creación de una disciplina que, al estilo del *mos italicus* frente al *mos gallicus* - que serían los estudios puramente históricos- mantenga su ligazón con el Derecho vigente. En opinión de Fuenteseca, en el pensamiento de Koschaker, aparte de alguna tendencia que ya ha sido criticada, late un fondo de verdad, en lo que se refiere al peligro de un desinterés de los juristas hacia el romanismo. Para este autor, es evidente que este peligro está en razón directa del mayor rigor científico que los estudios romanísticos adquieren, de tal modo que pudieran acabar interesando sólo a romanistas. Para De Francisci no hay razón suficiente para considerar al Derecho que tiene dignidad de ciencia - al Derecho histórico-

43 Cfr. FERNÁNDEZ DE BUJÁN A., *Derecho público romano*, 7ª ed., cit. 45-55; 192-198.

44 Sobre la riqueza del conjunto de las diferentes posiciones que nos ha transmitido la doctrina acerca de los distintos métodos utilizados por los estudiosos, puede verse un resumen en la extensa nota 44 de ALBURQUERQUE J.M., *Negocio jurídico. Elementos esenciales*, cit., Portal Derecho, www.iustel.com.

como servidor de la dogmática actual que acaso no sea más que un arte. Precisamente si ésta no quiere fosilizarse ha de valerse de los resultados de una ciencia del Derecho – la histórica-, cuyos progresos serán siempre más notables, cuanto más libremente y sin perjuicios extienda y perfeccione su exploración histórica. Para Fuenteseca, el sustrato ideológico que da validez a la metodología de la *Dogmengeschichte* es la convicción de la historicidad misma del Derecho. Señala, con toda razón, De Francisci que en la dogmática actual todos los conceptos fundamentales del Derecho privado se piensan y se expresan con formas y términos romanos aunque estos términos a veces se hayan imbuido de un contenido diverso. En el mismo sentido, señala Fuenteseca que en la mayor parte de los casos, salvo peculiarísimas figuras de la vida jurídica actual, la solución romana ha sido el nervio de la institución en la evolución secular, y sigue pesando con la fuerza decisiva de lo histórico del mismo modo que otras creaciones históricas son parte integrante del acervo cultural de Europa.

En suma, todas las corrientes metodológicas aparecen bien desmenuzadas y explicadas en la obra de nuestro autor⁴⁵, y en sus innumerables observaciones late, a mi juicio, un fondo de verdad que no dudo en compartir. Por ejemplo, en relación al método comparativo -con todas las reservas a las que alude el A. en su manual-, incluso podría recordarse con él, que la unidad de la ciencia jurídica, la consideración del Derecho como un agregado de experiencias colectivas y la deseable interdisciplinariedad, avalan esta metodología investigadora. Álvarez Suárez afirma que es posible, en esencia, situar –el método comparativo- dentro del método histórico. Según dicho autor este método descansa en el supuesto de que los fenómenos culturales de los pueblos atraviesan semejantes o parecidos procesos, por lo que las lagunas que ofrece el estudio de algunos de ellos pueden ser colmadas mediante una prudente comparación con los demás. Como una consecuencia de la utilización de este método, no sólo sería posible conocer y acabar de definir un instituto jurídico sino también determinar las influencias ejercidas en él por Derechos extraños. Por otra parte, como escribe el A., sólo una sólida formación histórica y filosófica, capaz de aportar al análisis elementos de comparación, conciencia de la relatividad y de la flexibilidad de las soluciones jurídicas, y capacidad de crítica, frente al riesgo de la sacralización de la ley positiva, puede dar asiento riguroso al saber jurídico. Muchas de las corrientes metodológicas referidas pueden ser usadas como hipótesis para abrir nuevas perspectivas o denunciar errores o deficiencias, teniendo en cuenta que no dejan de formar parte de la riqueza de puntos de vista del investigador. Algunas corrientes de opinión centradas en otra concepción metodológica son susceptibles, en esencia, de utilizarse adecuadamente para reforzar el método que proponemos como más adecuado. En este sentido, un punto de particular atención me parece la previsión de Biscardi que admite que el conocimiento metodológico de cualquier ordenamiento jurídico en su reducción a sistema, constituye por sí mismo una actividad científica. Asimismo, las sombras del interpolacionismo han multiplicado de forma considerable el material del cual disponemos los romanistas y facilitado el conocimiento más definitivo en todos los ámbitos de nuestros estudios romanísticos⁴⁶.

45 Cfr. las recensiones de ALBURQUERQUE J.M., a esta obra, FERNÁNDEZ DE BUJÁN A., *Derecho público romano*, 6ª y 7ª ed., en RGDR 1 y 3 (Madrid 2004).

46 Del mismo WIEACKER (autor del tantas veces citado *Textstufen Klassischer Juristen*, Gotinga 1960) y su tratado *Römische Rechtsgeschichte –München 1988-*, que engloba las pautas fundamentales del desarrollo de la ciencia romanística en los últimos cincuenta años, nos interesa destacar ahora con WOLF, J.G.Franz *Wieacker, (1908-1994)*, cit., pp. 538 y ss., que la configuración histórica total, que le otorga el autor al contenido del tratado, abre la historia del Derecho romano a una afluencia interminable de las fuentes de conocimiento de todas las ciencias empíricas de la Antigüedad. El material de base que ha de dominarse es, evidentemente, inmenso. (Wieacker), no podía limitarse a una mera exposición crítica del estado de la investigación romanística. Lo que nos ofrece en ella es, más bien, una revisión prácticamente de todos los aspectos de la creación jurídica, como parte del proceso intelectual general”. El tratado, al tener por objeto, no la historia

4.1.- Negocio Jurídico. Elementos Esenciales

En relación al esquema del Negocio Jurídico y sus elementos esenciales que pretendemos elaborar, quiero dejar constancia que será el resultado del seguimiento doctrinal específico al que ya hemos hecho referencia con anterioridad (Scialoja V., Betti E., y Álvarez Suárez U., especialmente) y, probablemente, con oportuna reserva en algunos planteamientos y conjeturas particulares.

La escasa manualística que a abordado esta iniciativa, tras numerosas advertencias de que se trata de una perspectiva moderna que no se estructuró así en la jurisprudencia romana, aunque evidentemente encuentra el apoyo para una extracción de estas características en el arsenal de las fuentes jurisprudenciales romanas, y aclarando que se trata de conjugar los resultados de la dogmática moderna, sin alterar demasiado los rasgos característicos que ofrecen las distintas soluciones pormenorizadas por los jurisconsultos clásicos, desde una posición didáctica, suele destacar –en líneas generales–, la idea sobre el concepto de Negocio Jurídico, los matices evidentes en la concepción de las relaciones jurídicas, hechos jurídicos y negocios jurídicos, actos jurídicos, y actos de Derecho, las diferentes formas de manifestación de la voluntad, voluntad y manifestación haciendo, asimismo, referencia a los vicios de la voluntad, las clases de negocios jurídicos (unilaterales y bilaterales; onerosos y gratuitos; *inter vivos* y *mortis causa*, solemnes y no solemnes; causales y abstractos). Acerca de los elementos esenciales, *essentialia negotii*, el análisis de la forma, contenido y causa, constituye el tratamiento más usual para los mismos (algunos prefieren hablar de elementos esenciales comunes y destacar entre ellos, la capacidad del sujeto, la voluntad interna, la declaración o exteriorización, y la concordancia entre la voluntad interna y la voluntad declarada, sin hacer referencia expresa a la causa que se desprende del conjunto⁴⁷). En relación a los elementos accidentales, condición, término y modo, nos remitimos a lo expuesto por Bustelo A., en este mismo marco del Portal Derecho www.iustel.com, al que ya nos hemos referido.

4.2.- Concepto de Negocio Jurídico:

Ceñidos a la elaboración jurídica más moderna, podría entenderse, no como una simple declaración de voluntad privada que tiende a producir un efecto jurídico, sino más bien, como algo más complejo y completo: lo que vendría a suponer una definición en la que prevalezca la idea de que se trata de un acto, declaración o precepto de autonomía privada por el que los individuos establecen y regulan por sí mismos –autorregulación vinculante– los propios intereses, que reciben su legitimidad del reconocimiento jurídico, y, como consecuencia, es el orden jurídico el que a su vez atribuye una serie de efectos jurídicos específicos, en consonancia con la propia esfera dispositiva económico-social, que habrá determinado las tipicidades propias del tipo de negocio planteado.

Un ejemplo comentado por Álvarez Suárez U⁴⁸., podría servirnos para una mejor comprensión: El contrato de compraventa es un negocio jurídico. Mediante él, el com-

de las instituciones, preceptos y dogmas jurídicos de Roma, sino la historia de la creación del Derecho, “sirve para caracterizar principalmente las condiciones generales del nacimiento del ordenamiento jurídico, después de la legislación, del Derecho administrativo y del Derecho imperial, de la jurisprudencia y de la literatura jurídica y finalmente las estructuras de base de carácter político, económico y social de los municipios romanos en el periodo histórico correspondiente, como marco necesario de la creación jurídica (pág. 6)”.

47 Por ejemplo, ARIAS RAMOS J. –ARIAS BONET J.A., *Derecho romano* I, 18ª ed., Madrid 1986, p. 125.

48 ÁLVAREZ SUÁREZ U. *El negocio jurídico en Derecho romano*, cit., p. 7, n. 2.

prador, usando de su libertad de determinación y de resolución (autonomía privada), regula su propio interés de adquirir una cosa, en relación con el interés del vendedor de adquirir una suma de dinero en calidad de precio; y a ese acto, el derecho objetivo atribuye unos determinados efectos, conformes con la función de tráfico e intercambio de productos que la compraventa realiza.

Acto, declaración o precepto, no como simple declaración de voluntad, sino caracterizado por su naturaleza normativa y no meramente psicológica –que indudablemente también subsiste–: precepto de la autonomía privada conforme a la autorregulación sustancial y vinculante de los propios intereses. Es el individuo el que exterioriza, dispone y actúa la regulación vinculante de sus propios intereses. Actos de autonomía privada que en opinión de Betti E., se comprueban que nacen espontáneamente de las iniciativas sociales, lo que es, en mi opinión, producto de una observación muy intensa, real y sociológica, a la que concede también cierta prevalencia en el análisis de su teoría sobre el negocio jurídico⁴⁹.

4.3.- El negocio jurídico: vertebración de sus elementos esenciales:

La distinción que realiza la pandectística sobre los elementos que configuran esta noción, se puede sintetizar así: *essentialia negotii*, elementos esenciales (se llaman elementos esenciales porque sin la concurrencia de los mismos, absolutamente necesarios, el negocio no tendría existencia⁵⁰, teniendo en cuenta que constituyen su propia esencia y naturaleza); *naturalia negotii*, elementos naturales (el derecho objetivo sobreentiende que este tipo de elementos forman una parte integrante del modelo de negocio concreto y pretendido por las partes; y, por este motivo, si ellas no determinan su exclusión específicamente se entenderá que coexisten sustancialmente, y con todos sus efectos, en el contenido del negocio –p.e., respecto a la compraventa, señalaríamos la garantía por evicción–. Como tiene escrito Arias Ramos J. – Arias Bonet J.A.⁵¹, “el estudio de detallado de estos grupos de elementos no puede hacerse en general, sino referido a cada tipo particular de negocio, porque cada uno de éstos requiere elementos distintos esen-

49 Cfr. BETTI E., *Teoría generale del negozio giuridico*, cit., pp. 57 y ss. Recuérdese que de los comentarios que configuran su concepción sobre el negocio jurídico, no sólo se trataba de situar la voluntad a un segundo lugar, sino, teniendo en cuenta la existencia en nuestras sociedades de la propia esfera dispositiva sobre los intereses y la autorregulación que disponen los individuos en la franja de la mencionada autonomía privada, la observación real y sociológica (el matiz sociológico, justificado por su génesis y su función), supone un punto de apoyo para sus conclusiones.

50 Cfr. SCIALOJA V., *Negocios jurídicos*, cit., p.73, “al menos como negocio de aquella determinada clase –pretendida–”.

51 ARIAS RAMOS J. – ARIAS BONET J.A., *Derecho romano I*, 18ª ed., Madrid 1986, p. 124. Una consideración extraída de una parte de la manualística que nos sirve como referencia para ver cómo se intenta encajar este tema. Otros, aún partiendo de su inclusión como tema específico en su manual, y definiendo el negocio jurídico desde la perspectiva más tradicional de la pandectística, a la hora de su vertebración y desarrollo, encaminado a destacar lo más propiamente romano y teniendo claro que la teoría del negocio jurídico es fruto de un proceso de abstracción, realizado por los pandectistas y la civilística de la hora presente, analiza el concepto y clases de negocios jurídicos, formas de manifestación de la voluntad, vicios de la voluntad, la ineficacia, la convalidación y los elementos accidentales, sin pronunciarse sobre los elementos esenciales, que es, asimismo, una de las clasificaciones más propias de la pandectística. En este sentido cfr. IGLESIAS, J., *Derecho romano. Instituciones de derecho privado*. Barcelona 1987, pp. 177 y ss. Algunos, partiendo de los mismos criterios ya referidos, se trata de una elaboración abstracta de la pandectística, una creación moderna, pero extraída de las fuentes romanas, no obstante, destacan claramente que su utilización, aplicado al derecho romano, no implica riesgos de deformación histórica. Así lo refiere TORRENT A., en su manual, *Manual de derecho privado romano*, Zaragoza 1995, pp. 27 y ss., en el que no duda en analizar, con las observaciones precedentes, el problema práctico de la autonomía privada, el concepto de negocio jurídico, con una síntesis de la postura de Betti E., las clases de negocios jurídicos -las categorías homogéneas de negocios jurídicos-, los elementos esenciales del negocio (forma, contenido y causa) y los elementos accidentales (condición, término y modo).

ciales y naturales, y son también diversos en cada caso los accidentales que el arbitrio de los sujetos adiciona”. Si bien, entre los elementos esenciales “hay algunos que son comunes a todos los negocios”.⁵²

4.4.- Elementos esenciales del negocio jurídico.

Essentialia negotii, elementos esenciales: como ya hemos señalado en el párrafo anterior, se denominan así por la pandectística⁵³, en atención a la necesidad de que estos elementos concurren en el negocio, como algo absolutamente imprescindible, para la existencia del negocio, teniendo en cuenta que constituyen la propia esencia del mismo.

La clasificación de estos elementos que tienen necesariamente que estar presentes en cualquier modalidad de los negocios jurídicos pretendidos, podemos esquematizarla de la siguiente manera: forma, contenido y causa⁵⁴.

4.5.-Forma.

En relación a la forma, lo primero que se nos viene a la mente, es el exhaustivo y riguroso formalismo romano, centrando su atención -en los primeros tiempos- en unos cuantos modelos de contenido específico y taxativo para el tráfico comercial y su paulatina y lenta predisposición a la entrada de nuevos y variados sistemas negociales (más abierto ya en el época postclásica). Si bien, con un trazado evolutivo suficiente y de calidad inigualable para dar acogida a las nuevas necesidades de cada época; y todo ello de una forma extraordinaria. No obstante, con esta nueva perspectiva de la pandectística, en la que el eje sobre el cual gravitan ciertas liberalidades aparentes de la dogmática moderna, lo constituye de especial forma la autonomía de la voluntad, nos parece necesario y más fácil alcanzar la esencia del significado dedicándole ahora unos párrafos al análisis de uno de estos elementos esenciales y primordiales: la forma, con sus dos posibilidades de presentación: como declaración -de voluntad-, o comportamiento. En realidad la forma no es otra cosa, como escribe Betti E⁵⁵., que la posibilidad objetiva de reconocimiento de una actitud, dentro del ambiente social en el que se ha producido.

⁵² A propósito de los *accidentalia negotii*, elementos accidentales, me remito a lo expuesto recientemente por GONZÁLEZ BUSTELO A., *Elementos accidentales del Negocio jurídico*, en Portal derecho. www.iustel.com, cit., pp. 1 y ss. En la exposición de esta clasificación, condición, término y modo, con los matices que nos aporta la autora, condición, *dies incertus* y *condicio*, como si se tratase de expresiones sinónimas utilizados por la jurisprudencia romana; término, *dies certus* para la jurisprudencia romana; y modo, *modus*, que no siempre es utilizada en las fuentes en el sentido técnico que ahora interesa, queremos destacar la reiterada corroboración por la autora de que se trata de una mera transcripción por parte de la doctrina de algunas clasificaciones procedentes de la pandectística, sin mayores profundizaciones y explicaciones, salvo decir que la procedencia no es romana, y, en su opinión, la escasa preocupación de los juristas por las construcciones y clasificaciones sistemáticas.

⁵³ Cfr. SCIALOJA V., *Negocios jurídicos*, cit. p. 73 y 79 y ss. Los *essentialia negotii* se enlazan inmediatamente con la función que constituye la causa, nos dice este autor (p. 79).

⁵⁴ Para BETTI E., *Teoría generale del negozio giuridico*, cit., p. 8, la forma y el contenido, es objeto de tratamiento preferente en el marco de la estructura del negocio jurídico (cap. 2), en cambio, la causa del negocio jurídico la introduce en el análisis de la función del negocio jurídico (cap.3), a diferencia de las propuestas didácticas más corrientes, como la que hemos esbozado en ese apartado.

⁵⁵ BETTI E., *Teoría generale del negozio giuridico*, cit., p. 111. “Mientras que la manifestación es algo más, porque requiere conceptualmente una proyección, más o menos consciente, hacia otros sujetos y, por tanto, no se distingue en sustancia de la declaración”. Sobre los problemas de la expresión, declaración mediata e inmediata, la emisión (por escrito u otros medios), criterios de determinación de los destinatarios (concreto, o con carácter genérico -comunicaciones llamadas no recepticias-, y el criterio de la recepción, véase, de este mismo autor, pp. 117 y ss.

La declaración, que no represente exclusivamente un acto encuadrable puramente en una reacción psíquica desprovista de trascendencia social y jurídica. Es decir, como perfil externo del negocio, puede decirse que se trata de un acto por el cual se hace reconocible y patente, conscientemente, el pensamiento de uno mismo y que se transforma en expresión objetiva, que puede percibirse y apreciarse por otros sujetos que puedan tomar conciencia de ello; por estar precisamente inserta la expresión externa en correspondencia con el panorama social en el que se vierte la declaración. La declaración podrá realizarse, indistintamente, de forma oral –predominante en el contexto romano de los primeros tiempos–, o de forma escrita –con mayor auge en la época post-clásica romana–.

Acercas del comportamiento, como acto apreciable en el contexto social y jurídico con la consiguiente trascendencia, supondrá, probablemente –para que se funde también en el mismo criterio que la declaración, aunque éste sea un acto o actitud sin valor declarativo– un esfuerzo de captación que podrá implicar –para asumir el hecho de que perfecciona su resultado con un cambio o modificación objetiva en la preexistencia del hecho motivador– que el acto sea suficientemente operativo en el conjunto social y jurídico para establecer la regulación y ordenación de intereses.

Como ejemplos podemos traer a colación un comportamiento que también puede materializar un negocio, la ocupación –*occupatio*– que, como es sabido, es uno de los modos originarios de adquirir la propiedad a través de la toma de posesión de una cosa que no dispone de dueño –*res nullius cedit occupanti*–, luego puede desembocar en la adquisición de la propiedad de alguna cosa con todas las circunstancias jurídicas y negociales que derivan de este comportamiento; y la derelicción –*derelictio*–, que en el ámbito de la pérdida de la posesión –*animo et corpore*– se da cuando se produce el consciente y voluntario abandono de la cosa. En definitiva, vinculará a su autor especialmente, o quizá únicamente, cuando el comportamiento esté en plena consonancia con su intención efectiva; al no haber creado las expectativas que genera habitualmente la declaración, como expresión objetiva de autonomía privada, respecto a los demás sujetos, con los riesgos y responsabilidades que puede llegar a suponer, el comportamiento simple y puro, que no siempre requiere el conocimiento de otros sujetos, podría desligarse de los vínculos mencionados, y como nos dice Betti E.⁵⁶, “existirá sólo la cuestión de apreciar si se halla el agente en un grado tal de conciencia de las circunstancias concomitantes que permita estimar concluyente su modo de comportarse”. Finalmente señalar que se trata de una forma trascendente en el contexto social suficientemente admitida y que sin una forma de estas características – actitud ostensible y relevante-encuadrable en el mismo, no tendría el efecto pretendido.

Notas generales. En suma, volviendo a la idea de forma, habrá que decir que debe tener adecuación e idoneidad, para el sujeto y en general; en los negocios declarativos, expresión adecuada en el marco del lenguaje convencional, que plasme el interés con claridad y eluda las ambigüedades, explícito, concreto y completo, para que consiga el valor jurídico que atribuye el correspondiente contenido esencial del negocio jurídico. El comportamiento, deberá adquirir el rango de conducta concluyente, coherente, que pueda llegar a adquirir significado respecto a los intereses que afectan al marco jurídico.

Los dos sentidos posibles de la declaración, es decir, directa o indirecta, se explican acertadamente en los ejemplos que nos proporciona Álvarez Suárez U⁵⁷.

56 BETTI E., *Teoría generale del negozio giuridico*, cit., p. 115.

57 ALVAREZ SUÁREZ U., *El negocio jurídico en Derecho romano*, cit., p. 15 n. 7.

- A.- Manifestación directa de voluntad por medio de palabras, son las que se pronuncian por ambas partes en la *stipulatio*, ya que expresan directamente la voluntad de obligarse;
- A 1.- Manifestación directa por una conducta, levantar la mano en una subasta (conducta positiva), o guardar silencio el demandado en la *in iure cessio* (conducta negativa, omisión).
- B.- Manifestación indirecta de voluntad por medio de palabras, es la reclamación verbal de un crédito que forme parte de una herencia, ya que exterioriza la voluntad de aceptar ésta;
- B 1.- Manifestación indirecta por una conducta positiva, es la aceptación de los intereses de un crédito ya vencido, pues exterioriza la voluntad de prorrogarlo;
- B 2.- Manifestación indirecta por una conducta negativa, la no reclamación de un crédito en la fecha del vencimiento, lo que puede implicar igualmente la voluntad de prorrogar su plazo. (Obsérvese que la exteriorización de la voluntad por medio de hechos (voluntad tácita) puede, indistintamente, ser una manifestación de voluntad directa).

En el marco de los esquemas doctrinales acerca de la exteriorización de la voluntad, se suelen hacer más clasificaciones, que si bien se desprenden de nuestros comentarios previos, quizá conviene señalar ahora:

Me refiero a la clasificación que distinguen entre las realizadas por gestos, signos, indicaciones, actitudes o actos de la persona –conductas concluyentes, entendidas, al menos, como idóneas y con valor de indicio para justificar claramente la deducción más acertada y segura- y las declaraciones propias expresadas mediante palabras, y las realizadas mediante lenguaje escrito. A propósito de las primeras cabría recordar: El silencio (reconocido por la ley, o con significado objetivo por una costumbre dominante en determinados grupos, prácticas asumidas en un determinado contexto negocial, acuerdos o hábitos de los propios contrayentes, etc.)-, por ejemplo, en los esponsales el consentimiento de la *filiafamilias* no tenía necesariamente que ser expreso, podía guardar silencio, simplemente, y se entendía que aceptaba, consentía; otro ejemplo más relativo, podría extraerse de los actos realizados con la intención de contraer las nupcias o matrimonio; en los primeros tiempos, como señalan algunos autores parece que uno de los requisitos indispensables (en Derecho romano clásico), para su total efectividad consistía –no sólo en el consentimiento de los contrayentes-, sino también el consentimiento expreso del *paterfamilias*, si bien, la mayoría de los estudiosos, apoyan la idea que considera completamente válido el mero silencio; se entiende que el *paterfamilias* estaba consintiendo con su silencio al no mostrar su oposición expresa. El silencio⁵⁸, en general –objeto de gran polémica doctrinal-, no es que equivalga exactamente y absolutamente a una declaración con todo lo que supone, y menos en perspectiva histórica inicial, que al parecer solamente habría que otorgarle virtualidad jurídica cuando se desprenda esta posibilidad según lo que preconiza el derecho. Un ejemplo podría corroborar la idea: El derecho concede eficacia negocial en ciertos supuestos claros –*mancipatio* e *in iure cessio* romana-. Si bien, el silencio, o, el comportamiento omisivo, o, el comportamiento inactivo, o, la omisión consciente –como lo denomina Betti⁵⁹-, cuando se trata de extender su eficacia más allá de los límites sugeridos como legítimos, previstos

58 Cfr. WIDSCHIED., *Pandette, trd. ital.*, cit., 1. 420.

59 BETTI E., *Teoría generale del negozio giuridico*, cit., p. 126

y ya señalados anteriormente, a pesar de tener el sujeto capacidad y posibilidad de expresarse ante los intervinientes interesados, parece que podría llegar a tener efecto de declaración silenciosa –como manifestación de consentimiento verdadero-, cuando haciendo un esfuerzo añadido se pueda conectar con una relación determinante, lógica y provista de un nexo que permita su reconocibilidad como concluyente, con su correspondiente eficacia vinculante. (Se debe tener en cuenta siempre, que el silencio no haya sido causado por circunstancias tales como engaño, amenazas o inducción forzada).

El *nutus*, al que nos hemos referido –movimiento de la cabeza- puede perfectamente representar asimismo una declaración de voluntad, es susceptible de representar una cierta toma de posición respecto algunos intereses.

Declaraciones formales y no formales, solemnes y no solemnes, expresas e implícitas. Las primeras tendrán que seguir el procedimiento establecido por el ordenamiento, la ley determinada, la solemnidad requerida, o los ritos previstos en su contexto social, para gozar de la validez absoluta en el marco negocial. Sin estas previsiones, ineludibles, en las declaraciones referidas –también llamadas solemnes- la nulidad del negocio es la que prevalece. En las antiguas construcciones romanas, en torno al conocido *ius civile*, el formalismo constituye la base esencial, y determinante, para dar eficacia en la tipicidad negocial de la época. La solemnidad oral, con las connotaciones de rigidez, prevalece sobre la escrita; que se introduce en Roma posteriormente por ciertas influencias del mundo helenístico. Son expresiones como esta las que nos corroboran esta preferencia romana: *certa et solemnia verba*. Recuérdense los denominados, a veces –con las matizaciones ya expuestas-, negocios⁶⁰ civiles más antiguos de la experiencia romana, en los que se advertía que la forma determinada y las palabras (*certa et solemnia verba*), constituían el elemento fundamental para el *ius civile*: los *gesta per aes et libran*; *actus legitimi* –solemnes y verbales-: la *sponsio* (negocio solemne desde la *lex duoecim tabularum*), oral –*verbis*-, palabras propias del ritual -; entre las actitudes simbólicas y los gestos aludidos podríamos señalar asimismo, la aprehensión realizada con la mano sobre un determinado objeto o sujeto, tocarlos de una determinada forma ritual, por ejemplo, con una varita, etc. En suma, una serie de probables actitudes solemnes y ritualizadas, gestos simbólicos, que se pueden observar en las actividades encuadrables en la esfera negocial romana, con rigidez y plasmación *verbis*, son las que impregnan de singular manera el acendrado formalismo del *ius civile* romano, en la que el vínculo fundamental surge y proviene de la solemnidad de las palabras pronunciadas.

Las declaraciones no formales –impropias de la cultura jurídica romana primitiva, en principio-, como su propia denominación permite suponer, no están sometidas a ninguna ritualidad, solemnidad, forma, normativa impuesta por el Derecho, etc., para que puedan adquirir reconocimiento negocial. Si bien, las oportunidades de flexibilizar el derecho más tradicional –*ius civile*- mediante el conocido *ius gentium*, propició que el panorama negocial –especialmente del comercio internacional de la época-, protegido por este derecho, se acondicionara y acomodara a las nuevas exigencias menos formalistas. Es decir, consiguió una disminución o caída del formalismo más proclive a ceder el paso a una mayor relevancia y atención de los elementos causales y de contenido de la actividad negocial.

Las declaraciones expresas e implícitas. Simples deducciones lógicas nos permiten entender esta otra clasificación doctrinal: como declaraciones expresas, evidentemente, tendremos que hablar de las formales ya referidas; en relación a las no formales, según nuestros enunciados anteriores, habrá que considerar la posibilidad de encuadrar-

60 El mismo término *negotium*, escribe IGLESIAS J., *Derecho Romano*, cit., p. 178., no tiene, ni mucho menos, el significado que actualmente le atribuimos.

las en ambos sentidos: podrán ser expresas o no. Según las exigencias de cada tipo de negocio. El sentido inicial que siempre debe prevalecer para dar efectividad objetiva a la declaración –tanto expresa como no expresa- debería ser, en principio, la claridad y certeza emergente de la misma para evitar errores en la presunción y finalidad negocial pretendida. Si bien, es algo que sería más fácil de conseguir en las realizadas de forma directa, y menos fácil, en las que su interpretación deba suponer la interpretación de declaraciones enmarcadas –con mayor o menor rigor técnico y etimológico- entre las tácitas, *facta concludentia*, o declaraciones implícitas, en las que la suposición, la lógica y la inducción indirecta deben esmerarse para captar la finalidad negocial concreta. A este propósito nos parece acertado el ejemplo referido por J. Arias Ramos- J. A. Arias Bonet⁶¹. “El cliente que consume los géneros que un comerciante le envía con la nota de precios, acepta implícitamente la oferta de compra; el heredero que cobra un crédito y paga una deuda del difunto, da a entender con ello que ha aceptado la herencia”.

Las declaraciones preceptivas, dispositivas o constitutivas u ordenadoras; y enunciativas o representativas. Se trata de una clasificación que desvela su utilidad inmediata y que nos servirá asimismo para esclarecer, en su momento, los perfiles más relevantes sobre el auténtico contenido del negocio jurídico. Acerca del primer grupo mencionado, en el que la equivalencia y la sinonimia se desprende de la propia nomenclatura utilizada para describirlas (preceptivas, dispositivas, constitutivas u ordenadoras), habría que decir que más bien su función tiende a reflejar la asunción del contenido con valor normativo, como consecuencia irá unido a la forma constitutiva –será, por tanto, inseparable-. Para no confundir el elemento subjetivo –con apariencia de lógica consonancia, puesto que puede ser normal que acompañe a la conciencia una voluntad del contenido, si bien, no tiene porque ser necesario - con el elemento objetivo de la declaración, es decir, que no se produzca la confusión entre el elemento psicológico con el elemento normativo de la declaración; el ánimo interno con el despliegue de consecuencias para la eficacia en el contexto del ambiente social externo, se utiliza por parte de la doctrina la clasificación expuesta en el segundo grupo: enunciativas o representativas: con la mera intención de enunciar algo existente; la diversidad de su tenor literal –que no es decisivo- explica que la forma exterior no tiene porque tener una predeterminación, y, probablemente, en sentido técnico y estricto, ni siquiera debería presuponerse, en principio, el significado objetivo que en la apreciación social pudiera ocasionar. Si bien, hay que advertir que, indudablemente, no deberíamos distanciarnos demasiado de la conciencia y la intención, lo que puede suponer, en algunas ocasiones que el significado preceptivo aparezca como implícito incluso en una declaración enunciativa o representativa, como se desprende de las observaciones de Betti E⁶²., “ya de tenor asertorio (piénsese en el formulario de la *mancipatio* romana: *hunc ego hominem meum esse aio ex. I. Q.*), ya de tenor confesorio (declaración de haber recibido, cuando acaeree deber de restitución).

En ocasiones, el lector tendrá la misma sensación que yo. Nos encontramos con frecuencia en la exposición y desarrollo de este peculiar tema, negocio jurídico, con un aparente encuentro en el que asoman, quizá, con demasiada frecuencia, las apreciaciones más deducibles en el simple campo de la obviedad y la lógica; lo que nos podría hacer pensar incluso en la posible innecesariedad de una exposición colmada de una especie de pleonasmos recurrentes; si bien, no debemos olvidar que el cauce de algunas exposiciones sistemáticas de estas características implica, a su vez, una actitud analógica que permita conservar cierta fidelidad expositiva de los esquemas realizados por la doctrina, por lo que pienso que no sería lo más acertado abusar de la síntesis.

61 J. ARIAS RAMOS- J. A. ARIAS BONET., *Derecho romano I*, cit., p. 129.

62 En este sentido, cfr., BETTI E., *Teoría generale del negozio giuridico*, cit., loc. cit.

4.6.- Contenido.

Si recordamos las puntualizaciones de Betti E⁶³., ya referidas en epígrafes precedentes -en el defendido marco del precepto de la autonomía privada (la génesis de esta autonomía se encuentra generalmente fuera del derecho; es decir, en el contexto de la vida social), autorregulación de intereses-, hay que pensar que el contenido de la declaración o comportamiento es el elemento esencial que configura el propio negocio jurídico. Pues sólo adquiere este rango relevante cuando tal declaración consiga transmitir un contenido preceptivo correlacionado con una materia enmarcada en la mencionada autonomía privada. Una regulación de intereses propios, con reconocido valor vinculante socialmente, destinada en su momento a elevarse a precepto jurídico. En aras a una mejor comprensión e interpretación de lo expuesto, me parece conveniente advertir con Betti E., lo siguiente: no es ya -como frecuentemente se repite- que la voluntad privada por sí sola, por virtud propia, sea causa inmediata del efecto jurídico, ya que sin un orden jurídico que establezca el nexo funcional tal efecto no es siquiera reconocible. Sino es que aquí el supuesto -supuesto de hecho va antes que su efecto- a que el efecto jurídico se enlaza contiene él mismo un precepto de la autonomía privada, cuyo reconocimiento por parte del orden jurídico representa en su esencia un fenómeno de recepción. El orden impuesto por las partes a sus intereses es valorado por el Derecho según sus puntos de vista, hecho propio con las modificaciones oportunas y traducido en los términos de un precepto jurídico”. El precepto de la autonomía privada es como, prosigue el autor, inmediatamente operante -constitutiva- de los efectos jurídicos que corresponden a su auténtica función económico-social. Por tanto, acerca de la determinación y la delimitación del contenido típico de un acto jurídico, podría decirse con el autor, que escapa a la iniciativa individual y entra en la competencia de la conciencia social y del orden jurídico. (Ya vimos en su momento que la regulación romana más primitiva - hasta la disminución del formalismo ya referido- en el ámbito de la actividad comercial, concentraba esta actividad sólo en unos cuantos modelos típicos -con su contenido específico y determinado-; independientemente de la flexibilidad previa -es decir precedente a la tipificación a la que tendrían que acomodarse en su momento-, que tenían los particulares para prefijar su relación y sus intereses).

En suma, una serie de elementos que tienen que concurrir para que se puedan traducir, interpretar, las declaraciones o comportamientos en una regulación de intereses (autorregulación, autorresponsabilidad que implica la necesidad, en su momento, de soportar las consecuencias una vez concluido el acto vinculante), completamente vinculante (por tener eficacia legitimante), dispositiva, preparada para una finalidad futura, y además, como escribe Betti E., “que se pueda traducir, a su vez, en términos de Derecho, extrayendo de ella un precepto jurídico”. En esta posición, parece que podríamos destacar, en mi opinión, el intento de separación de dos esferas, cada una con un diferenciado momento funcional, a su vez, cada una con su propia independencia, una especie de dispositividad aparentemente separada -intervención de los sujetos de la relación con su autonomía privada preceptiva, vinculante, preparada para el futuro, identificada y expresada con claridad constitutiva, conformadora de una típica reglamentación de intereses privados-; la otra, enmarcada en la susceptibilidad de recepción en adecuados términos de Derecho, que a su vez se sobreentiende, se hace propia, y se proyecta en un juicio de valor vinculante en sentido probablemente más técnico, es decir en un sentido, en principio, permítaseme la expresión, más propiamente jurídico; el orden jurídico es en palabras de nuestro autor, el llamado a dar vida al supuesto de hecho, dentro de su órbita. En consecuencia, dos esferas aparentemente diferenciadas, pero entrelazadas, en la que la primera representa el puesto que debería tener mayor

63 BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 135.

relevancia como punto de partida –autonomía preceptiva privada-; la otra, como nexo funcional y presupuesto necesario para continuar dando vida al negocio, en plena concordancia objetivizadora. Probablemente ambas deberían estar, a mi juicio, en una posición semejante. Casi todas las actuaciones previas que constituyen el punto de partida de una actividad negocial, plasmadas por los sujetos de la relación con las previsiones ya referidas –autonomía privada preceptiva-, requieren la idoneidad para elevarse a hecho jurídico eficiente, que dependerá de la estimación y recepción por el Derecho (por su recepción, se deriva por tanto su trascendencia jurídica). Un comentario a este respecto, podríamos añadir para observar algunos perfiles diferenciadores de las dos esferas. La inmediata eficacia vinculante y legitimante de la declaración, apuntada por Betti E⁶⁴., “es señalada por las mismas partes cuando dicen, por ejemplo: <<declaro aceptar, recibir, comprar, transigir>>”, etc. En cuanto a los efectos jurídicos, en cambio, las partes los operan por virtud de la recepción de la que ya hemos hablado, “pero no los declara necesariamente ni están forzados a ello, a la carga de tener de ellos conciencia. Lo que deben declarar y lo que tienen el deber de conocer es la reglamentación de intereses que se dispone para el futuro”; en la segunda esfera intervendrá, sin aparente solución de continuidad, debido al entrelazamiento, la recepción del Derecho apuntada anteriormente (se transforma, por virtud de recepción del Derecho, en un hecho jurídico).

Piénsese en algunas de las características del precepto de autonomía privada, en orden a la mejor captación del contenido del negocio: idóneo; determinado por la relación jurídica (circunscrito a la esfera de las partes que constituyentes que le dan vida); vinculante (en el plano social, antes aún que en el jurídico), concreto, etc. En el contenido aparece siempre la regulación de intereses, sirva como ejemplo el testamento. De los caracteres indiscutibles de algunos preceptos de autonomía privada, por ejemplo, en el contexto de las obligaciones, con especial referencia a la prestación, asumidos por la conciencia social como habituales –antes incluso que la imposición imperativa del ordenamiento-, podemos destacar: que sea posible, lícita, y susceptible de estimación económica.

De forma más sencilla, pero también sustancial, define el contenido del acto Álvarez Suárez U⁶⁵., “su objeto es, a saber: el precepto que contiene la relación que en él hacen las partes de sus intereses, en orden a la función económico- social típica del negocio”.

Desde los postulados más tradicionales, hasta la publicación de La Teoría del Negocio Jurídico de Betti, E., las definiciones del mismo convergían en un mismo sentido: Windscheid B⁶⁶., “<<negozio giuridico è una dichiarazione privata di volontà, che mira a produrre un effetto giuridico>>”; Scialoja V., siguiendo a Windscheid: Negocio jurídico es una declaración de voluntad privada que tiende a producir un efecto jurídico (recuérdese que este autor sospechaba que debía consistir en algo más, pero dada la complejidad de su precisión, no dudo en seguir la corriente pandectística más asumida, y siguiendo sus postulados se centró en lo que considera fundamental; es decir, destacando la nota común de todo negocio jurídico acomodada a la exteriorización de la voluntad (dando conformidad así al conocido dogma de la voluntad). En el contexto de los manuales de Derecho romano que han abordado (algunos de soslayo, como ya hemos puesto de relieve y por las razones asumibles que también hemos presupuesto y comentado; y otros, los menos, de forma específica), la definición y contenido del negocio jurídico, se limitan a destacar que el negocio jurídico se trata de “una manifes-

64 BETTI E., *Teoría generale del negozio giuridico*, cit., p. 140.

65 ÁLVAREZ SUÁREZ U. *El negocio jurídico en Derecho romano*, cit., p. 16

66 WINDSCHEID B., *Diritto delle Pandette*, I, trad. ital. a cura de FADDA y BENSA, rist. Torino, 1930, p. 202.

tación de voluntad encaminada a la consecuencia de un fin práctico permitido y protegido por la ley” (Iglesias J.⁶⁷); puede definirse como “acto humano de manifestación de voluntad, el cual produce, dentro de los requisitos fijados por el derecho, los efectos jurídicos queridos por quien le realiza” (J. Arias Ramos- J.A. Arias Bonet⁶⁸); o bien, podemos encontrar manuales –como los ya referidos en otros apartados de este estudio, en el que no dudan en asumir la idea de precepto de autonomía privada (muy escasos en los manuales de derecho romano, pero todo lo contrario en la civilística contemporánea), autorregulación, autorresponsabilidad, etc.

En definitiva, los manuales de la romanística han destacado- y con todas las advertencias ya expuestas por nosotros- en la mayoría de las ocasiones, la manifestación o declaración de voluntad que tiende a producir un efecto jurídico. Esta minúscula síntesis es una muestra o referente, en principio, de lo existente desde esta perspectiva en la que el dogma de la voluntad monopoliza la esencia.

La idea que ahora intento reflejar, consiste en plantearnos si la superación de la pandectística y las orientaciones más próximas a ella, argumentada y defendida por Betti E., supone un verdadero salto de precisión en orden a la captación del negocio jurídico. En efecto, en este sentido, no supone ningún esfuerzo reconocer, que la orientación de Betti E., está minuciosamente elaborada, con gran precisión a la hora de dissociar claramente para él, la componente meramente psicológica de la voluntad, en la que no se puede depositar todo el conjunto favorable a la recepción y traducción por parte del Derecho para dar vida al negocio –como hacía la mayoría que se ceñía al dogma de la voluntad- y el componente que supone la intervención de los sujetos de la relación con su autonomía privada preceptiva, vinculante, preparada para el futuro, identificada y expresada con claridad constitutiva, conformadora de una típica reglamentación de intereses privados (autorregulación de intereses). Asimismo, en consonancia con mis observaciones precedentes, destacar, que para el entrelazamiento de efectividad, se estará atento a lo enmarcado en la susceptibilidad de recepción en adecuados términos de Derecho. En suma, más poder constituyente a la autonomía privada, y menos relevancia a la voluntad (que si bien, en la mayoría de los supuestos subyace, no alcanza por sí sólo el efecto preceptivo de la autonomía privada). Por tanto, podemos decir que sí, si parece un salto sustancial amplificador de las tendencias pandectísticas más acendradas, especialmente, en precisión y delimitación, también, y de forma determinante, en composición –componer un andamiaje preceptivo, aún antes de la toma de recepción del Derecho-; en restar protagonismo a la simple declaración de voluntad; si bien, no debemos olvidar que probablemente para muchos estudiosos, en el entramado de la misma, y con finalidades de efectividad, casi siempre habrán considerado como implícito –pero no definido con toda suerte de datos constituyentes- lo que acabamos de exponer. A veces a la conciencia le acompaña una voluntad de contenido.

Entre los aspectos de la estructura del negocio jurídico, daremos por sintetizado lo referente al contenido, y pasaremos en este momento a hablar de la causa, es decir, aspecto de la función económico-social del negocio.

4.7.- Causa.

Se puede entender con Betti E.⁶⁹, que la causa o razón del negocio, se identifica con la función económico-social del negocio. Función económico-social del tipo concreto del

67 IIGLESIAS J., *Derecho romano*, cit., p.178;

68 J. ARIAS RAMOS- J.A. ARIAS BONET., *Derecho Romano I*, cit., p. 118.

69 BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., loc. cit.

negocio planteado, al poner en funcionamiento la mencionada autonomía privada —que tiene su origen fuera del mundo del derecho, es decir, en el terreno de la vida social—, y que, como señala Betti E.⁷⁰, “es un fenómeno social antes de transformarse, por virtud de recepción, en un hecho jurídico”; es decir, de la recepción, deriva la trascendencia jurídica.

La causa, o el interés en sentido objetivo —atendible y plausible—, puede decirse que es diferente para cada tipo de negocio y contribuye de especial forma al esclarecimiento y diferenciación de cada uno de ellos; dicho de otra manera, se muestra como una uniformidad y regularidad constante sólo en las diversas modalidades negociales que pertenezcan a una misma categoría o tipo. Se puede encuadrar la noción de la causa como característica del tipo de negocio— y es diferente en cada tipo de negocio—; si bien, hablar en la hora presente de tipicidad negocial puede plantearnos varias interrogantes. Piénsese lo ya esbozado y recordado por nosotros en otros párrafos de este estudio, cuando nos remitíamos al Derecho romano primitivo y clásico. Dijimos en su momento lo del reducido elenco de los modelos negociales de estas épocas —especialmente la primitiva—. En estas fases, cabría recordar, que lo que hoy se denomina preferentemente como función económico social, con reconocimiento y trascendencia que justifique la protección jurídica, de todas aquellas estimaciones que puedan ser encuadrables en el contexto de la autonomía privada, se encontrarían en el seno de las conocidas *iustae causae*: con una precisión y determinación idónea, y, por supuesto, taxativamente disciplinadas y consideradas, a las que el ordenamiento jurídico le daba acogida y previamente había establecido y fijado los esquemas —rígidos y con nomenclaturas técnicas— correspondientes. De ello se desprende la imposibilidad, en principio, de modificaciones y alteraciones arbitrarias, cercenando así el campo de la voluntariedad y arbitrariedad de los sujetos. Un ejemplo simple nos puede corroborar la idea: en el ámbito de la tutela jurisdiccional, que se le concedía sólo a la persona que ejercitara en el correspondiente juicio, alguna de las acciones —*actiones*— típicas suficientemente reconocidas por el *ius civile*, o asumibles por las previsiones pretorias en el marco del Derecho pretorio (acción civil, o acción pretoria). Con la evolución romana en sus diferentes trazados históricos, nos encontramos que en la época justiniana, existe ya una mayor flexibilidad —o aparente elasticidad—, al menos respecto algunas modificaciones —modificar algún aspecto concreto— que en principio podrían haber estado desatendidas, o no previstas técnicamente (p.e. contratos innominados, que no disponían de una denominación específica o técnica). La evolución posterior —Derecho común, etc.— fue restando progresivamente vigor a la exigencia de la tipicidad. Si bien, aunque la causa es la función económico-social del negocio, y en ella esta implicada —por virtud de la extensa autonomía privada y su función preceptiva—, la aparente pluralidad y multiplicidad de contenido y tipificación legitimante, hay que decir, que en el fondo, tanta libertad y elasticidad no existe en realidad, teniendo en cuenta que siempre estará sometida, o sujeta a unos mínimos para que concurren aspectos esenciales en la misma: adecuación al ambiente social moderno, admisión por la conciencia social, en consonancia con exigencias prácticas completamente legítimas, merecedoras de protección jurídica, destacado interés social, intereses que puedan acoplarse a tipos generales —incluso típicos—, duradero, clasificable, la existencia de una especie de legitimación concluyente y antecedente a la derivación propia del negocio, lo que no implica, como se desprende de las alegaciones de Betti E.⁷¹, que la configuración por tipos se realice mediante calificaciones técnico-legislativas; puede producirse también “mediante remisión a las que son concepciones dominantes en la conciencia social de la época (conciencia social, económica o ética). Es a lo que llama nuestro autor *tipicidad social*.”

70 BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 162

71 BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 176.

No pueden ser afrontadas adecuadamente en esta sede todas las perspectivas doctrinales –y son muchas y muy ilustrativas-, que a este respecto, el complejísimo problema de la causa –como se dice por los estudiosos, el más polémico quizá⁷²- , se han puesto de relieve; y casi siempre se ha venido observando innumerables intentos de conexión o identificación de la causa –desde posiciones unilaterales, subjetivas, objetivas-, con alguno de los diferentes elementos singulares, o esenciales del negocio jurídico, o todo lo contrario, como entidad distinta y bien diferenciada de los elementos singulares –destacándose los diferentes intereses en juego-. La causa, por sí misma, ya es un elemento esencial del negocio jurídico. Haciendo una pequeña síntesis completaremos nuestra exposición. Algunos identifican la causa, desde una posición unilateral, con el elemento subjetivo del negocio –con el consentimiento, o con la voluntad y sus motivaciones individuales-, lo que puede dar lugar a confusión como señala nuestro autor (son dos actitudes subjetivas completamente diferenciadas: “el aspecto de la estructura (contenido y el aspecto de la función (causa)”); es decir, una confusión entre causa y motivos individuales parece poco asumible; Los que identifican o caracterizan la causa –desde una visión unilateral-, como el conjunto de circunstancias objetivas –elemento objetivo del negocio o voluntad de la ley-, en contraste significativo con el elemento subjetivo, según se desprende de las elaboradas y extensas justificaciones de nuestro autor, deberían tener en cuenta que la causa es el interés normal determinante de la voluntad individual, razón determinante que establece el precepto del negocio, por tanto, podría decirse, con matices, que la causa llega a convertirse en el interés determinante de la misma voluntad, es decir, se podría considerar como un elemento más del proceso volitivo, el elemento principal y normal; luego una posición en la que se simplifique y se disocie absolutamente –del elemento subjetivo-, no parecería la más asumible. Una de las críticas más incisivas de nuestro autor –es a todas luces errónea, nos dice Betti E.,- se manifiesta contra los que –también desde una visión unilateral- la identifican con otros elementos especiales del negocio, ya con el objeto, ya con un aspecto de él, como se ha mantenido respecto a los contratos a título oneroso, por ejemplo. Acerca de los que encuentran la causa en la contraprestación, es decir, los que en su opinión, en el fondo, parece que despedazan la unidad del negocio, porque “no advierten el absurdo lógico que constituye el concebir aquello que es un simple elemento de un todo como la razón justificadora de otro elemento del mismo todo, en lugar de reconocer la recíproca interdependencia y la común subordinación de uno y otro elemento a la unidad funcional del todo del que forman parte; unidad que es la única que puede constituir la razón justificadora que se trata de encontrar”. Unos ejemplos interesantes nos pueden servir para poner de relieve que existen negocios que incluso teniendo el mismo objeto, difieren completamente en relación a la causa: un mutuo, una donación, un pago, etc.; asimismo, esta diferencia entre causa y objeto, sirve además para observar la probable inexistencia, la licitud, o ilicitud de la misma y su intrascendencia jurídica.

4.8.- Algunas particularidades y problemáticas de la declaración de voluntad.

Una mezcla de esquemas didácticos diversos, sutilmente elaborados por la doctrina, podría servirnos de referencia. Error, de hecho y de derecho, obstativo o impropio –identidad de la persona, el nombre, la cosa, la declaración-, disenso, error *proprio*, simulación, reserva mental, *metus*, *dolus*, manifestaciones *iocandi gratia*, interpretación, *verba-voluntas*; representación.

72 Sobre la teoría objetiva de la causa, la teoría subjetiva y la teoría unitaria, en Derecho civil, cfr. CABEZUELO ARENAS ANA L., *Negocio Jurídico*, Portal Derecho, www.iustel.com, Madrid 2001.

La posibilidad objetiva de reconocimiento de una declaración de voluntad, o comportamiento, implica, en ocasiones, realizar un esfuerzo de indagación y reconstrucción de dichas manifestaciones o conductas –la declaración emitida, o la actitud seguida-, para captar el verdadero significado que se pretende conseguir, dentro, por supuesto, del ambiente social en el que se ha producido; es decir, en el contexto de las concepciones dominantes en la conciencia social. En principio, parece que lo que se pretende con la indagación, no está encaminado a desvelar la voluntad interna (manifestada o no), sino la declaración o el comportamiento, enmarcado en las circunstancias que le van a otorgar significado y valor. Es decir, como señala Betti E⁷³., aquel conjunto de circunstancias, podría decirse, en el que la declaración y comportamiento encuentran su natural emplazamiento y donde adoptan, según las estimaciones de la conciencia social, el significado típico y el relieve más adecuado. Si bien, como es sabido, el entramado de los posibles factores influyentes que pueden desvirtuar la declaración de voluntad, o el comportamiento, su natural expresión, comprensión y reconstrucción del significado, son numerosos. Asimismo, las interpretaciones doctrinales acerca de las prioridades de estimación y relevancia fundamental, en este contexto, no son siempre coincidentes. Por ejemplo, en perspectiva objetiva, tratan de dar prevalencia en unos casos a la reconstrucción del precepto negocial con el máximo significado objetivo que pueda suponer de cara a la conciencia social; desde posiciones subjetivas, se pretende reconstruir el significado negocial poniendo el punto de mira, especialmente, en la intención de los sujetos al concluir el negocio. (En suma, interpretación típica e interpretación individual, interpretación objetiva y subjetiva, cuya diferencia, según nuestro autor, se refiere, no ya a los medios a utilizar, sino al resultado mismo al que interesa llegar).

Entre los factores influyentes que más alteran la verdadera esencia de la declaración de voluntad, cabría referirse al error, al dolo y a la violencia. (Esta clasificación, como algunas posteriores, las aporro, simplemente como esquema didáctico, y sin entrar ahora en la insuficiencia, o no, de dicha sistematización dogmática –basada en la concepción subjetiva, que se funda, según Betti E⁷⁴., en la manifestación de la voluntad y fracasa con ella). -Recuérdese que los jurisconsultos romanos analizaron preferentemente los siguientes tipos de error: error *in negotio*, *in persona*, *in corpore*, *in substantia*, *in quantitate*, *in qualitate*, en los motivos -*falsa causa*, causa, como equivalente a motivo⁷⁵-.

Error en la declaración, también llamado por los intérpretes, error “*obstativo o impropio*”⁷⁶, se debería entender, como una falta de coincidencia entre la declaración y la voluntad –recae especialmente en las diferentes vías externas de la declaración de voluntad-. Una falta de conciencia real que entorpece al sujeto a la hora de apreciar el valor socialmente concluyente, y que, incluso, le lleva al convencimiento de que declara una regulación de intereses, en consonancia con la que en realidad, objetivamente, se completa o se actúa; cuando no es así exactamente. Una divergencia entre la declaración y la voluntad, que en Derecho romano clásico se apreciaba como una divergencia entre el valor y el sentido que el sujeto daba a la declaración que realizaba, y el valor y sentido que semejante declaración tenía objetivamente estimada. Un ejemplo utilizado con lógica recurrencia por la doctrina a este respecto, suele ser el que se da en los negocios *mortis causa* –una declaración de voluntad, que en la época clásica, especialmente, se daba prevalencia al sentido dado por el disponente, incluso siendo compatible con las

73 BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 289.

74 BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 361.

75 Cfr. J. ARIAS RAMOS- J.A. ARIAS BONET, *Derecho romano*, cit., p. 136.

76 Cfr. D.32.25.1; D.34.5.3; D.47.2.81; D.19.1.2.21; D.18.1.11.1; D.28.5.9; D.47.2.52.11; D.47.2.81.6; D.12.1.32; D.35.1.33; D.35.1.34; D.35.1.40.4; D.30.75.1; D.31.76.3; D.34.2.10; D.45.1.32; D.18.1.9 pr.; D.28.5.9.1; C.22.5; D.30.5.25.

palabras utilizadas, pero ambiguas⁷⁷, es decir, entre el sentido que quiso transmitir y atribuir, y los *verba* utilizados; la posible o aparente incompatibilidad, en derecho Justiniano se reduce mediante el conocido *favor testamentis*⁷⁸ -. En los negocios *inter vivos* - dos declaraciones de voluntad-, la suma de declaraciones nos induce a hacer otra sub-distinción, error bilateral -en derecho clásico consideraba nulo⁷⁹ el negocio cuando el error obstativo o impropio, imposibilitaba la identificación del objeto del negocio-; error unilateral -en derecho clásico sólo se anula el negocio cuando era prácticamente imposible la identificación de la contraparte, luego si el error es fácilmente detectable, no lo anula; en las perspectiva bizantina, se aprecia la proclividad a la posibilidad de hacerle anulable, *nulla voluntas errantis est*⁸⁰ -. Podemos hablar de discordancia, desacuerdo o disenso, cuando el sujeto receptor, de la declaración emitida por la otra parte, interpreta la declaración en un sentido completamente diferente al que pretendía el emisor-el negocio se considera nulo⁸¹-. En Derecho clásico, el error obstativo podía representarse en varias circunstancias: como error en el nombre -*error in nomine*⁸²- con el que se trata de designar la cosa o la persona, que se supone que no tiene una relevancia especial si se consigue identificar con facilidad; error en la identidad de la persona, *in persona*⁸³ -p.e. se nombra heredero a una persona distinta a la que se pretendía; será nulo-, hay que recordar que aunque no siempre es esencial este tipo de error en la identidad (será válido o nulo según la repercusión y trascendencia), para determinados actos sí lo es; p.e. en los supuestos de matrimonio. La identidad de la cosa también puede ser afectada por el error, *error in corpore*⁸⁴, que sigue las mismas pautas de consideración que el anterior. Cuando una declaración se sustituye por otra distinta por error o equivocación, puede hablarse de error de identidad de la declaración -*falsum instrumentum*⁸⁵-.

A propósito del error "*proprio*"⁸⁶, como situación que puede afectar a la causa en el marco subjetivo -que coincide con la función económico social-, cuyo punto de partida es el conocimiento inexacto o falso de un supuesto de derecho o de hecho, existe una gran diferencia con el anterior tipo de error. Aquí se trata, no de una discordancia o divergencia entre declaración y voluntad, sino de observar que la voluntad está viciada por el conocimiento inexacto o falso de una actividad negocial. En el error propio la voluntad real y la aparente declaración pueden ser coincidentes, si bien, la voluntad viciada por el conocimiento falso de una determinada situación de hecho o de derecho, no reflejará la auténtica voluntad pretendida. Es más bien una voluntad presunta que, por los vicios e impedimentos precedentes que concurren en el conocimiento del sujeto, no podrá desvelar y despejar su auténtico sentido y valoración de las circunstancias. La lógica relevancia mayor que se le otorga al error impropio -declaración y voluntad no son coincidentes-, respecto al error propio -declaración de lo que se pretende, independientemente de la equivocación por determinados vicios-, hace que los efectos y repercusiones de cada una de las modalidades de error también sean diferentes. De la

77 Cfr. D.32.25.1; D.34.5.3; D.30.15 pr.; D.28.5.9.3; D.28.5.9 pr.

78 Cfr. D.34.5.24.

79 Cfr. D.18.1.9.2.

80 Cfr. D.39.3.20 itp.

81 Cfr. D.18.1.11.1.

82 *Falsa demonstratio non nocet*. Cfr. D.35.1.33; D.35.1.17 pr.; D.31.76.3; D.30.75.1; D.34.2.10: D.45.1.32.

83 Cfr. D. 28.5.9 pr.; D.47.2.52.11; D.47.2.81.6; D12.1.32.

84 Cfr. D.18.1.9; D.28.5.9.1

85 Cfr. C.4.22.5; D.30.5.25.

86 Cfr. entre otros, D.47.2.43 pr.; D.35.1.37.2; D.18.2.14.3; D.35.1.17.2; D.35.1.17; D.45.1.22; D.13.7.1.2; D.18.1.45; D.18.1.14; D.18.1.9.2; D.18.1.11.1; D.18.1.41.1; D.18.1.45; D.19.1.21.

toma de posición romana más antigua, a este propósito, cabría destacar, la poca repercusión que el error propio tenía a la hora de otorgarle absoluta validez al negocio –piénsese nuevamente en el acendrado formalismo de la época-; ante la aparente inobservancia precedente, el Derecho romano clásico, aunque no le concede excesiva relevancia a estos supuestos, procura atender su posible eficacia o ineficacia analizándolo caso por caso, y sólo en determinadas circunstancias que propiciaban dicha actitud –error excesivamente trascendental, de importancia decisiva, sobre los presupuestos necesarios del negocio, ignorancia o error de derecho, ignorancia o error de hecho, sobre las cualidades esenciales de la persona o de la cosa; cualidades esenciales y características de la persona; error sobre las cualidades esenciales de la cosa, conocido como *error in substantia* que recae sobre la propia capacidad de disponer -. En suma, la perspectiva clásica ya refleja una pormenorizada atenuación casuística en cuanto a la validez o ineficacia de estos negocios viciados; y en las previsiones justinianeanas cobra mayor importancia la indagación de la verdadera voluntad interna –no la declarada-, para determinar la validez del negocio, o su invalidez. E incluso se llega, como nos recuerda Álvarez Suárez U⁸⁷., “a hacer prevalecer la voluntad presunta aun en contra de la declarada”.

El negocio simulado⁸⁸-actos que pueden afectar a la causa en su aspecto objetivo-, es prácticamente una actividad negocial revestida de una apariencia que no está en consonancia con la verdadera finalidad perseguida (*nuptiae simulatae, contractus imaginarii, acta simulata*). La apariencia finge el propósito real de los sujetos. Encuadrado por parte de la doctrina entre los supuestos que pueden afectar a la causa del negocio –en su aspecto objetivo-, se destaca especialmente la divergencia o discordancia intencional que concurre en el mismo. Una discordancia pretendida por los sujetos, entre la función económico-social típica y el fin práctico del negocio. Por tanto la simulación podrá entenderse como relativa cuando se precia la existencia dos negocios diferentes, simulado o aparente, y disimulado o encubierto. El ejemplo mencionado por Álvarez Suárez U⁸⁹., es el siguiente: se concierta aparentemente un contrato de compraventa, con pacto de retrocompra por parte del vendedor, cuando en realidad se ha convenido un contrato de préstamo al aparente vendedor, con intereses usurarios. Cabe la posibilidad de que exista una simulación sin encubrir otro negocio diferente, es decir, simplemente con la intención de darle otra finalidad, completamente diferenciada de la que es propia de ese tipo de negocio. A este tipo de simulación los intérpretes la denominan absoluta (un ejemplo que podríamos poner con nuestro autor, hace referencia a una venta de bienes por un deudor con el fin de defraudar a sus acreedores). En relación a los efectos, en Derecho romano arcaico, teniendo en cuenta el rígido formalismo, no tendría gran relevancia, es decir se consideraría su validez, en la época clásica; debido al paulatino pero progresivo incremento de valoración subjetiva, tendrá ciertos efectos en algunos casos específicos (encubrir un acto ilícito –sería nulo-, cuando faltan algunos elementos esenciales en el acto negocial que se aparenta –nulo-. Los matices que se hace preciso recordar ahora, debido a la mayor consideración de la voluntad de la época señalada, conciernen a la posibilidad, o intento de extraer de estos supuestos, algunos datos reconducibles a la tipicidad negocial con objeto de concederles cierta validez (p.e. aparentemente se conviene una compraventa sin precio, realizada con una intención determinada diferente, la donación). Asimismo, la visión jurisprudencial romana, intenta asumir una depuración con el mismo sentido corrector -interpretación correctiva-, especialmente cuando se desprende que no se trata de un acto negocial ilícito (sólo existe

87 ÁLVAREZ SUÁREZ U., *El negocio jurídico en Derecho romano*, cit., p. 70.

88 Cfr. D.23.2.30; D.18.1.38; D.24.1.31.3; D.42.8.1. pr.; D.18.1.36; D.12.1.2.2; C.4.2.6 itp.; C.4.22.3; D.24.1.49; D.19.2.15.4; C.4.38.3.

89 ÁLVAREZ SUÁREZ U., *El negocio jurídico en Derecho romano*, cit., p. 53.

divergencia o discordancia entre la función predeterminada y el fin práctico). La perspectiva postclásica, va afirmando y acentuando la consideración de validez, respecto al negocio disimulado –en atención a las circunstancias y elementos esenciales que concurren en la actividad negocial-, y, acerca del negocio simulado, la nulidad parece ser la regla más generalizada. Acerca de la simulación impropia, en la que existe un negocio aparente –causa específica, y fin lícito, pero discordante con la función-, se podría decir, que en realidad procura rellenar algunos vacíos en el ámbito negocial –con una nueva finalidad-, y que han sido propiciados especialmente por la jurisprudencia –gran observadora de la evolución consuetudinaria y práctica- y que alcanza finalmente el merecido reconocimiento del ordenamiento; con todos los aspectos fundamentales y elementales que deben conformar un negocio típico. Cuando se habla de un intento de restricción, pretendido por un sujeto o por ambas partes –bilateral, o unilateral- de los verdaderos efectos del negocio jurídico, nos encontramos con una situación que reviste flecos de analogía con las precedentes; si bien, se encuadra dicha actitud en lo que se conoce como reserva mental⁹⁰. La consideración del Derecho romano clásico, no le concedía demasiada relevancia; no obstante, las estimaciones postclásicas y bizantinas, acerca de la reserva mental, aumentan su consideración.

Otra circunstancia que podría afectar a la causa –en su aspecto subjetivo-, a la que hicimos una breve referencia al principio de este epígrafe, es el *metus*⁹¹, miedo, amenaza, intimidación o violencia; una amenaza injusta, actual, suficientemente grave, capaz de alterar el estado psicológico de la persona sometida a esta violencia –denominada por los comentaristas *vis compulsiva*, a diferencia de la *vis absoluta*, que deriva de la agresión física directa-, y que fuerza al sujeto a realizar una determinada actividad negocial. El *ius civile* primitivo más antiguo y el Derecho clásico otorgan validez a estos negocios viciados; si bien, el pretor, al estimar dicha violencia como algo digno de ser rechazado, por ser ilícita y reprobable, concede una protección en determinadas circunstancias –que se produzca efectivo temor y miedo; amenaza seria y mayor que el daño si realiza el acto negocial; que exista ligamen y conexión causal con la amenaza. Los instrumentos procesales encaminados a resarcir el daño sufrido son, la *actio quod metus causa* –acción de carácter penal (en derecho clásico; en el Derecho justinianeo se desvirtúa y la *actio metus* se configura como *actio in rem*), persigue una reparación del daño-; la *in integrum restitutio propter meum* –consigue, mediante la tutela pretoria, la rescisión del negocio, que sin embargo el derecho civil la habría considerado válido-; y la *exceptio metus* –tutela pretoria del sujeto, para que pueda oponerse y repeler la acción que ejercite la parte que provocó la violencia, teniendo en cuenta que la prestación del negocio todavía no se ha cumplido-.

El *dolus*⁹², es decir, la malicia, conducta fraudulenta o engañosa que induce a una parte a consentir un determinado negocio, también puede afectar a la causa en su aspecto subjetivo. Labeón, lo define como toda actividad maliciosa o maquinación fraudulenta encaminada a hacer caer a otro en un engaño. Los efectos que se atribuyan al error podrían ser análogos en parte, diferenciando, claro está, los espontáneos de los provocados por acto ilícito y recusable. Para el *ius civile*, el dolo no era apreciable y el negocio sería considerado válido –a veces se permitía la prevención contra el mismo previa

90 Cfr. D.2.15.12; D.13.7.1.1; D.16.1.30; D.12.6.50; D.13.1.18; D.47.2.43; D.46.3.18; D.46.4.19; D.46.4.23; D.2.14.27.9; D.46.4.8.

91 Cfr. D.4.2.21.5; D.48.6.5; D.23.2.2; D.29.2.85; D.48.6.5; D.4.2.21.5; D.4.2.9; D.4.2.6; D.4.2.7.1; D.4.2.3.1; D.4.2.5; D.4.2.14.1; D.2.16.2; D.4.2.19; D.4.2.14.3; D.4.2.16.1; D.4.2.16.10 pr.; D.4.2.9.4; D.4.2.21.6; D.4.2.9.3.

92 Cfr. D.4.4.16.4; D.4.3.1.3; D.4.3.1.2; D.19.1.11.5; D.19.1.13.4; D.45.1.22; D.35.3.3; D.4.3.1.1; D.4.3.28; D.4.3.26 y 28; D.4.3.9.4; D.4.3.18 pr.; D.39.6.18.2; D.44.4.4.28; D.24.3.21; D.4.1.7.1; D.30.84.5.

estipulación-; no obstante, en los *iudiciae bonae fidei*, conocida su naturaleza, se puede tener en cuenta perfectamente para determinar la nulidad del negocio realizado. Hacia finales de la república, el pretor proporciona otros medios de prevención: *la actio doli*; *la exceptio doli*; y, según algunos estudiosos, *la restitutio in integrum propter dolum*. En estos supuestos no se puede hablar exactamente de nulidad del negocio por causa de dolo, pero sí de unos remedios que procuran evitar los daños patrimoniales posibles por la actividad negocial realizada. La auténtica causa de invalidez del negocio doloso se aprecia ya en las estimaciones justinianas –piénsese en la consideración de primacía de la voluntad de esta época, en el marco de la manifestación -. A las manifestaciones *iocandi gratia*, o declaraciones hechas en broma, aunque pueden parecer engañosas, fraudulentas etc., no se les atribuye efecto alguno; probablemente y exclusivamente, en línea de principio, cuando se tomasen en serio por una persona, se tendrían en cuenta los posibles daños causados.

Acerca de la interpretación: Calificar con exactitud y precisión el supuesto de hecho, y determinar la valoración objetiva para que despliegue los efectos previstos –tanto por la norma, como por la auténtica voluntad-, es uno de los grandes retos de la interpretación del negocio jurídico. Antes de establecer los contenidos de esta cuestión, quiero poner de relieve y recordar con J. Arias Ramos-J.A. Arias Bonet⁹³, concedor de las dos teorías principales que han marcado los puntos preferentes de indagación aparentemente opuestos – teoría de la voluntad, dogma de la voluntad; y la teoría de la declaración, a la que hemos hecho una referencia amplia-, que la carencia en Derecho romano de categorías tan abstractas, hace difícil sus decisiones casuísticas en los moldes de estas teorías modernas, si bien, como señala nuestro autor, parece bastante general su preocupación por la indagación de la *voluntas*, el *animus*, el *consensus*, el *affectus*, y, por tanto su inclinación a la hoy llamada teoría de la voluntad. Pero no conviene perder de vista: que tal tendencia a hacer prevalecer la voluntad interna frente a su discrepante manifestación (*verba*), se inicia en la época clásica y culmina en el Derecho justiniano, pero no se daba en Derecho antiguo, en el cual la forma lo era todo (...); que la necesidad social de dar seguridad a las relaciones jurídicas y evitar la lesión de intereses privados y públicos no se oscureció en la mente de los jurisconsultos romanos, que intuitivamente fijaron en múltiples soluciones concretas estos límites a la búsqueda y respeto de la voluntad individual interna. No es de extrañar que en este contexto se halla pensado por la doctrina que las dos teorías podrían tener cierto reflejo y aplicabilidad en Derecho romano, asignando a cada una su propia esfera. Según Pachioni, parafraseado por nuestro autor, la de la voluntad interna estaría constituida por los negocios jurídicos de pura adquisición, familiares y de última voluntad. La de la voluntad declarada, por los negocios onerosos y de índole comercial.

Para algunas corrientes doctrinales la interpretación debería detectar si la voluntad declarada plasmó la forma y el contenido pretendido, valorar el contenido de la regulación de intereses que el sujeto quiso dar a su declaración –encontrar el verdadero sentido de la voluntad declarada, y no de la voluntad interna -. Desde otro punto de vista doctrinal se sigue insistiendo en la prevalencia de la interpretación espiritual, subjetiva o individual. Son muchos los factores a tener en cuenta para conseguir una aproximación mayor a la exactitud –dependerá o no de la clase y peculiaridad de los actos negociales, evolución histórica, consideración amplia de la autonomía privada, la perspectiva económico-social, etc. -. Entre las formas o clases de interpretación la doctrina distingue: literal, típica u objetiva –según el elemento-; declarativa, correctiva –en los supuestos de conversión-; integrativa –según el fin-. A fines de la república, los intentos de interpretación del negocio se acentuaban cuando no aparecía con claridad, de forma

93 J. ARIAS RAMOS - J.A. ARIAS BONET., *Derecho romano*, cit., p. 130.

decisiva y concluyente la manifestación de voluntad. Los jurisconsultos romanos, se planteaban si en la interpretación de un negocio habría que considerar en primer lugar el tenor literal (*verba*), o bien, debería prevalecer la voluntad de las partes (*voluntas*). Recuérdense el conocido supuesto acerca del contraste y oposición *verba-voluntas*, en la interpretación del testamento otorgado por Coponio - *causa curiana* (93 a.C)-. La interpretación objetiva indudablemente parece más fácil en los negocios *inter vivos*, y la interpretación subjetiva en los negocios *mortis causa*; esta es una de las manifestaciones de Álvarez Suárez U⁹⁴., con objeto de hallar un punto de conciliación ante las diferentes tendencias de interpretación. Los bizantinos, como ya dijimos con anterioridad, indagaban especialmente, la voluntad de los sujetos -*animus, voluntas intentio*-.

En la doctrina, según la dirección que se haya estimado como preferente, nos podemos encontrar las siguientes afirmaciones sobre la interpretación de los negocios jurídicos⁹⁵: Scialoja V⁹⁶., destacando -con un seguimiento lo más exhaustivo posible a la jurisprudencia romana y los aforismos típicos creados por la misma-, como preferencia posible, la necesidad de reconstruir a efectos de interpretación, el contenido intrínseco y la verdadera intención del agente; asimismo no duda en señalar el criterio diferencial que se debería tener en cuenta, cuando se trata de analizar la auténtica voluntad -que no ha sido suficientemente clarificada por las partes en el negocio jurídico-, según el tipo de negocio (*mortis causa*, o *inter vivos*); p.e, en los contratos, la voluntad solo puede ser hallada teniendo en cuenta la relación que se genera entre las partes contratantes y es preciso, como dicen los romanos, atenerse sobre todo, al *id quod actum est*, es decir, buscar en el complejo de las intenciones de las partes, lo que éstas pretendieron y quisieron en realidad; por el contrario, en los testamentos, se debería indagar la voluntad del testador a través de las palabras pronunciadas, y de cuantas circunstancias nos conduzcan a conocer lo que realmente quiso; sin olvidar que dicha voluntad debería ser expresa, por lo que no sería lo más acertado forzar una posible interpretación con el fin de otorgar una mayor relevancia a una voluntad simplemente presunta. Betti E⁹⁷., se pronuncia, más o menos, en los siguientes términos: la interpretación que más interesa al Derecho consiste en una actividad enderezada a reconstruir e indagar el verdadero significado que se tenga que atribuir a una declaración o -añade Betti E.-, a un comportamiento (aspecto que ha sido excluido por algunos autores), y todo ello dentro de la órbita social en que se ha expresado, desarrollando la fórmula utilizada, o el tipo de comportamiento adoptado, y ajustando sus probables y eventuales interferencias con el pensamiento del autor; con una tendencia a obtener la idea que se les atribuye en el ambiente social, consiguiéndose así, una integración, en su contenido, del supuesto acto jurídico. Una crítica significativa es formulada por nuestro autor a este respecto: “Por esta consideración del medio ambiente social y por su destino a los fines de una diagnosis jurídica, la interpretación que interesa al Derecho difiere de aquella hermenéutica de expresiones puras, principalmente de obras de arte o pensamiento, que tiende a reconstruir, con su valor estético o teórico, la intuición o el pensamiento del autor desde su expresión artística o científica (...). El objeto verdadero de la interpretación “es, propiamente, la declaración o el comportamiento, pero no tomados en sí, abstractos y aislados, sino encuadrados en el marco de circunstancias que les confiere significado y valor -no es la voluntad interna, ya haya sido manifestada o permanezca sin expresión,

94 ÁLVAREZ SUÁREZ U., *El negocio jurídico en Derecho romano*, cit., p. 104.

95 Cfr. entre otros, D.30.114.6; D.36.1.17; D.45.1.21; D.32.25.1; D.34.2.3; D.33.9.3.9; D.28.5.35.3; D.32.55 pr.; D.18.1.6.1; D.33.10.7.1; D.19.2.54.1; D.19.2.29; D.50.16.219; D.2.14.1.3; D.10.17.203; D.45.1.38.18; D.2.14.39; D.50.17.12; D.30.50.3; D.31.77.22; D.33.7.18.3; D.33.10.7.2; D.34.5.3; D.50.17.22; D.34.5.24; D.28.5.9 pr.

96 SCIALOJA V., op.cit., pp. 284 y ss.

97 BETTI E., op. cit. p. 273 ss.

puesto que, si así fuese, según Betti E., “la manifestación perdería toda su importancia autónoma” -. La cuestión que se plantea en la interpretación conforme a lo expuesto por Álvarez Suárez U⁹⁸., puede fijarse en los siguientes términos: “el negocio jurídico es un supuesto de hecho que contiene declaraciones de voluntad reguladoras de intereses, expresadas o en forma previamente fijada en el ordenamiento jurídico, o en la forma libre que los particulares estimen oportuna. Cuando la voluntad haya de expresarse forzosamente en una forma predeterminada (negocios formales), y ésta se haya observado, la interpretación del negocio tiene una esfera reducida; el ordenamiento jurídico ha de suponer que si la voluntad del agente ha querido la forma, quiso también su contenido; en cambio, cuando la declaración pueda expresarse en una forma libre, si los términos en los que se ha emitido son confusos y dudosos, la interpretación ha de intervenir, como en la ley, para fijar y valorar el contenido que el agente quiso dar a su declaración; y para ello puede atenderse o al valor que la declaración tenga, considerada en sí misma con arreglo a la calificación que pueda merecer según las reglas normales del tráfico –negocial-, o al valor y calificación peculiar que le haya podido otorgar su autor”; (en suma, podría decirse, en general, que se trata de buscar preferentemente la voluntad declarada, su verdadero sentido, y no la interna, y dependerá de la clase de negocio que se tenga que analizar o interpretar).

4.8.1.- Una apretada síntesis de la teoría general del negocio jurídico, realizada por el mismo Betti E.⁹⁹.

Más de dos décadas habían pasado -desde la publicación de Betti E., en 1943 de la teoría general del negocio jurídico, hasta la publicación en el Novissimo Digesto Italiano de 1965 de una adecuada y apretada síntesis del negocio jurídico; con diversas publicaciones precedentes del mismo autor y, prácticamente, en los mismos términos-, y su persistencia en las concepciones precedentes se mantenían con aparente solidez. Una nueva síntesis que revela su convicción más absoluta y segura de esta nueva corriente en la que el papel del <<dogma de la voluntad>> pasa a un segundo lugar, y el protagonismo, minuciosamente definido, del <<dogma de la declaración>>, preceptiva de la autonomía de la voluntad, reguladora de intereses y plenamente vinculante, cobra su mayor relevancia. En este sentido, convendría confirmar más detalladamente algunos puntos de especial interés ya comentados por nosotros. Desde una perspectiva aparentemente menos agresiva contra el dogma de la voluntad, pero continuadora de su propia concepción original, nuestro autor, esquematiza y sintetiza ahora su libro sobre la *Teoría general del negocio jurídico*, en veintidós apartados, trazando un arco que va desde su postura en relación a la autonomía privada en el mundo social, hasta la clasificación y aplicación del concepto a actos procesales de parte; si bien, a nuestros fines, destacaremos sólo algunas reflexiones por lo que tienen de insistencia en la reconstrucción, configuración –de la declaración preceptiva- y confirmación con nuestras alegaciones precedentes.

En este sentido, cabría recordar con él, que los intereses privados existen independientemente de la tutela del derecho, surgen y se desarrollan espontáneamente para cumplir una función económico-social; así pues, cabría decir, que los negocios jurídicos se caracterizan por aquellos actos de autonomía privada dirigidos a afirmar y concretar aquellos intereses que ya han sido acogidos por la conciencia social. Es decir, por el simple hecho de ser reconocidos posteriormente por el derecho, el negocio no cambia su naturaleza inicial, lo único que se modifica, vendría a ser el tipo de sanción –la sanción

98 ÁLVAREZ SUÁREZ U., op. cit., p. 99.

99 BETTI E., *Negocio giuridico*, en NNDI, XI, pp.208.

social es absorbida por el derecho, y contribuye a su reforzamiento más enérgico y posterior-. Por tanto, una vez que la autonomía privada ha sido legitimada –reconocida, recepcionada-, los negocios se transforman en instrumentos que el mismo derecho pone a disposición de los particulares, con la finalidad de que sirvan para regular los propios intereses en las relaciones con los demás. En suma, el negocio jurídico –al servicio de la libertad privada en el mundo social- tiene una finalidad más dinámica y renovadora. (En cuanto a la presunción de este reconocimiento en el ámbito de la ordenación económico-social sobre el elenco de expectativas reconocidas a la autonomía privada –fenómeno correlativo al de la esfera económica individual de los particulares, cabría destacar, la posible restricción que puede suponer, en la moderna sociedad, la tendencia a la planificación de la economía y el automatismo dispositivo del entramado social). Continuando con el hilo conductor, cabría añadir, que no es que el derecho preste apoyo a la autonomía privada como tal, sino más bien, trata de valorar, en primer lugar, la utilidad social, la idoneidad, y si es digno de tutela o no, y, entonces, lo reconduce, en consecuencia, hacia la función fijada por la autonomía privada –traduciéndola estrictamente y con la mayor adherencia posible-; y, como resultado, le otorga la tutela referida.

La reiterada crítica de Betti E., hacia la corriente pandectística impregnada de formalismo e individualismo –según él-, la manifiesta con términos análogos a los ya referidos: se trata de una orientación que caracteriza el negocio como una manifestación de la voluntad dirigida a obtener ciertos efectos jurídicos, y tiene, en palabras del autor, el defecto radical de reducir el negocio a un mero hecho psicológico del particular, desconociendo con ello la naturaleza de un hecho social, que pertenece a la vida de la relación, y constituye un instrumento de la autonomía privada. Se trata, prosigue el autor, de una exigencia clara <<*depsicologizzare*>>, el acto de autonomía y de someterlo a una interpretación típica según el punto de vista social. “Esigenza, che si fa valere contro le incaute illazioni del dogma della volontà propugnato dai pandettisti”. La exigencia de “reconoscibilità” en el ambiente social, y el valor constitutivo del acto de autonomía, se puede resumir ahora con los siguientes datos recordatorios: entendida tanto en función de la categoría y estructura, como la relación determinante y cualificadora que tiende a justificar el poder de autonomía, frente a los que tendrán que sentir los efectos. (Recordemos con Betti E., que el autor no se limita a declarar que quiere algo, sino que declara, actúa, opera, sin más, la cosa que quiere; y esta consiste en una afirmación de intereses propios, en relación con otros, que el particular debe no tanto querer, sino disponer; es decir, actuar objetivamente. Y no se niega con esto la posible concurrencia –querer, declarar, lo que podrá ser normal-, sino se niega, según nuestro autor, que la voluntad se encuentre, en el negocio, en el primer plano). La opción de la autonomía debe ser constitutiva, no una mera enunciación, sino establecer una ordenación y una línea de conducta que tiene presencia en el mundo social, no es una simple representación, está dotada de un contenido ligado a su existencia y parece inseparable. Una afirmación de intereses (no ya de efectos jurídicos, como considera la pandectística, advierte el autor), que asume un papel completamente prevalente y decisivo. La forma –figura exterior, declaración o comportamiento reconocible, con un perfil o entidad objetiva-, y contenido –constituyente, significativo, concluyente, en el marco de la identidad objetiva, y no subjetiva-, se encuadran y resumen para Betti E., en la estructura propia del negocio. La causa –otro elemento constitutivo- la introduce en la función del negocio jurídico: la función económico-social típica del negocio (basta recordar con nuestro autor, como el elemento de novedad de la autonomía privada se trata de insertar adecuadamente, con unas fundamentaciones concordes al entorno social precedente y justificativo, y va encaminada al fin práctico normal; asimismo se identifica con el tipo de negocio mismo). Los elementos esenciales del negocio, *essentialia negotii*, nos dice Betti E., son asimismo, elementos esenciales de la función típica y característica del negocio, y su síntesis, se podría ver como la configuración del tipo; y, a su vez, representa la función típica. Por esta razón hemos preferido dedicarle un tratamiento

preferente, en epígrafes anteriores, al esbozo y análisis de estos elementos tan trascendentales del negocio jurídico, y, casi siempre, en correspondencia con las previsiones de Betti E. No obstante, en cuanto a la problemática de la voluntad, y su apartado correspondiente en este discurso, la opción que nos ha parecido más oportuna, y desde posiciones aparentemente más cuestionables, trata de desvelar ciertas diferencias y posiciones doctrinales acerca de su posible encuadre.

El elemento subjetivo del negocio, sólo tiene ciertas influencias a las que se le podría otorgar una relevancia relativa para el entorno jurídico, y sólo en determinados aspectos. Ideas que se desprenden de la restricción recurrente de nuestro autor acerca del escaso valor que para él tiene el dogma de la voluntad. En este contexto podríamos recordar con él, tres fases –ideales- de interpretación a propósito de su significación en el posible entramado de expectativas jurídicas: a.- reflejo subjetivo del acto y la voluntad del acto mismo. No basta, afirma Betti E., que el acto se haya cumplido materialmente: debe ser también querido, cual declaración de aquella especie, o como comportamiento imputable socialmente relevante y frente a los demás. b.- al contenido, es decir, al precepto de la autonomía privada, debe corresponder en el agente la conciencia (se trata de evitar uno de los errores del dogma de la voluntad, que parece admitir la convivencia de la conciencia y la voluntad; Betti E., en este contexto, sólo identifica el reflejo subjetivo con la conciencia, y no con la voluntad, aunque pueda ser normal que se acompañen los criterios en un momento determinado), de su significado y su valor; es decir, del significado y valor que a una declaración o comportamiento realizado atribuye la propia visión social en su contexto, y el ambiente históricamente determinado. c.- acerca de reflejo subjetivo que podría corresponder a la causa del negocio se tendrá en cuenta la posible identificación y la determinación causal normal; un intento práctico, típico, dirigido tanto a la causa como a su fin –es decir, un resultado práctico en el que se puede concretar la causa del negocio-.

En cuanto a la interpretación, recordar lo ya expuesto sobre el reconocimiento en el propio ambiente social, y que los efectos jurídicos deberían realizar la función económico-social con la máxima aproximación posible. Se advierte pues, que se pretende un reconocimiento objetivo del acto relevante; lo que implicaría, para una más acertada interpretación por el derecho, considerar con prevalencia la afirmación exteriorizada y reconocida en el ambiente social, y no expresamente la voluntad que permanece estática o se manifiesta como un mero hecho psíquico, sin que disponga de una objetivación adecuada –se habla de un reconocimiento objetivo del acto, como hecho social con la consiguiente relevancia jurídica frente a la contraparte interesada -. En suma, reconstruir el significado objetivo del acto de autonomía como hecho social. La interpretación puede ser integradora, o correctora. Aunque para Betti E., parece irrelevante e inútil perseguir y buscar una voluntad presunta o supuesta, no duda en destacar los necesarios complementos a la hora de perfilar una interpretación más ajustada. En este sentido señala como aspectos a tener en cuenta, el análisis del desarrollo lógico y coherente de la declaración, y la estructura del contenido –interpretación lógica, social, jurídica-, de lo que se pueda desprender e inferir el nexo necesario para su determinación. La corrección, en cambio –a diferencia de la integración-, presupone ya fijado el sentido y el contenido del negocio y, de ello, determina los efectos del negocio, como señala Betti E., no ya integrándolos, sino corrigiéndolos (p.e., en la conversión, en particular, se realiza una corrección sobre la calificación jurídica del negocio, o de cualquiera de sus elementos; es decir se valora un negocio diverso al pretendido inicialmente, y ello podría ocurrir, en el marco de la concepción objetiva, sin necesidad de recurrir a una ficción de voluntad hipotética de las partes¹⁰⁰).

100 Cfr. BETTI E., *Negozio giuridico*, NNDI, cit., p. 219.

El esfuerzo ilimitado realizado por la doctrina para destilar y precisar que se debe entender por <<la causa>> del negocio jurídico, no puede ser adecuadamente afrontado por nosotros en esta sede. Si bien, el espíritu crítico, medurado y responsable de los especialistas que lo han abordado, demuestra que aún tiene dividido a los estudiosos, que no cesan de introducir valoraciones jurídicas muy sutiles –y, en parte asumibles y con resultados en gran parte atendibles-. Conforme a estas previsiones doctrinales -aunque no disipen todas las dudas, pues como es bien sabido, se trata de uno de los temas que más reflexiones divergentes ha suscitado en el panorama jurídico-, en el campo de las probabilidades, y más oportunamente, en las tentativas de comprender mejor el tema en discusión, me parece oportuno proceder brevemente, no a la reconstrucción y justificación probable de cada una de ellas, sino simplemente a señalar algunos aspectos que, en mi opinión, merecen, ser destacados.

Del marco precedente de la romanística y del conjunto de intuiciones de la civilística, con una imbricación aparentemente lógica y adecuada, extraeremos algunos reflejos de una fecunda actividad innovadora, no privada de agudeza, que vienen a constituir una plasmación coherente de las modernas interpretaciones. Para ello partimos inicialmente de las hipótesis, o corrientes objetivas; que también se han venido produciendo con ciertas matizaciones de interés: p.e., Stolfi¹⁰¹, entre otros, considera que la causa consiste en la razón económica-jurídica del negocio, o sea, su fin práctico; para otros¹⁰², la causa sería la función práctico-social del negocio reconocida por el derecho, en atención a la función que objetivamente el ordenamiento atribuye y establece a ese negocio determinado; Betti E., en cambio, como hemos visto, mantiene que la causa se puede identificar con la función económico-social considerada con independencia de la protección jurídica en la propia síntesis de sus elementos esenciales.

Por otro lado, las teorías o corrientes subjetivas tienden a considerar la causa, en ocasiones, vinculada con las razones que tiene cada uno de los intervinientes para la concreción del negocio –una vinculación directa con el poder creativo que tiene la autonomía de la voluntad para ligar a los sujetos, y la potestad que les otorga el poder relacionarse con otros en base a la declaración de voluntad, sin necesidad de someterse a tipos o formas predeterminadas (en este sentido cfr., De los Mozos J.L.¹⁰³) -. En el mismo contexto de las tesis subjetivas, generalmente lo que se destaca es la relevancia del motivo –los móviles- que contribuyó a la realización del negocio. No obstante, la apreciación de las interconexiones ha podido dar lugar a estimaciones doctrinales que no dudan en advertir que en ellas podría darse el caso de una presunta convivencia –parte objetiva, y parte subjetiva-, al considerar que los móviles, podrían calificarse como abstractos o generales (Díez Picazo L.¹⁰⁴). Si bien, la particular posición de este autor¹⁰⁵, advierte de la necesidad de analizar <<el porqué>>, de la celebración del negocio concreto –hay negocios que tienen la causa en otros, y negocios que la tienen en sí mismos considerados: respectivamente, los denomina, ejecutivos, e iniciales-. En los ejecutivos, al desarrollar el negocio precedente, la causa viene determinada por la situación subyacente; en los iniciales, la causa viene a ser “el propósito práctico, o en juicio”, que se pretende obtener.

101 STOLFI, *Teoría del negocio jurídico*, cit., p. 41.

102 Por ejemplo, CARIOTA FERRARA, *El negocio jurídico*, cit., p. 487 y ss.

103 DE LOS MOZOS J.L., *Causa y tipo en la teoría general del negocio jurídico*, 1970, p. 739. Id. Actualización de la obra de J. Castán Tobeñas. Derecho civil español Común y foral. Tomo I. V, 14ª ed., Madrid 1987.

104 Díez PICAZO L., *Fundamentos de derecho civil I*, cit., p.229.

105 Díez PICAZO L., *El concepto de causa en el negocio jurídico*, en Anuario de Derecho Civil, 1963, p. 32; Id. *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial*, I, cit., pp. 161 y ss.

Con un intento de lograr mayor concreción conciliadora - conciliar ambas posturas, la objetiva, y la subjetiva, se muestran ciertas tendencia doctrinales. En este sentido, valoración de aspectos relevantes de las dos hipótesis referidas, se destaca la combinación subyacente: los fines que se pretenden por los sujetos –subjetiva-, con la función del negocio –objetiva-. Una especie de armonía entre la determinación de la voluntad específica, y el esquema objetivo predeterminado. En esta línea conciliadora, un punto de particular relieve debe atribuirse también a Clavería Gosálvez L.H.¹⁰⁶, “La causa es la función económico- social concreta querida por los contratantes que prestaron consentimiento, siendo por esto, parte de ella, el motivo determinante incorporado”.

No vamos a entrar ahora en los comentarios doctrinales anticausalistas –que destacaban su innecesariedad, su posible inutilidad e intrascendencia-, ni siquiera en la búsqueda de la difícil distinción, en ocasiones, entre los motivos y la causa, pero si nos gustaría añadir un impulso a la reflexión.

Como ya hemos señalado en páginas anteriores, la causa, por sí misma, se sobreentiende que es un elemento esencial del negocio jurídico. Algunos identifican la causa, desde una posición unilateral, con el elemento subjetivo del negocio –con el consentimiento, o con la voluntad y sus motivaciones individuales-, lo que puede dar lugar a confusión como señala Betti E., (son dos actitudes subjetivas completamente diferenciadas: “el aspecto de la estructura (contenido y el aspecto de la función (causa)”); es decir, una confusión entre causa y motivos individuales puede parecer poco asumible para él; Los que identifican o caracterizan la causa –desde una visión unilateral-, como el conjunto de circunstancias objetivas –elemento objetivo del negocio o voluntad de la ley- en contraste significativo con el elemento subjetivo, según se desprende de las elaboradas y extensas justificaciones de nuestro autor, deberían tener en cuenta que la causa es el interés normal determinante de la voluntad individual, razón determinante que establece el precepto del negocio, por tanto, podría decirse, con matices, que la causa llega a convertirse en el interés determinante de la misma voluntad, es decir, se podría considerar como un elemento más del proceso volitivo, el elemento principal y normal; luego una posición en la que se simplifique y se disocie absolutamente –del elemento subjetivo-, no parecería la más asumible. Una de las críticas más incisivas de nuestro autor – que es a todas luces errónea, nos dice Betti E.,- se manifiesta contra los que –también desde una visión unilateral- la identifican con otros elementos especiales del negocio, ya con el objeto, ya con un aspecto de él, como se ha mantenido respecto a los contratos a título oneroso, por ejemplo. Acerca de los que encuentran la causa en la contraprestación, es decir, los que en su opinión, en el fondo, parece que despedazan la unidad del negocio, porque “no advierten el absurdo lógico que constituye el concebir aquello que es un simple elemento de un todo como la razón justificadora de otro elemento del mismo todo, en lugar de reconocer la recíproca interdependencia y la común subordinación de uno y otro elemento a la unidad funcional del todo del que forman parte; unidad que es la única que puede constituir la razón justificadora que se trata de encontrar”.

En suma, desmenuzar el aspecto volitivo; de la voluntad a la conciencia; la voluntad interna y el arco –quasi imperceptible a veces- entre la voluntad interna real y la conciencia dispositiva; captar nítidamente y bien diferenciada la vertebración preceptiva de la autonomía privada de las partes; conciliar la objetividad del mismo con carácter precedente a la recepción por el derecho; disociar el elemento objetivo del

106 CLAVERÍA GOSÁLVEZ L.H., *La causa del contrato*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia-Zaragoza. Id. *Confirmación del contrato anulable*, Bolonia 1997. Sobre esta concepción de la causa que, como afirma Cabezuelo Arenas Ana L., permite superar muchos de los inconvenientes advertidos, cfr., Cabezuelo Arenas Ana L., *Negocio jurídico*, Portal Derecho, www.iustel.com (Madrid 2001).

subjetivo, o asumir su improcedencia en el marco de la simple lógica; calificar con exactitud y precisión el supuesto de hecho –que es el negocio jurídico– y determinar la valoración objetiva para que despliegue los efectos previstos –tanto por la norma, como por la auténtica voluntad–, parece que continua siendo, en mi opinión, uno de los grandes retos de la interpretación del negocio jurídico y sus consecuencias¹⁰⁷.

5.- INDICIOS DE REFLEXIÓN.

Datos para una interrogante muy discutida, que en mi opinión continúa induciendo, indudablemente y de especial forma, a la reflexión. Se trataría de deshacer lo hecho por los sistemáticos modernos, andar el camino inverso para detectar y destilar el auténtico y verdadero fundamento romano, que intenta impregnar las construcciones teóricas sistemáticas más recientes; o de valorar y captar su utilidad partiendo de las posibilidades y probabilidades –en perspectiva romana– de la influencia jurisprudencial en la nuevas teorías, sin tener que llagar al extremo justificativo de Windscheid (“que al ser éste –el negocio jurídico– un concepto científico creado por la jurisprudencia para sus fines propios, cada autor puede darle la forma que crea más apropiada, por lo que, en vez de discutir lo que deba ser el negocio jurídico, se debería exponer, simplemente, lo que cada cual entiende que es”); o cuestionarnos el dogmatismo de Betti E., –en el sentido de rigidez concluyente y superadora–; o limitarnos a desengañar el panorama de la sistemática moderna, por las diferencias sustanciales con la visión jurisprudencial romana, sin recordar lo que dice muy acertadamente Wieacker (pero si puede valer la

107 Acerca de de la categoría dogmática del negocio jurídico, escribe Torrent A., *El negocio jurídico en Derecho Romano*, cit., pp. 3 y ss., (componente de los cursos de Emilio Betti, sobre el negocio jurídico, Universidad de Roma), “A pesar de los detractores, yo sigo creyendo en la utilidad de esta parte del derecho, contra los que niegan –incluso entre los romanistas– la bondad de estos conceptos, por que indudablemente, quien domine esta que podemos llamar parte general del Derecho, está en posesión de unos instrumentos preciosos para profundizar en las restantes partes del ordenamiento...Los juristas romanos no hicieron una exposición teórica independiente del negocio jurídico, sino que fueron señalando pautas –siguiendo su método casuístico– principalmente al tratar de las obligaciones, y en cierta medida también, en las sucesiones. Justamente, prosigue el autor, “lo mismo que pasa en nuestro Código Civil –a diferencia del BGB–, donde al faltar una parte general, y no habiendo un tratamiento autónomo del negocio jurídico, tenemos que acudir a las obligaciones y sucesiones para recabar las líneas generales del sistema. Y es paradigmático desde este punto de vista el tratamiento romano de estos temas, porque incluso en el campo de la teoría general de las obligaciones, al igual que en nuestro Código, debemos acudir fundamentalmente al tratamiento de la compraventa, contrato estudiado excelentemente por los romanos y donde acaso mejor resplandece su profunda sabiduría jurídica”. Tras resaltar el autor, que la aparente fragmentariedad y sedes dispersas para elaborar la teoría del negocio jurídico, ni es tan dispersa ni tan caótica; y alentar a los estudiosos para que no le resten mérito a la Pandectística por combinar la tendencia histórica con la sistemática –historicismo y sistematización–, concluye afirmando “Con ello quiero decir que sobre un plano histórico, las fuentes romanas siguen siendo de un valor inapreciable en el estudio de la fenomenología jurídica, y tanto antigua como moderna”. Tiene escrito CAMACHO EVANGELISTA F., *El negocio jurídico*, cit., prólogo, “creo firmemente en el valor de la teoría del negocio jurídico tanto por su utilidad para formar la mente de los nuevos juristas, como también, porque tanto el romanista como el civilista, o el mercantilista –en definitiva, los privatistas por excelencia– parten de categorías dogmáticas para analizar la realidad, para aplicar la norma, para crear el derecho, para comprender y dar respuesta a las múltiples facetas y aristas que plantea la vida real al operador jurídico”. Sobre los elogios a Emilio Betti por captar esta necesidad de ampliar las categorías dogmáticas, y la correspondiente alineación a estas perspectivas en el cuadro de la romanística –tratándose incluso el elenco de estudiosos cuya divergencia es más absoluta– y la apoyatura de los civilistas (CASTÁN, ALBADALEJO, FEDERICO DE CASTRO, DE LOS MOZOS, GULLÓN, etc.) hasta la hora presente, puede verse de este mismo autor, pp. 13 y ss., y 30 y ss.; 16 y ss., –las críticas de MENERG, LUCARELL, RODOTA, PERLINGIERI, GALGANO, CERRONI y SCHIAVONES–. Sobre la aceptación de la teoría con matizaciones graduales cronológicas cabría recordar con él, WINDSCHEIDT, LARENZ, VON HIPEL, FLUME, y, en Italia, FERRINI, FADDA, SCIALOJA, FERRARA, MESSINEO, STOLFI, SEGRE, SCOGNAMIGLIO –la superación de BETTI– CARIOTA FERRARA, SANTORO PASARELLI, etc., pp. 30 y ss.

pena justificar un análisis del arsenal de la jurisprudencia romana para profundizar en el largo camino, como advierte Wieacker¹⁰⁸ “a cambio del aliento que proporciona la coincidencia de los antiguos modelos romanos con los métodos de producción jurídica que ocupan la actual teoría del derecho”); o tienen los sostenedores de la metodología histórico-crítica (la mejor pauta metodológica, la más seguida por la doctrina y la más segura), que no excluyan el carácter de complementariedad posible de otras corrientes doctrinales y metodológicas, que hacer un esfuerzo añadido para depurar el modelo teórico moderno –en su totalidad, o bien parcialmente-, cuando los seguidores de esta corriente metodológica histórico-crítica, ya llevan tras de sí muchos siglos de avance en los estudios y contribuciones que han sabido y conseguido esclarecer en profundidad las instituciones jurisprudenciales romanas desde la perspectiva más clásica y pura; o bien se debería –al menos parcialmente-, en aras a una aparente prolongación, ceder el paso, en ocasiones, a las posibles contribuciones en el ámbito del conocimiento científico –aparentemente más acondicionado a las nuevas necesidades sociales- a elaboraciones del reciente pasado pandectístico; que como es bien sabido, han sido construidas a partir del factor romano como prevalente, es decir, utilizando el incomparable tesoro de sabiduría jurídica que nos aportan las fuentes jurisprudenciales romanas, lo que ha podido provocar y permitir una inercia que ha dejado asimismo mucha huella en los prestigiosos romanistas y civilistas –desde hace más de dos siglos-; y que también han pertenecido al sector esencial de la disciplina y que han intentado dar forma y destacar los perfiles más sobresalientes de las modernas teorías; o debería entenderse como un simple paréntesis para la inhibición.

Por ejemplo, desde Savigny¹⁰⁹ (1779-1861), a Windscheid¹¹⁰ (1817-1892). De este maestro de varias generaciones de juristas, catedrático de derecho romano, Savigny – desde 1808-, se puede decir mucho, si bien, a nuestro propósito, destacaremos ahora sólo algunos aspectos de singular interés que nos ha resumido Rücker J.¹¹¹: La fecundidad y profundidad de sus investigaciones – a pesar de la transitoriedad de algunas-; el reconocimiento como fundador de la Escuela Histórica –con todo lo que preconizan sus conocidos postulados-; su posicionamiento histórico, con una doble orientación, “debía ser al mismo tiempo histórica (positiva, concreta) y filosófica (absoluta, sistemática, general). Esta exigencia específica metodológica y filosófica, quedó plasmada en cuatro obras suyas esenciales, aún hoy fundamentales y a menudo reimpresas (*Besitz*, 1803; *Beruf*, 1814; *Geschichte*, 1815 ss.; *System*, 1840 ss.)”. Para basar y dar fuerza a sus orientaciones aludidas, y propiciar su visión sobre la vida ulterior del antiguo derecho romano, tuvo que extraer una considerable –inmensa- cantidad de material seleccionado de las fuentes y únicamente de las mismas (“con tal objeto y tal método podía hablarse de ciencia jurídica en vez de una simple técnica legislativa. Savigny subraya con sentido histórico que <<la idea de una totalidad>> necesaria para ello debe y puede proceder de las fuentes y sólo de

108 WIEACKER, *Fundamentos de la formación del sistema en la jurisprudencia romana*, (trad. Linares), Granada 1998, p.38. Cfr. WOLF J.G., *Franz Wieacker, (1908-1994)*, Juristas Universales cit., pp. 538 y ss. Cfr. CUENA F., *Sistema jurídico y Derecho Romano. La idea de sistema jurídico y su proyección en la experiencia jurídica romana*, Santander 1998., con una revisión crítica del concepto de sistema jurídico que conduce a captar la verdadera forma del ser del derecho y definir el deber ser ideal. Y a una reflexión sobre los tópicos relacionados con la cuestión de la sistematización y el sistema jurídico en el ámbito específico del Derecho romano.

109 Cfr. RÜCKER J., *Friedrich Carl von Savigny (1779-1861)*, Juristas Universales, vol. 3, cit., pp. 59 y ss. Véase asimismo, parte de la extensa bibliografía que sobre este gran investigador se recoge en el repertorio bibliográfico elaborado por RÜCKER J., pp. 63-62.

110 Cfr. FALK U., *Bernard Windscheid, (1817-1892)*, Juristas Universales cit., pp. 292 y ss.

111 RÜCKER J., *Friedrich Carl von Savigny (1779-1861)*, Juristas Universales, vol. 3, cit., pp. 59 y ss.

ellas”)¹¹². El derecho como inseparable de la naturaleza de un pueblo –vinculación de elementos hasta entonces distanciados–; su proclividad a la búsqueda de la totalidad y la unidad del derecho sin desconectarse de su auténtica forma histórica y propiamente histórica –en sentido diacrónico y sincrónico– centrando la realidad del derecho en una mezcla de lo general y lo individual, con una idea de totalidad ordenada según principios. En suma la previsión de un derecho verdadero (a la luz de su perspectiva histórico-sistemática más la histórico-filosófica), con la recurrente idea conductora de convertir el derecho en una labor científica, dejó sus reconocidas huellas en la construcción y clasificación de conceptos jurídicos fundamentales referidos en todas sus obras, impregnadas de dogmática jurídica concreta y fundamentos filosóficos, que pueden informarnos de una orientación sistemática tan pormenorizada, en las que no duda en analizar la tradición precedente.

En este sentido, podríamos referirnos a uno de los precursores anteriores a él y del que Savigny tomó varias referencias para elogiarle, corroborar sus hipótesis¹¹³, y poner de relieve que este estudioso no incurría en algunos errores habituales como algunos autores que le precedieron. La orientación de Donellus¹¹⁴, despliega una actividad innovadora no privada de originalidad y precisión jurídica, que constituye la plasmación coherente de una nueva sistemática en la que gravitan algunas de las posturas cardinales de la perspectiva dogmática. Con este propósito, el pensamiento de la prodigiosa figura del célebre jurista del siglo XVI, Doneau, Hugues (*Donellus*: 1527-1591) nos parece un ejemplo digno de mencionar. Centró su atención acertadamente en el más importante caudal de sabiduría jurídica, el *Corpus Iuris* de Justiniano, realizando algunos comentarios relevantes sobre diversos títulos del Digesto y del Código, demostrando una vez más que la esencia jurídica romana constituye una guía ineludible para los juristas de todos los tiempos. De la especial visión de Doneau, se desprende, asimismo, que tenía permanentemente presente en su pensamiento un sistema completo del derecho, es decir, una estructuración aparentemente más elevada que la de sus propios contemporáneos. Cabría recordar, que hasta la aparición en el mundo del Derecho de Duaren¹¹⁵ y de él mismo, la enseñanza en este campo era fundamentalmente exegética;

112 Cfr. RÜCKER J., *Friedrich Carl von Savigny (1779-1861)*, Juristas Universales, vol. 3, cit., p. 61.

113 Cfr. ALBURQUERQUE J.M., *De perspectivas exegéticas a perspectivas sistemáticas y dogmáticas: Breves puntualizaciones en torno al siglo caracterizado por el esplendor de la jurisprudencia de la Escuela culta*. En RGDR 3, Madrid 2004, pp. 5 y ss.; Id. Hugues Doneau (*Hugo Donellus*) (1527-1591), Juristas Universales, cit., vol. II, pp. 232 y ss. DONELLUS, en relación al *animus domini* (al hablar de la *possessio*), tampoco permaneció desinteresado, no lo confundió con la creencia exclusiva de querer ser propietario, lo que implicaría una calificación especialmente jurídica. A este respecto, puede observarse que sirvió de referencia a Savigny cuando vemos que los dos interpretan de forma similar la regla que no permite que varias personas posean la misma cosa en su totalidad. La *vacua possessio* la hace derivar de estas apreciaciones, y nuevamente, como hace Savigny, llega a la idea que pone de relieve claramente que una cosa no puede ser objeto de una nueva posesión antes de que el poseedor precedente no haya dejado de poseerla. Nuestro jurista distinguió con mayor exactitud el doble sentido de la *possessio naturalis*, definió la *possessio civilis* en oposición a la *possessio naturalis* (sinónimo de posesión ilegítima, pero sin descartar completamente los efectos que pudieran derivar de la misma, a diferencia de Cujas que eliminaba en sus argumentaciones los efectos posibles de esta posesión injusta). En suma, también se puede apreciar en las teorías de Doneau respecto a la posesión, la definición de la *possessio naturalis*, *possessio civilis*, la pérdida de la posesión, que rindió grandes tributos a la ciencia jurídica, llegando a ser muy elogiado por Savigny (gran conocedor también del Derecho de Posesión, como puso de relieve en su obra: “*Das Recht des Besitzes*”), al advertir que nuestro autor no incurría en los mismos errores comunes de los juristas precedentes (aquí Savigny contradice directamente también a Cujas), respecto a la definición y nomenclatura utilizada.

114 Cfr. ALBURQUERQUE J.M., *De perspectivas exegéticas a perspectivas sistemáticas y dogmáticas: Breves puntualizaciones en torno al siglo caracterizado por el esplendor de la jurisprudencia de la Escuela culta*, cit., pp. 1 y ss.

115 Vid. recientemente, MOHINO A., *Francisco Duareno; Franciscus Duarenus (1509-1599)*, Juristas Universales cit., vol. II, pp. 185 y ss.

así pues, los profesores comentaban las leyes una a una, sin ninguna visión o aproximación al conjunto, es decir, sin concepciones que reflejaran fácilmente un cuerpo de doctrinas (se podría decir que enseñaban de una forma puramente exegética, sin generalizar hasta descubrir un principio, como hacía nuestro juriconsulto). Por tanto, podríamos añadir, que parece que se debe fundamentalmente a Doneau que el derecho se elevara con mayor firmeza a la dignidad de ciencia, lo que consiguió, este autor, dando a sus enseñanzas una forma más sistemática y dogmática; contribución que le supuso el reconocimiento y la gloria de sus coetáneos. En definitiva, se puede matizar que Doneau parece que se aparta de los razonamientos bartolistas, y nos presenta una exposición metódica de las reglas romanas con una visión más dogmática que Jacques Cujas (Jacobus Cuiacius), que nunca abandonó la vía exegética en su grandiosa obra que, como es sabido, abarca a las fuentes prejustinianas, justinianas y postjustinianas conocidas por este autor. De la especial perspectiva de Doneau, se desprende, asimismo, que tenía permanentemente presente en su pensamiento un sistema completo del derecho. Parece que hasta Savigny (más de dos siglos después) no se produce lo que podríamos llamar el redescubrimiento o rehabilitación de este versadísimo y hábil juriconsulto con total justicia. Puede extrañar, por tanto, que su autoridad jurisprudencial haya sido tan desconocida, cuando sabemos que su perspectiva científica, continúa siendo rescatada en la actualidad a través de las firmes huellas de una sistemática y una dogmática que impregnan la mayoría de sus obras. (En este sentido, como acertadamente afirma Kunkel¹¹⁶, uno de los mejores conocedores de la realidad histórica –romana, “aún causan admiración y pueden ser consultadas con fruto por la moderna investigación”). Uno de los discípulos de Kant, Thibaut¹¹⁷, lo consideraba un auténtico maestro “*fundador de un sistema de Derecho Romano*”.

A propósito de las posiciones de Windscheid¹¹⁸, uno de los más cualificados representantes de la Pandectística que contribuyó tantísimo a la moderna dogmática jurídica –un sistema de conceptos, principios e institutos jurídicos perfectamente diferenciados e internamente coordinados entre sí-, podemos añadir –al margen de los comentarios realizados en páginas anteriores- algunos aspectos concretos que nos corrobora Falk U¹¹⁹., cuando nos dice que sólo en época reciente se ha producido la necesaria corrección. Nos referimos ahora a las críticas sobre Windscheid, que la atribuían que “habría alejado a la la ciencia jurídica de la realidad social, y habría limitado la investigación del Derecho <<exclusivamente al acto lógico de la subsunción jurídica>>”. Piénsese que la obra de Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, no sólo fue un hito en su tiempo, para la investigación histórico-dogmática, como escribe nuestro autor, “es aún de inapreciable valor” (traducida a varias lenguas y siete ediciones de la misma). Un comentario de la obra resumido por nuestro autor, se hace preciso recordar: El texto

116 MIQUEL J., *Wolfgang Kunkel (1902-1981)*, Juristas Universales cit. vol. IV, pp. 396 y ss. Uno de los grandes romanistas del siglo XX, y la producción científica, como escribe Miquel, es impresionante: “lo que llama poderosamente la atención más que su cantidad es su calidad que responde a su perfecto dominio del método en sus vertientes filológica, histórica y jurídica”. En palabras de Miquel “Kunkel, con su acercamiento a la realidad histórica –romana, ha demostrado ser el mejor conocedor del Derecho público romano del siglo XX”.

117 CODERCH S.P., CASTIELLA SÁNCHEZ –OSTIZ B., *Anton Friedrich Justus Thibaut (1772-1840)*, Juristas Universales cit. vol. II pp. 879 y ss. De este discípulo de Kant pueden decirse muchas cosas, la admiración por las perspectivas jurídicas de Donellus, la consonancia con Savigny en determinados aspectos, la modificación constante de su sistemática en la estructura de su exposición del Derecho Romano, la fecundidad de sus obras; pero hay una frase que nos transmiten estos autores que me gustaría recordar ahora: “quien piensa lógicamente y se expresa con sentido, conseguirá decir mediante las palabras aquello que quería y debía decir (Thibaut)”.

118 Cfr. FALK U., *Bernard Windscheid, (1817-1892)*, cit., pp. 292 y ss.

119 FALK U., *Bernard Windscheid, (1817-1892)*, cit., pp. 292 y ss.

revela la situación jurídica, de forma clara y precisa. “Las correspondientes notas a pie de página, a menudo muy extensas, señalaban la fuentes del *Corpus Iuris*; cuando era necesario, ofrecían una concisa derivación dogmática. A ello se añadían numerosas indicaciones sobre la jurisprudencia y anotaciones de comentario, a menudo críticas, sobre la literatura pandectista...” “El material de las fuentes romanas era tan extraordinariamente rico, que incluso los prácticos experimentados apenas lo dominaban”.

Un nuevo aspecto de reflexión se desprende asimismo de las concepciones de Ihering (1818-1892). Este catedrático de derecho romano, que había tenido una larga formación en el ámbito de la jurisprudencia de conceptos, con una cierta proximidad inicial a cimientos intelectuales, como los de Savigny, y Widscheid —un año menor que éste, y muy amigo del mismo—, fue propulsor de un distanciamiento metodológico —frente a las tendencias anteriores— al restar cierto valor absoluto a la lógica y al formalismo voluntarista, prestando una especial atención, en su nueva perspectiva metodológica: mayor relevancia de los vínculos sociales y la vertebración de los más depurados intereses reales. Piénsese en la conocida formulación de este autor: el derecho es un interés jurídicamente protegido. Y, recuérdese asimismo, el contraste y choque con ciertas afirmaciones de Savigny, especialmente en el contexto de la posesión: según Savigny, en principio, cabría destacar especialmente el elemento fáctico de la misma, y llegaba a decir, en consonancia con las fuentes romanas, que tendrían que concurrir siempre los dos elementos esenciales para su existencia (*corpus et animus*). Una reacción de Ihering, contra el fundador de la Escuela Histórica, que no tardó —relativamente mucho—, en hacerse pública, defendía la primacía del interés. A partir de su concepción del derecho, parecería que la posesión también supondría un interés jurídicamente protegido —gracias a la posesión funciona la propiedad—. Las connotaciones de derecho que atribuye a la posesión, parece justificarlas por la existencia, según él, de derechos más débiles —pero también derechos—, como sería el caso de la posesión, entendida como en derecho aparentemente más débil, que, por ejemplo, la propiedad. En su obra *Der Besitzwille (La voluntad posesoria)*, da prioridad, por tanto, a la jurisprudencia finalista y a la sustitución del conceptualismo jurídico¹²⁰.

En su obra sobre el fin de Derecho (*Zweck im Recht*), de su última etapa vital, nos recuerda la idea del fin que moviliza la voluntad, la prioridad del fin frente a la historia (frente a posiciones de la Escuela Histórica), como nos recuerda López Jacoiste, parafraseando a Ihering, “la cual nada puede decirnos de los móviles iniciales”. Las instituciones jurídicas vienen a ser <<resultados>> de la experiencia para la realización asegurada de ciertos fines humanos. El fin es el elemento creador de todo el Derecho”.

Las inclinaciones metodológicas de Ihering, al margen de puntualizaciones particulares sobre ciertas instituciones y sus reacciones contra parte de la doctrina precedente, se hacen muy patentes, como nos recuerda López Jacoiste J.J.¹²¹, en el volumen III de su *Der Geist des römischen Rechts (El espíritu de Derecho romano)*, que además de intentar superar el estudio exegético de las fuentes, hace campaña para propiciar una investigación más filosófica-histórica. “En lugar de la lente microscópica—la lente exegética para investigar un texto de la Pandectas—necesitaremos un telescopio, es decir que en vez de atender a la forma como se trasmite el derecho romano, debemos atender a la historia natural del Derecho en general. Sólo así, mediante una doctrina general de la naturaleza del Derecho, podremos juzgar un derecho particular”. En suma, como nos recuerda nuestro autor, antes de Ihering, “el centro de gravedad de la evolución del pensamiento jurídico, estaba en la lógica y en

120 LÓPEZ JACOISTE J.J., *Rudolf von Ihering, 1818-1892*, Juristas Universales, vol. 3, cit., p. 312.

121 LÓPEZ JACOISTE J.J., *Rudolf von Ihering, 1818-1892*, cit., pp. 308 y ss.

la norma: A partir de él se introducen elementos sociológicos, culturales e históricos como ingredientes de los intereses dignos de protección”.

El sendero de la ciencia jurídica es inabarcable, y nos permite hacer todo tipo de valoraciones, si bien, sin que olvidemos nunca su procedencia más relevante, auténtica y extraordinaria, la conciencia clásica de la jurisprudencia romana, que en tantísimos supuestos continúa siendo la fuente de inspiración científica, que si merece algún calificativo más, se diría: “lo más perfecto”. Si bien, las oscilaciones cíclicas de la andadura científica no parecen caminar por los mismos senderos –aunque jurídicamente hablando, parece que siempre en una misma dirección y sentido–, elevar el derecho romano a la categoría de ciencia jurídica; para lo cual siempre han tenido que recurrir al pan nutricio que representa la sabiduría jurisprudencial romana. Esta fuente o elemento indispensable para calmar la sed científica y potenciar la vida de la misma –en el marco de la ciencia jurídica–, podría representar el caudal de conocimiento jurídico que mana de las fuentes jurisprudenciales, aparentemente insípido –como el agua pura–; a veces ha sido edulcorado con diferentes sabores, y lo único que se ha conseguido cambiar, aparentemente, es el sabor científico en la degustación y la impresión en su proyección, pero el elemento que nunca cambia, ni puede cambiar, es el chorro de conocimiento referido, absolutamente imprescindible, y vital para el desarrollo de la ciencia encaminada a un mismo fin. (p.e. Donellus- que el derecho se elevara con mayor firmeza a la dignidad de ciencia; Savigny- idea conductora de convertir el derecho en una labor científica; Kelsen, con la intención persistente en el mismo de elevar la ciencia jurídica a <<verdadera ciencia>>, siguiendo su postulado metodológico –pureza metodológica- etc.)

Entre los innumerables ejemplos que podemos relacionar a este respecto –indicio para la reflexión–, me atrevería a señalar uno más reciente, la actitud de Hans Kelsen¹²² (1881-1973), precisamente por la enorme influencia que tuvo en el pensamiento jurídico de todo el mundo el magisterio de Kelsen –probablemente uno de los juristas más importantes e influyentes del siglo pasado–. Como nos sintetiza Robles G¹²³., en la semblanza sobre Kelsen, en 1911 publicó la conocida obra “*Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssätze*”¹²⁴, traducida por Wenceslao Roces -México 1987–, con el título, *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado, desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica*. En esta obra, escribe Robles G., “su autor presenta una concepción <<plana>> del Derecho, que identifica con la ley. Su valor positivo radica en que persigue la fundamentación de una ciencia jurídica formalista, frente a sociologismo y al psicologismo <<invasores>>. Una síntesis del pensamiento jurídico de Kelsen, que también gozó de reconocimiento mundial, se recoge en su obra sobre la doctrina pura del Derecho, *Reine Rechtslehre* (1934), con la intención persistente en el mismo de elevar la ciencia jurídica a <<verdadera ciencia>>, siguiendo su postulado metodológico –pureza metodológica–, según el cual, como escribe el autor de la semblanza, “la ciencia del Derecho ha de limitarse a describir su objeto, las normas jurídicas, para lo cual tiene que emplear el método normativo...; Como normativista, centraba su estudio de las normas jurídicas y de los conceptos normativos, separándolos claramente de los hechos de carácter social o psíquico. Como positivista –idea que también reclamaba para sí– tan sólo se interesaba por el

122 Cfr., recientemente, ROBLES G., *Hans Kelsen (1881-1973)*, Juristas Universales, vol. 4, cit., pp. 69 y ss.

123 ROBLES G., *Hans Kelsen (1881-1973)*, cit., pp. 69 y ss.; Id. *Teoría de derecho I* (Madrid 1998).

124 2ª ed. 1923, y fue exactamente igual, a excepción del prólogo (trad. esp. Wenceslao Roces, México 1987, bajo el título: *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado, desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica*).

Derecho positivo, dejando de lado el problema de la justicia y el Derecho natural...; Como formalista, hacía caso omiso del contenido concreto de las normas que, por su contingencia, no pueden ser objeto de investigación de una ciencia <<general>>, para centrarse exclusivamente en las formas puras del Derecho”¹²⁵. Y llegamos así al núcleo de justificativo de nuestra argumentación inicial. Lo constituye la publicación de nuestro autor de la segunda edición en 1960, de la obra precedentemente señalada, la doctrina pura del Derecho -*Reine Rechtslehre*-, teniendo en cuenta que en ella se introduce una ampliación muy relevante, también a nuestros fines. Esta ampliación en la que se determina y demuestra claramente la evolución en la reflexión y el pensamiento de Kelsen, se produce en dos direcciones, como escribe Robles G¹²⁶., “la admisión de la heterogeneidad de las normas jurídicas (pluralidad de operadores deónticos)” (en la perspectiva formalista de Kelsen, en la primera edición (1934), se destacaba exclusivamente la homogeneidad: el orden jurídico como conjunto de normas homogéneas); y la aceptación de las tesis psicologistas del voluntarismo y las sociologistas en relación con la validez”; (en la perspectiva normativa de Kelsen, en la primera edición (1934), separaba claramente los hechos de carácter social o psíquico, de las normas jurídicas y de los conceptos normativos).

Aunque como señala Robles G., “no queda claro cómo se concilia la tesis general de que toda norma sea manifestación del deber con la idea de la heterogeneidad normativa aludida”, lo que quiero destacar ahora con Robles G., es que “Kelsen –veintiseis años después- deja paso al psicologismo al admitir que las normas son el sentido de actos de voluntad. Y que esta tesis supone el abandono de la idea de la primera edición de *Reine Rechtslehre*, en la cual se sostenía que las normas eran <<juicios hipotéticos>>. En la segunda edición, el voluntarismo determina el ilogicismo jurídico”. Kelsen, prosigue el autor, “abre la puerta a las posturas sociologistas, pues considera que la eficacia condiciona la validez, tanto del sistema jurídico en su conjunto como las normas jurídicas individualmente consideradas”.

Una apreciación breve y contemporánea, que puede servirnos para el cierre de nuestra exposición, en el contexto de los indicios y reflexiones, y, que, a su vez, nos reconectará con las observaciones de Kelsen, la extraemos del estudio preliminar realizado por Monereo Pérez J.L., *El negocio jurídico como categoría problemática*¹²⁷, integrado en la edición de 2000, *Teoría general del Negocio Jurídico*, por Emilio Betti. En este sentido, sin penetrar ahora en el extenso análisis, profundo y bien documentado que realiza el autor, a nuestros fines quiero destacar con él, algunas reflexiones u observaciones doctrinales: W. Flume¹²⁸, “continúa considerando el negocio jurídico como una figura fundamental de la dogmática del Derecho privado. En nuestra doctrina de que el uso y aceptación de la figura puede hoy considerarse firmemente consolidado” (De Castro y Bravo); si bien, como es sabido la polémica existe con perfiles muy incisivos. Como nos recuerda el autor, tras unas observaciones puntuales de Galgano, “uno de los mejores iusprivatistas europeos actuales, puede decir sin ambages que la mayoría de los civilistas hacen referencia hoy al negocio jurídico <<más por costumbre ligüística que por convicción conceptual>>, en el sentido de que con la noción de negocio jurídico ya

125 ROBLES G., *Hans Kelsen (1881-1973)*, cit., p. 73. “El orden jurídico es concebido como un conjunto de normas homogéneas de carácter coactivo y organizado de acuerdo con una estructura escalonada semejante a la de una pirámide”.

126 ROBLES G., *Hans Kelsen (1881-1973)*, cit., p. 74.

127 MONEREO PÉREZ, J.L., *Teoría general del Negocio Jurídico*, por EMILIO BETTI: Estudio preliminar *El negocio jurídico como categoría problemática* (ed. Granada 2000), pp. XV.

128 FLUME W., *El negocio jurídico*, trad. MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., y E. GÓMEZ CALLE, Fun. Cul. Notariado, Madrid 1998.

no pretenden aludir al antiguo <<superconcepto>>, trascendente al contrato y al acto unilateral, sino en la práctica exclusivamente para utilizar un sinónimo de uno y de otro”. Sin embargo, como escribe acertadamente nuestro autor, parece prematura y un tanto excesiva ...la extendida opinión sobre la existencia actual de un ocaso y decadencia no sólo de la categoría general del negocio jurídico, sino también de la propia figura del contrato. Hay que tener en cuenta que a pesar de la multiplicidad y heterogeneidad de las figuras contractuales existentes, la técnica contractual encuentra un auge extraordinario paralelo a la potenciación de su fuente creadora: la autonomía privada negocial...” Betti E., nos decía que el negocio jurídico es la expresión de la autonomía privada; la iniciativa privada viene a ser el mecanismo motor de toda conocida regulación recíproca de intereses privados –autorregulación–; intentaba evitar la confusión entre los dos aspectos claves –psicológico interno, y normativo-preceptivo, (algo análogo a las presunciones de Kelsen); destacando que, en principio, la voluntad hay que entenderla fundamentalmente un hecho social, y no meramente un hecho psicológico; en cualquier caso, puede asumir una función de presupuesto, pero no de elemento interno del negocio jurídico. La <<autonomía privada –con todo el despliegue de contenido–, afirma nuestro autor, puede ser reconocida por el orden jurídico en dos distintas y diversa funciones: a.- como fuente de normas jurídicas destinadas a formar parte del mismo orden jurídico que la reconoce. b.-como presupuesto y fuente generadora de relaciones jurídicas ya disciplinadas, en abstracto y en general, por las normas del orden jurídico>>. Este segundo, parece que es el que se desprende de la teoría de Betti, si bien, como nos recuerda Monereo Pérez J.L., esta posición restrictiva del poder normativo de la autonomía privada negocial ha sido muy discutida. Existe un importante sector de la doctrina que no ha dudado en destacar que en determinados casos la autonomía privada también se puede considerar como fuente de Derecho objetivo, cuando lo prevé el propio ordenamiento. Parafraseando a Kelsen, nuestro autor¹²⁹, nos transmite un ejemplo a este respecto: Kelsen afirma que la convención puede ser acto creador de normas jurídicas (en el mismo sentido S. Romano). Por lo demás hace notar, que la oposición entre creación de normas por la ley y creación de normas por convención no es absoluta sino relativa, tanto en lo que hace referencia al carácter de heteronomía como al carácter de autonomía de la creación de las mismas normas. Entre los dos tipos hay una multitud de grados, que ocupan un lugar intermedio entre ambos puntos de vista. La categoría de la convención no es absolutamente incompatible ni con la creación de normas generales ni con la creación de normas heterónomas. Partiendo de esta reflexión, Monereo Pérez J.L., escribe, “se ha podido realzar la configuración del negocio como posible fuente de normas jurídicas, inserta en el sistema de fuentes del Derecho objetivo en una posición subordinada en relación a la Ley”¹³⁰.

129 MONEREO PÉREZ, J.L., *Teoría general del Negocio Jurídico*, por Emilio Betti: Estudio preliminar *El negocio jurídico como categoría problemática*, cit., pp. XLIII-XLIV.

130 MONEREO PÉREZ, J.L., *Teoría general del Negocio Jurídico*, por Emilio BETTI: Estudio preliminar *El negocio jurídico como categoría problemática*, cit., p. XLIV. Un ejemplo bastante significativo para nuestro autor es “el de las categorías de las convenciones normativas y de los contratos normativos. Es característica de éstos que las partes negociadoras determinan directamente el contenido de futuros y eventuales contratos. De ahí la normal eficacia real o normativa del contrato normativo; función reguladora con eficacia normativa propiamente dicha que es más intensa respecto al convenio colectivo de trabajo”.