

# La teoría general del negocio jurídico: Su oportunidad e importancia

JOSE LUIS DE LOS MOZOS  
Catedrático de Derecho civil

SUMARIO: 1. Planteamiento.—2. Origen y desarrollo de la teoría. Algunas consecuencias.—3. Nuevas críticas a la teoría y recapitulación.

## 1. PLANTEAMIENTO

La categoría general del negocio jurídico presenta un interés pedagógico indudable, muy necesario para la formación del jurista, especialmente en un momento en que los cambios sociales imponen más que nunca la necesidad de una recapitulación, de una toma de conciencia, intelectualmente hablando, ante la realidad o la apariencia de lo cambiante que, muchas veces, se superpone de manera perturbadora al caudal fluyente de la continuidad que viene a ser una constante en la evolución jurídica, por encima de la temporaneidad. Interés que se mantiene, por lo demás, en todo momento, cuando se trata de aproximar Derecho y Justicia, para lo que es imprescindible y necesario, como una exigencia derivada de la tradicional «historicidad» del Derecho, asimilar los modelos del pensar que nos ha transmitido la experiencia jurídica, es decir, lo que pensaron los juristas que se ha convertido en positivo beneficio del Derecho para siempre (1).

Afirmación que también es aplicable a la teoría general del negocio jurídico, cuando se hace una utilización cabal de la misma, pero como recientemente han surgido nuevas críticas respecto de la utilización de dicha categoría conceptual, de las que más adelante nos ocuparemos, es preciso hacer unas breves consideraciones sobre el tema que sirvan de marco a una reflexión que consideramos es oportuna.

La construcción de la *teoría general* del negocio jurídico no deja de ser una creación artificial de la dogmática jurídica, cuya exposición didáctica se hace en ocasiones desconectada, tanto de la realidad social, como de sus presupuestos regulativos, habida cuenta, sobre todo, la separación terminante existente entre contrato y testamento. Pero esto no es un defecto mayor de la formulación de la teoría, sino de la trivialización de la misma, pues, no hay que olvidar que ofrece muchas

---

(1) K. ENGISCH, *Introducción al pensamiento jurídico*, trad. esp., Madrid, 1967, págs. 15 y ss.

ventajas si se sabe huir de la excesiva abstracción y generalidad que se le atribuye, lo que, modernamente, hace la mejor doctrina, entre nosotros (2). Otro tema es si no sería conveniente reducir su estudio en la *Parte General* a lo más imprescindible (origen, fundamento y sucinta exposición a nivel elemental), para luego retomar el tema en un *Curso de ampliación*, como los que ahora diseñan la nueva Ley de Reforma Universitaria y sus disposiciones complementarias, para los estudios del Doctorado. Pero lo que no cabe duda es que, de una u otra manera, debe mantenerse por razones que son evidentes.

Entre las ventajas que ofrece, seguramente la más significativa está en que acostumbra al jurista a una manera de pensar racional, pues, sin olvidar que el conocimiento del Derecho es casuista (3), puesto que su *sistema* nunca es un sistema cerrado, sino abierto (4), tampoco hay que olvidar que los modelos de pensar que ofrecen los ideales pedagógicos modernos se instrumentan conforme a patrones racionalistas que tienen más que ver con el mismo modelo metodológico que dio vida a la teoría general del negocio jurídico que con el método de los juristas romanos, p. ej., pues, en definitiva, el método de la ciencia del Derecho, y aún de su conocimiento práctico, es el *método dogmático*, entendido, naturalmente, con todas las atenuaciones, modificaciones y cautelas que se quiera (5).

Precisamente, los ataques y las críticas que se han dirigido a la oportunidad de una teoría general del negocio jurídico, a salvo la falta de adecuación con la regulación jurídica concreta (6), no dependen, como vamos a ver más adelante, de una renovación metodológica, sino

(2) Destacando la brillante monografía del maestro F. DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1967; también, entre otros estudios monográficos: M. ALBALADEJO, *El negocio jurídico*, Barcelona, 1958; A. GULLÓN, *El negocio jurídico*, Madrid, 1969; DORAL Y DEL ARCO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1982; entre las exposiciones sistemáticas modernas del Derecho civil, destacan: J. L. LACRUZ-A. LUNA, *Elementos de Derecho civil*, I-3, Barcelona, 1984, págs. 160 y ss.; L. Díez-PICAZO-A. GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, I, 4.ª ed., Madrid, 1981, págs. 500 y ss.; D. ESPÍN CÁNOVAS, *Manual de Derecho civil español*, I, 8.ª ed., Madrid, 1982, págs. 503 y ss., y la clásica obra de J. CASTÁN TOBEÑAS (J. L. DE LOS MOZOS), *Derecho civil español, común y foral*, I-2, 14.ª ed., Madrid, 1984, págs. 661 y ss.

(3) Vid. J. L. DE LOS MOZOS, *Metodología y ciencia en el Derecho privado moderno*, Madrid, 1977, págs. 36 y ss.

(4) Por todos, de nuevo, K. ENGISCH, *Introducción*, cit., págs. 171 y ss.

(5) Vid. J. L. DE LOS MOZOS, *Metodología*, cit., págs. 114 y ss.

(6) Este es el caso de la doctrina francesa frente al notable impacto del BGB, en este sentido, sobre todo: R. SALLEILLES, *De la déclaration de volonté. Etude de l'acte juridique dans le Code civil allemand*, París, 1901. Sin embargo, en un nivel elemental, desde la reforma de los estudios de BUENOIR (1985), se estudia en el primer año de Derecho civil, entre otras nociones generales sin las cuales —se dice— es imposible comprender nada de Derecho, una teoría general de los actos jurídicos, lo que se mantiene en la reforma de 1904, aunque por la cantidad de materias que se incorporan los autores se lamentan de la excesiva extensión que ha alcanzado el curso: en este sentido, M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, I, 10.ª ed., París, 1925, pág. 104, dedicando a los actos jurídicos unas pocas páginas (*Ibid.*, 104-137), tónica que mantendrá la doctrina posterior. Sin que se aluda para nada expresamente a la teoría general del negocio jurídico cuando se haga la exposición relativa al contrato, salvo

única y exclusivamente de un prejuicio ideológico (7) que va dirigido contra el *fundamento* mismo de la teoría, por lo que corre la misma suerte la teoría general del contrato.

Efectivamente, la teoría general del negocio jurídico queda formada en la primera mitad del siglo XIX, por obra del *Pandectismo*, presentándose como la expresión dogmática del reconocimiento de la *autonomía privada*, como fuente creadora de efectos jurídicos. Por ello, el concepto de autonomía privada se integra en el núcleo central de la noción de negocio jurídico y, de ahí que la mayoría de los tratados y monografías sobre el tema comiencen estudiando el concepto de autonomía privada y su *función* conforme al ordenamiento jurídico (8). Esto, bajo una u otra forma —teoría general del negocio jurídico o teoría general del contrato— es común a toda la tradición jurídica europea, salvo el Derecho inglés, y procede de la influencia del Derecho natural (9) y, específicamente, del racionalismo, como vamos a ver seguidamente.

Como dice F. de Castro, el principio de la autonomía privada no es extraño en el origen, afianzamiento y organización del «ancien régime» frente al Derecho del emperador y de los reyes, afirmándose en la regla «*modus et conventio vincunt legum*», aunque los hombres de la Ilustración lo desconozcan, pues, como dice tan esclarecido maestro, «ven sólo el presente, una organización ya anquilosada, trabada por los innumerables viejos vínculos heredados, ataduras que estorban el desarrollo y el progreso social. Contra ello reaccionan violentamente. Su entusiasta y admirable actuación liberalizadora, va unida a la creen-

alusiones incidentales e implícitas al hacer remisiones al Derecho alemán: vid. *Traité*, cit., II págs. 325 y ss.

(7) Desde un punto de vista claramente neo-liberal, si no me engaño, L. FERRI, *L'autonomia privata*, Milano, 1959, págs. 308 y 310 y ss., hace una crítica al fundamento de la autonomía privada en cuanto «*causa*» del negocio, por estimar que su construcción como *función social* del mismo se corresponde con los ideales «corporativos» que consagra el *Codice civile* de 1942 —lo que parece absolutamente exagerado e inexacto— añadiendo que, actualmente, después de la promulgación de la Constitución republicana, se debe volver a la idea del *fin* o de los fines queridos por las partes que se hallan más de acuerdo con el reconocimiento de la libertad de la iniciativa económica privada que consagra el artículo 41 de la propia Constitución. Desde otro punto de vista y abriendo un proceso de intenciones que alcanza, por igual, a la configuración dogmática del negocio, viene a decir P. BARCELLONA, *Diritto privato e processo economico*, Napoli, 1973, pág. 275, que la burguesía activa es la defensora de la libertad contractual, etc. Este antagonismo ideológico ha sido estudiado por VARRONE, *Ideologia e dommatica nella teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1972. También, y desde distintas posiciones: P. RESCIGNO, *L'autonomia dei privati*, en *Iustitia*, 1967, págs. 3 y ss.; LUCARELLI, *Solidarietà e autonomia privata*, Napoli, 1970; LIPARI, *Autonomia privata e testamento*, Milano, 1970; NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1975; F. GALGANO, *Il problema del negozio giuridico*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1976, págs. 449 y ss., etc.

(8) Así, F. DE CASTRO, *El negocio*, cit., págs. 11 y ss.; J. L. LACRUZ-A. LUNA, *Elementos*, cit., 1-3, págs. 142 y ss.; W. FLUME, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, II, *Das Rechtsgeschaäft*, 3.ª ed., Berlin, 1979, págs. 1 y ss.; K. LARENZ, *Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, München, 1967, págs. 91 y ss., etc.

(9) J. L. DE LOS MOZOS, *El Derecho natural en la formación del Derecho civil moderno*, ahora en *Metodología*, cit., págs. 249 y ss.

cia ingenua de que bastaba con la supresión de las viejas vinculaciones, y con ella, como consiguiente, el establecimiento de la igualdad jurídica (entre nobles, dignatarios y los pudientes del estado llano), para que reine para siempre la libertad. El Derecho estatal —piensan— debe limitarse a servir la voluntad individual y, en su caso, a completarla y suplirla, conforme a lo que pueda presumirse querido. Lo que se expresa en el axioma: "*voluntas facit legem*". Estas ideas se verán consagradas primero en los textos constitucionales... y pasarán después a los Códigos» (10). De esta manera, así concebida la autonomía privada, mediante la fuerza que se reconoce a la «convención» o «contrato» (11), o a las «declaraciones de voluntad», con carácter más general, según la fórmula divulgada por F. C. von Savigny (12), sirve a lo que se ha llamado la «mercantilización» del Derecho civil (13).

Por otra parte, lo que habían conseguido los Códigos de la Ilustración, con la oposición de la Escuela Histórica a que se lleve a cabo la codificación en Alemania, lo iba a conseguir allí el Pandectismo, elaborando de forma definitiva el concepto de negocio jurídico (14) como una de las grandes figuras teóricas de la dogmática moderna. Pero al hacerlo, debido a los propósitos prácticos del Pandectismo, a partir de G. F. Puchta (15), se orienta en una dirección claramente positivista, el «normativismo positivista» que dice F. de Castro (16), y, en el que la voluntad individual como expresión práctica de la «autonomía privada» queda reducida a *elemento* del supuesto de hecho («*Tatbestand*») o tipo legal de negocio, como ponemos de relieve en «*causa y tipo en la teoría general del negocio jurídico*». Lo que, en su resultado práctico, potencia la «mercantilización» del Derecho privado, como dice el propio maestro citado y, con lo que, la autonomía privada, en apariencia rebajada de categoría alcanza, en la práctica, su máximo desarrollo, potenciándose la fuerza de la voluntad al máximo, por vía de los negocios abstractos, fiduciarios, etc., en los que la tipicidad o la forma, escamotean el control de su reconocimiento, al desaparecer el requisito de la causa (17). De este modo, el Pandectismo se separa de la tradición jurídica que había servido de base a las codificaciones iusnaturalistas y emprende un camino nuevo que se consagra, de forma definitiva, en el BGB y que apenas es seguido por otros códigos posteriores (18).

(10) *El negocio jurídico*, cit., pág. 14.

(11) Cfr. arts. 544, 1.154 *Code civil*, §§ 18, 354, 860, 861 ABGB, art. 1.255 Código civil español.

(12) *Sistema de Derecho romano actual*, trad. esp., Madrid, 1879, II-III, § 104, págs. 141 y ss., etc.

(13) F. DE CASTRO. *El negocio jurídico*, cit., págs. 14 ss.

(14) F. CALASSO, *Il negozio giuridico (Lezioni di storia del diritto italiano)*, Milano, 1959, págs. 339 y ss. (2.ª ed., 1967); F. DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit., págs. 21 y ss.

(15) Ahora, por todos, F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2.ª ed., Göttingen, 1967, págs. 399 y ss.

(16) *El negocio jurídico*, cit., págs. 15-16.

(17) *Ibid.*

(18) El Código brasileño y el griego y, posteriormente, el Código civil portugués de 1966.

Pero es precisamente en este estado, en que la categoría del negocio jurídico, como un producto acabado de la gran ciencia jurídica a'emana del siglo XIX, será recibida por el «pandectismo tardío italiano», primero, y, después, en todas partes, por lo que ha dado en llamarse la Escuela científica (con la excepción, en este caso, de una buena parte de los autores franceses), penetrando en España por obra de Valverde, Sánchez Román, F. Clemente de Diego y J. Castán Tobeñas (19), entre otros. Sin dejar de advertir sus inconvenientes y defectos, si no se tienen en cuenta las salvedades oportunas.

Efectivamente, la soberbia arquitectura dogmática del negocio jurídico se resiente de colosalismo, como tantas otras construcciones de la llamada «jurisprudencia conceptual», padeciendo de forma típica y sintomática sus clásicos defectos: abstracción y generalización. Abstracción, porque la vida social se resuelve en particulares y concretos negocios, socialmente típicos (20), generalmente y, generalización, porque el proceso de formación histórica de la categoría general del contrato que lentamente se ha ido desarrollando a lo largo del Derecho común europeo, sobre la base de un «*usus modernus Pandectarum*», se extiende dogmáticamente a toda clase de actos o negocios, contrastando la fuerte antinomia entre contratos y testamentos, aunque los dos sean actos de autonomía privada e inquietando también su extensión, por una parte, a otros actos unilaterales, como la promesa, o como cualquiera aceptación o renuncia, u otra manifestación de voluntad (dirigida al juez o al funcionario del Registro fundiario, p. ej.) y, por otra, incluyendo aquellos otros de índole bilateral que carecen de contenido patrimonial (actos relativos al estado de la persona y de la familia, etc.), por el solo hecho de que, unos y otros, configuran una «declaración de voluntad». Con lo que al hacer de todo ello una construcción dogmática esta resulta, en parte, artificial, sobre todo en la medida en que se desconecta de su formación histórica, aunque luego esta dificultad queda obviada por su integración en el BGB. Pero, precisamente esto, es lo que va a suponer que se marquen más las diferencias entre el Derecho alemán y los restantes Derechos europeos, que no han seguido aquel modelo.

Sin embargo, a pesar de estos inconvenientes y, hechas estas salvedades, la doctrina de la teoría general del negocio jurídico se ha instalado en todas partes, ejerciendo, de una u otra manera, una influencia extraordinaria y, sin duda alguna, unos efectos altamente beneficiosos en la formación de los juristas, apareciendo y quedando, desde entonces, como paradigma de la construcción dogmática de la «autonomía privada» (21).

(19) Vid., por todos, J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, 1-2, 11.ª ed., Madrid, 1971, págs. 593 y ss.

(20) Lo que ya era advertido por H. C. NIPPERDEY-L. ENNECCERUS, *Tratado de Derecho civil*, 1-2, Parte General, trad. esp., Barcelona, 1944, págs. 289 y ss.

(21) F. von HIPPEL, *Das Problem der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie*, Berlin, 1935; MANIGK, *Die Privatautonomie im Aufbau der Rechtsquellen*, Tübingen, 1935.

## 2. ORIGEN Y DESARROLLO DE LA TEORÍA. ALGUNAS CONSECUENCIAS

La teoría general del negocio jurídico tiene su antecedente remoto, en la formación de la teoría general del contrato y que, como nadie, ha estudiado F. Calasso (22), entre otros (23), en el paso del *sistema romano*, de singulares tipos de contrato, reconocidos por el ordenamiento, al sistema moderno, en que se admite el contrato como categoría general, expresión técnica del reconocimiento del dogma de la autonomía privada, vivo en la tradición jurídica europea desde la Baja Edad Media. Pero su antecedente próximo, hay que encontrarle en la influencia del *racionalismo* (24).

Esta influencia, no sólo la vamos a ver bien patente en un J. Domat, a propósito del fundamento o *causa* de los contratos (25), sino que aparecerá, propiamente hablando, como una consecuencia del intento de construir el saber jurídico como una ciencia «*more geometrico demonstrata*» y que se va a aplicar al término conceptual «*factum*» o «*negotium*», que se ha extendido en la doctrina después del Humanismo y por influencia del Derecho natural (26).

Por otra parte, lo que tampoco cabe duda es que se había formado ya, para entonces, una categoría general, aunque recibiera nombres diversos: contrato, convención, pacto o negocio (27). Pero lo importante es que la «teoría del negocio» forma parte de un capítulo —si bien importantísimo— en la construcción de lo que puede llamarse el «sistema jurídico» (28), no en vano el que consagra su terminología, D. Nettelblatt, hablando de «*actus juridicus seu negotium juridicum*», lo que se traduce por negocio jurídico («*rechtliches Geschäft*») y, posteriormente, «*Rechtsgeschäft*»), como anota F. de Castro (29), se encuentra inmerso plenamente en las discusiones que, en el último tercio del siglo XVIII, se desarrollan entre «*usus modernus Pandectarum*» tardío y los albores del Pandectismo, en torno a la formación del «*Systema iuris*».

(22) *Il negozio giuridico*, cit., págs. 53 y ss.

(23) Así, MEIJERS, *Les théories médiévales concernant la causa de la stipulation et la causa de la donation*, en *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 1936, págs. 378 y ss.; y SÖLLNER, *Die causa im Kondiktionem-und Vertragsrecht des Mittelalters bei den Glossatoren, Kommentatoren und Kanonisten*, en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (rom. Abt.)*, 1960, págs. 182 y ss.

(24) F. WIEACKER, «*Contractus*» und «*Obligatio*» im Naturrecht zwischen Spätscholastik un Aufklärung, en *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1 (1973), págs. 223 y ss.

(25) *Les lois civiles en leur ordre naturel*, Lib. I, sec. 1.<sup>a</sup>, núm. 4, en *Oeuvres complètes*, ed. Rémy, I, Paris, 1835, pág. 122 e *Ibid.*, núm. 5.

(26) F. DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit., págs. 19-20, da una lista bastante completa de autores que encajan en la alusión del texto.

(27) Mezcla estas expresiones, pero no utiliza todavía la de negocio, G. HEINECIO, *Elementa iuris civilis secundum ordinem Institutionum commoda auditoribus methodo adornata*, Giessae, 1775, págs. 378 y ss.

(28) Para esto la brillante investigación de P. CAPELLINI, *Systema iuris*, 2 vols. que constituyen los 17 y 19 de los «*Quaderni fiorentini*», cit., 1984 y 1985.

(29) *El negocio jurídico*, cit., pág. 20.

Por eso, merece la pena que hagamos una breve digresión metodológica, para entender la afirmación de que la teoría general del negocio jurídico es una creación del *racionalismo* sobre la que, posteriormente, construirá el Pandectismo, de manera definitiva, su sólida construcción conceptual. Pero antes, hemos de dar alguna noticia de Daniel Nettelbladt que nace en Rostock en 1719 y muere en Halle en 1791, de cuya universidad es profesor, como discípulo y continuador de Ch. Thomasio y de Ch. Wolff, influyendo juntamente con J. C. Daries, como anota F. Wieacker, en los creadores del «Sistema de Pandectas» (30), siendo autor de numerosas obras, entre las que destaca su *Systema elementare universae iurisprudentiae naturalis in usum praelectionum academicarum adornata* (1767) (31), donde según observa F. Calasso, aparece la delimitación de los elementos del negocio (naturales esenciales y accidentales) (32), en lo que es imitado por otros autores contemporáneos (33), reconociéndole nada menos que G. Hugo, el fundador de la Escuela histórica, indirectamente, la paternidad de la nueva terminología conceptual, negocio jurídico (34) que, a pesar de las polémicas entre ambos, queda incorporada al afortunadísimo *Sistema Hugo-Heise* que llegará a ser luego el *sistema* de las Pandectas del Pandectismo por antonomasia (35). Pero volvamos ahora a la cuestión metodológica, por la que batalló tan denodadamente D. Nettelbladt (36).

El más sobresaliente epígono del *racionalismo* en Alemania será G. W. Leibniz (37), cuya influencia, si bien no se dejará sentir, inmediatamente, en la jurisprudencia práctica, se hallará, en cambio, mediatamente presente, en la formación del *sistema de Pandectas*, a cuya construcción contribuyen, también, del mismo modo los grandes maestros del llamado Derecho natural racionalista (S. Puffendorf, Ch. Thomasio y, sobre todo, Ch. Wolff) (38). El planteamiento de Leibniz es bien conocido y aparece con bastante precisión expresado en su *Nova Methodus* (1667), donde trata de hallar un orden *racional* para

(30) F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte*, cit., págs. 321-322 y 373.

(31) Halae Magdeburgicae, 1767.

(32) *Il negozio giuridico*, cit., págs. 340-341, texto y nota 33.

(33) Como C. C. HOFACKER, perteneciente al grupo de los «sistemáticos de Göttingen», discípulo de Boehmer, pero sobre todo de Pütter y autor, entre otras muchas obras, de unos *Elementa iuris civilis Romanorum*, Göttingen, 1784.

(34) Daniel Nettelbladt. *Bemerkungen, über seinen litterarischen Charakter*, en *Civilistisches Magazin*, II (1797), págs. 39-40.

(35) Sobre esto, magistralmente, P. CAPELLINI, *Systema iuris*, cit., II, págs. 3 y ss.

(36) Aparte de la ya citada, y de otros *sistemas*, en sede metodológica su obra se inicia con las varias *Praecognitae* que adquieren una configuración más general en su *Nova introductio in Jurisprudentiam positivam germanorum communem*, Halae Magdeburgicae, 1772 (2.ª ed), que luego continúa en las sucesivas *Propedéuticas: Sammlung kleiner Juristischen Abhandlungen*, Halle, 1792.

(37) Vid. por todos, F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte*, cit., págs. 204 y ss.; también, F. STURM, *Das römische Recht in der Sicht von Gottfried Wilhelm Leibniz*, Tübingen, 1968; G. OTTE, *Leibniz und die juristische Methode*, en *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte*, 5 (1983), págs. 1 y ss.

(38) *Privatrechtsgeschichte*, cit., 280 y ss.

el estudio de los institutos jurídicos, rechazando el «*ordinem librorum*» de las *Instituta* y tratando de hallar otro criterio definidor que guarda relación con el fundamento de la institución misma, lo que llama el «*modus causandi*» (39), cuestión que había de tropezar, de inmediato, con los hábitos de la jurisprudencia práctica fiel al «*usus modernus Pandectarum*» (40). Sin embargo, en el modelo leibniziano ya se hallaba prefigurada, metodológicamente hablando, una noción abstracta y general como la que luego va a llegar a ser el *negocio jurídico* en el sistema de Pandectas.

De todos modos, para que esto tenga lugar había de pasar mucho tiempo todavía y tenían que intervenir otros factores en apoyo del racionalismo. *Grosso modo*, podemos decir que sucede aquí algo parecido al maridaje que pone de relieve F. Wieacker, cuando habla del encuentro entre el racionalismo y la Ilustración, como presupuesto teórico de las llamadas codificaciones iusnaturalistas (41). Efectivamente, los ideales de la Ilustración con el tiempo, y debido también a la influencia, o concurrencia, de nuevos factores (especialmente la filosofía kantiana), se hacen realidad al ofrecer, a través del sistema de Pandectas, un Derecho para la vida real, cuando por obra de G. F. Puchta (42), y según hemos indicado anteriormente, se hace «positivismo científico» del propio Pandectismo, desviándose de la Escuela histórica (43). Pero no en vano, y volviendo a la formación

(39) *Nova methodus docendae discendaeque Jurisprudentiae*, ed. Pisis, 1771, págs. 45 y ss.

(40) Desde otro punto de vista, interesante también para el argumento y con una notable proyección moderna: el volumen, *Il modello di Gaio nella formazione del giurista*, *Atti del Convegno Torinese (in onore del Prof. Silvio Romano)*, Milano, 1981.

(41) *Privatrechtsgeschichte*, cit., págs. 322 y ss.

(42) Para esto, también, ahora por todos, F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte*, cit., págs. 399 y ss.; también, vid. J. L. DE LOS MOZOS, *Derecho civil español*, I, *Parte General*, 1, *Introducción al Derecho civil*, Salamanca, 1977, págs. 202 y ss. Siendo de añadir que SAVIGNY no fue discípulo de PUCHTA, ni tampoco PUCHTA discípulo de SAVIGNY. Lo que pasa es que fue un seguidor de la Escuela histórica, aunque un seguidor heterodoxo que acentuó una cierta tendencia hacia el «*Lebenssystem*» que se manifiesta en la Escuela histórica y que se ha atribuido a la influencia de G. HUGO, proveniente del influjo en Göttingen de la «escuela de Halle», lo que, en menor medida, también se encuentra en SAVIGNY. Pero lo que hizo PUCHTA, en su segunda época, fue transformar aquella tendencia hacia la práctica en una unidad superior de científicidad bajo la soberanía del jurista docto (la «Jurisprudencia de conceptos»). Finalmente, PUCHTA ocupó algún tiempo la cátedra de Marburg (1835-1837) que había tenido SAVIGNY y que en 1810 pasa a Berlín, sucediéndole luego en ésta, desde 1842. Por su parte, SAVIGNY fue discípulo de P. F. WEIS y de HOPFNER, en Marburg, de donde fue nombrado profesor en 1803, hasta que pasó a Landhust en 1808 y, posteriormente, a Berlín. En aquella época de Marburg hizo su viaje de estudios a París: vid. las cartas dirigidas a su maestro WEIS, publicadas por W. FELGENTRAEGER, *Briefe F. C. von Savigny an P. F. Weis (1804-1807)*, en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (rom. Abt.)*, 48 (1928), págs. 114 y ss.

(43) No en vano se ha hablado de una paternidad «putativa» de la Escuela histórica respecto de la «*Begriffsjurisprudenz*» que, probablemente por ello, y con un cierto juego de prestigio, se conoce por Pandectismo por autonomasia. Para esto, vid. también P. CAPELLINI, *Systema iuris*, cit., II, págs. 283 y ss. Buscando un fundamento a la desviación de PUCHTA, mi maestro H. THIEME, dirá que éste

del sistema de Pandectas, en los albores de aquella, y a través de la influencia en G. Hugo, su fundador, de uno de sus maestros, J. S. Pütter, se muestra la influencia ilustrada, en la recién creada Universidad de Göttingen, impulsada y fomentada por el príncipe elector de Sajonia, empeñado especialmente en la construcción del saber jurídico conforme a los modelos del enciclopedismo (44) y aquí es precisamente donde tiene lugar la larga polémica entre G. Hugo y D. Nettelbladt (45) y aquí es donde, de nuevo, reaparece G. W. Leibniz.

Ch. Wolff, como es sabido, asume la tarea de reeditar la *Nova Methodus* leibniziana que debe ser considerada, después de las tentativas de Ch. Thomasio, como un ulterior y ciertamente más sólido y fundado planteamiento enciclopédico en atención a la finalidad de afirmar una nueva estructura unitaria para toda la ciencia jurídica globalmente considerada en todas sus ramificaciones. Pero mientras Leibniz trataba de construir el sistema con un instrumentario ofrecido por el «*ars combinatoria*» y la matemática, prescindiendo de lo existente. Para Wolff, lo nuevo estaba, únicamente, en dotar a lo existente de una certeza superior, demostrativa, sin necesidad de incorporar elementos nuevos (46), postura que fundamentalmente va a seguir Nettelbladt en su larga polémica con G. Hugo que, en ocasiones, toma dimensiones de una polémica entre dos escuelas, dos universidades y hasta dos ciudades, una prusiana, la otra sajona (Halle y Göttingen), todo ello entorno a la fijación de un *sistema* de Derecho romano actual, en lo que difieren, contraponiéndose un «*usus modernus Pandectarum*» fuertemente racionalizado, con los ideales y propósitos de la Escuela histórica, en lo que puede llamarse una lucha por el sistema. Pues bien, en el seno de esta lucha y por una cierta «incongruencia» metodológica que no pasa desapercibida a su oponente, G. Hugo (47), D. Nettelbladt introduce, abandonando el modelo wolffiano, el *concepto* de negocio jurídico (48), verdaderamente clave para todo el desarrollo sucesivo. Bien que, en su descargo, no era del todo extraño en la terminología de la jurisprudencia práctica, como anteriormente hemos indicado.

La historia ulterior, en cuanto al desarrollo de la teoría, es más conocida y sabido es que, en aquel ambiente va a aparecer el joven

contemplaba el término «*Volksgeist*» construyéndole conforme a la doctrina de MONTESQUIEU, de acuerdo con el «*esprit des lois*» y con el «*génie de la nation*» (*Savigny und das Deutsche Recht*, en *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, 8 (1963), págs. 8-9 y en otros trabajos anteriores). F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte*, págs. 399 y ss., lo atribuye, en cambio, a la influencia de FICHTE y de HEGEL, bastante evidente en Erlangen en su etapa formativa. Por otra parte, se ha dicho que mientras la Escuela histórica «ortodoxa» recibe la influencia del KANT de la *Metafísica de las costumbres*, PUCHTA, recibirá, además, la influencia del KANT de la *Crítica de la razón pura*: en este sentido, B. MONTANARI, *Arbitrio normativo e sapere giuridico ... a partire da G. F. Puchta*, Milano, 1984, pág. 151, seguido por P. CAPELLINI, *Systema iuris*, cit., II, pág. 283.

(44) *Entwurf einer Juristischen Encyclopädie*, Göttingen, 1757.

(45) P. CAPELLINI, *Systema iuris*, cit., I, págs. 325 y ss. II, págs. 3 y ss.

(46) P. CAPELLINI, *Systema iuris*, cit., I, págs. 371-372.

(47) *Op. cit.*, en *Civilistisches Magazin*, II (1797), pág. 39.

(48) P. CAPELLINI, *Systema iuris*, cit., II, págs. 3-4.

Savigny (49), cuya aportación es decisiva, como es sabido, para consolidar la teoría general del negocio jurídico, si bien en la evolución de su pensamiento, donde queda un rescoldo del iusnaturalismo wolffiano, asumido como «*Kriptonnaturrecht*» por la Escuela histórica, influida por la metafísica de las costumbres kantiana, se pueden apreciar los ecos, perfectamente diferenciados, de la doctrina de sus precursores, orientando su construcción científica no tanto hacia un «*Lehrsystem*» como a un «*Lebensystem*», en donde confluyen tanto los ideales prácticos del iusnaturalismo, de la Ilustración, o del idealismo (50). Posteriormente, como dice F. de Castro, admitida la categoría del negocio jurídico, la atención de los juristas se centra en una grandiosa polémica sobre la naturaleza y esencia del mismo (51), como se muestra ya en B. Windscheid (52). Lo que da sentido a la expresión de F. Calasso, cuando, refiriéndose al momento en que queda formado el concepto como categoría, históricamente hablando, al final de su investigación, dice que donde termina la historia empieza la dogmática (53).

Sea como fuere, el hecho es que el estudio de la nueva categoría se extiende por todas partes, penetrando a través de Zachariae en la escuela francesa de la Exégesis (54), aunque allí predomine, como en la doctrina francesa ulterior, la terminología de «*acte juridique*» (55), pasando con su propio nombre al Código civil portugués de 1966 (56). Finalmente, es muy interesante la penetración de la teoría en Italia y, a lo que anteriormente me he referido, casi de pasada, aludiendo al momento más brillante de la moderna ciencia jurídica italiana y que me complace calificar como «pandectismo tardío», por comparación con el alemán y por haber recibido de éste una gran influencia. Este período, que abarca, en sentido amplio, tres generaciones, constituye

(49) H. THIEME, *Op. cit.*, en *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, 8 (1963), páginas 16-7; F. WIEACKER, *Friedrich Karl von Savigny, en Gründer und Bewahrer*, Göttingen, 1959, págs. 111 y ss.; W. KUNKEL, *Savigny Bedeutung für die deutsche Rechtswissenschaft und das Deutsche Recht*, en *Juristenzeitung*, 1962, páginas 457 y ss.

(50) En lo que coincide, P. CAPELLINI, *Systema iuris*, cit., II, págs. 329 y ss., con lo que había afirmado F. DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit., págs. 27 y ss.

(51) *El negocio jurídico*, cit., pág. 21.

(52) *Diritto delle Pandette*, trad. it., I, Torino, 1930, §§ 67 y 68.

(53) *Il negozio giuridico*, cit., 341 y ss.

(54) Suele decirse que los juristas de la Escuela de la exégesis se dedicaron a comentar el *Code civil* con un excesivo respeto por su texto (fetichismo legal), contribuyendo de esta manera al «positivismo legalista», pero esto no tiene otro fundamento que la famosa frase de BUGNET, «*Je ne connais pas le droit civil, je n'enseigne que le Code Napoleon*» y la idea que de ella se hicieron los fundadores de la escuela científica francesa. Para deshacer este equívoco resulta muy interesante el brillante trabajo de Ph. REMY, *Eloge de l'exégèse*, en *Droits. Revue française de théorie juridique*, 1 (1985), págs. 115 y ss.

(55) Precizando que «esta palabra tiene en el lenguaje dos sentidos diferentes: tanto designa una *operación jurídica* que se corresponde con la voz latina *negotium*, como la *prueba* destinada a constatarla que se corresponde con la de *instrumentum*: M. PLANIOL, *Traité*, cit., I, pág. 104.

(56) Vid. por todos, C. A. DA MOTA PINTO, *Teoria geral do Direito civil*, Coimbra, 1976, págs. 241 y 259 y ss.

uno de los momentos más interesantes de la ciencia jurídica de todos los tiempos, siendo de gran importancia para nosotros y para la cultura jurídica de habla española, a un lado y a otro del Atlántico, por su extraordinaria influencia, comprendiendo propiamente tres períodos que se corresponden con el pandectismo tardío, en sí mismo considerado (C. Ferrini, V. Scialoja, C. Fadda, P. Bonfante, etc.), la escuela científica (F. Ferrara, G. Stolfi, F. Messineo, etc.), y la superación del positivismo (E. Betti, L. Cariota Ferrara, F. Santoro Passarelli, etc.) y por no citar más que a los más representativos (57), con la particularidad de que el nuevo Código de 1942 no acoge la categoría, con lo que esta doctrina, desde el punto de vista práctico, por las salvedades que de su aplicación se hacen, generalmente, presenta un interés indudable.

Por último, hay que decir que la admisión de una categoría general, como la teoría del negocio jurídico, comporta, como ha observado F. de Castro, que el concepto de negocio jurídico se haya impuesto sin necesidad de textos legales, tal sucedió en Alemania antes del BGB, por la aplicación de las reglas de los contratos y de los testamentos a los demás actos (o negocios) de la autonomía privada. Modelo que según el propio autor citado, también han seguido algunos Códigos, al extender la regulación de los contratos a otros supuestos (58), lo que es aplicable, igualmente, a nuestro Derecho, a pesar del silencio del Código, sobre el particular (59) y, en lo que hay que ver una función dogmática «expansiva» de todo concepto general que, como en el presente caso, se comunica a otros conceptos paralelos: tal el de la categoría general del contrato. Por otra parte, la admisión de un concepto general, se halla mejor en la «*communis opinio*» que dentro de la propia regulación legal.

Efectivamente, muchos de los inconvenientes que se atribuyen a la teoría del negocio jurídico, como algunos de los ya señalados, están pensados para el Derecho alemán, pero no pueden aplicarse de la misma manera en relación con otros ordenamientos, donde sin hallarse consagrado el concepto en el Código se utiliza la teoría por la jurisprudencia práctica, como una categoría especulativa que se «interpone» entre el intérprete y la norma que se aplica. Claro que esto resulta, en cambio, en el BGB, como consecuencia de constituir la «declaración de voluntad» un presupuesto del tipo («*Tatbestand*») de donde se derivan, mecánicamente, las «consecuencias jurídicas» («*Rechtsfolge*»), lo

---

(57) Para una referencia más amplia, vid. J. L. DE LOS MOZOS, *La causa del negocio jurídico*, en *Revista de Derecho Notarial*, 33-34 (1961), págs. 370 y ss.

(58) *El negocio jurídico*, cit., pág. 22. Refiriéndose al art. 7.º CCS, que dice que «las disposiciones generales del Derecho de obligaciones sobre nacimiento, cumplimiento y extinción de los contratos se aplicarán también a las demás obligaciones civiles». Igualmente, el art. 1.324 C. c. it., según el cual, «salvo disposiciones distintas de la ley, las normas que regulan los contratos se observarán, en lo que sean compatibles, para los actos unilaterales entre vivos de contenido patrimonial».

(59) *Ibid.*, con base en el mismo criterio y a la vista de lo establecido en el art. 1.090 C. c. que sin pronunciarse sobre el particular, da la misma solución por supuesta.

que facilita la abstracción (60), etc. y con ello la llamada mercantilización del Derecho privado. De este modo, no sólo han quedado desnaturalizados algunos negocios, sino que la propia transmisión del dominio, y de la mayoría de los derechos reales, queda convertida en un negocio anómalo (61). Lo cual es debido a una especie de reajuste de la *sistemática interna* del Derecho civil patrimonial. Pero, en contra de lo que pudiera parecer, este reajuste sistemático va mucho más lejos (62): así, mientras en el «*usus modernus Pandectarum*» los derechos patrimoniales se agrupaban en dos categorías, conforme al criterio clasificatorio gaiano, acogido por la *Instituta* de Justiniano, sin que existieran entre ellos grandes separaciones, a saber: derechos *a la cosa* y derechos *sobre la cosa* (63), entendidos los primeros como una «*obligatio*» y los segundos como un «*ius in re*» y respecto de los cuales el contrato, convención o pacto, despliega una función paralela (64), pero constituida en escalones diferentes (65), al generalizarse la categoría general del negocio jurídico, y algo parecido había sucedido con la categoría general del contrato en un panorama extraño al «*usus modernus Pandectarum*», no hay más remedio que separar, tajantemente, los derechos reales y los derechos de obligación, como hace el BGB (66), ya que no vienen separados por el «*modus causandi*», según la expresión del propio Leibniz (67), abandonando el modelo de las *Institutas*, al cual siguen fieles, a pesar de todo, la mayor parte de los Códigos latinos (68).

(60) Vid. J. L. DE LOS MOZOS, *Negocio abstracto y reconocimiento de deuda*, en *Anuario de Derecho civil*, 19 (1966), págs. 369 y ss.

(61) Antes del BGB, ya STROHAL, *Rechtübertragung und Kausalgeschäft im Hinblick auf den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, en *Jhering's Jahrbücher*, 27 (1889), págs. 335 y ss.; posteriormente, F. HECK, *Das abstrakte dingliche Rechtsgeschäft*, Tübingen, 1937; recientemente, W. FLUME, *Allgemeiner Teil*, II, cit., págs., 152 y ss.

(62) Surgiendo de un remoto voluntarismo que apoya el consensualismo frente al formalismo primitivo se desarrolla en virtud de un proceso de racionalización que se aplica, por igual, al saber jurídico, para aplicarse después a una reinterpretación de la tradición romanista con un intento de actualización y llevar a cabo, finalmente, una síntesis conceptual de ambos propósitos que es lo que cristaliza en el sistema de Pandectas, en la primera mitad del siglo XIX, época que deja marcada su impronta, como no podía ser menos.

(63) J. G. HEINECIO, *Recitaciones del Derecho civil romano*, trad. esp. (de L. DE COLLANTES), II, Valencia, 1879, págs. 219 y ss.

(64) En cuanto «*causa de la obligación*» (*Recitaciones*, cit., II, págs. 60-61) y en cuanto «*causa traditiones*» como *causa remota* (*Recitaciones*, cit., I, páginas 223-224).

(65) Los que separan el «*ius ad rem*» del «*ius in re*» (*Recitaciones*, cit., I, págs. 219 y ss.).

(66) Es decir, a través de una despersonalización de las cosas y en cuanto objetos corporales, ajenos al sujeto, rompiendo la antigua unidad. En este sentido, M. WOLFF y L. RAISER, *Tratado de Derecho civil* de ENNECERUS, III, *Derecho de cosas*, I, trad. esp., Barcelona, 1971, pág. 3. Ya en el mismo sentido se había expresado F. C. VON SAVIGNY, *Sistema*, cit., I, pág. 285, diciendo que la unidad aquí atribuida a los bienes descansa sobre la persona del que los posee.

(67) *Nova methodus*, cit., págs. 39 y ss.

(68) Que siguen hablando de *bienes*: así el *Code civil* (arts. 516 y ss.), el Código de Chile (arts. 565 y ss.), el español (arts. 333 y ss.), e incluso el *Código civile* de 1942 (arts. 810 y ss.), etc. Con la excepción del Código civil argentino,

### 3. NUEVAS CRITICAS A LA TEORIA Y RECAPITULACION

Como es evidente, no basta con salvar las disfunciones sistemáticas y sus repercusiones cuando se trata de utilizar la teoría del negocio jurídico, porque todo ello es superable y lo ha demostrado, especialmente, buena parte de la doctrina italiana. El problema está en que, siendo esta una traducción dogmática del concepto y valor de la «autonomía privada» y teniendo en cuenta que éste cambia en la estimación de las fuerzas sociales, no cabe duda que nunca puede llegarse, en una sociedad pluralista, a un «*status quaestionis*» pacífico y, en tal sentido, la apreciación de F. Calasso, anteriormente referida (69), queda sometida a revisión, ya que la historia no termina nunca, y con ella la dogmática, se están haciendo constantemente.

Pero, sin llevar esto a sus últimos extremos, bien podemos señalar momentos de aguda crisis de la teoría y, asimismo, indicando las críticas más señaladas de que ha sido objeto, durante los últimos tiempos.

F. de Castro, que estudia esta cuestión magistralmente (70), refiere cómo en los años anteriores a la segunda guerra mundial, convergen las críticas al Pandectismo y al negocio jurídico, coincidiendo en ellas, nacional-socialistas, neo-hegelianos, marxistas y conservadores de la escuela de la jurisprudencia de intereses. Posteriormente, cambiadas las circunstancias, las críticas continúan en un tono menor, olvidándose su radicalización anterior (71). Por otra parte, la doctrina de los *límites* de la autonomía privada queda incorporada a la propia lógica interna del concepto de negocio jurídico, de manera que éste, como autorregulación de intereses privados productor de efectos jurídicos, tiene que ser conforme al ordenamiento jurídico, es decir, a los valores que el mismo reconoce y consagra, de acuerdo con lo establecido por las leyes imperativas («orden público») y por las buenas costumbres que sirven de base a una valoración moral de los comportamientos sociales, en la línea que definiera G. Ripert (72), en la doctrina francesa, y que tanto ha contribuido por el mismo y, a través de sus numerosos seguidores, en todas partes, a la superación del positivismo y a un nuevo renacimiento del Derecho natural (73). Factores que, en este período, confluyen, coincidiendo con una brillante floración doctrinal de la teoría del negocio jurídico, sobre todo en Italia (74), de donde nos llega

---

que habla de *cosa*, como *objeto corporal* (arts. 2.311 y 2.312): vid. J. L. DE LOS MOZOS, *Los derechos reales en la sistemática de Vélez Sarsfield*, en *Revista de Derecho Privado*, 1986, págs. 491 y ss.

(69) *El negozio giuridico*, cit., págs. 239 y ss.

(70) *El negocio jurídico*, cit., pág. 22.

(71) *Ibid.*

(72) *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, 1925. Volviendo al argumento en otras obras posteriores: *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, 2.ª ed., Paris, 1948; *Les forces créatrices du droit*, Paris, 1955, etc.

(74) E. BETTI, *Teoría general del negocio jurídico*, trad. esp. Madrid, 1943; L. CARIOTA FERRARA, *El negocio jurídico*, trad. esp., Madrid, 1956; SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1951, 2.ª ed., (1969), G. STOLFI, *Teoría del negocio jurídico*, 2.ª ed., Padova, 1961, etc., aparte obras generales.

rápídamente (75), como anteriormente señalaba, conservándose en Alemania la misma tendencia, con un aire renovador, y al margen de las tensiones anteriores (76).

Pero esta situación y la ilusión de «neutralidad» de los saberes jurídicos (¡ un paraíso siempre soñado por los juristas !), no podía durar mucho, apareciendo, recientemente, en Italia, una nueva ola de ataques y de críticas al concepto de negocio jurídico, extensivo también a otras categorías fundamentales del Derecho civil, como el contrato, la persona jurídica, la responsabilidad civil, etc.

No se trata de hacer aquí un examen riguroso y exhaustivo de esta doctrina, simplemente quiero llamar la atención sobre la misma, por el eco que ha tenido, aunque no se trate de una doctrina nueva, ni mucho menos, pues procede del viejo campo marxista (77). Sin embargo, aparece en un contexto muy particular que le da una cierta ilusión de novedad.

Este contexto hace referencia a algunos de los rasgos más característicos de la vida jurídica italiana en la actualidad. Efectivamente, al advenimiento del régimen republicano se plantea el problema de la «cohabitación» entre el *Codice civile* y la Constitución, aunque no se trate, como pretenden los que hablan de la cuestión, trivializándola, de la antinomia entre un Código fascista y una Constitución *democrática*, sino más bien, de un Código «neo-pandectista» y liberal con algunas concesiones fascistas de tipo social, que no satisfacen a nadie y que encuentran la enemiga de todos, y una Constitución transaccional, entre enfrentadas posiciones políticas, que se separa del viejo liberalismo e irrumpe en un campo incierto al confundir los fines con los medios: lo que se llama el Estado *social* de Derecho (78). Durante algún tiempo, la cohabitación no suscitó mayores problemas y, a lo sumo, unas pocas leyes especiales, progresivas y bien intencionadas, les fueron resolviendo. La propia jurisprudencia de la Corte Constitucional, durante este período, nos lo confirma.

Sin embargo, hay un momento en que las cosas van a cambiar, lo que tiene lugar a partir de los primeros años sesenta, debido a causas sabidas por todos. Italia ha conocido el milagro económico y el debate

(75) Aparte de las traducciones de A. MARTÍN PÉREZ de la obra de E. BETTI y de M. ALBALADEJO de la de L. CARIOTA FERRARA, no hay que olvidar la de PELSMAKER de la obra de V. SCIALOJA, *Negocios jurídicos*, Sevilla, 1942, de 3.ª ed. italiana y que constituyó un Curso de lecciones del maestro en Roma (1892-1893), sin olvidar la espléndida monografía de U. ALVAREZ SUÁREZ, *El negocio jurídico en Derecho romano*, Madrid, 1954.

(76) Vid., especialmente, W. FLUME, *Allgemeiner Teil*, cit., II, págs. 1 y ss. y 23 y ss. y allí otras referencias.

(77) A. MENGER, *Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen*, 4.ª ed., Tübingen, 1908; G. SOLARI, *Socialismo e diritto privato* (1906), reimp. núm. 10 de los «*Quaderni fiorentini*», cit., Milano, 1980; K. RENNER, *Die rechtsinstitute des Privatrechts und ihre soziale Funktion* (1905), reimp. Stuttgart, 1966, entre los más significativos.

(78) Donde la vieja fórmula latina, «*ubi societas ibi ius*», entra en una curiosa dinámica con referencia al art. 3.º-2 de la Constitución de 27 de diciembre de 1947. Vid., sin embargo, el reciente libro de N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, Roma, 1984.

sobre la planificación del desarrollo se hace muy intenso, a la vez que se reactiva el debate ideológico, en un marco revisionista que, como es sabido, excede de las meras discusiones político-sociales. Esto se traduce en el plano de la política legislativa en una intensa proliferación de *leyes especiales* que todavía domina en el panorama jurídico italiano actual (79).

Tal situación lleva consigo, el que el *Codice civile* quede relegado a un segundo plano, lo que plantea problemas constantes de interpretación y de aplicación del Derecho, contribuyendo al desprestigio de las categorías jurídicas asumidas por el Código, y a una cierta inseguridad, elocuentemente expresada, por otra parte, por eximios juristas, en cuanto al propio *sistema* del Derecho privado. Es en esta línea en la que, precisamente, se ha llegado a hablar del «*tramonto del codice civile*» (80) o, como N. Irti, del advenimiento de una «*età della decodificazione*» (81).

Por otra parte, en este contexto y como el único medio de salir de una situación como la descrita, desde posiciones ideológicas distintas, se acude al recurso del Derecho constitucional (82), desde el que, no sólo la legislación ordinaria se apresta a poner de acuerdo el ordenamiento jurídico, con numerosas reformas, sino que, en ocasiones, la jurisprudencia constitucional también se anticipa a las mismas (83), mientras que la doctrina trata de construir el *sistema*, prescindiendo del Código, puesto que las leyes especiales son las que verdaderamente regulan las relaciones socio-económicas, según dice S. Rodotà y quedando, por tanto, el Código relegado a un segundo término, con escaso relieve e importancia (84); o haciendo derivar la construcción del sistema, directamente, de la Constitución, como propugna P. Perlingieri (85), para quien habría que dar la vuelta al Derecho civil y llegar a fundar un «Derecho civil constitucional» (86).

Pues bien, en este contexto esquemáticamente descrito, aunque oportunamente contestado por la propia doctrina italiana (87), aparece

(79) F. LUCARELLI, *Diritti civili e istituti privatistici*, Padova, 1984, págs. 74 y ss.

(80) Entre otros P. SCHLEISINGER, *Il tramonto del codice civile*, en el vol. *Temi della cultura giuridica contemporanea*, Padova, 1981.

(81) *L'età della decodificazione*, Milano, 1979.

(82) Lo que parece un poco excesivo y más de uno habrá exclamado seguramente: «*Non bisogna prendere la scimitarra per tagliare il salame*» (!).

(83) Efectivamente, la Corte constitucional, en 27 de julio de 1973, declara inconstitucional la prohibición de donaciones entre cónyuges (art. 781 C. c. it., que quedó vacío de contenido), lo que no dejó de suscitar polémicas en la doctrina: A. TRABUCCHI, *L'abolizione del divieto di donazioni fra coniugi*, en *Rivista di diritto civile*, 1974, II, págs. 418 y ss.

(84) *Ipotesi sul diritto privato*, en el vol. *Il diritto privato nella società moderna*, Bologna, 1971, pág. 13, relativa, según dice, a la microeconomía de los pequeños tráficó de la actividad doméstica.

(85) Aparte de otras manifestaciones anteriores, vid. *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, en *Tendenze e metodi della civilistica italiana*, Napoli, 1979, págs. 95 y ss.; posteriormente: *Por un Derecho civil constitucional español*, en *Anuario de Derecho civil*, XXXVI (1983), págs. 1 y ss.

(86) *Tendenze e metodi*, cit., págs. 129 y ss.

(87) Por todos, aquí, F. D. BUSNELLI, *Il diritto civile tra codice e legislazione*

la crítica de F. Galgano que ha tenido bastante resonancia, con ocasión de un encuentro de estudio sobre el negocio jurídico, promovido por el «Istituto Gramsci» y celebrado en Roma el 17 de enero de 1976 (88). Para este autor, tomando como pretexto unas palabras de L. Lombardi (89), y apoyándose en una afirmación de G. Tarello (90), la teoría del negocio jurídico constituye un intento de elevar esta categoría a ordenación del entero ámbito de la autonomía privada, colocando al contrato en una relación de especie a género. La cual, al quedar consagrada como construcción legislativa en el BGB, traduce la elección de una determinada política de la construcción jurídica separada de la tipología histórico-social. Y citando en su apoyo a U. Cerroni (91), añade: «típica construcción generalizante, sin contenidos históricos: una abstracción-volatilización de lo real» (92). Por lo demás, según el propio Galgano, la figura tiene (93) como objetivo la igualación *formal* del Derecho, es decir, «realizar un Derecho igual para todos los ciudadanos, sin distinción de clase» (94), un Derecho pensado en función de la «unidad del sujeto jurídico» (Tarello), dejando al margen, como predicados accidentales —viene a decir— su verdadera situación real (95). Aduciendo, más abajo, que con ello se consigue «una igualación de los desiguales» y —como ha escrito Cerroni, dice— la «máscara moderna de la desigualdad». Concluyendo el apartado con un recuerdo de Savigny, al que parece inculpar, tanto por la teoría del negocio como por la de la persona jurídica, de introducir conceptos que pueden dar lugar «a situaciones de derecho desigual, como el privilegio de la responsabilidad limitada...» (96). Con un planteamiento de esta naturaleza, puede fácilmente comprenderse que el resto de sus observaciones no tengan mucho interés, tanto en la parte crítica en la que rechaza, por igual, la teoría general del contrato que ya no considera apta para mediar en el conflicto de intereses de las partes, como consecuencia de la quiebra del principio de la igualdad formal, como en el pretendido aspecto constructivo ya que, tanto una como otra, no garantizan en la sociedad actual la defensa de los débiles frente al predominio de los fuertes (97).

---

*speciale*, Napoli, 1984, y, especialmente, en las págs. 22 y ss. interesantes referencias.

(88) *Il problema del negozio giuridico*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1976, págs. 449 y ss.

(89) *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967, págs. 317, que no le parecen del todo convincentes.

(90) *Teoria e ideologia nel diritto sindacale*, Milano, 1967, al que vuelve luego a citar en su conocida obra, *Le ideologie della codificazione nel secolo XVIII*, Genova, 1973, págs. 27 y ss.

(91) *Per una critica sistematica della categoria giuridica*, en *Democrazia e diritto*, 1974, pág. 487.

(92) *Op. y loc. cit.*, págs. 449-450.

(93) «Es construida como solitaria declaración de voluntad, por lo que es suficiente referirla a un solo individuo» (*Op. y loc. cit.*, pág. 451).

(94) *Op. y loc. cit.*, pág. 451.

(95) *Op. y loc. cit.*, pág. 451.

(96) *Op. cit.*, pág. 452.

(97) *Op. y loc. cit.*, págs. 452 y ss.

Otro tanto vamos a encontrar en otros autores que siguen la misma tendencia, caracterizada por la uniformidad de pensamiento y por su inamovilidad, por más que se pretenda adaptar a la realidad, desde un cierto oportunismo. Es el caso de F. Lucarelli, que bien merecería un análisis más detallado, el cual, retomando argumentos anteriormente expuestos (98) y pretendiendo llevar a cabo una reconstrucción «sistemática» más amplia (99), plantea la cuestión del negocio (o contrato) desde la perspectiva de la relación socio-económica y desde la superación de la metodología voluntarista del Código, pretendiendo reconstruir el sistema a partir del artículo 3-2 de la Constitución (100), lo que le lleva a una graduación o prioridad de los valores en las relaciones socio-económicas (trabajo, iniciativa económica, propiedad), dando preferencia a la tutela del trabajo, para terminar mediante un recurso a la equidad con una recualificación de las relaciones entre el ciudadano y el Estado, donde aparece, con toda su fuerza, el retorno apasionado a la utopía (101).

Pero no es este el momento de rebatir puntualmente estas doctrinas, ni de señalar tampoco la deformación del contexto en el que se producen, en cambio, si podemos indicar, en el momento de hacer una recapitulación de todo lo expuesto, algunos de sus fallos más significativos y, en virtud de los cuales, la crítica efectuada, en este caso a la noción del negocio jurídico, carece de fundamentos sólidos. Para ello, debemos de proceder ordenadamente (102).

(98) *Solidarietà e autonomia privata*, Napoli, 1970. Una crítica más ponderada, en cambio, podemos encontrar en G. B. FERRI, *Causa y tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, aparte de hacer un análisis entre teoría normativa y realidad social; una línea semejante encontraremos en F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, Milano, 1970, y así podríamos aportar otros testimonios.

(99) *Diritti civili*, cit. (en colaboración con E. BRIGANTI, M. CIANCIO y L. RUSSO), dividiéndose en tres partes: introducción al sistema, ideología de la codificación, constitución y derechos civiles..., el jurista y las ideologías...; una segunda parte, bajo la rúbrica «Estado social» e institutos privados: familia, propiedad, negocio, etc., y, finalmente, una tercera parte (principio de igualdad y derechos civiles): principio de igualdad y procedimiento equitativos, política de la vivienda y urbanística, planificación, etc.

(100) Cfr. «Corresponde a la República remover los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del País».

(101) *Diritti civili*, cit., págs. 205-306.

(102) Esta crítica estaría muy bien si, tanto los Códigos como la jurisprudencia práctica, o la doctrina propugnaran una construcción del negocio jurídico como la designada por el Pandectismo, pero es, precisamente, por el hecho de haber sufrido una serie de adaptaciones, cuando, actualmente, tiene mayor utilidad al ofrecer todas sus ventajas y ninguno de sus inconvenientes, puesto que el intérprete se halla perfectamente advertido de las exageraciones en que pudo incurrir aquella teoría que, según me parece, no hay que atribuir tanto al Pandectismo como a una idealización que se hizo del mismo por el normativismo positivista y por el formalismo que se corresponden con el predominio de la llamada «escuela científica». Es más, siempre será útil tomar como referencia la teoría del negocio consolidada por el Pandectismo, como hipótesis de estudio, porque el análisis crítico que ello supone sirve, perfectamente, al desarrollo de la «dialógica» jurídica. A lo que no sirve, en cambio es una crítica, como la denunciada, que

Teniendo en cuenta el contexto en que esta crítica se produce, o mejor dicho, lo que hemos calificado de tal, hay que decir, en primer lugar, que la proliferación de *leyes especiales*, por mucho que se comprenda el estado de ansiedad que genera en el jurista, no acaba por desnaturalizar la relación entre Derecho común y Derecho especial que siempre ha estado presente en el panorama jurídico, ya que uno y otro son perfectamente compatibles, como ha destacado, brillantemente, en la doctrina italiana, F. D. Busnelli (103). Por otra parte, esto no supone «*il tramonto*» del *Codice civile*, al contrario, viene a ser hasta un testimonio de su vitalidad y vigor (104). Tampoco es exacto que las leyes especiales sean las que verdaderamente regulan las relaciones socio-económicas, pues, actualmente, como ha dicho recientemente J. Carbonnier, los verdaderos contratos especiales surgen de la autonomía privada y, para darse cuenta de ello, no hay más que tener presentes una serie de figuras nuevas que han surgido a espaldas del legislador, como los contratos de «*leasing*», o de transferencia de tecnología, etc. (105) y entre los que habría que incluir, también, a la «multipropiedad» y a otras operaciones derivadas del turismo, o del comercio internacional. Finalmente, la idea de construir el *sistema* desde la Constitución, parece un poco desorbitada, otra cosa es que los «principios constitucionales» sirvan para la renovación del ordenamiento civil, o de cualquiera otro, en lo que la Constitución y el

---

confunde o pretende confundir las causas con los efectos, el fundamento con los instrumentos especulativos de su realización social. Pero de ello se da uno cuenta, cuando semejante crítica se extiende también a la categoría general del contrato, a la persona jurídica, a la responsabilidad civil extracontractual, etc. Entonces, se da uno cuenta de que lo que está en juego es la libertad individual, libertad de utilización de las facultades que confiere el ordenamiento a los particulares, que también se hallan amparadas por la Constitución, para crear efectos jurídicos (o al menos, mediatamente considerados) y, consecuentemente, para responder de los propios actos y omisiones, incluso extracontractualmente (ya que compartir el riesgo, socialmente, puede suponer un traslado de responsabilidades al contribuyente). Por otra parte, en una época en que, la omnipresencia del Estado y la creciente intervención administrativa, acosan por doquier a la libertad individual, el argumento utilizado por esa doctrina no parece ni muy convincente ni muy oportuno, sobre todo porque pretende realizar el Estado *social* con detrimento de la *libertad* individual y aquél sólo puede realizarse a través de la propia libertad, lo que con frecuencia olvidan los legisladores cuando pretenden hacer *política social*: vid. J. L. DE LOS MOZOS, *Derecho de reforma y justicia material en el campo del Derecho civil*, en el vol. *Derecho y Paz (Actas del I Congreso Nacional de Filosofía del Derecho)*, Madrid 1965, págs. 363 y ss.

(103) *Il diritto civile*, cit., págs. 47 y ss.

(104) Un Código es algo más que un reglamento o una ordenanza, el creer lo contrario supone una visión de un positivismo, tan degradado, que ni siquiera es imaginable pueda ser concebido por un jurista. Efectivamente, un Código está pensado, diríamos, no para hacer frente a las necesidades coyunturales que suscitan las leyes especiales, o a las reformas que introducen las «novelas», lo mismo que lo está para ser interpretado, en uno u otro sentido, por la doctrina y por la jurisprudencia, de manera que, al cabo de los años, una misma norma puede dar lugar a aplicaciones distintas. En el sentido de la crítica a la doctrina expuesta, vid. F. D. BUSNELLI, *Il diritto civile*, cit., págs. 30 y ss.

(105) *Théorie générale du contrat*, en *Journées René Savatier (L'évolution contemporaine du Droit des Contrats)*, Poitiers, 24 y 25 de octubre de 1985 (inédito).

Código no se estorban recíprocamente (106). Solamente en cuanto que los «principios constitucionales» son, para el jurista, un aliciente para potenciar la función de los «principios» en el juego total del ordenamiento, se puede hablar de «Derecho civil constitucional» (107), pero el *sistema*, y con independencia de la vinculación del legislador a los «principios constitucionales», no se puede construir sólo con los principios (108) y esto que sería perfectamente válido para el Derecho italiano, lo es mucho más, y de forma más evidente, por razones obvias, para el Derecho español.

Por lo que se refiere a los términos de la propia crítica respecto del concepto de negocio jurídico, muy poco hay que decir, pues, las razones son tan gordas que se caen por su propio peso. De una parte, en cuanto al surgimiento de la teoría y en cuanto a su inserción en los Códigos o en lo que se refiere a su utilización por la jurisprudencia teórica o práctica, no puede hacerse depender, únicamente o de forma predominante, de un criterio político, pues esto supone trivializar la cuestión, como hemos visto al hablar del origen y desarrollo de la misma en relación con los antecedentes del sistema de Pandectas y por simple comparación con lo que allí se dice. De otra, y en cuanto al desfase existente, en diversos períodos históricos entre, justicia *formal* y justicia *material*, cuestión que es más amplia que la idea de igualdad que tanto se utiliza por aquella doctrina, no depende únicamente, ni mucho menos, de un modelo dogmático (contrato o negocio), sino de otros muchos factores, de modo que, los que acusan de generalización y de abstracción, caen precisamente en ese defecto, con mucha menos justicia y ante el descrédito, casi unánime, de su crítica desde la perspectiva de la experiencia jurídica. Finalmente, y en tercer lugar, desde la propia experiencia jurídica se sabe muy bien que, en las relaciones económico-sociales, precisamente, el diseño de una política de *finés* y de *resultados* (como conseguir la igualdad *real*), es siempre, en cualquier situación, mucho menos efectiva que una política

(106) El pretender discurrir jurídicamente conforme a cláusulas generales (buena fe, equidad, enriquecimiento injusto, etc.) es uno de los peligros que derivan del bajo nivel intelectual de tantos que ejercen profesiones jurídicas (no me atrevo a llamarles juristas), lo que con escarnio llega a los tribunales, frecuentemente, y, en ocasiones, a la casación civil. Algo parecido sucede cuando del principio de *igualdad* de los ciudadanos se quiere extraer una *regla universal* que valga tanto para la «interpretación» de los contratos (habida cuenta la previa estimación, puramente mecánica, de una «desigualdad» de clase), como para juzgar en equidad, lo que supone la liquidación del «ordenamiento jurídico» en su conjunto: en este sentido, S. COTTA, *Diritto e Politica, in Iustitia*, 1974, págs. 15 y ss. Por otra parte, como dice R. SACCO, un gran comparatista italiano, en *Codificare: modo superato de legiferare?*, en *Rivista de diritto civile*, 1983, pág. 120, «la Constitución nunca ha hecho morir de asfixia un Código civil».

(107) En este sentido, F. DE CASTRO, *Derecho civil de España*, I, 3.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1955, págs. 448 y ss. y 469; J. L. DE LOS MOZOS, *Norma, principio y sistema en la integración del ordenamiento jurídico*, ahora en *Metodología*, cit., páginas 85 y ss.

(108) Como dice F. D. BUSNELLI, *Il diritto civile*, cit., pág. 30, «los principios constitucionales no pueden constituir ellos mismos un sistema y, mucho menos, un contrasistema», remitiéndose a los *Atti* de un *Convegno* sobre contratos típicos y atípicos que tuvo lugar en Pisa en 1981.

jurídica de *medios* y de *garantías*, como expresión de los derechos civiles, pues los fines ya les buscará cada uno, en el ejercicio de su *libertad* individual, de la que se olvida, por completo, semejante crítica.

Tampoco es necesario acudir a ella para estar alerta, respecto de los inconvenientes que puede presentar la teoría general del negocio jurídico, o del contrato, en la actual sociedad de masas, como ha demostrado F. de Castro (109), y como uno de sus más directos discípulos, A. M. Morales Moreno, ha puesto oportunamente de relieve, destacando la importancia del «propósito práctico», y su relevancia, en la manera de entender el negocio jurídico, en la obra del maestro (110) y que, por mi parte, traigo aquí, como colofón de estas desordenadas digresiones, porque ninguna otra se compagina mejor con otra idea de la que me he servido, en ocasiones, para expresar un adecuado equilibrio, necesario en el mundo del Derecho y que, en tema de negocio jurídico, debe traducir también el desarrollo paralelo entre los poderes de los particulares y los poderes del ordenamiento.

---

(109) Quien en el último de sus trabajos, publicado ya después de su muerte, y enlazando con otros anteriores que están en la mente de todos, vuelve a ilustrarnos y a enseñarnos, sobre un viejo tema, para la dogmática civilista, que ha vuelto a ponerse de actualidad: *Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad*, en *Anuario de Derecho civil*, XXXV (1982), págs. 987 y ss.

(110) *El «propósito práctico» y la idea de negocio jurídico en Federico de Castro*, en *Anuario de Derecho civil*, XXXVI (1983), págs. 1529 y ss.