



Natalino Irti(*)

El **Negocio Jurídico** como categoría historiográfica^(**)^(***)

The Juridical Act as a historiography category

EN UN ORDENAMIENTO ECONÓMICO, NO DOMINADO POR LAS GRANDES EMPRESAS Y POR LA PRODUCCIÓN EN MASA, ERA POSIBLE CONCEBIR AL NEGOCIO COMO RELACIÓN DE VOLUNTAD ORIGINARIA U ORDEN DE INTERESES. EN NUESTRO TIEMPO, LA AUTONOMÍA RESULTA GARANTIZADA, NO POR EL EJERCICIO DE FUERZAS PSICOLÓGICAS O POR LA COMPOSICIÓN ESPONTÁNEA DE LOS INTERESES, SINO POR EL RÉGIMEN DEL MERCADO Y MÁXIMAS COMO LA TUTELA DE LA COMPETENCIA.

Resumen: El presente artículo aborda la cuestión de la naturaleza prejurídica del negocio jurídico, así como su estratificación en el plano social y jurídico. Asimismo, se contraponen la teoría de la voluntad y la teoría de la declaración, y se remite a la polémica entre Emilio Betti y Giuseppe Stolfi como disputa sobre el lenguaje. Se desarrolla la idea del monismo en la teoría del negocio jurídico citando a Santi Romano y Hans Kelsen, así como sus tensiones con el dualismo. Finalmente, se trata al negocio jurídico como categoría historiográfica, y su relación con los problemas de la sociedad tecnológica para cerrar con la separación entre autonomía privada y negocio jurídico.

Palabras clave: Negocio Jurídico - Teoría de la Voluntad - Teoría de la Declaración - Categoría Historiográfica - Sociedad Tecnológica - Autonomía Privada

Abstract: This article addresses the issue of the pre-legal nature of the Juridical and its stratification in the social and legal level. Also, it contrasts the theory of the will and the theory of the declaration, and refers to the

(*) Profesor de Derecho Civil en las universidades de Sassari, Parma, Perugia y Torino. Presidente de *L'Istituto italiano per gli studi storici*

(**) Título original: "*Il negozio giuridico come categoria storiografica*", En *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. 19, (Milano: Giufreé Editore, 1990); 557-76.

Traducción del italiano, autorizado por el autor, a cargo de César Moreno More, Adjunto de docencia en la UNMSM, Candidato a la Maestría con mención en Derecho Civil y Comercial por la misma casa de estudios, Becario del Programa *Visiting Research* 2016 por la *Università degli Studi di Sassari*.

(***) Nota del Editor: El presente artículo fue recibido el 09 de junio de 2016 y aprobada su publicación el 30 de junio del mismo año.

El Negocio Jurídico como categoría historiográfica *The Juridical Act as a historiography category*

controversy between Emilio Betti and Giuseppe Stolfi about the dispute over the language. The idea of monism is developed in the theory of the Juridical Act quoting Santi Romano and Hans Kelsen, as well as its tensions with dualism. Finally, it takes Juridical Act as historiographical category, and its relationship to the problems of technological society and closes with the gap between private autonomy and Juridical Act.

Keywords: Juridical Act - Theory of the Will - Theory of the Declaration - Historiography Category - Technological Society - Private Autonomy

1. La naturaleza prejurídica del negocio

El centenario del nacimiento de Emilio Betti nos conduce nuevamente a las páginas redactadas por su persona en 1963, para la voz *Negozio giuridico* de una enciclopedia de nuestras disciplinas⁽¹⁾. Páginas conclusivas, ya que su pensamiento asume, luego del trabajo de cerca de medio siglo, una precisión perentoria y cerrada.

A continuación, ofreceremos una lectura histórico-crítica de su pensamiento en sus aspectos más generales y ejemplares.

“Todo aquel que observe el desarrollo de la vida de relación en toda sociedad que haya alcanzado un grado de civilización suficiente, encontrará que los intereses privados existen en ella de manera independiente de la tutela del derecho y que la iniciativa privada sostiene todo orden consciente de dichos intereses, manifestándose no solo en la aspiración a ciertos fines prácticos, sino también en el forjamiento de los medios correspondientes para tales fines, antes incluso de toda intervención del orden jurídico. Los negocios jurídicos constituyen los medios por excelencia de

dicha naturaleza en las relaciones entre individuos”⁽²⁾.

Por tanto el fenómeno (denominado *negocio jurídico*) se ubica, en el orden histórico y lógico, *antes* de la intervención del derecho. Derecho que *interviene* o, mejor, *sobreviene*: es decir, *llega luego* de que los individuos, en el desarrollo espontáneo de las necesidades y en la constante circularidad de la vida de relación, han dispuesto “para el futuro un orden de intereses que responde a sus exigencias en sus relaciones con otros”⁽³⁾. Estos medios técnicos presuponen ordenamientos económicos y sociales fundados en la *propiedad del individuo*⁽⁴⁾; por ello mismo, son ignorados o excluidos toda vez que los bienes sean asignados desde arriba y distribuidos de oficio.

Sobre el terreno prejurídico, el negocio aparece como acto de autonomía privada, acto de “gobernar en casa propia”⁽⁵⁾.

“Autorreglamento, escribe Betti en la *Teoria generale del negozio giuridico*”⁽⁶⁾ que ya es considerado por la conciencia social como vinculante para las partes, antes inclusive de que el acto se eleve a la dignidad de negocio jurídico: es decir, es considerado no como un programa puro y simple, al cual estas quedan libres de someterse o no (como podría ser un propósito individual, formado dentro de la conciencia), sino como un criterio vinculante, como una regla de conducta que exige ser observada y que, en caso de

(1) Emilio Betti, “Negozio giuridico,” en *Novissimo digesto italiano*, Vol. XI (Turín: Unione Tipográfico-Editrice Torinese, 1968) También en *Temí* (1963), 605-31; el cual hemos utilizado para las referencias.

(2) Betti, *Negozio giuridico*, 605.

(3) Betti, *Negozio giuridico*, 605.

(4) Betti, *Negozio giuridico*, 605.

(5) Betti, *Negozio giuridico*, 605.

(6) Emilio Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, 2ª reimpresión, 2ª edición (Turín, 1955); 42-3.



Natalino Irti

inobservancia, es acompañada, en la vida social, de una sanción más o menos esencial y segura (...)."

El negocio, ya en la fase prejurídica, oscila entre diferentes naturalezas: de *orden de intereses*, dispuesto y actuado; y de *críterio* o regla de acción, que aguarda, precisamente, ser obedecida y realizada. El *antivoluntarismo* lleva a Betti hacia la primera solución: el individuo "no se limita a declarar que quiere algo, sino que declara y realiza sin más aquello que quiere"⁽⁷⁾. Sin embargo, Betti no llega a esconder que, a menudo, las necesidades quedan insatisfechas y que el orden de intereses puede tropezarse con voluntades contrarias y adversas: es aquí donde reemerge el negocio como regla de conducta, acompañado de *sanciones* sociales. La sanción implica la regla y la elección libre entre observarla o transgredirla: esta es concebible precisamente porque el orden de intereses solo queda declarado y programado, y los individuos se muestran reacios a traducirlo en realidad concreta. El "disponer para el futuro" es ciertamente un disponer, hoy realizado y querido, pero que se abre, a la vez, a todas las incógnitas del futuro, y así a las diversas y contrastantes elecciones de los sujetos vinculados. En las páginas *bettianas* es posible comprender la tensión entre fuerza constitutiva en el presente y expectativa del futuro: entre un negocio que, escapando a la voluntad, es algo realizado y actuado; y un negocio que, entregándose a la voluntad de los sujetos, puede ser realizado o burlado.

2. La estratificación del plano social y del plano jurídico

¿Qué *mutación* determina en esta naturaleza (o doble naturaleza) el sobrevenir de la tutela jurídica? Es la pregunta radical y decisiva en el análisis de la voz *bettiana*.

"Por el hecho de ser luego reconocidos por el derecho, los negocios no cambian de naturaleza: solo las sanciones sociales son parcialmente absorbidas o sustituidas, parcialmente flanqueadas y reforzadas por sanciones más

enérgicas y seguras, que se muestran como algo adicional y lógicamente posterior"⁽⁸⁾.

El lugar tiene una importancia extraordinaria. La naturaleza del negocio queda *invariada*; la intervención del derecho solo se desarrolla en el terreno de la tutela que es "adicional y lógicamente posterior". El derecho "vincula al acto de autonomía efectos capaces de asegurar el cumplimiento de su función típica, traduciéndola en calificaciones idóneas para actuarla con la adherencia más estrictamente posible"⁽⁹⁾.

Bien vistas las cosas (y luego de leer las páginas de Betti con paciencia exegética), la mutación no se restringe a las formas de la tutela, al aparato sancionatorio, sino que afecta el *estatus lógico* del negocio. El cual asume la posición de supuesto de hecho de una norma ya existente: así (*y solo así*) es posible al derecho vincularle *efectos*, traducir la función típica en calificaciones jurídicas. La autonomía prejurídica o extrajurídica, se transforma en *poder de realizar el supuesto de hecho*⁽¹⁰⁾. Sale a la luz aquí uno de los problemas más arduos de la teoría del negocio: la compatibilidad entre características prejurídicas y la posición de supuesto de hecho. Bajo el primer aspecto, el negocio es un acto *independiente del derecho*; bajo el segundo, este es previsto en una hipótesis normativa y, por consiguiente, depende del derecho. Según el primero, *precede al derecho*; según el segundo, *procede del derecho*. El poder de realizar las hipótesis normativas y, así, determinar los efectos establecidos anticipadamente, no es un poder social, sino un poder otorgado

(7) Betti, *Negozió giuridico*, 607.

(8) Emilio Betti, *Negozió giuridico*, 605. Comparar conforme a Aurelio Candian, *Nozioni istituzionali di diritto privato*, 3ª ed., (Milán-Varese, 1953), 197.

(9) Emilio Betti, *Negozió giuridico*, 607. Comparar con Federico Vassalli, *Corso di istituzioni di diritto civile*, 2ª ed. (Génova, 1922), 123.

(10) Emilio Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, 47.

El Negocio Jurídico como categoría historiográfica *The Juridical Act as a historiography category*

y regulado por el derecho. Y los efectos ya no son “órdenes de intereses”, sino *derechos y deberes, que aguardan ser ejercidos y cumplidos*.

Es este el problema que Betti condensa en la *metáfora de la estratificación*, de la realidad como cosmos constituido por estratos, de manera que el plano jurídico aparece superpuesto al plano económico-social⁽¹¹⁾. Problema que, dicho sea de paso, ya era percibido por Giuseppe Messina⁽¹²⁾:

“Ahora, es cierto que el contrato, como *orden de hecho*, ha tenido existencia social antes de su reconocimiento jurídico y que no ha sido el derecho el que ha enseñado a los individuos aquellas particulares formas de intercambio de los bienes que responden al nombre de compraventa, arrendamiento, etc. Sin embargo, ya que es innegable que el resultado de aquel movimiento de valores es distinto según este se confíe a la tutela de fuerzas sociales atomistas o a la defensa del poder social, la diferencia de ambos estadios sucesivos de la evolución económica no es algo que se pueda negar *sic et simpliciter*”.

Es fácil notar que, mientras en Messina la relación entre los dos *estadios* presenta un carácter histórico (de manera que uno sucede al otro, lo supera y sustituye); en Betti, la relación es más bien de *coexistencia lógica*, de manera que la naturaleza social del negocio también se conserva en el plano jurídico y dentro de la nueva posición de supuesto de hecho. Este “contiene ya, él mismo, la enunciación o actuación de un precepto a ser observado en la interferencia entre esferas de intereses: precepto que el orden jurídico evalúa de conformidad con su apreciación soberana y traduce en relación jurídica con la restricciones y modificaciones que estima convenientes”⁽¹³⁾.

3. Teoría de la voluntad y teoría de la declaración: antinormativismo común

El problema, anteriormente indicado, surge de lo siguiente: que Betti atribuye al negocio una *naturaleza* extrajurídica, una esencia inmutable, independiente de las formas de la tutela legislativa. El derecho *llega luego y añade algo*, pero no transforma ni modifica la naturaleza originaria del negocio.

Estamos ante un *antinormativismo* rígido y genuino: la página bettiana está marcada por el tenaz *conflicto entre negocio y norma, entre orden social de la autonomía privada y orden jurídico de la ley*. Aquí es necesario una observación, que se hace indispensable en la ubicación historiográfica de Betti: la asidua polémica contra el dogma de la voluntad no significa ni implica la disolución normativa del negocio.

“*Despsicologizar*”⁽¹⁴⁾ no es “*normativizar*”: el primero indica la primacía de la declaración sobre la voluntad interna; el segundo, la primacía de la norma sobre el negocio. La noble disputa científica entre Emilio Betti y Giuseppe Stolfi no tocó la relación entre negocio y ley, sino entre manifestación y voluntad interna. Esta giraba en torno a la pregunta: si el negocio jurídico es un acto de voluntad; no: si el negocio jurídico pierde su naturaleza originaria y se resuelve en uno de

- (11) Emilio Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, 4-5. Comparar en Emilio Betti, *Posizione dello spirito rispetto all'oggettività: prolegomeni a una teoria generale dell'interpretazione*, en *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, (1949), 2 y siguientes.; y *Teoria generale delle obbligazioni*, I (Milán, 1953), 9 y siguientes. Véase, para un análisis de las teorías bettianas, Natalino Irti, *Itinerari del negozio giuridico*, 1978, ahora en *Scuole e figure del diritto civile* (Milán, 1982), 77 y siguientes. y reproducido en el primer capítulo de este libro. (Nota del traductor: Aquí, el autor hace referencia a su *Lecture bettiane sul negozio giuridico*, publicado el mismo año en que se publicó el presente trabajo, el cual consta en su primer capítulo del estudio referido en esta nota, y en su segundo capítulo del texto ahora traducido).
- (12) Giuseppe Messina, *Negozi fiduciari*, 1910, ahora en *Scritti giuridici*, I (Milán, 1948), 52.
- (13) Emilio Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, 49.
- (14) Emilio Betti, *Negozi giuridico*, 607. Comparar en Natalino Irti, *Itinerari del negozio giuridico*, 95-6. Observaciones perspicuas sobre el voluntarismo en Rodolfo Sacco, *Il contratto* (Turín, 1975), 240-4.



Natalino Irti

los supuestos de hecho previstos por el legislador. Era común en los interlocutores el *presupuesto* de un ordenamiento fundado en la propiedad individual y en la libertad de la iniciativa privada⁽¹⁵⁾. El *conservadurismo jurídico* (si se prefiere la brutal síntesis de los *slogans*) era común: por último, el *reconocimiento de una fuerza originaria de los individuos*, que el Estado y la ley ya encuentran en existencia y en obra en el terreno social, era común.

La denodada batalla, combatida por las teorías de la voluntad y de la declaración, *prescinde*, en cierta medida, del *estatus* del negocio en la órbita legislativa. Esta disputa está referida al régimen de la divergencia entre declaración y voluntad, no a la relación entre negocio y norma legislativa. Se identifican, más bien, tanto en Betti como en Stolfi, caracteres de afinidad ideológica y conceptual: la autonomía privada, al igual que la voluntad, se destaca como *energía natural y espontánea*, capaz, *por sí misma*, de regular intereses y satisfacer necesidades de los individuos.

Como resultado, yo hablaría de un *naturalismo jurídico* común⁽¹⁶⁾, ya que ambos civilistas, a pesar de no estar de acuerdo sobre el alcance de la voluntad interna, reconocen a los individuos una fuerza o aptitud originaria, anterior a la ley y garantizada únicamente por la ley. “En efecto, específicamente la voluntad, tal como había enseñado Savigny⁽¹⁷⁾, por sí misma debe ser considerada como el único elemento importante y eficaz, y solo porque ella es un hecho

interior, invisible, nosotros necesitamos de un signo, mediante el cual pueda ser conocida por los otros; y este signo, mediante el cual la voluntad se hace manifiesta, es precisamente la declaración”.

Las perspectivas del liberalismo clásico, en donde las libertades constituyen garantías otorgadas por las instituciones públicas a los “goces privados” (es la eficaz fórmula de Benjamin Constant), dominan por completo la teoría de Stolfi. La crítica bettiana del liberalismo, desarrollada en nombre de una relación más íntima y solidaria entre el individuo y la comunidad, no niega ni abandona sus postulados: precisamente, aquel *presupuesto*, aquella posición originaria de la autonomía que surge antes del Estado y que el Estado no logra absorber ni siquiera con su *reconocimiento* sucesivo⁽¹⁸⁾. El blanco de la mordaz polémica de Betti no es el *preestatalismo* o *antiestatalismo* de Stolfi, sino el *individualismo* que, dejando insatisfecha y defraudada la exigencia de reconocibilidad social, se muestra incompatible con la objetividad de las formas representativas: de aquellos contextos de elementos sensibles a través de los cuales “los hombres llegan

(15) Giuseppe Stolfi, *Il negozio giuridico è un atto di volontà*, 1948, ahora en *Studi di diritto Privato* (Milán, 1980), 399-400. Se debe recordar, por sinceridad moral, Giuseppe Stolfi, *Teoria del negozio giuridico*, reimpression, (Padua, 1961), XI: “La figura de qua se afirmaba, por consiguiente, no como una simple noción técnica, conveniente para exponer en la parte general los conceptos de uso más frecuentes en las específicas partes especiales, sino como la consecuencia del principio político de la autonomía de la voluntad”. En torno a la disputa entre Betti y Stolfi, *vid.* Pietro Barcellona, *Diritto privato e processo económico* (Nápoles, 1973), 252-3, que remarca su carácter ideológico y “metafísico”.

(16) Natalino Irti, *Itinerari del negozio giuridico*, 94. *Vid.* Gioele Solari, *Filosofia del diritto privato - II - Storicismo e diritto privato*, reimp. (Turín, 1971), 196, y Francesco Calasso, *Il negozio giuridico - Lezioni di storia del diritto italiano*, reimpression, 2ª ed. (Milán, 1967), 6, 14, 29-30. Luigi Mengoni, “Proprietà e libertà,” en *La costituzione economica a quarant'anni dall'approvazione della carta fondamentale* (Milán, 1990), 13, habla incisivamente de “criptoiusnaturalismo” de la doctrina pandectista.

(17) Friedrich Karl von Savigny, *Sistema del diritto romano attuale*, traducido al italiano por Vittorio Scialoja, III (Turín, 1900) § 134, 342. *Vid.* Massimo Brutti, “La sovranità del volere nel sistema di Savigny,” en *Quaderni fiorentini*, (1980), 265.

(18) Para las tendencias del liberalismo clásico (de Locke a Constant, de Kant a von Humboldt) *vid.* Gioele Solari, *La formazione storica e filosofica dello Stato moderno*, (1930-31), bajo el cuidado de L. Firpo (Nápoles, 1974), 42, 143; y Norberto Bobbio, *Liberalismo e democrazia* (Milán, 1985), 7. Francesco Ruffini, *Diritti di libertà*, 2ª ed. bajo el cuidado de Piero Calamandrei (Florenca, 1946); 135: “La ley jamás... es (...) el comienzo del Derecho; es simplemente una añadidura al Derecho preexistente o una modificación de este”.

El Negocio Jurídico como categoría historiográfica *The Juridical Act as a historiography category*

a entenderse entre sí⁽¹⁹⁾. La *recognoscibilidad social*, como garantía de entendimiento recíproco y de seria y austera observancia de los vínculos intersubjetivos, se contrapone a la teoría pura de la voluntad: lo que interesa a Betti no es afirmar la primacía del Estado, ni atraer y resolver el negocio en la lógica de los supuestos de hecho, sino más bien revigorizar la *estabilidad* y *coherencia* de las palabras pronunciadas y de los comportamientos efectuados por los individuos.

4. La polémica entre Emilio Betti y Giuseppe Stolfi como disputa sobre el lenguaje

Por tanto, la crítica bettiana, que tenía por objetivo despsicologizar el negocio, no es desarrollada como prueba del normativismo, sino de la *recognoscibilidad social*, vale decir, del significado objetivamente propio de las palabras y de las conductas humanas. La *socialidad de los códigos semánticos*, que de esta forma nos permite darnos cuenta de nuestros actos, así como interpretar los ajenos, es el motivo constante de la página bettiana:

“Aquí radica también el fundamento de la autorresponsabilidad que resulta de ella. Lo que nos hace responsables ante nosotros mismos de la situación en la que nos venimos a encontrar con nuestros actos, es el hecho de habernos dado cuenta de ellos, así como de haber podido prever y medir sus consecuencias⁽²⁰⁾; Quien voluntariamente realiza un acto de autonomía privada dándose cuenta del significado que este tiene según las perspectivas sociales, reconoce por ello mismo, por regla general, tal como enseña la experiencia, el valor

vinculante de lo que hace o declara. Dicha valoración es inmanente a la consciencia del significado; y basta para la referencia del contenido del acto a su autor⁽²¹⁾.”

El hilo conductor de las relaciones humanas está entretelado por la *socialidad* de los significados, de manera que quien emplea una palabra o realiza una conducta está en condiciones de prever y medir la expectativa de los destinatarios. La crítica del voluntarismo es la *crítica de la inestabilidad e imprevisibilidad semántica*, y no la crítica del individuo en nombre de la ley estatal. En lugar de la naturalidad de la voluntad (mutable y precaria, lábil y discontinua) Betti ubica a la institucionalidad del lenguaje, en la que se encuentran y hallan todos los miembros de la sociedad. El código semántico (de las palabras, de los silencios, de los gestos) reemplaza a la voluntad interior de los individuos: mientras que esta requeriría análisis arbitrarios y subjetivos, aquel reposa en significados típicos, construidos y acogidos por la sociedad⁽²²⁾.

La controversia entre Stolfi y Betti versa específicamente sobre la interpretación de los textos negociales. Hoy, esta debería ser releída, específicamente, como una controversia en torno a la subjetividad u objetividad de los valores semánticos.

(19) Emilio Betti, *Le categorie civilistiche dell'interpretazione* (1948), ahora en *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, 2ª ed., bajo el cuidado de Guiliano Crifò (Milán, 1971), 5-6; Emilio Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, 52; Emilio Betti, *L'ermeneutica come metodica generale delle scienze dello spirito*, bajo el cuidado de G. Mura (Roma, 1987), 61. Comparar en Josef Bleicher, *L'ermeneutica contemporanea*, traducido al italiano por S. Sabattini (Boloña, 1986), 44. Instructivo es Emilio Betti, “Recenti reazioni liberali contro il pensiero di Hegel”, en *Scritti giuridici in onore di F. Carnelutti*, IV (Padua, 1950), 27-52: en donde, en polémica con Antoni y De Ruggiero, se desarrolla la crítica del liberalismo *atomista* y se reafirma (página 41) que la persona individual “está llamada a cumplir una tarea de colaboración con potencias que la trascienden”.

(20) Emilio Betti, *Negozi giuridico*, 616.

(21) Emilio Betti, *Negozi giuridico*, 618. Conforme Aurelio Candian, *Nozioni istituzionali di diritto privato*, 199-201. Comparar en Uberto Scarpelli, *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, nueva edición bajo el cuidado de A. Pintore (Milán, 1985) que remarca correctamente el “comportamentismo” de la teoría bettiana.

(22) Fundamentalmente Max Ascoli, *La interpretazione delle leggi* (Roma, 1928), 70-5. La “recognoscibilidad social” de Betti es un desarrollo del principio de responsabilidad, para el cual *vid.* siempre Vittorio Scialoja, *Responsabilità e volontà nei negozi giuridici*, prolucción romana (12/01/1885), y *Negozi giuridici* (1892-93), 5ª reimpresión (Roma, 1950), 62.



Natalino Irti

5. El monismo en la teoría del negocio: Santi Romano

Emilio Betti, teórico del negocio como *hecho social* (anterior y extraño al derecho), parece ubicarse al lado del teórico de la pluralidad de los ordenamientos jurídicos. Uno y otro, antinormativistas y antikelsenianos. No obstante, esta sería una conclusión común y ordinaria.

El itinerario de Santi Romano es trazado por una página de *L'ordinamento giuridico* (1918) y por una nota añadida en 1945. A continuación la página:

“(…) un negocio jurídico, que solo produce relaciones, no es suficiente para hacer surgir el derecho objetivo. Para alcanzar este efecto es necesario un acto que no se limite a constituir una relación que se mueva en todos sus elementos en el ámbito de un ordenamiento ya existente, sino que él mismo debe establecer, al menos en parte, a este último. Más bien, ya que una regla, por sí misma, considerada de manera aislada, no es... el derecho objetivo, para que un acto jurídico pueda considerarse fuente de derecho, es necesario que no solo establezca reglas, sino también una organización social más o menos completa”⁽²³⁾.

Sigue en nota al pie la postilla de 1945:

“También sobre la naturaleza de los negocios jurídicos, mi opinión actual es distinta a la indicada en el texto: estos no solo producen relaciones, sino también normas que regulan estas relaciones y son jurídicas, vale decir, institucionales, en la medida en que la autonomía sobre la que se fundan deriva del Estado y son protegidas por este”⁽²⁴⁾.

En consecuencia, para el último Santi Romano, el negocio es *fuerza creadora de normas*: y fuente *institucional*, porque la autonomía privada no precede al Estado, sino deriva de este. La autonomía de los particulares no es concebible “fuera de toda vinculación con un ordenamiento superior y, por ende, con el ordenamiento estatal”⁽²⁵⁾.

El *derecho de los particulares* pertenece a la esfera de los ordenamientos originarios, no así el *derecho privado*, “que encuentra su fundamento en el derecho público del Estado”⁽²⁶⁾. De esta forma, asistimos a la disolución rigurosa del negocio jurídico en el derecho estatal: la autonomía privada no es una fuerza originaria, reconocida y garantizada por el derecho, sino un poder *derivado*, que no puede ser concebido fuera de una *vinculación* con el ordenamiento superior del Estado.

Santi Romano excluye todo aspecto de socialidad: el carácter institucional y organizativo desciende del Estado a la autonomía privada que, por tanto, vive para el Estado y dentro del Estado.

6. Ídem: Hans Kelsen

Sorprende, al respecto, la afinidad, aunque con distintas expresiones teóricas, entre Santi Romano y Hans Kelsen.

Sencillamente, el negocio jurídico es incluido por Kelsen en la estructura jerárquica

(23) Romano, *L'ordinamento giuridico*, reimpresión 2ª ed. (Florenca, 1951), 70-1.

(24) Romano, *L'ordinamento giuridico*, 71, nota 47-quarter.

(25) Santi Romano, voz *Autonomía*, en *Frammenti di un dizionario giuridico*, reimpresión (Milán, 1953), 24. Comparar en Natalino Irti, *Itinerari del negozio giuridico*, 83-5.

(26) Santi Romano, voz *Autonomía*, 24. Recordaré aquí la posición extrema de Arnaldo Volpicelli, en *Corporativismo e scienza del diritto* (Florenca, 1934), 47, según quien el individuo, incluso en las relaciones privadas, es un órgano del Estado: “En la esfera de lo ‘normativamente previsto’, el individuo obra y es relevante como órgano del Estado (como *socius*) y ello porque el campo de lo ‘normativamente previsto’ es un campo de organización normativa del ente y solo de este; por lo que el individuo puede realizar, solo y siempre, la voluntad del Estado”.

El Negocio Jurídico como categoría historiográfica *The Juridical Act as a historiography category*

(*Stufenbau*) del derecho objetivo: en el cosmos estructurado por grados, en donde “la validez de una norma, producida de conformidad con otra norma, descansa sobre esta última, y cuya producción está determinada, a su vez, por otra”⁽²⁷⁾.

Esta marcha hacia atrás es descrita, con singular perspicacia, por el gran profesor praguense:

“Es especialmente característico del derecho civil que un negocio jurídico pueda aparecer entre las condiciones de la sanción. El ilícito consiste en el hecho que una de las partes no cumple un deber que le ha sido impuesto por un negocio jurídico. El negocio jurídico es un acto mediante el cual los individuos autorizados por el ordenamiento jurídico regulan jurídicamente algunas relaciones. Este es un acto creativo de derecho, porque produce deberes jurídicos y derechos para las partes que celebran el negocio. Sin embargo, al mismo tiempo, es un acto aplicativo de derecho y, por tanto, crea y aplica el derecho a la vez. Las partes recurren a normas generales que hacen posibles los negocios jurídicos. Celebrando un negocio jurídico, ellas aplican estas normas jurídicas generales (...). Es en la función creativa de derecho del negocio jurídico que se manifiesta la “autonomía privada” de las partes”⁽²⁸⁾.

Tanto en Kelsen, como en Santi Romano, el negocio jurídico cobra vida de una fuerza originaria (la voluntad, para Stolfi; la autonomía económico-social, para Betti), sino de un *acto superior del Estado*. El cual no reconoce, ni acoge, ni simplemente tutela un fenómeno anterior, sino que *atribuye* el poder de realizar el negocio: *y otorga a los particulares aquello que de otra forma no tendrían*. Existe, más bien, también en esta perspectiva, una *estratificación* lógica, un transcurrir de un plano a otro, pero todo sigue estando *dentro del ordenamiento estatal*. No se asciende del terreno psicológico o social al jurídico: más bien, se desciende *de un plano jurídico a otro plano jurídico*.

Se diría que la estratificación es homogénea y no heterogénea: que el cosmos romaniano y kelseniano está construido por estratos *exclusivamente jurídicos*, mientras que el cosmos de Betti y de Stolfi comprende, además del estrato jurídico, un estrato de naturaleza distinta, psicológica o social. *Monismo* y *dualismo* se ponen frente a frente: una teoría cerrada del derecho que genera *desde adentro* las fuerzas del desarrollo y de la creación dinámica; y una teoría abierta, que las comprende y acoge *desde afuera*. Betti recorre decididamente el último camino:

“Muy lejos de fundarse en una delegación de poderes, en una investidura desde arriba, la competencia dispositiva de los particulares deriva del hecho de que el orden jurídico reconoce y sanciona una autonomía que los propios particulares ya manifiestan sobre el terreno social en sus relaciones. Precisamente, esta autonomía extrajurídica, entendida como el hecho social de la autorregulación de intereses propios, justifica en primer lugar el reconocimiento y la sanción por parte del orden jurídico”⁽²⁹⁾.

7. Tensiones lógicas del dualismo

El dualismo (o, si se quiere, la estratificación heterogénea) suscita el problema del *paso* de un plano al otro: problema del reconocimiento, de la tutela sobrevenida y de la recepción. De *cómo* el negocio *entra* en la esfera jurídica:

(27) Hans Kelsen, *La doctrina pura del derecho* (1960), traducido al italiano por M. G. Losano (Turín, 1966), 252.

(28) Hans Kelsen, *Teoría general del derecho e dello Stato*, trad. it. S. Cotta y G. Treves, 3ª ed., Milán (1959), 139. Es significativo que un eminente jurista, sin sospechas de simpatías kelsenianas, defina así al negocio: “... es el acto de una voluntad *autorizada* por el ordenamiento a perseguir un objetivo suyo” (cursivo agregado: Francesco Santoro-Pasarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, 7ª edición (Nápoles, 1962), 124. Comparar para una perspectiva global, Alfred Manigk, *Studi di diritto italiano e tedesco sulla natura e l'inquadramento degli atti giuridici privati*, en *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi* (1942), 139-40. Para el fundamento autorizativo de la autonomía privada, *vid.* también Max Weber, *Economía e società*, III, traducido al italiano por G. Giordano (Milán, 1980), 19 (sobre el cual, muy bien, Giorgio Rebuffa, *Max Weber e la scienza del diritto* (Turín, 1989), 96-102.

(29) Betti, *Teoría general del negozio giuridico*, 48.



Natalino Irti

si abandonando la naturaleza originaria o conservándola inalterada. El “paso” no encuentra ningún obstáculo en las teorías monistas, en donde el plano jurídico superior atribuye un poder al plano jurídico inferior. *La juridicidad se expande desde arriba hacia abajo*; nada, dadas determinadas condiciones y modalidades, queda fuera de ella. Todo es derecho: *lex facit libertatem*.

En las teorías dualistas, el camino se inicia desde el exterior del derecho, en la esfera económico-social o en la psicológica. Cuando las puertas del derecho se abren, ¿qué ocurre con aquellas fuerzas originarias y naturales? En el campo jurídico, domina implacable la *lógica del supuesto de hecho*: solo a través de la pantalla del supuesto de hecho, los hechos sociales y los estados psicológicos penetran en el derecho. El proceso de *juridificación* es un proceso de *reducción a supuestos de hecho*: este principio es conocido y enseñado por el mismo Betti (el capítulo introductorio del mayor libro sobre el negocio no es más que una teoría del supuesto de hecho)⁽³⁰⁾. Empero, ya que, a pesar del reconocimiento del derecho, “el acto no cambia de naturaleza”⁽³¹⁾, es aquí que nace el problema de la *compatibilidad entre esencia originaria del negocio y posición del supuesto de hecho jurídico*.

Nada impide a la norma determinar “los efectos jurídicos que ésta vincula a determinado hecho, mediante un procedimiento indirecto consistente en una referencia al hecho mismo”⁽³²⁾; pero aquí el negocio, lejos de valer en la intrínseca capacidad

reguladora, es degradado y rebajado a *material normativo*, a fuente que la norma elige (cuando cree conveniente y desea) para la determinación de efectos jurídicos. La correspondencia entre efectos y negocio (entre el contenido de los unos y del otro) no deriva de una calidad o naturaleza del negocio, sino solo de la *voluntad legislativa*, que elige determinar los efectos gracias al reenvío al supuesto de hecho. De esta forma, se convierte en el álveo de las teorías monistas, dado que el negocio, perdida toda característica originaria, es elevado al rango de supuesto de hecho (de uno entre los innumerables supuestos de hecho) y es puesto al servicio de las elecciones legislativas.

No basta con afirmar, como también suelen decir los insignes doctores⁽³³⁾, que los efectos jurídicos corresponden al contenido del negocio o que estos están dirigidos a realizar la intención práctica de las partes: es necesario aclarar si dicha correspondencia o destinación está *determinada por la naturaleza especial del negocio* o, más bien, es *establecida por la ley*. En el primer caso, se cae dentro de las teorías dualistas; en el segundo, *el negocio se alinea junto a los otros supuestos de hecho*, despojado de toda energía intrínseca.

(30) Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, 1-38.

(31) Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, 84.

(32) Gaetano Morelli, *Nozioni di diritto internazionale*, 5ª ed. (Padua, 1958), 270. Aquí debemos mencionar, por contigüidad lógica, el sutil análisis de los “puntos de contacto” entre hecho y efecto jurídico, desarrollado por Angelo Falzea, *Efficacia giuridica*, en *Voci di teoria generale del diritto* (Milán, 1970), 291-4. Comparar en Angelo Ermanno Cammarata, *Il “fatto” nell’esperienza giuridica*, (1929), ahora en *Formalismo e sapere giuridico - Studi* (Milán, 1963), 279: “(...) el contrato determina el contenido de los poderes y obligaciones asumidos por las partes, pero el título o, si se prefiere otra expresión, la fuente de dichos poderes y obligaciones siempre se halla en la norma que hace jurídicamente válido el contrato”.

(33) Bastará recordar a Gino Segré, *Corso di diritto civile*, (año académico 1928-1929, Turín), 77; Carlo Longo, *Corso di diritto romano. Parte generale*, (Milán): 35; Nicola Coviello, *Manuale di diritto civile italiano. Parte generale*, 4ª ed. (Milán, 1929), 317-8. Escribe Gangi Calogero, *Lezioni di filosofia*, II, *Etica giuridica politica* (Turín, 1946); 266: “(...) es fácil decir que el más elemental de los comportamientos jurídicos es aquel por la cual Ticio y Cayo convienen en un acuerdo, y esto puede suceder perfectamente incluso a falta de toda ley, incluso en una bárbara carencia de todo legislador y tribunal. Sin embargo, la verdad es que, en dicha ausencia, aquel comportamiento no es *jurídico*, no se distingue como tal de cualquier otra acción, a la que nadie asignaría el predicado de la juridicidad. ¿Y, de hecho, por qué nunca se le atribuye aquel predicado, sino en virtud de la inadvertida presuposición de la ley, que calificándolo como contrato le vincula determinadas consecuencias, amenazando a quien no lo observa con prestar su fuerza coercitiva a la eventual solicitud del otro contratante?”.

El Negocio Jurídico como categoría historiográfica *The Juridical Act as a historiography category*

La *naturaleza* del negocio, tal como es elaborada por Betti, no es compatible con la lógica normativa: o el negocio se reduce a supuesto de hecho entre los supuestos de hecho (utilizable por el legislador en la determinación del contenido de los efectos jurídicos); o el negocio, *portador de una lógica propia y de una capacidad reguladora intrínseca*, se mide y se pone frente a frente con la norma, bien adecuándose a ella, bien entrando en conflicto con ella⁽³⁴⁾. Bien vistas las cosas, no se tratará ni de consonancia ni de una contradicción *lógica*, ya que el negocio y la norma son lógicamente distintos: el negocio es previsto por la norma, es *parte del contenido descriptivo de la norma* (precisamente, la parte hipotética o supuesto de hecho)⁽³⁵⁾. No está afuera, sino adentro de la norma. Se tratará, más bien, de consonancia o de conflicto entre fuerzas históricas e intereses económicos: unos, dirigidos a reafirmar la soberanía y la omnipotencia legislativa del Estado; los otros, tenaces al defender el territorio de los particulares o tendientes a ampliar sus confines. Estas batallas marcan el declive de antiguas normas y el advenimiento de nuevas, las que registran y consolidan *los resultados de la lucha*. Sería un grave error intercambiar los conflictos históricos con disputas científicas y pedir a la teoría del negocio una respuesta que ella no está en condiciones de dar.

8. La mediación bettiana. Función ideológica del negocio

La teoría bettiana se presenta ahora como una búsqueda extrema de un *equilibrio histórico-conceptual*. El declive del Estado de la época del Resurgimiento, la crisis del individualismo económico, el código civil italiano de 1942 (el § 603 de la *Relazione* rechaza a la autonomía privada y la califica como “libertad ilimitada del poder de cada quien”; y al contrato como “instrumento dócil de la voluntad privada”); *la ideología*

corporativa de la mediación entre privado y público, entre individuo y Estado; la presencia pública en el mundo de las empresas y la relativa restricción de los particulares: son estos los factores objetivos destinados a conjugarse con el profundo *antinormativismo* de Emilio Betti. La ley del Estado no agota la realidad: ni siquiera la *realidad del derecho* que, superponiéndose al plano económico-social, no logra ni absorberlo ni transformarlo. La sociedad, como comunidad de hombres fieles a la palabra dada y vinculados por órdenes de intereses acordados, precede al derecho. Esta no puede disolverse en el Estado.

Ciertamente, las tensiones (o contradicciones) lógicas no inducen a Betti a renunciar a la turgente riqueza de la vida social. La austeridad del normativismo le parece un triste empobrecimiento: casi una geometría fatua del intelecto. De aquí el negocio bettiano, que es, *a la vez*, hecho social y hecho jurídico; ejercicio de autonomía extrajurídica y supuesto de hecho normativo; orden de intereses, ya actuado y realizado, y criterio de conducta; fuerza que pide reconocimiento y poder reconocido. Términos dialécticos que recorren y animan las páginas bettianas, y que indican el arribo extremo de la teoría del negocio: el cual, de ahora en adelante, se encontrará frente a una alternativa. O retroceder hacia un burdo psicologismo, convirtiéndose en un elogio

(34) Ya observaba, con la perspicacia de siempre Paolo Emilio Bensa, *Compendio d'introduzione allo studio delle scienze giuridiche e d'istituzioni di diritto civile italiano* (Turín, 1897), 129: todos los fenómenos jurídicos “dependen de la ley (derecho objetivo), porque solo ella puede atribuir consecuencias jurídicas a un hecho: viceversa, todos dependen de un hecho, porque la ley lo exige como antecedente lógico de dichas consecuencias. Solo el elemento de la voluntad humana aparece bajo una luz especial, ya que implica la intervención de otra voluntad además de la del legislador”.

(35) Mario Allara, *Vicende del rapporto giuridico. Fattispecie. Fatti giuridici*, año académico 1940-1941 (Turín, 1941), 141. El problema es agudamente comprendido por Biagio De Giovanni, *Fatto e valutazione nella teoria del negozio giuridico* (Nápoles, 1958); 97 ss. Recuérdese la icástica proposición de Tomaso Perassi, *Teoria dommatica delle fonti di norme giuridiche in diritto internazionale* (1917), ahora en *Scritti giuridici*, I (Milán, 1958), 271, “(...) la teoría del negocio jurídico es la teoría de las normas, que contemplan una determinada categoría de hechos jurídicamente relevantes como fuentes de relaciones jurídicas”.



Natalino Irti

nostálgico de la voluntad individual; o dirigirse, más bien, hacia el monismo normativo (a lo Santi Romano o a lo Hans Kelsen), en el que se pierda y naufrague la especificidad originaria del negocio. Sin embargo, ambos extremos, si se medita un poco, se muestran *históricamente agotados y superados*: tanto el individualismo como el estatalismo.

La mediación de Betti, manifestando un esfuerzo conciliador supremo, plantea una pregunta radical: si la doctrina del negocio, categoría ajena al lenguaje y al régimen jurídico legislativo, no ha agotado ya toda función histórica y no deba *ceder su propia herencia conceptual a la categoría del contrato* (esta, sí, prevista y regulada por el legislador). La teoría del negocio jurídico plantea una valiosa *función ideológica*: pantalla teórica, bajo la cual apremiaba el interés de los particulares a restringir la presencia del Estado y a contener la expansión del derecho público. La burguesía agrícola y mercantil enarbolaba el dogma de la voluntad contra la ley del Estado: la voluntad individual, manifestada en el dominio estático de las cosas (propiedad) o en la realización de los actos de gestión (negocio), se mostraba como una energía de naturaleza capaz, *por sí misma*, de regular intereses y producir efectos jurídicos. La intangibilidad de la autonomía privada era defendida por el *grado de abstracción* de la doctrina: cuantas más figuras comprendía y se alejaba de la cotidianidad concreta de los casos, más se arraigaba en la *naturaleza* del hombre y se proveía de una esencia inmutable y perenne. Derecho subjetivo y negocio jurídico están tan vinculados que, aún a mediados de los años veinte, Francesco Carnelutti podía escribir: "(...) el negocio jurídico es el derecho subjetivo en ejercicio o, en otros términos, el modo de ejercicio del derecho subjetivo"⁽³⁶⁾.

La correlación (entre derecho subjetivo y negocio jurídico) era más histórico-ideológica que conceptual y doctrinaria. Se trataba siempre de *aspectos o modos de la voluntad*, estimada como fuerza originaria del individuo, no otorgada ni suprimible por el Estado. La misma palabra *autonomía*, en

su velo semántico, retiene el eco del *carácter originario* del poder prejurídico de gobernar en casa propia. Que no es y no puede convertirse en casa del Estado. Aquella correlación es simplemente enunciada por los teóricos del negocio: esto es así desde Betti y Stolfi, quienes indican en la propiedad individual y en la libertad de iniciativa privada el *presupuesto* mismo del negocio jurídico. Presupuesto que devela, a la vez, su función ideológica: de *instrumento de lucha*, útil en la transferencia de la tutela de los intereses del terreno económico-social al terreno teórico, ocultándolos o ennobleciéndolos.

A pesar de ello, y es el signo de la antigua controversia sobre el negocio, la *función ideológica* entra en conflicto con la *función lógica*: mientras que la primera pide afirmar las raíces subjetivas o sociales, en síntesis, prejurídicas; la segunda exige que el negocio se encauce en la tipicidad y se degrade en la serie homogénea de los supuestos de hecho, perdiendo o trasmutando su naturaleza originaria. El conflicto toca su grado más alto en las páginas de Betti, recorridas y desgarradas por el conflicto entre ambas funciones: reluctantes tanto a dejar al negocio en la esencia nativa, como a disolverlo en la rigurosa lógica de los supuestos de hecho.

9. El negocio jurídico como categoría historiográfica. Los problemas de la sociedad tecnológica

Anteriormente, remarcábamos que la función ideológica ahora puede considerarse agotada.

(36) Francesco Carnelutti, *Lezioni di diritto processuale civile* (1926), I, reimpresión (Padua, 1986), 65. Penetrantes reflexiones sobre el nexo entre teoría del negocio y desarrollo económico en Franz Wieacker, *Il modello dei codici civili classici e lo sviluppo della società moderna* (1953), ahora en *Diritto privato e società industriale*, traducido al italiano por G. Liberati (Nápoles, 1983), 12, 27, 64; y *Storia del diritto privato moderno*, II, traducido al italiano, (Milán, 1980), 278, 394. Comparar en Michel Villey, *Essor et décadence du volontarisme juridique*, en *Archives de philosophie de droit* (París, 1957), 94-5.

El Negocio Jurídico como categoría historiográfica *The Juridical Act as a historiography category*

El negocio sobrevive como simple *categoría historiográfica*: instrumento útil para reconstruir una fase de la doctrina jurídica italiana⁽³⁷⁾. Regresando al pasado, el historiador se topa con disputas científicas y conflictos doctrinarios, que lo dejarían mudo y ciego si este no emplease el *instrumento interpretativo* del negocio. Este, al igual que otras categorías historiográficas (de la economía señorial al desarrollo industrial, del movimiento de las codificaciones al parlamentarismo decimonónico; etcétera), ya no manifiesta un núcleo de intereses e ideologías (los primeros, satisfechos o definitivamente defraudados; las segundas, fenecidas) sino que *sirve para entender el pasado*. Se tratará de escribir una historia, no de las *ideas* de negocio, sino más bien de los intereses concretos y rústicos que se escondían atrás y que, de tiempo en tiempo, han mostrado variedades de formas y modos. El interés de la burguesía agrícola o de la primera burguesía industrial es distinto al de los empresarios y tecnócratas de nuestro moribundo milenio: en vano se les pediría alinearse en defensa de la naturaleza psicológica o social del negocio, vale decir, de una ideología ahora incapaz e inidónea para garantizar su protección. Tampoco es necesario que los juristas, en sus disputas y contiendas sobre la esencia del negocio, sean conscientes de este vínculo o *relación supraestructural*: “las cosas siguen su curso a pesar de la buena o mala voluntad de aquellos a través de los cuales se llevan a cabo”⁽³⁸⁾. Las teorías del negocio son, precisamente, *atravesadas* por el curso de las cosas, y por la nueva actitud y definición de los intereses. Corresponde al historiador reagruparlos y explicarlos conjuntamente.

El horizonte del hombre contemporáneo (o, como también se diría, posmoderno) comprende otro problema: la *salvación*, no de la voluntad interna o de la autonomía social, sino *de la existencia física, de la singularidad concreta y terrena*. Ahora se encuentran frente a frente la irrepetible finitud del individuo

y la potencia técnica de las empresas, las cuales conquistan y dominan, con tenacidad oscura y planetaria, todos los lugares y las fuerzas de la naturaleza. La *cuestión ecológica*, como cuestión de nuestro vivir y sobrevivir, también irrumpe nuestros estudios, y domina el corazón y el pensamiento del jurista⁽³⁹⁾. La teoría del negocio jurídico (que se hizo valiosa en la defensa del individuo en contra del Estado) no puede prestar ningún servicio a los desesperantes problemas de la sociedad tecnológica. Mirando hacia el pasado (entre angustias y pesares, que fueron ajenos a él y a su época) reconocemos en el pensamiento de Emilio Betti el punto de tensión extremo de la doctrina del negocio: aquel vértice, en el que el negocio se transforma de categoría técnica a categoría historiográfica. Bajo su luz estaremos en condiciones de reconstruir la vicisitud del negocio, aislando dos *dialécticas* distintas: la primera, entre *subjetividad de la voluntad* y *objetividad del signo declarativo*, se agita y desarrolla de manera independiente de su comparación con la ley⁽⁴⁰⁾; la segunda, entre *plano prejurídico* (sea psicológico o social) y *plano jurídico*, comprende a la relación con la ley y el Estado. Veremos, entonces, cómo a cada uno de los términos de ambos *binomios* corresponde una fase histórica precisa y un núcleo de intereses definido; y cómo la *teoría bettiana* marque, en el cuadro de determinado solidarismo o corporativismo, la mediación más alta y autorizada entre el plano social y el plano jurídico.

(37) Una perspectiva radicalmente distinta en Giuseppe Benedetti, *Negoziio giuridico e iniziativa economica privata*, en *Rivista di diritto civile*, (1990), 574, 580, quien propone el negocio jurídico como “*forma metahistórica*”, “esencia inteligible que se sustrae al cambio”.

(38) Johann Gustav Droysen, *Sommario di istorica*, traducido al italiano por D. Cantimori, 2ª ed. (Florenca, 1967), 52. Vid. por sus apuntes de historicización del negocio, Calasso, *Il negozio giuridico*, 25, 43.

(39) Natalino Irti, *La cultura del diritto civile*, en el volumen del mismo título (Turín, 1990), 51-5. Comparar con la genialidad anticipadora, Max Scheler, *L'avvenire del capitalismo* (1914), ahora en *Lo spirito del capitalismo*, traducido al italiano por R. Racinaro (Nápoles, 1988), 105.

(40) Biagio De Giovanni, *Fatto e valutazione nella teoria del negozio giuridico*, 91. Vid. también Luigi Ferri, *L'autonomia privata* (Milán, 1959), 90, nota 27.



Natalino Irti

De esta forma, podremos redactar un capítulo de historia científica fascinante que, si por una parte se muestra ajeno a los problemas de la sociedad tecnológica, por la otra deja una herencia conspicua de finura teórica y de talento clasificatorio. El individuo, como anteriormente se ha advertido, ahora se ha alineado en defensa de un bien originario y primordial: de la finitud y frágil existencia física, que se ve envuelta por las amenazas del poder tecnológico. De poco o nada ayudaría la teoría del negocio, con sus ambigüedades y tensiones internas: poco o nada, ya que el mismo Estado está cercado y desbordado por aquel enorme poder. En consecuencia, es preferible encerrar al negocio en una página de historia y prepararse para construir instrumentos de defensa más modernos y eficaces.

10. Separación entre autonomía privada y negocio jurídico

Betti ha enseñado (siendo similar la opinión de los *voluntaristas*) que la autonomía privada se desarrolla y manifiesta a través del negocio jurídico. La autonomía *privada* es *autonomía negocial*: ambas figuras (autonomía y negocio), tal como derivan del mismo principio de libertad, se aferran de manera indisoluble; la crisis o el declive de una es el declive o la crisis de la otra.

¿Es acaso posible disolver el lazo entre autonomía privada y negocio jurídico? Por ahora se puede observar, como ya ha advertido Rescigno⁽⁴¹⁾, que la autonomía negocial es una *speciès* de la autonomía privada; y que el negocio es el instrumento adoptado por los individuos en una fase del desarrollo histórico: pero que, a pesar de ello, es temporal y relativo. La autonomía, como poder de regular los intereses propios, se diferencia de la *heteronomía*, en donde nuestros

intereses se adecuan a mandatos externos (de otros sujetos privados o de autoridades públicas). El negocio jurídico (entendido en el modo económico-social de Betti o voluntarista de Stolfi) no es *coesencial* al significado teórico y práctico de la autonomía. La misma rúbrica del artículo 1322 del Código Civil Italiano habla de autonomía *contractual*, no *negocial*.

La separación entre negocio y autonomía se comprende plenamente en el terreno histórico. En un ordenamiento económico, no dominado por las grandes empresas y por la producción en masa, era posible concebir al negocio como relación de voluntad originaria u orden de intereses. En nuestro tiempo, la autonomía resulta garantizada, no por el ejercicio de fuerzas psicológicas o por la composición espontánea de los intereses, sino por el *régimen del mercado* y máximas como la tutela de la competencia. La cual, al impedir concentraciones entre empresas, salvaguarda la pluralidad de las empresas productoras y la libre elección de los consumidores⁽⁴²⁾. Tendremos así autonomía de los particulares (reservándoseles la elección de uno u otro tipo de mercadería), a pesar de que ya no pueda hablarse de negocio jurídico. Los bienes son adquiridos en los grandes almacenes, a cambio de precios no negociales, con un *automatismo colectivo*, en el que desaparece toda huella de voluntad individual y de definición consciente de intereses⁽⁴³⁾.

(41) Pietro Rescigno, *Manuale del diritto privato italiano*, 3ª ed. (Nápoles, 1977), 264; Pietro Rescigno, voz *Contratto*, en *Enciclopedia giurídica Treccani*, IX (Roma, 1988), 10-4. El vínculo inescindible entre negocio jurídico y autonomía privada ahora se encuentra confirmado en Giovanni Battista Ferri, *Il negozio giurídico tra libertà e norma*, 2ª ed. Rimini (1989), 55; y Giuseppe Benedetti, *Negozió giurídico e iniziativa economica privata*, 575-76, 578, 581. En el sentido del texto, parecen utilizables las reflexiones innovadoras Rodolfo Sacco, voz *Autonomia nel diritto privato*, en *Digesto*, IV, sezione civile, I (Turín, 1987), 517, quien elabora una doctrina de la autonomía, no necesariamente vinculada a la figura del negocio jurídico.

(42) Véase la perspicua ponencia de Giorgio Oppo, *L'iniziativa economica*, en *La costituzione economica a quarant'anni dall'approvazione della carta fondamentale*, 68-70, que indica en la utilidad social la medida concreta de la libertad de iniciativa económica. Sobre la relación entre contrato y competencia, *vid.* Peter Stein y John Shand, *I valori giurídici della civiltà occidentale*, traducido al italiano (Milán, 1981), 335.

(43) El fenómeno encuentra finos análisis en Gerardo Santini, *Commercio e servizi. Due saggi di economia del diritto* (Boloña, 1988): en donde indicaré 81 ss., 86-98, 278 (se habla de instrumentos organizativos que permiten "ahorros de actividad contractual"), 305. También Enzo Roppo, *Contratti standard* (Milán, 1975).

El Negocio Jurídico como categoría historiográfica *The Juridical Act as a historiography category*

La teoría del negocio jurídico presupone a la parte individual y concreta; mientras que la economía contemporánea solo conoce *consumidores anónimos y abstractos*. El acuerdo se despersonaliza y masifica. La tutela de la autonomía ya no puede hallarse en el negocio jurídico, sino en el régimen del mercado. Así, el acto uniforme y respectivo de los consumidores sustituye a la relación entre individuos, convirtiendo al mercado en el lugar del intercambio y criterio de medida de la autonomía. Las reglas públicas del mercado (desde la tutela de la competencia al control de los bienes ofrecidos en venta) protegen y consolidan la autonomía, vale decir, el poder de elección de los particulares.

Arribamos así a la absoluta separación entre negocio jurídico y autonomía privada. Que ya no se confía a *fuerzas extrajurídicas (de índole social o psicológica)*, sino al *régimen legislativo del mercado*. *Esta se hace interna y solidaria con el ordenamiento jurídico de la economía*. La parte del negocio, al asumir la posición abstracta de consumidor o ahorrista, se explica en función a las reglas del mercado que son las mismas reglas de la autonomía privada. Solo en áreas residuales, de los intereses más conspicuos y potentes, o del intercambio más humilde y cotidiano, el particular (dejando de obrar como miembro de clases de consumidores) realizará *negociaciones* concretas y ejercerá la antigua autonomía.

La protección de la autonomía se transfiere del sujeto al objeto: del individuo, que entra en

relación con los *otros*, al consumidor, que entra en relación con los *bienes*. Reglas públicas tutelan las elecciones de una muchedumbre uniforme y anónima: y no contribuyen *identificando* el acto del intercambio, sino *abstractizándolo y masificándolo*. En lugar de la otra *parte*, a menudo encontraremos aparatos automáticos que *responden* a la inserción de la moneda con la entrega material de los bienes. De esta forma, el mercado ya no resulta ser la suma o la unidad de actos particulares, sino que se configura como organismo racional y preciso, en el que se inserta la elección del individuo, conformándose a innumerables elecciones ajenas. Esta, que como un trágico escritor de nuestro tiempo, denominaremos *homologación de las elecciones privadas*, desbarata la singularidad de la voluntad o de la experiencia económico-social; y vuelca los términos mismos de la autonomía. La cual se delinea como “una variable dependiente de garantías públicas”⁽⁴⁴⁾: no contraria a la ley, sino construida y tutelada por ella. (En donde el discurso, divagando sobre el tema, afectaría a las modalidades formativas de la ley y el grado de participación de los propios beneficiarios futuros: precisamente, los ciudadanos-consumidores).

Si bien el significado histórico del negocio se ha agotado, por el contrario, la función ideológica de la autonomía privada está viva y activa. La cual, liberada ahora del vínculo con el negocio jurídico, reclama un *derecho del mercado*: leyes del Estado, reguladoras severas de la producción y del intercambio de bienes. Es otro aspecto del conflicto, anteriormente indicado, entre individuo y potencia técnica de las empresas: ante las cuales se yergue la autonomía del particular como *autonomía del consumidor*. Esta no toca las puertas de la ley en nombre de energías prejurídicas, sino más bien exige a la ley regular el mercado y ofrecerle así una protección coherente y eficaz. Este, me parece, es el camino en base al cual se puede reconstruir el significado, histórico y jurídico, de la autonomía privada. (A)

(44) Adopto una apremiante fórmula de Luigi Mengoni, “Proprietà e libertà”, en *La costituzione economica a quarant'anni dall'approvazione della carta fondamentale*, 20.