

El negocio jurídico como acto de lenguaje

Juan Andrés Varas Braun

Doctor en Derecho U. Carlos III de Madrid
Profesor de Derecho Civil
UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE

1. Introducción

El presente trabajo¹ aborda el problema de los límites conceptuales del paradigma dogmático del negocio jurídico desde la perspectiva de la teoría de los actos de habla que, en el marco de las filosofías del lenguaje de raigambre anglosajona, inaugurara J.AUSTIN.² Con tal auxilio, se intentará el objetivo de proveer un criterio formal que permita precisar la frontera entre los negocios y los actos jurídicos.

Con esa pretensión se transitará por la siguiente senda. En primer término, se delimitará lo más precisamente posible el problema, refiriéndose brevemente a la noción clásica de acto jurídico, para abordar en seguida las objeciones que dicha noción ha sufrido, y las modificaciones que –con ocasión de esas objeciones– ha experimentado el concepto. A continuación se realizará una crítica a los conceptos actualmente vigentes, cuyo fundamento constituirá el problema que se pretende abordar, que no es otro que la insuficiencia delimitatoria de la actual idea de negocio jurídico. Como se sabe, una definición es buena si incluye dentro de sus límites todo lo que se pretende definir, y cuando, al propio tiempo, nada de lo que se pretende definir queda al margen, excluyendo, en consecuencia, todo aquello que no se pretende definir. Pues bien, se sostendrá que los conceptos vigentes de negocio jurídico son imprecisos porque permiten entrada a una serie de hechos y actos que no son negocios jurídicos.

¹ El trabajo que aquí se presenta es un “subproducto” de las investigaciones realizadas en el marco del Proyecto Fondecyt N.º 1960804-1996, sobre lógica deóntica.

² El intento que se realizará reclama novedad sólo en cuanto contrasta la figura específica del negocio jurídico con la teoría de los actos de habla. Exploraciones más generales relacionando la teoría de Austin y sus sucesores con lo que en el entorno anglosajón se denomina “teoría de los actos jurídicos” (donde se incluye desde el acto legislativo a la promesa contractual, pasando ciertamente por la sentencia judicial) se han realizado hace ya algún tiempo. Al respecto, puede verse MAC CORMICK, NEIL Y BANKOWSKI, ZENON: “La Teoría de los actos de habla y la teoría de los actos jurídicos”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, VIII, Madrid, 1991, pp. 219 a 237. Trad. de José Calvo González, con una exposición bibliográfica adicional realizada por el traductor.

A partir de la constatación del problema, se intentará plantear la posibilidad de una solución construida, como se dijo, desde la teoría de los actos de habla, concibiendo al negocio jurídico como una concreción de la autonomía de la voluntad que se realiza a través del uso del lenguaje, en un modo performativo. En particular, se lo considerará como una especial clase de acto de habla de carácter ilocucionario. Se sostendrá, como ya se expresó, que puede encontrarse un criterio formal de distinción que permita separar los negocios de los actos jurídicos concibiendo a los primeros como actos de lenguaje.

Luego, se intentará una revisión muy sumaria de las principales dificultades con las que una concepción como la propuesta pudiera encontrarse. Específicamente, los temas relacionados con las formas tácitas de emisión de voluntad, con el silencio que opera como manifestación de voluntad, y con las formas bilaterales de expresión de voluntad.

Finalmente, hay que resaltar que el propósito de estas páginas está constituido esencialmente por el planteamiento de una hipótesis, ya que su desarrollo y justificación acabada excederían con mucho los márgenes y la naturaleza de un trabajo como éste. Lo anterior quiere decir que la revisión bibliográfica no podrá ser, necesariamente, exhaustiva;³ y que la argumentación que sustente la hipótesis no estará –parafraseando a algún teórico– completamente saturada.

2. Planteamiento del problema

A. La relevancia de la Teoría del Negocio Jurídico

Cuando se plantea un tema como el que propone el epígrafe de este trabajo, surge la inevitable y –hay que confesarlo– razonable doble duda: Primera: ¿Tiene hoy sentido, cuando es ampliamente debatida la cuestión de la pertinencia de una teoría general del negocio jurídico, abordar el tema? Y segunda: habiéndose escrito bibliotecas enteras sobre la materia, ¿Es posible aportar algo a un terreno ya tan roturado, sembrado y cosechado en innumerables oportunidades?

Con respecto a la primera pregunta, creo poder responder que la teoría

³ En este sentido, la revisión se limitará, por el lado jurídico, a la doctrina más relevante en Italia y España, dejando deliberadamente afuera el ámbito francés (donde, por otra parte, la teoría del negocio jurídico nunca tuvo demasiado éxito) y el alemán, excepción hecha, en este último caso, de la obra fundacional de SAVIGNY. Por el lado de la Teoría de los Actos de Habla, el trabajo se basará muy fundamentalmente en la obra de AUSTIN, y sólo marginalmente hará uso de los desarrollos teóricos posteriores al autor oxoniense.

general del negocio jurídico sigue presentando caracteres de oportunidad y pertinencia sistemáticas indudables, aun cuando haya perdido parte de su antigua "sacralidad" o carácter de artículo de fe, y haya cedido relevancia en algunos de los planes de estudio universitarios europeos. Incluso los autores más reacios a ella admiten su "inegable valor de servir como estudio introductorio y propedéutico para el análisis posterior de las figuras particulares y concretas de negocios jurídicos".⁴ O bien, "a modo de colofón o epílogo del mismo, al final de la Licenciatura".⁵ En cualquier caso, parece ser una sana doctrina la sustentada por GARCÍA AMIGO: A propósito de la teoría general, intentar "fijar las ideas generales y las normas más genéricas, relegando lo demás para cuando estudiemos las instituciones concretas".⁶

Ya STOLFI sostenía que a las cuestiones relativas a la necesidad de una teoría que, a fuer de fatigosa, obliga a generalizar para precisar los conceptos, para luego multiplicar las categorías y distinciones para adecuarlos a las particularidades del derecho positivo, "puede contestarse que si bien es verdad que la realidad es diversidad, no es menos cierto que el pensamiento es unidad. Pensar es lo mismo que reunir varias normas en un principio o, mejor dicho, en un principio único en el cual aquéllas hallan su justificación racional. Por ello, el que no quiera sumirse en una vacía exégesis de los textos ha de buscar su conexidad interna para determinar, a través de su aparente desorden, el eje alrededor del cual giran: Esto tiene la doble finalidad de dar una guía segura para la solución de las cuestiones particulares y sobre todo demuestra que el derecho no es un conjunto inconexo de normas técnicas más o menos plausibles, puesto que pretende establecer la mejor de entre las varias normas de conducta posibles y suministrar al juez el criterio más acertado para resolver los litigios, es decir, brevemente dicho, a satisfacer la eterna aspiración del hombre hacia la justicia".⁷

Más cercano en el tiempo, y a propósito justamente de este tópico, prologando la traducción española de su obra sobre el tema, GALGANO⁸ sostiene que del negocio jurídico puede seguir hablándose, bajo una doble condición. Primera, que se abandone la idea de que el concepto encierra en sí mismo un elevado principio de libertad, y de que, consecuente-

⁴ LASARTE ALVAREZ, CARLOS: *Principios de Derecho Civil, Tomo I, Parte General y Derecho de la Persona*, Editorial Trivium, S.A., Madrid, 2ª edición, septiembre 1993, p. 436.

⁵ *Loc. cit.*

⁶ GARCÍA AMIGO, MANUEL: *Instituciones de Derecho Civil. I. Parte General*, Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, S.A., Madrid, 1979, p. 678.

⁷ STOLFI, GIUSEPPE: *Teoría del Negocio Jurídico*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, Introducción, pp. XVI y ss.

⁸ GALGANO, FRANCESCO: *El Negocio Jurídico*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1992. Trad. de F. de P. Blasco G. y Lorenzo Prats A., Prólogo del autor a la traducción española.

mente, se lo deba colocar en la cúspide del sistema del derecho civil, relegando a la teoría del contrato a una posición marginal. La segunda, que se tenga conciencia de que se está hablando en un dialecto jurídico, propio de un modo particular de entender el derecho, y del cual puede prescindirse sin por eso –la referencia es textual– dejar de vivir feliz, como hacen en la tradición continental los franceses y los suizos, y todos los ordenamientos del *Common Law*.

Por tanto, parece razonable pensar que la Teoría General del Negocio Jurídico sigue siendo una herramienta útil en la introducción al estudio de las instituciones de derecho privado en el ámbito de muchos de los ordenamientos de raigambre continental (incluyendo los latinoamericanos) y en el análisis de los problemas que en ese ámbito surgen.⁹

Respecto del segundo punto, esto es, si puede aportarse algo de mediano valor en un tema tan trabajado, y además por tan notables juristas, es cuestión que deberá contestar el lector al término de estas páginas, y que, por cierto, no se atrevería el autor a pronosticar.

B. La idea clásica de acto jurídico

A partir de la concepción del negocio jurídico (acto jurídico, en la nomenclatura de la época, y que sigue usándose en Francia¹⁰ y en países latinoamericanos) como instrumento paradigmático del ejercicio de la autonomía privada, la doctrina clásica, a partir de SAVIGNY, y con la pretensión de situarlo en un contexto general que permita entenderlo y deslindarlo claramente, suele realizar una sistematización genérica de los hechos o acaecimientos. Se parte, pues, de la idea de hecho, como todo acaecimiento de origen natural o humano.

Los hechos pueden o no tener relevancia jurídica, según si producen o no consecuencias de derecho (Pueden carecer de consecuencias jurídicas tan-

⁹ Para una síntesis de la polémica en torno al punto, vid. LASARTE: *Op. cit.*, p. 436. Otra aportación equilibrada respecto del punto, en LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS, LUNA SERRANO, AGUSTÍN y RIVERO HERNÁNDEZ, FRANCISCO: *Elementos de Derecho Civil, I, Parte General del Derecho Civil, Volumen Terce-ro: El Derecho Subjetivo*. José María Bosch Editor S.A., Barcelona, 1990, pp. 160 a 168, haciendo ver la notable relevancia sistémica y pedagógica del concepto, a la par que su escasa utilidad práctica. Además, abordan específicamente el tema DE LOS MOZOS, JOSÉ LUIS: "La Teoría del Negocio Jurídico: Su oportunidad e importancia", en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XXXIX, Fascículo III (julio-septiembre), 1986, pp. 787 y ss. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Instituto de Estudios Jurídicos, Centro de Publicaciones, Madrid, publicado también como capítulo introductorio del texto del mismo autor *El Negocio Jurídico (Estudios de Derecho Civil)*, Madrid, 1987; y CORRAL TALCIANI, HERNÁN: "El negocio jurídico: ¿Un concepto en crisis? A propósito de una obra de G. B. Ferri" en *Revista de Derecho Privado*, 1991, pp. 26 y ss.

¹⁰ Acerca de las razones por las cuales ocurre esta "resistencia" francesa, vid. DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO: *El Negocio Jurídico*. Editorial Civitas, Madrid, 1991 (Reimpresión facsimilar de la segunda tirada de la edición original de 1971, por el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos), p. 20, § 18.



to hechos humanos como naturales). Los hechos con relevancia jurídica (hechos jurídicos, en la denominación temprana de SAVIGNY¹¹), por su parte, también pueden ser naturales (las catástrofes, la muerte, la concepción, la enfermedad) o humanos (esto es, realizados por el hombre).

A su turno, los hechos humanos pueden ser voluntarios (actos libres, para SAVIGNY) o involuntarios, atendiendo a si fueron realizados con o sin participación de voluntad (entendida como potencia volitiva, no como ánimo o intención). Son involuntarios los hechos inconscientes, los de los dementes o infantes, los ejecutados en estado de sonambulismo, o bajo hipnosis, o bajo la ausencia de conciencia generada por el alcohol o las drogas.¹²

Por su parte, los hechos humanos voluntarios se dividen atendiendo a si el autor del mismo quiso o no producir los efectos que el derecho prevé para el hecho ejecutado. En el primer caso, se está frente a un acto jurídico; en el segundo, frente a un hecho jurídico. "En cuanto a los actos libres, la voluntad del agente es susceptible de dos modos de actividad: a) puede tener por objeto inmediato formar o destruir la relación de derecho, aun cuando esto no sea sino un medio para conseguir un fin ulterior no jurídico; y entonces se llama a los hechos de esta especie *manifestaciones de voluntad*. b) Puede tener directamente por objeto un fin no jurídico, de suerte que los efectos jurídicos aparezcan a la conciencia como subordinados, o no aparezcan en absoluto".¹³

Así pues, hecho jurídico (en la terminología moderna) es aquel al que la ley atribuye un efecto jurídico diverso del querido por su autor, o directamente, no querido por éste. Se los suele dividir en lícitos e ilícitos, según contravengan al derecho, o sean conformes al mismo.¹⁴

Acto jurídico, por su parte, y recogiendo una definición que se inscribe en la línea de SAVIGNY, y que es conceptualmente –que no temporalmente– previa al desarrollo del tema por la doctrina alemana y por la mayoritaria italiana, es entonces el "hecho humano consciente y voluntario destinado a producir efectos jurídicos determinados y queridos por su autor".¹⁵ Incluso alguna doctrina en Italia ha mantenido porfiadamente la línea de

¹¹ VON SAVIGNY, FRIEDRICH KARL: *Sistema del Derecho Romano Actual*, traducción castellana de J. Mesía y M. Poley, Centro Editorial de Góngora, Madrid, 2a ed., 1879, Tomo II, Cap. III, § 104, p.142.

¹² Con respecto a esta sistematización, vid., por todos, LASARTE: *Op. cit.*, pp. 431 y 432, con más abundancia, GALGANO: *Op. cit.*, pp. 21 y ss., y ALBALADEJO, MANUEL: *Derecho Civil. I. Introducción y Parte General. Vol. II, La relación, las cosas y los hechos jurídicos*. Librería Bosch, Barcelona, 6ª ed., 1980, Cap. VIII, y una síntesis, en Cap. IX, § 77, N° 6, p. 144.

¹³ SAVIGNY: *Op. cit.*, Cap. III, §104, pp. 143 y 144.

¹⁴ Sobre esta distinción, vid., por todos, STOLFI: *Op. cit.*, p. 2.

¹⁵ DUCCI CLARO, CARLOS: *Derecho Civil. Parte General*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 4ª ed., 1995, p. 235.

SAVIGNY, postulando definiciones esencialmente iguales a las antes transcritas: Así, STOLFI lo entiende como "la manifestación de voluntad de una o más partes con miras a producir un efecto jurídico, es decir, el nacimiento, la modificación de un derecho subjetivo o bien su garantía o su extinción".¹⁶ Luego explica que "hablo, por tanto, de efecto jurídico, en contraposición a efecto práctico o empírico, porque el primero debe ser protegido por la norma y el segundo prescinde de ella", puntualizando a continuación que "la fórmula «efecto jurídico» equivale a la otra comúnmente usada «efecto práctico tutelado por el derecho» o «fin protegido por el derecho», para excluir que los particulares hayan de pensar en todas las consecuencias que el negocio produce, aunque no sean previstas ni deseadas por ellos. Con la primera fórmula se quiere decir otra cosa, ya que cualificar el intento de las partes es distinto que establecer que las consecuencias del acto dependan de la voluntad o de la ley. En efecto, ningún negocio se podría concertar si se exigiese la previsión de todas las hipótesis posibles y el conocimiento de la solución de todas las futuras controversias (...) Lo interesante no es que los particulares sepan o quieran todas las consecuencias del acto, sino que las hayan «querido», es decir, que entre quedar libres y obligarse hayan optado por lo último: no pueden abrigarse suposiciones o errores en cuanto al ámbito del vínculo para sustraerse a las consecuencias propias de su voluntad, determinadas, según los casos, por la ley, los usos o la equidad"¹⁷. Como puede observarse, STOLFI incurre, en su difícilmente inteligible intento de salvar su definición, en el error de generalizar el "querer", refiriéndolo simplemente a una amplia y vaga voluntad de obligarse, pero manteniendo especificidad en "lo querido" (los efectos jurídicos), quedando con ello su explicación expuesta a la crítica primaria de que mal puede quererse aquello que no se conoce.¹⁸

C. Crítica

Las definiciones antes transcritas se inscriben fielmente, como se ha podido apreciar, en el muy extendido (y doctrinariamente exitoso) paradigma de la voluntad de SAVIGNY, y han sido, en consecuencia, objeto de idéntica crítica que aquella que se ha dirigido al citado paradigma.

¹⁶ STOLFI: *Op. cit.*, p. 1.

¹⁷ STOLFI: *Op. cit.*, p. 7, y nota a pie N° 2, en la misma página.

¹⁸ Entre paréntesis, este tipo de definiciones, que se sitúan ideológicamente entre comienzos del siglo XIX y primeros decenios del XX, según el área geográfica de que se trate, han tenido un sorprendente éxito. Incluso, y pese a la reticencia bastante generalizada de los legisladores a incluir en los códigos definiciones de conceptos generales, hay códigos modernos, como el peruano de 1984, que recogen ideas casi textuales. Así, el artículo 140 del Código citado reza: "El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere: 1. Agente capaz. 2. Objeto física y jurídicamente posible. 3. Fin lícito. 4. Observación de la forma prescrita bajo sanción de nulidad."



Contra el paradigma de la autonomía de la voluntad, y su arma predilecta, el negocio jurídico, objeto de interminables debates hasta entrado el siglo XX, se alzan objeciones tanto desde el punto de vista político filosófico como técnico. DE CASTRO reseña unas y otras: "...duras, violentas y acerbas serán las críticas que, hacia el año 1936, convergen contra el pandectismo y el negocio jurídico. Coinciden en ella neohegelianos, nazis, marxistas y conservadores de la escuela de la jurisprudencia de los intereses (...). Postura que coincide o se deriva del auge del totalitarismo, de la condena del pensamiento liberal y de la moda de variadas ideologías comunitarias. Cambiadas las circunstancias después de la segunda gran guerra, parece que se olvida este tipo de críticas. (...) Se manifiestan ahora en tono menor. Se señala la dificultad de distinguir el negocio de los actos no negociales (p. ej., del pago, abandono, denuncia de contrato) e incluso de todos los demás actos en los que hay el propósito de producir un efecto jurídico (p. ej., delito que se ejecuta para conseguir la condena; quemar o destruir algo para que no llegue a manos del heredero) y, sobre todo, se insiste en la falta de unidad de los tipos de negocios, que impide o dificulta la construcción de reglas generales para el negocio jurídico".¹⁹

Esencialmente, la doctrina alemana que generará el BGB de 1900 y la doctrina italiana han sostenido que esa idea de acto jurídico como manifestación de voluntad destinada a la obtención de efectos jurídicos es errónea e imprecisa.

Errónea o falsa, porque la idea de que las partes normalmente quieran producir ciertas consecuencias jurídicas es empíricamente equivocada, ya que las partes suelen ni siquiera conocerlos. Efectivamente, es imposible sostener, por ejemplo, que la generalidad de las partes que celebran un contrato de compraventa sepan –y menos que los quieran– de efectos jurídicos como el saneamiento de los vicios redhibitorios o de la evicción. Lo mismo ocurre en cada uno de los contratos respecto de sus elementos legalmente regulados, y que operan en defecto de una voluntad diversa de las partes (los que en la antigua terminología estructuralista del negocio jurídico se llamaban "elementos de la naturaleza").

Por otra parte, el concepto es impreciso, porque –como se ha visto– por su natural alcance, caben en la definición actos o hechos que difícilmente pueden considerarse actos jurídicos, en el sentido específico del término. Así, caben en ella hechos como una ocupación o apropiación, una comunidad de origen convencional, un delito cometido con la intención determinada de ser aprehendido y preso, una toma de posesión, la construc-

¹⁹ DE CASTRO: *Op. cit.*, p. 22.

ción de una obra, la realización de un trabajo, un cuasicontrato de agencia oficiosa, la restitución de una suma de dinero más sus intereses, etc. Esta complicación es quizá más grave aún que la primera, por sus consecuencias prácticas. Como se sabe, la teoría del negocio jurídico es –al menos en su inicio– una abstracción categorial cuyo objeto es salvar las lagunas disciplinarias por medio de un razonamiento analógico coherente. Así, pues, una definición errónea de los límites del concepto lleva a hacer aplicables a hechos como los citados precedentemente las condiciones de existencia, requisitos de validez y exigencias de eficacia que se han diseñado para los negocios jurídicos en sentido propio (un contrato, un testamento, una promesa, etc.).

D. La Teoría del Fin General Práctico

La primera dificultad conceptual aludida se ha salvado recurriendo a la denominada Teoría del Fin General Práctico, de origen alemán²⁰ y recogida y desarrollada por autores italianos, y que reemplaza la persecución de efectos jurídicos por la búsqueda de ciertos resultados de carácter pragmático y concreto, autorizados por el derecho. En su marco se sitúan autorizadas definiciones como la siguiente de FEDERICO DE CASTRO: "Negocio jurídico es la declaración o acuerdo de voluntades con que los particulares se proponen conseguir un resultado que el derecho estima digno de su especial tutela, sea en base sólo a dicha declaración o acuerdo, sea completada con otros hechos o actos"²¹, o ésta de COVIELLO: "Manifestación de voluntad, de una o más personas, cuyas consecuencias jurídicas van encaminadas a realizar el fin práctico de aquéllas."²² Autores tradicionales en Chile han recogido esta nota en sus definiciones. Así, ALESSANDRI y SOMARRIVA sostienen que el acto jurídico es la declaración de voluntad de una o más partes dirigidas a un fin práctico, reconocido y protegido por el derecho objetivo.²³

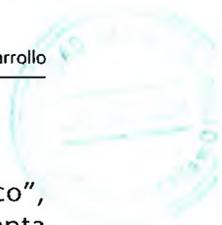
Con todo y ser una mejora notable de la definición, hay que establecer aquí que la dificultad de su concepto inicial no pasó desapercibida para el propio Savigny. En efecto, el pandectista alemán se preocupó, como hemos transcrito previamente, de precisar que la persecución de efectos jurí-

²⁰ DE CASTRO cita a Lenel, Danz, Thon y Lotmar. *Op. cit.*, pp. 27 y 28.

²¹ DE CASTRO: *Op. cit.*, p. 34.

²² COVIELLO, NICOLÁS: *Doctrina General del Derecho Civil*, Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana, Ciudad de México, 1949. Traducción de la 4ª ed. Italiana por F. de J. Tena, p. 353.

²³ ALESSANDRI RODRIGUEZ, ARTURO, y SOMARRIVA VALENZUELA, MANUEL: *Curso de Derecho Civil. Parte Preliminar y Parte General*. Tomo II. Explicaciones basadas en las versiones de clases de los profesores de la Universidad de Chile Arturo Alessandri R. y Manuel Somarriva U., redactadas, ampliadas y actualizadas por Antonio Vodánovic H. Editora de Información Científico -Técnica Ediar-Conosur Ltda., 5ª edición, Santiago de Chile, 1991, pp. 158 y 159.



dicos puede no ser sino el “medio de conseguir un fin ulterior no jurídico”, abundando luego (a pie de página) que “el que compra una casa, acepta con conocimiento de causa una relación jurídica que le crea derechos y obligaciones; pero no es para él sino un medio, ya de habitarla, ya de realizar un beneficio arrendándola o vendiéndola de nuevo.”²⁴ DE CASTRO²⁵ ha indicado acertadamente que SAVIGNY, al distinguir negocio y acto apunta a una diferencia verdadera de caracteres, pero la formula mal. En el negocio jurídico se imputa a la declaración de voluntad el efecto jurídico producido; pero para determinar este efecto, el derecho no atiende a aquel que se diga conocido o querido, sino que tiene en cuenta como querido el propósito práctico negocial, y conforme al mismo establece cuál haya de ser su eficacia jurídica.

E. La distinción entre acto y negocio

Ya el propio SAVIGNY advirtió que su idea de la “declaración de voluntad” era, por sí sola, insuficiente para fundar una construcción teórica como la que pretendía, justamente porque no posibilita la distinción entre los que hoy llamamos negocios jurídicos y otros actos que no lo son. Es justamente ésa la razón que lo mueve a introducir el matiz de la volición de efectos jurídicos. Ya hemos visto que la noción ha sido fundadamente criticada, por no ser empíricamente cierta, en primer término, y luego, porque finalmente no satisface apropiadamente su declarada finalidad de permitir la distinción de los actos jurídicos de la categoría más específica de los negocios jurídicos.

La doctrina ha intentado salvar esta segunda falencia buscando nuevos criterios de diferenciación de los actos jurídicos, *stricto sensu*, de los negocios jurídicos. En primer término, se sistematiza al acto jurídico *lato sensu*, o entendido como género, como el hecho voluntario que persigue efectos queridos por el autor, y que comprende a los negocios jurídicos verdaderos y a los actos jurídicos no negociales o actos jurídicos *stricto sensu*.

A pesar de la clara corrección de esta construcción sistemática, los criterios de delimitación, casi siempre de carácter intuitivo o circular, y basados siempre en la idea de la manifestación o declaración de voluntad, han sido, en general, insatisfactorios, como se desprende, sólo por poner un par de casos, de las definiciones últimamente transcritas de cosecha de DE CASTRO y COVIELLO, que adolecen de oscuridad en los límites entre el negocio y el acto jurídico.

²⁴ SAVIGNY: *Op. cit.*, Cap. III, p. 144.

²⁵ DE CASTRO: *Op. cit.*, pp. 29 y 30.

En efecto ¿cómo negar –por ejemplo– que la aprehensión de una cosa vacante o mostrenca, con la intención de apropiársela, es una “manifestación de voluntad dirigida a realizar el fin práctico” del ocupante, para utilizar la definición de COVIELLO? ¿O que el pago de una deuda sea una declaración de voluntad con la que un particular se propone conseguir un resultado (su liberación) que el derecho estima digno de tutela, en la definición de DE CASTRO?

Destinaré algunos párrafos a revisar los esfuerzos de alguna doctrina italiana y española por precisar esta conflictiva frontera.

STOLFI, en coherencia con el concepto que elige manejar, intenta sostener la distinción sobre la vieja nota distintiva de la volición de efectos jurídicos. “A su vez los actos lícitos se distinguen según que el efecto jurídico sea consecuencia de una manifestación de voluntad directamente encaminada a producirlo o que no lo sea. Únicamente los primeros se consideran negocios jurídicos, porque tienen de común la nota esencial de ser queridos por su autor para conseguir un cierto efecto, el cual si se verifica es consecuencia inmediata de la voluntad” (...).²⁶ Ya se ha dicho que este criterio es insostenible. Es imposible negar que hipótesis no negociales como la ocupación o apropiación, la agencia oficiosa y otros ya mencionados pueden ser realizados por su autor precisamente persiguiendo la obtención de ciertos propósitos jurídicos, y en algunos casos (piénsese en la *negotiorum gestio*) precisamente porque se sabe que los efectos jurídicos serán unos determinados y no otros. Por otra parte, STOLFI en unos “corolarios de la definición”,²⁷ y sólo sobre la base de textos legales italianos, le reconoce carácter negocial al pago (punto con el que implícitamente he discrepado unas líneas más arriba, y que discutiré más adelante) y al reconocimiento de un hijo natural (indiscutible, desde mi punto de vista), pero se lo niega a la oferta y a la aceptación, lo que puede sostenerse bajo la perspectiva de alguna otra definición, pero que es completamente inconsistente con el criterio diferenciador que había previamente establecido.

BETTI, desde una perspectiva crítica de lo que él denomina “el dogma de la voluntad”, e intentando construir un concepto cuya base sea una autonomía privada con un contenido más social que individual, define al negocio jurídico como “el acto con el cual los particulares autorregulan sus propios intereses en sus relaciones con otros (acto de autonomía privada), acto al cual el derecho reconoce los efectos más conformes a la función económi-

²⁶ STOLFI: *Op. cit.*, p. 2.

²⁷ STOLFI: *Op. cit.*, pp. 9 a 14.



co-social que caracteriza al tipo”.²⁸ En cuanto a la distinción entre el negocio jurídico y otros actos jurídicos lícitos, BETTI sostiene que “el concepto de negocio como el acto con el cual el particular norma sus propios intereses en relación con otros es el único que permite establecer un criterio diferencial satisfactorio entre él y los otros actos lícitos de diversa naturaleza”.²⁹ Intentaré demostrar, a propósito de esta tesis “preceptiva” que en España han defendido parcialmente DIEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, entre otros, que la autorregulación de intereses privados no es un criterio diferencial tan satisfactorio como lo creyó BETTI.

DIEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS han explicado, siguiendo en este punto –como se dijo– fundamentalmente la doctrina de BETTI, este criterio definitorio: Han sostenido que la diferencia radica, en primer término, en el contenido normativo que siempre tiene un negocio jurídico y del que carece el acto jurídico. “En el negocio, el autor o autores autorregulan sus propios intereses, establece o establecen una norma de conducta vinculante para su satisfacción. En cambio, en el acto jurídico que consideremos se halla ausente todo contenido normativo. El agente no tiene el poder de configurar las consecuencias jurídicas porque éstas están predeterminadas por la ley. A la ley no le preocupa lo que quiera el sujeto, sino sólo su comportamiento externo. (...) Así, pues, estaremos ante un acto jurídico en sentido estricto cuando los efectos del mismo sean obra exclusiva de la norma jurídica”.³⁰ Este criterio de limitación es coherente con la definición de negocio jurídico que el mismo DIEZ-PICAZO viene sosteniendo: “El negocio jurídico es un acto de autonomía privada que reglamenta para sus autores una determinada relación o una determinada situación jurídica. El efecto inmediato de todo negocio jurídico consiste en constituir, modificar o extinguir entre las partes una relación o una situación jurídica, y establecer la regla de conducta o el precepto por el cual deben regirse los recíprocos derechos y obligaciones que en virtud de esta relación recaen sobre las partes”.³¹

Con todo, parece que también este límite es insatisfactorio. En primer lugar, porque hay actos jurídicos *stricto sensu* en los que la ley sí recoge el

²⁸ BETTI, EMILIO: *Teoria Generale del Negozio Giuridico*. Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1952, p. 51. La traducción es de mi responsabilidad. El original reza así: “l’atto con cui il singolo regola da sè i propri interessi nei rapporti con altri (atto de autonomia privata): atto, al quale il diritto raccolga gli effetti più conformi alla funzione economico-sociale che ne caratterizza il tipo”.

²⁹ *Id.*, p. 74.

³⁰ DIEZ PICAZO PONCE DE LEÓN, LUIS y GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO: *Sistema de Derecho Civil*, Volumen I. Séptima Edición, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1989, p. 499.

³¹ DIEZ PICAZO PONCE DE LEÓN, LUIS: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, T. I, Introducción y Teoría del Contrato, Civitas, Madrid, 4ª ed., 1993, p. 39.

querer del sujeto para determinar las consecuencias del hecho. Por ejemplo, en la ocupación, el ánimo de apropiarse de la cosa es fundamental. Sin él, no hay modo de adquirir el dominio, en circunstancias que el "comportamiento externo" de quien ejecuta el hecho de aprehender es exactamente el mismo, sea que lo haga con o sin ese ánimo. A la inversa, hay casos en que el ordenamiento jurídico prescinde de lo específicamente querido por una o ambas partes, y configura una relación negocial, sometiendo a las partes a la disciplina correspondiente. Así ocurre, por ejemplo, con la mora en declarar la aceptación o repudiación de la herencia, que se conecta legalmente con la consecuencia de entenderla repudiada (art. 1233 del Código Civil³²), o con el conocimiento de que se ha hecho uso de ciertos materiales, que hace presumir consentimiento contractual (art. 666 del Código Civil) o el ejercicio de una cierta profesión, que hace que un silencio se entienda aceptación del contrato de mandato (art. 2125 del Código Civil).

Por otra parte, la idea de autorregulación de intereses como frontera es válida, pero sólo para los casos nítidos; su utilidad se difumina cuando se la pone a prueba con casos más difíciles. Así, es claro que un contrato de arrendamiento (art. 1915 del código Civil) referido a un inmueble y con duración indefinida contiene una regulación privada de intereses, y es claro, también, que una mezcla casual (Art. 663 del Código Civil) no contiene autorregulación de intereses. Pero véase lo que ocurre cuando se compara la compra al contado de un cierto marisco en el supermercado, para su consumo inmediato (negocio jurídico), con la consciente extracción del mismo marisco de la orilla del mar, también para su consumo directo (acto jurídico). ¿Dónde queda la frontera de la autorregulación?, ¿la hay en ambos casos? ¿o en ninguno? Francamente, me parece tan complicado sostener que en la primera hipótesis el autor "autorregula sus propios intereses, estableciendo una norma de conducta vinculante para su satisfacción", como mantener que en la segunda "se halla ausente todo contenido normativo". Y sin embargo, nadie dudaría de la cualidad negocial del primero, y de su ausencia en el segundo. Justamente en las zonas fronterizas de un concepto es donde se aprecia el valor de un criterio de deslinde, y precisamente en esa zona el criterio de la autorregulación de intereses fracasa.

Enseguida, los propios autores últimamente transcritos señalan que con una tal frontera, quedan fuera del negocio jurídico los actos de familia, como el matrimonio o la adopción, puesto que en ellos no son las partes las que regulan sus intereses, sino la ley la que les determina imperativa-

³² Si no se indica otra cosa, las referencias al Código Civil están hechas al chileno.

mente ciertos efectos. Admiten a continuación, sin embargo, que “la mayoría de la doctrina como la jurisprudencia siguen calificando los actos jurídicos de derecho de familia como negocios jurídicos”³³ y anuncian que en lo sucesivo ¡también lo harán así! Y unas cuantas páginas más adelante, en la clasificación de los negocios jurídicos, distinguen con toda tranquilidad los “negocios patrimoniales” de los “negocios familiares”.³⁴ En el fondo, esta posición confunde la circunstancia de que en la base de la idea de negocio jurídico se encuentre el principio de la autonomía de la voluntad, con el campo de actuación de esa misma autonomía en las diversas clases de negocio jurídico, y por ello arriba a un resultado que no sólo es contraintuitivo, sino es históricamente equivocado (desde el derecho romano temprano, para no remontarse más, el matrimonio, por ejemplo, es concebido como un contrato) y contraría la regulación legal de actos como el mismo matrimonio, respecto del cual el Código Civil regula requisitos, formas, consentimiento, validez y extinción en forma muy similar a la de cualquier otro negocio jurídico. Además, quiebra radicalmente el propósito unitario y generalizador, que es precisamente la justificación última de la Teoría del Negocio Jurídico.

En la doctrina española hay también quienes, como LASARTE,³⁵ no intentan la distinción: pasan de referirse a la diferencia entre hecho y acto jurídico, a abordar la categoría del negocio jurídico, sin detenerse en su precisión conceptual, probablemente en coherencia con su perspectiva escéptica sobre la utilidad del tema.

RUIZ SERRAMALERA, que define al negocio jurídico como “la declaración de voluntad aceptada objetivamente por el derecho como fundamento de una relación jurídica y que va dirigida a establecer una especial ordenación de sus efectos”³⁶, prácticamente renuncia de forma expresa a establecer una pauta que permita discernir el acto del negocio jurídico. “Para calificar a un acto como comercial no es suficiente, sin embargo, con que exista una declaración de voluntad tomada en cuenta y valorada por el derecho, sino que, además, requiere unos requisitos especiales para no confundir cualquier acto con la figura más compleja y autónoma del negocio. Únicamente cuando esa declaración de voluntad vaya encaminada a crear (o a extinguir, en su caso) una relación jurídica determinada se está en presencia de un acto cualificado como negocio jurídico. No se niega la dificultad que ello puede entrañar, como lo demuestra el hecho de que, en

³³ *Id.*, p. 500.

³⁴ *Id.*, p. 510.

³⁵ LASARTE: *Op. cit.*, pp. 431 y 434.

³⁶ RUIZ SERRAMALERA, RICARDO: *El negocio jurídico*, Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, Madrid, 1980, p. 25.

muchas ocasiones, se considera negocio jurídico lo que sólo es un acto de los que antes se han calificado como formales. (...) *A priori* resulta casi imposible establecer una regla general que pueda distinguir una declaración de voluntad de otra, y en muchas ocasiones no habrá más remedio que analizar el caso concreto para averiguar su naturaleza exacta (ponderando qué clase de declaración se manifiesta, investigando si tiene una causa por sí misma, comprobando qué efectos puede producir, estudiando si su eficacia depende de la voluntad o ésta es sólo presupuesto para que la norma jurídica actúe, etc.).”³⁷

En cambio, abordan sucinta pero insatisfactoriamente la cuestión DORAL y DEL ARCO,³⁸ distinguiendo los actos negociales como aquellos en los que la voluntad interviene en la ejecución, autodisciplinando los propios intereses, y los no negociales como aquellos que “concentran la referencia de las normas exteriores a la voluntad, *heteronomía*, como centro de imputación de unos efectos; por eso son lícitos o ilícitos, según se acomoden o no a ellas, según que lesionen o no intereses tutelados”.³⁹ Es claro, frente a los casos límite que hemos mencionado, que este criterio es insatisfactorio. Quien ocupa un bien sin dueño, quien cumple un contrato, etc., ejecuta un acto voluntario que tiende a autorregular un interés propio.

DE CASTRO esboza un criterio delimitatorio que en verdad no es tal, porque presenta un carácter circular, al recurrir, como fuente de la distinción, a la ley. Veamos en qué consiste el error de DE CASTRO. Por una parte, indica que “clasificar unos hechos o una conducta con la denominación de negocio jurídico o negarle esta condición significa tanto como decir que se le aplicarán un conjunto distinto de disposiciones jurídicas”.⁴⁰ Por tanto, es claro que entiende la teoría en su función primigenia de integración legal, utilizable justo en los casos no reglados legalmente. Sin embargo, sostiene también que “tan sólo después de que la regla jurídica (teniendo para ello en cuenta todos los datos de la realidad social, incluidas las circunstancias de la voluntariedad) haya calificado lo hecho (de negocio, delito, ejercicio de una facultad o derecho) será cuando se sepa hasta qué punto y de qué modo se atenderá a la voluntad de las personas y a lo que, en su caso, digan los usos; y así, cómo y de qué manera dependerá de la voluntad la eficacia jurídica de lo realizado o propuesto”.⁴¹ En buenas cuentas, se tiene un caso legalmente no regulado, respecto del que sería interesante saber si es un negocio, para aplicarle un cierto conjunto de reglas, y para resolver la duda debe recurrirse a una ley que no lo reglamenta.

³⁷ *Id.*, p. 23.

³⁸ DORAL, JOSÉ ANTONIO, y DEL ARCO, MIGUEL ANGEL: *El Negocio Jurídico*, Editorial Trivium, Madrid, 1982, p. 56.

³⁹ *Loc. cit.*

⁴⁰ DE CASTRO: *Op. cit.*, p. 35.

⁴¹ DE CASTRO: *Op. cit.*, p. 26.



ALBALADEJO aborda el problema a partir de su explícita definición del negocio jurídico por género próximo y diferencia específica. Así, el negocio jurídico es un “acto jurídico lícito (género próximo) constituido al menos por una declaración de voluntad privada –pero que puede estar compuesta por más declaraciones de voluntad y por otros elementos–, acto que el derecho tutela, reconociéndolo como base (fundamento) para la producción de los efectos que dicho derecho ordena tengan lugar en congruencia con lo que, al tenor de la declaración, se puede calificar de querido (efectos *ex voluntate*) (diferencia específica)”.⁴² Antes había el autor indicado también que la nota distintiva entre el acto y el negocio estriba en que en el primero se producen efectos jurídicos con la intervención de la voluntad humana, mientras que en el segundo, además de producirse consecuencias jurídicas y de proceder el acto de la voluntad, ocurre que las consecuencias se producen justo *porque* los efectos son queridos.⁴³ Desde mi perspectiva, éste es un criterio insatisfactorio, porque se basa en una premisa equivocada. La verdad es que los efectos de una agencia oficiosa se producen tan *ex voluntate* (o tan *ex lege*) como los de una compraventa. Esto es así porque siempre es el ordenamiento jurídico el que reconoce espacios, más o menos amplios, en los cuales la voluntad puede producir consecuencias que ese ordenamiento amparará. De tal manera, las leyes reconocen un cierto espacio para el ejercicio de la libertad individual en el terreno de la generación de derechos reales (ocupación, por ejemplo), otro distinto en el de las relaciones de familia, y otro en el campo de las relaciones patrimoniales. En otras palabras, que los efectos jurídicos, por definición, sólo se pueden producir *ex lege*. La voluntad será muy poderosa en otros ámbitos, pero por sí sola es incapaz de producir un efecto que el derecho no haya previamente reconocido como posible.⁴⁴

F. Recapitulación

Queda así planteado el problema, que puede sintetizarse así: Las definiciones vigentes del negocio jurídico son insatisfactorias porque no permiten deslindarlo adecuadamente del acto jurídico, lo que produce consecuencias indeseables, no sólo desde la perspectiva del sistema teórico del derecho civil, lo que ya sería grave, sino también desde el punto de vista práctico, por el propósito integrador que tiene la Teoría del Negocio Jurídico.

⁴² ALBALADEJO: *Op. cit.*, pp. 148 y ss.

⁴³ *Id.*, p. 144.

⁴⁴ En este sentido, hay que reconocer con claridad que el concepto de negocio jurídico es de aquellos denominados proyectivos (Vid. SEARLE, JOHN R.: *Actos de Habla. Ensayo de filosofía del lenguaje*. Ed. Cátedra, S.A., Madrid, 1980, p. 17), esto es, que permiten la inclusión futura de casos nuevos no previstos o regulados, pero ello ocurre siempre en el marco que previamente haya fijado el derecho positivo.

3. Una hipótesis: el negocio jurídico como acto de lenguaje

Aquí propongo un criterio de distinción que creo positivamente operativo entre el acto y el negocio jurídico: El negocio jurídico es un acto de lenguaje, y el acto jurídico, en sentido estricto, no.

A. Austin y la Teoría de los Actos de Habla

Intentaré explicar y precisar la anterior afirmación. Al realizarla, estoy haciendo uso –espero que no abuso–, como se indicó en la introducción de este trabajo, de los conceptos postulados en el marco de las filosofías del lenguaje ordinario o natural por la peculiar obra –en el sentido de que en su mayor parte fue desarrollada a través de conferencias, clases e influencia directa en sus discípulos, y sólo mínimamente en trabajos escritos– de J. AUSTIN, que luego desarrollara J. SEARLE.

Explicado de modo muy esquemático, AUSTIN diferenció con nitidez los usos descriptivos o constatativos del lenguaje, de los cuales la filosofía se había ocupado prioritariamente hasta entonces, de los usos realizativos o performativos, en los cuales centró él su atención. Los primeros se caracterizan porque describen o registran algún estado de cosas, y –en consecuencia– por ser susceptibles de juicio veritativo, es decir, son objeto de la posibilidad de imputárseles verdad o falsedad. Esa es, por cierto, la razón por la cual los filósofos les han dedicado atención privilegiada. Frases del tipo “Sócrates es humano”, “Carlos III fue rey de España”, o “padece usted de rinitis alérgica” son expresiones constatativas, respecto de las cuales puede afirmarse un estado de correspondencia con la realidad que permite calificarlas de verdaderas o falsas.⁴⁵

“¡Cierra la puerta!”, “te aconsejo que no te cases” o “debes respetar la mujer de tu prójimo”, en cambio, no son oraciones descriptivas. Tampoco lo son, para acercarnos al terreno jurídico, la expresión “lego mi automóvil a Pedro” “te apuesto mil pesos a que mañana va a llover” o “prometo pagar a Juan la suma de un millón de pesos”. AUSTIN observa que las expre-

⁴⁵ AUSTIN, JOHN L.: *Palabras y acciones. Cómo hacer cosas con palabras*. Compilado por J. O. Urmson. Editorial Paidós, S.A.I.C.F., Buenos Aires, 1ª ed., 1971. Traducción del original de 1962 (Oxford University Press) por G. Carrió y E. Rabossi, Conferencia I, pp. 41 y ss. Austin tenía claro que la afirmación de la susceptibilidad de juicio veritativo en términos binarios de verdad-falsedad es una simplificación bastante gruesa, pero para los efectos de esta distinción primordial es razonable mantenerla. AUSTIN aborda con más profundidad la cuestión en una conferencia de 1958, y publicada muy posteriormente con el título “Performative – Constatative”, en la que propone *hard cases* como “Francia es hexagonal”, “Lord Raglan ganó la batalla de Alma” u “Oxford dista 60 millas de Londres”, que siendo descriptivos, son complicados de encajar en una veritabilidad binaria, porque son “más o menos” verdaderos (AUSTIN: “Performative – Constatative”, en SEARLE, JOHN R. (Ed): *The Philosophy of Language*, Oxford University Press, 5ª Ed., 1979, p. 21.)



siones de esta clase poseen, aparte de la característica de ser insusceptibles de juicio veritativo, la particularidad de que al pronunciarse, en ciertas circunstancias, se lleva a efecto una acción que no debe confundirse con la acción de pronunciarlas. Ocurre algo más que la mera acción de emitir un cierto enunciado lingüístico. En los ejemplos citados tales acaecimientos son la acción de ordenar o mandar (en los dos primeros casos) y la acción de legar o prometer (en los dos últimos). Es decir, en estos casos se produce el notable fenómeno de que el acto de expresar la oración realiza una acción o parte de ella. Es a esta clase de oraciones que Austin denominó realizativas (o, en otras traducciones más literales, performativas: del original *performative utterances*), porque “realizar” (*to perform*) es el verbo que usualmente se antepone al sustantivo “acción”.

Finalmente, AUSTIN apunta que, desde un punto de vista gramatical, las expresiones clásicas y explícitas de performativos presentan “verbos en la primera persona del singular del presente del indicativo, en la voz activa”.⁴⁶ Sea lo que sea lo que esta precisión gramática signifique exactamente (AUSTIN reconoce que se limita a usarla en su sentido gramatical más corriente) es claro que “hay excepciones (...) importantes y obvias en todas partes”⁴⁷, y muchas de ellas están precisamente vinculadas a circunstancias formales o relacionadas con el derecho. Así, puede aconsejarse a alguien diciendo “Yo haría (o no haría) tal cosa”, que reemplaza a “te aconsejo que” o puede apoderarse a otro diciendo “Por la presente siéntase usted autorizado para...”, que sustituye a “doy poder para...”. Por tanto, el uso que aquí se hará de una forma verbal determinada no es más que ejemplar, y no debe entenderse este criterio gramatical más que como indiciario.

Hecha la anterior distinción esencial entre constatativos y performativos, AUSTIN se dedica a establecer las condiciones normativas en las cuales se emplean satisfactoriamente estas expresiones realizativas.⁴⁸ Es decir, por ejemplo, los requisitos para que decir “prometo X” sea verdaderamente hacer una promesa. En términos de AUSTIN, para que la expresión realizativa sea “feliz” o “afortunada”. No nos detendremos, por el momento, en este punto. Aunque su conexión, en relación género-especie, con el tema de la validez (con tal expresión quiero cubrir las hipótesis de nulidad absoluta y relativa de muchos ordenamientos de derecho continental, de nulidad y anulabilidad del derecho español, o de inexistencia y nulidad del derecho francés) de los negocios jurídicos es indudable, lo que buscamos es un criterio previo al tema de la “fortuna” o validez, que nos permita –nada más– decidir si unos hechos son o no negocio jurídico.

⁴⁶ AUSTIN: *Op. cit.*, Conferencia I, pp. 99 y ss.

⁴⁷ *Loc. cit.*

⁴⁸ AUSTIN: *Op. cit.*, Conferencias II, III y IV, pp. 53 y ss.

A continuación, AUSTIN se adentra en una creciente complejidad de oraciones performativas, que lo lleva a preguntarse por el criterio de distinción y las relaciones recíprocas entre los descriptivos y los realizativos, pregunta cuyo análisis minucioso le lleva un tiempo considerable,⁴⁹ y en el cual tampoco nos pararemos, ya que los enunciados jurídicos son de los más claramente performativos, al extremo de servir de frecuente ejemplo en la obra de AUSTIN.

En este punto, se produce una inflexión en el discurso de Austin, que es muy justamente descrita por ANSUÁTEGUI ROIG: "Sin embargo, en un segundo momento, Austin reformula su teoría, ya que descubre, por una parte, que carece de criterios formales generalizables a partir de los cuales explicar la distinción entre expresiones constatativas y expresiones realizativas y, por otra, que actos como enunciar o describir también son actos de habla: en efecto, emplear el lenguaje con función constatativa también supone llevar a cabo una actividad. También afirmar algo, tarea desarrollada por las expresiones constatativas, consiste en llevar a cabo un hecho. Conviene proceder, por consiguiente, a una transformación de la afirmación según la cual decir algo consiste en hacer algo. En este sentido, se señala que Austin abandona la teoría de los performativos y comienza a desarrollar una teoría más general de los actos de habla".⁵⁰

En este punto, AUSTIN propone, entonces, "volver por un momento a cuestiones fundamentales, esto es, a considerar desde la base en cuántos sentidos puede entenderse que decir algo *es* hacer algo, o que *al* decir algo hacemos algo e incluso que *porque* decimos algo hacemos algo".⁵¹

Pues bien, AUSTIN denomina al acto de "decir algo", en la acepción plena y normal de emitir ciertos ruidos, ciertas palabras en una determinada construcción y con un cierto "significado", como acto locucionario o dimensión locucionaria del acto lingüístico.

A su turno, denominó actos ilocucionarios a aquellos actos que llevamos a cabo *al* decir algo, en los que la acción que realiza la expresión lingüística se produce *eo ipso*, con una cierta fuerza que AUSTIN denominó, precisamente, ilocucionaria. "Bautizo a este barco como...", "juro cumplir fielmente el cargo de...", "protesto formalmente ante usted por...", "prometo pagar la cantidad de...", "lego a José María la suma de...", "designo a Juan como mi albacea...", "insto a usted a comportarse como...", "defino

⁴⁹ AUSTIN: *Op. cit.*, Conferencias V, VI y VII, pp. 96 y ss.

⁵⁰ ANSUÁTEGUI ROIG, FRANCISCO JAVIER: *El Positivismo Jurídico Neoinstitucionalista*. Departamento de Derecho Público y Filosofía del Derecho, Universidad Carlos III de Madrid, Editorial Dykinson, S.L., Madrid, 1996, p. 125.

⁵¹ AUSTIN: *Palabras*, Conferencia VIII, p. 138. Las cursivas son del original.



un acto ilocucionario como...”, etc., son ejemplos típicos de actos de habla con fuerza ilocucionaria.

Luego, “hay un tercer sentido, según el cual realizar un acto locucionario, y, con él, un acto ilocucionario, puede ser también realizar un acto de otro tipo. A menudo, e incluso normalmente, decir algo producirá ciertas consecuencias o efectos sobre los sentimientos, pensamientos o acciones del auditorio, o de quien emite la expresión, o de otras personas. Y es posible que al decir algo lo hagamos con el propósito, intención o designio de producir tales efectos. (...) Llamaremos a la realización de un acto de este tipo la realización de un acto *perlocucionario* o *perlocución*”.⁵² Para aclarar –espero– la diferencia propondré, con base en los ejemplos de AUSTIN, y siguiendo su mismo esquema, un caso con relieve jurídico.

Locución: Fulano dijo “Te vendo mi casa en 25 millones”.

Ilocución: Fulano me ofreció su casa en venta, en 25 millones.

Perlocución: Fulano logró interesarme en la compra de su casa porque me la ofreció en 25 millones (también pudiera ser lo contrario: “Fulano me causó hilaridad con su oferta de venta de su casa...”, o cualquier otra reacción diversa).

AUSTIN destina los capítulos siguientes y últimos de *Palabras y Acciones* a analizar, con la minucia y rigor que le son característicos, la distinción entre las clases de actos antes descritos. Fundamentalmente, postula que la diferencia más relevante radica en que la conexión entre la locución y las consecuencias que eventual o contingentemente sobrevengan porque se ha dicho lo que se dijo (esto es, entre la locución y la perlocución), es una vinculación de carácter causal. Por ello es que en sus ejemplos AUSTIN utiliza siempre la preposición *porque* para vincular lo dicho con su efecto, y justo por ello es que llama a estos actos *perlocucionarios*. En cambio, y esto es muy relevante para nuestros efectos, la conexión entre la dimensión locucionaria y aquello que se realiza al decir algo, es una vinculación de índole convencional.

Esta conexión es analizada y profundizada por SEARLE, primero, a propósito de su intento de quebrar el axioma de Hume, que prescribe la imposibilidad de derivar conclusiones prescriptivas a partir de premisas descriptivas, y viceversa⁵³, y luego, en el contexto del desarrollo de la teoría de los actos de habla, a partir de la obra de AUSTIN.⁵⁴ En el primer trabajo, SEARLE

⁵² AUSTIN: *Palabras*, Conferencia VIII, p. 145.

⁵³ En SEARLE, JOHN R.: “Cómo derivar «debe» de «es»”, en Philippa Foot (comp.), *Teorías sobre la Ética*, Fondo de Cultura Económica. México, Madrid, 1974.

⁵⁴ En SEARLE: *Actos de Habla*.

denuncia la incapacidad de los planteamientos tradicionales "para analizar en profundidad determinados conceptos, como por ejemplo los de compromiso, obligación y responsabilidad. Así, el punto de vista tradicional tiene una concepción uniforme de las proposiciones descriptivas dentro de las cuales no efectúa ninguna distinción. No habría –según el planteamiento tradicional– ninguna diferencia entre afirmar, por una parte «Juan es pelirrojo» y, por otra, «Juan ha marcado un gol», o «Pepe ha prometido regresar», o «Antonio tiene cinco pesetas»..."⁵⁵ Esta indiferenciación es equivocada, porque pasa por alto el hecho diferencial de que en ciertas proposiciones descriptivas hay palabras que se refieren a hechos cuya existencia presupone ciertas instituciones (incluso ocurre que la palabra misma supone determinadas instituciones. Así ocurre con "gol", "prometer", "pesetas" en los ejemplos anteriores, o con "vender", "reconocer como hijo no matrimonial", "legar", "instituir heredero universal", etc., en casos más cercanos a nuestro asunto).

Este tipo de hechos, a los que ciertas proposiciones descriptivas hacen referencia, son denominados por SEARLE como hechos institucionales, por oposición a los hechos brutos, constituyendo esta distinción una de las bases del neoinstitucionalismo jurídico de MACCORMICK y WEINBERGER.⁵⁶ La primera clase de hechos sólo puede ser entendida, sólo adquiere significado, en el contexto de ciertas instituciones. Dicho por STRAWSON: "En el otro extremo de la escala –el extremo desde el cual AUSTIN partió– tenemos actos ilocucionarios que son esencialmente convencionales. Los ejemplos que acabo de mencionar servirán: casarse, (...) pronunciar una sentencia, dar un veredicto. Estos actos no tendrían existencia fuera de los procedimientos o prácticas convencional o normativamente regulados, de los cuales forman parte".⁵⁷ Pues bien, es claro que cuando nos referimos al negocio jurídico como un acto ilocucionario, estamos también afirmando que se trata de un hecho institucional. Esta característica puede ser decisiva a la hora de perfeccionar un esfuerzo de delimitación del concepto, y volveremos más adelante sobre ella.

Finalmente, debe indicarse que la expresión "acto de habla" que SEARLE hace sinónima de acto de lenguaje y de acto lingüístico⁵⁸ (aunque luego utiliza solamente la primera), y que ha hecho fortuna y dado nombre a la teoría cuyas bases he estado rudimentariamente exponiendo, no es, al menos en el idioma castellano, del todo feliz, puesto que tiene una excеси-

⁵⁵ ANSUÁTEGUI: *Op. cit.*, p. 133.

⁵⁶ MAC CORMICK, NEIL, y WEINBERGER, OTA: *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*. D. Reidel Publishing Company, Dordrecht, Holland, 2nd. Pr. 1992.

⁵⁷ STRAWSON: "Intention and Convention in Speech Acts", en SEARLE: *Philosophy*, p. 37.

⁵⁸ SEARLE: *Actos de Habla*, p. 14.



va identificación semántica con el lenguaje verbal u oral. Como es evidente, en derecho son igualmente –o más– útiles y eficaces otras formas de lenguaje (para estos efectos entenderé por lenguaje a cualquier mecanismo cuya finalidad primaria o directa sea exteriorizar o socializar un producto del fuero interno) que no son orales. Para empezar, el escrito, cuya certidumbre lo hace un predilecto entre los operadores jurídicos. Luego, el gestual, cuya importancia convencional no puede ser disimulada (en este sentido, una inclinación de cabeza es tan “lingüística” como afirmar “sí”, “conforme” o “quiero”), y más modernamente, el informático. Por tanto, parece, para efectos jurídicos, mucho mejor abandonar la expresión “acto de habla” y reemplazarla por la más genérica, pero analíticamente igual de precisa, “acto de lenguaje”.

B. El negocio jurídico como acto de lenguaje: primera aproximación

En coherencia con el criterio diferenciador antes expuesto, sostendré preliminarmente que **el negocio jurídico es un acto de lenguaje de carácter ilocucionario**, es decir, es de aquella clase de actos que consisten en emisiones lingüísticas que, aparte de constituir en sí un hecho locucionario, tienen una fuerza convencionalmente determinada (en nuestro caso, a través de normas e instituciones) que hace que –dadas ciertas condiciones– se produzca, al mismo tiempo y en virtud del hecho de la locución, un hecho distinto a la pura emisión de sonidos. Así ocurre, como se habrá podido apreciar en algunos de los ejemplos jurídicos que se han planteado, cuando alguien dice “te apuesto tal cosa” (Art. 2258 N° 4º C.C.), “te encargo tal otra” (Art. 2116 C.C.), “instituyo heredero a Diego” (Art. 999 C.C.) o “acepto contraer matrimonio con Susana” (Art. 102 C.C.). En todos y cada uno de los casos citados, y en cualquiera que el lector imagine, se produce lo que los juristas llaman genéricamente un hecho jurídico, y específicamente un negocio jurídico, cada vez que se ejecuta un acto de lenguaje determinado en determinadas circunstancias. En cambio, como veremos, ello no ocurre jamás respecto de los actos jurídicos que no son negocios, que no consisten nunca en actos de lenguaje.⁵⁹ Insistiré en este punto en el acápite siguiente, en el que trataré la situación en que se encuentran las emisiones tácitas o fácticas de voluntad.

⁵⁹ Una aparente excepción a este principio la constituye el contrato de promesa de celebrar un contrato, que la mayor parte de los ordenamientos jurídicos modernos admiten, con más o menos amplitud (ver Art. 1554 C.C.). En este contrato, la solución o pago de la obligación de las partes –que en todos los contratos es un típico acto jurídico no negocial– se realiza, precisamente, mediante un acto de lenguaje destinado a celebrar el contrato prometido. Con todo, esta excepción es de las que –literalmente– confirma la regla, puesto que el hecho debido, que se satisface con un acto de lenguaje, es justamente la celebración de un negocio jurídico. (Es decir, la obligación derivada de un negocio jurídico se paga o soluciona con otro negocio jurídico).

C. Los actos no negociales y las declaraciones negociales tácitas

Contra la consideración del negocio jurídico como acto de lenguaje se pudiera argüir que se encuentra en contradicción o que deja sin resolver el tema de la expresión tácita, mediata, implícita o indirecta de voluntad, que está aceptada por la legislación, la doctrina y la jurisprudencia,⁶⁰ y que presenta el aparente inconveniente (para estos efectos) de consistir, precisamente, en hechos, y no en actos de lenguaje. El problema, con todo, me parece de fácil solución, en el sentido de que la consideración del negocio jurídico como acto de lenguaje sigue sirviendo como criterio de distinción entre un acto y un negocio, incluso en el caso de los negocios tácitamente convenidos o ejecutados. Véase de qué manera: En el negocio jurídico tácitamente convenido, los hechos o circunstancias de que se trata, por definición, deben significar de manera inequívoca algo, esto es, necesariamente deben conducir a la inducción de una voluntad en un cierto y determinado sentido, de modo que no podrían tener otra significación si faltara el acto volitivo. (Por ello es que la jurisprudencia ha establecido que, en casos dudosos, debe decidirse en contra de la formación del contrato o de la emisión de la voluntad obligacional). Expresado en términos distintos, lo que aquí se quiere decir es que los hechos deben sustituir o reemplazar clara e inequívocamente un acto de lenguaje, que es el medio directo que poseemos para dar a conocer nuestra voluntad.

Ello jamás ocurre con los hechos que constituyen los actos jurídicos que no son negocios jurídicos, que rara vez son actos de lenguaje, y cuando lo son, nunca presentan un verdadero carácter ilocucionario.⁶¹ En ellos, además, el hecho constitutivo jamás puede ser, a la inversa, sustituido por un acto de lenguaje. Un par de ejemplos servirán de aclaración. Quien, habiendo recibido el encargo escrito de realizar por cuenta ajena un negocio determinado, inicia actos de ejecución del encargo sin aceptarlo expresamente, está aceptando tácitamente un contrato de mandato (Art. 2124 C.C.) justamente porque tales hechos reemplazan la emisión de una cierta cadena de sonidos (locución: "acepto tu encargo") que tiene convencional e institucionalmente una cierta fuerza ilocucionaria que produce el hecho de la aceptación de una oferta. En cambio quien, estando obligado por un contrato, realiza la ejecución de una obra (supongamos un retrato artísti-

⁶⁰ Un análisis detenido del punto en el ámbito nacional puede hallarse en LEÓN HURTADO, AVELINO: *La Voluntad y la Capacidad en los Actos Jurídicos*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 4ª ed. actualizada, 1991, pp. 27 a 32. Una reseña de la jurisprudencia del Tribunal Supremo español sobre el punto puede consultarse en DE CASTRO: *Op. cit.*, p. 68, § 85.

⁶¹ Así, pueden citarse actos jurídicos *stricto sensu* consistentes en locuciones, como el artista a quien se paga para que cante, declame, o lea poesía; e incluso pueden imaginarse otros consistentes en la realización de ilocuciones fingidas (infelices o desafortunadas, diría Austin), como cuando se cumple el contrato que obliga a la representación teatral de una compraventa o de la otorgación de un testamento.



co o la construcción de una vivienda), lleva a cabo un hecho puro y duro, que puede ser calificado como acto jurídico en sentido estricto, porque produce consecuencias jurídicas queridas por su autor, pero que no cumple la función de reemplazar a ningún acto de lenguaje, y que a la inversa, no puede tampoco ser reemplazado por un acto de habla (ningún acreedor en su sano juicio se satisfaría con la pretensión de un deudor de reemplazar el hecho debido con palabras). Lo propio ocurre con la ocupación: la aprehensión material de una *res nullius* o de una *res derelictae* con la intención de apropiársela no puede ser jamás fungida por un puro acto de lenguaje. El de la ocupación, además, resulta un caso paradigmático, porque la ley –excepcionalmente– permite reemplazar el hecho de la aprehensión material (Art. 617), pero lo sustituye con otros hechos igualmente no lingüísticos, preparatorios de la aprehensión definitiva, como la herida grave del animal bravío, sumada a su actual persecución, o la caída del animal en trampa o red.

En síntesis, en el negocio jurídico existe un núcleo esencialmente lingüístico, que puede ser casi siempre (salvo los casos excepcionales de actos solemnes, o en los que las leyes⁶² o la convención exigen voluntad expresa) reemplazado por hechos o acciones. En cambio, el acto jurídico *stricto sensu* es irreductiblemente fáctico, físico o bruto (en el sentido de opuesto a puramente lingüístico e institucional). Por cierto, no quiero con ello significar que en el acto jurídico *stricto sensu* esté ausente el contenido institucional. Por el contrario, es nítido que actos como la ocupación o la adquisición de la posesión suponen la existencia de ciertas instituciones y reglas. Sólo quiero implicar, en consecuencia, que el núcleo esencial de la conducta que el derecho recoge es, en los actos jurídicos, un hecho no lingüístico, e insusceptible de reemplazo por un acto de lenguaje.

De hecho, el propio AUSTIN, cuando estudiaba la frontera entre los actos ilocucionarios y los perlocucionarios, se percató de la posibilidad de realizar, tanto una perlocución como una ilocución por medios no verbales (por lo que esa posibilidad no le servía como criterio de deslinde). “Es característico de los actos perlocucionarios que la respuesta o la secuela que se obtienen pueden ser logrados adicionalmente, o en forma completa, por medios no locucionarios. Así, se puede intimidar a alguien agitando un palo o apuntándole con un arma de fuego. Incluso en los casos de convencer, persuadir, hacerse obedecer, y hacerse creer, la respuesta puede ser obtenida de manera no verbal. Sin embargo, esto solo no basta para distinguir los actos ilocucionarios, dado que podemos, por ejemplo, advertir, u ordenar o designar o dar o protestar o pedir disculpas por me-

⁶² Cfr. Arts. 1511 (solidaridad), 99 del Código de Comercio (retractación), 1946 (facultad de subarrendar), 1090 (cláusulas resolutorias testamentarias), entre otros.

dios no verbales y aquellos son actos ilocucionarios. Así, podemos hacer ciertas gesticulaciones o arrojar un tomate como modo de protestar".⁶³ A estos ejemplos, por cierto, uno puede agregar muchos del ámbito jurídico, del tipo de "vender, donar o ceder un efecto hereditario es un modo de aceptar la herencia" (Art. 1230 C.C.), o "ejecutar voluntariamente (con conocimiento del vicio de nulidad) la obligación contratada es una forma de confirmar el negocio" (Art. 1695 C.C.), o "entregar voluntariamente al deudor el título de la obligación implica remitir la deuda" (Art. 1654 C.C.) o "si al concluir el arriendo el arrendador consiente el disfrute del arrendatario por quince días, hay reconducción" (Art. 1956 C.C.).

Una última mirada a este tema, ahora desde la perspectiva amplia de FEDERICO DE CASTRO. Este autor intenta reemplazar la idea de "declaración de voluntad" por la más amplia de "conducta significativa"⁶⁴ o "conducta expresiva,"⁶⁵ puesto que el primero se entiende de modo excesivamente angosto, y las segundas presentan las ventajas de obligar a valorar a los actos como declaraciones de voluntad, y no sólo las ofertas o aceptaciones abiertamente hechas, por una parte; y por la otra, advertir respecto del modo comprensivo como ha de ser considerada la declaración, atendiendo a toda la conducta expresiva del declarante. Todo esto está muy bien, y parece francamente razonable. Pero ¿cuándo hay que entender que una conducta es expresiva o significativa? DE CASTRO, por cierto, no aclara el punto. Desde nuestra perspectiva, ahora, la respuesta parece sencilla: una conducta es significativa o expresiva cuando efectivamente reemplaza o completa un acto de lenguaje de carácter ilocucionario.

D. El problema del silencio

El segundo punto que debe abordarse es el relativo al silencio, esto es, a la ausencia de manifestaciones externas, tanto lingüísticas como de hecho, que permitan inferir una volición determinada. El silencio significa, pues, la inexistencia de palabras y de hechos. La cuestión de si el silencio puede interpretarse como expresión volitiva es una cuestión debatida desde los textos romanos.⁶⁶ Hoy se entiende que la respuesta negativa debe considerarse como la regla general, salvo que las propias partes o la ley establezcan, para casos específicos, lo contrario. Además, se admite, muy restrictivamente,

⁶³ AUSTIN: *Palabras*, Conferencia VIII, p. 164. STRAWSON también abordó el punto. Véase "Intention and Convention in Speech Acts", en SEARLE (Ed.): *Philosophy*, p. 35.

⁶⁴ DE CASTRO: *Op. cit.*, p. 34, § 33.

⁶⁵ *Id.*, p. 66, § 83, aunque antes (§ 33), en la definición de negocio jurídico, prefiere mantener la idea de la declaración de voluntad, para no introducir confusiones terminológicas.

⁶⁶ Una exposición del tema en el derecho chileno, con una aproximación comparada, puede hallarse en LEÓN: *Op. cit.*, pp. 33 a 38. Una síntesis, y una evaluación de la jurisprudencia española, en DE CASTRO: *Op. cit.*, pp. 68 y ss.



la posibilidad de que judicialmente se determine valor de declaración de voluntad a un silencio que se encuentra rodeado de circunstancias muy significativas (entre las cuales son basales las de la posibilidad de contradecir –que presupone conocimiento acabado–, o que se estuviera obligado a contestar, o al menos que fuese normal o natural que se manifestara disconformidad si el que calla no quería aprobar la actuación del otro).

Al igual que lo que ocurre con las declaraciones indirectas, que abordé en el acápite anterior, la concepción del negocio jurídico como acto de lenguaje no es para nada incompatible con la posibilidad de que al silencio le sea atribuido valor negocial. Un silencio podrá tener ese valor sólo cuando el conjunto de circunstancias que lo rodean –entre ellas, la convención o la determinación legal– lo haga equivaler a una expresión ilocucionaria.

E. El problema de los negocios bilaterales

El tercer tema en el que parece conveniente detenerse respecto de este punto es el relativo a los negocios bilaterales, esto es, aquellos que constituyen la “manifestación de voluntad” de más de una persona, o con mayor precisión, aquellos en que la dirección en que se encaminan las voluntades no es paralela, sino convergente desde direcciones opuestas, como ocurre, paradigmáticamente, con los contratos. El problema no se plantea en los negocios denominados plurilaterales o unilaterales complejos, en los que las voluntades que se expresan tienen idéntica dirección, y en los cuales, por eso, el acto de lenguaje es el mismo para todos los partícipes.

La concepción del negocio jurídico como un acto de lenguaje parece dificultar la consideración negocial unitaria de los negocios bilaterales, puesto que un acto de lenguaje es primariamente el producto de una sola voluntad, y en los negocios bilaterales hay nítidamente dos voluntades que se expresan en actos de lenguaje diferentes, emitidos en tiempos diversos y a veces en lugares distintos (una parte dice “compro X y me obligo a entregarte tal suma de dinero” y la otra dice –con posterioridad y eventualmente en otro lugar– “vendo X en la suma ofrecida, y me obligo a entregar X”). Es decir, pudiera sostenerse, en el ejemplo, que son negocios jurídicos la oferta y la aceptación, pero no el contrato. Esto, por cierto, es inadmisibles en su segundo extremo.⁶⁷

⁶⁷ Para mí es claro el carácter negocial de la oferta y de la aceptación sea cual sea la definición de negocio desde la que se la aborde. El hecho de que presenten, en una de sus facetas, un carácter preliminar o no definitivo no excluye su condición de actos de lenguaje que contienen declaraciones de voluntad, destinadas a obtener ciertos efectos jurídicos o prácticos queridos por su autor, y autorizados por el derecho. Además, desde una perspectiva sistemática es perfectamente coherente aplicarles las reglas generales de los negocios; piénsese, por ejemplo, en los requisitos de existencia y validez. En contra, Stolfi. Véase nota N° 27.

Sin embargo, el problema no es en absoluto exclusivo de una concepción como la que propongo: es común absolutamente a todas las perspectivas desde las que se aborda el paradigma, porque en verdad, tan problemática es la consideración de los actos bilaterales (como la compraventa) como negocio jurídico entendiendo éste como declaración de voluntad, como conducta significativa o como acto de lenguaje. Siempre deberemos recurrir a la apostilla "de una o más personas" para salvar la dificultad y siempre se aparecerá a las concepciones unitaristas el inevitable problema de que en los negocios bilaterales las partes efectivamente declaran cosas diversas.⁶⁸ Respecto de este tema resulta especialmente esclarecedor, por lo pragmático, el partido que adopta ALBALADEJO, que recalca que el negocio jurídico es siempre un solo hecho jurídico, enclavado en la categoría de los actos. Los singulares sucesos que lo generan son elementos de este fenómeno unitario, aunque aisladamente, por sí solos, puedan ser también hechos o actos jurídicos. Esto "responde al modo de ser de las cosas, como reflejan la terminología y común sentir de la vida jurídica, pues en ésta se habla, por ejemplo, de compraventa o de préstamo, como un todo, y se les concibe como un *acto* y no como una *suma* de sucesos...".⁶⁹ Justamente por ello es que luego define al negocio jurídico como el acto jurídico lícito *constituido al menos por una declaración de voluntad privada –pero que puede estar compuesto por más declaraciones de voluntad y por otros elementos–*, acto que el derecho tutela, reconociéndolo como base para la producción de los efectos que dicho derecho ordena tengan lugar en congruencia con lo que, al tenor de la declaración, se puede calificar de querido.⁷⁰

F. El marco de acción del negocio jurídico

Dije algunas páginas atrás que el negocio jurídico me parecía claramente de los denominados hechos institucionales. En verdad, y puesto que la categoría es una abstracción, sería más propio decir que los negocios jurídicos, individualmente considerados, son hechos institucionales. Anuncié también que esta característica podía ser útil en el esfuerzo de limitación del concepto.⁷¹

¿Qué es, pues, un hecho institucional? ANSUÁTEGUI, reseñando la obra de RAWLS, SEARLE, VON WRIGHT y ROSS a propósito de la diferencia entre reglas

⁶⁸ No por nada el formalista Derecho Romano primitivo concebía a los actuales negocios bilaterales de modo dual, a través de dos ritualidades diversas, cuya conexión e interdependencia sólo fue dándose con el correr del tiempo: Así, la compraventa, como una *emptio*, por una parte; y una *venditio*, por la otra (es notable que el término conserve aún hoy ese matiz dual); el actual arrendamiento, como una *locatio* y una *conductio*, etc.

⁶⁹ ALBALADEJO: *Op. cit.*, p. 144. Las cursivas son del autor.

⁷⁰ Véase Nota N° 42. Aquí las cursivas son mías.

⁷¹ Vid. supra 2 A.



constitutivas y reglas regulativas, lo explica con un par de ejemplos claros. Aparcar un vehículo y comer son hechos naturales que podrían llevarse a cabo sin la existencia de normas que los regularan, en cambio, jugar ajedrez es un hecho que no puede concebirse sin la presencia de las normas que lo regulan. Así, las normas que abordan hechos del primer tipo son regulativas, y las que se refieren al ajedrez, constitutivas. Los hechos del primer tipo son hechos brutos, los del tipo del ajedrez, institucionales. "Son, en efecto, hechos; pero su existencia, a diferencia de la existencia de los hechos brutos, presupone la existencia de ciertas instituciones humanas. Ciertas formas de conducta constituyen el hecho de que el señor Martínez se case con la señorita García solamente si se da la institución del matrimonio. Similarmente, ciertos movimientos de determinadas personas constituyen el hecho de que el Sporting gane al Rayo por tres tantos a dos solamente si se da la institución del fútbol. Incluso a un nivel más simple, lo que tengo ahora en mi mano es un billete de veinte duros solamente si existe la institución de la moneda. Déjese de lado la institución, y todo lo que tendré será un trozo de papel con varias inscripciones de color sepia".⁷² Pues bien, según SEARLE, las instituciones constituyen sistemas de reglas constitutivas. "Todo hecho institucional tiene como base un(a) (sistema de) regla(s) de la forma «X cuenta como Y en el contexto C». Nuestra hipótesis de que hablar un lenguaje es realizar actos de acuerdo con reglas constitutivas nos introduce en la hipótesis de que el hecho de que una persona haya realizado un cierto acto de habla, por ejemplo, haya hecho una promesa, es un hecho institucional".⁷³ MACCORMICK y WEINBERGER han criticado como "particularmente insatisfactorio" el criterio de distinción de SEARLE, porque la existencia o no de una actividad preexistente no es en modo alguno decisiva respecto de la naturaleza de las normas, ciertamente no en cuanto a su carácter lógico o semántico.⁷⁴ Por ello, hay que entender esta distinción entre normas constitutivas y regulatorias como una de carácter primario o grueso, que nos servirá sin embargo para nuestro propósito, si no tenemos demasiadas pretensiones de precisión o justeza metodológica, lo que es el caso en un trabajo de esta extensión.

Ahora bien, cuando se trata de casos importantes, el hecho institucional se formaliza, de modo que se requiere un procedimiento especial. "Sólo cuando se ha utilizado la fórmula apropiada se dará la afirmación, promesa, u orden correspondiente. Llegamos así a una condición de validez: sin el empleo de un procedimiento performativo especial, no hay afirmación, promesa u orden válida. (...) Por lo demás, se pueden introducir

⁷² SEARLE: *Actos de Habla*, p. 60.

⁷³ *Loc. cit.*

⁷⁴ MAC CORMICK, NEIL, y WEINBERGER, OTA: *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*. D. Reidel Publishing Company, Dordrecht, Holland, 2nd. Pr. 1992, p. 23.

cualificaciones suplementarias: exigencias relativas a las cualificaciones que deben poseer las personas (...) para realizar el acto en cuestión, exigencias suplementarias en orden al acto mismo y a las formalidades procesales necesarias, exigencias respecto a las circunstancias requeridas así como a los vicios y condiciones de anulación. En este sentido, (...) hay exigencias formales para un acto formal".⁷⁵ En el caso del negocio jurídico, el grado de formalización es extremadamente variable, tanto comparando diversos ordenamientos jurídicos (compárese el principio contractual espiritualista que rige en España, con la solemnización de ciertos contratos que rige en los Códigos con mayor influencia del *Code francés*), como dentro de un mismo ordenamiento (contrástese la regulación de la compraventa y la del testamento en el Código español). De tal modo, la formalización no resulta ser un carácter definitorio de la idea de negocio jurídico.

Ahora bien, "hay que hacer notar que el derecho positivo o del Estado no es el único ordenamiento normativo que admite tal formalismo. Las reglas de muchos juegos, las leyes y rituales de diferentes formas de religiones organizadas, las prácticas del mercado y de la bolsa, las ceremonias de botadura de barcos y sin duda muchas más aún, constituyen casos no menos evidentes".⁷⁶

Así, pues, parece claro que al intentar una definición de negocio jurídico que permita la exclusión de otros hechos con fuerza ilocucionaria realizados en contextos institucionales más o menos formalizados, pero no jurídico-positivos (como los ejemplos precedentemente citados) es menester realizar una referencia al marco institucional general y específico en el cual se comprenden y tienen sentido los negocios jurídicos.

El sistema de reglas⁷⁷ que globalmente acoge las normas constitutivas relativas al tipo de actos que llamamos negocio jurídico es lo que convencionalmente denominaré ordenamiento jurídico positivo (sin pretender mayor precisión iusfilosófica), y el marco específico en el cual esa regulación constitutiva se produce es el del reconocimiento legal de un cierto ámbito de acción particular que llamamos autonomía privada. Por tanto, entenderé al negocio como un acto de particulares, más o menos formalizado,

⁷⁵ MACCORMICK y BANKOVSKI: *Teorías*, p. 226.

⁷⁶ *Id.*, p. 230.

⁷⁷ MACCORMICK ha hecho ver que cada institución jurídica debería ser conceptualizada en términos de una tríada de reglas entre sí relacionadas: 1. Deben existir reglas en las que se establezca qué persona, con qué calificación, por qué acto y con qué intenciones, siguiendo qué procedimiento, y requeridas qué circunstancias, puede producir un caso de la institución. Estas son las reglas constitutivas. 2. Debe haber reglas que determinen cuáles son los efectos del acto, precisando qué debe hacerse y quién puede o debe hacerlas. Estas son las reglas consecuenciales. 3. Finalmente, deben existir reglas, denominadas extintivas, que regulen la forma en que se pone término al acto en cuestión. MACCORMICK y WEINBERGER: *Op. cit.*, p. 52.



institucionalmente regulado por el ordenamiento jurídico, en el marco de la autonomía privada.

G. La finalidad del negocio jurídico

No es el propósito de este trabajo abordar la polémica acerca de si es o no pertinente incluir en una definición del negocio jurídico una referencia a su función, o a los fines que las partes persiguen, ni tampoco aquella que disputa acerca de la naturaleza de los fines perseguidos.⁷⁸ Por el contrario, me limitaré aquí, en homenaje a la brevedad, a tomar posición, la que por otra parte ha sido ya bastante más que insinuada en los acápite precedentes. Creo que una referencia a la función es imprescindible en un esfuerzo delimitatorio de la idea de negocio jurídico, y creo, por otra parte, que la teoría del fin general práctico resulta francamente más ajustada a los hechos que la antigua tesis acerca de la persecución de efectos jurídicos. Parece claro, a la luz de la práctica jurídica, que lo que el derecho hace es recoger y valorar una voluntad general de obtención de ciertos efectos lícitos concretos, del tipo “adquirir una casa para habitarla” o “regalar a Fulano un automóvil” o “reconocer a Mengano como hijo no matrimonial”, asignándoles unos efectos jurídicos predeterminados, aunque el autor o las partes no hayan siquiera estado en situación de conocerlos.

Por tanto, cuando se efectúe una recapitulación en forma de conclusión de este trabajo, agregaré a la hipótesis que concibe al negocio jurídico como acto de lenguaje, una referencia a los fines perseguidos que seguirá literalmente la afortunada (por lo expresiva y sintética) fórmula de COVIELLO: “cuyos efectos jurídicos realizan el fin práctico querido por su(s) autor(es)”.

H. Conclusión

A partir de las consideraciones hasta aquí efectuadas, me parece posible definir al negocio jurídico como **el acto ilocucionario de lenguaje de uno o más particulares, institucionalmente regulado por el ordenamiento jurídico en el marco de la autonomía privada, y cuyos efectos jurídicos realizan el fin práctico querido por su(s) autor(es), sea que se realice directamente, sea a través de una conducta significativa que lo suponga necesariamente.**

Creo que este concepto supera la principal debilidad de las definiciones vigentes, que es, como se ha repetido suficientemente, su ineptitud para

⁷⁸ Para una revisión de la polémica, véase DE CASTRO: *Op. cit.*, pp. 27 y ss.

deslindar con nitidez la frontera entre los negocios jurídicos y los actos lícitos no negociales. Al mismo tiempo, mantiene las ventajas de las mejores de esas definiciones, puesto que, por una parte, la concepción del negocio jurídico como acto de lenguaje deja intacta, sólo que subyacente, toda la referencia a la voluntad (y sus problemas de existencia y vicios), y por la otra, se inscribe en la Teoría del Fin General Práctico, que parece la solución más razonable respecto de la función del negocio.