

Estudios de Derecho

Fundada en 1912

Estudios de Derecho
ISSN: 0120-1867
ISSN: 2145-6151
Universidad de Antioquia

Acosta, Joaquín
Libertad, derecho y democracia: un análisis desde el paradigma del contrato (Individual y Social)*
Estudios de Derecho, vol. 75, núm. 166, e5, 2018, Julio-Diciembre
Universidad de Antioquia

DOI: <https://doi.org/10.17533/udea.esde.v75n166a05>

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=647968595007>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

UAEH  redalyc.org

Sistema de Información Científica Redalyc
Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso
abierto



Suben acá y nos envidian!, pero bajan y se olvidan. Fotografía: Hugo Villegas Hernández, @hvillegas7

Libertad, derecho y democracia: un análisis desde el paradigma del contrato (Individual y social)*

Joaquín Acosta**

Resumen

En este artículo se presentan los conectores conceptuales existentes entre el modelo contractualista legitimador de la democracia y la teoría jurídica del contrato. Se propone un análisis de tales conexiones para aproximarse a los conceptos actuales de democracia, soberanía popular, libertad y derecho. Mediante un enfoque histórico-comparativo se intenta emplear la teoría jurídica del contrato para reformular el problema de la legitimación actual de la democracia. Esta propuesta parte de recordar que desde el derecho romano el orden público constituye un límite a la libertad contractual, como a toda forma de libertad; igualmente se propone un contexto para repensar la libertad política a la luz de la reinterpretación que se le ha dado a la libertad contractual en virtud de su constitucionalización, y la manera en que se la ha ponderado con imperativos tales como la salvaguarda del orden jurídico y los derechos fundamentales.

Palabras clave: liberalismo; legalismo; contrato social; constitucionalización

Freedom, law and democracy: an analysis from the contract paradigm (Individual and Social)

Abstract

This article presents the conceptual connectors existing between the legitimating contractualist model of democracy and the legal theory of contract. An analysis of such connections is proposed to approach to the current concepts of democracy, popular sovereignty, freedom and law. Through a historical-comparative approach, the paper tries to use the legal theory of contract to reformulate the problem of the current legitimization of democracy. This proposal is based on the reminder that, from Roman law, public order constitutes a limit to contractual freedom, as to all forms of freedom; it also proposes a context to rethink political freedom in light of the reinterpretation that has been given to contractual freedom by virtue of its constitutionalisation, and the way in which it has been balanced with imperatives such as safeguarding the legal order and fundamental rights.

Keywords: Liberalism; legalism; social contract; constitutionalisation

Liberdade, Direito e Democracia: uma Análise desde o Paradigma do Contrato (Individual e Social)

Resumo

Neste artigo são apresentados os conectores conceituais existentes entre o modelo contratualista legitimador da democracia e a teoria jurídica do contrato. Propõe-se uma análise de tais conexões para uma aproximação dos conceitos atuais de democracia, soberania popular, liberdade e direito. Por meio de uma abordagem histórico-comparatista objetiva-se empregar a teoria jurídica do contrato para reformular o problema da legitimação atual da democracia. Esta proposta começa por lembrar que desde o direito romano a ordem pública constitui um limite à liberdade contratual, como a toda forma de liberdade; do mesmo modo, propõe-se um contexto para se repensar a liberdade política à luz da reinterpretção que se deu à liberdade contratual em virtude de sua constitucionalização, e a maneira em que tem sido ponderada com imperativos tais como a salvaguarda da ordem jurídica e os direitos fundamentais.

Palavras-chave: liberalismo; legalismo; contrato social; constitucionalização

* Artículo de investigación y reflexión. Fue realizado en el marco del proyecto "La constitucionalización del derecho de contratos". Grupo "Teoría del derecho, la Justicia y la Política" del programa de Derecho de la Universidad La Gran Colombia. Terminación de la investigación: 2018.

** Investigador de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad La Gran Colombia. Abogado, Universidad Santo Tomás. Especialista en Derecho Comercial, Université Paris II (Panthéon-Assas). Máster en Derecho Privado, Université Paris II (Panthéon-Assas). Doctor en Derecho de los Negocios, Université de Bordeaux. Becario por excelencia académica del Estado francés (becario "Égide"). Primer investigador extranjero que recibió la "Mention spéciale du Prix de thèse" de la escuela doctoral de Derecho de la Université de Bordeaux. Tratadista y consultor. Miembro del grupo "Teoría del derecho, la Justicia y la Política" del programa de Derecho de la Universidad La Gran Colombia, Colombia. Línea investigación: "Derecho constitucional de contratos, constitucionalización del derecho, derecho comparado e historia del derecho". Correo electrónico: joaquinacosta2001@yahoo.fr ORCID: 0000-0002-6849-1577



Libertad, derecho y democracia: un análisis desde el paradigma del contrato (individual y social)

Introducción

Libertad, democracia y contrato social

La teoría del contrato social ha sido empleada para fundamentar al Estado (Hobbes, 1994), los derechos humanos (Rousseau, 1762) e incluso la democracia (Rawls, 1997). La idea según la cual la convivencia social exige la renuncia a una parte de la libertad que la naturaleza ha otorgado, a través de la celebración tácita de un acuerdo que por su esencia produce derechos y deberes a todos los asociados, sigue siendo empleada en la actualidad. No obstante, el desenlace del primer conflicto mundial así como el ascenso de los extremismos políticos y la necesidad de un intervencionismo estatal debido a las consecuencias económicas y sociales traumatizantes de los totalitarismos (Acosta, 2016), permitió verificar la posibilidad de que el legislador tuviese la deliberada voluntad de atentar contra las libertades públicas proclamadas por las leyes y por la tradición republicana (Frangi, 1992). Al entusiasmo de 1919 por el *Volksstaat* (Estado popular) sigue, en buena parte de la generación de juristas de posguerra, una neta desilusión tras de la cual se constata una cierta desconfianza hacia el ideal *rousseauuniano* de la ley como sempiterna expresión del pueblo. No se trata de repudiar la democracia, sino de criticar una concepción específica de ella: la “decisionista-totalitaria”. En efecto, no pocos juristas de la república de Weimar fueron acusados de haber servido a los propósitos de Hitler mediante la concepción absolutista y onnipotente de la soberanía popular (De Jouvenel, 1972). Esta visión predicaba que el pueblo puede disponer sobre cualquier tema sin que su decisión jamás pueda ser cuestionada, a tal punto que es al pueblo a quien corresponde establecer incuestionablemente lo que es justo e injusto (Heusching, 2002). De esta manera se habría llegado a la asimilación “*vox populi-vox dei*”, calificada en la posguerra como una “idolatría de la democracia” (Talmon, 1966, p. 37).

Se constata así el acierto de la célebre frase de *madame* Roland¹ “¡Libertad, libertad! ¡Cuántos crímenes se cometen en tu nombre!”. Un aserto parecido cabe para la democracia, la justicia e incluso el Derecho (basta con recordar la polémica que aún se ventila en torno a los juicios de Núremberg). De esta manera se asiste a la necesidad de adecuar tales conceptos a la relación que se verifica en la actualidad entre la evolución del derecho constitucional y su talante contractualista, de la mano del desarrollo del concepto de autonomía de la voluntad como fundamento del Estado Constitucional.

En efecto, las constataciones expuestas en buena medida motivaron a los más influyentes autores de la teoría política del siglo XX (Leo Strauss, Eric Voegelin, Hannah Arendt o Sheldon S. Wolin), a pesar de sus innegables diferencias conceptuales, a tener presente las lecciones de la historia como “deconstructora” de las teorías políticas. Esta convergencia explica las contundentes críticas a la democracia efectuadas por Strauss (2004), señalando su “desnaturalización y decadencia” (p. 27); el vigoroso rechazo que Voegelin (2014) efectuara hacia la cultura germánica del siglo XX (p. 38), tal como Wolin lo hace con la estadounidense (2008, p. 93), o incluso el señalamiento que hace Arendt a las democracias de ser imperialistas (2017, p. 118). Resulta notorio que estas autoridades confluyan en un mismo punto: la necesidad de “documentarse sobre el pasado; y que lo hagan de una manera tan sistemática, que casi se rinden a los rigores de la cronología o al culto del canon” (Roiz, 2000, p. 107). Tal sensibilidad por lo histórico motivó a Strauss remontar el liberalismo político a Hobbes, tratándole de nada menos que su fundador (Cortés, 2010); Arendt dedicaría jugosas líneas a interpretar –y quizás, también reinterpretar– a Rousseau (Smola, 2010) y su particular visión del contrato social. Sin embargo no sólo la ciencia política, también el Derecho Constitucional se ve en grandes dificultades a la hora de conciliar la soberanía popular con la salvaguarda del orden público y la seguridad (el Acta Patriótica de Bush constituye uno de numerosos ejemplos a citar). El presente escrito, inscribiéndose en la sensibilidad histórica exhibida por las autoridades anteriormente citadas, trata de ofrecer –o cuando menos rescatar– elementos de análisis históricos, filosóficos y jurídicos que ayuden a repensar el concepto y límites de la soberanía popular en un contexto de libertades desde la teoría contractualista, no sólo en su vertiente filosófica, sino también jurídica. Ello por cuanto la teoría jurídica del contrato ofrece innegables aportes sólidos a este álgido debate, permeado por las pasiones políticas. Esta realidad explica que el Derecho Constitucional haya acogido nociones civilistas para buscar soluciones, no sólo al problema de la legitimación de la democracia, sino también a la manera de mejorarla. Tal constatación conduce a la necesidad de repensar imperativos como el de la libertad

1 Marie-Jeann Roland de la Platière (1754-1793) fue una destacada defensora de la Revolución Francesa, así como líder de la facción girondina. Fue condenada a la guillotina durante el régimen del terror.

política. Teniendo en cuenta que el derecho de contratos también se ha visto en la necesidad de conciliar los principios de libertad contractual y salvaguarda del orden jurídico, a continuación se expondrá la manera en que los planteamientos teóricos y constitucionales que analizan la democracia se entrecruzan con los principios fundamentales del derecho de contratos, así como las perspectivas que tal verificación ofrece.

Contrato y libertad

El contrato siempre ha encarnado la idea de libertad (Caumes, 2010). La libertad contractual es el abandono de una cierta libertad en razón de las consecuencias benéficas que las partes esperan que resultarán (Gahdoun, 2008). La libertad contractual, si bien principio primero del derecho de contratos (Maurin, 2013,) dispone de un contenido y valor aún inciertos (Fabre-Magnan, 2010). Adicionalmente, la libertad contractual es en sí misma paradójica, ya que se trata de un acto libre cuyo objeto sería poner término a esa libertad (Izorche, 2006). Pero la paradoja solo es aparente. ¿Qué más libre que renunciar a esa libertad, al menos temporalmente y en todo caso voluntariamente? (Gahdoun, 2008).

Libertad política y libertad contractual

A lo largo del tiempo, doctrinas y religiones, especialmente la religión cristiana, han proclamado la dignidad del ser humano (Jahel, 2000). Sin embargo es bajo la influencia de la Ilustración que se va a buscar una formulación jurídica destinada a producir efectos de derecho a las libertades y derechos subjetivos (Pactet & Mélin-Soucramanien, 2013). Así fue en Europa hasta la Revolución francesa, la voluntad individual en materia de contratos se topaba con numerosas barreras establecidas por la organización religiosa, política y social de la época (Terré, Simler & Lequette, 2013).

El vínculo entre libertad contractual y libertad política también se verifica en nuestro contexto nacional. En efecto, la Corte Constitucional colombiana considera que el principio de la libertad contractual está incluido al menos implícitamente en el artículo 16 de nuestra Constitución Política, que garantiza a toda persona “el derecho al libre desarrollo de la personalidad” (sentencia C-660/96). Por ende, la libertad contractual no es una noción exclusivamente propia del derecho de obligaciones, también está vinculada al derecho de las libertades fundamentales e incluso a la filosofía (Maurin, 2013). Si bien no siempre se encuentra expresamente contemplada por los textos constitucionales, en buen número de sistemas jurídicos la libertad contractual goza de protección con fundamento en una disposición constitucional. Así acontece en derecho alemán, con el artículo

2 de la Ley Fundamental que hace referencia al derecho al libre desarrollo de la personalidad² (BVerfG, 12 nov. 1958, BVerfGE, 8.274, 328 ; Pédamon, 2004, p. 18), e incluso en derecho italiano, con el artículo 41 de la Constitución de ese país.³ En el sistema jurídico interno francés, la protección constitucional de la libertad contractual ha sido recientemente consagrada, o cuando menos algunos de sus componentes, de manera indirecta mediante la protección de otros derechos y libertades de los cuales ella puede ser una manifestación como acontece con el derecho de propiedad⁴ o la libertad de empresa (Mathieu, 1994). De esta manera para determinados autores “parece que el valor fundamental de la libertad contractual ya no ha de demostrarse” (Maurin, 2013, p. 108).⁵ Desde luego, la evolución que la libertad contractual observa en la posguerra (Rouhette, 1987) “y en esa íntima relación con la noción de la autonomía de la voluntad” (p. 34), hay suficientes razones para debatir tal afirmación. Es pertinente tener presente que incluso constitucionalizada, la libertad contractual sigue encontrándose limitada por otros valores fundamentales tales como el deber de obrar de buena fe (art. 83 CP), la prohibición de abusar del derecho (art. 95 núm. 1 CP) o la prohibición de abusar de la posición económica dominante (art. 333 CP).

Libertad económica y libertad contractual

Se aclara lo anterior por cuanto en la época de elaboración de los códigos civiles francés, colombiano, e incluso alemán, reinaba una gran confianza en las virtudes y la eficacia del liberalismo económico, ya que se creía firmemente que la armonía social en la distribución de los bienes y riquezas vendría de la mano invisible. Es evidente que ese modelo ya no está adaptado al mundo postindustrial que se caracteriza por una producción y distribución de masas, la existencia de grandes empresas (multinacionales y transnacionales), el uso intensivo de la publicidad y las técnicas de

2 Artículo 2

[Libertad de acción y de la persona]

(1) Toda persona tiene el derecho al libre desarrollo de su personalidad siempre que no viole los derechos de otros ni atente contra el orden constitucional o la ley moral.

(2) Toda persona tiene el derecho a la vida y a la integridad física. La libertad de la persona es inviolable. Estos derechos sólo podrán ser restringidos en virtud de una ley. (Trad. español R. García y K.-P. Sommermann).

3 Art. 41

Será libre la iniciativa económica privada. No podrá, sin embargo, desenvolverse en oposición al interés social o de tal modo que inflija un perjuicio a la seguridad, a la libertad y a la dignidad humana. La ley determinará los programas y controles oportunos para que la actividad económica pública y privada pueda encaminarse y coordinarse con fines sociales. Recuperado de <http://www.italianoinfamiglia.it/documenti/costituzione-in-spagnolo.pdf>

4 V. la decisión 84-172 DC, 26 juillet 1984 Loi relative au contrôle des structures des exploitations agricoles et au statut du fermage, *RJC* I-185.

5 Texto original: « il semble que la valeur fondamentale de la liberté contractuelle ne soit plus à démontrer ».

marketing, el desarrollo del crédito, o la apertura de fronteras... a lo cual se agregan la complejidad de los productos y servicios así como la de las fórmulas contractuales (Pédamon, 2004). De esta manera y para afrontar mejor la problemática presente, se analizará la dimensión histórica de la libertad contractual. Es por ello que se expondrá la libertad contractual como manifestación del liberalismo económico.

Se predica lo anterior por cuanto cualquier investigación relativa a la cuestión de las relaciones entre Constitución y contratos, ante todo debe comenzar por el contenido y alcance del principio de la libertad contractual (Mousseron, 1995). En efecto, éste constituye sin duda alguna un principio fundamental del derecho de contratos; adicionalmente la cuestión de la libertad se va a convertir en el elemento subyacente de toda la problemática del contrato, por la edad de oro del liberalismo (Gahdoun, 2008). Y éste se inscribe en un hilo histórico. Es en este marco que la investigación tomará en consideración el proceso de inserción del ideal de libertad en el derecho de contratos.

En consecuencia, convendrá explorar el desarrollo de la libertad contractual desde sus raíces religiosas. Adicionalmente, deberá analizarse la influencia que el “Siglo de las Luces” determinó sobre esta libertad.

Evolución de la libertad contractual hasta la Revolución Francesa. Precisiones

La historia de la libertad contractual es altamente esclarecedora (Chevreau, Mansen, & Bouglé, 2007). En primer lugar exige la identificación de la génesis de este principio. Y por supuesto, la lectura de los discursos de los autores del Código civil francés (Fenet, 1836), indica que el derecho romano habría desempeñado una parte esencial: “el título de contratos que encierra todos los elementos de las obligaciones convencionales, que deberá ser el manual de los jurisconsultos y jueces, es a los romanos que lo debemos casi por completo” (Locré, 1828, p. 544)⁶. En efecto, numerosas disposiciones del título de contratos son directamente retomadas de las reglas romanas (Savigny, 1898; Girard, 1898). Sin embargo, se debe tener cuidado de incurrir en un contrasentido respecto del grado exacto de tal aporte (Terré *et al.*, 2013). Técnicamente esencial, la contribución romana es, por el contrario, mucho más modesta si se considera el espíritu general que se encuentra en el Título III del Libro III del Código Civil francés (Martin, 1984), a su turno modelo del Título I del Libro Cuarto del Código Civil colombiano. El derecho romano reposaba, en efecto, sobre una concepción formalista del contra-

6 Texto original: « le titre des contrats qui renferme tous les éléments des obligations conventionnelles, qui devra être le manuel des jurisconsultes et des juges, c’est aux Romains que nous le devons presque tout entier ».

to: el acuerdo se perfeccionaba mediante el cumplimiento de determinados ritos. Asimismo, el derecho romano tenía una visión muy concreta del contrato. Derecho esencialmente procedimental, consideraba que un contrato sólo era plenamente obligatorio si hacía parte de una categoría en la que una acción había sido acordada. Muy diferente es la concepción del Código francés y por ende de su homólogo colombiano, quienes se alejan de tal esquema (Robaye, 2000). Tal ruptura se explica por cuanto los redactores del Código Napoleón ciertamente se basaron en el derecho romano, pero indirectamente, a través de las obras de los grandes autores franceses de los siglos XVII y XVIII: Domat y Pothier respectivamente, quienes han jugado, de alguna manera, un papel de renovación (Gazzaniga, 1990). De esta manera, si bien empleando abundantemente los materiales suministrados por el derecho romano, estos doctrinantes franceses emprendieron, bajo la influencia del derecho canónico y la moral cristiana, la edificación de un sistema que sencillamente implica ruptura con la concepción romana del contrato y de esta manera, la libertad de las convenciones (Zweigert & Koetz, 2011). Es por ello que se iniciará la exposición con el derecho de la Iglesia Católica, y a continuación se orientará la investigación hacia la influencia de la Escuela del Derecho Natural.

Los canonistas y la doctrina *Pacta Sunt Servanda*

Del derecho romano al derecho canónico

Los especialistas del derecho canónico fueron, en la mayoría de los casos versados en derecho romano, dentro de un contexto de relativa unidad de la doctrina en esos días (Barmann, 1961). Sin embargo, el estudio de los canonistas del derecho de contratos es mucho más independiente ya que la Iglesia tiene, para la sociedad, sus propias preocupaciones (Ourliac & Malafosse, 1969).

El punto de partida del aporte del derecho canónico es el método frecuente en la Edad Media: reagrupar e incluso entremezclar los textos antiguos, tanto religiosos como filosóficos y jurídicos (Robaye, 2000). Ahora bien, Cristo prohibió el juramento⁷. En consecuencia los padres de la Iglesia explicaron que el juramento no era necesario para la veracidad de la palabra empeñada. El decreto de Graciano, en el siglo XII, recopiló cierto número de sus declaraciones, especialmente el famoso canon *Juramenti*.⁸ En tal texto se consignó que entre un juramento y una simple promesa, Dios no hace diferencia.⁹

7 Mateo, V, 34-37 : «³⁴ Pero yo os digo: No juréis en ninguna manera; ni por el cielo, porque es el trono de Dios; ni por la tierra, porque es el estrado de sus pies; ni por Jerusalén, porque es la ciudad del gran Rey.

³⁶ Ni por tu cabeza jurarás, porque no puedes hacer blanco o negro un solo cabello.

³⁷ Pero sea vuestro hablar: Sí, sí; no, no; porque lo que es más de esto, de mal procede. »

8 22, qu. 5, c. 12.

9 « *Dominus inter juramentum et loquelam nostram nullam vult esse distantiam* »

Por supuesto, no se estaba analizando la cuestión de los contratos y su eficacia, tampoco la de las reglas jurídicas, sino solamente preceptos morales inspirados por la religión católica, y propias al fuero interno (*ratione peccati*). Es sin embargo, con base en tales textos, como se va a introducir el interrogante sobre las promesas efectuadas sin respaldo de forma o rito alguno (Barmann, 1961). Fue por ello que glosando uno de estos pasajes, el canonista Huguccio, obispo de Ferrara, quien hacia finales del siglo XII declaró que, incluso sin juramento ni estipulación, el declarante se obliga *nuda promissione* (por una simple promesa). Así se cometería pecado si un pacto, incluso desnudo,¹⁰ no fuese observado. Entre una promesa sin formalidad y un juramento, Dios no hace distinción¹¹. El autor de la Glosa ordinaria al Decreto, *Johannes Teutonicus* (Juan el Teutón) enseñó a grandes líneas la misma doctrina hacia 1215 (Lévy & Castaldo, 2002). A PARTIR DE LA PUBLICACIÓN, EN 1234, DE LA COLECCIÓN DE LAS DECRETALES DEL PAPA GREGORIO IX FUERON INCORPORADOS UNA SERIE DE TEXTOS ANTIGUOS (YA COMPILADOS HACIA 1191), EN PARTICULAR LOS CÁNONES *Antigonus* y *Qualiter*.¹² El primero reprodujo una decisión proferida a propósito de cierto litigio entre obispos, con ocasión de un concilio celebrado en Cartago en 348, donde se formuló esta frase icónica: *Pax servetetur, pacta custodiantur* (que la paz sea conservada, que los pactos sean observados).

Hacia 1260 Bernardo de Parma, autor de la Glosa ordinaria de las Decretales, repite a Huguccio: se incurre en pecado mortal al desviarse de un pacto: “*De un pacto desnudo nace una acción (ex nudo pacto oritur actio), porque los hombres pecan al no ejecutar una convención... Dios no hace diferencia entre simples promesas y un juramento*”.¹³ El repiqueo de los canonistas en diversas formas análogas de esta afirmación impresiona: en definitiva, la regla moral se extendió al ámbito civil, y así un deber de conciencia se volvió una obligación jurídica (Ripert, 1949).

El aporte de la escuela del derecho natural

De la regla moral al consensualismo

Las lecciones de Grocio (Auge, 1968) y Pufendorf -hacer del consensualismo el fundamento mismo de la teoría del contrato¹⁴ - serán determinantes: a finales del

10 En derecho romano los pactos desnudos o *nuda pacta* eran acuerdos que carecían de los rituales exigidos por ese ordenamiento para ser considerados verdaderos contratos. En consecuencia no proporcionaban acción procesal alguna para exigir su cumplimiento. De ahí la máxima latina *ex nudo pacto actio non nascitur*. (del simple pacto no nace acción, in Dig. 2, 14, 7).

11 « *Deus nullam differentiam vult esse inter simplicem promissionem et iuramentum vel aliter firmatam promissionem* ».

12 X, *De pactis*, 1, 35, 1 y 3.

13 Texto original: « *Ex nudo pacto oritur actio... quia mortaliter peccat recedendo a pacto... Inter simplicem loquelam et iuramentum non facit Deus differentiam* ».

14 Después de haber recordado que se debe mantener religiosamente aquello a lo que alguien se ha comprometido, Pufendorf ubica al nivel de las máximas más inviolables del derecho natural « que cada uno debe

siglo XVI: se puede considerar que el consentimiento de las partes perfecciona el contrato. Así por ejemplo, se admitió que el contrato de matrimonio conlleva la elección del régimen matrimonial, y se proclama la *libertad de las convenciones matrimoniales*. Determinados límites, sin embargo, fueron impuestos a esta libertad: se prohibió, por ejemplo, socavar la potestad marital. Las cláusulas que hubiesen dispensado a la mujer de la autorización marital para la celebración de actos jurídicos no estaban consideradas válidas (Lévy & Castaldo, 2002). La escuela del derecho natural marcó una etapa decisiva (Gazzaniga, 1992): el consentimiento es para Pufendorf (1712) el corolario de la libertad; el contrato es un instrumento que obliga y por ende reduce notoriamente la libertad: no hay lugar a quejarse ya que “se consintió en ello y cada parte asumió voluntariamente un compromiso que perfectamente pudo declinar”. Y como es bien sabido en Francia, Domat fue ávido lector de Grocio mientras que Pothier estuvo fuertemente influenciado por Pufendorf (Gazzaniga, 1992).

Sensibles a las lecciones de la escuela del derecho de gentes, los franceses igualmente se muestran como los herederos de Descartes y Malebranche.¹⁵ Además, en el consensualismo hay incuestionablemente una bella construcción del espíritu: el hombre es reputado *naturalmente* libre; la sociedad sólo ha podido conformarse por voluntad humana, y el dogma del contrato social, unánimemente enseñado bajo diferentes formas desde mediados del siglo XVII, se impone. En efecto, hacer de la libertad y la voluntad un elemento creador de derecho corresponde a la filosofía (Lévy & Castaldo, 2002).¹⁶ Hay así una metafísica de la noción de contrato (Gazzaniga, 1992). Loisel a comienzos del siglo XVII retrata en una célebre fórmula toda la fuerza del compromiso: “Se ata a los bueyes por los cuernos y los hombres por las palabras” (Sautel, & Boulet-Sautel, 1959, p. 507).¹⁷ Tanto para Domat como Pothier la sociedad civil reposa sobre el contrato (Lévy & Castaldo, 2002).¹⁸ De

mantener inviolablemente su palabra ». El consentimiento es para él corolario de la libertad.

- 15 Ya en el siglo XVI, a pesar de la resistencia de Cujas, quien se identificaba con el formalismo romano, Dumoulin se exhibió más bien « liberal ».
- 16 « La consécration doctrinale du consensualisme est, essentiellement, l'œuvre des philosophes et des juristes de cette école [du Droit de la nature]. Les philosophes sont, avant tout, Suarez (mort en 1617), qui utilise l'adage *Pacta sunt servanda*, Grotius (mort en 1645), qui s'appuie sur la règle *Solus consensus obligat*, et prend soin de réfuter Conan, puis Pufendorf (mort en 1694), qui justifie le consensualisme par l'idée de liberté de la volonté humaine. En France, Domat à partir de 1689, soutient la validité immédiate de tous les contrats, et donne des formules qui, faisant écho à des textes d'Ulpian (Dig., 16, 3, 1, 6 et 50, 17, 23), annoncent l'article 1134 du Code civil. D'une part, « toutes les conventions nommées ou innommées ont toujours leur effet et elles obligent à ce qui est convenu » (Les lois civiles dans leur ordre naturel, 1689, 1^{re} partie, liv. 1^{er}, tit. 1^{er}, sect. 1^{re}, n° 7), et « le consentement (...) fait la convention » (ibid., n° 10) ; d'autre part, « les conventions sont les engagements qui se forment par le consentement mutuel de deux ou plusieurs personnes, qui se font entre elles une loi d'exécuter ce qu'elles promettent » (ibid., préambule du livre 1^{er}) ».
- 17 Texto original: « On lie les bœufs par les cornes et les hommes par les paroles ».
- 18 « Ardent partisan de l'absolutisme, Hobbes (*De cive*, 1642, *Léviathan*, 1651) avait soutenu qu'avant l'institution du gouvernement, dans l'état de nature, il ne régnait qu'un état de guerre de tous contre tous (*Bellum omnium contra omnes*). La raison en était que la nature, ayant donné à chacun un droit égal sur toutes choses (*jus*

esta manera, la doctrina francesa en la víspera de la Ilustración culmina aquello que los canonistas de la Edad Media habían comenzado al ubicar únicamente al consentimiento como fundamento del contrato. Los principios afirmados por los juristas del siglo XVIII concordaban perfectamente con las ideas expresadas por los filósofos y aportaban argumentos a los economistas (Lévy & Castaldo, 2002). Tales nociones van a ser refrendadas en los dogmas revolucionarios.

Evolución de la libertad contractual con posterioridad a la Revolución Francesa. *La libertad revolucionaria y el contrato*

La Revolución francesa abolió el régimen feudal y señorial en nombre de dos ideas: “*libertad e igualdad*” (Gazzaniga, 1992, p. 178). De esta manera el artículo 4º de la Declaración de 1789 consagra la libertad como uno de los derechos del hombre y del ciudadano. Y correlativamente, se han deducido de este derecho la libertad de comercio y de la industria así como, evidentemente, la libertad contractual. Sin embargo, su alcance así como su contenido ha sido desde su consagración objeto de oscilaciones doctrinales. En consecuencia, serán explorados los vínculos existentes entre el liberalismo revolucionario y la libertad contractual. Adicionalmente, se analizará la influencia que el individualismo post-revolucionario ha determinado sobre tal libertad.

El aporte del liberalismo revolucionario

La influencia de las Luces sobre la Revolución aparece fuera de toda discusión, así como sobre la Carta revolucionaria de los derechos del hombre y del ciudadano (Pactet & Mélin-Soucramanien, 2013). Ahora bien, el artículo 4º de la Declaración francesa de 1789 –tan cercano al artículo 16 de la Constitución colombiana – “La libertad consiste en poder hacer todo aquello que no perjudique a otro, [etc.]” según investigación adelantada por P.-Y. Gahdoun tendría como fuentes filosóficas, por un lado a J.-J. Rousseau y sus *Lettres écrites de la montagne* donde manifiesta que “La libertad consiste menos en hacer su voluntad que no estar sometido a la de otro; consiste sobre todo en no someter la voluntad de otro a la nuestra” (2008, p. 59).¹⁹ Se constata así la “hermandad de términos”, la idea considerada en función de otro. También se encuentran en los escritos de Montesquieu, fórmulas igualmente sugestivas: “... la libertad política no consiste en hacer lo que se

omnium in omnia), chacun, dans cet état, avait le droit de faire et de posséder tout ce qui lui plaisait. Pour sortir de cette anarchie, par le « contrat social », les individus se sont démis de tous leurs droits. Le Prince»

19 Texto original : « La liberté consiste moins à faire sa volonté qu'à n'être pas soumis à celle d'autrui ; elle consiste encore à ne pas soumettre la volonté d'autrui à la nôtre ».

quiere (...) La libertad es el derecho de hacer todo aquello que las leyes permiten" (1995, p. 382);²⁰ Voltaire también, en sus *Pensées sur le Gouvernement*, expresa: "la libertad consiste en sólo depender de las leyes" (1860, p. 201).²¹ Locke finalmente dice que "la libertad no tiene otros límites que aquellos determinados por la ley..." (citado en Gahdoun, 2008, p. 59).²² Sin embargo, la Declaración francesa no es ni un himno a la ley natural, ni un homenaje a la ley positivista; ella es ante todo un texto en construcción que se comprende mejor a la luz de las teorías doctrinales ya elaboradas, o por confeccionar. Y su artículo 4º es el mejor ejemplo. Además si bien la Declaración de 1789 puede provenir en línea recta de Rousseau, no se debe exagerar sin embargo su influencia (Marcaggi, 1904). En efecto, también el filósofo inglés Locke participa de la paternidad de tal documento (Gahdoun, 2008), aunque asumiendo las libertades como derechos naturales, a la inversa de Rousseau, quien cree en las leyes positivas (es decir, antítesis de las naturales); de esta manera el pensador suizo sería ante todo el teórico del legicentrismo (Carpano, 2005) donde la ley *puede todo*, pero no el individuo, como ya Jellinek advirtiera (Fang, 1938): los principios del contrato social son completamente contrarios a cualquier declaración de derechos. En efecto, si bien el punto de partida de Rousseau parece liberal, su respeto por la libertad degenera en una valoración excesiva; de esta manera el ilustre suizo al sacralizar el interés social tácitamente sacrifica el derecho individual, negando así la vida y bienes de los ciudadanos.

Del liberalismo al contrato social

Resultado de las anteriores ideas, en plena Revolución Francesa se designó a un Comité conformado especialmente por Sieyès, Mounier o Le Chapelier, con la misión de elaborar un proyecto de Declaración, en donde la ponencia de Sieyès tuvo una audiencia altamente favorable (Gahdoun, 2008). Prueba de ello es la similitud de determinadas fórmulas del Abad y aquellas retenidas en el futuro artículo 4 un mes más tarde. En efecto, se puede constatar en los *Archives* de 1789:

Los límites de la libertad individual se encuentran en el mismo punto donde ella comenzaría a perjudicar a otro. Corresponde a la ley reconocer esos límites e identificarlos... Una sociedad en la cual un hombre sería más o menos libre que otro... dejaría de ser libre; habría que reconstituirla ... Parece que en primer lugar aquel que contrata un compromiso, pierde una parte de su libertad... ya que

20 Texto original: «... la liberté politique ne consiste point à faire ce que l'on veut (...) La liberté est le droit de faire tout ce que les lois permettent ».

21 Texto original: « la liberté consiste à ne dépendre que des lois ».

22 Texto original : « la liberté n'a de bornes que celles déterminées par la loi... ».

todo compromiso es un intercambio donde cada uno valora más lo que recibe que lo que da(p. 258).²³

De esta manera se constata que el vínculo contractual está arraigado en el pensamiento de los revolucionarios a propósito de la libertad. Así las cosas, se puede considerar que si la libertad contractual no está expresamente consagrada en la Declaración francesa, ello se debe a que se trata más bien de un texto de principio y no de un catálogo de derechos.

El individualismo, elemento matizado

Si bien la doctrina francesa de obligaciones predica que la Revolución marcó el alma del derecho de contratos, el progreso de la libertad individual (Terré *et al.*, 2013), tal planteamiento debe ser matizado. Por supuesto, al resaltar la libertad de los contratantes (particularmente haciendo del sólo consentimiento el fundamento del contrato), se exaltó en realidad al individuo. Durante diez años libertad, igualdad y voluntad individual, estas « palabras faro » se encontraban por doquier (Cedras, 2003). Desde las primeras semanas de la Revolución, fue bajo la bandera de la libertad que se enlistaron todas las *mentes iluminadas* y fue en su nombre que se efectuaron las reformas. Se proclamaron así todas las libertades, se dismantelaron todas las cadenas familiares, feudales, económicas, comerciales, sociales, religiosas... La lectura de los proyectos de declaración de derechos elaborados a lo largo de 1789 es en este sentido reveladora (Gazzaniga, 1992). La libertad lo inspira todo y se la encuentra forzosamente en la libertad de obligarse. De esta manera, el proyecto de declaración de derechos contenido en el catálogo de quejas del tercer estado de la bailía de Nemours (febrero de 1789), precisa en su artículo 8:

Todo hombre es dueño de celebrar los contratos que considere convenientes; y todo contrato libre es obligatorio para las dos partes, si no es contrario a las buenas costumbres, si no contiene ningún dolo por parte de los contratantes, y si no ocasiona ninguna lesión a los derechos de algún otro.²⁴

23 Texto original : « Les limites de la liberté individuelle ne sont placées qu'au point où elle commencerait à nuire à autrui. C'est à la loi reconnaître ces limites et à les marquer... Une société dans laquelle un homme serait plus ou moins libre qu'un autre... cesserait d'être libre ; il faudrait la reconstituer... Il semble au premier aspect que celui qui contracte un engagement, perd une partie de sa liberté... car tout engagement est un échange où chacun aime mieux ce qu'il reçoit que ce qu'il donne ».

24 Texto original : « Tout homme est le maître de faire les contrats qu'il juge convenables ; et tout contrat libre est obligatoire pour les deux parties, s'il n'est pas contraire aux bonnes mœurs, s'il ne renferme aucun dol de la part des contractants, et s'il n'entraîne aucune lésion des droits de quelque autre ».

Sieyès, en la exposición de motivos de su primer proyecto de declaración (20-21 de julio de 1789) afirmó: “No habrá obligación si no está basada en la voluntad libre de los contratantes”.²⁵ La Declaración, si bien no acoge fórmulas tan precisas, indudablemente está animada por el mismo espíritu y hace de la libertad el fundamento de todo derecho. El artículo 4º finalmente suministra la célebre definición:

La libertad consiste en poder hacer todo aquello que no perjudique a otro: por eso, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos. Tales límites sólo pueden ser determinados por la ley.²⁶

Se constata entonces que para tal época nadie duda que uno de los “derechos naturales” es el de obligarse por medio de convenciones. El contrato constituye incluso el origen de la sociedad; así se mezcla el orden público y el orden privado: “Toda sociedad no puede ser más que la obra libre de una convención [celebrada] entre todos los asociados”.²⁷ Así, el contrato es tanto el origen del Estado social como la base de las obligaciones individuales (Gazzaniga, 1992).

La libertad contractual, entre la tradición romanista y las nuevas ideas

La influencia de la Revolución fue profunda y duradera en derecho de obligaciones, principalmente en materia de contratos (Terré *et al.*, 2013). La legislación revolucionaria, al suprimir las barreras a la circulación de bienes, acuerda la libertad del comercio; al abolir las corporaciones abre la puerta a la libertad del trabajo; al eliminar la prohibición de la usura legaliza el mutuo o préstamo a interés y facilita el crédito. En lo restante, pareciera que la revolución se interesa poco en la materia contractual, salvo en los diferentes proyectos de Código civil. En ese contexto, los textos de Cambacérès²⁸ ameritan retener la atención, ya que la evolución del derecho de contratos por ellos presentada reviste interés. En sus tres proyectos, Cambacérès, jurista meridional, reconoce su deuda con el derecho romano así como con Domat y Pothier; sin embargo, igualmente admite que estas

25 Texto original : « Il n'y a point d'engagement s'il n'est fondé sur la volonté libre des contractants ».

26 Texto original disponible en <http://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution/Declaration-des-Droits-de-l-Homme-et-du-Citoyen-de-1789>; Trad. español recuperada de <http://www.fmmeducacion.com.ar/Historia/Documentoshist/1789derechos.htm>

27 Texto original : « Toute société ne peut être que l'ouvrage libre d'une convention entre tous les associés », in art. 1er du premier projet de Sieyès.

28 Jean-Jacques-Régis de Cambacérès, Duque de Parma (18 de octubre de 1753 - 8 de marzo de 1824) Segundo Cónsul de la República desde 1799 a 1804, fue un abogado y político francés, recordado principalmente por ser autor del proyecto base que, inicialmente desatendido, fue recuperado, revisado y ampliado por una comisión redactora designada por Napoleón Bonaparte, convirtiéndose así en el futuro Código Civil francés.

reglas pueden ser adaptadas a las ideas nuevas. Y gracias a los acontecimientos, las ideas efectivamente evolucionan: de 1793 a 1795, todo cambia.

En 1793 la libertad individual lo es todo y el contrato domina las relaciones.²⁹ La inspiración ya será diferente en 1794: la sociedad (el estado social) está organizada para la felicidad de los hombres (planteamiento efectuado por Sieyès en 1789) y todas sus acciones tienen como objetivo alcanzar la más grande felicidad. El contrato es uno de los medios puestos a su disposición:

“El hombre no es feliz si no es libre en la elección de sus goces, el bienestar del hombre consiste más bien en la manera de gozar que en el goce mismo; cada uno configura su bienestar mediante los elementos de su elección”.³⁰ (Cambacérès, 1794)

*“De ahí nace el derecho a contratar que no es más que la facultad de escoger el medio de su bienestar”*³¹ (Rouland, 1995, p. 293). Y, para obtener el bienestar, el hombre tiene a la ley, que no es nada distinto a una convención general. De esta manera, el contrato reposa en el consentimiento que determina la ley entre las partes, pero que al mismo tiempo encuentra sus límites en las prohibiciones legales. Finalmente, en el tercer proyecto, el espíritu es menos elevado y más práctico: el contrato es simplemente el complemento al derecho de propiedad.³²

Ninguno de tales proyectos se convertirá en norma jurídica. Pero no por ello resultan despreciables. Particularmente demuestran que el legislador revolucionario, en materia contractual, se debatió entre la tradición y las nuevas ideas (Gazzaniga, 1992): el peso de la tradición romana revisada y corregida por los autores de *l'ancien droit*³³ se encuentra fuera de toda duda; ninguna ley revolucionaria en materia contractual es completamente original y se encontrará la misma situación en el Código Civil. La parte que corresponde a las ideas nuevas es más interesante: el legislador en efecto dudó en materializar generosamente en términos jurídicos esos valores símbolos que son la libertad y la voluntad. De esta manera se encuentra prisionero entre la afirmación de la voluntad individual y el respeto de la ley,

29 El contrato es la « source naturelle » de las obligaciones (art. 1^{er} du projet) mientras que « la loi n'est que quelques fois une cause d'obligation » (Art. 4 du projet).

30 Texto original : « L'homme n'est pas heureux s'il n'est pas libre dans les choix de ses jouissances, le bonheur de l'homme consiste bien plus dans la manière de jouir que dans la jouissance même ; chacun compose son bonheur des éléments de son choix ».

31 Texto original : « De là naît le droit de contracter qui n'est que la faculté de choisir le moyen de son bonheur ».

32 « ... toute obligation se rattache à la propriété puisqu'elle donne des droits à celui qui en profite » (Réimpression de l'Ancien Moniteur, Vol. 28, p. 409).

33 El « ancien droit » es el derecho francés anterior al Derecho revolucionario. Por su parte, los productos jurídicos posteriores a la revolución francesa se encuentran principalmente caracterizados en las codificaciones napoleónicas.

que no es nada distinto a la expresión de la voluntad general.³⁴ Por ello resulta igualmente difícil medir todas las consecuencias de un principio que afirma que el hombre puede hacerlo todo en virtud de su sola voluntad... excepto perjudicar al prójimo. El derecho revolucionario siempre osciló en búsqueda de un equilibrio entre la protección a las libertades individuales y la salvaguarda del interés general.

Revolución y Código Civil

La búsqueda del equilibrio por el legislador de la Revolución se vuelve transacción en el Código Civil. Los principios son afirmados: libertad, igualdad y propiedad son inscritos (Cedras, 2003). En materia de contratos, la libertad contractual es la regla. ¿Cuál es el fundamento? El orden natural de las cosas y la razón de los hombres. Portalis³⁵ en el discurso preliminar del Código Civil francés, lo recuerda claramente: “En tratándose de contratos, hemos en un primer momento desarrollado los principios de derecho natural que son aplicables a todos” (1988, p. 29).³⁶ Y tales principios han encontrado su traducción jurídica en la legislación romana:

Pero tal es el orden admirable de la providencia –proclama Bigot de Préameneu³⁷ – que para efectos de reglamentar todas las relaciones sólo es necesario conformarse a los principios que están en la razón y en el corazón de todos los hombres. Es ahí, en la equidad, es en la conciencia que los romanos han encontrado ese cuerpo de doctrina que volverá inmortal su legislación (Fenet, 1836, p. 215).³⁸

Sin embargo, no debe exagerarse la influencia del derecho romano: se trata más bien de un “*ius commune*” es decir, un derecho romano justinianeo revisado y corregido por el derecho canónico, los glosadores o los posglosadores en donde precisamente Domat y Pothier han efectuado la síntesis. De igual manera, por muy libres que sean las partes, esta libertad no es absoluta. Es necesario que la persona

34 Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, art. 6 : « La Loi est l'expression de la volonté générale. Tous les Citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs Représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les Citoyens étant égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents. »

35 Jean-Étienne-Marie Portalis (1 abril 1746 – 25 agosto 1807) fue un jurista y político francés en el tiempo de la Revolución francesa y del Primer Imperio. Miembro de la Academia Francesa y de la Legión de Honor (1805). Es conocido por haberse convertido de facto en el líder de la comisión redactora del Código Civil francés.

36 Texto original: « En traitant des contrats, nous avons d'abord développé les principes de droit naturel qui sont applicables à tous ».

37 Miembro de la comisión redactora del Código Civil francés.

38 Texto original : « Mais tel est l'ordre admirable de la providence qu'il n'est besoin pour régler tous les rapports que de se conformer aux principes qui sont dans la raison et dans le cœur de tous les hommes. C'est là, c'est dans l'équité, c'est dans la conscience que les Romains ont trouvé ce corps de doctrine qui rendra immortelle leur législation ».

que se obliga sea jurídicamente capaz de hacerlo, que el acuerdo no sea contrario a las leyes y a las buenas costumbres y que el consentimiento esté exento de vicios; por supuesto, esta óptica está retomada del derecho romano (Terré *et al.*, 2013). Pero el consentimiento no lo es todo: como lo recuerda Pothier, todo compromiso debe tener una causa honesta. La teoría es heredera de los canonistas, no de los romanos: toda convención celebrada sin causa o por una causa inmoral es nula (Capitant, 1927). Sin embargo, no es conveniente poder cuestionar jurídicamente cualquier equilibrio en los contratos. De esta manera, los menores están protegidos contra toda lesión, los mayores por el contrario sólo lo estarán contra la lesión enorme y para determinadas categorías de contratos.

En efecto, parece difícil que un orden jurídico esté dispuesto a respaldar cualquier acuerdo, con independencia de su contenido o efectos. Tratándose de contratos, todos los órdenes jurídicos se preocupan por las condiciones en las cuales han sido celebrados y los someten a un conjunto de exigencias que tienen como objetivo la garantía de un mínimo de protección tanto a las partes como a los terceros y a la colectividad cuyos intereses serían susceptibles de ser afectados por la operación (Terré *et al.*, 2013). Desde luego, los redactores del Código Civil consideraron que el acuerdo de voluntades libres e informadas conduce en principio a la justicia (Ghestin, 1981). Para ellos, lo justo debe entenderse no en tanto que conmutatividad objetiva³⁹ sino como conmutatividad subjetiva⁴⁰ (Chénéde, 2008). Pero sería ir demasiado lejos creer que los redactores del Código Civil consideraron que, por lo anteriormente reconocido, el contrato no llamaba ningún control de derecho: la libertad de las partes siempre ha sufrido la exigencia de respetar el objeto y especialmente la causa *lícitos*. Tales imperativos otorgan a los agentes del orden jurídico el medio para verificar que los intereses particulares están equitativamente conciliados y el interés general salvaguardado.⁴¹ La causa exige⁴² que toda obligación debe tener una razón que justifique su exigibilidad. Tal es el medio de garantizar el reinado de un mínimo de equidad entre las partes (Cumyn, 2002).

39 Esto es, la estricta equivalencia de las prestaciones intercambiadas.

40 En otros términos, que basta que la contraprestación recibida haya sido *considerada* equivalente a la prestación dada.

41 Dado que al tenor del artículo 58 de la CP el interés particular deberá ceder ante el interés general: «Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultare en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social». (Subrayado ajeno al texto original).

42 Frente a este punto debe tenerse presente que el artículo 1502 del C. civ. colombiano «desciende» del *article* 1131 de su homólogo francés.

Conclusión

La trayectoria de la libertad contractual: entre individualismo y respeto al interés general

Como todo argumento histórico, el punto de vista pasado del autor de un texto no sabría congelar el presente en una significación particular. Se trata sin duda de un indicio propio a develar un sentido oculto pero, sin mayor peso que cualquier otro, no puede constituir él solo una explicación de la significación, ni siquiera limitar al intérprete en un sentido determinado que se le impondría. Dicho esto, no es menos cierto que una constante histórica es que determinados *límites* han sido impuestos a la libertad contractual, con el fin de impedir, no solamente que aquella despoje a la parte *sorprendida*, sino también que desconozca los intereses más sagrados para la sociedad. En efecto, incluso si Domat y Pothier fueron influenciados por Grocio y la escuela *moderna* del derecho natural, la cual busca fundamentar la autoridad del derecho, ya no en la divinidad, sino en el hombre y las libertades naturales (presagiando así la filosofía individualista del siglo XVIII), es innegable que la justificación de la fuerza obligatoria del contrato en ellos es principalmente moral: heredera de la tradición canonista tal fuerza reposa, en efecto, en un deber de conciencia –el respeto de la palabra empeñada– mucho más que sobre la libertad individual así como su corolario, la voluntad y su poder creador. Tal parece ser la perspectiva en la cual se ubicaron los redactores de los Códigos civiles evocados. Tal y como se ha reiterado en los trabajos preparatorios, así como sus primeros comentarios, se refieren constantemente no a los principios de la filosofía individualista, sino a la moral y la equidad (Rouhette, 1965). De esta manera, la libertad contractual ha oscilado entre dos tendencias: una que magnifica la voluntad individual así como sus corolarios (la libertad económica, la iniciativa privada); la segunda impone a tal voluntad un marco, con el fin de evitar que la libertad y la iniciativa individual no atenten contra los intereses que atañen a la sociedad. Estas apreciaciones son igualmente aplicables al resto de libertades fundamentales.

Referencias

- Acosta, J. (2016). La interpretación constitucional: entre legicentrismo, neoconstitucionalismo y constitucionalización. *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, volumen X, número 37, pp. 83-102.
- Arendt, H. (2017). *En el presente. Ensayos políticos*. Barcelona, Ed. Página Indómita.
- Auge, G., (1968). Le contrat et l'évolution du consensualisme chez Grotius. *Archives de philosophie du droit*, volumen 13, pp. 108-124.

- Barmann, J. (1961). *Pacta sunt servanda*, considérations sur l'histoire du contrat consensuel. *Revue de droit international et de droit comparé*, volumen 13 - n°1, pp. 18-53. DOI: <https://doi.org/10.3406/ridc.1961.12967>
- Cambacères, J.-J.-R. (1794) *rapport fait à la convention nationale au nom du comité de législation sur le deuxième projet de code civil*. Recuperado de www.juristoria.com/.../Rapport+de+Cambac%C3%A9s
- Capitant, H. (1927). *De la cause des obligations*. París, Dalloz.
- Carpano, E. (2005). *État de droit et droits européens*. París, Ed. L'Harmattan.
- Caumes, C. (2010). *L'Interprétation du contrat au regard des droits fondamentaux*. Recuperado de www.univ-avignon.fr/fileadmin/.../These_ClementineCaumes.pdf
- Cedras, J. (2003). *Liberté, égalité, contrat. Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation. Rapport de la Cour de cassation*. Recuperado de <http://www.courdecassation.fr/rapportCEDRAS/rapport03/etudes&doc/2-etude-M-Cedras.htm>
- Cortés, F. (2010). El contrato social en Hobbes: ¿absolutista o liberal? *Estudios Políticos*, Instituto de Estudios Políticos, Universidad de Antioquia, volumen 37, pp. 13-32.
- Cumyn, M. (2002). *La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité : étude historique et comparée des nullités contractuelles*. París, LGDJ.
- Chénéde, F. (2008). *Les commutations en droit privé*. París, Economica.
- Chevreau, E. Mansen, Y. & Bouglé, C. (2007). *Introduction historique au droit des obligations*. Poitiers, Litec.
- De Jouvenel, B. (1972). *Du pouvoir. Histoire naturelle de sa croissance*. París, Hachette.
- Fabre-Magnan, M. (2010). *Droit des obligations : contrat et engagement unilatéral*. París, PUF, Thémis.
- Fang, S. (1939). *Étude sur les déclarations des droits*. París, ed. Pierre Bossuet,
- Fenet, P. (1836). *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*. París, ed. Videcoq.
- Gahdoun, P.-Y. (2008). *La liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*. París, Dalloz.
- Gazzaniga, J.-L. (1992). *Introduction historique au droit des obligations*, París, PUF.
- Gazzaniga, J.-L. (1990). Domat et Pothier, le contrat à la fin de l'ancien régime, *Droits, Revue Française de Théorie Juridique*, volumen 12, pp. 37-46.
- Ghestin, J. (1981). Le juste et l'utile dans les contrats », *Archives de philosophie du droit*, volumen 26, pp. 35-45.
- Girard, P.-F. (1898). *Manuel élémentaire de droit romain*. París, ed. A. Rousseau.
- Hobbes, T.(1994). *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*. México, Fondo de Cultura Económica.

- Izorche, M.-L. (2006). La liberté contractuelle. En Frison-Roche, A. & Revêt, T. (Ed.), *Libertés et droits fondamentaux*, (pp. 677-708).
- Jahel, S. (2000). Chari'a et contrats internationaux. *Revue de l'Université Panthéon Assas Clés pour le siècle*, volumen 344, pp. 289-322.
- Lévy, J.-P. & Castaldo, A. (2002). *Histoire du droit civil*. París, Dalloz.
- Locré, P. (1828). *La législation civile, commerciale et criminelle de la France, ou commentaire et complément des codes français*. París, Treuttel et Würtz.
- Marcaggi, V. (1904). *Les origines de la Déclaration des droits de l'homme de 1789*. París, ed. A. Rousseau.
- Martin, X. (1984). Anthropologie et code Napoléon. *Bulletin de la société française d'histoire des idées et d'histoire religieuse*, volumen 1, pp. 39-62.
- Mathieu, B. (1994). Droit constitutionnel civil. *Juris-classeur administratif*, volumen 1449, pp. 18-41.
- Maurin, L. (2013). *Contrat et droits fondamentaux*. París, LGDJ.
- Montesquieu (1748). *De l'esprit des lois*.
- Mortelmans, K. (1989). Équité et droit économique. *Revue Internationale de Droit Économique*, volumen 3, pp. 7-31.
- Mousseron, J.-M. (1995). Un principe de départ : la liberté contractuelle. *Cahier de droit de l'entreprise*, volumen 2, pp. 6-29.
- Ourliac, P. & De Malafosse, J. (1969). *Histoire du droit privé*, t. 1, *Les obligations*. París, PUF.
- Pactet, P. & Mélin-Soucramanien, F. (2013). *Droit constitutionnel*, París, Sirey-Dalloz.
- Portalis, J.-E.-M. (1988). *Ecrits et discours juridiques et politiques*. Aix-en-Provence, PUAM.
- Puferndorf. (1712). *Le droit de la nature*.
- Rawls, J. (1997). *Teoría de la justicia*. México, Fondo de Cultura Económica.
- Ripert, G. (1949). *La règle morale dans les obligations civiles*. París, LGDJ.
- Robaye, R. (2000). *Une histoire du droit civil*. París, Academia Bruylant.
- Roiz, J. (2000). La Teoría Política de Eric Voegelin. *Revista de estudios políticos nueva época, centro de estudios políticos y constitucionales*, volumen 107, pp. 33-75.
- Rouhette, G. (1987). Rapport français. En Tallon, D. & Harris, D. (Ed.), *Le contrat aujourd'hui : comparaison franco-anglaise*. París, Société de Législation Comparée.
- Rouhette, G. (1965). *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat* (tesis de doctorado en Derecho). París, université de Paris, Collection Thèses françaises.
- Rouland, N. (1995). *L'État français et le pluralisme – histoire politique des institutions politiques de 476 à 1792*. París, O. Jacob,
- Rousseau, J.-J. (1762). *Du Contrat social*.

- Sautel, G. & Boulet-Sautel, M. (1959). *Verba ligant homines, taurorum cornua funes*. París, LGDJ-Dalloz.
- Savigny, K.-F. (1845). *Traité de droit romain*. París, Didot Frères.
- Smola, J. (2010). Arendt, lectora de Rousseau. *Revista Dois Pontos*, volumen 7, número 4 pp. 53-63. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/dp.v7i4.20169>
- Strauss, L. (2004). *¿Progreso o retorno?*, Barcelona, Paidós.
- Talmon, J.-L. (1966). *Les origines de la démocratie totalitaire*. París, Calmann-Lévy.
- Voegelin, E. (2014). *Las religiones políticas*. Madrid, Ed. Trotta.
- Voltaire. (1860). *Œuvres complètes* (T. XVIII). París, Edición de Ch. Laure et cie.
- Wolin, S. (2008). *Democracia S.A.: democracia dirigida y el fantasma del totalitarismo invertido*. Madrid, Katz editores.
- Zweigert, K. & Kötz, K. (2011). *Introducción al derecho comparado*. Londres-México, Oxford.

Jurisprudencia:

- Corte Constitucional Colombia, Sentencia C-660 (1996)
- Conseil Constitutionnel Francia, Décision 84-172 DC, 26 juillet 1984 Loi relative au contrôle des structures des exploitations agricoles et au statut du fermage
- Corte Constitucional alemana (BVerfG), 12 nov. 1958, BVerfGE, 8.274, 328

