



Revista de Derecho
ISSN: 0121-8697
ISSN: 2145-9355
Fundación Universidad del Norte

El *code* y el contrato: nacimiento y desarrollo de una teoría

GIRALDO BUSTAMANTE, CARLOS JULIO

El *code* y el contrato: nacimiento y desarrollo de una teoría

Revista de Derecho, núm. 51, 2019

Fundación Universidad del Norte

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=85162831007>

DOI: 10.14482/dere.51.346

El *code* y el contrato: nacimiento y desarrollo de una teoría

The Code Napoleon and the contract: birth and development of a theory

CARLOS JULIO GIRALDO BUSTAMANTE
carlgira@uniandes.edu.co
Universidad Externado de Colombia, Colombia

Resumen: El *Code Civil* de Napoleón ha influido fuertemente en las codificaciones que se hicieron después de él, y de una manera muy especial en el código civil chileno y, por tanto, en el nuestro. Este artículo aboca la fundamentación filosófica y política de dicho código, centrada en el concepto de contrato, con el propósito de explicar qué quisieron hacer los legisladores con esta noción, primordial para el derecho en general, y las consecuencias que ello tuvo.

Palabras clave: Code, contrato, liberalismo económico y político, autonomía de la voluntad, libertad.

Summary: Napoleon's Civil Code has strongly influenced the codifications that were made after him, and in a very special way in the Chilean civil code and, therefore, in ours. This article deals with the philosophical and political foundation of this code, centered on the concept of contract with the purpose of explaining what the legislators wanted to do with this notion, fundamental for the law in general, and the consequences that it had.

Keywords: Code, contract, economic and political liberalism, autonomy of the will, freedom.

INTRODUCCIÓN

En este artículo se hace un análisis del desarrollo de la noción de contrato a partir del *code*, de sus antecedentes filosóficos, políticos y económicos, de su esplendor y su decadencia. El por qué y el cómo se llegó a la noción del contrato del *code* explican y acercan de una manera muy concreta a la realidad contractual conocida de todos, y a entender, entre otras cosas, que esa concepción supuso también un paso adelante en la evolución jurídica de dicha noción, dándole unos contornos que en muchos aspectos perviven en la realidad jurídica actual.

Esta evolución muestra que el contrato es una realidad histórica. Si algo ha acompañado al contrato en todo su devenir es que ha sido el producto de un momento y de unas circunstancias determinantes y determinadas que lo forjan. El contrato no es inmutable; es cambiante y se adapta a los cambios sociales y económicos y a las distintas formas de Estado con las que ha convivido.

Al acercarse a la noción "clásica" de contrato, la del *code*, este artículo se pregunta por sus antecedentes filosóficos y políticos. ¿Cómo ignorar que el contrato terminó por convertirse en el dueño casi absoluto del derecho

Revista de Derecho, núm. 51, 2019

Fundación Universidad del Norte

Recepción: 06 Junio 2018

Aprobación: 13 Noviembre 2018

DOI: 10.14482/dere.51.346

CC BY

patrimonial?, ¿cómo no tener en cuenta la noción de autonomía de la voluntad o autonomía privada y sus transformaciones sociales y políticas, que han generado crisis en la noción y la evolución de la misma? A estos y otros interrogantes relacionados con el tema se buscará dar respuesta en este escrito. No son temas absolutamente novedosos en la teoría general del contrato, pero de su estudio siempre pueden resultar nuevas luces y aspectos problemáticos para los estudiosos del derecho.

El contrato vive, ha sido y seguirá siendo el instrumento mediante el cual las personas logran relacionarse con el mundo económico, con su entorno familiar, profesional y social. Es posiblemente la institución jurídica más familiar para cualquier persona, y admitiendo las crisis por las que ha pasado, en vez de perder terreno, lo ha ganado. La sociedad inventa cada vez nuevos instrumentos jurídicos que bajo la condición de contrato van a la par de la evolución de la misma sociedad y muy especialmente del mundo de los negocios.

1. ANTECEDENTES DEL NACIMIENTO DE LA TEORÍA DE LA AUTONOMÍA PRIVADA. EL LIBERALISMO

La autonomía privada en materia contractual no nació de la nada (Romano, 1959). Su historia, como la historia del contrato, es milenaria, pero interesa sobre todo su concreción en el *code*, como uno de los productos jurídicos más importantes del liberalismo político y económico en boga desde mucho antes de su expedición, que rompió con el derecho del Medioevo (Grossi, 1995)¹. En esas condiciones histórico-políticas nació el contrato que heredamos en nuestro ordenamiento, con una estructura y unos componentes muy determinados y característicos.

Con el propósito de comprender mejor la noción de contrato del *code* y sus postulados básicos, se tratará inicialmente del liberalismo político y económico. Ahora bien, como suele suceder con las teorías jurídicas, varios siglos de evolución del pensamiento filosófico, jurídico y teológico se necesitaron para dar apertura a la teoría de la autonomía privada con los contornos que se le asignaron en la nueva codificación.

A pesar de que las ideas liberales llegaron a su máximo esplendor en el período comprendido entre los siglos XVIII y XIX, se pueden encontrar antecedentes en el humanismo del Renacimiento². Todo se inicia con el redescubrimiento del ser racional del hombre, que lo identifica esencialmente y que lo convierte en señor, dueño y artífice de su propio destino en todos los campos, dándose un giro importante y definitivo al sistema del pensamiento (Wieacker, 1957)³.

A consecuencia de lo anterior, ideas tan importantes como la dignidad humana, o la consideración del hombre como lo fundamental en el universo, dan cuenta de la gran importancia que asumió el individuo, de la que antes carecía (Solari, 1950)⁴. Pero lo verdaderamente importante fueron las consecuencias que esta nueva posición del hombre tuvo en sus relaciones con otras fuentes de conocimiento o de reglamentación de su conducta y en las relaciones de todo tipo con los demás.

Esa renovada confianza en la racionalidad del individuo fue la herramienta clave para desafiar todo tipo de autoridad que pretendiera ponerse a sí misma como regla absoluta (Pájaro, 2005). Y en función de la defensa de esa libertad nació el liberalismo, y esa libertad fue la que se plasmó en el contrato como ejercicio de la autonomía de la voluntad, creadora de la relación contractual. Todo se explicó y fundamentó en razón de esa libertad consecuencia de la racionalidad humana.

En los siglos XVII y XVIII bajo la influencia de Grotius (Guzmán Brito, 2005, 89)⁵, quien separó plenamente el derecho de la teología moral, con lo que laicizó el derecho natural y mientras que la teología se dirigía al creyente, el derecho natural se dirigía al hombre y se fundamentaba en la sociabilidad. Esto supuso un avance más en la concepción del hombre como centro del universo que de alguna manera fue lo que tradujo jurídicamente el *code*, especialmente en la noción de contrato (Ripert y Boulanger, SF1957), bajo el racionalismo de Descartes (Dauler Wilson, 1990)⁶, y en la concepción de los derechos individuales que la ley debe proteger de Locke⁷, se expandió la idea de un derecho impuesto por la naturaleza de las cosas y que el hombre podía descubrir por la luz de la razón. Se tenía, entonces, una gran confianza en la capacidad del hombre de manejar racionalmente su propio entorno.

La persona en esa aproximación al conocimiento de la naturaleza de las cosas era la única que racionalmente podía determinar qué consideraba justo o injusto para ella con independencia de fuerzas o poderes ajenos a su entendimiento, a su capacidad de razonar. Por tanto, la justicia se daba naturalmente en un contrato cuyo principio fundamental era el de la autonomía de la voluntad o autonomía privada, cuya base fue la misma racionalidad del ser humano. Se postuló entonces una filosofía política y jurídica voluntarista, subjetivista y pactista (Sanz, 1978). Y ese voluntarismo y subjetivismo propio de esta concepción irradiaron por completo a las nascentes concepciones del contrato y de la justicia que debía existir en esta categoría jurídica renovada y desvinculada de lo que hasta allí se tenía por cierto: la justicia existía o debía existir en el contrato porque se trataba de una relación entre seres racionales, por tanto, entre iguales.

La última piedra de esta construcción filosófica es obra de Kant. Cuando se planteó la pregunta ¿por qué debo cumplir mi promesa en un contrato?, su respuesta fue absolutamente sencilla: porque debo, y todo el mundo lo comprende perfectamente (Kant, 1968). Hay que afirmar que se confió demasiado en la moral kantiana en la aplicación del *code*. Optar por ella implicaba, en últimas, que cada sujeto renunciara de manera autónoma a sus propios móviles individuales y escogiera, en cambio, obrar de acuerdo con imperativos de carácter universal (Kant, 1999, a)⁸. Incluso, la misma definición que utilizó el filósofo sobre el derecho da razón de ello: "el Derecho, es pues, el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio del uno puede conciliarse con el arbitrio del otro, según una ley universal de libertad" (Kant, 1997, p. 46, a). Nuevamente aparece la confianza en la racionalidad humana como el mejor arbitrador de recursos y necesidades propias y comunes.

Es la aplicación de su imperativo categórico: "obra sólo según la máxima a través de la cual puedas querer al mismo tiempo que se convierta en ley universal" (Kant, 1968, p. 173, b). Y aun en otra de sus formulaciones: "obra de tal modo que uses a la humanidad tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro siempre a la vez como fin y nunca como medio" (Kant, 1968, p. 189, c). "Sé honesto (*honeste vive*). La honestidad jurídica (*honestas jurídica*) consiste en afirmar nuestro propio valor como hombre en nuestras relaciones con los demás, obligación que se formula con la siguiente proposición: no te conviertas en medio para los demás, sino sé para ellos a la vez fin. En lo que sigue, esta obligación será explicada como vinculatoriedad derivada del Derecho de la humanidad en nuestra propia persona (*Lex iusti*)" (Kant, 1997, pp. 95 y 96, b).

Una aplicación actual de este mismo principio kantiano lo hace Fried, para quien un individuo está moralmente obligado a mantener su promesa dentro de un contrato porque ha invocado intencionalmente una convención cuya función es dar fundamentos morales para que otro tenga la expectativa de que será cumplida, y

quien reniega de ella, abusa de la confianza que libre e intencionalmente invitó a depositar. Abusar de esta confianza es como (pero sólo *como*) mentir: es aprovecharse de una institución social compartida que tiene por objeto apelar a los lazos de confianza. Tanto el mentiroso como el que rompe una promesa están usando a otro. (Fried, 1996, p. 30)

Kant murió en 1804, cuando los principios del iusnaturalismo ya habían triunfado en el terreno político, llevando a cabo una obra renovadora en el derecho, la sociedad y el Estado. Se cierra el ciclo con la expedición del *code*, que dio paso en buena parte al positivismo jurídico⁹. Además, Se cierra con él un ciclo de pensamiento jurídico, político y filosófico nacido de la disolución de la unidad de pensamiento del Medioevo y que se había venido formando con las grandes experiencias religiosas, científicas y filosóficas en las que se había formado la cultura y la sociedad moderna (Fassó, 1982).

El descubrimiento entonces de la racionalidad humana le da un empoderamiento al hombre del que antes no era consciente. Y esto tiene consecuencias importantes en la filosofía, la política y en el campo jurídico, especialmente en la teoría general del contrato. Así como el mundo filosófico y político gira en torno al hombre, el mundo jurídico, y especialmente el contrato, gira en torno del hombre, de su autonomía y de su libertad. El contrato es hecho a la medida del hombre. Todos los contratos entre iguales, todos racionales, todos libres, por tanto, todos justos, parece ser la consigna de la época.

2. LA LLEGADA DEL LIBERALISMO PROPIAMENTE DICHO

2.1 El liberalismo político y económico

¿Por qué surgió el liberalismo? El liberalismo surgió como un rechazo a la autoridad del Estado sobre el individuo en la determinación de su

propia vida económica (Merquior, 1991; Böckenforde, 2000). El punto de partida es el individuo, centro del universo y dueño de su propia suerte. Ese *individuo* pensante da origen a todo conocimiento humano y fundamenta en sí mismo toda ciencia, y además es el protagonista de los desarrollos del pensamiento político liberal.

El supuesto base y fundamental es la racionalidad del hombre. Se considera que los hombres son igualmente racionales en la medida en que son capaces de determinar el modo de alcanzar los fines que persigan (Hoyos, 2003). ¿Y quién mejor que el individuo para hacer dicha determinación? considerado en su singularidad abstracta (Burdeau, 1983), él es el único que tiene conocimiento directo e inmediato de los fines que persigue, qué son sus intereses, y por ello, solamente él puede ejercer razonablemente los medios por los cuales podrá satisfacer sus necesidades. Son los medios que él considera adecuados y justos para la satisfacción de sus requerimientos.

Por ello, la libertad liberal no tiene ningún contenido sustancial, sino que es una especie de "no injerencia" o, utilizando la expresión de Norberto Bobbio, de "no opresión" (*libertad negativa*), ya que es el individuo libre a quien compete la determinación de tales contenidos y no a un tercero o a una ley o principio de derecho natural que los trascienda a ambos (Bobbio, 1991) (Bobbio, 1992). Este es el fundamento filosófico de la teoría general del contrato vertida en el *code*.

El contrato será el camino para que el hombre como ser racional y libre logre la satisfacción de sus necesidades, y esa es la garantía del contrato, y ese ejercicio de racionalidad además no podrá ser injusto, porque iría contra la racionalidad humana. Por tanto, se parte de una noción formal de justicia que nace de un supuesto. El supuesto es que el contrato es una relación racional entre dos personas igualmente racionales y, por tanto, iguales en el sentido de tener los mismos atributos y facultades. Esta es una igualdad también formal.

Pero el individuo no es un ser aislado (Bobbio, 1993). Por el contrario, este se encuentra en sociedad y ante una situación de disponibilidad limitada de recursos para atender sus intereses. Y es precisamente la ordenación y regulación de las relaciones que surjan en ese ámbito entre los individuos¹⁰ el motivo principal que busca resolver el liberalismo (Bedeschi, 1990) a través de la fórmula de contrato que quedó prevista en el *code*. El problema es que en ejercicio de su libertad, cada sujeto se tendrá a sí mismo legitimado para apropiarse de la porción de su entorno que considere adecuada para alcanzar sus fines, y en no pocas ocasiones encontrará que otros individuos por fuera de sí habrán puesto ya su voluntad o su acción sobre tales bienes. En conclusión, un problema de justicia en la repartición de los bienes, de bienes escasos.

Con el fin de evitar o poner término a las diversas controversias y disputas que esta situación (*estado de naturaleza*) genera entre los individuos, entra a jugar un papel fundamental el concepto de derecho subjetivo, y en especial el derecho de *propiedad*¹¹, pues donde no hay propiedad no hay injusticia, porque la justicia es la voluntad de dar a cada hombre lo suyo (Hobbes, 1989, a), y lo suyo es lo de él, lo propio. En

este sentido, los derechos vienen a cumplir una función de distribución de bienes escasos para que el individuo disponga de ellos a voluntad y obtenga con ello su mayor satisfacción personal. El derecho subjetivo pone "lo propio" como marco infranqueable de la actividad del individuo (Hobbes, 1989, b), da certeza en cuanto al objeto de esta última y reduce convenientemente las posibilidades de contiendas sobre el legítimo uso y goce del mundo exterior, confiando en el cumplimiento de los pactos-contratos que se realizan con ese fin. Así, en palabras de Hobbes (1989, c), la injusticia no es más que el incumplimiento de esos convenios, por tanto, se requiere de un poder civil capaz de obligar a los hombres a cumplir con esos pactos o convenios, y ese poder civil es el Estado¹².

Se mencionó también en la introducción que la forma del Estado con la que convive el contrato es muy importante para determinar la estructura del mismo. Pues bien, la gran creación del liberalismo político fue el Estado de Derecho¹³, en que la ley aparece como el instrumento idóneo para disponer de una determinada forma de sociedad y también de Estado y lo importante en esta modalidad es el control que se ejerce mediante ella al mismo Estado para limitarlo, mediante mecanismos como la división de poderes y el control constitucional (Uprimny, 1997). Y por tanto, el contrato como manifestación del empoderamiento que se ha hecho del individuo es casi indemne a la acción del Estado, y se convierte prácticamente en un ente autónomo librado a su suerte y solamente interviene el Estado ante graves casos de desconocimiento de las pocas normas imperativas que rigen su funcionamiento. Un contrato que se creía "perfecto" como creación e institución jurídica, a la par de la ley y por "encima" del Estado.

En este sentido, tanto desde el punto de vista de la perspectiva del derecho como desde el punto de vista de la perspectiva de su aplicación el movimiento codificador, cuyo culmen fue el *code*, representó un paso importante en la consolidación de las tendencias hacia la autonomía de lo jurídico, dando lugar a un modelo jurídico racional - formal. La abstracción y generalidad de las normas jurídicas garantizaba tanto la igualdad formal de los ciudadanos como sujetos de derecho y aseguraba la neutralidad del Estado frente a la arbitrariedad de las relaciones de poder no sujetas al principio de legalidad del mismo Estado. Este ideal se lograba sometiendo las decisiones de los jueces únicamente al imperio de la ley, pues así como en el antiguo régimen los jueces hablaban por boca del monarca, ahora han pasado a ser portavoces de la ley, emanación del pueblo, que ahora es el soberano absoluto (De Vargas Muñoz, 2003).

Recapitulando. El *code* fue el resultado, entonces, del racionalismo europeo¹⁴, en su triple dimensión, como derecho natural racional¹⁵, como edificador del Estado moderno y edificador de la nación y como racionalismo burgués (Lasarte Álvarez, 1990), lo que desembocó en un positivismo (Grossi, 2003), cada vez más alejado del valor justicia como realidad material, considerando a la justicia como un valor inherente a la libertad personal, a la autodeterminación y a la racionalidad del contratante. De esta forma, los legisladores ilustrados presentaron a sus súbditos de forma más inteligible el conjunto de derechos y obligaciones

a los que quedaban sujetos como miembros de la sociedad política (Zimmermann, 2000).

2.2 La codificación y su fundamentación propiamente dichas

La importancia que tuvo el *code* fue manifiesta. Lo primero que resalta es su vinculación con una ideología netamente liberal¹⁶, como quedó demostrado en el acápite anterior, ya que es la afirmación del individuo frente al Estado sin cuerpos intermedios (Alterini, 2008); su reconocimiento como uno de los productos más importantes de la sociedad moderna (Ortiz Caballero, 1996)¹⁷, al punto que el derecho constitucional tenía una importancia secundaria, ya que en el *code* se contenía lo fundamental: propiedad privada, la autonomía negocial y la igualdad formal de los ciudadanos y, además, fue tenido, de hecho, como un texto constitucional (Hesse, 1995); su relación con el desarrollo del capitalismo¹⁸; y su reconocimiento como eje del movimiento codificador de la época (Gómez Arboleya, 1951). Estos son algunos elementos que resaltan la trascendencia del *code* en la historia.

Esta relación del *code* con el liberalismo tuvo unas importantes consecuencias para el derecho, y en especial nuestro tema, el contrato: este depende completamente de un modelo irreal de formación en el cual todas las transacciones son negociadas por partes ilusorias, totalmente informadas y con el mismo poder de negociación, capaces de proteger sus propios intereses y de arribar a acuerdos mutuamente beneficiosos que maximizarán las utilidades para ambas.

El derecho es creado por el legislador en su totalidad; con lo que se le dio una primacía casi absoluta a la ley sobre las otras fuentes del derecho y del contrato, que marcó buena parte del desarrollo del derecho privado en el siglo XIX, y, por tanto, las respuestas dadas por el código, en principio, eran suficientes para resolver cualquier conflicto que se presentara, y el juez no debería agregar nada a lo dicho en la ley¹⁹. Esta concepción desembocó en un concepto formal de justicia privada contractual fundamentada en las conceptualizaciones realizadas por el código (Ross, 1994), ya que el sentido de la justicia y de la equidad era el dado y determinado por el legislador desvinculadas en la mayoría de los casos de la realidad, y especialmente del desenvolvimiento histórico, político y social posterior a la expedición de dicho estatuto, a los que se les tenía mucha desconfianza²⁰.

Se adoptó igualmente una estructura típica y específica del derecho a la "norma", de manera que se definía un supuesto o hipótesis fáctica a la que se le imputaban ciertas consecuencias o efectos jurídicos y los principios eran aquellos implícitos en las normas positivas, y en consecuencia, no entraban en conflicto con las mismas. Con lo que los principios generales del derecho quedaron petrificados y parcialmente olvidados y su desarrollo y estructuración costaron años en una lenta labor de redescubrimiento.

También se dejó un reducido campo para otras fuentes del derecho y otras fuentes del contrato, diferentes a la ley; y de esta forma se relegaron fuentes tan importantes y de tanta riqueza como la costumbre, los usos, los mismos principios generales, la equidad y la buena fe, quedando el contrato aprisionado por el asfixiante peso de la ley y produciéndose además una distorsión cada vez más grande entre la manera establecida en el *code* para el contrato con la manera como en la realidad se estaba dando el proceso de contratación. Una contratación que se había previsto para un proceso de contratación igualitaria, esto es, partiendo de la igualdad de los contratantes, pero que en la práctica no se daba, puso de manifiesto rápidamente que la normatividad se había quedado corta y era insuficiente para dar respuesta a los problemas que el nuevo tipo de contratación en masa, con contratos predispuestos, sin posibilidades de negociación presentaba (Mosset Iturraspe, 1978).

De esta forma quedó armado el contrato con todas las piezas que tuvieron un fundamento filosófico y político. En seguida se verá como operaba ese rompecabezas armado en el *code*.

2.3 La teoría clásica del derecho contractual, hija del liberalismo económico y político

El rompecabezas del contrato moderno del *code* estaba armado. Este es el ambiente liberal en el que campea la autonomía privada²¹, de donde nace la noción de contrato del *code*, propia de esa época de las codificaciones²², que comporta una serie de connotaciones políticas²³, sociales y económicas que trascienden las estrictamente jurídicas (Vargas Muñoz, 2003).

El contrato de derecho privado se muestra así como una de las categorías jurídicas reinantes de la filosofía liberal, en cuanto que era la afirmación del valor de la autonomía de la voluntad la que lo creaba y le daba vida, limitando la actividad del Estado en un campo tan importante como el de la contratación económica (Niort, 1992). La injerencia de lo público en el contrato quedó reducida a unas pocas prohibiciones que bajo el nombre de orden público (Hinestrosa, 2007) y buenas costumbres estableció el mismo legislador, quedando claramente delimitados el campo de lo privado y de lo público, como dos mundos aparte, división típica de la ideología liberal, quedando de esta manera confinados tanto el contrato como la justicia al libre juego de los intereses de las partes. Lo consentido es lo adecuado, lo legal, lo paritario.

El contrato se convirtió en la explicación de casi todas las relaciones de derecho. Desde el pacto inicial fundante de la sociedad²⁴ hasta de la satisfacción de la necesidad más básica de cualquier persona. El Derecho se convirtió en un derecho pactista y contractualista²⁵, con lo que derechos tan caros para el liberalismo como el de la libertad individual quedaron a salvo y protegidos por una legislación afín con la protección de los derechos subjetivos, en los que encontraba su razón de ser (Colin y Capitant, 1960).

El contrato, por ser la expresión de la libertad y de la autonomía individual y con el supuesto de la igualdad de todos ante la ley, fue la categoría perfecta de justicia privada contractual. Necesariamente, el contrato se convirtió en una categoría de justicia. El libre mercado, la libre competencia eran suficientes garantías de la justicia contractual y de la justicia en la sociedad:

El contrato, como instrumento al servicio de la propiedad, a fin de hacerla circular y de extraer beneficios de la misma, mediante el ejercicio de la libertad contractual. Nadie mejor que uno mismo para cuidar de sus propios intereses. El Derecho solo cuida de que el acuerdo sea libre, sin intervención, y vigila su contenido, que necesariamente ha de considerarse "justo". (Llamas Pombo, 2009, p. 68, a)

3. LA SOCIEDAD EN LA QUE NACIÓ EL CODE

Ahora situémonos en el contorno histórico de la sociedad en la que nació el *code*. Es una sociedad moderna, que supuso en Francia una evolución y un cambio importante respecto de la sociedad feudal y la monarquía absoluta. En cuanto al régimen feudal, su derecho, que por su puesto era también un derecho feudal, se caracterizaba por el particularismo jurídico, por la pluralidad de regímenes jurídicos según la pertenencia a una determinada clase o casta social, por la vinculación de la propiedad de la tierra y la pluralidad de jurisdicciones (De Vargas Muñoz, p. 765)²⁶. Ese paso a la modernidad supuso en Francia en el campo jurídico unos cambios importantes que terminaron por moldear las instituciones jurídicas del *code*.

Vale la pena también mencionar algunos elementos de la conformación poblacional en la Francia de esa época que explican y también justifican el contenido del *code*. Cuando se expidió el código de Napoleón, a inicios del siglo XIX, la población del país no estaba tan concentrada en las ciudades, fenómeno este que ocurrió mucho después de su expedición, y se regulaba, por tanto, una realidad económica principalmente agrícola, poco industrializada, poco especializada y desarrollada, de lo que el *code* está lleno de reglamentaciones y ejemplos de todo estilo.

Fenómenos que produjeron en Francia y en el mundo grandes transformaciones sociales, económicas, políticas y filosóficas como el de la masificación, el crecimiento acelerado de la población en toda Europa, la concentración en los centros urbanos, los procesos de industrialización, fueron desconocidos para los redactores del *code* que vivieron en una sociedad que no fue la sociedad en la que maduraron las instituciones jurídicas por ellos previstas²⁷.

En una sociedad como la que se ha descrito, el ciudadano común no era mucha la ayuda que esperaba del recién nacido Estado de Derecho, ni de las entidades paraestatales que empezaban a proliferar: ese ciudadano se procuraba por sí solo, y de una forma un poco rudimentariamente, la satisfacción de sus principales y más esenciales necesidades de subsistencia (Santos Briz, 1979), en relaciones directas, la mayoría de ellas en pie de igualdad, con las personas que ordinariamente tenía en su entorno, y así, el contrato era un contrato discutido y acordado libremente

partiendo también de una cierta igualdad en lo económico. Por eso, esas características del contrato liberal, vistas en los apartados anteriores, tienen también su justificación en el modo de vida imperante en la época de su expedición, en el tipo de sociedad a la que inicialmente se dirigió, como ocurre con cualquier tipo de norma.

Para hacer justicia con los redactores del código civil francés, estos redactores no pudieron reflexionar sobre condiciones inexistentes en su momento, con las que no convivieron y que difícilmente podían prever, provocadas después por varios factores fundamentales, de una parte, el desarrollo industrial, el aumento casi inimaginable de la población (Vallespinos, 2010), la concentración de la población en los centros urbanos y el gran progreso de la tecnología, que creó unas necesidades, unos riesgos y unos retos a la normatividad vigente para lo que no se encontraba preparada. Pero el caso es que se produjeron y tuvieron sobre el contrato unas dramáticas consecuencias.

Se empezó entonces a producir una marcada diferencia entre lo previsto por las normas en materia contractual y la realidad, y ese doble juego, esa tensión entre la teoría y la práctica del contrato, terminó por convertir el contrato en el reino de la arbitrariedad. Porque mientras el *code* se preocupó casi meticulosamente de la reglamentación del consentimiento, de la expresión de ese consentimiento, de los errores en que las partes podían incurrir, de la causa del contrato, en la práctica el contrato se rigió por las leyes del mercado de una sociedad que evolucionaba rápidamente en el esquema capitalista, preocupada por la ganancia y la utilidad, la eficiencia, la contratación masiva. La preocupación estaba centrada en realidad en la defensa de los intereses de la parte fuerte en la relación.

Y dentro de esta lógica, la pregunta fundamental ya no es si es justo lo pactado, sino, si fue libremente consentido, y se entendía que toda obligación no consentida, toda intervención de los poderes públicos para modificar lo que los individuos habían pactado libremente, era una injusticia, una violación de la libertad individual y del Derecho natural.

El contrato dejó de ser lo que los redactores del *code* quisieron que fuera porque en la realidad nunca fue eso. Aunque la filosofía que había dado origen a la institución contractual recogida en el *code* seguía vigente, y por tanto, al menos en teoría, la igualdad fundada en la racionalidad y en la igualdad en cuanto a la libertad que las partes tenían al contratar seguía vigente también, esa igualdad no se tradujo en una igualdad real y material, lo cual produjo que la manera como se desarrollaba la relación contractual fuera alejándose cada vez más de la manera como se había estipulado legalmente, quedando relegada la justicia a una fórmula sin contenido efectivo dentro del contrato. La justicia en la práctica dejó de ser un tema contractual y el equilibrio contractual quedó relegado a unos pocos y aislados casos previstos por la ley. En la práctica, en la realidad, ni igualdad, ni proporcionalidad ni equivalencia en la posición de quienes contrataban.

Como el alma del contrato del *code* fue la autonomía privada²⁸, se creía que quien decía contractual decía justo, porque lo realmente importante no era la justicia objetiva sino la justicia formal, proveniente de la libre

negociación que las partes hacían del contrato y porqué se pensaba que la igualdad jurídica entre las partes era suficiente para garantizar la justicia del acuerdo celebrado (BIGLIAZZI, BRECCIA, BUSNELLI, NATOLI, 1992, a), por ello el contrato era una ley para las partes²⁹, pues era una época en que reinaban los derechos subjetivos. Lo libremente acordado se consideraba justo³⁰, y además, no revisable (LORENZETTI, 2004, b). Eran por tanto los contratantes quienes soberanamente podían decidir con quién, sobre qué cosa, con qué forma y con cuáles reglas se debían disciplinar los negocios jurídicos (Bigliazzi, Lina, Breccia umberto, Busnelli, Francesco, Natoli, Ugo, 1992, b).

Desde el punto de vista de aplicación de la regla del derecho privado, son justas entonces, la interpretación y la ejecución que más se acerquen al alma del contrato, como expresión de una voluntad privada legisladora³¹. El contrato tiene fuerza de ley entre las partes: proclama el *Code Napoléon*, porque *pacta sunt servanda*³². En esta "justedad" estaría la única justicia relevante en el derecho privado, y allí residiría también la verdad jurídica, la única posible según las conocidas teorizaciones de una ciencia jurídica pura, conforme a la racionalidad moderna, es decir, un derecho capaz de autoreproducirse y de reducir la complejidad característica de la sociedad contemporánea (Breccia, Busnelli, 2001).

Pero hay que tener en cuenta que para los redactores del *code* la justicia privada contractual tenía una gran importancia, y ya alguno de sus autores sostenía que las normas del *code* serían mal concebidas si no se entendieran como reglas elementales de justicia (Bigot-Préameneu, 1838), con lo cual se iba mucho más allá de la simple justicia formal, y además que el proyecto del código civil era un verdadero código de moral, perfeccionado por la experiencia de siglos³³, y que la libertad contractual estaba subordinada al orden público, a las buenas costumbres, a la justicia y a la utilidad pública (Cappellini, 2004). Pero los intérpretes de dicho código en el siglo XIX hicieron perder la fuerza de dicha institución, relegándola a unas situaciones límites, tales como el fenómeno de la lesión, y acogieron lo que algunos llamaron una lectura estrecha de dicha institución (Ghestin, 1980), o justicia formal.

CONCLUSIONES

Es difícil discutir que en las sociedades de cultura jurídica del *Civil Law*, el Código de Napoleón y la Declaración francesa de los derechos del hombre de 1789 señalan el término de una larga evolución en el orden jurídico, el coronamiento de una construcción jurídica, no desprovista, por otra parte, de grandeza y fuerza como pocas otras, que han influido enormemente en distintos campos del saber humano, por supuesto que en el jurídico, el filosófico, el político, el sociológico. Todos ellos tuvieron cierto tinte de refundación a partir de esas dos instituciones.

Los autores del Código de Napoleón, y también, preciso es decirlo, la gran mayoría de los juristas de la primera mitad del siglo XIX, salvo la escuela de Savigny, estimaban que había allí un sistema de derecho

definitivo, que se imponía con el rigor y la evidencia de un sistema de geometría, y así como la geometría moderna descansa todavía sobre los principios formulados por Euclides, del mismo modo en todos los tiempos, en todos los países, el derecho de todos los pueblos civilizados no podía ser más que el desenvolvimiento normal y racional de los principios inmortales y definitivos formulados en estos textos (Duguit, 1975). De esta forma, el contrato, en cierto sentido, era considerado superior a la ley, ya que ni la misma ley podía quebrantarlo o modificarlo (Ripert, 1946). Estas afirmaciones son un mito que desde hace mucho tiempo desaparecieron del concierto jurídico (Martínez de Aguirre, 1994), en consideración a que el derecho de la contratación tiene una estrecha dependencia de las circunstancias económicas y sociales y de los planteamientos ideológicos vigentes en un momento y en un lugar determinados.

Ahora bien, la dimensión política de la autonomía de la voluntad traduce el sueño de una sociedad individualista cuyo centro residiría en cada persona y cuya finalidad última sería la plena realización de la personalidad de cada cual, e implica la afirmación metafísica de que el hombre es un ser libre, capaz de vincularse a sí mismo, pero solo por un acto soberano de su voluntad, ya que las leyes no se consideran venidas desde arriba, sino desde abajo, la voluntad humana. Así, nadie puede quedar obligado sin haberlo querido, de lo que se deriva que todo pacto querido libremente es justo, y la lesión objetiva no ha pasado de ser un mal negocio.

En conclusión, los postulados básicos sobre los que se cimentó esa noción de contrato fueron: un presupuesto netamente económico de una economía liberal fundamentada en el lema *laissez faire* y en la idea de que las leyes de mercado y el egoísmo individual actuando en el propio interés son los mejores motores de la felicidad y de la prosperidad de las naciones (se consideraba que dejando hacer se obtenía el mejor resultado económico); el segundo supuesto es la igualdad jurídica que tienen las partes que concurren a la celebración de un contrato, estamos frente a un arreglo entre iguales y el tercero es una época que rinde culto a la preponderancia de la libertad, por ello para el liberalismo el fin principal es la expansión de la personalidad individual. Así, el trípode de derechos eternos e inmutables eran la libertad, la propiedad y la igualdad.

REFERENCIAS

- Atiyah, P. (1979). *The rise and fall of freedom of contract*. Oxford: Clarendon Press.
- Alterini, A. (2008). *Los pilares del contrato moderno*. Buenos Aires: La Ley.
- Bedeschi, G. (1990). *Storia del pensiero liberale*. Roma: Laterza.
- Betti, E. (1972). *Teoría general del negocio jurídico*. Trad. de A. Martín Pérez. Granada: Comares.
- Bianca, M. (1970). *Derecho civil, t. III. el contrato*. Trad. de José Luis de los Mozoz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.

- Bigliazzi, L, Breccia, U. Busnelli, F. Natoli, U. (1992). *Derecho civil*, t. I, v. II. *Hechos y actos jurídicos*. Trad. de Fernando Hinestrosa. Bogotá, D.C.: Editorial Universidad Externado de Colombia.
- Bigot - Préameneu (1838). *Exposición de motivos del título III, libro III del código civil*, 3838. París: Editorial Firmit didot freres.
- Bobbio, N. (1962). Giusnaturalismo y Positivismo giuridico. *Revista de Diritto Civile*, VIII, 1962, 503.
- Bobbio, N. (1991). Kant y las dos libertades. En *Estudios de historia de la filosofía*. Madrid: Debate.
- Bobbio, N. (1982). *Teoría general del Derecho*. Bogotá, D.C.: Temis.
- Bobbio, N. (1993). *Liberalismo y democracia*. Bogotá, D.C.: Fondo de Cultura Económica.
- Bobbio, N. Matteucci, N. y Pasquino, G. (1998). *Liberalismo. Diccionario de política*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Böckenförde, E.W. (2000). *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*. Trad. de Rafael Agapito Serrano. Madrid: Trotta.
- Breccia, U. (2001). *Che cosa è 'giusto' nella prospettiva del diritto privato? Un'introduzione*, y Busnelli, F.D. *Che cosa è 'giusto' nella prospettiva del diritto privato?* los dos en el fascículo *Interrogativi sul diritto 'giusto'*. Pisa.
- Burdeau, G. (1983). *El liberalismo político*. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires.
- Campos Fillol, A. (2005). El código de napoleón: origen y proyección. En *La Codificación: Raíces y prospectiva, ¿qué derecho, qué código, que enseñanzas?* Buenos Aires: El Derecho.
- Cappellini, P. (2004). *Códigos. En el estado moderno en Europa. Instituciones y derecho*. Trad. de Manuel Martínez Neira. Madrid: Edición de Mauricio Fioravanti.
- Carbonier, J. (1960). *Derecho civil*, t. II, vol. II. Trad. de Manuel M. Zorrilla. Barcelona: Bosch.
- Claro Solar, L. (1988). *Explicaciones del derecho civil chileno y comparado*, V.V. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile y Editorial Temis.
- Colin, A. Capitant, H. (1960). *Curso elemental de derecho civil*, t. III., Trad. de la redacción de la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. Madrid.
- Dauler. W. M. (1990). *Descartes*. Trad. de José Antonio Robles. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- De Castro y Bravo, F. (1985). *El negocio jurídico*. Madrid: Civitas.
- De Vargas Muñoz, J. (2003). La codificación civil: breve referencia a sus bases socioeconómicas y filosófico jurídicas. En *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez Picazo*, t I. Madrid: Thomson - Civitas.
- Descartes, R. (1990). *Discurso del método*. Madrid: Alianza.
- Díez Picazo, L. (1996). *Fundamentos de derecho civil patrimonial. Introducción a la teoría del contrato*. Madrid: Civitas .
- Duguit, L. (1975). *Las transformaciones del derecho público y privado*. Buenos Aires: Heriasta.
- Fassó, G. (1982). *Historia de la filosofía del derecho, La edad moderna*. Madrid: Pirámide.

- Ferrajoli, L. (2005). *Pasado y futuro del estado de derecho*. En, Neoconstitucionalismo (s). Edición de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta .
- Ferri, L. (2004). *Lecciones sobre el contrato*. Trad. de Nélvor Carreteros. Lima: Editorial Jurídica Grijley.
- Fried, Ch. (1996). *La obligación contractual. El contrato como promesa*. Trad. de Pablo Ruiz Tagle. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Galgano, F. (1992). *El negocio jurídico*. Trad. de Francisco de P. Blasco y Lorenzo Prats. Madrid: Tirant lo Blanch.
- Gazzoni, F. (1970). *Equità e autonomia privata*. Milano: Editorial Giuffré.
- Gény, F. (2000). *Métodos de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*. Granada: Comares .
- Ghestin, J. (1980). *Traité de droit civil. Les obligations. Le contrat*. París: Editorial L.G.D.J.
- Gómez, Arboleya, E. (1951). El racionalismo jurídico y los códigos europeos. *Revista de Estudios Políticos*, XL, 35.
- Gorla, G. (1959). *El contrato* t. I. Trad. de Fernandis Vilella. Barcelona: Bosch .
- Grossi, P (1995). *En busca del orden jurídico medieval*. En *De la Ilustración al liberalismo - simposium en honor al profesor Paolo Grossi*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Grossi, P. (2003). *Mitología jurídica de la modernidad*. Trad. de Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta .
- Guzmán Brito, A. (2005). *Acto, negocio, contrato y causa en la tradición del derecho europeo e iberoamericano*. Navarra: Thomson.
- Hesse, K. (1995). *Derecho constitucional y derecho privado*. Trad. de I. Gutiérrez. Madrid: Civitas .
- Hinestrosa, F. (2007). *Tratado de las obligaciones*. Bogotá, D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Hobbes, T. (1989). *Leviatán*. Madrid: Alianza .
- Hoyos, L.E. (2003). *Lecciones de Filosofía. La filosofía práctica de Immanuel Kant*. Bogotá, D.C.: Universidad Externado de Colombia .
- Kant, I. (1968). *Principios de metafísica de la doctrina del derecho*. Trad. de Arnaldo Córdova. México: Dirección General de Publicaciones.
- Kant, i. (1997). *Introducción a la teoría del derecho*. Trad. de Felipe González Vicen. Madrid: Editorial Marcial Pons.
- Kant, I. (1999). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Barcelona: Alianza.
- Kemelmajer de Carlucci, A. (2005). Codificación y constitucionalización del derecho civil. En *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello*, t. II. Santiago de Chile: Editorial Lexis Nexis - Universidad de Chile.
- Lasarte Alvarez, C. (1990). El derecho civil en la época codificadora y vicisitudes posteriores. En *Centenario del Código Civil*, II. Madrid: Ceura.
- Levaggi, A. (1998). *Manual de historia del derecho argentino*. Buenos Aires: De Palma.
- Llamas Pombo, E. (2009). *Orientaciones sobre el Concepto y el Método del Derecho Civil*. Bogotá, D.C.: Pontificia Universidad Javeriana.
- Locke, J. (2008). *Segundo tratado del gobierno civil*. Madrid: Alianza .

- Lorenzetti, R. (2004). *Tratado de los contratos*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- Luiz, L. (2004). En el centenario del método de interpretación y fuentes en el derecho privado positivo. En *La Codificación: Raíces y Perspectiva*. Buenos Aires: El Derecho .
- Martínea de Aguirre, C. (1994). *Las nuevas coordenadas del derecho de la contratación*. Santiago de Compostel: Separata de D. Bello Janeiro.
- MATTEUCCI, N (ed.). (1998) *Diccionario de política*. México: Fondo de Cultura Económica .
- Merquior, J. G. (1991). *Liberalismo viejo y nuevo*. México: Fondo de Cultura Económica .
- Moricault. (2007). Discurso pronunciado en el cuerpo legislativo Francés en la fecha de publicación del code. Citado por K. Lasserre en *Contrat et morale, en los Contratos en Derecho Privado*. Bogotá, D.C.: Editorial Universidad del Rosario y Legis.
- Mosset Iturraspe, J. (1978). *Justicia contractual*. Buenos Aires: Ediar.
- Niort, J.F. (1992). Droit, idéologie et politique dans le code civil de 1804. *Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques*, diciembre de 3992, 85.
- Ortiz, Caballero, R. (1996). *El derecho en la sociedad postmoderna*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Pájaro, N. (2005). *El negocio jurídico como ordenamiento jurídico. La autonomía privada y la constitucionalización del derecho*. Bogotá, D.C.: Universidad Externado de Colombia .
- Portalis, J. (2014). *Discurso preliminar sobre el proyecto del código civil*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid.
- Ripert, G. (1946). *La regla moral en las obligaciones civiles*. Trad. de Carlos Valencia Estrada. Bogotá: Editorial La Gran Colombia.
- Ripert, G. (1950). *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno*. Buenos Aires: Bosch.
- Ripert, G. Boulanger, J. (1957). *Tratado de derecho civil*, t. I, Trad. de Delia Gracia. Buenos Aires: La Ley .
- Rodríguez Guitián, A. (2003). Del derecho civil decimonónico al derecho civil contemporáneo. En *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, t. I. Madrid: Thomson-Civitas.
- Romano, S. (1959). Autonomía privada. En *Studi in onere di Francesco Messineo*, t. IV. Milán: Giuffré.
- Ross, A. (1994). *Sobre el Derecho y la Justicia*. Buenos Aires: Eudeba.
- Rousseau, J. (1996). *Del contrato social*. Madrid: Alianza .
- Santos Briz, J. (1979). *Derecho civil*, t. i. Jaen: Editorial Revista de Derecho Privado.
- Sanz, C. R. (1978). Reflexiones jus-filosóficas en torno a la problemática actual del contrato. *Revista Jurídica Argentina La Ley*, 950.
- Solari, G. (1950). *Filosofía del derecho privado II, la idea social*. Buenos Aires: De Palma .
- Stiglitz, R. (1992). *Autonomía de la voluntad y revisión del contrato*. Buenos Aires: De Palma .
- Uprimny, R. (1997). Estado social de derecho y decisión judicial correcta. En *Hermenéutica jurídica. Homenaje al maestro Darío Echandía*. Bogotá, D.C.: Ediciones Rosaristas.

- Vallespinos, C. (2010). El derecho de las obligaciones y la protección jurídica del consumidor. Introducción al derecho del consumo. Lineamientos centrales de las leyes 24.240 y 26.36., En *Obligaciones y Contratos en el Derecho Contemporáneo*. Coordinador Jorge Oviedo Albán. Bogotá, D.C.: Dike y Universidad de la Sabana.
- Venegas Grau, M. (2004). *Derechos fundamentales y derecho privado - los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*. Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales.
- Villey, M. (1980). *En torno al contrato, la propiedad y la obligación*. Buenos Aires: Gherzi.
- Welle, E.A. (2008). Freedom of contract an the securities laws: opting out of securities regulation by private agreement. *Washington and lee Law Review*, Spring 3999,
- Wieacker, F (1957). *Historia del derecho privado de la edad moderna*. Trad. de Francisco Fernández. Madrid: Aguilar.
- Zimmermann, R. (2000). *Estudios de derecho privado europeo*. Trad. de Antoni Vaquer. Madrid: Civitas .

Notas

- 1 El derecho anterior al *code* era el derecho medieval. Haciendo una breve referencia a ese derecho y de la mano de Grossi, se destacan tres hechos normativos que cimentaron el nuevo orden jurídico después de la caída del Imperio romano: la tierra, la sangre y el tiempo. Lo primero como lo productivo por excelencia; la sangre como aquello que establece un ligamen inseparable entre sujetos, y el tiempo como duración de hechos que, prescindiendo de cualquier contribución volitiva, crea, extingue o modifica. Estos tres elementos ponen de manifiesto la imperfección del individuo con respecto a la perfección de la comunidad. La criatura imperfecta impensable fuera del orden social, con una fuente creadora y configuradora del derecho: la costumbre. En el centro de la Alta Edad Media está el príncipe, cuya principal labor es gobernar "cum aequitate et iustitia".
- 2 Ello no significa que el liberalismo tome en su integridad las nociones heredadas de corrientes filosóficas y científicas que le antecedieron. En muchas ocasiones, de hecho, la teoría política liberal reduce algunos conceptos a un mero instrumento metodológico, carente de gran parte de su significado sustancial. El concepto de "hombre", que desde el Renacimiento había adquirido una significación tan profunda, la pierde en el liberalismo, que toma solo pocas de sus características y genera a partir de ello un ente totalmente formal y abstracto.
- 3 Afirma Wieacker que a esa revolución espiritual de comienzos del siglo XVII, se da comienzo con la teoría del conocimiento de Descartes y la fundamentación de la nueva física por Galileo, que llevarían en las ciencias naturales a la física clásica de Newton, y en las ciencias sociales, precisamente los grandes sistemas del Derecho racionalista" (p. 38).
- 4 El siglo xviii había exaltado al individuo, lo había hecho, incluso, autor del mundo jurídico, principio activo en el que encontraban su vida y su significado la naturaleza, la historia y la sociedad.
- 5 Guzmán Brito (2005) afirma que "El punto de partida de Grotius es la discusión que entabla contra el jurista francés del siglo XVI, Connan, en torno al tema de si la promesa tiene fuerza de obligar por derecho civil, lo que aquel había negado y que Grotius quiere, en cambio, afirmar. Es a propósito de ello que el holandés distingue entre promesas perfectas e imperfectas, según el criterio de la dirección de la voluntad; de manera que cuando una persona

manifiesta una voluntad, y no un simple deseo o propósito de dar o hacer algo a otro, queda obligada por su manifestación" (p. 35). Gorla (1959) es particularmente crítico del derecho natural pregonado por Grotius al decir que "la influencia del Derecho natural y de las correlativas tendencias a las generalizaciones y a las racionalizaciones, así como de las tendencias a sustituir la realidad por ideales, lo que es por los que se desea, ha sido verdaderamente nefasta tanto para la interpretación del Derecho actual como para su recto entendimiento desde el punto de vista histórico" (p. 66).

- 6 Descartes es la clave en la evolución del pensamiento filosófico, antecedente remoto de una nueva noción de contrato afincada en la autonomía de la voluntad, ya que fue él quien modificó estructuralmente la concepción aristotélico-tomista del conocimiento, que obedecía a una subordinación de todo al ser, partiendo del ser por esencia, esto es, de Dios; Descartes priorizó la certeza del sujeto en su propia existencia. *Cogito, ergo sum*, "pienso, luego existo". Aunque nada parezca escapar a la duda universal, no es así, porque si nuestros sentidos nos engañan, tenemos que existir, para que nos engañen: si soñamos tenemos que existir para soñar. Hay una verdad frente a la que se estrella toda ciencia y es la de nuestra propia existencia, pues para dudar tenemos que existir de lo contrario no podríamos dudar, incluso antes de estar seguro de la existencia de Dios (Descartes, 1990, p. 33). En el mismo sentido, Wieacker (1957): "El hombre ya no aparece como un ser creado de una sola vez por eterna determinación, sino como un ser de la naturaleza; y la humanidad, ya no como un mundo que ha de salvarse religiosamente, o (como más tarde) cual un mundo histórico, sino como un mundo matemático sujeto a las leyes naturales. La pretensión de un conocimiento racional de la naturaleza en la forma básica de la ley natural (no, p. ej., de la ley de casualidad) se extendió, mediante esta filosofía social de comienzos de la edad moderna, a la naturaleza de la convivencia humana, es decir, a la sociedad, al estado, y al Derecho; éstos deben reducirse a leyes con la inmutabilidad de las leyes matemáticas" (p. 211). Esto tuvo gran influjo en la formación del pensamiento liberal y en todas sus construcciones y categorías. Aún teniendo bien presente que este último es un fenómeno más político que filosófico. En el mismo sentido Matteucci, (1998).
- 7 Locke llega con mucha fuerza a los derechos individuales que la ley debe proteger. Hay derechos individuales que el hombre adquiere de su estado natural y que han sido reservados por el contrato social, que es el acto creador de la comunidad política. Ver el capítulo de la época del derecho racionalista en (Wieacker, 1957).
- 8 Según Kant cada individuo está dotado de razón, y en tal medida es capaz, no solo de determinar los medios idóneos para conseguir sus propios fines, sino incluso de valorar y regirse por aquellos que, entre esos fines posibles, sean buenos en sí y merezcan objetivamente ser alcanzados.
- 9 Para Bobbio (1982), "por iusnaturalismo se entiende aquella corriente que admite la distinción entre Derecho natural y Derecho positivo y sostiene la primacía del primero sobre el segundo. Por positivismo jurídico entiendo aquella corriente que no admite la distinción entre Derecho natural y Derecho positivo, y afirma que no existe otro Derecho que el Derecho positivo.
- 10 Para Burdeau (1983), "En el individualismo liberal no hay oposición entre el individuo y la sociedad (como en la tesis anarquista), sino subordinación. Lo colectivo, sus recursos y su fuerza no son negados. Sólo se le niegan fines autónomos, se los subordina a fines individuales. (...) Denunciar el carácter antisocial del individualismo liberal es, por ende, una equivocación" (p. 77). Hay que tener claro que cuando el autor se refiere al carácter "social" del liberalismo, lo único que está afirmando es que el hombre no es tomado en cuenta en ningún momento como un ente aislado, sino en compañía; no se pretende en ningún momento sostener que el liberalismo tenga una preocupación fundamental por el bienestar de la sociedad.
- 11 Locke (2008) afirma que "Más, como la cuestión principal acerca de la propiedad no se refiere hoy en día a los frutos de la tierra ni a las bestias que en

- ella habitan, sino a la tierra misma, al ser esta la que contiene y lleva consigo todo lo demás, diré que la propiedad de la tierra se adquiere también, como es obvio, del mismo modo que en el caso anterior. Toda porción de tierra que un hombre labre, plante, mejore, cultive y haga que produzca frutos para su uso, será propiedad suya. Es como si como resultado de su trabajo, este hombre pusiera cercas a esa tierra, apartándola de los terrenos comunales" (p. 55, a).
- 12 Por eso el Estado desempeña, para el liberalismo, el papel de garante de último grado del ciudadano, su libertad y su propiedad; es una ordenación social en función exclusiva de la individualidad, sin desalojar al individuo de su posición central, ya que solamente se puede obligar por su consentimiento. (Locke, 2008, b).
- 13 Con la expresión "Estado de Derecho" se entienden habitualmente dos cosas diferentes que es oportuno diferenciar. En sentido lato, débil o formal, designa cualquier ordenamiento en que los poderes públicos son conferidos por la ley y ejercitados con las formas y con los procedimientos legalmente establecidos. En otro sentido, fuerte o sustancial, designa aquellos ordenamientos en la que los poderes públicos están además sujetos a la ley, no solo en lo relativo a las formas sino también en los contenidos (Ferrajoli, 2005).
- 14 Sus autores aportaron dos ideas básicas: la posibilidad de obtener un derecho materialmente justo de una vez para siempre, por su conformidad con la razón universal y la idea de sistema o de organización del derecho sobre la base de un plan lógico axiomático-deductivo (Levaggi, 1998).
- 15 "La confluencia del pensamiento ilustrado con la escuela racionalista provoca la introducción del Derecho natural como Derecho positivo de los pueblos, a través de la codificación (De Los Mozos). Así, junto a las leyes naturales que explican y rigen el comportamiento de los cuerpos físicos, descubiertas por Kepler, Newton, Descartes, Leibnitz, etcétera, se piensa también que existe un orden jurídico natural, susceptible de conocimiento racional, y que ha de ser incorporado necesariamente como Derecho positivo, mediante una nueva legislación: la de los códigos, que resuelve de forma clara, breve, cierta y precisa, y en unas pocas leyes, el mayor número posible de problemas, mediante un estilo conciso y abstracto" (Llamas Pombo, 2009, p. 58).
- 16 Algunos autores vinculan de tal forma la noción de contrato del *code* a la filosofía liberal que sostienen que, "Nuestra teoría del contrato es un regalo que nos han hecho, a los juristas, un cierto grupo de filósofos de la Europa moderna. Toda ciencia del derecho es también (porque ella se estructura sobre un método y unos principios) hija de alguna filosofía". (Villey, 1980, p. 26).
- 17 También dio inicio y extendió por el mundo la criticada escuela de la exégesis que pregona que a) el derecho positivo es todo el derecho y está constituido por la ley; b) la interpretación objetiva no hace más que buscar la intención del legislador porque el derecho ya está hecho; c) no vale la costumbre, las insuficiencias de la ley se subsanan por medio de la misma ley por medio de la analogía; d) el derecho tiene un carácter meramente estatal (Luiz, 2004). La vigencia de esta escuela se extendió hasta finales del siglo xix cuando Geny propuso el método científico que suponía la participación del intérprete en el proceso de descubrimiento y recreación del derecho, dando importancia a la jurisprudencia, a la costumbre y a la libre investigación científica (Campos Fillol, 2005).
- 18 Afirma Ripert (1950) que, el régimen capitalista en Francia se puede datar de 1789. "Al destruir el orden antiguo, que hubiese podido oponerse al desarrollo del capitalismo, hizo posible la creación de un régimen nuevo (p. 10).
- 19 Géný (2000), crítico de estas posturas resumirá así el pensamiento de quienes las defendían: "Para ellos todo está reducido a esto: dar todo su alcance al pensamiento del legislador contenido en los textos. Siempre que se prenda e interprete bien la ley, suministrará cuantas soluciones jurídicas sean necesarias (p. 21).
- 20 En palabras de Géný (2000): "Entrando en la práctica, pronto se percibe el vicio capital del sistema, que es el de inmovilizar el derecho y cerrar el camino

- al desarrollo de toda idea nueva. De atenernos a las conclusiones del método tradicional, toda cuestión jurídica debe resolverse mediante las soluciones positivamente consagradas por el legislador. De esta suerte se permanece forzosamente y *para todo* en la situación en que nos encontrábamos en el momento mismo de aparecer la ley. Y cualquiera que sea la evolución posterior de las situaciones o de las ideas, falta autorización para traspasar el horizonte que el legislador descubrió en la época en que dictó la regla" (p. 48).
- 21 Es una "tesis de filosofía política en la cual, la voluntad humana es ley de sí misma y da vida a su propia obligación" (Carbonier, 1960, p. 127).
 - 22 El derecho civil decimonónico correspondiente al Estado liberal de Derecho se caracterizó, en cuanto a su forma, por ser un derecho codificado (Rodríguez Guitián, 2003).
 - 23 Para valorar la importancia del *code* hay que tener en cuenta que en Francia hubo entre 1791 y 1875, 11 constituciones y el code de Napoleón permaneció inalterado en lo sustancial (Kemelmajer de Carlucci, A, 2005).
 - 24 (Hobbes, 1989, d); Locke, 2008, c; Rousseau, 1996).
 - 25 Atiyah concluye que el siglo xix fue la edad de oro del contrato (Atiyah, 1979) (Lorenzetti, 2004, a).
 - 26 "El Derecho que rige la sociedad feudal se caracteriza por un tremendo particularismo jurídico; la pluralidad de regímenes jurídicos, según la pertenencia a un estamento u otro (los privilegios), la vinculación de la propiedad de la tierra, la pluralidad de jurisdicciones incluso de fuentes de producción jurídica, como hemos analizado anteriormente. Las compilaciones se limitaban a facilitar la localización y manejo de los textos normativos, pero no alteraban ni sistematizaban su contenido. En el seno de la sociedad feudal se va gestando un soterrado pero creciente desarrollo económico a través del comercio, en manos de la burguesía. Frente al cómodo afianzamiento de nobleza y clero en la propiedad de la tierra y en la 'renta', la burguesía busca el intercambio y la actividad, y va configurando los usos comerciales como exponente de un orden jurídico distinto, y como respuesta a la permanencia del viejo orden, que frenaba su expansión. El particularismo jurídico creaba una notable inseguridad jurídica para el comercio" (Llamas Pombo, 2009, p. 60, b).
 - 27 Hay que recordar que la primera revolución industrial se dio en Gran Bretaña hacia 1820.
 - 28 Hay que ponerse de acuerdo en el entendimiento del significado de la autonomía privada. Algunos autores hablan de un sentido negativo y positivo del dogma de la autonomía. En sentido negativo, "Cada uno no obedece, en principio, más que a su voluntad; no puede ser vinculado, si la ley no lo consiente, por la voluntad de otro" y en sentido positivo, en el sentido que las partes pueden, con un acto de su voluntad disponer de sus bienes o pueden obligarse a ejecutar prestaciones a favor de otro" (Galgano, 1992, p. 66). Bianca (1970) entiende por el dogma de la voluntad como el señorío de la voluntad individual, que el ordenamiento debe tutelar y reconocer en su plenitud. En un sentido similar se expresa Betti (1972), cuando dice que la autonomía normativa es "el poder atribuido a entes no soberanos para expedir normas jurídicas equiparadas a las normas del ente soberano" (p. 69). Para Stiglitz (1992), "se traduce en normas positivas y que en una primera aproximación significa que la voluntad es la fuente y la medida de los derechos subjetivos. Tal concepto siempre irá ligado con el concepto de libertad o si se le quiere llamar el derecho a la libertad; ambos ligados la autonomía privada y la libertad conformaron en el siglo xix el llamado individualismo jurídico, principio entendido como la concepción que hace del individuo, considerado como una voluntad libre, aislado del medio social, el solo objeto, el solo fundamento y el solo fin del derecho" (p. 10). Por su parte Ferri la define como el poder de producir cambios jurídicos mediante el establecimiento (o modificación o derogación) de una norma jurídica. Para él la autonomía privada es un poder conferido a los particulares por una norma superior, la cual regula su

actuación, creando cargas y limitaciones (Ferri, 2004). Para De Castro y Bravo, una cosa es la autonomía de la voluntad y otra cosa es la autonomía privada y tiene que ver sobre todo con la importante clasificación que se hace entre lo interno y lo externo. Si lo realmente importante es la voluntad interna de los sujetos o lo importante es la declaración. En el primer caso hablaríamos de la autonomía de la voluntad, y en el segundo caso, de la autonomía privada. Ver toda la diferenciación que se hace entre el sistema del derecho francés y el del derecho alemán en cuanto a este punto. El autor define la autonomía privada como el "poder complejo reconocido a la persona para el ejercicio de sus facultades, sea dentro del ámbito de la libertad que le pertenece como sujeto de derechos, sea para crear reglas de conducta para sí y en relación con los demás, con la consiguiente responsabilidad en cuanto actuación en la vida social" (De Castro y Bravo, 1985, p. 12). La autonomía es el poder de darse normas.

- 29 Es muy tradicional en derecho privado la comparación entre el contrato y la ley, por los efectos que produce el contrato entre los contratantes (Claro Solar, 1988). Sin embargo, esta igualdad entre ley y contrato se puede clasificar como un mito en el sentido que le da a la palabra mito Santi Romano: "en la filosofía de la historia se emplea esta palabra para significar aquellas fórmulas que mueven de cuando en cuando las conciencias de las masas, que no tienen conciencia individual" (Romano, 1959, p. 165).
- 30 En esta perspectiva y según la forma del derecho privado, aquello que es expresión efectiva de una verdadera y completa autonomía: justo es sinónimo de regla libremente concordada, *qui dit contractuel dit juste*.
- 31 La autonomía privada constituye uno de los temas más fascinantes del derecho privado (Gazzoni, 1970).
- 32 Los contratos deben ser siempre cumplidos y cumplidos en sus propios términos y hay que atenerse sobre todo a la letra del contrato. Este es un principio fundamental de seguridad jurídica (Díez-Picazo, 1996).
- 33 Discurso pronunciado por en el cuerpo legislativo francés en la fecha de publicación del *code* (Portalis, 2014).