From the SelectedWorks of Leysser L. León

December 2004

Los actos jurídicos en sentido estricto: Sus bases históricas y dogmáticas

Contact Author

Start Your Own SelectedWorks

Notify Me of New Work

Available at: http://works.bepress.com/leysser_leon/5

Los actos jurídicos en sentido estricto

Sus bases históricas y dogmáticas(*)

Leysser L. León(**)

SUMARIO: § 1. Palabras de homenaje. § 2. Introducción. § 3. Los actos jurídicos en sentido estricto entre el derecho civil y la teoría general del derecho. Justificación de la investigación frente a los discursos antiformalistas y a las censuras contra la "jurisprudencia de conceptos". § 4. La clasificación tradicional: los hechos, actos y negocios jurídicos, actos lícitos y actos ilícitos, en la obra de los romanistas. El aporte del pandectismo germano y la enunciación inicial de la voluntad como criterio diferenciador. § 5. Consideraciones críticas: Emilio Betti, Santi Romano, Renato Scognamiglio. La reconstrucción funcional-axiológica de la perspectiva diferenciadora en la obra de Angelo Falzea. § 6. La transformación de la óptica voluntarista: Francesco Santoro-Passarelli y Salvatore Pugliatti. La perspectiva "histórico-antropológica" de Rodolfo Sacco: demarcación del ámbito de los actos no-negociales autónomos. § 7. Comentario final.

§ 1. Palabras de homenaje

La amenidad de las lecciones del profesor Lizardo Taboada Córdova –recuerdo indeleble para las generaciones que de él aprendieron– era directamente proporcional a la complejidad de la problemática en ellas abordada, inserta en los programas de estudios universitarios apenas en el primer año, cuando es un hecho fuera de discusión que ningún estudiante afianza tan pronto el conocimiento de la parte general del derecho civil.

En este momento, sin embargo, escribo casi convencido de que con su tan personal método de enseñanza él apelaba a la mejor y acaso única vía que podía garantizarle el logro de lo que más le interesaba: la óptima comunicación con sus alumnos.

No olvido tampoco que daba a todos una temprana oportunidad para escuchar a un docente que exponía, sin temor, y con inteligente prescindencia o descalificación de los precedentes nacionales, que juzgaba errados, su propia posición respecto de los controversiales argumentos enseñados (el *Tatbestand* o la *fattispecie*, la pugna entre el voluntarismo y el declaracionismo, las teorías objetivas y subjetivas del negocio jurídico, la causa, la interpretación, la simulación); y no se trataba de una mera adhesión a tal o cual doctrina foránea, sino de audaces construcciones inspiradas en sus lecturas europeas (de Emilio Betti, en particular).

(*) Estas páginas están destinadas a formar parte del volumen *Negocio jurídico y responsabilidad civil. Estudios en memoria del profesor Lizardo Taboada Córdova*, coordinado por Freddy ESCOBAR ROZAS, Freddy; Leysser L. LEON, Rómulo MORALES HERVIAS, y Eric PALACIOS MARTÍNEZ, de próxima publicación.

(**) Profesor de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Diplomado en Lengua y Cultura Italianas por la Università per Stranieri di Perugia (Italia). Doctorando en Derecho Civil de la Scuola Superiore Sant'Anna di Studi Universitari e di Perfezionamento di Pisa (Italia).

Seguí su curso de Acto Jurídico dictado en la Pontificia Universidad Católica del Perú durante el primer semestre de 1992. No era difícil simpatizar con él, pues, además de ser extremadamente gentil, solía conceder el tiempo justo, ni mucho ni poco, a quienes acudían a pedirle sugerencias bibliográficas o a discutir alguna idea. Conocía –y hoy por hoy es imprescindible destacarlo– los libros a los cuales reenviaba, los comentaba en el aula, y ello justificaba ante la clase, frenando molestosas quejas que bien habrían podido elevarse, el trabajo de investigación que asignaba.

Era sincero: sin ninguna falsa gala hacía saber y reconocía que sus áreas predilectas, y de especialización profesional, eran la teoría del negocio jurídico, el contrato en general y la responsabilidad civil, así como el derecho laboral. Declaraba abiertamente cuánto le enorgullecía la guía y la amistad de don Manuel de la Puente y Lavalle, en cuya nutrida y apacible biblioteca nos encontramos en algunas ocasiones. Alentó y apoyó la carrera académica de varios alumnos suyos, que recibieron de él la primera oportunidad –que es siempre la más valiosa– para desarrollar labores de asistencia docente. Participaba con frecuencia en los seminarios y congresos, y colaboraba permanentemente con las publicaciones editadas por asociaciones estudiantiles.

En el 2001 le encontré por última vez, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, donde, con tenacidad y sacrificio, él continuaba enseñando Responsabilidad Civil, a pesar de su delicado estado de salud. Le referí mi viaje a Europa, la elaboración de mi primera compilación de ensayos italianos sobre el negocio jurídico, y le informé sobre el tardío interés que habían despertado en mí "sus" temas; compartí con él mi impresión, a lo mejor equivocada, de que el negocio era el tema perfecto para hermanar la imaginación jurídica –rectamente entendida– y la imaginación literaria –a la que se debieron mis estudios en Italia–. Habló, entonces, de las galerías pictóricas del viejo continente que él había visitado, de su devoción por Venecia, y, sólo al final, de las diversas obras que tenía en preparación, de sus lecciones en Argentina y en diversas universidades del interior de nuestro país, de su compromiso para con la Academia de la Magistratura. Aquel día atesoré un conmovedor ejemplo de vocación por la enseñanza.

Quienes lean sus artículos o monografías lo imaginarán, probablemente, como un estudioso, no sólo formalista, sino también severo. Entre los universitarios de mi época era famosa y admirada la última conclusión de su tesis de licenciatura: "la teoría clásica de la causa es falsa e inútil". De aquí que quienes lo conocieron hagan suya ahora, más como satisfacción que como imposición, la tarea de transmitir el recuerdo de un docente entrañable y de una magnífica persona.

§ 2. Introducción

El estudio de los *actos jurídicos en sentido estricto*, también denominados *actos semejantes a los negocios jurídicos* o *actos no-negociales*([1]), y, con mayor amplitud, de los

([1]) Las primeras dos expresiones son traducciones literales del alemán: *Rechtshandlungen im engeren Sinne*, y *rechtsgeschäftsähnlichen Handlungen*; la tercera es la preferida en el lenguaje jurídico italiano: *atti non negoziali*, debido –a mi entender– a la inexistencia de una referencia expresa a la figura del negocio jurídico en el *Codice civile* de 1942, donde, fuera de cuanto ha quedado consignado en los tra-

hechos jurídicos, constituye un acostumbrado capítulo preliminar en las exposiciones analíticas dedicadas a la teoría general del negocio jurídico.

La ocupación –se dice– no es negocio jurídico, sino acto jurídico en sentido estricto; conducta humana que produce, por sí propia, consecuencias de orden legal –adquisición de la propiedad–, de manera distinta de cuanto ocurre, por ejemplo, en un contrato de compraventa, donde se opera una transferencia, concertada y autorreglamentada por las partes del contrato. La adquisición de la propiedad del incremento de tierra generado por un aluvión –

---

bajos preparatorios, se habla, únicamente, de "actos" (*atti*) y de "hechos" (*fatti*), de modo que una doctrina fiel al dato positivo, cautelosa, pero al mismo tiempo leal para con la teoría del negocio y reconocedora de su valor e importancia, ha visto por conveniente distinguir los *actos jurídicos negociales* de los *actos jurídicos no-negociales*. Distintamente, Paolo ZATTI y Vittorio COLUSSI, *Lineamenti di diritto privato*, 5ª ed., Cedam, Padua, 1995, pp. 112; y Paolo GALLO, *Istituzioni di diritto privato (editio minor)*, Giappichelli, Turín, 2001, p. 21, hablan, en sus respectivos manuales, solamente de "actos de autonomía" y de "actos declarativos", en cuyo ámbito se tendría que identificar al negocio, tal cual hace, por ejemplo, Ugo MAJELLO, "Situazioni e rapporti giuridici", en *Istituzioni di diritto privato*, al cuidado de Mario BESSONE, 4ª ed., Giappichelli, Turín, 1997, p. 72.

Creo que el conocimiento de esta experiencia de sistemática foránea, y de toma de posición de los autores italianos, puede ser de utilidad para quien se disponga a analizar nuestra codificación civil vigente, donde se utiliza erradamente –como reconoce, unánimemente, nuestra mejor doctrina– la expresión "acto jurídico" para designar al "negocio jurídico" (entendido, en nítida clave pandectista, como "manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas"). Podría asumirse, por ejemplo, que el legislador peruano ha establecido la regulación del acto jurídico *negocial*, y crear, a partir de esta constatación, y si así lo impone la solución de problemas concretos, una doctrina de los actos jurídicos *no-negociales*. Pospongo para mi comentario final, en todo caso, una exposición más detallada de esta propuesta (véase, *infra*, § 7).

Para quienes siguen creyendo, por obstinación o ignorancia, en la falaz existencia de cierta "teoría francesa del acto jurídico", y se resisten a renunciar al empleo legislativo de la voz "acto", el camino y razonamiento enunciados serían inevitables, teniendo en cuenta la condición de existencia (manifestación de voluntad) y los requisitos de validez (capacidad del agente, objeto físicamente y jurídicamente posible, fin lícito, observancia de la forma exigida, bajo sanción de nulidad) que componen, al pie de la letra, la *fattispecie* regulada, todos exclusivos –como nadie, que conozca la materia, ignora– del negocio jurídico.

En el plano lingüístico, llama la atención que todas las expresiones que se utilizarán en el presente estudio cuenten, desde hace tiempo, con sendas voces en el *Diccionario* de lengua castellana de la RAE, todas de tono voluntarista y decimonónico. En efecto, en la 22ª edición de esta obra, publicada en el 2001, se lee que el *hecho jurídico* es "el que tiene efectos jurídicos". "Hecho" vale por "acción u obra" o "cosa que sucede", entre otras acepciones. El *acto jurídico* es el "hecho voluntario que crea, modifica o extingue relaciones de derecho, conforme a éste". "Acto" vale por "acción", "ejercicio de la posibilidad de hacer" o "resultado de hacer". El *negocio jurídico* es "el acto de una o más voluntades que pretende algún efecto jurídico reconocido por la ley".

En nuestro Código Civil se utilizan también las expresiones "actos de la vida civil" y "actos civiles", como ocurre en el artículo 423, núm. 6: "son deberes y derechos de los padres que ejercen la patria potestad: [...] 6.- Representar a los hijos en los *actos de la vida civil*"; y en el artículo 527: "el tutor representa al menor en todos los *actos civiles*, excepto en aquellos que, por disposición de la ley, este puede ejecutar por sí solo". El texto de tales normas llama la atención si se le compara con lo previsto en materia de curatela, el artículo 576: "el curador protege al incapaz, provee en lo posible a su restablecimiento y, en caso necesario, a su colocación en un establecimiento adecuado; y lo representa o lo asiste, según el grado de la incapacidad, en sus *negocios*".

se afirma, igualmente– no tendrán su origen en un hecho humano, en un "acto", sino en un factor de la naturaleza, en un "hecho" jurídico propiamente dicho([2]). El matrimonio –afirman algunos– sería un acto en sentido estricto, porque todos sus efectos están minuciosamente previstos legislativamente, no requiriéndose más que la "voluntariedad" de contraer nupcias por parte de los contrayentes; sería un negocio –replican otros– a la luz de la regulación, no menos detallada, de los vicios de la voluntad y de la ineficacia que pueden afectarlo. Los esponsales –dictaminan casi todos– son una especie de acto en sentido estricto, del cual no nacen derechos ni obligaciones para los promitentes.

El inconveniente metodológico de un atisbamiento secundario de los actos jurídicos en sentido estricto y de los hechos jurídicos –igualmente verificable en el dictado de los cursos universitarios sobre el argumento– se percibe con facilidad, no bien se conoce, en primer lugar, que, históricamente, las específicas investigaciones en torno de dichas figuras se han mantenido, desde cierto punto de vista, ensombrecidas, si se las compara con las consagradas al negocio([3]), y más aun, en segundo lugar, que la pauta, por muchos años, ha

---

([2]) Según nuestro Código Civil: "Las cosas que no pertenecen a nadie, como las piedras, conchas u otras análogas que se hallen en el mar o en los ríos o en sus playas u orillas, se adquieren por las personas que las aprehenden, salvo las previsiones de las leyes y reglamentos" (art. 929). Asimismo: "Las uniones de tierra y los incrementos que se forma sucesiva e imperceptiblemente en los fundos situados a lo largo de los ríos o torrentes pertenecen a los propietarios del fundo" (art. 939).

([3]) Son ilustrativas, al respecto, las impresiones, enmarcadas en diversas épocas, de Domenico RUBINO (1912-1966): "los nuevos horizontes, revelados a la ciencia en la segunda mitad del siglo XIX con la elaboración de la categoría general «negocio jurídico» y el fervor de investigaciones, suscitado en esta dirección, han conducido a hacer del negocio una categoría hipertrófica, con tendencia a agotar la esfera de los actos ilícitos; y han dejado a menudo en la sombra [...] la existencia de una categoría que podría denominarse de los *actos lícitos simples*, distintos de los negocios jurídicos" (*La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Giuffrè, Milán, 1939, p. 7); de Santi ROMANO (1875-1947): "Por largo tiempo, estas investigaciones permanecieron, por decirlo así, polarizadas en torno de la figura del negocio jurídico, definido de modo tan amplio e impreciso que autorizaba la referencia de su definición a toda especie de actos jurídicos" ("Atti e negozi giuridici" [1945], en ID., *Frammenti di un dizionario giuridico*, Giuffrè, Milán, 1947, p. 3); de Biagio DE GIOVANNI: "se puede decir que, con raras excepciones, la teoría de los hechos jurídicos tiende a devenir, progresivamente, teoría del negocio jurídico, o, al menos, que la compleja problemática del *hecho* se inspira, no tanto en los problemas que nacerían de un simple análisis del concepto de hecho relevante, sino en las dificultades inherentes a la idea del negocio y en la relación entre posición del hecho y posición del negocio" (*Fatto e valutazione nella teoria del negozio giuridico*, Jovene, Nápoles, 1958, p. 23); de Adolfo DI MAJO: "el sistema de los actos se ha reducido progresivamente al sistema de los *negocios* y *contratos*, debido a que la fenomenología de la voluntad encerrada en los negocios y en los contratos ha parecido la más idónea para ser objeto de consideración científica; en ello, por otro lado, se ha revelado la supremacía del *momento económico* expresado por instituciones del tipo *contrato* o *testamento* respecto de otras instituciones, y, en otras palabras, la hegemonía del *derecho privado* respecto de las demás ramas del derecho, hegemonía que perdura hasta hoy, si bien bajo formas menos evidentes" ("Fatti e atti giuridici", en *Enciclopedia Feltrinelli Fischer*, *Diritto*, al cuidado de Giuliano CRIFÒ, 2, Feltrinelli, Milán, 1972, pp. 395-396); y, más recientemente, de Raffaele MOSCHELLA: "es común la opinión de que la categoría de los hechos jurídicos tiene un carácter negativo y residual, y de que su estudio y sus clasificaciones sirven sólo para iluminar, por contraposición, las categorías de los actos y de los negocios, prácticamente como si los criterios seguidos por el ordenamiento en la regulación de los hechos sobre los intereses humanos involucrados fueran del todo indeterminables, o, en todo, caso, no dignos de atención" (voz "Fatto giuridico", en *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XIV, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1989, p. 2 [de la separata]); y de Rodolfo SACCO: "el acto no-negocial es menos estudiado que

sido la de proceder a la individualización de hechos, actos y negocios a través de negaciones progresivas, que suscitan la consiguiente imposibilidad de demostrar lo que es más importante: que "las figuras diversas del negocio [poseen] una propia y específica relevancia autónoma y que [están] en condición de servir de sostén a instituciones o grupos de instituciones independientes, y a sistemas unitarios de principios y de normas"([4]).

Respecto del primer punto, hay quien ha graficado como sigue la situación reinante: "la figura del acto jurídico ha permanecido, por largo tiempo, en la penumbra, sea porque la figura que ella supone como contrapuesta, el negocio jurídico, ha atraído mayoritariamente la atención y el interés de la doctrina, sea porque se ha creído, por lo general, que su composición heterogénea impide emprender útilmente su tratamiento unitario; así, pues, no existe, hasta la fecha, una doctrina general del acto jurídico que pueda, de alguna manera, paragonarse con la del negocio jurídico. Ello, por lo demás, tiene su explicación en la historia de los dogmas. Se puede decir, en efecto, que la doctrina se ha percatado accidentalmente del acto jurídico, cuando, en la elaboración de la figura del negocio, se ha hallado frente a actos que no se dejaban ubicar en dicho esquema, y ha dado una definición eminentemente negativa a los mismos, común hasta hoy: actos que no son negocios, o *actos no negociales*, a los cuales también se ha atribuido la calificación de actos *en sentido estricto*"([5]).

Respecto del segundo punto, lo erróneo del planteamiento habitual se ha resaltado apreciando que sus resultados no determinan "qué cosa es el negocio y qué cosa es el acto, sino únicamente qué cosa es el negocio y qué cosa no es negocio, de modo que el presunto concepto de acto queda establecido de forma puramente negativa. No es correcto afirmar, por ejemplo, que el acto jurídico es aquel acto cuyos efectos se producen si son queridos o si no son queridos; así se capta una característica que no es absoluta, sino sólo relativa, y precisamente, respecto del negocio jurídico"([6]).

Se perfila, entonces, una reforma metodológica. Existe la conciencia de que "la tarea asumida por la doctrina, en Italia y Alemania, de elaborar una teoría orgánica del acto jurídico no-negocial es, en principio, bastante discutible. El acto jurídico no-negocial, como

---

el negocio. Y el jurista docto, para hablar del acto, parte del negocio. [...] La importancia y la posición sistemática del acto simple han sido descuidadas por la doctrina. El acto ha sido oscurecido por su más joven y más flexible competidor, es decir, el negocio. Pero el acto merece un lugar de honor entre los instrumentos de la autonomía" ("L'occupazione, atto di autonomia (Contributo ad una dottrina dell'atto non negoziale)", en *Rivista di Diritto Civile*, año XL, parte I, 1994, pp. 343, 356).

([4]) FALZEA, Angelo, "L'atto negoziale nel sistema di comportamenti giuridici" [1996], en ID., *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, II, *Dogmatica giuridica*, Giuffrè, Milán, 1997, p. 743, y ya precedentemente en ID., voz "Fatto giuridico", en *Enciclopedia del diritto*, vol. XVI, Giuffrè, 1967, p. 948. Adhiere a estas expresiones: DI MAJO, "Fatti e atti giuridici", cit., p. 396.

([5]) SANTORO-PASSARELLI, Francesco, voz "Atto giuridico", en *Enciclopedia del diritto*, vol. IV, Giuffrè, Milán, 1959, p. 205.

([6]) TRIMARCHI, Vincenzo Michele, *Atto giuridico e negozio giuridico*, Giuffrè, Milán, 1940, pp. 94-95, quien propondrá el siguiente método: determinar y fijar los elementos positivos que constituyen el acto jurídico en sentido estricto, para arribar a su concepto. "Sólo así se determinarán dos conceptos autónomos, capaces de vivir una vida propia, sin necesidad de que uno de ellos se apoye en el otro, como en una relación, prácticamente, de mutua dependencia: sólo de tal forma se dice qué cosa es el acto jurídico y no cuáles son los actos jurídicos".

mera noción negativa, inclusiva de una serie de fenómenos extremadamente variados, con función, finalidad y significados distintos, carece de toda unidad real, y no es asimilable a una categoría unitaria. [...] En este estado de cosas, existe un único medio posible para obtener progresos en la investigación: escoger figuras particulares de actos jurídicos y analizarlas a fondo. [...] De la consideración del acto no-negocial como mera determinación negativa, y por ello, ni más ni menos, científicamente inutilizable, se deduce un importante criterio metódico. No es necesario, como hace normalmente la doctrina, definir las declaraciones no-negociales en general (de verdad o de voluntad) sólo por características negativas, como meras contrafiguras del negocio. El único método correcto es concentrarse y aislar, en aquella clase negativa, figuras positivamente definibles, figuras con una propia y específica fisonomía, y principios jurídicos propios. La razón de ser de este método, con los motivos polémicos que contiene, frente al método opuesto seguido, generalmente, por la doctrina, es de por sí evidente. La ciencia del derecho debe brindar un cuadro de los fenómenos jurídicos que no sólo satisfaga la exigencia sistemática de una clasificación completa, de modo que bastaría nominar y ejemplificar frente al negocio lo que no es negocio, para agotar el campo de las posibilidades sistemáticas. El cuadro de los fenómenos jurídicos debe ser trazado de forma tal que las varias clases sean recogidas bajo algo más que una etiqueta conceptual cualquiera, que tengan un significado jurídico propio, y que constituyendo sistemas unitarios de regulación positiva, den lugar a autónomas instituciones jurídicas”([7]).

Habiendo efectuado las advertencias de rigor, y esbozados el campo de análisis y los requerimientos metodológicos, me propongo realizar, en las páginas que siguen, una breve exposición sobre la formación y evolución de la doctrina de los actos en sentido estricto, que tenga como punto de partida las clasificaciones que se han propuesto para organizar los hechos jurídicos en las obras de los romanistas, de ayer y de hoy. A continuación, rendiré cuenta sobre la forma en que se produce el arribo a la identificación de la categoría señalada, y del importante paso que significó, con miras a este objetivo, la crítica de la perspectiva voluntarista, otrora eje indiscutible y exclusivo de la diferenciación entre hechos, actos y negocios.

La aproximación, como es obvio, es predominantemente dogmática, o sea, “ajena a toda finalidad de inmediata exégesis de normas e instituciones”([8]).

([7]) PANUCCIO, Vincenzo, *Le dichiarazioni non negoziali di volontà*, Giuffrè, Milán, 1966, pp. 33-34. El autor citado (*ivi*, p. 33) considera que “entre las distintas figuras, las declaraciones no-negociales de voluntad son, hoy por hoy, quizás las más instructivas. Ellas constituyen la zona de confín entre el campo de los negocios y el de los actos jurídicos no-negociales: y ya el mostrar que, incluso en esta zona de actos similares a los negocios, no valen ni las reglas negociales ni, como máxima, la analogía con el negocio, es bastante útil para hacer vislumbrar cuán diversos deben ser los demás actos no-negociales, que no tienen en común con el negocio el elemento de la declaración de voluntad”.

([8]) SCHLESINGER, Piero, voz “Dichiarazione (teoria generale)”, en *Enciclopedia del diritto*, vol. XII, Giuffrè, Milán, 1964, p. 372, quien señala, a propósito del concepto de declaración (*ivi*, p. 373) que “incluso conceptos de este tipo pueden servir para una mejor comprensión del ordenamiento y de los problemas atinentes a la regulación y organización de la Sociedad. En consecuencia –si se cree en la autonomía de la experiencia jurídica y en la necesidad, para nuestra ciencia, de valerse de instrumentos que sean específicamente elaborados para sus fines– también el concepto de declaración debe ser examinado por el jurista, exclusivamente, desde un punto de vista jurídico, y sin recurrir, por ello, a inves-

No me es desconocida la hostilidad que suscita el enfoque. Creo, sin embargo, que hoy en día es imprescindible saber, y aclarar introductivamente, para quien sea propenso a ceder a los prejuicios corrientes, que la concepción reduccionista de la dogmática, que reconoce a la misma una mera "función reproductiva, bajo la forma de la deducción sistemática, de conocimientos ya adquiridos, jamás ha tenido respaldo en la realidad, ni siquiera en los años en que la *Begriffsjurisprudenz* tocó el punto más alto de su parábola. La dogmática ha contribuido siempre a la función (cognoscitiva) de búsqueda de nuevos modelos de decisión. [...] La sistematicidad de la ciencia jurídica es inmanente a su mismo objeto, es una cualidad intrínseca de sus conocimientos, y la reflexión dogmática no hace otra cosa que descubrirla y sacarla a la luz, como un universo discursivo fundado en una idea única, determinando el lugar que en dicho universo corresponde a cada conocimiento y su relación con los demás. En tal sentido, además de la función expositiva y didáctica del derecho, la dogmática aporta una contribución irrenunciable para el desarrollo y profundización de la interpretación, así como para la verificación y estabilización de sus resultados"([9]).

---

tigaciones sociológicas o a estudios sobre la «comportamentística»". De igual parecer, en una investigación precisa sobre tema ahora analizado, es PANUCCIO, *Le dichiarazioni non negoziali di volontà*, cit., p. 28: "los análisis sobre los actos jurídicos en general, y sobre las declaraciones no-negociales de voluntad en particular deben mantener significado jurídico y no superar los confines de la ciencia del derecho. Esta exigencia de método, que en otras épocas sería obvia, es quizás más difícil de mantener en la época actual, donde las divisiones entre las diversas ciencias se han vuelto inciertas; sin embargo, ella debe ser observada rigurosamente. Análisis sobre los actos humanos se han realizado, y se pueden realizar, en los más diversos campos, y desde los más diversos puntos de vista: además del derecho, en psicología, ética, política, teología, filosofía en general. Quien no elige bien su propio campo y su propio punto de vista, corre el riesgo de perderse en una serie interminable de definiciones y clasificaciones conceptuales, privadas de toda utilidad precisa, y de todo fundamento preciso". Dicha convicción conducirá a este último autor a rechazar la concepción y sistematización de los actos jurídicos propuesta por Francesco CARNELUTTI (1879-1965), como se verá más adelante (*infra*, nota 93).

([9]) MENGONI, Luigi, voz "Dogmatica giuridica", en *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XII, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1989, pp. 4-5 (de la separata), quien ejemplifica los aportes de la dogmática con "la teoría de la *culpa in contrahendo* de JHERING, en la teoría de la presuposición de WINDSCHEID, en la teoría de las promesas obligatorias de BÄHR, y así por el estilo". Comparte este parecer: SCHLESINGER, "Codice civile e sistema civilistico: il nucleo codicistico ed i suoi satelliti", en *Scritti in onore di Rodolfo Sacco: La comparazione giuridica alle soglie del 3° millennio*, al cuidado de Paolo CENDON, t. II, Giuffrè, Milán, 1994, pp. 1091-1092: "la concepción sistemática [...] es el presupuesto, no sólo del conocimiento científico del derecho, sino también de la capacidad de la ciencia jurídica para dar respuesta a los casos nuevos y a los casos dudosos, remodelando cada vez el «sistema», a la luz, no sólo de las modificaciones normativas, sino también de las nuevas decisiones. El cotejo, justamente, de la categorización dogmática con el problema concreto, con el caso no contemplado o dudoso, es el motor de la evolución del sistema. Frente al caso dudoso, a la laguna, se impone al intérprete la exigencia de volver a meditar sus conceptos, de reestructurar las categorías para poder «englobar» la alteridad representada por el caso concreto en el sistema. Esta operación no es meramente cognoscitiva, de articulación de categorías para una finalidad expositiva: la referencia al sistema es captada en la funcionalidad o instrumentalidad del concepto a la tarea del jurista, que consiste en ofrecer soluciones, proyectos de decisiones, a ser evaluados, no sobre la base de esquemas conceptuales, sino a la luz de su valor intrínseco".

Es de recordar, entonces, que el papel de la doctrina consiste en "aportar a las partes y a los jueces modelos elaborados de razonamiento para sostener determinadas soluciones, y obrando así, funciona también como experimentador social de bajo costo de las soluciones jurídicas, simulando su impacto en el sistema de las demás normas comúnmente admitidas": MONATERI, Pier Giuseppe, "La dottrina", en

Mi propósito, en todo caso, y como resultará evidente, atendiendo a la densidad de la problemática([10]), no va más allá de destacar la evolución que ha tenido lugar en este intrincado sector, donde se intersecan los campos del derecho privado y de la teoría general del derecho([11]), y de aportar, así, elementos para una futura construcción de la fenomenología jurídica a la luz de nuestro Código Civil.

Le fonti del diritto italiano, 2, *Le fonti non scritte e l'interpretazione*, a su vez en, *Trattato di diritto civile diretto da Rodolfo Sacco*, Turín, Utet, 1999, p. 424; en el mismo sentido (fuera de otras discrepancias respecto de la posición global de este último autor): CHIARLONI, Sergio, "La dottrina, fonte del diritto?", en *Scritti in onore di Rodolfo* Sacco, cit., t. II, pp. 226-227. Ya Luigi CARIOTA-FERRARA, "*Vetera et nova* nella dottrina giuridica", en *Rivista di Diritto Civile*, año XII, parte I, 1966, p. 350 sostenía: "Hoy, más que ayer, existe una confesada tendencia a despertar de su dogmatismo, como de un sueño, a la ciencia jurídica. Desde varios sectores se elevan voces contra el dogmatismo. Pero la verdad es que este se encuentra en toda ciencia y no hay que confundirlo con la dogmática, la cual, ciertamente, no es de condenar. Necesario y legítimo es sólo controlar los conceptos científicos para discernir los verdaderos de los falsos, es decir, los que representan realmente y los que no representan la vida jurídica en sus elementos lógicos y en su lógica. En tal medida, damos crédito a la ciencia del derecho, que, como las demás, procede mediante conceptos, en los cuales traduce los principios mismos que enlaza con el conjunto de los conceptos". Respecto de la crítica anticonceptualista contra el negocio, DE GIOVANNI, *Fatto e valutazione nella teoria del negozio giuridico*, cit., pp. 10-11, señala: "limitarse a la constatación de que el negocio es un concepto incapaz de captar la efectiva realidad de los fenómenos particulares puede ser del todo exacto si uno se limita la esencia del negocio a reflejo conceptual de singulares fenómenos típicos. Pero así, se ve solo una de las direcciones en las cuales se ha desarrollado la problemática negocial, y sobre todo, se corre el riesgo de dejar en la sombra todo el esfuerzo (que condiciona, explica el nacimiento mismo de la teoría del negocio) realizado para apreciar en él la posición lógica en la cual la autonomía privada se presenta como un *quid* orgánico: posición que, conscientemente, no agota su significado en una simple descripción de la realidad jurídica, sino que establece una determinada actitud de la voluntad humana en dirección del ordenamiento, y quiere ser comprendida y estudiada en las posibilidades formales y funcionales que una voluntad semejante expresa. El anticonceptualismo, al agotar todas las posibilidades de la crítica en la constatación de la abstracción del negocio, se limita a valorar una *estructura*, sin apreciar (o apreciando sólo parcialmente) el elemento *funcional* que acompaña a ésta".

([10]) CAMPAGNA, Lorenzo, *I "negozi di attuazione" e la manifestazione dell'intento negoziale*, Giuffrè, Milán, 1958, p. 31, ve en la distinción entre acto negocial y acto no-negocial "uno de los puntos más problemáticos de la teoría general del negocio jurídico". En el mismo sentido: MAIORCA, Carlo, voz "Fatto giuridico-fattispecie", en *Novissimo Digesto italiano*, vol. VII, Utet, Turín, 1961, p. 114: "la cuestión de la distinción entre «negocios jurídicos» y «actos jurídicos» es una de las más perplejas en la doctrina civilista, y la dificultad concierne no sólo a la distinción entre «acto» y «negocio», sino también a la distinción entre «acto» y «hecho»". Renato SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, 2ª ed., Jovene, Nápoles, 1969, p. 161, concluye "sin posibilidad de duda, que la doctrina no consigue, respecto del problema de la distinción entre el negocio y los demás actos jurídicos lícitos, resultados satisfactorios".

([11]) Señala Vittorio NEPPI, "Determinazione del concetto di «fatto giuridico»", en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, año XXXIII, serie III, 1956, p. 211, que "la noción de «hecho jurídico» pertenece a la teoría general del derecho, es decir, que ella encuentra un lugar entre los preliminares fundamentales de nuestra ciencia, en todas sus ramas, sin excepción". Por aquellos mismos años, sin embargo, SCOGNAMIGLIO, "Fatto giuridico e fattispecie complessa (Considerazioni critiche in torno alla dinamica del diritto)", en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, año VIII, 1954, p. 330, hacía ver que "entre las nociones que en la dogmática del derecho reciben mayor difusión se comprende, sin duda, la de hecho o *fattispecie* jurídica, a la cual la doctrina recurre todas las veces que se trata de identificar los eventos productivos, a tenor del ordenamiento, de algún efecto jurídico (y que asumen, así, en la dinámica del derecho, una eficacia causal). Debe observarse, de inmediato, que esta

Aquí es de recordar, con las palabras de un autor de agudeza excepcional, que "el derecho civil no está constituido solamente por las normas y por los principios sistemáticamente organizados en el Código, sino que es también el resultado de las construcciones conceptuales de la ciencia, cuando estas sean adherentes a los múltiples datos de la experiencia; construcciones que tienen, no sólo una función cognoscitiva, sino también la de expresar, del modo más significativo, la *ratio* de las normas, su fuerza vital, aclarando, integrando, desarrollando las fórmulas normativas, y la de aportar los instrumentos adecuados para su aplicación práctica que, siendo el momento final de la vida del derecho, no puede ser extraña a la estructura y a la finalidad de la ciencia jurídica. Al respecto, se ha observado con exactitud que, en su naturaleza intrínseca, la actividad del jurista se identifica con la del legislador y que en la formación del derecho concurren el legislador, el jurista y los operadores que deben actuar en el plano de la experiencia concreta"([12]).

§ 3. Los actos jurídicos en sentido estricto entre el derecho civil y la teoría general del derecho. Justificación de la investigación frente a los discursos antiformalistas y a las censuras contra la "jurisprudencia de conceptos"

---

concepción, sin duda imperante hoy en día, no puede ciertamente considerarse, a primera vista, privada de fundamento propio: considerando que el esquema de la *fattispecie* parece permitir –y por la primera vez– una revelación adecuada y fácil de los fenómenos de la dinámica del derecho. Y en particular, en su aplicación más importante (la llamada *fattispecie* compleja) hace posible la construcción del concepto legal de todo fenómeno, identificándola –y la pretensión parece igualmente fundada– en el conjunto de los elementos que, a tenor del derecho, son relevantes para su eficacia". Y añade, en nota a pie de página, que "ello explica que la noción de hecho jurídico, adoptada inicialmente en el derecho civil, encuentre, luego, aplicación en todos los campos del derecho, elevándose, junto con la contraposición entre estática y dinámica, a figura de la teoría general. De todos modos, *puesto que nos parece que la experiencia de otras disciplinas jurídicas no ha añadido nada de sustancial a los resultados que se han logrado en el derecho civil*, especialmente en el estudio del negocio jurídico, es a esta materia que se hará constante referencia en el curso de nuestra exposición" (las cursivas son añadidas). Lina BIGLIAZZI-GERI, Umberto BRECCIA, Francesco Donato BUSNELLI y Ugo NATOLI, *Diritto civile*, vol. I-2, *Fatti e atti giuridici* (1987), reimpresión, Utet, Turín, 1988, p. 441, remarcan que "la teoría del hecho jurídico constituye el aspecto central del debate desarrollado en torno del concepto de derecho y al problema de la eficacia jurídica".

([12]) NICOLÒ, Rosario, voz "*Diritto civile*", en *Enciclopedia del diritto*, vol. XII, Giuffrè, 1964, pp. 917-918. PANUCCIO, *Le dichiarazioni non negoziali di volontà*, cit., p. 344, anota, en relación con el tema aquí tratado, que "la regulación de los actos no-negociales es, en las normas positivas, incompleta, lagunosa, dispersa en una serie innumerable de figuras particulares. El recurso a las categorías teóricas deviene indispensable para determinar, en su entereza, el sistema positivo mismo. Por ello, sobre todo, el campo de los actos no-negociales aclara la relación lógica, y diremos casi de circularidad, que existe entre naturaleza jurídica y régimen jurídico. Dado que algunos datos positivos iniciales quedan fuera de la cuestión independientemente de toda construcción teórica, ya en el plano de la experiencia de hecho, aquella especial experiencia en la cual se inserta el jurista, a través de la tradición jurisprudencial y doctrinal y la praxis, el régimen jurídico como puede resultar de estos datos iniciales es, principalmente, base de *inducción* de la naturaleza jurídica. A su vez, sin embargo, la naturaleza jurídica deviene, para el jurista, instrumento hipotético-deductivo, y por lo tanto, base de *deducción* para la determinación completa y la explicación sistemática del régimen jurídico que los datos positivos iniciales determinaban sólo parcialmente. En este círculo, naturaleza jurídica y régimen jurídico se iluminan y se sostienen recíprocamente, y la investigación teórica se salda con la investigación positiva".

La razón de ser de la categoría de los actos en sentido estricto parece verosímilmente atribuible a una necesidad de completitud y coherencia sistemática advertida por los civilistas alemanes de inicios del siglo XX, constreñidos, en cierta medida, a atenerse a los dictados del *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB), donde se recogieron los admirables resultados de la doctrina pandectística de la declaración de voluntad([13]).

El legislador alemán, en efecto, provee elementos, en la detallada exposición de motivos del BGB, que permiten a la doctrina sucesiva proceder a la mejor identificación de ciertos comportamientos humanos que tienen en común con los negocios –que representarían el punto de referencia, en este caso– la generación de efectos jurídicos, pero que, al mismo

---

([13]) Los más importantes estudios en este campo se deben al catedrático de la Universidad de Marburg, Alfred MANIGK (1873-1942), y se remontan a 1901, año de publicación de *Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte: ein Beitrag zur Lehre vom Rechtsgeschäft* (Marcus, Breslau, 404 pp.). El autor alemán brinda una síntesis de su planteamiento en sus artículos "Das System der juristischen Handlungen im neuesten Schrifttum", en *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, vol. 83 (2ª. época, vol. 47), 1933, pp. 1 y ss.; e ID., "Studi di diritto italiano e tedesco sulla natura e l'inquadramento sistematico degli atti giuridici privati", trad. de Andrea TORRENTE, en *Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi*, 2ª serie, vol. XVI, 1942, pp. 133 y ss. Igual relevancia es la que se reconoce la obra de un discípulo de MANIGK, Peter KLEIN, *Die Rechtshandlungen im engeren Sinne*, C. H. Beck, Múnich, 1912, *passim*, especialmente, pp. 23 y ss. Hay referencias al respecto en las obras de TUHR, Andreas von, *Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, t. II, parte I, Duncker & Humblot, Múnich y Leipzig, 1914, pp. 103 y ss.; ID., *Bürgerliches Recht. Allgemeiner Teil*, Julius Springer, Berlín, 1923, p. 32; HIPPEL, Fritz von, *Das Problem der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tubinga, 1933, pp. 9 y ss., quien, conviene señalarlo, llega a sostener (*ivi*, pp. 47 y ss.) la necesidad de erradicar la noción de "hecho" (jurídico), y de sustituirla por la noción de "interés"; ENNECCERUS, Ludwig y Hans-Carl NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, 15ª ed., en ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y Martin WOLFF, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, t. I, vol. 2, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tubinga, 1960, pp. 860 y ss.; LARENZ, Karl, *Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, 7ª ed., C. H. Beck, Berlín, 1989, pp. 511 y ss.; FLUME, Werner, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, II, *Das Rechtsgeschäft*, 4ª ed., Springer, Berlín-Heidelberg-Nueva York, 1992, pp. 104 y ss.; MEDICUS, Dieter, *Allgemeiner Teil des BGB*, 5ª ed., C. F. Müller, Heidelberg, 1992, pp. 81-82; KOHLER, Helmut, *BGB. Allgemeiner Teil*, 22ª ed., C. H. Beck, Múnich, 1994, pp. 109-110; HEINRICHS, Helmut, *Comentario sub* § 104, en PALANDT, Otto, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 57ª ed., C. H. Beck, Múnich, 1998, pp. 67-68; y SCHERMAIER, Martin Josef, "Das Rechtsgeschäft", en *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, al cuidado de SCHMOECKEL, Mathias, RÜCKERT, Joachim y Reinhard ZIMMERMANN, vol. I, *Allgemeiner Teil*, Mohr Siebeck, Tubinga, 2003, pp. 359-360. En la doctrina precedente: BEKKER, Ernst Immanuel, *System des heutigen Pandektenrechts*, t. II, Hermann Bölau, Weimar, 1889, pp. 8 y ss., a quien se atribuye la elaboración de la figura de los "actos reales" (*Realakte*); y REGELSBERGER, Ferdinand, *Pandekten*, I, Duncker y Humblot, Leipzig, 1893, pp. 472 y ss.

En la doctrina italiana: RESCIGNO, Pietro, voz "*Atto giuridico* I) *Diritto privato*", en *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. IV, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1988, p. 4 (de la separata), refiere que "la doctrina del acto no-negocial, o acto en sentido estricto, tuvo una precisa razón de ser [...] en el pensamiento alemán: *un sistema legislativo construido sobre la figura del negocio jurídico hizo advertir la necesidad práctica y el compromiso dogmático de someter a un régimen menos riguroso una serie de actos privados*" (las cursivas son añadidas). También lo resaltan: ROUHETTE, Georges, "La doctrine de l'acte juridique: sur quelques matériaux récents", en *Droits*, núm. 7, 1988, p. 31; VALLE, Laura, "Il dibattito sul negozio giuridico in Italia", en *Contratto e impresa*, año IX, 1993, p. 576; y CISIANO, Paola, voz "Atto giuridico", en *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione civile, Aggiornamento* 2, t. I, Utet, Turín, 2003, p. 149.

tiempo, se diferencian de ellos –según el planteamiento tradicional– por la nula incidencia de la voluntad del agente en la producción de tales efectos([14]). La cuestión que surge, entonces, es decidir si las normas codificadas –que conciernen a la actividad negocial– serán aplicables a los comportamientos que no son negocios, y de ser afirmativa la respuesta, en qué modo y a cuáles de ellas se tendrá que recurrir([15]). La extensión analógica del régimen jurídico de los negocios a los actos con los cuales guardan afinidades estructurales se producirá a menos que se opongan a ello "razones vinculadas con la naturaleza particular de los intereses involucrados en el caso concreto"([16]).

En el derecho alemán se comprenderán en la categoría de las *Rechtshandlungen* fenómenos como la separación o unión de cosas, la mezcla, la especificación, la adquisición del tesoro descubierto, el hallazgo de cosas. También formarán parte de este grupo los cuasicontratos: la *negotiorum gestio*, la *datio indebiti*, etc. "En orden a estos actos, la ley fija solamente *ius cogens*. Ella establece incluso la *fattispecie* completa y dispone de manera vinculante sus efectos. El agente pone en movimiento los efectos legales sin poderlos constituir o modificar; ni siquiera es necesario que los conozca. Es irrelevante la dirección de la voluntad hacia la producción de efectos jurídicos"([17]). En la ocupación, el efecto de la ad-

---

([14]) ANDREOLI, Giuseppe, *Contributo alla teoria dell'adempimento*, Cedam, Padua, 1937, p. 58: "el legislador alemán ha determinado rigurosamente el concepto de negocio jurídico y ha establecido como elemento esencial del mismo la intención jurídica y la exacta correspondencia entre efecto y contenido de la voluntad: ello ha movido a la doctrina a reunir las demás manifestaciones de voluntad productivas de efectos jurídicos no-reductibles bajo el concepto, así fijado, de negocio jurídico, pero que se consideran sujetas a la regulación de los negocios jurídicos en una categoría independiente, cercana a la de los negocios jurídicos; y se saca provecho, para ello, de alguna referencia que se encuentra en la exposición de motivos [del BGB]".

([15]) TRIMARCHI, *Atto giuridico e negozio giuridico*, cit., pp. 60-61: "Solamente con las obras de ENNECCERUS, ELTZBACHER, MANIGK, BIERMANN, KLEIN, se produce una transformación propiamente dicha de la orientación doctrinal en el terreno de los actos jurídicos. Se crea un sistema de los actos jurídicos y se trazan netamente las dos cuestiones fundamentales relativas a los mismos: *la primera es la concerniente a la distinción entre acto y negocio jurídico; la segunda se refiere al tratamiento jurídico de los actos jurídicos, y se sustancia en la determinación de hasta qué punto tienen aplicación para los actos jurídicos las disposiciones válidas para el negocio jurídico*. Las dos cuestiones se hallan en una estricta relación de subordinación entre sí: en efecto, la primera puede existir y no resolverse en una simple cuestión terminológica sólo si se reconoce un particular y diverso tratamiento jurídico de los actos en relación con los negocios jurídicos. De la identidad del tratamiento derivaría la identificación práctica de los dos términos, y por lo tanto, la inconveniencia de su distinción. Por otro lado, sin embargo, la distinción entre acto y negocio jurídico podría parecer del todo terminológica, precisamente, en el caso que uno de los dos conceptos –el de negocio, en particular– no pudiera ser justificado: pero dicha hipótesis resulta plenamente infundada por la reconocida y demostrada necesidad y legitimidad del concepto en mención" (las cursivas son añadidas). Sobre el mismo punto, SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, cit., p. 161: "la incertidumbre de las soluciones teóricas repercute gravemente, como bien se entiende, en el ámbito práctico: se debate ásperamente si a los actos debe aplicarse por analogía la regulación de los negocios y hasta qué punto; y se discute también, en concreto, respecto de diversas figuras: ocupación, reconocimiento de hijo natural, pago, etc., si estas constituyen actos o negocios".

([16]) NANNINI, Ubaldo G., *Il consenso al trattamento medico. Presupposti teorici e applicazioni giurisprudenziali in Francia, Germania e Italia*, Giuffrè, Milán, 1989, p. 160.

([17]) MANIGK, "Studi di diritto italiano e tedesco sulla natura e l'inquadramento sistematico degli atti giuridici privati", cit., p. 142.

quisición de la propiedad de producirá "sin tener en cuenta la intención del agente. Él adquiere la propiedad sin saberlo ni quererlo. No podría aplicar a tal adquisición una condición o un plazo. Sería irrelevante el error de derecho o de hecho en el que podría incurrir. No tiene lugar la interpretación del acto. Las normas que conciernen al negocio jurídico se revelan inaplicables. Incluso un niño o un enfermo mental producen, con sus *actos jurídicos*, el efecto jurídico, porque este se encuentra ligado a una *fattispecie* que prescinde del conocimiento y de la voluntad del agente"([18]).

El cuadro de la actividad jurídica en general que resulta de esta autorizada clasificación([19]) es el siguiente:

I) Negocios jurídicos (*Rechtsgeschäfte*), que comprenden: 1) *declaraciones de voluntad* (*Willenserklärungen*) y 2) *negocios de voluntad* (*Willensgeschäfte*), que se caracterizan por no contener una comunicación hacia otro, en tanto consistentes en la pura y simple ejecución o realización de la intención de producir efectos jurídicos (ocupación, abandono de cosas, aceptación de herencia, por ejemplo).

II) *Declaraciones legales típicas* (*gesetzglich typisierte Erklärungen*), que se presentan en los casos en los cuales la ley impone la atribución de cierto valor declarativo a un comportamiento, al margen, totalmente, de la voluntad del agente (la donación o venta de

---

([18]) MANIGK, *loc. ult. cit.*

([19]) MANIGK, "Das System der juristischen Handlungen im neuesten Schrifttum", cit., pp. 36, 107; ID., "Studi di diritto italiano e tedesco sulla natura e l'inquadramento sistematico degli atti giuridici privati", cit., p. 142; KLEIN, *Die Rechtshandlungen im engeren Sinne*, cit., pp. 26-27. Sobre las declaraciones legales típicas: CARIOTA-FERRARA, "Volontà, manifestazione, negozio giuridico. Un nuovo problema", en *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 2ª serie, vol. XV, 1941, pp. 385 y ss.

La clasificación de MANIGK es seguida por exponentes de la doctrina italiana como Alfonso TESAURO, "Atti e negozi giuridici", en *Annali della Facoltà di Giurisprudenza della R. Università degli Studi di Perugia*, 5ª serie, vol. IX, 1932, pp. 140-141; Giuseppe MIRABELLI, *L'atto non negoziale nel diritto privato italiano*, Jovene, Nápoles, 1955, pp. 71 *et passim*; Renato SCOGNAMIGLIO, "Atto giuridico" (1958), en ID., *Scritti giuridici*, vol. I, *Scritti di diritto civile*, Cedam, Padua, 1996, pp. 63 y ss.; y, con reservas, por Francesco SANTORO-PASSARELLI, voz "Atto giuridico", cit., pp. 212-213, quien la reducirá a una bipartición (véase, *infra*, nota 108). CAMPAGNA, *I "negozi di attuazione" e la manifestazione dell'intento negoziale*, cit., pp. 19-20, la resume en estos términos: se distingue entre "actos que consisten en una mera *actividad material* (denominados, en Alemania, con una terminología prácticamente análoga a la nuestra, *Naturalakte*, *Realakte*, *Tathanlungen*), y actos que, aun no constituyendo negocios jurídicos, consisten en declaraciones, o más exactamente, en *participaciones* (*Mitteilungen*), es decir, comportamientos a través de los cuales un sujeto da noticia a otro de de una intención propia (*Willensmitteilungen*) o de una representación o conocimiento propio (*Vortellungs*- o *Wissens-mitteilungen*). La primera categoría, que comprende, justamente, los llamados actos jurídicos reales es ulteriormente dividida, por algún autor [MANIGK] en otras dos subcategorías: la de los «actos puramente exteriores» (*rein äussere Handlungen*) y la de los «actos que son expresión de hechos interiores» (*innere Tatsachen ausübende Handlungen*): en los primeros no asumiría ninguna relevancia el conocimiento y la voluntad del autor (sin embargo, ellos deberían distinguirse de los meros hechos); en los segundos, el derecho tomaría en consideración, no sólo el evento exterior (la mera actividad material), sino también un hecho psíquico interior". Este último autor cuestiona y reelabora la categoría de los *Willensgeschäfte*, en la cual MANIGK, como se aprecia, incluye la ocupación. La clasificación de los actos jurídicos en sentido estricto formulada por MANIGK es desestimada, en cambio, por Salvatore ROMANO, *La revoca degli atti giuridici privati*, Cedam, Padua, 1935, p. 154.

los bienes que componen una masa hereditaria, por ejemplo, valían como aceptación de la herencia en el antiguo Código Civil italiano de 1865)([20]).

III) *Actos jurídicos* (*Rechtshandlungen*), que, a su vez, se subdividirán en: 1) actos meramente exteriores (*rein äußere Handlungen*), como la especificación, la adquisición de frutos, el hallazgo; 2) actos que manifiestan hechos interiores (*mit inneren Tatsachen verbundene Handlungen*), como la elección de domicilio, la conducción de un local comercial o el reconocimiento de paternidad; y 3) participaciones (notificaciones, *Mitteilungen*): *a*) de hechos del presente o del pasado; *b*) de intenciones (*Willensmitteilungen*).

Un ejemplo de aplicación práctica de clasificaciones de este tipo, y de viva actualidad, está representado por el consentimiento del paciente al tratamiento médico.

En la doctrina alemana, hay quienes sostienen que esta figura no debe ser calificada como negocio jurídico, sino que debe ser ubicada en la categoría del acto jurídico en sentido estricto. Por consiguiente, "el consentimiento no determinaría el surgimiento –en los sujetos– ni de derechos ni de deberes, sino que se traduciría en una autorización concedida al terapeuta para desarrollar en el cuerpo de la persona una actividad de orden material. Dado que para los actos jurídicos en sentido estricto se consideran suficientes requisitos de capacidad y de voluntad distintos y «menores» en comparación con los establecidos para los negocios, se deduce que, para efectos de la validez del consentimiento al tratamiento, deberían operar criterios sustancialmente análogos a los fijados, en materia de imputabilidad, en el sector del ilícito y en el de los delitos"([21]).

([20]) En nuestro Código Civil, en cambio, "la aceptación expresa puede constar en instrumento público o privado. Hay aceptación tácita si el heredero entra en posesión de la herencia *o practica otros actos que demuestren de manera indubitable su voluntad de aceptar*" (art. 672), de modo que la voluntad conserva, en principio, su carácter determinante.

([21]) NANNINI, *Il consenso al trattamento medico. Presupposti teorici e applicazioni giurisprudenziali in Francia, Germania e Italia*, cit., pp. 157-158, quien reenvía a la obra de LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, t. II, *Besonderer Teil*, 12ª. ed., C. H. Beck, Múnich, 1981, p. 594, y brinda amplia bibliografía alemana adicional sobre el asunto. También aborda el punto, KOHLER, *BGB. Allgemeiner Teil*, cit., p. 110. La referencia al régimen de los actos ilícitos se debe a que estos constituyen, tradicionalmente, un caso de comportamientos en los cuales los efectos (resarcimiento o pena) no se corresponden con la voluntad del agente del evento dañoso o del delito (véase *infra*, § 2). En cuanto a la capacidad, el mismo problema se ha planteado, hace tiempo en la doctrina italiana, donde los autores que negaban que el consentimiento fuera un negocio jurídico proponían el criterio de la capacidad "natural", puesto que la capacidad "negocial" se adquiere, recién, con la mayoría de edad. Sólo que en el artículo 2 del Código Civil italiano se establece, en realidad, que "con la mayoría de edad se adquiere la capacidad de realizar *todos los actos* para los cuales no se establezca una edad distinta", de modo que un menor de edad no puede prestar consentimiento, ya sea que se siga la perspectiva negocial o la no-negocial. Todo ello es destacado por Giovanni CATTANEO, "Il consenso del paziente al trattamento medico-chirurgico", en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, año XI, 1957, p. 955. Por su parte, Virginia ZAMBRANO, "Il trattamento terapeutico e la falsa logica del consenso", en *Rassegna di Diritto Civile*, 2000, p. 770, anota: "en concreto, la opción entre acto y negocio no es irrelevante, porque permite aclarar si puede o no haber espacio para un fenómeno de representación".

Hay que admitir con NANNINI (*Il consenso al trattamento medico. Presupposti teorici e applicazioni giurisprudenziali in Francia, Germania e Italia*, cit., pp. 160-161), sin embargo, que para la solución de problemas de la importancia que unánimemente se reconoce al consentimiento al tratamiento médico parecería lógico seguir otros caminos, en lugar de confiar en una construcción doctrinal. Así lo he

Contrariamente, "la tesis que reconoce al consentimiento del enfermo la naturaleza y características de negocio jurídico parte de una simple consideración: en la *fattispecie* que aquí interesa se percibe una manifestación de voluntad dirigida a la producción de un preciso efecto jurídico; efecto que consiste en la atribución a otro sujeto de un «*subjektives Recht zu dieser Handlung (ein Ermächtigungsrecht)*» [de un "derecho subjetivo para efectuar el acto (un régimen de autorización)"], revocable, en todo momento, por parte de quien lo ha concedido. Y puesto que –se añade– el ejercicio de un derecho no puede configurar jamás un comportamiento ilícito, el consentimiento del interesado funge de causa de exclusión de la antijuridicidad, sea en el sector del delito, sea en el sector de la responsabilidad civil. [Esta] ... concepción se caracteriza por su limpidez formal y rigor científico; ella, además, permite resolver con extrema simplicidad [...] la cuestión relativa al régimen del consentimiento. A éste, en efecto, se deberían poder extender todas las reglas previstas o elaboradas para el negocio jurídico (por ejemplo, en materia de capacidad, de vicios de la voluntad, de modo de manifestación de la voluntad). Es sobre todo a la luz de esta claridad de líneas que se explica la influencia de esta orientación interpretativa –en la práctica, hasta nuestros días– en enteras generaciones de juristas, sea en el campo civil, sea en el campo penal"([22]).

El conocimiento de las peculiaridades históricas de la experiencia germana ha contribuido a que algún autor sostenga, respecto de su propio ordenamiento, que no habiéndose definido legislativamente el concepto de negocio jurídico, y dado que el problema de la determinación del concepto de negocio jurídico se halla, completamente, en manos de la doctrina, nada se opondría a la pura y simple incorporación de los llamados actos jurídicos en sentido estricto en la categoría de los negocios jurídicos([23]).

---

sostenido en LEÓN, Leysser L., "El consentimiento informado al tratamiento médico y su lugar central en el debate sobre los derechos del paciente", en *Revista Peruana de Jurisprudencia*, Año 4, núm. 32, 2003, p. 57, nota 96.

([22]) NANNINI, *Il consenso al trattamento medico. Presupposti teorici e applicazioni giurisprudenziali in Francia, Germania e Italia*, cit., pp. 150-151, quien reseña en estos términos un planteamiento originalmente expuesto en el artículo de Ernst ZITELMANN (1852-1923), "Ausschluß der Widerrechtlichkeit", en *Archiv für die civilistiche Praxis*, vol. 99, 1906, pp. 55-56, 61 y ss. (cuya imperfecta trascripción he tenido que corregir). Siempre en relación con este punto, y más recientemente, se propone hablar del consentimiento a la intervención como "negocio *sui generis*", con el objetivo de evitar la rígida aplicación "de las reglas previstas o elaboradas para el esquema negocial, pero sin tener que renunciar a las evidentes ventajas que brinda –desde la óptica constructiva– dicho esquema [...]. En efecto, la menor vinculación que la calificación del consentimiento asume según la fórmula sintética del negocio *sui generis* deja abierta, respecto de los distintos problemas relativos a la manifestación y a los requisitos del consentimiento, una gama de soluciones no dogmáticamente restringidas por un rígido modelo teórico": NANNINI, *Il consenso al trattamento medico. Presupposti teorici e applicazioni giurisprudenziali in Francia, Germania e Italia*, cit., pp. 161, 166.

([23]) ANDREOLI, *Contributo alla teoria dell'adempimento*, cit., p. 59. Las afirmaciones del autor citado se refieren al Código Civil italiano de 1865, pero es lícito suponer que no cambiarían si se atiende a la regulación del Código Civil vigente, de 1942, donde también se prescinde de una definición legislativa del negocio jurídico. Incluso en nuestros días no falta algún autor que destaca que en el Código Civil italiano "no siempre permite distinguir los llamados negocios de los actos en sentido estricto, pues actos negociales y actos no-negociales reciben en muchos casos una regulación común": VALLE, "Il dibattito sul negozio giuridico in Italia", cit., p. 627.

A ello se ha respondido que las categorías en cuestión, "aun cuando no aceptadas en la producción legislativa, se mantienen firmes en el plano lógico"([24]). Y, de hecho, en aquel ordenamiento jurídico que, aparentemente, tendría razones para mantenerse ajeno a estos debates doctrinales nacidos en el seno del derecho civil germano, se ha discutido, por años, sobre la naturaleza del pago o cumplimiento de las obligaciones. El móvil de tal polémica ha sido una norma que reconoce como inimpugnable, es decir, plenamente válido, el pago realizado por persona incapaz([25]), y que origina un panorama similar al antes descrito, respecto del consentimiento del paciente al tratamiento médico: hay quienes sostienen que el pago es, atendiendo a la nula relevancia de la capacidad del individuo que lo efectúa, un acto jurídico en sentido estricto (específicamente, un "acto debido"); otros, que es un negocio jurídico; y otros, en fin, que se trata de un fenómeno de naturaleza variable([26]). Según

---

([24]) MIRABELLI, "L'atto non negoziale nella dottrina tedesca e italiana", en *I cento anni del Codice civile tedesco in Germania e nella cultura giuridica italiana*, actas del Congreso celebrado en Ferrara, del 26 al 28 de septiembre de 1996, Cedam, Padua, 2002, p. 251. En otro lugar, el autor expone que aunque estuviera incluido en una codificación, el negocio jurídico "es y sigue siendo un concepto científico, del cual se pueden brindar diversos planteamientos, según las posiciones que cada estudioso decida asumir frente a la realidad designada con dicho concepto. La opinión opuesta, según la cual, la inserción de la figura en la codificación germana hace que el negocio deba estudiarse como figura legal, de modo que el estudioso quedaría vinculado a la construcción legislativa, pone en evidencia una doble y distinta problemática. Es indudable que si se trata de aplicar las normas de derecho positivo, que se refieren a la figura legal de negocio jurídico se debe realizar la exégesis de las normas que la conciernen como tales; empero, ello no impide considerar que dicho fenómeno, al cual la ciencia jurídica ha dado el nombre de negocio jurídico, es identificable independientemente de la inserción que se haya realizado en un texto legislativo; y es este detalle lo que ha permitido a la doctrina dirimir si el negocio estuvo presente en el derecho romano o en el derecho intermedio, que, con seguridad, ignoraron la locución y su sistemática. Lo que se busca, desde esta óptica, es si el fenómeno de la relevancia de la voluntad humana como fuente de efectos jurídicos ha sido tomado en cuenta en las distintas épocas, sin importar cuál haya sido su incidencia en el derecho positivo, o la solución adoptada en relación con los problemas que dicho problema plantea. *La noción de negocio es, entonces, una noción de teoría general del derecho*, sin importar cuál sea el ordenamiento en relación con el cual se la estudie o la materia a la cual se aplique": MIRABELLI, voz "Negozio giuridico (teoria generale)", en *Enciclopedia del diritto*, vol. XXVIII, Giuffrè, 1978, p. 3 (las cursivas son añadidas). Es a MIRABELLI, precisamente, a quien se debe la principal obra de la doctrina italiana sobre nuestro tema, la citada monografía *L'atto non negoziale nel diritto privato italiano*.

Otro destacado autor, considera que en un ordenamiento como el italiano, donde no hay rastros explícitos del negocio jurídico, esta figura sería importante, en el plano sistemático, ni más ni menos, "porque permite entender una fundamental partición en el ámbito de los actos jurídicos, entre actos de autonomía privada y actos no-negociales o actos en sentido estricto": BIANCA, C. Massimo, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, 2ª ed. (2000), reimpresión, Giuffrè, Milán, 2002, p. 16.

([25]) Código Civil italiano de 1942: "el deudor que ejecuta la prestación debida no puede impugnar el pago por causa de incapacidad propia" (art. 1191). La norma –nótese bien– no tiene equivalente en el Código Civil peruano.

([26]) En esta polémica han participado entre otros: NICOLÒ, "L'adempimento dell'obbligo altrui" [1936], en ID., *Raccolta di scritti*, II, Giuffrè, Milán, 1980, pp. 1113 y ss.; ID., voz "Adempimento (diritto civile)", en *Enciclopedia del diritto*, vol. I, Giuffrè, Milán, 1958, pp. 556 y ss.; Giorgio OPPO, *Adempimento e liberalità*, Giuffrè, Milán, 1947, pp. 374 y ss. (quien considera el cumplimiento como hecho jurídico); SANTORO-PASSARELLI, voz *"Atto giuridico"*, cit., p. 212; Michele GIORGIANNI, voz "Pagamento", en *Nuovo Digesto italiano*, vol. IX, Utet, Turín, 1939, p. 414; ID., voz "Pagamento (diritto civile)", en *Novissimo Digesto italiano*, vol. XII, Turín, Utet, 1965, pp. 329-330 (en la segunda

estas dos últimas posiciones, por lo tanto, existirán supuestos en los cuales resultará plenamente aplicable al cumplimiento de las obligaciones el régimen legal de los vicios de voluntad, de la representación, de la anulabilidad, etc.([27]).

---

versión de esta voz enciclopédica el maestro siciliano propugna, con mayor decisión, la tesis de la variabilidad de la naturaleza del pago, también defendida por SCHLESINGER, *Il pagamento al terzo*, Giuffrè, Milán, 1961, pp. 21 y ss.); y NATOLI, "Adempimento, atto dovuto, negozio giuridico" (1978), en ID., *Diritti fondamentali e categorie generali*, Giuffrè, Milán, 1993, pp. 637 y ss. El tema, desde luego, también es tratado en obras de carácter general como las de CARIOTA-FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Nápoles, Morano, s.a. (pero de 1948), pp. 46 y ss.; MIRABELLI, *L'atto non negoziale nel diritto privato italiano*, cit., pp. 240 y ss.; SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, cit., p. 168; y Mario SEGNI, *Autonomia privata e valutazione legale tipica*, Cedam, Padua, 1972, pp. 132-133.

Por varias décadas, da la impresión de imperar sin problemas la concepción del pago como "acto debido", desarrollada por CARNELUTTI en su estudio "Negozio giuridico, atto illecito, atto dovuto", publicado en la *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, vol. XXI, parte I, 1923, pp. 353 y ss. En cuanto a la tesis "negocial" o "contractual", ella tuvo defensores, y fue predominante, durante la vigencia del Código Civil italiano de 1865, como ANDREOLI y Mario ALLARA, influenciados por las obras de MANIGK, ENNECCERUS y HENLE (todos citados por NICOLÒ), además de KLEIN, *Die Rechtshandlungen im engeren Sinne*, cit., pp. 39-40.

Más recientemente, rinden cuenta del estado de cosas: DI MAJO, voz "Pagamento (diritto privato)", en *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXI, Giuffrè, Milán, 1981, pp. 549 y ss.; ID., *Delle obbligazioni in generale. Art. 1173-1176*, en *Commentario del codice civile Scialoja e Branca*, al cuidado de Francesco GALGANO, N. Zanichelli ed. y Soc. ed. del Foro italiano, Bolonia y Roma, 1988, pp. 364 y ss.; Mario BESSONE y Andrea D'ANGELO, voz "Adempimento", en *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. I, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1988, p. 3 (de la separata); Vittorino PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Cedam, Padua, 1990, pp. 164 y ss.; BRECCIA, *Le obbligazioni*, en *Trattato di diritto privato a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti*, Giuffrè, Milán, 1991, pp. 447 y ss.; Carlo CASTRONOVO, *Commentario sub art. 1176*, en *Commentario al codice civile diretto da Paolo Cendon*, vol. IV, Utet, Turín, 1991, pp. 19-20; y Giorgio CIAN, voz "Pagamento", en *Digesto delle discipline privatistiche*, vol. XIII, Utet, Turín, 1995, pp. 235 y ss.

En opinión de Carlo Augusto CANNATA, "L'adempimento delle obbligazioni", en *Trattato di diritto privato diretto da Pietro Rescigno*, vol. 9, Utet, Turín, 1984, pp. 64-65, en cambio, si se asume la concepción –correcta, a su parecer– del cumplimiento como "realización del programa obligativo" (el *Obligationsprogramm*, de la doctrina alemana), sale a la luz que la cuestión de la naturaleza del pago es, en realidad, un falso problema, totalmente privado de sentido.

([27]) Como afirma SEGNI, *Autonomia privata e valutazione legale tipica*, cit., pp. 139-140, "en el ámbito del acto en sentido estricto no es admisible como hipótesis, desde un punto de vista meramente lógico, la figura del vicio de la voluntad. Aquí, en efecto, lo que interesa, para efectos de la valoración del ordenamiento, es si cierta voluntad ha estado presente, y no el modo en que esta voluntad se ha formado. Por lo tanto, no es referible al acto en sentido estricto la categoría de la anulabilidad. En efecto, o la *fattispecie* descrita por la ley se ha realizado, en sus elementos objetivos y subjetivos, y el acto será de todos modos existente y productivo de los efectos que la ley le atribuye, sin que tengan ninguna relevancia los motivos que han inducido al sujeto a realizarlo; o bien un evento cualquiera habrá impedido que el comportamiento material venga acompañado del propósito requerido por el ordenamiento, y el acto ni siquiera se habrá realizado. En el acto no-negocial, en otras palabras, no puede hablarse de validez o de invalidez, sino solamente de existencia o de inexistencia".

Desde otra perspectiva, sobre la cual trataré más adelante (véase: *infra*, § 5), Vincenzo SCALISI, "La teoria del negozio giuridico a cento anni del BGB", en *I cento anni del codice civile tedesco in Germania e nella cultura giuridica italiana*, cit., p. 232-233, sostiene que son "típicos y exclusivamente

Un camino singular, y sin lugar a dudas digno de atención por la técnica legislativa de la que hace gala, es el seguido en el nuevo Código Civil brasileño (Ley 10.406, del 11 de enero del 2002), en vigor desde el 2003, donde se regula la figura del negocio jurídico (libro III, *De los hechos jurídicos*, título I, *Del negocio jurídico*), con acertada prescindencia de una definición legislativa de la misma, y se incluye, de igual forma, una única disposición (libro III, título II, *De los actos jurídicos lícitos*, artículo 185) referida a los actos lícitos que no son negocios jurídicos –una de las formas de definir los actos jurídicos en sentido estricto–, donde se establece que a ellos se les aplicará, en lo que corresponda, las normas contenidas en el título dedicado a los negocios([28]).

Hay que recordar, llegados a este punto, que las especulaciones sobre los actos jurídicos en sentido estricto suelen venir de la mano con la explicación pormenorizada de la fenomenología jurídica, y es así que, habitualmente, se trata, en la misma oportunidad, y en una dimensión aun más amplia, de los *hechos jurídicos*([29]).

---

referibles a los negocios, y no a los demás actos, en tanto los primeros presuponen una *fase programática distinta de su realización*, los juicios normativos de valoración, que subyacen a las figuras de la validez e invalidez, eficacia e ineficacia, oponibilidad e inoponibilidad. En dichos juicios, principalmente, se expresa toda la especialidad de la relación que conexiona y salda el fenómeno práctico con el tratamiento normativo reservado al mismo".

([28]) En ordenamiento italiano, se presenta el problema del artículo 1324 del *Codice civile*: "*Normas aplicables a los actos unilaterales*.- Salvo disposición legal diversa, las normas que regulan los contratos se observan, en lo que sean compatibles, para los actos unilaterales *inter vivos* que tengan contenido patrimonial", de la que algún autor parte para deducir, necesariamente, los negocios jurídicos, y luego, los actos no-negociales: "el haber afirmado que el criterio fundamental para establecer la aplicabilidad de las normas establecidas para los contratos es la *compatibilidad* de estas con la esencia de los distintos actos significa haber fijado –aunque no del todo conscientemente– la distinción entre negocios jurídicos y actos no-negociales. En efecto, si se considera que negocio es aquel acto al cual se atribuye el particular efecto vinculante que imponen a los sujetos observar una conducta correspondiente a la regulación que ellos mismos han dispuesto, y que, correlativamente, el negocio es expresión de la autonomía privada, no es posible no haber afirmado que normas establecidas para una particular categoría de negocios –como la de los contratos– no son aplicables a actos que no constituyen ejercicio de autonomía y que no tienen efecto negocial": MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, 3ª ed., en *Commentario del codice civile*, Utet, Turín, 1980, pp. 37-38.

([29]) A pesar de que no faltan voces que sostienen, con argumentos difíciles de refutar, que "el negocio, sea desde la perspectiva de la voluntad, sea desde la perspectiva de la autonomía, no es reducible a subespecie del hecho jurídico, porque no recibe de la ley su propia energía creativa. El negocio se inserta en una *lógica contrastante* con el ritmo del hecho jurídico, si es verdad que expresa un valor original y no un valor derivado de la previsión legislativa. No se escapa, en resumen, de la alternativa: o el negocio es asimilado al «género» de los hechos jurídicos, y entonces, se niega al mismo, como a todos los hechos jurídicos, un valor original; o se afirma este valor, y entonces se niega que el negocio sea uno de los hechos jurídicos (de los hechos que son jurídicos, y productivos de efectos, en virtud de la ley). A la apremiante claridad de la alternativa no escapan ni el dogma de la voluntad ni la doctrina de la autonomía": IRTI, Natalino, "Itinerari del negozio giuridico" (1978), en ID., *Letture bettiane sul negozio giuridico*, Giuffrè, Milán, 1991, p. 8, quien hace suyo el parecer de Alessandro PASSERIN D'ENTRÈVES, *Il negozio giuridico. Saggio di filosofia del diritto*, Tip. Roberto Gayet, Turín, 1934, pp. 29-30, 68 y ss. Sobre las actuales críticas a la teoría de los hechos jurídicos, véase *infra*, nota 143, en relación con la obra de Ennio RUSSO.

Al respecto, se ha escrito que si se acoge, por ejemplo, la concepción del ordenamiento jurídico como sistema de derechos subjetivos nacerá el problema primordial "de estudiar de qué manera nacen estos a la vida y cuáles son los hechos que pueden tener virtualidad para crearlos"([30]). La apreciación no varía si, siendo más leales con la doctrina original, el interés se concentra en investigar cómo se crean, modifican o extinguen las relaciones jurídicas([31]) o las situaciones jurídicas([32]). Se han expuesto, entonces, las más diversas clasifi-

---

([30]) ÁLVAREZ SUÁREZ, Ursicino, *El negocio jurídico en derecho romano*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954, p. 3. Este modo de apreciar el fenómeno es típico de los representantes del pandectismo germano, como Karl Ludwig ARNDTS (1803-1878), *Lehrbuch der Pandekten*, trad. italiana de Filippo SERAFINI, *Trattato delle Pandette*, 2ª ed., vol. I, Tipi Fava e Garagnani, Bolonia, 1874: "Los hechos jurídicos, positivos o negativos, de los cuales depende el nacimiento, la extinción, o la mera mutación de un derecho, justamente por tener efectos jurídicos se llaman hechos jurídicos"; Bernhard WINDSCHEID (1817-1892), *Lehrbuch des Pandektenrechts* (7ª ed., 1891), trad. italiana de Carlo FADDA y Paolo Emilio BENSA, *Diritto delle pandette*, vol. I, parte I, Utet, Turín, 1902, p. 259: "los distintos momentos de los estados de hechos, sobre cuya base se efectúa el nacimiento, la extinción o la modificación de los derechos, son los hechos jurídicos"; y Heinrich DERNBURG (1829-1907), *Pandekten*, t. I, *Allgemeiner Teil und Sachenrecht*, 6ª ed. al cuidado de Johannes BIERMANN, Müller, Berlín, 1902, p. 180: "los factores de los derechos en sentido subjetivo son los hechos (*Tatsachen*), es decir, acaecimientos que se producen en el espacio y en el tiempo, perceptibles mediante los sentidos. A través de los hechos se realiza la adquisición, la modificación, la pérdida de los derechos. Y dado que los derechos surgen abstractamente de los hechos, la existencia de aquellos se puede deducir y reconocer, prácticamente, sólo a partir de los hechos. Por ello, toda controversia jurídica gira, en primer lugar, en torno de los hechos que constituyen, modifican o destruyen el derecho. Con razón, se llaman «jurídicos» (*juristische*) aquellos hechos que configuran el derecho, pues, en efecto, ellos determinan la vida del derecho". De nacimiento, modificación y extinción de derechos hablan romanistas como Joseph Louis Elzéar ORTOLAN (1802-1873), *Histoire de la législation romaine*, 11ª ed. al cuidado de Joseph Émile LABBE (la 1ª ed., es de 1827), E. Plon et Cie., París, 1880, pp. 619 y ss.; Eduard HÖLDER (1847-1911), *Institutionen des römischen Rechtes* (2ª ed. 1883), trad. italiana de Dante CAPORALI, *Istituzioni di diritto romano*, Fratelli Bocca Editori, Turín, 1887, pp. 70 y ss.; Contardo FERRINI (1859-1902), *Manuale di pandette* (1900), 4ª ed. al cuidado de Giuseppe GROSSO, Società editrice libraria, Milán, 1953, pp. 107 y ss.; por filósofos del derecho, como Widar CESARINI-SFORZA (1886-1965), "Note per una teoria generale degli atti giuridici" (1932), en ID., *Vecchie e nuove pagine di filosofia, storia e diritto*, I, *Filosofia e teoria generale*, Giuffrè, Milán, 1967, pp. 453 y ss.; y por civilistas-romanistas, como Roberto DE RUGGIERO (1875-1934), *Istituzioni di diritto civile*, 7ª ed., vol. I, Casa editrice Giuseppe Principato, Mesina-Milán, 1934, p. 226.

([31]) Tal, en efecto, es el temprano enfoque dado al problema por Friedrich Carl von SAVIGNY (1779-1861) en su *System des heutigen römischen Rechts*, trad. italiana de Vittorio SCIALOJA, *Sistema del diritto romano attuale*, vol. III, Utet, Turín, 1891, pp. 2 y ss., y así lo nota Stefan RIESENFELD, "The Influence of German Legal Theory on American Law: The Heritage of Savigny and his Disciples", en *The American Journal of Comparative Law*, vol. XXXVII, 1989, p. 3. La terminología es seguida, en Alemania, por Richard SCHALL, *Der Parteiwille im Rechtsgeschäft* (1877), trad. italiana de Carlo BETOCCHI, "Il volere delle parti nel negozio giuridico", en *Il Filangieri*, año XV, 1890, parte I, pp. 379 y ss.; y por romanistas italianos como Nicola DE CRESCENZIO, *Sistema del diritto civile romano*, 2ª ed., vol. I, Nicola Jovene, Nápoles, 1869, p. 134; Biagio BRUGI, *Istituzioni di diritto privato giustinianeo*, parte I, Fratelli Drucker, Verona-Padua, 1897, pp. 131 y ss.; Giovanni PACCHIONI, *Corso di diritto romano*, vol. II, *Le istituzioni del diritto privato*, Utet, Turín, 1910, p. 133; Emilio BETTI, *Corso di istituzioni di diritto romano (anno accademico 1927-1928)*, vol. I, *Parte generale*, Cedam, Padua, 1928, pp. 232 y siguientes (aunque también habla de situaciones jurídicas, en esta y otras de sus obras); Vincenzo ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, 14ª ed., reimpresión, Jovene, Nápoles, 1968, p. 21; y Alberto BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, 4ª ed. (1993), reimpresión, Turín, Utet, 1998, p. 183; y sigue siendo preferida por un sector de la teoría general del

caciones y subdivisiones, se han denunciado insuficiencias y se han concebido y propuesto distintas categorías, incluso –como se verá en su momento– en el ámbito de las reflexiones de carácter iusfilosófico.

Constatado ello, es conveniente prestar atención a quien sugiere que los esquemas y clasificaciones propuestos no sean calificados en términos de verdad-falsedad absolutas, sino atendiendo a las distintas ópticas e ideologías que han condicionado e influenciado, sucesivamente, las varias "doctrinas" de los hechos jurídicos([33]).

De todas formas, es posible que aquel resalto –el manifiesto interés de los filósofos del derecho en el asunto– haya tenido que ver con la poca estima actual, cuando no con la pura indiferencia, frente a las consideraciones formuladas por los importantes autores que han abordado la delicada cuestión. Se ha llegado a señalar, para mayor alarma([34]), que la

---

derecho: ALLARA, *Vicende del rapporto giuridico, fattispecie, fatti giuridici* (1941), reimpresión, Giappichelli, Turín, 1999, pp. 86 y ss.; IRTI, voz "Rilevanza giuridica", en *Novissimo Digesto italiano*, vol. XV, Utet, Turín, 1968, pp. 1095 y ss.

([32]) Esta terminología es preferida por romanistas como Giovanni PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*, Picci, Padua, 1986, p. 50, o Matteo MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, 2ª ed. (1994), 7ª reimpresión, Palumbo, Palermo, 2000, p. 123; por procesalistas como Enzo ENRIQUES, *La sentenza come fatto giuridico*, Cedam, Padua, 1937, pp. 9-10; y por civilistas y teóricos generales del derecho como Salvatore PUGLIATTI, *I fatti giuridici*, ed. revisada y actualizada por Angelo FALZEA (1945), Giuffrè, Milán, 1996, pp. 25 y ss.; ID., voz "Acquisto del diritto", en *Enciclopedia del diritto*, vol. I, Giuffrè, Milán, 1958, p. 509; CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, 3ª ed., Società editrice del "Foro italiano", Roma, 1951, pp. 200 y ss.; SCOGNAMIGLIO, "Atto giuridico", cit., p. 61; ID., voz "Fattispecie", en *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XIV, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1989, pp. 1 y ss. (de la separata); FALZEA, voz "Efficacia giuridica", en *Enciclopedia del diritto*, vol. XIV, Giuffrè, Milán, 1965, pp. 477 y ss. (y en todas sus obras citadas en el presente estudio); DI MAJO, "Fatti e atti giuridici", cit., p. 391; BIGLIAZZI-GERI, BRECCIA, BUSNELLI y NATOLI, *Diritto civile*, vol. I-2, *Fatti e atti giuridici*, cit., pp. 437 y ss.; y MAJELLO, "Situazioni e rapporti giuridici", cit., p. 71.

MAIORCA, voz "Fatto giuridico-fattispecie", cit., p. 112, percibe una sucesión temporal en la identificación de las consecuencias jurídicas de los hechos jurídicos con el "nacimiento, modificación o extinción de derechos subjetivos", con la "relación jurídica" y con la "situación jurídica". Por su parte, MOSCHELLA, "Fatto giuridico", cit., p. 2, comenta que hablar de mutaciones de las situaciones jurídicas subjetivas, y no de las relaciones jurídicas, resulta "menos comprometedor".

([33]) DI MAJO, "Fatti e atti giuricici", cit., p. 393.

([34]) Alarma injustificada, y en modo alguno desalentadora. A las repetitivas y fáciles críticas contra el conceptualismo o formalismo, que también son comunes entre nosotros, hay que responder, como ya hacía, dirigiéndose a los bisoños comparatistas de su época, Francesco MESSINEO, "L'indagine comparativa negli studii giuridici", en *Archivio giuridico "Filippo Serafíni"*, 4ª serie, vol. XXI, 1931, p. 17, nota (3), que, la *Begriffsjurisprudenz* "tenía, con todos sus defectos, al menos el mérito de proponerse una tarea bien definida y realizable", o como hace, ahora, Giovanni Battista FERRI, "La cultura del civilista tra formalismo e antiformalismo" (1993), en ID., *Le anamorfosi del diritto civile attuale*, Cedam, Padua, 1994, p. 101: "las tendencias antiformalistas jamás han logrado proponer válidos y atendibles modelos alternativos, en condición de sustituir aquellos *sistemas* (de normas y/o de conceptos) cuya superación han exigido". ORRÙ, Giovanni, voz "Giurisprudenza dei concetti", en *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione civile*, vol. IX, Turín, Utet, 1993, p. 180, auspicia el necesario paso "de una ciencia jurídica arbitraria, formal y neutral a una ciencia jurídica conscientemente filosófica y sociológica, atenta a las exigencias formales imprescindibles que la jurisprudencia de conceptos, a pesar de todo, y a su manera, supo poner en evidencia y satisfacer meritoriamente". Entre los romanistas,

teoría de los hechos jurídicos constituye un producto particular de la *Begriffsjurisprudenz*([35]), de la "jurisprudencia de conceptos", que se desarrolla en simultaneidad con la construcción del *allgemeiner Teil*, de la "parte general" del derecho civil alemán, "una organización especial de conceptos jurídicos (a la cual se arriba mediante el procedimiento típico de las ciencias naturales, la abstracción generalizadora), donde se construyen «dogmáticamente» aquellos elementos que son comunes a toda una serie de instituciones reguladas, más o menos analíticamente, por el derecho codificado"([36]).

PUGLIESE, "I pandettisti fra tradizione romanistica e moderna scienza del diritto" (1973), ahora en ID., *Scritti giuridici scelti*, III, *Diritto romano*, Jovene, Nápoles, 1985, p. 430, nota 23, hace ver que "la gama de los opositores a la *Begriffsjurisprudenz* ha sido, indudablemente, vasta y rica, pero el valor histórico de esta corriente de juristas, y de los pandectistas en especial, no resulta disminuido por ello". Aldo MAZZACANE, voz "Pandettistica", en *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXI, Giuffrè, Milán, 1981, p. 607, añadirá que en el plano metodológico, el pandectismo "impuso la idea de una continuidad del derecho romano entre las distintas épocas, fundada en el carácter universal de sus principios, que está aún lejana de ser nuevamente sometida a discusión de manera exhaustiva".

([35]) MANIGK, "Das System des juristischen Handlungen im neuesten Schrifttum", cit., p. 12.

A propósito de la obra de KLEIN, *Die Rechtshandlungen im engeren Sinne*, cit., p. 5, se ha observado que él decide tomar partido por la *Interessenjurisprudenz*, la "jurisprudencia de intereses", pero que en un estadio posterior de la investigación jurídica, una rígida oposición entre dicha tendencia y la *Begriffsjurisprudenz* parece insostenible. "Es verdad que el derecho es un conjunto de intereses, es decir, de valores prácticos; pero por otra parte, la ciencia del derecho, como toda ciencia, no puede ser sino determinación de conceptos: los intereses, los valores prácticos, no pueden ser definidos científicamente, sino a través de conceptos (aunque sean de tipo peculiar): PANUCCIO, *Le dichiarazioni non negoziali di volontà*, cit., pp. 29 y ss.

También MIRABELLI, *L'atto non negoziale nel diritto privato italiano*, cit., pp. 38-39, asume la perspectiva de la "jurisprudencia de intereses" en su trabajo de investigación, es decir, la evaluación de los intereses que el ordenamiento toma en cuenta al momento de atribuir relevancia a cada acto. Ello le vale la crítica de SCOGNAMIGLIO, en su "Recensione" (comentario bibliográfico) publicada en *Rivista di Diritto Civile*, año II, 1956, p. 735: "a pesar de que nos damos cuenta plenamente [...] de los peligros de la llamada jurisprudencia de conceptos, no por ello creemos poder adherir del todo a método opuesto, de los intereses, especialmente en la aplicación que propone MIRABELLI. Si el problema propuesto es el siguiente: cuáles de las instituciones que componen el régimen de los negocios jurídicos pueden aplicarse a este u otro acto, no comprendemos cómo sería posible resolverlo a tenor de la función práctica de cada acto, o de su compatibilidad con aquellas instituciones y las distintas normas. Ya el mismo problema propuesto se apoya, sin importar lo que se diga al respecto, en un apriorismo conceptual, y es lícito preguntarse por qué, puesto que tales actos no son negocios, se tiene que investigar en torno de la aplicabilidad a los mismos del régimen negocial. [...] Nosotros creemos [...] que para eliminar sus problemas, la ciencia jurídica no puede, ciertamente, eliminar los conceptos, sino que el problema es, justamente, determinar, para los meros fines de la distinción de las diversas figuras, conceptos que adhieran en la mayor medida posible a la realidad jurídica". Del todo neutral, en cambio, es la "Recensione" a la misma obra, escrita por Angiola SBAIZ, y publicada en la *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, año IX, 1955, pp. 469 y ss.

([36]) CAMMARATA, Angelo Ermanno, "Il significato e la funzione del «fatto» nell'esperienza giuridica", en *Annali della R. Università di Macerata*, vol. V, 1929, pp. 394-395, texto y notas. Este nexo metodológico y temporal es igualmente destacado por PASSERIN D'ENTRÈVES, *Il negozio giuridico. Saggio di filosofia del diritto*, cit., p. 78; BETTI, *Cours de droit civil comparé*, II, *Système du code civil allemand*, Giuffrè, Milán, 1965, pp. 37 y ss.; MAIORCA, voz "Fatto giuridico-fattispecie", cit., p. 112; SCODITTI, Enrico, "Svolgimenti della teoria del negozio giuridico nella dottrina italiana", en *Rivista critica del diritto privato*, año VII, núm. 4, 1989, p. 650; FALZEA, "Relazione introduttiva", en *I cen-*

Resulta necesario, pues, un deslinde introductivo entre la prédica anacrónica de los postulados de aquella "jurisprudencia de conceptos" y el empleo de los conceptos mismos, que resultan inevitables, en tanto y en cuanto "el dato que el jurista encuentra frente a sí no pertenece a la naturaleza, sino a la historia de los hombres. La norma es fruto del pensamiento y voluntad humanos. Y esta voluntad y pensamiento, en el acto de establecer las reglas de conducta, y de seleccionar los eventos relevantes para el derecho no puede no *conceptualizar* la realidad, reducirla a tipos y esquemas generales. La ciencia jurídica es, entonces, una ciencia de segundo grado, ciencia de un objeto que ya es, de por sí, un saber, un observar la realidad a través de tipificaciones conceptuales"([37]).

Los exponentes de la *Begriffsjurisprudenz* asumían como tarea propia la fundación de un "complejo conceptual en condición de dominar la vasta y compleja materia jurídica, y un sistema de categorías en el cual cada parte, pequeña o grande, de la materia encontr[ara] una colocación apropiada"([38]). Su metodología, conforme con sus objetivos, tenía como sostén la concepción del derecho que es peculiar del positivismo jurídico, es decir, que "todo ordenamiento jurídico constituye un sistema (de instituciones, conceptos, reglas, principios) cerrado y completo. La idea de sistema significa reducción a unidad de una multiplicidad que es reconocida en su coherencia lógica. La lógica formal es la que conduce a este tipo de unidad. El sistema conceptual se asemeja en mucho a una pirámide. El concepto más elevado, es decir, la cima de la pirámide, está suspendido en lo alto, sobre la base, pero ello, justamente, permite –si nos imaginamos transparente la pirámide– la más completa visión de conjunto. [...] El ideal del sistema lógico se alcanza si en la cima de la pirámide se halla un concepto generalísimo, con el cual sea posible asociar todos los conceptos restantes, como especies y subespecies respectivas. Un ejemplo de construcción sistemática de conceptos jerarquizados según un orden de generalidad creciente podría ser el siguiente: *compraventa*, *contrato*, *negocio jurídico*, *acto jurídico*, *hecho jurídico*. La construcción consiste, ni más ni menos, en hacer comprender un concepto en otro concepto, más amplio, como *species* en un *genus*"([39]).

---

to anni del codice civile tedesco in Germania e nella cultura giuridica italiana, cit., p. 105. El *algemeiner Teil*, encaminado a "disponer en un orden lógico los conceptos y las proposiciones, justamente, generales, es el resultado del trabajo sistemático-conceptual desarrollado por la tendencia positivista-formalista. En ella se ilustran las figuras del sujeto, de la relación jurídica, del acto jurídico, del negocio jurídico, de la *fattispecie*, etc.": ORRÙ, voz "Giurisprudenza dei concetti", cit., p. 178. Al respecto, véase: LEÓN, Leysser L., "Vigencia y papel central del negocio jurídico en la parte general del Código Civil", en *Advocatus*, nueva etapa, núm. 9, 2003, especialmente, pp. 259 y ss.

([37]) IRTI, "La polemica sui concetti giuridici", en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, año LVIII, 2004, p. 12. CARIOTA-FERRARA, "*Vetera et nova* nella dottrina giuridica", cit., p. 350, enfatiza que "el nuestro es un «conocimiento por conceptos»; a esto se reduce la realidad jurídica. También para la ciencia jurídica, desde luego, el concepto debe representar lógicamente dicha realidad, y serán los conceptos científicos, que representan la vida jurídica, no menos legítimos que los conceptos jurídicos que la dirigen".

([38]) FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche*, parte I, *Il concetto del diritto*, 4ª. ed., Giuffrè, Milán, 1992, p. 76.

([39]) ORRÙ, voz "Giurisprudenza dei concetti", cit., p. 178 (las cursivas son añadidas). En el mismo sentido, sobre el modo de proceder característico de la *Begriffsjurisprudenz*, en general: PARESCE, Enrico, voz "Dogmatica giuridica", en *Enciclopedia del diritto*, vol. XIII, Giuffrè, Milán, 1964, p. 687. IRTI,

La consulta de la novísima edición de un prestigioso manual de derecho privado ofrece un discurso suficientemente revelador de la organización racional de los fenómenos que aquí se estudian, la cual deriva de la corriente de pensamiento a la que se acaba de hacer referencia. Allí se leerá que los *hechos jurídicos* son aquellos que "acaecen en el mundo natural o en la realidad social y que producen consecuencias relevantes para el derecho"([40]). Dentro de dicha categoría general se distinguirán los *hechos naturales* de los *hechos humanos*. Los primeros son llamados *hechos jurídicos en sentido estricto*; los segundos, *actos jurídicos*. Se dejará en claro, sin embargo, que "no es suficiente la proveniencia del hombre para la calificación como *acto*. Lo que es importante es otro punto: si la ley requiere, en el hecho humano, la conciencia y la voluntad del agente, y más aun, la capacidad de obrar, que es necesaria para la realización de los actos jurídicos. Cuando ello no ocurra, estaremos en presencia de un *hecho* en el sentido estricto de la palabra, y será indiferente la participación del hombre en el evento que modifica la realidad. En tal sentido, deben considerarse *hechos*

"Itinerari del negozio giuridico", cit., p. 8, habla de un "proceso de especificación", que "partiendo del hecho jurídico arriba al negocio y al contrato. Puesto que *hecho* jurídico es el hecho histórico o natural al que la ley atribuye ciertas consecuencias en el mundo del derecho, se pasa, luego, a la especie del *acto*, evento que deriva de la libre elección de la voluntad humana, y de éste a la subespecie del *negocio*". Por su parte, FALZEA, "L'atto negoziale nel sistema dei comportamenti giuridici", cit., pp. 775-776, explica: "el diseño teórico trazado por la doctrina, a través de una serie de bocetos, seguida por una entera serie de progresivas aproximaciones, porta las huellas inconfundibles de un proceso de generalización del mismo tipo que el pensamiento científico emplea usualmente en la edificación de sus categorías. Dicho proceso ha tenido como punto de partida el concepto de contrato, que ya representaba, de por sí, el resultado de una generalización, realizada sobre la base de la extracción de los elementos invariables comunes de los distintos tipos contractuales. Partiendo del contrato, el proceso de generalización ha arribado, en primer lugar, a la figura de generalidad mayor, pero todavía intermedia, del negocio jurídico, para alcanzar la figura, aun más general, de la declaración de voluntad. La genealogía conceptual ha sido reconstruida, por lo tanto, con la colocación en la cumbre de la declaración de voluntad, de la cual se obtienen las figuras más específicas de la declaración de voluntad negocial y de la declaración de voluntad no-negocial; la declaración negocial de voluntad ha sido asumida, finalmente, como matriz de los conceptos de negocio de tipo contractual y de negocio de tipo no-contractual, ulteriormente subdivididos por tipos aun más específicos. *Ambos procedimientos, de progresiva generalización y de sucesiva especificación, son metodológicamente necesarios, porque obedecen a exigencias científicas incontestables*. Contestable, en cambio, es el criterio empleado como base de los dos proceso, y fundado [...] en la voluntad. *Sustituido dicho criterio con el axiológico-práctico de los intereses y de los valores, los dos procesos experimentan una redefinición, en virtud de la cual devienen científicamente y prácticamente útiles, y por lo tanto, totalmente legítimos*" (las cursivas son añadidas). Sobre la perspectiva axiológico-práctica de FALZEA, aplicada a la distinción de los comportamientos jurídicos, véase *infra*, § 5, texto y notas.

La "pirámide de los conceptos" (*Begriffspyramide*) evoca la obra de Georg Friedrich PUCHTA (1798-1846), y "constituye el ejemplo más conocido y más representativo de este modo de concebir la sistemática, la cual pasa a tener, no sólo una función práctica, sino, de por sí, un valor cognoscitivo": PUGLIESE, "I pandettisti fra tradizione romanistica e moderna scienza del diritto", cit., p. 435. La "construcción jurídica", en cambio, así como la idea de la "capacidad reproductiva de los conceptos" son desarrolladas, principalmente, por Rudolf von JHERING (1818-1892) –por el "primer" JHERING, como se suele precisar–y tienen reflejos en las teorías del derecho más sofisticadas y actuales: LOSANO, Mario G., *Sistema e struttura nel diritto*, vol. I, *Dalle origini alla Scuola storica*, Giuffrè, Milán, 2002, pp. 253 y 290.

([40]) RESCIGNO, Pietro, *Manuale di diritto privato*, ed. al cuidado de Gianpiero Paolo CIRILLO, Kluwer-Ipsoa, Milán, 2000, p. 229.

la plantación, la construcción o la obra realizada por el hombre sobre o bajo el suelo, la unión o mezcla de cosas, la especificación que extrae de la materia de propiedad ajena una forma nueva, etc. Decisiva –se repite– no es la circunstancia de que falte la capacidad legal de obrar y la voluntad del sujeto, sino que la ley prescinda o bien tome en consideración, para particulares fines, la actividad humana en su materialidad. [...] La categoría de los *actos* se distingue por la necesidad de que los mismos se sustenten en la capacidad y voluntad del sujeto que los realiza, para que se produzcan los efectos previstos por la ley"([41]). Los actos se subdividirán, seguidamente, en *lícitos* e *ilícitos*, y se subrayará la singular importancia que revisten, entre los primeros, los *actos de autonomía negocial* o *negocios jurídicos*. Como punto final, estos últimos se diferenciarán, con la "doctrina más autorizada" [*sic*] de los *actos en sentido estricto*([42]).

Como legítimamente se sospecha, esta clasificación común, "fuera del imponente número de páginas que ha hecho escribir a los teóricos, es quizás la única que cuenta con carta de ciudadanía en la ciencia jurídica, entendida como ciencia en los fenómenos jurídicos, en tanto y en cuanto es la única que tiene un fundamento netamente jurídico, y que da lugar, por otro lado, a consecuencias en orden a la regulación jurídica"([43]); es a su formación histórica, entonces, a la que toca prestar atención seguidamente.

§ 4. La clasificación tradicional: los hechos, actos y negocios jurídicos, actos lícitos y actos ilícitos, en la obra de los romanistas. El aporte del pandectismo germano y la enunciación inicial de la voluntad como criterio diferenciador

No puede olvidarse que "contribuciones esenciales para el estudio del derecho civil se han debido a los romanistas más calificados, y, por otro lado, la formación cultural de muchos civilistas tuvo inicio, justamente, en el estudio del derecho romano. Así se fue formando una dogmática moderna, que se alimentaba y, en cierto sentido, se justificaba, por el conocimiento, cada vez más profundizado, del sistema jurídico romano, respecto del cual se consideraban vivos y vitales muchos de sus principios y categorías"([44]).

([41]) RESCIGNO, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 230.

([42]) RESCIGNO, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 232.

([43]) SCOCA, Franco Gaetano, *Contributo sul tema della fattispecie preceptiva*, Università di Perugia, Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza, núm. 18, 1979, p. 84.

([44]) NICOLÒ, voz "Diritto civile", cit., p. 919. El mismo autor, en una lección inaugural merecidamente famosa en Italia, "Riflessioni sul tema dell'impresa e su talune esigenze di una moderna dottrina del diritto", en *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, año LIV, parte I, 1956, p. 180, reflexionaba en estos términos: "no se puede dejar de reconocer que buena parte de los cultores de los estudios civilísticos se ha dado cuenta de que, desde hace tiempo, se habría tenido que considerar definitivamente cerrada aquella que se podría denominar como la *fase romanista* de la doctrina del derecho civil, que brindó tan grandes servicios al progreso de los estudios, pero que, madurada en contemplación de un mundo profundamente diverso de aquel en el que vivimos nosotros, ya no es adecuada a la realidad, y comienza a mostrar, por todas partes, sus insuficiencias y anacronismos". Y visionariamente, auspiciaba (*ivi*, p. 181) que "si no queremos reducir la doctrina civilista, que tradicionalmente es la depositaria de aquel conjunto de conceptos y principios que constituyen la llamada teoría general del derecho, a un inmóvil archivo de conceptos, que otros, más evolucionados y sensibles frente a los tiempos tengan la posibilidad de desempolvar y utilizar con las modificaciones conve-

Los romanistas([45]) enseñan, ante todo, que "en el mundo del derecho no cuenta la realidad efectual, sino aquella que es considerada por el derecho"([46]), y a renglón seguido, que todos los fenómenos "por los cuales el derecho nace, se modifica o se extingue están vinculados con la realización de un determinado hecho"([47]). Existirán, entonces, "circunstancias o situaciones de hecho a las cuales el derecho objetivo enlaza[rá] consecuencias jurídicas o efectos jurídicos", y, en contraposición, "circunstancias, situaciones, relaciones sociales, que el derecho no toma[rá] en consideración y que se mantendrán desprovistas de efectos jurídicos"([48]). En otras palabras, existirán acontecimientos "relevantes"([49]) para el derecho,

---

nientes, debemos orientarnos, con valor, hacia un nuevo curso de nuestros estudios, que yo llamaría la *fase mercantilista*, entendiendo con dicha expresión la exigencia de atender a la construcción de una doctrina general, cuyo substrato esté representado por aquello que es la concreta realidad económico-social del tiempo moderno, en sus articulaciones estructurales y en sus aspectos funcionales".

([45]) Como tema de estudio para los romanistas, el negocio jurídico continúa ostentando un lugar importante. Se sostiene que su utilización como categoría general de referencia no implica riesgos de deformación histórica, y que es más bien útil, en tanto permite exposiciones más ordenadas de fenómenos objetivamente homogéneos: ALBANESE, Bernardo, *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*, Università di Palermo, 1982, p. 7. Es importante destacarlo, si se tiene en cuenta la inobjetable y total ajenidad de la figura al mundo jurídico romano, "sea al pensamiento de sus juristas, sea a la trama de sus estratificaciones normativas": SCHIAVONE, Aldo, voz "Negozio giuridico (diritto romano)", en *Enciclopedia del diritto*, vol. XXVII, Giuffrè, Milán, 1977, p. 907. Hay quienes afirman que el negocio se revela como un esquema general y abstracto al que se puede recurrir con provecho, como un "elemento de enlace entre el derecho romano, restituido a su historia y la superestructura de la tradición romanista (menos claros de cuanto se quisiera), al proveer una suerte de «gramática elemental del derecho», cuya utilidad para el estudiante puede anular los riesgos de alguna falacia histórica": DALLA, Danilo y LAMBERTINI, Renzo, *Istituzioni di diritto romano*, Giappichelli, Turín, 1996, p. 199. Todo ello ya había sido advertido por Vittorio SCIALOJA, "Responsabilità e volontà nei negozi giuridici" (1885), en *Scritti giuridici*, vol. I, *Diritto romano*, parte I, Anonima Romana Editoriale, Roma, 1933, p. 277.

([46]) PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 48.

([47]) FADDA, Carlo, *Parte generale con speciale riguardo alla teoria del negozio giuridico*, Lorenzo Alvano Libraio Editore, Nápoles, 1909, p. 127; En el mismo sentido: BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, cit., pp. 182-183. Desde otra perspectiva, pero en términos coincidentes, IRTI, voz "Rilevanza giuridica", cit., p. 1095, anota: "el jurista ha advertido que las mutaciones (*vicende*) de la relación presuponen siempre un hecho histórico o natural; que el acaecimiento del hecho determina, necesariamente, el acaecimiento de la mutación. La relación jurídica se constituye, se modifica, se extingue; ello significa: ha ocurrido el hecho, al cual el derecho objetivo enlaza el ser, el ser diversamente, el no-ser de la relación jurídica. El estudio de la relación, ya no restringido al análisis del contenido, se ha extendido al aspecto dinámico, es decir a los acaecimientos, por los cuales la relación se constituye y se desarrolla. De aquí parte la teoría del hecho jurídico".

([48]) LONGO, Carlo, *Corso di diritto romano: Fatti giuridici-Negozi giuridici-Atti illeciti*, Giuffrè, Milán, 1935, pp. 3-4.

([49]) "Por relevancia jurídica de un hecho se entiende la resultante de aquel proceso de calificación por el cual el hecho se reconoce como correspondiente –en sus elementos– a un determinado esquema normativa": GIAMPICCOLO, Giorgio, *La dichiarazione recettizia*, Giuffrè, Milán, 1959, p. 179. Esta idea tiene una particular aplicación en la teoría general del derecho, donde se afirma que relevante "es el hecho que recibe un predicado jurídico; irrelevante es el hecho que no recibe un predicado jurídico, es decir, que no se presenta homogéneo con el contenido de una descripción normativa. La irrelevancia no expresa una característica del hecho, sino la *imposibilidad del juicio jurídico*. Hechos relevantes y hechos irrelevantes no son dos clases de hechos (o especies del mismo género): los hechos irrelevantes no son nada para el derecho, la nada, al igual que no son nada los hechos extraños al interés del histo-

que, en cuanto tales, serán productores de efectos jurídicos, y se denominarán, entonces, "hechos jurídicos" (del latín *factum*, "lo que sucede")([50]), y acontecimientos "irrelevantes" para el derecho.

---

riógrafo, y por ello no recordados ni reconstruidos por el pensamiento": IRTI, voz "Rilevanza giuridica", cit., p. 1110. En opinión de BETTI, voz "Atti giuridici", en *Novissimo Digesto italiano*, vol. I-2, reimpresión, Utet, Turín, 1968, p. 1505, en cambio, "la irrelevancia jurídica comporta que el el acto indiferente para el derecho no provoca, como tal, ninguna mutación en la situación jurídica preexistente. Cuando se presenta la apariencia de que provoca una mutación, ocurre, en realidad, que el derecho enlaza la nueva situación, no ya al comportamiento, ni en virtud de una valoración del mismo, sino a un complejo de otras circunstancias de hecho, respecto de las cuales el comportamiento, o es concomitante sólo en vía accidental, o bien es elemento constante, pero no asume la importancia decisiva para la valoración normativa, que es propia de los actos. Así, son irrelevantes las operaciones en las cuales el derecho considera sólo el resultado de hecho, o los actos sociales de uso y disfrute de un bien, siempre que se desarrollen bajo la protección del derecho; irrelevantes en el sentido de que el derecho no puede garantizar su resultado económicamente útil, en tanto dependa de la capacidad o experiencia individual o de otras circunstancias de hecho que no forman objeto de valoración normativa, porque son internas a la esfera individual de intereses privados".

([50]) PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*, cit., a cuya didáctica se asimilan, recientemente, DALLA y LAMBERTINI, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 200: "*hecho jurídico* es todo evento productivo de efectos jurídicos, debido a la naturaleza (por ejemplo, incrementos fluviales, que conducen a la adquisición de la propiedad) o al hombre. Si el hecho tiene relevancia en tanto producto de acción humana se habla de *acto*. Existen también casos en los cuales el acto es considerado por el derecho a tenor de un mero hecho natural (por ejemplo, la caída de semillas en un fondo ajeno, que determina su adquisición por parte del propietario del terreno, al igual que si las hubiera transportado el viento)".

El punto de partida es distinto para autores franceses como ORTOLAN, *Histoire de la législation romaine*, cit., pp. 618 y ss. Para él, "hecho" (*fait, factum*) implica necesariamente, y etimológicamente, una acción del hombre (en tanto derivado de *faire, facere*), sea en el lenguaje jurídico, sea en el lenguaje ordinario, y sólo en sentido amplio tendrá el significado de todo evento susceptible de ser percibido. Los derechos nacen, se modifican, se transfieren de una persona a otra, siempre como efecto o por medio de un hecho. Existirán, sin embargo, ciertos hechos que tendrán la finalidad especial de establecer entre las personas relaciones jurídicas (*rapports juridiques*): crear, modificar, transferir o extinguir derechos. A esta clase pertenecen la manumisión de esclavos, la emancipación de los hijos, la adopción, los testamentos y actos de última voluntad, etc. A estos últimos hechos –afirma ORTOLAN– se les designa con la calificación genérica, mas no romana, de "actos jurídicos" (*actes juridiques*).

Será Louis JOSSERAND (1868-1941), *Cours de droit civil positif français*, t. I, Librairie du Recueil Sirey, París, 1930, p. 78, uno de los autores que advertirá y asumirá la sinonimia entre las voces *acte* y *negotium*, la cual se mantendrá en la doctrina francesa, imposibilitada lingüísticamente de asignar un término a aquello que en la doctrina alemana, y en la nuestra, se identifica como *Rechtsgeschäft* ("negocio jurídico"), hasta nuestros días, como consta en la obra del recientemente fallecido Jean CARBONNIER (1908-2003), *Droit civil*, 4, *Obligations*, 22ª ed., Presses Universitaires de Frances, París, 2000, p. 47, donde se afirma que la específica diferencia entre el *acte juridique* y el *fait juridique* es que en el primer caso estamos ante un mecanismo que tiene un fin práctico, a saber, la producción de efectos jurídicos (*produire des effets de droit*). De todo ello he rendido cuenta en LEÓN, "Vigencia y papel central del negocio jurídico en la parte general del Código Civil", cit., p. 257, texto y notas.

Ugo NATOLI (1915-1992) "In difesa del negozio giuridico", en *Categorie giuridiche e rapporti sociali. Il problema del negozio giuridico*, al cuidado de Cesare SALVI, Feltrinelli, Milán, 1978, p. 263, señala que *negoce* en francés tiene, en la actualidad, el significado exclusivo de "local comercial", lo cual explicaría la preferencia del término *acte*, como correspondiente a *Rechtsgeschäft*. Con todo, MONATERI, *La sineddoche. Formule e regole nel diritto delle obbligazioni e dei contratti*, Giuffrè, Milán, 1984, p. 172, nota 4, informa haber encontrado referencias sobre el *negotium juridicum* (tradu-

No sin reconocer lo arduo, y acaso la imposibilidad, de la tarea([51]), los hechos jurídicos se suelen clasificar en *positivos* y *negativos*; en el primer grupo, se comprenden "todas las hipótesis de realización objetiva de circunstancias o situaciones de hecho y las hipótesis de cumplimiento de actos; el grupo de los hechos negativos abarca, a su vez, todas las hipótesis de falta de realización de circunstancias de índole objetiva (por ejemplo: la no realización de una condición casual, el no nacimiento de un hijo, la no cosecha de un fundo, etc.) y las omisiones de índole sujetiva (omisiones de actos)"([52]).

También se distinguen los hechos *simples* de los hechos *complejos*: "las normas del derecho enlazan los efectos jurídicos, a veces, a una sola circunstancia de hecho (hecho simple), a veces a una pluralidad de circunstancias, diversamente combinadas entre sí

---

cido como *acte juridique*), en la obra de Charles AUBRY (1803-1883) y Charles RAU (1803-1807), a propósito de la aceptación de las sucesiones y de la partición hereditaria.

([51]) FADDA, *Parte generale con speciale riguardo alla teoria del negozio giuridico*, cit., p. 127: "harto variada es la índole de los hechos que dan ocasión al cambio en el campo del derecho. A veces son hechos naturales, otras veces hechos debidos a la voluntad del hombre; son positivos o negativos; son hechos simples o complejos, y estos, a su vez, o expresan en un solo momento todos los elementos donde constan, o bien la reunión de todos los elementos se produce –de manera diversa– luego de un cierto lapso de tiempo. *Y, justamente, esta diferente naturaleza de los hechos jurídicos y de sus consecuencias ha hecho considerar, a menudo, que una teórica de estos hechos no se pueda construir, y que sea inútil en la ciencia la idea y el nombre de* hecho jurídico. *Pero no somos de la misma idea*" (las cursivas son añadidas). Con anterioridad, sin embargo, BRUGI, *Istituzioni di diritto privato giustinianeo*, cit., parte I, p. 134, escribía: "los hechos jurídicos, muy variados y numerosos, se resisten a una exacta clasificación y a una completa nomenclatura. Extendiendo una frase romana, los podríamos considerar, indeterminadamente, *variae figurae*. Tienen carácter relativo, no absoluto, sino en el esquema más abstracto, en tanto derivan su eficacia del ordenamiento jurídico vigente. Algunos se comprenden en figuras más complejas, otros son figuras autónomas; algunos son de eficacia restringida (aluvión, *fructus*, etc.), otros de eficacia general (transcurso del tiempo). *Si se intenta clasificarlos según su dependencia o no de la voluntad humana, la antítesis no es perfecta si no toma como criterio la ocasión más que la sustancia. También la voluntad humana es eficaz en la medida que el derecho lo admite: por lo demás, ella no siempre apuntaba a los efectos jurídicos producidos por sus manifestaciones*" (las cursivas son añadidas). Entre los civilistas, Giuseppe STOLFI, *Teoria del negozio giuridico* (1947), reimpresión, Cedam, Padua, 1961, p. 3, sostiene que "la falta de un elemento común y esencial a los diversos actos impide hasta el intento mismo de trazar con éxito una teoría general del acto jurídico".

Las dificultades apuntadas no amedrentan a ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, cit., pp. 20-21, quien define el "hecho jurídico" como "todo hecho que, aisladamente o en combinación con otros, concomitantes o sucesivos, constituye un presupuesto para la aplicación de una norma de derecho", y propone, convencido de su conveniencia, una clasificación basada en la pertenencia o no de los hechos al espíritu humano: hechos jurídicos *alógicos* o *no-espirituales*, como la separación del fruto de la planta, y hechos jurídicos *lógicos*, que se subdistinguirían atendiendo a su pertenencia a la inteligencia o a la voluntad humana. Los hechos propios de la voluntad humana son los *actos*, que pueden ser *actos ilícitos*, si violan una norma jurídica primaria y constituyen presupuesto de la aplicación de una sanción, o bien *negocios jurídicos*, cuando se trata de declaraciones de voluntad emitidas a fin de obtener ciertos resultados prácticos, y reconocidas por el derecho objetivo.

([52]) LONGO, *Corso di diritto romano: Fatti giuridici-Negozi giuridici-Atti illeciti*, cit., pp. 15-16. Tanto ésta cuanto las distinciones subsiguientes figuran en la obra de un excelso civilista de formación romanista como DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile*, cit., vol. I, pp. 226 y ss., por añadidura, traducida al castellano y bien conocida entre nosotros.

(hecho complejo). En la hipótesis de hechos complejos puede ser indiferente que las varias circunstancias cuyo concurso es requerido se realicen contemporáneamente o sucesivamente; sin embargo, y como se entiende, en este segundo caso, los efectos propios del acto complejo no se producen sino cuando la serie de las circunstancias está completa. Así, por ejemplo, en el contrato consensual romano, las dos declaraciones de voluntad que deben concurrir para constituirlo pueden ser emanadas contemporáneamente o sucesivamente (como ocurre si el contrato es celebrado entre personas distantes *per litteras* o *per nuntium*). En el contrato real, las circunstancias reales (convención, tradición de la cosa) también pueden realizarse sucesivamente; la constitución de servidumbre por parte de varios copropietarios puede realizarse o con un acto colectivo o con sucesivas cesiones individuales, etc."([53]).

Se hace mención, asimismo, de los hechos *reales* y de las *ficciones de hechos*: "por regla, las normas del derecho enlazan efectos jurídicos sólo a circunstancias de hechos, positivas o negativas, existentes en la realidad. A veces, empero, para enlazar a ciertas situaciones los mismos efectos que tendría la efectiva existencia o inexistencia de un hecho real, ellas recurren al expediente técnico de suponer que en la hipótesis regulada este hecho se haya verificado, cuando no es así, o de suponer que el hecho no se ha verificado, cuando sí ha tenido lugar. Estamos, entonces, ante una *ficción legal*. El derecho romano empleó ampliamente el instrumento de la ficción. Lo adoptó ya el *ius civile*. Así, por ejemplo, la *lex Cornelia*, para salvar el testamento del ciudadano, sucesivamente muerto en cautiverio (es decir, en condición de esclavo, y como tal, incapaz de testar), recurrió al remedio de fingir que este había muerto en el acto en que cayó prisionero, y por lo tanto, mientras era libre y ciudadano. Tampoco fueron ignoradas por el *ius civile* las ficciones de voluntad y de acuerdos de voluntad. Basta recordar, al respecto, que, por ejemplo, la jurisprudencia consideró suficiente para la validez del matrimonio de la *filiafamilias* el silencio (*non contradicere*) del *pater*, con lo cual se fingía la existencia de un consentimiento paterno, en realidad no producido; y que en la *lex Rubria* ya se contiene una ficción de estipulación"([54]).

Hay, en fin, hechos *momentáneos* y *estados de hecho continuativos*: "por lo general, los hechos a los cuales el derecho objetivo enlaza efectos jurídicos tienen carácter momentáneo. En otras palabras, basta, normalmente, la simple formación de una situación de hecho (como consecuencia del acaecimiento de una circunstancia simple o de la realización de todas las circunstancias constitutivas de un hecho complejo), para que las consecuencias

---

([53]) LONGO, *Corso di diritto romano: Fatti giuridici-Negozi giuridici-Atti illeciti*, cit., pp. 17-18. Esta clasificación es recogida por Giuseppe AULETTA, *Istituzioni di diritto privato*, Editrice "Humus", Nápoles, 1946, p. 89: "con referencia a su composición, las *fattispecie* se distinguen en simples y complejas: *simples*, cuando constan de un solo hecho jurídico o de un hecho y de una relación jurídica; *complejas*, cuando constan de varios hechos jurídicos. Ejemplos de *fattispecie* complejas: para que el heredero nominado en el testamento suceda en las relaciones del *de cuius* son necesarios, el testamento, la muerte del *de cuius* y la aceptación del heredero; si un fundo pertenece a varios copropietarios y uno de ellos manifiesta su voluntad de constituir una servidumbre sobre el mismo, el derecho no nace sino hasta que todos los demás copropietarios no han manifestado una voluntad idéntica. Mientras no se hayan realizado todos los hechos de los que se compone la *fattispecie*, sino solamente algunos de ellos, la mutación, consiguiente a la *fattispecie* misma, no se produce: existe sólo la esperanza, la *expectativa* de la mutación".

([54]) LONGO, *Corso di diritto romano: Fatti giuridici-Negozi giuridici-Atti illeciti*, cit., pp. 19-20.

jurídicas, no sólo comiencen a producirse, sino que se proyecten, sin más, en el futuro. A veces, en cambio, los efectos jurídicos quedan ligados a la permanencia de una situación de hecho, a un estado de hecho continuativo; de tal modo, ellos se producen en el tiempo posterior a la formación de la situación inicial, solamente, y en tanto y en cuanto dicha situación se perpetúe; y por consiguiente, cesan automáticamente si sus elementos esenciales desaparecen. Ejemplo claro de este fenómeno es el matrimonio romano, cuyos efectos en el tiempo quedan vinculados con el mantenimiento de los presupuestos de hecho requeridos para su constitución inicial: la convivencia y la *affectio maritalis*; así, la ruptura de la convivencia y la cesación de la *affectio* producen, de plano, su disolución. [...] Existen también casos en los cuales la ley, para que se puedan producir algunos efectos jurídicos, exige, no sólo un estado de hecho continuativo, sino un estado de hecho que haya perdurado por un período de tiempo establecido: por ejemplo, la adquisición de la propiedad o de una servidumbre por usucapión que exige una posesión (dotada de determinadas características) prolongada por un espacio de tiempo distintamente delimitado; [...]; la extinción de las acciones por prescripción, la cual presupone que el titular del derecho descuide hacer valer su pretensión por un período de tiempo de extensión diversa según el caso"([55]).

Concentrando la atención en los efectos jurídicos producidos([56]), se hablará, en cambio, de hechos *constitutivos*, *modificativos* o *extintivos* (de relaciones o situaciones jurídicas, o de derechos, como ya he señalado)([57]). Este criterio –tal cual se ha hecho notar– se

---

([55]) LONGO, *Corso di diritto romano: Fatti giuridici-Negozi giuridici-Atti illeciti*, cit., pp. 25-26. Véase lo que se señala, *infra*, respecto del transcurso del tiempo como hecho jurídico involuntario.

([56]) ARNDTS, *Trattato delle pandette*, cit., vol. I, p. 92, subraya la conveniencia de prestar atención a las relaciones que se derivan de los hechos, debido a la extrema variedad de estos.

([57]) Véase, *retro*, notas 30 y ss. Esta perspectiva perdurará en la obra de civilistas como, entre muchos otros, AULETTA, *Istituzioni di diritto privato*, cit., pp. 86 y ss.: "una primera distinción de los hechos se puede realizar desde el punto de vista de sus efectos, distinguiendo los hechos en *originarios* y *derivativos*; los originarios en *constitutivos*, *modificativos*, *extintivos*; los derivativos, en *traslativos* y *constitutivos*. Los *hechos constitutivos* producen el surgimiento de una relación jurídica; así, la muerte de un animal objeto de caza y la toma de posesión del mismo hacen surgir el derecho de propiedad del cazador sobre el animal muerto. Los *hechos extintivos* producen la extinción de una relación jurídica: así, quien abandona en el tren un periódico, pierde su propiedad. Se pueden acercar a los hechos extintivos los *hechos suspensivos*, que suspenden la eficacia de una relación jurídica; así, la declaración de ausencia suspende la eficacia de las relaciones de crédito que se extinguirían por la muerte del acreedor. Los *hechos modificativos* modifican un elemento de la relación jurídica. Ejemplos: *a*) los sujetos de la relación de servidumbre predial convienen trasladar al fundo sirviente el lugar de ejercicio de la servidumbre; *b*) la corriente del río forma sucesivamente e imperceptiblemente en un fundo ribereño una unión de tierra, que produce un aumento del fundo, objeto de la relación de propiedad; *c*) Ticio, que debía restituir a Cayo una suma de dinero el 1 de diciembre, tarda en restituirla, de modo que la suma objeto de la deuda aumenta con los intereses. A menudo un hecho tiene, al mismo tiempo, eficacia constitutiva y extintiva. Ticio posee por veinte años el fundo de Cayo; tal hecho jurídico, denominado usucapión, extingue la propiedad de Cayo y constituye la propiedad de Ticio. En muchos de los ejemplos adoptados, el hecho, o más exactamente, la *fattispecie*, está constituida por un hecho o por una relación antecedente. Si no solamente existe una relación antecedente como concausa de la relación consiguiente, sino que la mutación consiste en la mutación de sujeto de una de las dos situaciones, de las cuales está compuesta la relación antecedente, o si el contenido de la relación consiguiente es sustraído por el contenido de la relación antecedente, la *fattispecie* se denomina *derivativa*. Ticio adquiere de Cayo una joya y abona inmediatamente el precio; en la propiedad de la joya, Cayo sustituye a Cayo, y en la propiedad del dinero, Cayo sustituye a Ticio; por ello, dicha compraventa es un hecho *derivativo traslativo*. Ticio, propietario de un inmueble, constituye por donación en favor de

basa en las teorías de tradición romanista sobre las fuentes de las obligaciones y sobre los modos de adquisición de la propiedad([58]).

Seguidamente, y ampliando el análisis, se observa que los hechos en cuestión pueden o no tener que ver con la acción de los sujetos. Los comportamientos humanos, activos u omisivos, que ostentan las características de la relevancia y eficacia jurídicas, se denominarán, entonces, "actos jurídicos" (del latín *actum*, "lo que sucede por obra del hombre")([59]).

Como punto ulterior del recorrido, se señala que el acto "puede consistir en una pura *operación material*, como excavar un foso, matar a una persona, omitir cortar ciertas ramas de un árbol propio, pero crecidas por encima de un terreno ajeno, o bien, en adhesión más estricta a la naturaleza del hombre como ser pensante, en una *manifestación o comunicación del pensamiento*. Los actos de este segundo tipo pueden ser, a su vez, manifestaciones o declaraciones de un conocimiento propio (como los testimonios), declaraciones de una opinión propia (como los informes de un experto o perito), manifestaciones o declaraciones de una voluntad propia (como aquellas que, desde hace más de dos siglos, la doctrina jurí-

---

Ticio, propietario de un inmueble, constituye por donación en favor de Cayo el usufructo sobre el mismo; el contenido de la nueva relación, de usufructo, es sustraído por el contenido de la relación de propiedad; dicha donación es un hecho *derivativo constitutivo*". PUGLIATTI, *I fatti giuridici*, cit., p. 25, informa que esta clasificación ha sido criticada en dos flancos: por no tener en cuenta otras categorías verificables en la realidad jurídica como los hechos *impeditivos* y los hechos *determinativos*, o por la necesidad de reducirlas en una categoría unitaria: la de los hechos *constitutivos*. Para el ilustre autor, sin embargo, tales críticas son desatendibles (*ivi*, p. 26), la primera, porque los hechos impeditivos carecen de autonomía jurídica respecto de la *fattispecie* en la cual operan, mientras que los hechos determinativos bien pueden comprenderse entre los hechos constitutivos; la segunda, por estar viciada de abstraccionismo lógico, y por no tener en cuenta las concretas exigencias de la lógica jurídica.

En relación con este punto, no está demás recordar que en el Código Civil peruano el acto jurídico (*rectius*, el negocio jurídico) es definido como "la manifestación de voluntad destinada a *crear, regular, modificar o extinguir* relaciones jurídicas" (art. 140), y el contrato, como "el acuerdo de dos o más partes para *crear, regular, modificar o extinguir* una relación jurídica patrimonial" (art. 1351).

([58]) FALZEA, voz "Fatto giuridico", cit., p. 947, informa, precisamente, que este enfoque tiene sus raíces en la teoría de los modos de adquisición de la propiedad: "la adquisición a título *originario* realiza la hipótesis del efecto *constitutivo*, porque no tiene como su presupuesto el derecho de un propietario precedente, mientras que la adquisición *derivativa*, que comporta la sola sustitución del sujeto en la titularidad del derecho de propiedad, es una figura de efecto *modificativo*. En la elaboración pandectística de la teoría del derecho subjetivo, se presenta la reducción a sistema de estas transformaciones jurídicas –adquisición, modificación, pérdida– y de los correspondientes tipos de hechos". También DI MAJO, "Fatti e atti giuridici", cit., pp. 393-394, lo anota: "como es sabido, las fuentes romanas contienen clasificaciones de los hechos jurídicos de los cuales se genera la obligación: se remonta a GAYO la afirmación de que existen dos fuentes de obligaciones: «*omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto*» (*Istitutiones*, 3, 88); a él también, en *Digesto*, 44, 7, 1, 5, se debe la ubicación, junto a las dos mencionadas, de otras «*variae causarum figurae*»; en fin, en las *Instituciones* justinianeas, la tripartición deviene cuatripartición en el sentido de que la obligación nace «*ex contractu aut quasi ex contractu, ex maleficio aut quasi ex maleficio*». Tradicionalmente, otro terreno de aplicación del esquema del «hecho jurídico» es el de los modos de adquisición de propiedad: a título «originario» cuando no exite conexión con un derecho precedente de otro, a título «derivativo», cuando el derecho adquirido es el mismo que corresponde a otro".

([59]) PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*, cit.

dica alemana, la italiana y las doctrinas influenciadas por ellas denominan «negocios jurídicos»)”([60]).

Otra línea de pensamiento romanista predica que la distinción entre “hechos” y “actos” tiene como eje, realmente, a la voluntad. Los hechos jurídicos *involuntarios* serán, así, los hechos “naturales”([61]), es decir, “eventos que se verifican independientemente de la voluntad del hombre (calamidades naturales, por ejemplo; o el transcurso del tiempo), o que, en todo caso, son tomados en consideración en el mundo jurídico con prescindencia de la circunstancia de si han sido determinados o no por acciones humanas voluntarias (la muerte, por ejemplo: en el derecho privado, ella se configura, más a menudo, como hecho jurídico involuntario). Como hechos jurídicos *voluntarios*, por el contrario, se entienden aquellas acciones humanas voluntarias jurídicamente relevantes en cuanto tales”([62]). La denominación “actos jurídicos” quedaría reservada, entonces, para la segunda especie, la cual tendría como subespecie más importante a los “negocios jurídicos”, a las “manifestaciones de voluntad de los particulares, dirigidas a la obtención, garantizada por el ordenamiento, de resultados prácticos jurídicamente definibles en términos de adquisición, pérdida o modificación de situaciones jurídicas subjetivas (por lo general, derechos subjetivos, pero también posiciones subjetivas no propiamente definibles como derechos subjetivos, como las potestades personales)”([63]).

Se reconoce como hecho jurídico involuntario –tal cual se acaba de anotar– el transcurso del tiempo, que, bajo en derecho romano, “podía dar lugar a la adquisición de la capacidad (por ejemplo, con el cumplimiento de los catorce años de edad, los varones, y de los doce años, las mujeres, según la solución predominante, adquirían capacidad de obrar). Podía dar lugar a adquisición o pérdida de derechos subjetivos: por ejemplo, con la posesión de buena fe por una *iusta causa* de una *res habilis* por un tiempo determinado se realizaba la usucapión, y por lo tanto, se adquiría la propiedad; el *non usus* prolongado por dos años determinaba la extinción de las servidumbres prediales. Algunas acciones eran anua-

---

([60]) PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*, cit., pp. 49-50 (las cursivas son añadidas).

([61]) LONGO, *Corso di diritto romano: Fatti giuridici-Negozi giuridici-Atti illeciti*, cit., pp. 30, 31, nota 1, critica esta terminología. Para él, existen “hechos en sentido estricto (en sentido propio)” y “actos”. “Hecho jurídico” es “toda circunstancia a la cual el derecho objetivo enlaza efectos jurídicos”, pero en sentido más restringido, se designa como “hechos (o hechos propiamente dichos”, los hechos jurídicos que “no son el producto de la voluntad humana, sino de otros factores naturales independientes de la voluntad, que pueden ser hechos materiales (por ejemplo, el nacimiento, la muerte, el transcurso del tiempo, el aluvión, la avulsión, la conmixtión fortuita, la caída de un edificio por antigüedad, la destrucción fortuita de una cosa, una enfermedad del cuerpo o un defecto físico, como la sordera, la ceguera, etc.) o hechos involuntarios concernientes al espíritu humano (como la enfermedad mental, la inconciencia, el temor, el error o ignorancia, etc.)”. Contrariamente, se llaman “actos jurídicos”, a los “hechos jurídicos que son el producto de la voluntad humana (es decir, los hechos voluntarios) porque en la casi totalidad de los casos los actos humanos son el resultado de una real determinación de voluntad dirigida a realizarlos. Tales son, por ejemplo, un contrato, una intimación, una autorización, un testamento; o bien el daño voluntario a cosa ajena; o bien el empleo del dolo, la omisión de la diligencia debida (negligencia, culpa), etc.”. Sólo que –opina el mismo autor– “también los hechos voluntarios son hechos naturales. ¿O qué cosa son?”.

([62]) MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 123.

([63]) MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, cit., pp. 123-124.

les, y por ende, prescriptibles (por regla, las acciones penales pretorias). Las partes podían subordinar los efectos de negocios jurídicos al transcurso del tiempo; y así por el estilo”([64]).

Se advierte que no siempre la distinción entre hechos y actos tendrá importancia, porque en ocasiones ocurrirá que el derecho atribuirá las consecuencias jurídicas a un acaecimiento sin tener en cuenta si se trata o no de un hecho voluntario (acto) o involuntario (hecho propiamente dicho). En relación con este punto, se recuerda que “el derecho romano

---

([64]) MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 125. Al respecto, ya WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, cit., vol. I, parte I, p. 263, aclaraba: el tiempo “no sólo puede ser, él mismo, un hecho jurídico, sino que también un hecho puede devenir jurídico únicamente por su relación de tiempo”. LONGO, *Corso di diritto romano: Fatti giuridici-Negozi giuridici-Atti illeciti*, cit., pp. 37-39, anota que la importancia del transcurso del tiempo se revela en un doble aspecto: (1) “[A] veces la ley reconoce eficacia a un acto, o conecta determinadas consecuencias jurídicas con un acto sólo cuando ello se realicen dentro de un límite de tiempo máximo establecido, que corre desde la fecha de un hecho precedente. Ejemplos: la eficacia de la aceptación con el beneficio de inventario, introducida por JUSTINIANO, depende de que el heredero comience a hacer el inventario dentro de un mes, y lo complete dentro de tres o doce meses (según el caso) desde el día en que tuvo conocimiento del llamamiento; en caso contrario, se pierde el beneficio. Para obtener la *bonorum possessio pretoria*, era necesario pedirla dentro de un cierto plazo a partir del conocimiento del llamamiento hereditario, transcurrido el cual, la pretensión quedaba sin efecto. La declaración de receso de un contrato debe efectuarse dentro del plazo acordado por las partes; de otra manera, es inútil. El nacimiento de un hijo funda la presunción de su legitimidad sólo cuando se produce, como máximo, dentro de 10 meses a partir de la muerte del marido o a partir del divorcio. Una serie de plazos perentorios procesales conciernen a actos que deben cumplirse dentro de un cierto plazo, bajo pena de caducidad; y así por el estilo”. (2) “[Existen] numerosos actos o hechos que manifiestan todos o algunos de sus efectos jurídicos sólo después de que transcurre un período de tiempo preestablecido; así también existen otros que dejan de producir efectos cuando transcurre cierto período de tiempo. Ejemplos: un negocio jurídico con plazo suspensivo comienza a producir efectos sólo desde el momento del arribo de este término. La sentencia romana era ejecutable sólo luego de transcurridos treinta días de su pronunciamiento. La capacidad de derecho se adquiría con el simple hecho del nacimiento (acompañada de la libertad o ciudadanía); en cambio, la capacidad de obrar genérica y algunas capacidades específicas (como por ejemplo, la de contraer matrimonio o la de hacer testamento) no se adquieren sino después de transcurrido un determinado tiempo a partir del nacimiento, es decir, luego de que se ha alcanzado una determinada edad. Viceversa, un negocio con plazo resolutivo (por ejemplo, un contrato celebrado por una duración de cinco años, un legado anual dispuesto por diez años) cesa de producir efectos con el arribo del término; el deber de asumir el oficio de la tutela cesa luego de transcurrido un determinado tiempo a partir del nacimiento (luego de que se ha alcanzado cierta edad), etc. Hay también –recuerda el mismo autor– “estados de hecho continuativos”, que “producen algunos de sus efectos, o sus efectos en general, sólo cuando perduren ininterrumpidamente por un período de tiempo preestablecido. Así, el estado de posesión, ya de por sí, es capaz de generar una serie de efectos, pero no es capaz de conducir a la usucapión sino cuando se prolonga por un cierto número de años. Así, el no uso de una servidumbre, o la inercia en hacer valer los derechos propios, conduce a la extinción de la servidumbre o a la prescripción de la acción sólo luego de que transcurre un determinado período de tiempo”. Muchos años después, autores como MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, 9ª ed., vol. I, Giuffrè, Milán, 1957, pp. 450, continuarán reconociendo al transcurso del tiempo, “a la sucesión de sus varios momentos”, la calidad de “hecho de orden natural”; mientras otros, como SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, 9ª ed., Jovene, Nápoles, 1966, pp. 111-112, enseñarán que el tiempo es un “modo de ser del hecho”, y no “un hecho en sí mismo”; que “la prescripción y la usucapión no son efectos jurídicos del hecho tiempo, sino, respectivamente, de la inercia y de la posesión que duran cierto tiempo”. En este último sentido se expresa también, entre los romanistas, BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, cit., p. 182, quien aclara que en el caso del tiempo se está, en realidad, frente a una “modalidad cronológica de hechos o situaciones de hecho”.

establece el principio de que todo lo que se incorpora al suelo pertenece al propietario del suelo, y no observa si la incorporación ha sido el resultado de un hecho voluntario o de un hecho involuntario (si se ha debido, por ejemplo, a fuerzas naturales extrañas). Del mismo modo, es indiferente para el régimen de la adquisición de los frutos por parte del propietario del suelo que su separación de la cosa-madre se haya producido por obra del propietario o por desligamiento natural; es indiferente para el régimen de la caducidad que la omisión generadora de la misma sea voluntaria (inercia, negligencia) o involuntaria (ignorancia, por ejemplo), y así por el estilo"([65]).

Este segundo modo de proponer la clasificación, que privilegia la voluntad como criterio distintivo en el nivel de los hechos jurídicos, es característico de la obra de los pandectistas alemanes del siglo XIX([66]). Ellos "tomaban del derecho romano el «material» a elaborar o conceptualizar, bajo el presupuesto de que los resultados así alcanzados tenían valor actual"([67]); se amparaban en el derecho romano "(atestiguado, generalmente, por las fuentes

---

([65]) LONGO, *Corso di diritto romano: Fatti giuridici-Negozi giuridici-Atti illeciti*, cit., p. 32, quien aclara (*ivi*, p. 33) que en la gran mayoría de casos, "la categoría de los actos (y por lo tanto, su distinción de los hechos en sentido estricto) tiene particular importancia jurídica, porque el derecho, en ellos, tiene en cuenta el origen voluntario del resultado. De aquí deriva que las consecuencias jurídicas atribuidas a los distintos actos sean establecidas por la ley atendiendo al comportamiento de la voluntad". Véanse, *infra*, nota 94, las consideraciones que BETTI efectuará, desde su propio punto de vista, sobre esta problemática.

([66]) Como dato histórico-comparativo, puede recordarse que Dalmacio VÉLEZ SARSFIELD se atiene a esta clasificación de los hechos jurídicos y la plasma en el Código Civil argentino. "Por haber renunciado a una parte general –según se refiere– VÉLEZ se vio conducido a tratar de los hechos y actos en el libro sobre obligaciones, cuando es claro que no sólo efectos obligacionales pueden ellos producir, como se ve con la definición que proporciona el art. 896: «*Los hechos de que se trata en esta parte del código son todos los acontecimientos susceptibles de producir alguna adquisición, modificación, transferencia o extinción de los derecho u obligaciones*». El art. 897 clasifica los hechos humanos en voluntarios e involuntarios; el art. 898 divide los voluntarios en lícitos e ilícitos. Los artículos 900 a 912 contienen la teoría de la imputación y de la responsabilidad. A partir del art. 913 se trata de la declaración de voluntad. [...] El tít. 2° habla *De los actos jurídicos*, que su art. 944 define como: «*los actos voluntarios lícitos, que tengan por fin inmediato establecer entre las personas relaciones jurídicas, crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos*». Los artículos 945 a 947 los clasifican en positivos y negativos, unilaterales y bilaterales, entre vivos y de última voluntad": GUZMÁN BRITO, Alejandro, "Los orígenes de la noción de acto jurídico a través de la construcción de un sistema jurídico" (1995), en *Corso di Perfezionamento e di Magister in "Sistema Jurídico Romanístico, Unificación del derecho y derecho de la integración (Con especial atención al derecho de los contratos)*", *Materiali*, II, Università di Roma "Tor Vergata", s.f., p. 26. Sobre la influencia de las obras extranjeras en VÉLEZ SARSFIELD, en especial, las de ORTOLAN y SAVIGNY, véase: LEÓN, Leysser L., "Las malas lecturas y el proceso de codificación civil en el Perú", en *Proceso & Justicia*, núm. 2, p. 128, nota 31; ID., "Apuntes sobre el papel de la voluntad en los negocios jurídicos (con especial referencia a los contratos)", en *Estudios sobre el contrato en general por los sesenta años del Código Civil italiano (1942-2002)*, selección, traducción y notas de Leysser L. LEÓN, ARA Editores, Lima, 2003, p. 827, nota 10.

([67]) PUGLIESE, "I pandettisti fra tradizione romanistica e moderna scienza del diritto", cit., p. 430. He tenido la oportunidad de exponer algunas líneas fundamentales del pandectismo en LEÓN, Leysser L., "La importancia del derecho comparado en la reforma del Código Civil y en la formación de una verdadera Escuela de civilistas peruanos. A propósito de la modernización del derecho de obligaciones en Alemania (*Schuldrechtsmodernisierung*)", en *Ius et Veritas*, año XIII, núm. 26, 2003, pp. 25 y ss.

justinianeas), pero negaban valor a las interpretaciones y reelaboraciones de dichas fuentes elaboradas por las numerosas escuelas medievales y modernas, y guardaban silencio respecto de sus autores, o bien prestaban alguna atención esporádica a los glosadores, mas no a los juristas más recientes"([68]). Una de sus características era la "permanente aspiración a la sistemática, que deseaban producir de la manera más rigurosa posible. Si se trataba de preparar exposiciones generales de todo el derecho privado, un cierto orden, y por lo tanto, una cierta sistemática, constituían una obvia exigencia. Pero la de los pandectistas no era una sistemática cualquiera, dictada por simples criterios de conveniencia o de eficacia expositiva, es decir, por criterios extrínsecos; lo que se quería reflejar era el sistema nervioso intrínseco del derecho, identificado a través de la correcta formulación de los conceptos y de los principios y de la precisa determinación de sus relaciones de coordinación y de subordinación, uno respecto del otro"([69]). Es común, entonces, que las exposiciones de los pandectistas comiencen "con el examen de temas generales, a veces sin unirlos bajo un título común, y que estos, aun cuando no siempre conexionados entre sí de la misma manera, se refirieran, constantemente, al derecho (con sus fuentes y sus particiones), a las personas (físicas, y por lo general, también a las personas jurídicas), a los derechos subjetivos, al nacimiento y a la extinción de estos derechos (y por lo tanto, los hechos y los actos, en especial, los negocios, que los producían), a la protección (procesal, por lo general) de los mismos derechos"([70]).

([68]) PUGLIESE, "I pandettisti fra tradizione romanistica e moderna scienza del diritto", cit., p. 431.

([69]) PUGLIESE, "I pandettisti fra tradizione romanistica e moderna scienza del diritto", cit., pp. 434-435. En este punto, sale a la luz la antítesis entre la doctrina francesa, "que es casuística, analítica, exegética", y la doctrina alemana, "que es especulativa, abstracta, constructiva. El método de investigación, en el segundo caso, es distinto, porque se intenta abstraer y extraer los principios jurídicos generales que informan las disposiciones particulares de la regulación jurídica, de ascender a los hilos conductores, a las líneas sistemáticas del sistema, arribando a una construcción jurídica: abstracción, especulación, sistematización. Todas armas finísimas de investigación, que conducen a resultados preciosos. Y no es que aquí falten excesos, ni el peligro de perder la vida real a través de nebulosas abstracciones y fantasías. Pero, dejando a un lado las exageraciones, el jurista no puede renunciar al método sistemático, que es una condición de desarrollo, de potenciamiento y de progreso del material jurídico": FERRARA, Francesco, "Un secolo di vita del diritto civile (1839-1939)", en *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, vol. XXXVII, parte I, 1939, pp. 432-433.

([70]) PUGLIESE, "I pandettisti fra tradizione romanistica e moderna scienza del diritto", cit., p. 441. Testigo de excepción de esta época es Vittorio SCIALOJA, quien escribe ("Responsabilità e volontà nei negozi giuridici", cit., p. 273): "quien dé una mirada a los más renombrados tratados sistemáticos modernos del derecho romano encontrará que casi en todos a la exposición de las reglas, que gobiernan las distintas instituciones jurídicas, se hace preceder una parte general, destinada a recoger y a ordenar científicamente, todos los llamados presupuestos del derecho, y aquellos principios fundamentales, que tienen aplicación, luego, en las distintas instituciones particulares". Un romanista germano del siglo XIX, HÖLDER, *Istituzioni di diritto romano*, cit., pp. 70 y ss., dividirá su exposición sobre los *hechos productivos de derechos* en tres partes: *a*) generalidades; *b*) el tiempo; y *c*) el acto. En esta última incluirá el tratamiento del negocio jurídico. SACCO, voz "Negozio giuridico (circolazione del modello)", en *Digesto delle discipline privatistiche*, *Sezione civile*, vol. XII, Utet, Turín, 1995, p. 87, refiere que según una interpretación: "la evolución que condujo al nacimiento de la categoría [del negocio jurídico] inicia con una reflexión sobre la sistemática gaiana. GAYO dividía los objetos de la ciencia jurídica en personas, cosas y acciones. Así, este o aquel sistemático pudo haber pensado que era ventajoso entender *actiones* no sólo en el sentido de acción judicial, sino también en el sentido general de acto humano, o en el sentido, aun más amplio, de hecho del hombre. Sobre estas bases tenía que florecer,

Se puede afirmar, entonces, que es una "exigencia especulativa" la que mueve a la doctrina jurídica alemana del siglo XIX a "elaborar un concepto de *hecho jurídico*, o mejor aún, de la relación *hecho-efecto*, que reali[zara] una abstracción de los distintos «hechos» pertenecientes a las diversas ramas del derecho, para elevarse hasta el nivel de concepto de teoría general, especulativamente válido más allá de los contenidos de los distintos ordenamientos positivos. Como es natural, las diversas versiones sucesivamente propuestas de la relación hecho-efecto parecen fácilmente asociables con las diversas filosofías e ideologías predominantes en aquella época, y condicionantes, en distinta medida, de los varios autores y de sus «doctrinas»"([71]).

Se escribirá, así, que los hechos jurídicos son los "acaecimientos por los cuales se produce el nacimiento y la extinción de las relaciones jurídicas. Todos los hechos jurídicos, por lo tanto, tienen en común que mediante ellos se opera, en el tiempo, un cambio de las relaciones jurídicas de determinadas personas. Luego de establecida tal característica común, empero, ellos se presentan distantes entre sí debido a grandes diferencias"([72]), y pueden ser: (i) "*actos voluntarios* del interesado, es decir, de la persona a la cual se refiere la adquisición o la pérdida de que se trate", o (ii) "*circunstancias casuales*, entre las cuales se cuentan también los actos de personas distintas de la interesada, así como las omisiones"([73]). Por último, se considera que en aquellos actos voluntarios, la voluntad del agente puede operar de dos maneras: (i) como inmediatamente dirigida al nacimiento o a la disolución de la relación jurídica, en cuyo caso estaremos ante *declaraciones de voluntad* o *negocios jurídicos*; o (ii) como dirigida inmediatamente a otros fines, no jurídicos, cuando el efecto jurídico tenga en la conciencia un lugar secundario, o cuando, simplemente, no sea querido([74]).

"La mayor parte de los cambios en el derecho –escribe, otro importante autor– es producida por los actos, que se denominan jurídicos cuando producen realmente un efecto de tal tenor en el derecho. Acto, en general, es *todo movimiento de la voluntad*: son actos externos aquellos que producen un efecto en el mundo externo. Lo que tienen en común los actos externos con los internos es la voluntad, así como su determinación para alguna cosa [...]. Sólo los actos externos tienen una índole jurídica. [...] Un efecto y un cambio produci-

---

tarde o temprano, un análisis de género y especie, que permitiera encuadrar los hechos, los hechos humanos, [etc.]".

([71]) DI MAJO, "Fatti e atti giuridici", cit., p. 396.

([72]) SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, cit., vol. III, p. 3.

([73]) SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, cit., vol. III, p. 5.

([74]) SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, cit., vol. III, pp. 5-6 (las cursivas son añadidas). PASSERIN D'ENTRÈVES, *Il negozio giuridico. Saggio di filosofia del diritto*, cit., pp. 93-94, observa que "el pensamiento de SAVIGNY oscila como entre dos puntas extremas, entre la afirmación de que la voluntad privada está naturalmente dotada de capacidad y eficacia propias, y su reducción a simple hecho susceptible de consecuencias jurídicas: en síntesis, entre el sistema de la autonomía y el de la heteronomía. El dogma de la voluntad, que a través de la gran autoridad de SAVIGNY entraba a formar parte integrante de la dogmática del derecho privado no es, tal vez, más que un residuo del racionalismo y del individualismo de la doctrina jurídica anterior, y de una concepción de la autonomía del derecho privado que la lógica misma de la nueva concepción historicista del derecho y la superación del racionalismo y del individualismo iban a batir tarde o temprano".

do en el derecho por un acto pueden ser de doble especie: 1) o son independientes de la voluntad del agente, que posiblemente estaba dirigida a un fin distinto; 2) o suponen que la intención del agente apuntaba hacia dicho fin. Los actos que tienen lugar con el propósito de producir un efecto jurídico se llaman negocios jurídicos: por ello, estos tienen siempre un efecto dependiente de la voluntad del agente, si bien pueden producir otras consecuencias jurídicas involuntarias: por ejemplo, la aceptación de una herencia es un negocio jurídico, con el cual se pretende adquirir los derechos hereditarios: pero, además de ello, el heredero, en esta calidad, contrae otras muchas obligaciones, las cuales se originan ya sea que él haya tenido o no dicho propósito. Los actos ilícitos, por el contrario, pertenecen siempre a la segunda clase, porque los efectos jurídicos que provienen de los mismos no son aquellos a los cuales se dirige el propósito del autor"([75]).

En consonancia con lo anterior, pero en un ambiente doctrinario distinto, altamente influenciado por el pandectismo, se escribe que "a veces el hombre obra sobre la naturaleza exterior y crea un estado de cosas al cual el derecho asigna diversas consecuencias; a veces, en cambio, declara su voluntad frente a otros hombres, y el derecho da efecto a dicha voluntad declarada. En ambos casos, el derecho protege los fines del obrar humano; pero en el primer caso, el hombre crea incluso el estado de hecho, que el derecho consagra (y no es raro que la acción humana no tenga aquí mayor importancia que la de un agente de la naturaleza); en el segundo caso, en cambio, el derecho, con su eficacia concurre a hacer obtener el efecto empírico de la voluntad declarada. Si el hombre siembra, planta, edifica, realiza, ciertamente, un acto que tiene consecuencias jurídicas notables: él hace que se incremente *una cosa*, y a dicho incremento corresponde el de la propiedad correspondiente. Pero aquí, más que la voluntad y la inteligencia humana, lo que se toma en consideración es la obra en sí; tanto es verdad, que no se distingue si la planta nace en mi fundo por trabajo del hombre o porque las semillas fueron traídas por el viento. Así, si el hombre cambia la forma o la sustancia de una cosa en forma tal de hacerla devenir, en el sentido comercial, una *cosa nueva*, ello puede tener graves consecuencias jurídicas, pero aquí, del mismo modo, no es tanto el obrar *humano* lo que se toma en consideración, sino el fenómeno objetivo del cambio producido, y si bien, dentro de ciertos límites, tiene valor jurídico el hecho de que el autor de la *res nova* es un hombre, ello no es atendiendo a que él haya manifestado una vo-

---

([75]) PUCHTA, Georg Friedrich, *Cursus der Institutionen*, trad. italiana, *Corso delle istituzioni*, por A. TURCHIARULO, 1ª ed., vol. II, Tipografia all'insegna del Diogene, Nápoles, 1854, p. 23. Para mi traducción de este fragmento he tenido que efectuar un cotejo con la 9ª ed. alemana, al cuidado de Paul KRÜGER, vol. II, Breitkopf und Härtel, Leipzig, 1881, p. 33.

En términos más o menos equivalentes a los de PUCHTA se expresa DE CRESCENZIO, *Sistema del diritto civile romano*, cit., vol. I, p. 118: "todo acto o movimiento de la voluntad humana que se produce en el mundo exterior es un hecho, el cual, en tanto se verifica y produce consecuencias jurídicas se llama hecho jurídico. Este acto, que tiene como su fundamento la voluntad, puede manifestarse positivamente en tanto tiende a alguna cosa, y puede, en cambio, producir efectos jurídicos del porque se abstiene del manifestarse, o sea, no se ha producido ningún hecho (omisión), y en esta relación las omisiones son consideradas por el derecho como verdaderas acciones productoras de efectos jurídicos. El movimiento de la voluntad puede ser interno y externo; el primero no tiene ninguna importancia, porque sólo el acto externo, el hecho, puede producir consecuencias jurídicas; asimismo, el acto interno, o la elección de la voluntad puede ser tomada en consideración en tanto que el hecho debe corresponder a la causa que lo produjo, o al acto íntimo de la voluntad".

luntad, sino en tanto y en cuanto se ha establecido una relación de creación, de formación de la nueva especie. La otra serie de figuras corresponde a aquello que los modernos suelen llamar *acto* o *negocio jurídico*. Para nosotros, es tal toda declaración jurídica relevante de un particular, cuyas consecuencias jurídicas estén destinadas a realizar la intención declarada”([76]).

La investigación histórica demuestra que “los términos *actus juridicus*, *negotium iuridicum* son adoptados y aplicados para designar, no ya, con criterio rigurosamente objetivo, algunas circunstancias de hecho que pueden tener relevancia jurídica, sino *la capacidad de la voluntad individual de querer y de producir determinadas consecuencias jurídicas*. De tal forma, [...], el concepto de acto o negocio jurídico estuvo estrictamente ligado, desde su génesis misma, con el concepto de autonomía individual en el campo del derecho, y quedó, desde entonces, directamente subordinado, en los sistemas, al concepto, más amplio, de la libre acción productora de consecuencias jurídicas”([77]). Se ha sostenido que uno de los más

---

([76]) FERRINI, *Manuale di pandette*, cit., pp. 114-115.

([77]) PASSERIN D’ENTRÈVES, *Il negozio giuridico. Saggio di filosofia del diritto*, cit., p. 78 (las cursivas son añadidas), quien informa (*ivi*, pp. 80-81), igualmente, cuanto sigue: “si bien es del racionalismo del siglo XVIII que la teoría del negocio extrae sus raíces, ella iba a sobrevivir a la profunda renovación metodológica que se produce con el principio del nuevo siglo en el campo de la ciencia jurídica, y sobrevive, precisamente, en aquella «parte general» a cuya construcción los grandes pandectistas de inicios del siglo habrían de dedicar las más solícitas atenciones. Al quebrarse el dogma de la unidad del derecho positivo y filosófico que había constituido la premisa teórica del iusnaturalismo y la justificación de sus construcciones racionales, reivindicada la legitimidad y la necesidad de una ciencia del derecho positivo e histórico, la vieja idea de una «parte general» como base e introducción al sistema del derecho podía justificarse a condición de eliminar todo residuo iusnaturalista y de apuntar a elaborar las formas lógicas destinadas a comprender el contenido del derecho, condición de su reducción a forma sistemática. En realidad, como es sabido, la «parte general» tiende, en cambio, en los pandectistas, a reducirse a un complejo de generalizaciones empíricas de la experiencia jurídica, correspondientes a la necesidad de ordenar y aclarar distinciones y conceptos aptos para comprender el material jurídico con vistas a sus aplicaciones prácticas, y a través de ella, traducen conceptos y valores extraños al puro positivismo jurídico, y no deducibles del mismo, que aparecen en ella como grandezas no determinadas, y que asumen significado sólo en tanto se coloreen a la luz de las aspiraciones y de las idealidades de su época. En breve, la concepción del derecho privado que inspira y motiva los sistemas y las «partes generales» elaboradas por HUGO, y sobre todo, por HEISE (cuyo sistema, como es sabido, deviene el esquema y el modelo de todos los tratados sucesivos, hasta el Código Civil alemán), parece estrictamente ligada con la concepción individualista de la vida y de las relaciones humanas de la época kantiana. A esta concepción también se enlaza estrictamente el concepto de negocio jurídico, al cual se atribuye, ahora, un lugar bien definido en la sistemática”.

Sobre este último punto, son importantes los datos históricos que brindan GUZMÁN BRITO, “Los orígenes de la noción de acto jurídico a través de la construcción de un sistema jurídico”, cit., pp. 22-23; Paolo CAPPELLINI, voz “Negozio giuridico (storia)”, en *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione civile*, vol. XII, Utet, Turín, 1995, pp. 118-199; y SCHERMAIER, “Das Rechtsgeschäft”, cit., pp. 356-357, acerca de la etapa en que el término “acto” (*Handlung*) primaba sobre el término “negocio” (*Geschäft*), incluso en la disposición sistemática de los tratados.

El catedrático de la Universidad de Göttingen, Gustav HUGO (1764-1864), dispone de la siguiente manera la parte dedicada a los conceptos generales (*allgemeiner Begriffe*) su *Lehrbuch der Pandecten oder des heutigen römischen Rechts* (publicado en 1814): I) *Arten von Personen* (clases de personas): *a*) *Physische Personen*; y *b*) *Juristische Personen*; II) *Arten von Sachen* (clases de cosas): *a*) *Physische*

destacables méritos de la dogmática moderna fue, precisamente, haber puesto en mayor resalto, y haber aclarado, "toda la importancia que tiene el elemento de la voluntad en la fenomenología del derecho privado. La voluntad, la intención, el *animus*, se han transformado, cada vez más, en el centro de gravedad del acto jurídico: la búsqueda y la reconstrucción de cada uno de sus estados y actitudes es la meta final para la determinación y el análisis estructural de las instituciones. Bien se puede afirmar que el derecho privado es el reino de la voluntad. Y todos entienden por qué uno de sus puntos cardinales es el principio de la autonomía de la voluntad, un principio que se alza, soberano, y que no equivocadamente es asumido como el carácter más esencial para la discriminación entre el derecho privado y el derecho público. [...] Todo efecto jurídico se puede asociar, en efecto, sea directamente, sea por vía indirecta, con la voluntad, como su primera causa. Casi siempre, la adquisición, la pérdida, la modificación de un derecho no son otra cosa que el resultado de un movimiento interior del espíritu, evidenciado en una actividad concreta. El derecho subjetivo mismo, como concepto amplísimo y fundamental en la dogmática moderna, no es, ni más ni menos, que un reflejo de esta doctrina de la voluntad"([78]).

Paralelamente, es en el peculiar contexto descrito donde se pueden encontrar las raíces de la *teoría del efecto jurídico*, cuyo germen ha sido identificado, incluso precedentemente, en "los primeros intentos realizados por la doctrina en la segunda mitad del siglo XVIII para la definición y clasificación de los actos jurídicos, y más aun, en los estudios que los pandectistas dedicaban a la parte general de sus tratados a las transformaciones (constitución, modificación, extinción) de los derechos subjetivos y de las obligaciones. Era fácil observar que al origen de estas transformaciones se encuentran determinados hechos,

---

Sachen; y *b*) *Juristische Sachen*; y III) *Arten von Handlungen* (clases de actos): *a*) *Physische Handlungen*; y *b*) *Juristische Handlungen*.

Por su parte, Georg Arnold HEISE (1778-1851), profesor en Heidelberg, en un breve esquema de lecciones publicado en 1807 (la 2ª ed. es de 1819), *Grundriss eines System des gemeinen Civilrechts zum Behuf von Pandekten-Vorlesungen*, incluía en el ámbito la *allgemeine Lehre* (teoría general): cap. IV: *Von den Personen*; cap. V: *Von den Sachen*; cap. VI: *Von den Handlungen*: I. *Von den Handlungen im Allgemeinen. A. Begriff und Hauptarten*. *B. Von den Willensbestimmung. C. Von den Willenserklärung*. II. *Von den Rechtsgeschäften*. III. *Von unerlaubte Handlungen*. De esta última obra se ha escrito que "logra llevar a cumplimiento la primera sistemática no-justinianea del derecho romano entonces vigente en Alemania. Se abre, de tal forma, el camino a la Escuela histórica, uno de los momentos de máximo fulgor del pensamiento jurídico europeo: a través de los pandectistas (sobre todo, PUCHTA y WINDSCHEID) la sistemática de HEISE llega hasta el Código Civil alemán (BGB) de 1900, que debe a HEISE su división en cinco partes": LOSANO, *Sistema e struttura nel diritto*, vol. I, p. 229.

([78]) DE RUGGIERO, "I dogmi del diritto privato e la loro revisione", en *Archivio giuridico "Filippo Serafini"*, 4ª serie, vol. XIII, 1927, pp. 138-139, quien se pregunta, sin embargo (*ivi*, p. 139), si "esta tendencia la subjetivismo en el fenómeno jurídico y la sobrevalorización del elemento espiritual en el acto productivo de efectos jurídicos, representa, en verdad, un progreso, y constituye una conquista para la recta reconstrucción de las instituciones jurídicas", y si "no se corre el peligro de subvaluar el elemento objetivo y de ubicar en segunda línea los demás factores que determinan el efecto y que justifican la atribución patrimonial o, en general, la mutación de un estado o de una situación preexistente". La respuesta (*ivi*, p. 140) es como sigue: "si para los jurisconsultos clásicos la idea de un particular *animus* no se consideró necesaria para la noción de esta o aquella institución, es muy probable que ella tampoco lo sea para nosotros, los modernos. Y es fácil entender cuáles efectos y repercusiones está destinada a producir una doctrina que eleva al nivel de elemento esencial de una serie de actos y negocios jurídicos un determinado *animus*".

los llamados hechos jurídicos (*juristische Tatsachen*) –ya sean hechos naturales, o bien, como ocurre más a menudo– actos del hombre, y en particular, declaraciones de voluntad (entre las cuales, la más importante y estudiada será el negocio jurídico, como típica manifestación de la autonomía de los particulares)–. No menos fácil era observar que a estos hechos, de la naturaleza o del hombre, se acompañan, constantemente, determinadas situaciones jurídicas, deberes, poderes, derechos. A partir de ello, resultaba espontánea la idea de que estas situaciones jurídicas fueran efectos o consecuencias de aquellos hechos, y que entre hechos y efectos debiera existir una específica relación de causalidad. Así se constituye, gradualmente, la nomenclatura que hoy es familiar a todos: hecho jurídico, efecto jurídico, relación de la causalidad jurídica"([79]).

Sólo con el pandectismo –se enseña, de igual forma– cobra cuerpo la intuición de que "el problema de las causas de adquisición no concierne únicamente a las obligaciones, sino que se extiende a todas las relaciones del derecho privado. También los derechos reales tienen sus fuentes, entre las cuales se deben incluir, también, actos unilaterales negociales y actos unilaterales que no constituyen negocios jurídicos porque en ellos está ausente la autocreación (*Selbstgestaltung*) de efectos jurídicos de derecho privado, de conformidad con la intención del agente (autonomía privada)"([80]).

Entre los pandectistas, en fin, habrá quien aplicará la denominación "actos en sentido estricto" a los negocios jurídicos: "acto –se escribe– es la exteriorización sensible de la voluntad. Los actos son positivos o negativos (actos propiamente dichos u omisiones), actos lícitos o ilícitos (contrarios al derecho). Todos estos actos pueden tener efectos jurídicos y por ello se llaman actos jurídicos en sentido lato; *en cambio, se llaman negocios jurídicos o actos jurídicos en sentido estricto aquellos que tienen por fin inmediato un efecto jurídico, es decir, las declaraciones de voluntad dirigidas a éste*"([81]). Ello no hace sino verificar que la categoría ahora estudiada se encuadra en una etapa y ámbito distintos de la doctrina, aunque resulte indudable –tal cual se ha subrayado– que la construcción de la categoría general del acto jurídico tuvo como punto de partida la concepción voluntarista del negocio jurídico([82]).

([79]) FALZEA, voz "*Efficacia giuridica*", cit., p. 433.

([80]) MANIGK, "Studi di diritto italiano e tedesco sulla natura ed inquadramento sistematico degli atti giuridici privati", cit., p. 135.

([81]) ARNDTS, *Trattato delle pandette*, cit., vol. I, p. 95 (las cursivas son añadidas).

La misma asimilación es expuesta por BRUGI, *Istituzioni di diritto privato giustinianeo*, cit., parte I, p. 136: "el tipo general de negocio jurídico o acto jurídico en sentido estricto es, sobre todo, un concepto escolástico abstracto; por lo tanto, cada intérprete, al deducirlo de múltiples figuras, le da los confines que quiere, siempre que haga del mismo un todo homogéneo. Si se amplía el lenguaje de los romanos se debe permanecer, al menos, dentro de sus conceptos, con la verosímil formulación de una teoría que no parezca repugnante a su pensamiento. Acto jurídico en sentido estricto o negocio jurídico es un acto de voluntad privada que el derecho reconoce como eficaz para la obtención del fin al cual está dirigido". También ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 21, dada su singular clasificación (véase, *retro*, nota 51), establece una sinonimia entre *negocio jurídico* y *acto jurídico* (*lícito*).

([82]) SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, cit., p. 158: "nos parece innegable, para comenzar, que la doctrina, justamente partiendo de la concepción voluntarista del negocio, se vio inducida, luego, y por grados sucesivos, a la construcción de la categoría general del acto jurídico, fun-

La posición tradicional quedará sintetizada, por ejemplo, en los siguientes términos: la figura del negocio corresponde "a los actos cuyos efectos jurídicos fundamentales sean correspondientes, y más aun, conformes, a los fines prácticos que sus autores se proponen obtener"; no son negocios "aquellos actos que se proponen efectos que la ley no tutela, al menos en tanto y en cuanto forman el contenido del acto, pues lo que ella hace es atribuirles efectos que pueden no ser queridos por el agente. Por ejemplo, la intimación para el cumplimiento, que el acreedor dirige al deudor, se propone conseguir el pago, pero no basta, efectivamente, para conseguirlo, y la ley hace que dependa de la misma sólo la constitución en mora, que puede no haber sido querida; del mismo modo, la declaración del acreedor que no quiere aceptar la prestación tiene como efecto, no que la prestación no sea realizada, sino la posibilidad de que el deudor se libere mediante el pago por consignación, y el consiguiente depósito de la cosa debida, depósito que hace cesar los intereses y deja la cosa a riesgo y peligro del acreedor, algo que, naturalmente, este no querría"([83]).

Algo hay que anotar, para concluir este acápite, sobre los *actos ilícitos*, que adquieren singularidad ya en la obra de los estudiosos del derecho romano afines a las enseñanzas de los pandectistas([84]).

Para la individualización de tales actos, basta asumir la perspectiva de la conformidad al derecho de la conducta humana examinada. Los actos jurídicos pueden ser lícitos o ilícitos. "El ordenamiento jurídico debe tomar posición frente a la actividad humana que entre en su campo, y favorecerla u obstaculizarla, atendiendo a si esta responde al interés social o

---

dada en el rasgo común de la relevancia jurídica de la conciencia y voluntad del agente". Allí mismo, nota 2, el autor expone que la doctrina, "luego de haber consolidado las posiciones logradas en torno del negocio, procedió, mediante sucesivas elaboraciones, a la construcción de la figura general del acto jurídico, valiéndose, sobre todo, de los progresos realizados en el estudio de la voluntad, y apoyándose así, naturalmente, en el criterio psicológico".

([83]) Santi ROMANO, "Atti e negozi giuridici", cit., p. 12.

Otro autor, CAMPAGNA, *I "negozi di attuazione" e la manifestazione dell'intento negoziale*, cit., pp. 43-44, escribirá que "la doctrina tradicional, teniendo en cuenta la relevancia que la voluntad del agente asumiría, respectivamente, en los diversos tipos de actos, en lo relativo a la producción de los efectos jurídicos, suele caracterizar los negocios jurídicos –desde un punto de vista funcional– como manifestaciones de voluntad del individuo dirigidas a la producción de determinados efectos jurídicos, subrayando que el ordenamiento, respecto de tales actos, deja que se verifiquen aquellos efectos a los cuales se refiere la voluntad del agente: es decir, los efectos jurídicos previstos y queridos por el agente. A la categoría de los negocios jurídicos, así identificados, se contrapondría la categoría de los actos en sentido estricto (o actos no-negociales), en los cuales, a diferencia de los negocios, la voluntad de los efectos no estaría dirigida a los efectos jurídicos, sino a meros fines prácticos: aun si existiera una específica dirección de la voluntad hacia determinados efectos jurídicos, ella no asumiría ninguna relevancia. La característica (funcional) de tales *fattispecie* consistiría justamente en ello: que los efectos se verifican, en todo caso, *ex lege*, sin ninguna atención a la voluntad del agente, y por lo tanto, incluso contra la voluntad y las previsiones del sujeto".

([84]) La inserción de la distinción entre actos lícitos e ilícitos es, por lo general, como sigue: "los *hechos jurídicos* más importantes son los actos voluntarios del hombre; estos, a su vez, se subdistinguen en dos grandes categorías: *actos voluntarios lícitos* (es decir, encaminados a obtener efectos reconocidos como lícitos en el ordenamiento jurídico (son los, así llamados, *negocios jurídicos*), y actos voluntarios ilícitos (es decir, actos encaminados a obtener efectos contrarios al ordenamiento jurídico y son los así llamados *delitos civiles*): PACCHIONI, *Corso di diritto romano*, cit., vol. II, pp. 133-134.

si es contraria al mismo. Puesto que el derecho debe regular las acciones humanas, es lógico que esta regulación responda al comportamiento de estas acciones frente a la misión del derecho. Si el acto está dentro de los límites permitidos por el ordenamiento jurídico, este intervendrá para subsidiarlo en su realización, atribuyéndole aquellos efectos que considera más convenientes para el logro del fin del acto: en cambio, si el acto es antijurídico, antisocial, el ordenamiento intervendrá para reprimirlo y obstaculizará en lo posible el logro de los fines ilícitos que se ha propuesto el agente"([85]).

Desde el punto de vista de la voluntad, se afirma que la esencia de la distinción radica en lo siguiente: en los actos lícitos el efecto jurídico es el fin del acto; en los actos ilícitos, el fin es distinto, "y el efecto jurídico –la pena, el resarcimiento del daño, la confiscación, etc.– no responden a la voluntad del agente, sino que tienden a obstaculizarla y reprimirla"([86]). "En el robo, la intención del ladrón es transformarse en propietario de la cosa robada: empero, los efectos jurídicos del acto se hallan en completa antítesis con tal voluntad, porque el ladrón no sólo no adquiere la propiedad, sino que queda sometido a sanciones, como la de deber restituir la cosa o el equivalente (*rei vindicatio*, *condictio ex causa furtiva*), y además, la de tener que pagar una reparación pecuniaria equivalente a un múltiplo del valor de la cosa. Con efectos así de contrarios al propósito, el derecho busca combatir un comportamiento que él, de acuerdo con la reprobación de la conciencia social, estima como socialmente dañoso y censurable"([87]).

La dicotomía acto lícito-acto ilícito se resuelve, entonces, en una antítesis que se presenta al interior de las fuentes de las obligaciones, entre contrato y delito, entendido, este último como aquel ilícito que afecta la esfera privada de los particulares([88]). En relación

---

([85]) FADDA, *Parte generale con speciale riguardo alla teoria del negozio giuridico*, cit., p. 170. En términos coincidentes se expresan, con anterioridad, SCIALOJA, "Responsabilità e volontà nei negozi giuridici", cit., p. 275; y posteriormente, LONGO, *Corso di diritto romano: Fatti giuridici-Negozi giuridici-Atti illeciti*, cit., pp. 33-34: "si el acto asume la figura del acto ilícito, y el derecho (al margen de las eventuales sanciones preventivas) le atribuye consecuencias contrarias a los fines perseguidos por el agente, sea impidiendo que el acto produzca los efectos que él buscaba obtener, sea constriñéndolo a reparar la lesión que él haya producido al derecho ajeno. Por el contrario, si el comportamiento de la voluntad es aprobado por el legislador, porque dirigido a fines considerados dignos de protección, se presenta el acto lícito, y el derecho, en principio, al menos, le enlaza consecuencias conformes con los fines perseguidos por el agente, con lo cual sigue a la voluntad dentro de los límites que cree convenientes"; y BETTI, *Corso di istituzioni di diritto romano*, cit., pp. 267-268: "frente al comportamiento humano, el ordenamiento jurídico siente, muy a menudo –movido por diversas exigencias–, la necesidad de tomar posición, evaluándolo. En dicha valoración, el ordenamiento puede asumir una doble actitud, dependiendo de si lo aprueba o no, como socialmente útil o dañoso, y por lo tanto, de si lo quiere favorecer o combatir. Más precisamente, la valoración jurídica puede producirse sea en el sentido de enlazar a un determinado comportamiento efectos jurídicos conformes a la voluntad normalmente determinante, sea en el sentido de enlazarle efectos jurídicos disconformes y contrarios a tal voluntad. En la primera hipótesis, el comportamiento se califica como acto lícito; en la segunda, como acto ilícito. La conformidad o la antítesis de los efectos jurídicos con la voluntad normalmente determinada brinda un criterio seguro para discriminar la licitud de la ilicitud jurídica de los actos considerados por el derecho".

([86]) FADDA, *Parte generale con speciale riguardo alla teoria del negozio giuridico*, cit., p. 171.

([87]) BETTI, *Corso di istituzioni di diritto romano*, cit., p. 268.

([88]) DALLA y LAMBERTINI, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 200.

con este punto, se subraya: "a la atención de los jurisconsultos romanos –los cuales, por no haber deducido todavía el concepto de hecho jurídico, no podían pensar en su clasificación– se impusieron algunos ejemplares mejor trazados de aquella inmensa categoría, de modo que forjaron, bastante bien, el concepto de estos; así, el *contrato* y el *delito* devinieron modelos de hecho jurídico, sobre los cuales la ciencia, por siglos, continuó fijando la mirada, dejando todo el resto en la sombra. El gran despertar de la ciencia del derecho, que constituye una de las glorias del siglo XIX, no podía dejar de operar en este sector. El movimiento se verificó, en particular, respecto del contrato, en tanto y en cuanto se vino aclarando, poco a poco, que el mismo representa una de las especies de un género, al cual se dio el nombre de *negocio*; la figura del negocio jurídico es verdaderamente uno de los mayores descubrimientos de nuestra ciencia en el siglo XIX; acaso el paso más importante que se haya dado para la construcción de la teoría mecánica del derecho"([89]).

([89]) CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, cit., p. 202. Desde una perspectiva histórica y crítica, FALZEA, voz "Fatto giuridico", cit., p. 945, señala: "La razón profunda, que distingue, en la teoría romana de las fuentes de la obligación, el contrato y el delito debe identificarse en el diverso papel que el efecto obligatorio tiene en las dos hipótesis: medio de adecuación del derecho a los fines del sujeto, para el contrato, medio de reacción del derecho contra la actividad de los sujetos, para el delito. El efecto de ley se produce, sea sobre las mismas líneas de acaecimientos futuros hacia los cuales se orienta tendencialmente la acción, sea sobre líneas opuestas y contrastantes. En uno y otro caso, el criterio de la eficacia emerge con mucha evidencia: el contrato es causa de una obligación conforme; el delito, de una obligación no-conforme. La clasificación, sin embargo, ha perdido claridad y homogeneidad cuando ha pretendido hacer espacio, en las fuentes de la obligación, a las varias *causarum figurae* recopiladas, posteriormente, por las escuelas bizantinas en las dos clases, de los cuasicontratos y de los cuasidelitos. Mientras que los cuasidelitos, especialmente, luego de la codificación de la responsabilidad subjetiva, se ubicaban fácilmente junto con los delitos por la propiedad que tienen en común, de causar una obligación no-conforme, los cuasicontratos valían solamente para aislar, entre las fuentes lícitas de la obligación, el acuerdo de voluntad de las demás causas no consistentes en un acuerdo, pero comprometían la coherencia de la clasificación desde la perspectiva de la eficacia, porque algunas figuras producían una obligación conforme (el legado *per damnationem*) y otras no (el pago indebido, la gestión de negocios). En el pensamiento jurídico moderno, el contrato se ha ampliado en la institución, más general, del negocio jurídico, con un ámbito de eficacia que trasciende el original efecto obligatorio y se extiende al efecto real. El delito ha dado lugar a la figura igualmente general del acto ilícito productivo de múltiples efectos jurídicos sancionatorios, algunos de los cuales sólo son asimilables a la obligación. Del cuasicontrato, en fin, nace el impulso a la elaboración del concepto de acto lícito no-negocial"; y DI MAJO, "Fatti e atti giuridici", cit., p. 394: "el pandectismo, en un primer momento, y luego la civilística, se esforzaron en construir un esquema general de «hecho jurídico» a través de un procedimiento de «abstracción generalizadora» que parte, justamente, de las fuentes de la *obligatio* y de los modos de adquisición de la propiedad, pero con resultados bastante discutibles, ya que, respecto de las obligaciones, las «*variae causarum figurae*», y después las figuras del *cuasicontrato* y del *cuasidelito*, rompen la muy precaria simetría de la relación *contrato-obligación conforme*, *delito-obligación no-conforme*, en tanto y en cuanto algunas figuras de cuasicontrato no producen una obligación que pueda definirse *conforme* a ellas (por ejemplo, el *pago indebido*). Por otro lado, entre los modos de adquisición de la propiedad, las modernas codificaciones (la francesa y la italiana, por ejemplo) suelen incluir también el contrato, con el efecto consiguiente de que la distinción entre *titulus* y *modus acquirendi* tiende a desaparecer. La verdad es que, además de no ser homogéneas las clases de «hechos» antes referidos, las *fuentes de las obligaciones* y *los modos de adquisición de la propiedad*, es del todo insuficiente el criterio propuesto, de derivar del efecto producido conforme o no-conforme) la diversa composición del «hecho» que da causa a aquel efecto".

Y precisamente, no se tarda mucho en pasar de la distinción entre contrato y delito a la distinción entre negocios jurídicos y actos ilícitos. Como paso subsiguiente, resulta "coherente con la concepción de la voluntad soberana, del primado ético y lógico de la voluntad, la formación de una teoría del acto jurídico aplicable a todo acto, tanto al negocio cuanto al acto ilícito"([90]). Se entiende, por lo tanto, por qué "el ulterior desarrollo de la ciencia del derecho conduce a una cada vez mayor y aguda diferenciación de las acciones humanas: se reconoce que las dos categorías consideradas hasta aquel momento no agotan el campo de los actos jurídicos o hecho jurídicos humanos. Surge, entonces, el concepto de *acto jurídico en sentido estricto*, que viene a contraponerse al *negocio jurídico* en el ámbito de la categoría, más amplia, del *acto jurídico en sentido lato*. Numerosos estudios se efectúan en torno de actos en particular o de categorías de actos jurídicos: así, se llega a distinguir en el campo mismo del acto jurídico en sentido estricto otras categorías que varían, prácticamente, de autor a autor, según el particular punto de vista desde el cual es observada la compleja realidad jurídica"([91]).

§ 5. Consideraciones críticas: Emilio Betti, Santi Romano, Renato Scognamiglio. La reconstrucción funcional-axiológica de la perspectiva diferenciadora en la obra de Angelo Falzea

Las críticas al magisterio heredado de la obra de los pandectistas, sin perjuicio de la indiscutida y apacible vigencia de ésta en los más reciente tratados de derecho romano, son por demás variadas([92]), y resulta difícil rendir cuenta de ellas, de manera cabal, en una panorámica histórica y dogmática como la aquí propuesta([93]).

([90]) PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, cit., p. 54.

([91]) TRIMARCHI, *Atto giuridico e negozio giuridico*, cit., p. 60. El autor añade que tales investigaciones "conducen a un fraccionamiento de los actos jurídicos que si bien es conveniente, como máxima, para la regulación jurídica de las distintas actividades jurídicas, por ello mismo, no facilita la comprensión del fenómeno de los actos jurídicos en su conjunto. En efecto, a pesar de la vasta actividad científica en este campo del derecho, no se ha arribado a una completa y totalmente aceptable organización de los actos, o si ello se ha obtenido, no se ha encontrado una distinción exacta y precisa entre el negocio jurídico y el acto en sentido estricto, pues las más de las veces, se ha considerado el acto jurídico en sentido lato, bajo la influencia de la práctica, en la especie negocio jurídico, y no en su entereza, con una investigación desarrollada en todos los campos del derecho".

([92]) En este acápite se rendirá exclusiva cuenta de la evolución de la doctrina italiana, que bien puede preciarse de haber obtenido resultados originales en lo atinente a la distinción entre actos y negocios, especialmente con los estudios de CARNELUTTI, FALZEA y SACCO. No está demás señalar, asimismo, que ya MIRABELLI, en su monografía de 1955, se apartaba del magisterio, hasta entonces mayoritariamente seguido, de MANIGK, tal cual hubo de destacarlo, con justicia, y en su debido momento, SBAIZ, "Recensione", cit., p. 470 (véase, *infra*, nota 108).

Sintéticamente, RESCIGNO, *Manuale di diritto privato*, cit., pp. 231-232, resume así la experiencia italiana: "una vez construida la categoría del negocio jurídico, o de la autonomía negocial que los particulares despliegan a través de los distintos negocios, se advirtió en la experiencia práctica y doctrinal la inconveniencia de considerar como actos de autonomía negocial todos los actos lícitos previstos en el sistema, con la consiguiente aplicación de los requisitos legales en materia de capacidad y de voluntariedad de los actos negociales. Los inconvenientes de una consideración unitaria, que asimilara todos los actos lícitos al ejercicio de la autonomía negocial, fueron percibidos, especialmente, en Alemania,

donde el Código Civil de 1900 había introducido la regulación positiva del negocio jurídico en la «parte general». En los primeros años del siglo XX, entonces, la doctrina alemana comenzó a elaborar una nueva categoría de actos, que ella contrapuso a los negocios jurídicos, y que llamó actos no-negociales o actos en sentido estricto. La distinción fue acogida, y se ha mantenido hasta la fecha en nuestra doctrina, a pesar de que en el sistema italiano falta aquel dato positivo, es decir, un régimen legal del negocio jurídico, que provocó las distinciones y clasificaciones adoptadas en Alemania". En ID., voz "Atto giuridico", cit., p. 3, la explicación prosigue: "De la doctrina alemana, nuestros autores retoman, habitualmente, una tripartición. Ella comprende: *a*) los *actos meramente exteriores*; *b*) los *actos que expresan un elemento interior*; *c*) las *participaciones*. Una categoría ulterior es identificada, por una parte de la doctrina, en los *actos debidos*".

Desde otra perspectiva, se considera que en el Código Civil italiano se conocen solamente los "hechos y actos jurídicos, mas no los negocios. Y de ellos se da una noción distinta de la elaborada por la doctrina alemana. Hecho jurídico es todo acaecimiento, natural o humano al cual el ordenamiento atribuye un efecto jurídico, constitutivo o modificativo o extintivo de relaciones jurídicas. Hecho jurídico es, por ejemplo el hecho ilícito referido en el artículo 2043 del Código Civil. Este último es hecho humano y, como tal, produce los efectos previstos por el ordenamiento si es consecuencia de un comportamiento consciente y voluntario. Para que un hecho humano (discrecional) produzca efectos jurídicos se requiere, exactamente, la sola capacidad de entender y de querer. *Actos jurídicos* son, en la acepción amplia del Código: los *actos* o *declaraciones de voluntad* (para los cuales, a fin de que se produzca el efecto jurídico, es necesaria la voluntad de los efectos, característica imprescindible de los llamados *actos negociales*), los *actos* o *declaraciones de ciencia* (con los cuales no se producen efectos constitutivos, modificativos o extintivos de relaciones, sino se declara, solamente, tener conocimiento de un hecho jurídico), las participaciones y las comunicaciones (que comprenden una vasta categoría de actos, entre ellos, por ejemplo, las notificaciones y diversas declaraciones permisivas, prohibitivas, determinativas": VALLE, "Il dibattito sul negozio giuridico in Italia", cit., pp. 575-576, tras los pasos de Francesco GALGANO, de quien puede consultarse, ahora, *Istituzioni di diritto privato*, 2ª ed., Cedam, Padua, 2002, pp. 17 y ss.

(93) Así, pues, tengo que limitarme a referir sólo algunos alcances sobre la peculiarísma y compleja clasificación formulada por CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, cit., pp. 200 y ss., que parte de la definición del hecho jurídico como "mutación de una situación jurídica" o "hecho material en tanto va acompañado de la mutación de una situación jurídica", para arribar a la identificación del acto jurídico como "hecho debido a la fuerza del hombre, y no a la fuerza de la naturaleza", como "acción que se resuelve en el desarrollo de una situación jurídica, y por ello, en el ejercicio de un poder o en el cumplimiento de un deber". Los actos jurídicos –eje del sistema carneluttiano– serán objeto de las más diversas subclasificaciones. Aquí interesa la distinción basada en su naturaleza, según la cual los actos pueden ser *transitivos* e *intransitivos*. En la primera clase se comprenden "los actos en los cuales se resuelve un poder, es decir, una relación jurídica activa", y por lo tanto, pertenecerá a este ámbito el *negocio jurídico*, entendido como "ejercicio de un derecho subjetivo".

SANTORO-PASSARELLI, voz "Atto giuridico", cit., p. 204, ha percibido en la obra de CARNELUTTI un intento –inadmisible, a su entender– de superación de la doctrina del negocio jurídico, movido por la idea de que una "doctrina general del acto jurídico, comprehensiva de las doctrinas del negocio y del acto juridico en sentido estricto, representaría un estadio de la ciencia aun más avanzado". MIRABELLI, *L'atto non negoziale nel diritto privato italiano*, cit., pp. 28 y ss.; y SCOGNAMIGLIO, "Recensione" a MIRABELLI, cit., pp. 732-733; ID., voz "Atto giuridico", cit., p. 59, ya se habían manifestado en el mismo sentido. A su turno, PANUCCIO, *Le dichiarazioni non negoziali di volontà*, cit., pp. 28-29, critica el apartamiento de CARNELUTTI del método estrictamente jurídico, y comenta: "el conceptualismo clasificatorio, no ligado a ningún campo de conocimiento definido, es lo que más nos deja perplejos en las numerosas distinciones y subdistinciones sistemáticas de CARNELUTTI, a quien, sin embargo, nuestra materia debe reconocer grandes méritos, no sólo por sus ideas y teorías innovadoras, sino también por sus tan fecundas sugestiones". De distinto parecer es SCOCA, *Contributo sul tema della fattispecie preceptiva*, cit., pp. 89 y ss., quien reivindica, revalora y desarrolla ulteriormente la tesis carneluttiana. También BETTI, como se verá a continuación, se mues-

Considero que reviste especial importancia, sin embargo, debido a su difusión en el mundo jurídico de habla castellana, en primer lugar, aquella que, sobre la base de la llamada *teoría preceptiva del negocio*, considera equivocado e infructuoso el empleo del criterio de la voluntad para efectos de la diferenciación entre hechos, actos y negocios jurídicos, y propone, entonces, su abandono.

Según esta opinión, "la calificación de «jurídico», dada a un acto o comportamiento que tenga relevancia en el mundo social depende, no ya de un carácter inherente al comportamiento por su naturaleza, sino del modo como un ordenamiento jurídico considera y evalúa un comportamiento del tipo en cuestión. La distinción corriente, que identifica los actos en los «hechos voluntarios», contraponiendo estos a los «hechos naturales» (hechos en sentido estricto), procede a partir del aspecto de la naturalidad del hecho en sí, y se revela, no sólo privada de interés, sino también equívoca. En realidad, ella conduciría a calificar como natural o como voluntario un mismo hecho (la siembra o la plantación en un fundo, o la muerte de una persona), atendiendo a si, en el caso específico, ha sido o no determinado por la voluntad del hombre"([94]). Se propone, entonces, que lo decisivo es, en realidad, "*la valo-*

---

tra respetuoso de ésta, y ello le valdrá pesadas críticas que se han expresado en nuestros días (véase *infra*, nota 97).

([94]) BETTI, voz "Atti giuridici", cit., p. 1505; ID., *Teoria generale del negozio giuridico*, 2ª ed., 3ª reimpresión, en *Trattato di diritto civile italiano*, dirigido por Filippo VASSALLI, vol. XV, t. II, Utet, Turín, 1960, p. 8. El autor ya se manifestaba en este sentido en su *Corso di istituzioni di diritto romano*, cit., pp. 265-266: "en la determinación de cuándo se presenta un acto jurídico y cuándo no, es necesario proceder con cautela: de otra manera, uno puede verse inducido a considerar como actos jurídicos hechos que no lo son. [...] En realidad, la distinción entre actos y hechos tiene sentido en tanto y en cuanto asuma como base el modo como el orden jurídico considera y valora una determinada *fattispecie*".

Según esta óptica, habría que considerar "hecho" y no "acto" jurídico, entonces, la *fattispecie* contemplada en el artículo 1049 del Código Civil peruano: "las servidumbres se extinguen por destrucción total, *voluntaria o involuntaria*, de cualquiera de los edificios, dominante o sirviente, sin mengua de las relativas al suelo", donde lo importante, para efectos de la extinción de la relación jurídica (servidumbre) sería, al pie de la letra, la destrucción misma de los edificios.

Este planteamiento hubo de recibir la temprana adhesión de ENRIQUES, *La sentenza come fatto giuridico*, cit., pp. 33 y ss., quien juzga necesario ir aun más allá (*ivi*, pp. 34-35): "Como se ve, BETTI no identifica los hechos voluntarios con los actos jurídicos y arriba a este resultado observando que, a veces, la voluntariedad del hecho, la cual debería ser el elemento distintivo, no es tomada en ninguna consideración por el derecho, como lo demuestra la posibilidad de que esta exista o no exista, sin que varíen los efectos jurídicos. Pero si, como consecuencia, se admite que la clasificación de acto y de hecho jurídico debe ser efectuada dependiendo del modo en que las normas valoran los hechos, es bien posible que un mismo hecho sea valorado de manera diversa por diversas normas. Tomemos, como ejemplo, la conmixtión, la cual es un hecho y no un acto jurídico, justamente, porque es irrelevante su calidad de hecho voluntario o involuntario. Ahora bien, imaginemos que Ticio, que se ha comprometido a no mezclar sus cereales con los de Cayo, que el primero tiene en depósito, realiza esta mezcla. Aquí se presenta un hecho jurídico, consistente en el mezclar los cereales, por parte de Ticio; un hecho que respecto de la norma, o de las normas, que obligaban a no realizar la mezcla es un acto ilícito, es decir, un acto jurídico, del cual nace, por ejemplo, la obligación de resarcir los daños. Pero el mismo hecho, consistente en la mezcla de los cereales es tomado en consideración también por las normas que regulan la conmixtión, la cual, aun pudiendo consistir, como en este caso, en un hecho voluntario, no es jamás, según los conceptos de BETTI, un acto jurídico. Por ello, se presenta un mismo hecho, la mezcla realizada por Ticio, que es un hecho jurídico en sentido lato, porque produce consecuencias jurídi-

ración del comportamiento en la órbita de un derecho determinado. Si aquí el ordenamiento jurídico toma en consideración el comportamiento del hombre en sí mismo, y si en el tratamiento que le asigna evalúa típicamente la conciencia que usualmente la acompaña y la voluntad que determina su dirección, se deberá calificar el acto como *acto jurídico*. En cambio, deberá calificarse como puro y simple el hecho, incluso voluntario, cuando en el mismo el derecho tenga en cuenta el resultado o fenómeno natural, con prescindencia de una eventual voluntad concurrente; o bien cuando el derecho considere, más bien, el obrar del hombre en la naturaleza exterior, pero al hacerlo, valore, más que el acto humano en sí mismo, el resultado de hecho al cual el comportamiento se enlaza, es decir, la modificación objetiva que él aporta al estado de cosas preexistente. Ello es evidente en algunos modos de adquisición originaria, como en la accesión por siembra o plantación y en la especificación. En ellos, la circunstancia que induce la adquisición es el crecer de la planta en el fundo o el echar raíces, y no la voluntad de quien ha sembrado o plantado; y en la especificación se trata de la transformación en otra cosa nueva, y no de la voluntad del especificante. Lo valorado por el derecho es únicamente el resultado del obrar humano, mientras que se prescinde de la voluntad concomitante"([95]).

---

cas, y que es valorado de dos modos diversos por el derecho, según las normas que lo toman en consideración".

La importancia de la valoración jurídica es igualmente destacada por Antonino CATAUDELLA, "Note sul concetto di fattispecie giuridica", en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, año XVI, 1962, pp. 462-463; ID., voz "Fattispecie", en *Enciclopedia del diritto*, vol. XVI, 1967, p. 938, nota 99, quien luego de definir la *fattispecie*, precisamente, como "objeto de valoración jurídica", señala que en los actos jurídicos en sentido estricto dicho objeto está representado por una *acción*, mientras que en los negocios jurídicos sería, ante todo, la *reglamentación* que las partes dan a sus propios intereses. Por su parte, MOSCHELLA, "Fatto giuridico", cit., p. 4, considera que "las acciones humanas puede tener relevancia para el derecho desde dos puntos de vista, es decir, sea en referencia a la objetiva incidencia que pueden tener en la estructura de intereses preexistente (y plantean, entonces, problemas de valoración no distintos de los hechos naturales), sea en referencia a su conformidad o no a las reglas establecidas por el ordenamiento (y plantean, entonces, problemas de valoración que les son propios y exclusivos). Desde el primer punto de vista, ellos se comprenden, junto con los hechos naturales, en la categoría de los hechos jurídicos en sentido estricto, y pueden calificarse, más apropiadamente, como hechos humanos; desde el segundo punto de vista, pasan a constituir aquella particular categoría de los hechos jurídicos que son los actos jurídicos".

([95]) BETTI, voz "Atti giuridici", cit., p. 1505; ID., *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 9. Famosamente, el tenaz defensor italiano de la teoría normativista del negocio, Luigi FERRI, *L'autonomia privata*, Giuffrè, Milán, 1959, p. 61, reprocha a BETTI el haberse quedado "a la mitad del camino", en tanto afirma que el negocio es precepto o reglamento, pero niega que se trata de un precepto o reglamento *jurídico*. Para quien considere el normativismo como un grado superlativo del preceptivismo, y no es imposible que se trate, más bien, de su desfiguración, resultará útil recordar que FERRI (*ivi*, pp. 49-50) percibe la diferencia entre los actos en sentido estricto y los negocios jurídicos en la ausencia o presencia, respectivamente, del *contenido normativo*: "si la autonomía privada es el poder de crear normas jurídicas, es claro que el acto jurídico en sentido estricto no es expresión de autonomía privada, porque no tiene un contenido normativo y los efectos que determina tienen su fuente en normas legislativas. [...] A menudo, ocurrirá que se encontrarán normas no derogables, las cuales constituyen límites a la autonomía privada. Si todo el esquema legal estuviese formado por normas de dicha naturaleza, de modo que al individuo no le quedara otra alternativa que determinar o no su entrada en acción, sin ningún poder sobre la conformación de los efectos, entonces ya no quedaría más espacio para la autonomía privada, y el individuo, que provocara tal entrada en acción, no realizaría un negocio jurídico, sino

un acto jurídico en sentido estricto. [...] Por lo tanto, la concepción normativa del negocio jurídico, de ser acogida, es válida para establecer en precisos términos dogmáticos la distinción entre negocio y delito, y lo que es más imperioso, la distinción entre negocio jurídico y acto en sentido estricto". FERRI opina (*ivi*, p. 56), igualmente, que ni BETTI ni MANIGK consiguen apartarse, en definitiva, de las perspectivas subjetivistas, por la importancia que estos autores reconocen, en la diferenciación del acto del negocio, sea a la intención del agente de producir efectos jurídicos, sea a la valoración que el derecho hace de la conciencia y voluntad del agente. Críticas de este mismo tono contra la perspectiva de BETTI –inapelables, según mi modesta opinión– son formuladas por OPPO, *Adempimento e liberalità*, cit., pp. 377-378, nota 4; SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, cit., pp. 152-153; PANUCCIO, *Le dichiarazioni non negoziali di volontà*, cit., p. 27; y FALZEA, "L'atto negoziale nel sistema di comportamenti giuridici", cit., p. 742.

La teoría normativa tiene otro seguidor italiano, cuya obra es tan compleja cuanto menos conocida entre nosotros: Franco Gaetano SCOCA. Dicho autor (*Contributo sul tema della fattispecie preceptiva*, cit., p. 104) fija el criterio de diferenciación entre hechos y actos jurídicamente relevantes "en la presencia del poder en el esquema estructural de la *fattispecie*: por lo tanto, el acto se define como comportamiento de ejercicio de un poder jurídico, relevante en cuanto tal para el derecho; el hecho, en cambio, es la *fattispecie* compuesta de elementos materiales, no calificables, frente al poder jurídico, como ejercicio de éste". Posteriormente (*ivi*, pp. 229-230) identifica la distinción entre actos y negocios "en su estructura: con mayor aproximación, ella reside en la diversidad de la situación subjetiva que se expresa en los dos tipos de *fattispecie*. En síntesis, se puede afirmar que el negocio es *fattispecie* de una norma cuyo establecimiento no tiene relevancia en el plano de las situaciones efectuales concretas, sino en el plano normativo. En otras palabras, se puede decir que el negocio es la *fattispecie* de una norma de producción normativa, es decir, que consiste en una *fattispecie* normativa: en una *fattispecie* en la cual se expresa un poder normativo, el poder de dar vida jurídica a una (nueva) norma. El mero acto, en cambio, es la hipótesis normativa de una norma de producción jurídica concreta: en él se expresa un poder jurídico no-normativo, que se puede convenir en denominar poder *tout court*. La diferencia entre acto y negocio se halla, por lo tanto, en que en la estructura del primero interviene la situación subjetiva poder; en la estructura del segundo, la situación subjetiva poder normativo".

A niveles de complejidad similares asciende el pensamiento del autor en el cual parece inspirarse, lejanamente, SCOCA, es decir, Carlo MAIORCA, voz "Fatto giuridico-fattispecie", cit., p. 116, "puesto que [...] la manifestación de voluntad (que es algo distinto del ejericio de poderes y demás) es un *quid* jurídicamente distinto de ua consideración, sea del momento interno, sea del momento externo del «hecho humano subjetivo», se podría afirmar que el concepto de acto jurídico se adapta mal al concepto de negocio jurídico. Actos jurídicos (o sea, ejercicios de poderes) pueden formar parte de la *fattispecie* negocial, pero no se identifican con la misma. La manifestación de voluntad califica el valor causal de la *fattispecie* negocial, y en sí misma, no es un acto jurídico. Nos parece, entonces, que podemos concluir que el negocio jurídico (o más precisamente, la manifestación de voluntad negocial) no es en sí mismo un acto jurídico, sino el criterio de calificación causal de un tipo de *fattispecie*; en otras palabras, y justamente, de las *fattispecie* negociales (entre las cuales, como elementos de las mismas, pueden ser considerados los más diversos ejercicios de poderes, es decir, diversos actos jurídicos".

La liquidación de la teoría normativa resulta bastante sencilla desde la misma óptica objetivista, tal cual lo demuestra SCOGNAMIGLIO, en su "Recensione" a la citada obra de Luigi FERRI, publicada en la *Rivista di Diritto Civile*, año XI, parte I, 1961, especialmente, pp. 184 y siguientes: afirmar que el negocio es fuente normativa es asumir una posición "viciada de apriorismo y, en todo caso, errónea e infructuosa. [...] La teoría normativa, en efecto, se apoya, principalmente, en un equívoco, a saber: que solamente concibiendo el negocio como fuente del derecho sería posible rendir adecuada cuenta de su esencia dispositiva. [...] Se debe replicar, en cambio, que el negocio tiene relevancia ya en la realidad prejurídica, como instrumento de intereses privados, y el derecho se limita sólo a atribuirle los efectos correspondientes a su naturaleza. [...] Pero la teoría normativa no sólo compromete la posibilidad de una correcta visión del fenómeno negocial: ella suscita, inevitablemente, las más graves dificultades cuando se trata –y este es, por lo demás, su postulado principal– de identificar el negocio con las otras normas jurídicas. Aquí se opone, una vez más, la observación fundamental de que la figura del negocio

La clasificación resultante de este enfoque distingue, desde el punto de vista estructural, los *actos destinados a un evento psíquico* (interno) de los *actos dirigidos a un evento material* (externo). Los primeros pueden ser de dos especies, según la sede del evento al cual están destinados, es decir, "según la mente donde este debe producirse, sea la de otros (destinatarios), sea la del autor mismo del acto. Cuando el evento psíquico es postulado y destinado a producirse en la mente de los demás, el acto asume la figura de la *declaración* en sus múltiples variedades. Por el contrario, cuando el evento psíquico es buscado o sentido por el autor mismo, el acto consiste en una toma de conocimiento, que puede ser percepción o interpretación, y operarse, sea en la forma activa de la inspección, de la audición, o incluso de la interrogación, sea en la forma pasiva y presuntiva de la recepción"([96]). Desde el punto de vista funcional del poder que ellos expresan, en cambio, los actos jurídicos se pueden distinguir atendiendo a "si dictan reglas a intereses relevantes para el derecho, disponiendo de su respectiva tutela jurídica, o si proveen a la satisfacción de los mismos, actuando la tutela de la cual ya gozan. Los actos de la primera categoría, en tanto dirigidas a estatuir un deber ser, se pueden calificar como *preceptivos*, o sea, como pronunciamientos normativos en el sentido más lato, y subdistinguirse, atendiendo a si la regla es dictada por una autoridad superior o por los mismos interesados, en: *a*) actos normativos o resoluciones, y *b*) actos de autonomía, o negocios jurídicos. Los actos de la segunda categoría pueden calificarse, por antítesis, como actos *satisfactivos*, y comprender, no sólo actos consensuales y debidos (calificados, de manera no feliz, como «intransitivos», pues tocan también la esfera jurídica ajena) –como el pago–, sino también actos forzados, es decir, ejecutivos, y actos autosatisfactivos, es decir, de autotutela legalmente autorizada. La distinción entre las dos categorías de actos se basa, como se entiende, en una simple diferencia de perfil, porque un acto satisfactivo o conservativo bien puede realizarse a través de una resolución o de un negocio, el cual, en dicho caso, no se limita a estatuir un deber ser, sino que cumple también una función ejecutiva [...] o de autotutela"([97]). "*Característica general común a*

---

constituye, más bien, objeto de reconocimiento y regulación por parte del ordenamiento jurídico (y por lo tanto, no puede ubicarse en el mismo plano)".

([96]) BETTI, voz "Atti giuridici", cit., p. 1506; ID., *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 12.

([97]) BETTI, voz "Atti giuridici", cit., p. 1507; ID., *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., pp. 17-18. En esta subdivisión es clara la influencia del pensamiento de CARNELUTTI, y ella no pasa inobservada para un autor de la agudeza de FALZEA, "L'atto negoziale nel sistema di comportamenti giuridici", cit., pp. 748-749: "maravilla, ante todo, que BETTI –estudioso de gran rigor sistemático– haya podido confiar un elemento central de su reconstrucción de la institución negocial a una de las más aproximativas propuestas del férvido, pero impaciente, genio de CARNELUTTI, y que así, mal de su grado, haya sido conducido, partiendo de una indudable inclinación objetivista, a una perspectiva, en ciertos aspectos, hipersubjetivista del negocio jurídico: confiada a las tesis, reunidas, de la naturaleza preceptiva de la declaración negocial y de su perfeccionamiento, en tanto declaración comunicativa, *in mente alterius*. [...] La asunción de la propuesta clasificatoria de CARNELUTTI, más que repercutir negativamente en la definición del fenómeno negocial, impidió a BETTI plantear de manera correcta la relación entre las dos clases más generales de los actos, por él impropiamente distinguidos en función de la naturaleza del evento (físico o psíquico), con lo cual se restringe la latitud de ambos: la primera, sólo a los actos materiales –con la exclusión de los actos del mismo género, pero de naturaleza inmaterial–; la segunda, sólo a las declaraciones –y no extendida, como habría sido necesario, lógicamente y jurídicamente, a las manifestaciones en sentido estricto–. En este punto de las clasificaciones de BETTI se revela el efecto negativo de la indisponibilidad, por parte de este estudioso, del concepto –aun cuando no del término– de comportamiento, y de su papel en la sistemática de los hechos humanos".

todos los actos es la conformidad de los efectos jurídicos de los mismos con la conciencia que, por lo general, los acompaña, y con la voluntad que, normalmente, los determina. En el negocio, en cambio, y en cuanto acto de autonomía privada, la conciencia y la voluntad del autor asumen una actitud mucho más compleja que en los demás actos lícitos. El fin del acto, encaminado hacia una composición de intereses (y no ya hacia los efectos jurídicos, como creía el pandectismo) asume aquí un relieve preeminente y decisivo. Piénsese, por antítesis, en una interpelación o intimación que un sujeto hiciera a otro, por ejemplo, en el ámbito de un conflicto de intereses: con cualquiera de tales conductas, no cabe duda de que el declarante manifiesta el propósito de tutelar su propio derecho, o de hacerlo valer, o de prevenir un daño temido: pero no prescribe una regla futura para sus propios intereses: sólo aspira a conservarlos en el estado en que se encuentran o, a lo sumo, a derivar de su propio derecho aquellas consecuencias de hecho a las cuales lo legitima la protección jurídica de la cual ya gozaba"([98]).

Otra línea de pensamiento parte del concepto de autonomía([99]). Esta es concebida, subjetivamente, como "la potestad de darse un ordenamiento jurídico, mientras que, objetivamente, indica el carácter propio de un ordenamiento jurídico, que individuos o entes se constituyen por sí mismos, en contraposición a los ordenamientos que se constituyen para ellos, pero por parte de otros"([100]). Se propone, entonces, que la característica de los actos

---

([98]) BETTI, "Riflessioni sulla nozione di negozio giuridico" (1963), trad. al castellano de Leysser L. LEÓN, "Reflexiones sobre la noción de negocio jurídico", en BETTI, GALGANO, SCOGNAMIGLIO y G. B. FERRI, *Teoría general del negocio jurídico – 4 estudios fundamentales*, ARA, Lima, 2001, pp. 37-38.

([99]) MANIGK, "Studi di diritto italiano e tedesco sulla natura e l'inquadramento sistematico degli atti giuridici privati", cit., pp. 135-134, es de la idea de que ya "juristas romanos clásicos y posclásicos tuvieron clara noción de la naturaleza y de la función de la autonomía privada, aunque no lo hayan resaltado en la sistemática, y aunque no hayan arribado a la formulación de conceptos generales. Los romanos comprendieron que el ordenamiento estatal remite al individuo, con mayor o menor amplitud, la creación autónoma (*Selbstgestaltung*) de sus propias relaciones jurídicas, y por ello sometieron los respectivos actos, los *negotia legitima* (que corresponden a nuestros «negocios jurídicos») a una regulación diversa de la aplicable a los actos que no apuntan a esta creación autónoma, como ocurrió, en particular, con la *specificatio*, el descubrimiento del tesoro, la *inaedificatio*, la *implantatio*".

([100]) Santi ROMANO, "Atti e negozi giuridici", cit., p. 8. Los estudios de este renombrado jurista –quien fuera catedrático de Derecho Administrativo (en la Universidad de Camerino) y de Derecho Constitucional (en las Universidades de Pisa, Milán y Roma), y ejerciera el alto cargo de Presidente del Consiglio di Stato (en 1928)–, especialmente su *Corso di diritto amministrativo* (Padua, 1930), son unánimemente reconocidos en Italia como pioneros en el campo de la clasificación de los actos jurídicos. Dichas lecciones son, igualmente, el punto de referencia bibliográfico infaltable cuando corresponde subrayar el decisivo aporte del derecho administrativo en estas investigaciones, por lo general identificadas con el exclusivo ámbito de labores de los civilistas.

No puedo evitar recordar, al respecto, que hace poco, en ocasión de un seminario realizado en la Universidad de San Marcos, uno de los ponentes –integrante de la Comisión que actualmente prepara la reforma de nuestro Código Civil– defendía la insostenible tesis de que el inveterado empleo de la locución "acto administrativo" en nuestro lenguaje jurídico (incluso en la legislación más reciente) podía ser apreciado como un seguro indicio de la necesidad de conservar la errada locución "acto jurídico" en la codificación civil peruana (sobre la cual, véase, *retro*, nota 1). Por el contrario, el buen e imprescindible conocimiento de la doctrina del derecho administrativo, contemplada en su evolución histórica, enseña que los esfuerzos de ésta, nada más y nada menos, han contribuido decisivamente a la identi-

de naturaleza negocial debe buscarse, ni más ni menos, en la autorregulación que estos contendrían, y que no se presentaría, en cambio, en aquellos actos "que dan vida a relaciones que son enteramente y exclusivamente reguladas por la ley. Por dicho motivo, no es un negocio, y por lo tanto, no es un contrato, la adopción. Y lo mismo puede decirse del matrimonio [...]. Los negocios son siempre normativos o preceptivos, según se prefiera; los actos que no tienen naturaleza negocial no son normativos, o bien son actos de autoridad [...]. Los primeros, por lo tanto, son siempre manifestaciones de autonomía; los segundos lo son o no lo son, según los casos"([101]). Y se concluye que "*cuando se realiza un acto jurídico, los efectos que se derivan pueden ser de dos especies, atendiendo a si dependen directamente o inmediatamente de tal acto –y, se entiende, dentro de los límites permitidos por la ley–, o si dependen de la ley misma. Esta segunda hipótesis se verifica cuando las relaciones constituidas, positivamente o negativamente, por el acto, son reguladas por la ley y el acto no es*

---

ficación de los actos en sentido estricto como figuras distintas de los negocios jurídicos. Como hace saber Salvatore ROMANO, "L'atto esecutivo nel diritto privato. Appunti", en *Rivista di Diritto Civile*, año III, parte I, 1957, p. 635, "a cierto punto, la doctrina publicística y la doctrina privatística confluyen en la visión de una actividad que es considerada distinta de la actividad de la esfera normativa de la autonomía administrativa: se trata, más precisamente, de los hechos voluntarios realizados por un sujeto activo de la potestad administrativa, y que toman el nombre de *actos administrativos*. Digamos, de inmediato, que los resultados útiles de la confluencia de estas dos doctrinas se verifican en un mutuo intercambio de conceptos que favorece la deseable orientación hacia la unidad del sistema". Esta misma doctrina enseña que son otras las razones de la conveniencia de hablar de "acto" y no de "negocio" administrativo. Según sostiene Massimo Severo GIANNINI, voz "Atto amministrativo", en *Enciclopedia del diritto*, vol. IV, Giuffrè, 1959, pp. 159 y ss., especialmente, p. 156: "la resolución [*provvedimento*] administrativa no es acto negocial, y es más, difiere profundamente de éste: más que por su nominatividad o tipicidad [...], por su función. Entre la autonomía privada y la discrecionalidad de la cual puede estar investida la autoridad administrativa se puede establecer un cotejo, pero no una analogía, porque la primera es una posición necesaria del sujeto de un ordenamiento general que se exterioriza, no sólo en la libre elección de los fines, sino en un poder autorresponsable de regulación de intereses, el cual, mientras no demande la tutela del ordenamiento, puede incluso direccionarse contra la ley; la segunda, en cambio, es un mero poder de valoración comparativa de intereses en relación con un interés primario indicado en la norma, y por lo tanto, un acaecimiento puntual, circunscrito, normativamente prerregulado y que se agota en la sola norma reguladora". Igual de firme y coherente es la opinión de Aldo M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, 15ª ed., t. I, Jovene, Nápoles, 1989, pp. 164-165, 608-609: "distintamente de cuanto ocurre para los actos jurídicos privados, en el campo de los actos administrativos no tiene razón de ser la distinción entre actos negociales y no-negociales. El concepto de negocio jurídico está ligado con la posibilidad de la libre determinación de la voluntad en el ámbito de la autonomía privada, es decir, de la autonomía del derecho común (donde el sujeto jamás puede considerarse obligado *ex lege* a operar necesariamente en cierto sentido); y la distinción entre los actos negociales y los demás actos se basa en el hecho de que en los primeros tiene decisiva importancia, para su validez, la efectiva intención del sujeto de llevar a cabo un acto dirigido hacia los efectos esenciales, propios del tipo de acto concretamente realizado. En el campo de los actos administrativos, en cambio, falta una libertad de elección, por estar la actividad administrativa siempre condicionada –incluso cuando tienen carácter discrecional– por los fines institucionales. Y, tratándose de actos que tienen necesariamente asignada por el ordenamiento su propia función (principio de legalidad), y que, por provenir de un poder público implican (sea en el interés de la Administración agente, sea en el interés de los terceros) una presunción de correspondencia entre lo enunciado y lo querido, hay que descartar que en ellos el ordenamiento atribuya relevancia específica y directa [...] a la intención del agente".

([101]) Santi ROMANO, "Atti e negozi giuridici", cit., pp. 8-9.

más que la condición necesaria y suficiente para que aquellas consecuencias se produzcan: en otras palabras, ellas no derivan propiamente del acto, sino del hecho de que cierto acto ha sido realizado, el cual, por lo tanto, es tomado en consideración como fattispecie *prevista por la ley para que sus disposiciones encuentren aplicación*. En el primer caso, por el contrario, se presentan efectos que, justamente por derivar su reglamento no directamente de la ley, sino del acto que los prevé, que los precisa, que determina su modalidad y, eventualmente, sus sanciones, pueden considerarse como efectos del acto. En la primera hipótesis, estamos ante actos no-negociales; en la segunda, se presenta la figura de los negocios. Ello no quita que estos, además de tales efectos que derivan de las normas y de los preceptos que contienen, den lugar a otros efectos que son previstos y regulados exclusivamente por la ley: los actos en mención han de considerarse negocios por los efectos de la primera especie, y no por estos últimos, que no los caracterizan, justamente, porque son propios de los actos jurídicos en general, y no de la particular categoría constituida por los negocios"([102]).

Esta perspectiva es compartida, básicamente, por quien señala, con mayor detenimiento, que "el acto no-negocial tiene relevancia [...] como mero *presupuesto* de efectos ya preestablecidos, sea en una norma, sea en una situación jurídica subjetiva activa o pasiva (poder, deber, etc.), y que, por lo tanto, no son el resultado de una autorregulación de intereses. En el primer caso, en la norma misma están presentes, previstas y reguladas las modificaciones subjetivas que podrán derivar del acto, si este se realizara en concreto; el acto que se realice en concreto no podrá producir más que aquellas modificaciones predispuestas, y no otras. Del acto no-negocial, por lo tanto, justamente en tanto tiene relevancia como mero

---

([102]) Santi ROMANO, "Atti e negozi giuridici", cit., pp. 12-13 (las cursivas son añadidas). Con algunos años de precedencia, Salvatore ROMANO, "Contributo allo studio delle opposizioni al pagamento", en *Annali della Facoltà di Giurisprudenza della R. Università degli Studi di Perugia*, 5ª serie, vol. VI, 1930, pp. 187-188, había advertido que la voluntad de los efectos no podía ser un criterio preciso para distinguir los actos de los negocios, porque "también los negocios pueden tener efectos jurídicos que no dependen de la voluntad de las partes, las cuales pueden ignorarlos o pueden, inclusive, haberse propuesto fines contrarios". Del mismo parecer es BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, cit., p. 17: "el acto jurídico en sentido estricto puede definirse [...] como el comportamiento humano –operación material o declaración– que tiene relevancia como simple presupuesto de efectos jurídicos. En el acto jurídico en sentido estricto, precisamente, los efectos no son dispuestos por el sujeto agente, sino por una fuente externa, que es, principalmente, la ley. Dichos efectos pueden ser favorables o desfavorables al sujeto, en relación con su resultado de hecho y con los intereses en los cuales incide el mismo (declaraciones de ciencia, de deseo, comunicaciones, actos ilícitos, etc.)". A esta propuesta parece adherir, asimismo, PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, cit., p. 164, quien sostiene que ni siquiera existe necesidad de brindar "una definición positiva de acto jurídico, o de acto jurídico en sentido estricto, para distinguirlo del negocio: basta la constatación de que el acto no es ejercicio de autonomía y no está dirigido a establecer una regulación de intereses jurídicamente relevante. Desde este punto de vista, el acto jurídico no crea un reglamento o una situación jurídica, sino que la presupone". Allí mismo, nota 152, expresa que "el acto jurídico en sentido estricto (acto no-negocial) se distingue, respecto del negocio, y del hecho jurídico, por su función, que es la de desarrollar o ejecutar una relación jurídica. Esta función requiere y expresa, según los distintos actos, diversas reglas de regulación, principalmente, las reglas en materia de capacidad y de forma".

También SANTORO-PASSARELLI, voz "Atto giuridico", cit., p. 207, admite la doctrina de Santi ROMANO, pero, como se verá a continuación (*infra*, § 6, texto y notas), no se desliga del todo de los postulados voluntaristas, por lo cual es exacto referir su pensamiento en un acápite distinto.

presupuesto de efectos predeterminados, derivarán, una vez que se lleve a cabo concretamente, siempre, y de todas maneras, aquellos efectos, es decir, las modificaciones subjetivas normativamente predispuestas, y ello, aun cuando, en hipótesis, el autor del acto (siempre que haya querido el acto) no hubiere conocido o previsto, ni querido, por lo tanto, tales *efectos*. En ello radica la naturaleza de presupuesto del acto no-negocial, por lo cual la doctrina institucional destaca la relevancia de la voluntad del acto, pero no (como ocurre para el negocio jurídico) de una voluntad de las modificaciones, o, como enseñaban antiguas doctrinas, de una voluntad de los efectos. Análoga situación se verifica cuando las modificaciones se cristalizan estáticamente, por decirlo así, en el contenido de una situación jurídica subjetiva. El acto de ejecución (si se refiere a una situación pasiva) o el acto de ejercicio (si se refiere a una situación activa), no tienen naturaleza negocial, porque se presentan como desenvolvimientos de la potencialidad efectual (inherente a la situación subjetiva considerada) y no podrán, una vez que se determinen en concreto, más que realizar esta potencialidad; en síntesis, las modificaciones que se verificarán luego de la concretización del acto no podrán ser más que las ya contenidas potencialmente en la situación subjetiva, respecto de la cual el acto sea ejecución o ejercicio”([103]).

Según otra tendencia, la construcción teórica en clave voluntarista de los negocios y actos jurídicos estaría expuesta a una objeción “inmediata, y difícilmente superable”, a saber: que con tal argumento se recurre a un elemento –la relevancia de la voluntad de los efectos– cuya identificación resulta complicada y que es objeto de los más ásperos debates: “basta recordar que está en duda la relevancia de la voluntad del contenido frente a las exigencias de afirmar la autorresponsabilidad del declarante y la confianza del destinatario. Y se cuestiona, asimismo, si para dar vida a un negocio, el propósito del sujeto estipulante deba dirigirse hacia el fin de la realización de los efectos concedidos por la ley, o si es suficiente, para conseguirlo, un mero propósito práctico. Y a ulteriores perplejidades puede dar lugar la consideración de que los efectos atribuidos por la ley al negocio no reflejan en todo, y trascienden en distinta medida, los efectos queridos por las partes desde la perspectiva individualista de la regulación de los intereses propios”([104]). Aunque no se niega que el aspecto de la voluntad permite “vislumbrar el fundamento y el contenido efectivos de la distinción”, se sugiere que el punto de partida para una correcta distinción deba ser visto, entonces, en la definición del negocio como “acto de autorregulación de intereses privados. Esta distinción, justamente por fundar sus raíces en la esencia del fenómeno negocial, apreciado desde una perspectiva global y no limitada a un elemento, si bien importante, como la voluntad, conduce a establecer una clara distinción, al menos en el plano conceptual, de las categorías en examen. La noción de negocio se enlaza, a su vez, con la noción de autonomía privada, cuyo reconocimiento cumple el fin, connatural a la vida de relación, de que cada sujeto pueda dar un orden a sus propios intereses, y realizar, para tal efecto, la constitución, modificación o extinción de situaciones jurídicas. *A la otra, y menor, categoría pertenecen, en cambio, los actos o los comportamientos idóneos para satisfacer distintas exigencias y/o*

([103]) FERRI, Giovanni Battista, “La forma nell’atto non negoziale” (1986), ahora en ID., *Le anamorfosi del diritto civile attuale*, cit., pp. 366-367.

([104]) SCOGNAMIGLIO, “Atto giuridico”, cit., p. 61; ID., *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, cit., p. 160.

intereses de la vida en sociedad, que el ordenamiento requiere y/o considera, y a los cuales enlaza efectos predeterminados para la obtención de particulares objetivos. La línea distintiva entre una y otra categoría se aprecia, en pocas palabras, en lo que sigue: el negocio constituye una expresión de la autonomía de los particulares, reconocida como tal por la ley y relevante conforme a ella, mientras que los actos jurídicos en sentido estricto son meras *fattispecie* productivas de efectos que la ley establece exclusivamente"([105]).

Este planteamiento se precia de preguntarse, antes de proceder, "si la categoría del acto jurídico es sólo una consecuencia de la concepción voluntarista del negocio, o si encuentra un fundamento objetivo en la realidad jurídica: se entiende, en efecto, que sólo en esta última hipótesis se podrá proponer, respecto de nuestra teoría, el problema de la distinción entre actos jurídicos en sentido estricto y negocios"([106]).

El esquema clasificatorio de los actos jurídicos en sentido estricto que se propone, de conformidad con las apreciaciones que se acaban de efectuar, contempla, con fidelidad al magisterio germano de inicios del siglo XX([107]), en primer lugar, los *actos meramente exteriores o materiales*, actos humanos que producen un resultado de hecho que la ley toma en consideración para enlazarle efectos jurídicos predeterminados, y que se distinguen de los simples hechos jurídicos por la presencia de una acción humana relevante como antecedente causal del resultado material (por ejemplo: la unión material de cosas pertenecientes a distintos propietarios, o la especificación). En segundo lugar, los *actos que manifiestan un elemento interior*, donde la ley considera, además, el elemento volitivo, la voluntariedad, que no debe ser confundida con la voluntad negocial (dotada de relevancia dispositiva), y en cuya ausencia no se producen efectos jurídicos (por ejemplo: el pago, los actos lícitos dañosos u actos de autotutela, el consentimiento del derechohabiente, el abandono de cosas). En tercer lugar, los *actos de participación*, que se caracterizan por tener como objeto la comunicación de un dato real o la revelación de una voluntad o de un sentimiento (por ejemplo: la notificación de la cesión de un crédito o de un contrato, el aviso con el cual el aceptante comunica que considera eficaz la oferta tardía o la intimación dirigida al deudor para que cumpla)([108]).

([105]) SCOGNAMIGLIO, "Atto giuridico", *loc. ult. cit.* (las cursivas son añadidas).

([106]) SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, cit., pp. 161-162. En su análisis, metodológicamente impecable, del articulado del Código Civil italiano, el autor encuentra normas donde el derecho prevé, como hipótesis, "actos humanos –oposiciones, intimaciones, notificaciones, etc.– a las cuales atribuye efectos jurídicos, sin configurar, por otro lado, otros tantos casos de reconocimiento de la autonomía privada. Puede configurarse exactamente, por lo tanto, una categoría de actos jurídicos que no sean negocios, y debe buscarse, por consiguiente, y en confirmación y aclaración de la afirmación efectuada, cuál sea la naturaleza de dichos actos. Para dicha investigación, nos parece que el mejor criterio sea, siempre, el de basarse en la realidad social, que subyace a las normas [...], a fin de captar, en primer lugar, la esencia real del fenómeno".

([107]) Me refiero, como se entiende, a las enseñanzas de MANIGK. Véase, *retro*, § 3, texto y notas.

([108]) SCOGNAMIGLIO, "Atto giuridico", cit., pp. 64 y ss. Como ya he señalado, la adhesión a la clasificación de MANIGK es igualmente característica de la obra de MIRABELLI, *L'atto non negoziale nel diritto privato italiano*, cit., especialmente, pp. 71 y ss., quien luego de identificar (*ivi*, pp. 62-63) el rasgo diferenciador entre los negocios jurídicos y los actos no-negociales en el carácter vinculante (*impegnatività*) de los primeros, define los *actos meramente exteriores* como aquellos que consisten en ac-

Una cuarta orientación crítica desnuda las deficiencias de origen de la clasificación tradicional. Nos devela que "la única fenomenología que el pensamiento jurídico moderno haya utilizado con amplitud es la fenomenología de la voluntad. [...] El punto cardinal de la distinción es siempre el negocio, o más exactamente, aquel fenómeno de la voluntad en el cual la tradición suele identificar la esencia del negocio. Ahora bien, el negocio es voluntad en doble sentido: es voluntad del comportamiento que el sujeto realiza actualmente y es voluntad del contenido al cual deberá corresponder el efecto jurídico. [...] El criterio de la voluntad [...] se mantiene firme o se derrumba dependiendo de si se acepta o rechaza la concepción voluntarista del derecho. Si se reconoce que no es la voluntad la que está en la raíz del derecho, sino la vida humana, con todos sus valores prácticos, y si se considera, además, que estos valores pueden evidenciarse en el campo de la experiencia jurídica, no sólo a través de la voluntad, sino también en virtud de actitudes no-voluntarias, e incluso inconscientes del hombre, resulta forzada la consecuencia de que es necesario rehacer la clasificación de los fenómenos jurídicos en función de este aspecto de los mismos, que es axiológico, o mejor aun, «axiológico-práctico». [...] En cada clase de hechos, que no sea artificialmente construida, no puede faltar jamás una específica consideración de los intereses humanos en función de los cuales la clase asume relevancia para el derecho"([109]). Esta

---

tividades humanas que producen efectos aun cuando hayan sido realizadas con falta de conciencia, en tanto y en cuanto la determinación volitiva del agente, dirigida al resultado práctico, no forma parte de aquella *fattispecie* a la cual la ley atribuye los efectos jurídicos. Los *actos que manifiestan un elemento interior* (*ivi*, p. 183) consisten también en comportamientos materiales o exteriores, pero producen efectos jurídicos sólo si está presente en ellos un elemento psicológico (o "interior", precisamente), que sí forma parte de la *fattispecie* legal respectiva. Las *participaciones*, en último lugar, son las *declaraciones no-negociales*, que ponen en conocimiento de otro algo que se cree que ha pasado o que podría pasar. En este último punto, por ejemplo, MIRABELLI, y después de él, PANUCCIO, *Le dichiarazioni non negoziali di volontà*, cit., pp. 12 y ss., toman distancia de la doctrina de MANIGK y de KLEIN. Los autores alemanes distinguían las *participaciones de representación* de las *participaciones de voluntad* (véase, *retro*, nota 19); MIRABELLI propondrá, en su lugar, una tripartición: *participaciones de representación* (de acaecimientos pasados y presentes), *de previsión* (de acaecimientos futuros) y *de exigencia* (que otro cumpla una actividad). Todo ello es destacado por SBAIZ, "Recensione", cit., p. 475.

SANTORO-PASSARELLI, voz "Atto giuridico", cit., p. 212, ve por conveniente, en cambio, prescindir de la categoría de los actos meramente exteriores, porque en ellos "la referencia de los efectos al sujeto no depende de la *naturaleza* del hecho, sino del *nexo causal* entre la realización del hecho por obra del sujeto y los efectos"; y (*ivi*, p. 210), "cuando la ley tiene en consideración, no el comportamiento, sino el resultado del hecho, el evento al cual este arriba en el mundo exterior, la *fattispecie* cuenta, no como acto, sino como mero hecho"; en consecuencia, la tripartición se reduce a una bipartición (*ivi*, p. 213): *meros actos* y *participaciones*; los primeros existen con independencia de su destinación al conocimiento de otros sujetos; la existencia de los segundos, en cambio, depende de su destinación al conocimiento de otros sujetos.

([109]) FALZEA, voz "Fatto giuridico", cit., pp. 948-949. Como refiere el mismo autor, *Introduzione alle scienze giuridiche*, cit., parte I, p. 108, en el siglo XIX "el voluntarismo deviene la doctrina predominante entre los juristas. Con distintas formulaciones, es ubicada como fundamento de las teorías generales del derecho positivo que se vienen elaborando en este siglo, justamente, con miras a ofrecer una representación sistemática racional de la estructura de todo ordenamiento jurídico. Puesto en inmediato contacto con los fenómenos jurídicos concretos, el voluntarismo tiene la oportunidad de manifestar su propio, efectivo y notable valor teórico-científico (basta recordar la tríada conceptual ley-derecho subjetivo-negocio jurídico, elaborada por los pandectistas en estricta concatenación lógica sobre el elemento común de la voluntad) pero también sus propios límites".

rectificación "del criterio de clasificación de los fenómenos temporales, en función de los intereses jurídicos, y no en función de la voluntad, y la consideración de que los intereses se constituyen en todos los niveles de la realidad y exigen su exteriorización en el plano objetivo de la común experiencia y cultura, conducen, en definitiva, a la distinción de los fenómenos temporales (o hechos jurídicos en sentido lato) en las dos grandes clases de los «eventos» (o hechos jurídicos en sentido estricto, o más simplemente, «hechos») y de los «comportamientos». La distinción [...] reposa en el modo de constitución de los hechos jurídicos, que en los hechos se debe al despliegue de energías –físicas, orgánicas, psíquicas, espirituales– fuera de toda actitud del cuerpo humano; *en los comportamientos, en cambio, ella se produce en virtud de una iniciativa externa del mismo sujeto y consiste en un modo de actuar de su cuerpo*"([110]).

Los comportamientos, a su vez, pueden ser *actuosos* o *significantes*. "Son *actuosos* los comportamientos que causan inmediatamente y actualmente una transformación de las situaciones de interés jurídicamente relevantes, y más específicamente, los comportamientos que producen su inmediata y actual realización, o bien una inmediata y actual lesión de los mismos. Estos comportamientos se agotan en la realidad presente y no dejan al derecho otra elección sino la de aceptar y garantizar jurídicamente la transformación realizada, o la de desaprobarla e intervenir jurídicamente para removerla o darle algún otro remedio. Son característicamente actuosos los comportamientos *materiales* –como la cultivación de un fundo, la construcción de un edificio, la transformación de la materia para la realización de una nueva cosa, la destrucción de un documento; de igual forma, el homicidio, las lesiones personales, los daños, y en general todos los delitos contra las personas físicas y las cosas materiales–. Pero son actuosos, también, los comportamientos *inmateriales*, cuando inciden inmediatamente y actualmente en una situación de interés no-material, pero jurídicamente relevante, realizándola o lesionándola. La creación de una obra artística, el descubrimiento de una innovación científica o tecnológica, el desciframiento de un lenguaje perdido o la interpretación de una época histórica –pero también la calumnia, la injuria, la difamación–, son, todos, comportamientos, que no menos que la especificación y las lesiones corporales, transforman la realidad anterior"([111]). Los comportamientos *significantes*, por el contrario, son *no-actuosos e inmateriales*; en ellos, el significado tiene relevancia jurídica de manera exclusiva([112]). "Puesto que el derecho opera para la tutela de intereses prácticos, y puesto que los intereses prácticos, a su vez, se traducen en modelos de conducta, es decir, en situaciones concretas de vida, el significado que puede tener relevancia jurídica en el comportamiento significante debe consistir en un interés práctico, en un valor normativo de la conducta. La relevancia jurídica de un comportamiento significante consiste, por ello, en el hecho de que el mismo señala (comportamiento *manifestativo*) o simboliza (comportamiento *declarativo*) una situación de vida. Tratándose de un comportamiento jurídico –es decir,

---

([110]) FALZEA, voz "Fatto giuridico", cit., p. 950 (las cursivas son añadidas).

([111]) FALZEA, "L'atto negoziale nel sistema di comportamenti giuridici", cit., pp. 749-750. El autor retoma aquí una propuesta clasificatoria por él ya expuesta en la voz "Manifestazione (teoria generale)", en *Enciclopedia del diritto*, vol. XXV, Giuffrè, Milán, 1975, pp. 442 y ss., y ahora republicada bajo el título "Comportamento" en ID., *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, cit., II, *Dogmatica giuridica*, pp. 708 y ss.

([112]) FALZEA, "Comportamento", cit., p. 715.

que la ley toma en consideración en sus normas y dota de efectos jurídicos–, la situación señalada o simbolizada por el comportamiento deviene, como máxima, situación jurídica: en otras palabras, es asumida como modelo, convenientemente adaptada por el derecho, para la predisposición normativa de los respectivos efectos jurídicos, con los cuales se definen las reglas de la vida social y jurídica y las respectivas tareas de acción. Se está en presencia de un acto significante, por lo tanto, si el significado es relevante, es decir, si produce consecuencias jurídicas, actuales o virtuales, para el campo del derecho positivo. No lo es, en el caso opuesto"([113]).

En el comportamiento significante se identificarán otras subespecies, de modo que la rígida herencia voluntarista termine de diluirse. La declaración, "en el sentido amplio, de comportamiento significante –inclusivo de la declaración en sentido estricto o por símbolos y de la manifestación en sentido estricto o por señales– es usualmente subdividida en tres clases, correlativas a la tradicional tripartición de las facultades del espíritu: *declaración de sentimiento, de conocimiento y de voluntad*. La declaración de voluntad es repartida, a su vez en dos subtipos, atendiendo a si la voluntad declarada es *actuosa* o *programática*. La declaración de voluntad *actuosa* forma el *acto real*; la declaración de voluntad programática, el *acto programático*. Desde esta perspectiva estructural-voluntarista, el acto real se contrapone al acto programático porque realiza íntegramente el propósito del sujeto, en lugar de limitarse a proyectar su realización. *Si el ángulo de observación se desplaza a la perspectiva funcional-axiológica, que es la única adecuada a la naturaleza del sistema cultural del derecho, la distinción entre actuosidad y programaticidad, aun manteniéndose del todo válida, se presenta de modo diverso, y resulta válida para contraponer los actos que realizan actualmente y efectivamente el interés, o que actualmente y efectivamente provocan su lesión, a los actos que se agotan en la evidenciación del interés y en la proyección del programa realizativo*. Esta segunda modalidad de contraposición fija dogmáticamente el concepto de acto programático [...]. *Programación* o *actuación* son fenómenos distintos, mas complementarios, respecto del interés jurídico, al cual ambas se refieren. Pero la actuación siempre es jurídicamente relevante –sin perjuicio de las modalidades en que puede presentarse la relevancia–, mientras que la programación no siempre lo es. Para que lo sea, es necesario el concurso de al menos tres condiciones: que exista, ante todo, un tiempo de la programación distinto del tiempo de la realización; que la programación se haga objetivamente evidente mediante un acto diferente del acto de la realización; que el derecho contemple y regule distintamente el acto de la programación, respecto del acto de la realización. Cuando se verifican todas estas tres condiciones se está, ciertamente, en presencia de un acto programático; cuando está presente sólo una de ellas, concurre el fenómeno del acto real"([114]).

Como punto final, con la propuesta de superación de los conceptos mismos de *acto negocial* y de *acto real*, y de su reemplazo por los conceptos, más generales, de *comportamiento programático* y de *comportamiento actuoso*, se vislumbra "la conquista más impor-

---

([113]) FALZEA, "L'atto negoziale nel sistema di comportamenti giuridici", cit., pp. 754-755. Sigue esta clasificación: SCALISI, voz "Manifestazione (in senso stretto)", en *Enciclopedia del diritto*, vol. XXV, Giuffrè, Milán, 1975, pp. 484 y ss.

([114]) FALZEA, *op. ult. cit.*, pp. 774-775 (las cursivas son añadidas).

tante lograda por el estudio de los fenómenos jurídicos temporales [...]. En el ámbito de estas dos categorías, encuentra ubicación todo acto perceptible en todo sector y en toda materia del derecho positivo, y cada acto, a su vez, extrae de esta colocación las reglas generales de su tratamiento jurídico. [...] La aplicación al derecho privado de las dos categorías generales de los comportamientos programáticos y de los comportamientos actuosos, conduce a la identificación de las dos clases del negocio jurídico y del acto real. La legitimidad y la utilidad científica de las categorías generales del comportamiento programático y del comportamiento actuoso se transfieren, acrecentadas por su mayor cercanía con los fenómenos específicos de la experiencia jurídica, a ambas clases de actos, las cuales, por lo tanto, constituyen conceptos, no sólo útiles, sino también indispensables para una ciencia jurídica evolucionada"([115]).

La ubicación que corresponde al negocio jurídico según esta óptica, entre los actos programáticos([116]), se establece de la siguiente manera: "el negocio jurídico, por no estar en

---

([115]) FALZEA, *op. ult. cit.*, pp. 790-791. Conformemente, SCALISI, "La teoria del negozio giuridico a cento anni del BGB", cit., p. 214, podrá afirmar, respecto de la ocupación, que "el interés del ocupante en la adquisición de *res nullius* es tomado en consideración por el derecho, y debido a ello se le provee del correspondiente efecto adquisitivo (del derecho de propiedad), sólo en tanto y en cuanto el mismo haya ya encontrado, en los hechos, una inmediata e íntegra realización a través de un comportamiento (material actuoso) de efectiva y actual *adprehensio* de la *res*".

([116]) Aquí son imprescindibles algunas precisiones históricas, que, inexplicablemente, son pasadas por alto por CISIANO, voz "Atto giuridico", cit., p. 152. La muy detallada clasificación de FALZEA tiene como remoto origen una distinción "psicologista" propuesta por ZITELMANN en una obra fundamental de la bibliografía alemana sobre el negocio jurídico: *Irrtum und Rechstgeschäft* (Leipzig, 1879), donde habla de *mittelbare* y *unmittelbare Wille*, esto es, de voluntad *inmediata* (que sería la aquí denominada "actuosa") y de voluntad *mediata* (que sería la aquí denominada "programática"). Así lo hace saber PANUCCIO, *Le dichiarazioni non negoziali di volontà*, cit., p. 5, y nota 4: "ambas [voluntades] se encuentran en el negocio, pero mientras que la [...] voluntad inmediata, inmediatamente actuosa y actual, es común a todos los actos, [...] la voluntad mediata, que es solamente tendenciall, programática, prescriptiva (y a veces preceptiva) de un comportamiento futuro, distingue el negocio como declaración, es decir, como acto significante y simbólico, y lo contrapone a los meros actos reales y materiales". En Italia, toda esta terminología es peculiar de la prestigiosa Escuela de Mesina, y aunque su paternidad corresponda, inequívocamente, a FALZEA, ha sido expuesta, con muchos años de anticipación, por otro de sus representantes: CAMPAGNA, quien pudo consultar oportunamente anotaciones de FALZEA que, en algunos casos, no se llegaron a ser publicadas (como el volumen *L'atto reale*). Ello explica por qué CAMPAGNA, *I "negozi di attuazione" e la manifestazione dell'intento negoziale*, cit., pp. 54-55, ya en 1958, sostenía, no sin reconocer la fuente de sus reflexiones, que teniendo en cuenta "las modalidades de las relaciones entre el interés y el acto que tiende a realizarlo, es necesario advertir que se pueden presentar dos hipótesis fundamentales. Puede ocurrir que el acto incida inmediatamente en el interés, realizándolo completamente: en dicho caso, la realización del interés del cual el acto es portador se agota en el momento mismo en que el acto es realizado, de modo que ninguna fase ulterior parece ser necesaria para conseguir dicha realización. Puede ocurrir, por el contrario, que el acto no realice inmediatamente el interés, sino que sólo proyecte o programe su realización: en dicho caso, el interés encuentra en el acto, no ya su completa realización, sino únicamente una virtual perspectiva de realización, de modo que será siempre necesaria una fase ulterior, en la cual la virtualidad se traduzca en actualidad. *Por lo tanto, se pueden distinguir, en una primera aproximación, dos grandes categorías de actos: actos inmediatamente realizativos y actos (meramente) programáticos. A la primera y a la segunda especie pertenecen, respectivamente, por su naturaleza esencial, el acto real y el negocio jurídico*. [...] Reduciendo a los confines de la pura esencialidad las características distintivas de uno y otro tipo de acto, se podría sostener que en el *acto real* el evento idóneo para realizar el interés es el

condición de realizar los intereses jurídicos, sino solamente de hacerlos evidentes y de proyectar su realización, encuentra su segura colocación entre los actos programáticos, cuya caracterización radica, justamente, en la predisposición de los modos y de los medios de realización del interés. Y puesto que los sujetos que llevan a cabo el negocio jurídico, al igual que el legislador, que la Administración, que el juez, para los actos programáticos de sus respectivas competencias, no tienen otro medio para la realización de su interés jurídico, sino la acción humana, también la programación negocial consiste en modalidades y reglas del obrar de los hombres. Este es el significado de la configuración del negocio como ejercicio de la autonomía privada y como acto jurídico que halla su rasgo esencial en la normatividad"([117]).

La observación del desempeño de la autonomía individual también contribuye a aclarar la distinción entre acto real y negocio jurídico. En el primero, "la autonomía individual se especifica como poder del sujeto de poner en ejecución, sin más, los medios y los modos adoptados para la realización de su sistema de intereses, sin perjuicio de que tenga que experimentar las rectificaciones y los remedios impuestos por el derecho como conclusión del proceso de adecuación de los efectos jurídicos al sistema conjunto de intereses involucrado por el comportamiento. En el acto programático, la autonomía jurídica individual se especifica, en cambio, en el poder de formular y de hacer evidente, incluso antes de actuarlo, el programa de realización del interés, a fin de que la asistencia del derecho, al tiempo de salvaguardar los sistemas, interindividual y común, de los intereses confrontados, acompañe en su desenvolvimiento a la actividad realizativa misma"([118]).

Según este esquema, por último, el rasgo característico de las participaciones –o declaraciones de ciencia– se aprecia en el hecho de que estas siempre tienen como presupuesto "una situación jurídica, cuya existencia afirman, de manera directa o indirecta. Por otra

---

acto mismo, considerado en cuanto tal (es decir, independientemente de toda eficacia jurídica); en el *negocio*, en cambio, el evento idóneo para realizar el interés no es el acto, sino más bien aquella particular situación efectual que, por obra del derecho, consigue el acto. Por lo tanto, lo que varía en los dos tipos de acto es únicamente el modo de realización del interés. La diferencia entre acto real y negocio jurídico, desde el punto de vista funcional, reposa, en efecto, justamente en la diversidad de mecanismo a través del cual el interés encuentra realización, y en la diversa función que los efectos jurídicos están llamados a cumplir respecto de tal realización" (las cursivas son añadidas). A todas estas conclusiones adhiere, en nuestros días, y como ya he señalado, otro representante de la misma Escuela, SCALISI, *op. ult. cit.*, especialmente, pp. 213 y ss.

SCOGNAMIGLIO, en su "Recensione" a la obra de CAMPAGNA, publicada en *Rivista di Diritto Civile*, año VII, parte I, 1961, p. 206, pese a reconocer algunos de sus méritos, la desestimará por estar viciada de conceptualismo, y sentenciará que el planteamiento del autor no constituye más que un reexamen de la distinción entre negocios y actos jurídicos a la luz de la teoría de la voluntad, en la cual él busca "superar, fatigosamente, las dificultades y contradicciones que descienden de tal perspectiva; y se ve constreñido a replegarse, luego, en la constatación –a la cual se arriba, mucho más fácilmente, según la concepción objetiva del negocio– de su carácter de acto de autorregulación, caracterizado, como tal, por la programación, y no por la satisfacción inmediata, de los intereses". De aquí, probablemente, que FALZEA, en su replanteamiento de fines del siglo XX, haya procurado remarcar enfáticamente, su apartamiento de la doctrina voluntarista.

([117]) FALZEA, "L'atto negoziale nel sistema di comportamenti giuridici", cit., p. 776.

([118]) FALZEA, *op. ult. cit.*, pp. 787-788.

parte, dado que su contenido está formado por un mero conocimiento, este tipo de declaración no introduce ninguna innovación sustancial en la situación jurídica a la cual se refieren. Por ello, el efecto propio de la declaración de ciencia es, en principio, un efecto declarativo: su validez está condicionada a la convergencia entre la situación declarada y la situación jurídica preexistente”([119]).

6. La transformación de la óptica voluntarista: Francesco Santoro-Passarelli y Salvatore Pugliatti. La perspectiva “histórico-antropológica” de Rodolfo Sacco: demarcación del ámbito de los actos no-negociales autónomos

Mientras tanto, y tiempo es de anotarlo, los promotores de un voluntarismo moderado y renovado –si se me permite la calificación– han visto por conveniente, en principio, replegarse y renunciar a posiciones extremas, como aquella que postulaba la existencia de una voluntad creadora de efectos jurídicos, y que exigía, para la identificación misma del negocio jurídico, la presencia de una intención del agente dirigida a la precisa realización de efectos jurídicos([120]).

A quienes postulan que el acto jurídico en sentido estricto constituye no otra cosa que un presupuesto de efectos de antemano previstos en la ley, se les ha reprochado, con justicia, su completa falta de atención a la normativa en la cual habrían tenido que apoyar su reflexión, y se les ha respondido, entonces, que “el criterio de distinción entre acto y negocio, para tener valor concreto, no puede [...] detenerse sólo en el aspecto funcional de las dos figuras, es decir, limitarse a destacar que el negocio es la institución que permite al particular la autónoma sistematización de sus propios intereses, mientras que el acto en sentido estricto sería un mero presupuesto de efectos predeterminados por el ordenamiento. Es igualmente necesario precisar cuándo y en concreto se puede identificar una autorregulación de intereses, es decir, cuándo es que la modificación jurídica, de la cual el acto es fuente, es asociable con la voluntad privada. Es necesario, para tal fin, aclarar cuál es la voluntad requerida en nuestro ordenamiento para la existencia del negocio: en efecto, un comportamiento voluntario podrá asumir naturaleza negocial sólo cuando, para ser jurídicamente eficaz, requiera estar sustentado en el propósito necesario para la existencia del acto de ejercicio de autonomía privada. *La distinción entre las dos figuras se debe captar, por lo tanto, en una visión conjunta del aspecto estructural y del aspecto funcional, del diverso papel que estas desarrollan en* [el] *sistema y de una fundamental regla de regulación del acto de ejercicio de autonomía privada, es decir, de la voluntad necesaria para la producción de los efectos negociales*. De este modo, será posible criticar las tesis sostenidas por la [...] teoría tradicional, pero no por haber identificado la categoría fundamental del negocio en una particular relación entre voluntad y efectos, sino por haber explicado dicha relación en forma no adherente a los principios de[l] derecho positivo”([121]).

([119]) FALZEA, voz “Efficacia giuridica”, cit., p. 504.

([120]) He tenido oportunidad de destacarlo en mis “Apuntes sobre el papel de la voluntad en los negocios jurídicos (con especial referencia a los contratos)”, cit., pp. 839 y ss.

([121]) SEGNI, *Autonomia privata e valutazione legale tipica*, cit., pp. 121-123 (las cursivas son añadidas).

No llama para nada la atención, por lo tanto, que se siga sosteniendo que los hechos jurídicos pueden agruparse según la relevancia que tenga o no tenga en ellos la voluntad humana con miras a su eficacia: actos jurídicos, en el primer caso; hechos jurídicos en sentido estricto, en el segundo. Si, luego, "*el acto tiene relevancia como mero presupuesto de efectos predeterminados por la ley, pertenecerá a la categoría de los actos jurídicos en sentido estricto. En cambio, si el acto tiene relevancia como expresión de una voluntad dirigida a la producción de los efectos, pertenecerá a la categoría de los actos de voluntad o negocios jurídicos*. [...] El hecho, aun cuando realizado, en concreto, por un hombre, y voluntario respecto de éste, no deja de ser un hecho en sentido estricto cuando, en el hacer depender de él consecuencias jurídicas, el ordenamiento prescinda de la circunstancia de que provenga o no del hombre, o, si proviene del hombre, de la circunstancia de que sea o no voluntario. En otras palabras, *son actos sólo aquellos hechos que, para ser idóneos para producir consecuencias jurídicas, deben ser voluntarios*. Por lo tanto, son de adscribir a la categoría de los meros hechos jurídicos no sólo los hechos de la naturaleza extrahumanos, sino también aquellos hechos que son, pero podrían no ser, del hombre, o que son, pero podrían no ser, voluntarios"([122]).

Este criterio –como reconoce el autor que lo propone– "se funda esencialmente, y por una parte, en el concepto de negocio como autorregulación vinculante, y por otra parte, en el concepto de acto como comportamiento humano, voluntario y consciente, que tiene relevancia como mero presupuesto de efectos predispuestos rígidamente por la ley; [y parece permitir] la identificación, con bastante exactitud, y superando ciertas visiones parciales, la diferencia entre las dos figuras"([123]).

Los ejemplos citados son los esponsales y el matrimonio. "Atendiendo a la incondicional libertad que debe dejarse a las partes, de contraer el vínculo matrimonial, la ley dispone que la promesa de matrimonio no obliga a contraerlo, ni a ejecutar lo que se conviene en caso de no-cumplimiento; sólo se prevé un eventual deber de resarcimiento de los gastos realizados con vistas al matrimonio, por cuenta de aquel que, sin justo motivo, se rehúsa a ejecutar la promesa. Esta regulación demuestra que a la promesa de matrimonio no se le reconoce valor vinculante. *La promesa no asume relevancia, en el ordenamiento jurídico como acto que dicte una regla, que las partes se comprometen a seguir, es decir, como acto de autonomía privada, sino como mero presupuesto de la obligación de resarcimiento*. Dicha obligación, adviértase, supone una promesa y la inejecución de la misma, pero no deriva del incumplimiento de la promesa. La promesa de matrimonio es, por lo tanto, un acto en sentido estricto, puesto que no tiene relevancia el reglamento en él dictado sino solamente el acto como mero presupuesto del resarcimiento. [...] Viceversa, la regulación del matrimonio muestra que al mismo se reconoce carácter negocial, porque asume relevancia, justamente, la autorregulación en él contenido; en otras palabras, vale como acto de autonomía privada; *la asunción del vínculo corresponde a la voluntad dispositiva de las partes*,

---

([122]) SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., pp. 106-107 (las cursivas son añadidas).

([123]) SANTORO-PASSARELLI, voz "Atto giuridico", cit., p. 208.

aunque esté fuera de la disposición de ellas la naturaleza del vínculo, que la ley considera necesaria para la seguridad y estabilidad de la familia legítima”([124]).

Otra coherente doctrina enseña que “hecho jurídico” es “toda situación del mundo del ser, prevista por el derecho como causa de efectos jurídicos”, y que esta categoría comprende dos grandes subcategorías, diferenciables en tanto no comparten la misma estructura del elemento material: “hechos (jurídicos) naturales (o hechos jurídicos en sentido estricto), y hechos (jurídicos) humanos (o actos jurídicos en sentido lato). [...] Son *actos jurídicos en sentido lato* aquellas situaciones a las cuales el ordenamiento jurídico confiere una particular relevancia en tanto deriven de la voluntad del agente. El incendio, la muerte del hombre, la inundación, pueden derivar, sea de la actividad voluntaria humana, sea de la actuación de fuerzas naturales. Pero el derecho, respecto de los eventos indicados en primer lugar (como la siembra, la plantación, etc.), no atribuye ninguna relevancia a la diversidad de la fuente, de modo que no cambian los efectos jurídicos con el cambio de ésta; en cambio, sí valora diversamente los segundos, atendiendo a la causa que los produce, de modo que estos entrarán, a veces, en la categoría de los hechos jurídicos en sentido estricto, y expresan, entonces, determinados efectos jurídicos; otras veces, en la categoría de los actos jurídicos en sentido lato (en particular, en la subespecie de los actos ilícitos), determinando efectos jurídicos diversos. La relevancia de la *volunt(aried)ad* es, entonces, el carácter identificador de los actos jurídicos en sentido lato; la irrelevancia de la volunt(aried)ad del acto es, por el contrario, carácter identificador de los hechos jurídicos en sentido estricto”([125]).

([124]) SANTORO-PASSARELLI, *loc. ult. cit.* (las cursivas son añadidas). Estas conclusiones me parecen plenamente condivisibles a la luz de la regulación de los esponsales y del régimen del matrimonio que fluyen de nuestro Código Civil, donde “la promesa recíproca de matrimonio no genera obligación legal de contraerlo, ni de ajustarse a lo estipulado para el caso de incumplimiento de la misma” (art. 239), y donde el matrimonio es definido como “la unión *voluntariamente* concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella, y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida común” (art. 234, 1er. párrafo).

([125]) PUGLIATTI, *I fatti giuridici*, cit., pp. 3-4. Inspirándose en otras obras anteriores de PUGLIATTI, de quien fue discípulo, TRIMARCHI, *Atto giuridico e negozio giuridico*, cit., p. 102, sostiene: “sea el descubrimiento de tesoro, sea el hallazgo de cosas abandonadas o perdidas, presentan un elemento común, que es dado por el *comportamiento humano querido*. La voluntad, en relación con dicha actividad, cumple una función particular, y más precisamente, la misma función que ejerce en todo otro acto jurídico en sentido lato. Una exigencia absoluta para que pueda existir un acto jurídico es que este acto represente la exteriorización de un proceso psicológico interno, que encuentra su fin y su completamiento en el acto externo. No se trata, al respecto, de elementos que sea posible separar, en modo tal que se atribuya a cada uno una existencia autónoma; lo que ocurre es que el acto se enlaza estrictamente con el interno, del cual representa la necesaria continuación. Y una voluntad semejante, considerada en su proceso hasta la decisión, tiene un propio fin y un propio contenido: el sujeto quiere el acto, que representa, al mismo tiempo, el fin hacia el cual apunta y la realización externa de la voluntad. Dicha voluntad que [...] desemboca en una actividad, en un comportamiento, continúa siendo un elemento interno, que el derecho no evalúa directamente, sino únicamente por reflejo, a través de la directa consideración de la actividad realizadora de dicha voluntad. Ella representa el normal presupuesto de todo acto jurídico: lo que el derecho tiene en cuenta para la producción de los efectos jurídicos es la actividad material, es el comportamiento, es la ejecución”. El acto jurídico en sentido estricto es definido por este último autor (*ivi*, p. 116) como “un acto voluntario, es decir, un acto en el cual lo directamente relevante para el ordenamiento jurídico es el acto en sí, mientras que la voluntad se presenta con carácter de genérico, si bien esencial, presupuesto, como voluntariedad del acto”.

Siempre de acuerdo con esta última óptica, se deben distinguir, sucesivamente, dos subclases de actos lícitos: "la protección jurídica comprende tanto el interés perseguido por el sujeto cuanto la voluntad (subjetiva) que lo persigue. Pero si bien la protección del interés se mantiene firme respecto de todo tipo de acto, la protección de la voluntad opera de manera distinta respecto de las dos categorías de los *actos* (simplemente) *voluntarios* y de los *actos de voluntad*: es más, esta distinción, que tiene valor sólo desde el punto de vista jurídico, se impone y se sostiene atendiendo a la fundamental diversidad de actuación de la protección jurídica. De *acto voluntario* se habla cuando la determinación volitiva del sujeto es asumida como presupuesto del acto mismo, como elemento extraño a su núcleo estructural; el *acto de voluntad*, en cambio, se presenta cuando la determinación volitiva, por sí misma, constituye el esencial núcleo estructural del acto"([126]). El elemento de discriminación, nótese bien, no se ubica en la *voluntad del acto*, "que es característica común de todos los actos jurídicos en sentido lato, sino en la *voluntad como contenido del acto*. Solamente en los actos de voluntad, y no en los actos voluntarios, adquiere relevancia jurídica el programa que el agente apunta a realizar con el cumplimiento del acto, y que el derecho traduce en una determinada serie efectual. En los actos voluntarios, en cambio, es exclusivamente la *actividad* (voluntaria) la que es tomada en consideración por el derecho, con independencia de todo programa del agente. De ello deriva que, en el primer caso, la serie de las consecuencias jurídicas predispuestas por el derecho puede variar, a fin de permitir la más idónea y completa realización del programa del agente; en el segundo caso, las consecuencias jurídicas no resultan susceptibles de modificación o adaptación. La diferencia entre las dos categorías debe identificarse, por lo tanto, en la relevancia jurídica, y, respectivamente, en la irrelevancia jurídica, de la voluntad como contenido del acto. [...] Actos de voluntad son aquellos cuyo contenido típico consiste en la determinación volitiva, la cual es tomada en consideración por el derecho como el inmediato antecedente material sobre cuya base la norma hace que el acto sea productivo de consecuencias jurídicas"([127]).

Como punto final, los actos simplemente voluntarios se diferenciarán de acuerdo con la actividad del sujeto que es tomada en consideración por el ordenamiento jurídico: *a*) actividad *material* (la ocupación, por ejemplo); *b*) actividad *intelectual* (certificados, reproducciones, declaraciones representativas, juicios técnicos). El negocio jurídico será definido, conformemente, como "un acto de voluntad libre, tendiente hacia un fin práctico prote-

---

([126]) PUGLIATTI, *op. ult. cit.*, p. 55. Este planteamiento tiene como presupuesto la distinción entre actos lícitos y actos ilícitos desde el punto de vista del interés, enunciada por el mismo autor: "los hechos humanos jurídicamente relevantes, es decir, no-indiferentes para el derecho, pueden constituir objeto de protección jurídica: sea con referencia al interés público o privado que el sujeto apunta a realizar (*actos lícitos*), sea con referencia a un interés público o privado que el derecho protege y el acto afecta o compromete (*actos ilícitos*)".

([127]) PUGLIATTI, *op. ult. cit.*, pp. 4-5. Las participaciones "volitivas" (*ivi*, pp. 7-8) serán comprendidas, entonces, "entre los actos simplemente voluntarios, y no entre los actos de voluntad, porque la voluntad, aquí, adquiere eficacia, no en cuanto tal, sino solamente en tanto es participada a otro sujeto. En esta categoría de participaciones figura, ciertamente, una voluntad en el contenido del acto, pero ella actúa de manera bastante distinta en comparación con los actos de voluntad. *En efecto, ella es tomada en consideración por el ordenamiento jurídico como simple objeto de una comunicación, y no ya en tanto dirección hacia un fin práctico, y por lo tanto, objeto de una protección normativa en función de dicho fin*".

gido por el derecho y productivo, como consecuencia de dicha protección, de determinados efectos jurídicos predispuestos por el derecho mismo, y de otros efectos, específicamente queridos por el sujeto, dentro de los límites en que el derecho atribuye eficacia a la voluntad privada"([128]).

La voluntad está presente, de igual forma, en una reciente perspectiva, que denominaré "histórico-antropológica", por los valiosos elementos que extrae de la atenta observación del comportamiento humano en las diversas culturas y etapas históricas([129]).

El ilustre defensor de esta singular visión opina, preliminarmente, que la *declaración* es sólo una de las expresiones de la *autonomía*, entendida como la "situación de aquel que está en condición de incidir en las reglas que le conciernen (o sea, destinadas a operar en su propia esfera, o en esferas ajenas, pero con reflejos en su propia esfera o en la esfera de sus intereses)"([130]); en consecuencia, resulta tautológica la corriente identificación del negocio jurídico con el acto de autonomía: los sistemas no conocen *el* acto de autonomía, sino diversos tipos de *actos de autonomía*, motivo por el cual, un discurso sobre esta última noción tiene que indicar, necesariamente: *a*) cuáles son los instrumentos de autonomía existentes en el sistema evaluado; y *b*) cómo se califica, jurídicamente, la regla creada por un miembro de la sociedad([131]).

La segunda premisa es que el *acto* "es uno de los modos como el sujeto se procura la satisfacción de su propio interés. En otras palabras, la norma predispone instrumentos a los cuales un miembro de la sociedad puede recurrir, con el riesgo que ello implica"([132]).

([128]) PUGLIATTI, *op. ult. cit.*, pp. 59-60.

([129]) Tal cual fluye de otras importantes obras de SACCO, no específicamente dedicadas al tema aquí tratado, entre las cuales destacan: *Introduzione al diritto comparato*, 5ª ed. (1992), 2ª reimpresión, en *Trattato di diritto comparato diretto da Rodolfo Sacco*, Utet, Turín, 1997, pp. 24 y ss. (donde sienta las bases de una "etnología jurídica"); ID., "Il diritto muto", en *Scintillae iuris. Scritti in memoria di Gino Gorla*, t. I, Giuffrè, Milán, 1994, pp. 679 y ss.; ID., "Sulla società di fatto", en *Rivista di Diritto Civile*, año XLI, parte I, 1995, pp. 59 y ss.

([130]) SACCO, voz "Autonomia nel diritto privato", en *Digesto delle discipline privatistiche*, *Sezione civile*, vol. I, Utet, Turín, 1987, p. 517; ID., "Sulla società di fatto", cit., p. 69, donde el autor observa que la "autonomía no se exterioriza siempre en negocios, es decir, en declaraciones. Ella puede exteriorizarse en actos (meramente programáticos) como la ocupación, la entrega, el abandono de cosas, el enriquecimiento ajeno procurado con el trabajo u ocasionando fenómenos de accesión, etc. Está comprendida en esta gama general de actos la ejecución de actividades económicamente útiles, desarrollada de forma colectiva (integrada o no por negocios de gestión consiguientes). La voluntad humana se encamina al acto, a su colegialidad, al resultado económico".

([131]) SACCO, voz "Autonomia nel diritto privato", cit., p. 519. Y más aun (*ivi*, p. 522), la categoría de la autonomía no agrupa "todas las declaraciones dirigidas a constituir reglas, más los actos de ejecucion que tienen como efecto la constitución de reglas. La categoría de la autonomía engloba declaraciones y actos de ejecución, pero no engloba a todos". En su clasificación, FALZEA, *op. ult. cit.*, p. 789, también ve por conveniente reafirmar que "la autonomía jurídica individual, correctamente entendida, no es una prerrogativa del negocio jurídico, sino que se extiende, por lo menos, al acto real –el cual, además de constituir manifestación del poder del sujeto de regular sus propios intereses, se presenta también como poder de regular la suerte futura de los intereses realizados–".

([132]) SACCO, "L'occupazione, atto di autonomia (Contributo ad una dottrina dell'atto non negoziale)", cit., p. 344.

A continuación, se pone en evidencia lo inexacto de la habitual afirmación según la cual en todos los actos jurídicos que no son negocios, es decir, en los actos donde la voluntad negocial está ausente, los efectos se encuentran completamente previstos por las normas([133]). En realidad –se aclara–, no todos estos actos están sometidos a una regulación *heterónoma*, porque existen casos en los cuales se presenta una perfecta simetría entre verdaderas *fattispecie* de autonomía, que no son negocios, y los efectos reconocidos por el derecho. Es menester admitir, por consiguiente, que el negocio y el acto gobernado a plenitud por la heteronomía no están en condición de comprender todas las hipótesis posibles de actos humanos que producen efectos jurídicos, y de aquí la necesidad de configurar la figura del *acto (no-negocial) autónomo*([134]).

En la ocupación, que es el nítido ejemplo seleccionado, "no ocurre que la voluntad del agente, como por una propia incapacidad de precisión jurídica, no logre definir y calificar la relación jurídica. El acto simple no define y no califica, por la sencilla razón de que es factual e inexpresivo. Lo que hace es realizar un poder de hecho. En este punto, interviene la norma, verbalizante, cualificante y programante, y reacciona frente al poder de hecho y a la sujeción de hecho, calificándola y creando el derecho *correspondiente*. *La clave de la autonomía está en la correspondencia del derecho con el poder de hecho. El agente quiere y crea el poder*. La norma asegura al poder una protección sofisticada. [...] El efecto primario de la ocupación –la adquisición de la posesión– es, con seguridad, el resultado de un mecanismo de autonomía. El efecto secundario –la adquisición de la propiedad– es también el producto de un mecanismo de autonomía, porque es reconocido por una norma encaminada, simplemente, a calificar y a proteger mejor la adquisición primaria. [...] El primer núcleo (el ejercicio) es querido por el agente. Pero el derecho enlaza el hecho con un efecto

---

([133]) Como sostenía, por ejemplo, Salvatore ROMANO, "Contributo allo studio delle opposizioni al pagamento", cit., p. 186; ID., "Appunti sulle disposizioni testamentarie attinenti al diritto di famiglia", en *Annali della Facoltà di Giurisprudenza della R. Università degli Studi di Perugia*, 5ª serie, vol. IX, 1932, p. 31: "en los meros actos jurídicos, que no son negocios, los efectos que no sean simplemente de hecho, es decir, los efectos tutelados por el derecho, no son determinados por [la] voluntad, que no puede cambiarlos y con la cual pueden no corresponder, sino que derivan inmediatamente y exclusivamente de la ley"; ID., *La revoca degli atti giuridici privati*, cit., pp. 152-153; ID., "L'atto esecutivo nel diritto privato. Appunti", cit., p. 643.

([134]) SACCO, "L'occupazione, atto di autonomia (Contributo ad una dottrina dell'atto non negoziale)", cit., pp. 346-347. El mismo autor, en la voz "Autonomia nel diritto privato", cit., p. 521, preanunciaba: "junto con la *fattispecie* cuyos efectos se orientan hacia la declaración, hay otras que tienen como elemento caracterizador, en cambio: *a*) el comenzar a ejercer un poder; *b*) el hacer posible a otro el ejercicio de un poder; *c*) la realización de una prestación o del inicio de una prestación. Los comportamientos de esta especie pueden comportar, en los distintos casos, +*a*) la adquisición del derecho al cual corresponde el poder; o bien –*a*) la asunción de una obligación que, en virtud de cierto parámetro legal, voluntario o social, es correspectiva del poder ejercido; +*b*) la transferencia del derecho al cual corresponde el poder; +*c*) la asunción de la obligación correspondiente a la prestación, o bien –*c*) la adquisición de un derecho que, en virtud de cierto parámetro legal, social o voluntario, es contraprestación de la prestación realizada. *No obstante la frecuencia y la importancia de estos actos de autonomía factuales y no declarativos, la doctrina se ha ocupado poco de ellos y de manera insatisfactoria. Los comportamientos de actuación han sido mimetizados, en un primer momento, en la categoría de los hechos concluyentes, luego en los negocios de voluntad, o en la idea de los contactos sociales-típicos, etc. Pero una doctrina sistematizadora, que los identifique, los agrupe, estudie sus características, no existe hasta la fecha*" (las cursivas son añadidas).

mayor, y más perfecto: la adquisición de un derecho propiamente dicho”([135]). “La toma de posesión o aprehensión no es la exteriorización de un programa abstracto. Es el primer

---

([135]) SACCO, “L’occupazione, atto di autonomia (Contributo ad una dottrina dell’atto non negoziale)”, cit., pp. 349-350 (las cursivas son añadidas). Se modifican, así, explicaciones que por muchos años marcaron la pauta en la doctrina italiana, de las cuales se conserva, únicamente, el rechazo de la naturaleza negocial de la ocupación, predicada por MANIGK (quien hablaba, al respecto, y como he señalado en su momento, de “negocio de voluntad”, *Willensgeschäft*, o de “negocio de actuación”, término preferido por los autores itálicos, a partir de la obra de CAMPAGNA), y por sus seguidores italianos, como BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 128, y SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, cit., p. 167. Al respecto, Franco GIRINO, voz “Occupazione (diritto civile)”, en *Novissimo Digesto italiano*, vol. XI, reimpresión, 1968, Utet, Turín, pp. 734-735, describía la situación con estas palabras: “Una doctrina germana, que ha influido notablemente en parte de la nuestra, asigna a la ocupación naturaleza negocial, basándose en el requisito del *animus* requerido en el § 958 del BGB. Dicha teoría se apoya en la existencia de un *animus dominii* en el sujeto que realiza la voluntad ocupatoria: entendido el *animus* mismo como manifestación de voluntad, y revelado que el mismo está dirigido a la obtención de un efecto que se realiza, los defensores de aquella teoría concluyen en el sentido de que existen todos los requisitos para la configuración de un negocio jurídico. Algún intérprete, al hacer frente a la observación crítica de que con dicha tesis se requiere la capacidad de obrar del sujeto ocupante, ha recurrido a la construcción de una categoría especial de negocio, que no es una declaración y que define como *Willensgeschäft*, donde está comprendida la ocupación. Contra la primera teoría, según la cual la *fattispecie* ocupatoria es un negocio jurídico propiamente dicho, se opone que en la ocupación falta, no sólo la intención consciente de causar un efecto jurídico, sino también la manifestación de la voluntad, en tanto el efecto perseguido por la parte no coincidiría con el efecto jurídico del hecho. Contra la teoría que define la ocupación como un negocio de actuación o de voluntad se opone que no se considera posible, útil, ni normativamente fundada, la configuración de negocios en los cuales la voluntad se expresa a través de una actuación y no a través de una declaración. Rechazado el encuadramiento de la ocupación en la categoría negocial, se afirma, entonces, que la ocupación, no siendo ni una declaración ni un negocio de voluntad, tiene la índole de hecho voluntario y jurídico, del cual se derivan efectos conformes a nuestro ordenamiento jurídico. La ocupación constituye, entonces, un mero acto jurídico lícito, donde el efecto jurídico representado por la mutación constitutiva del derecho de propiedad en favor del sujeto que ocupa la *res nullius*, no es la directa consecuencia de una manifestación de voluntad, finalísticamente dirigida a producirlo, sino donde el efecto, en lugar de ser enlazado a la voluntad del autor de la ocupación, en favor de aquél, desciende y está previsto en fuerza de ley. En la ocupación, mientras que el resultado material de la acción cumplida por el sujeto sería consecuencia de la conducta materia del sujeto mismo, no podría afirmarse lo mismo del resultado jurídico (constitución del derecho) que surgiría *ex lege*; de aquí que no sólo el incapaz de obrar sería titular de la posibilidad de ocupar válidamente, sino también el incapaz *naturaliter*, siendo suficiente para la validez de la ocupación la capacidad de derecho”. De todo este proceso informa, igualmente, Alberto TRABUCCHI, voz “Occupazione (diritto privato)”, en *Enciclopedia del diritto*, vol. XXIX, Giuffrè, Milán, 1979, pp. 622-623, también con referencia a las consecuencias prácticas de esta toma de posición: la exclusión “de la naturaleza de verdaderos negocios de los actos de los que estamos hablando tiene relevancia para determinar la regulación a las cuales los actos mismos deben ser sometidos. No se aplicarán las normas que la doctrina ha deducido del sistema legislativo que concierne a los más importantes negocios jurídicos, sino que se deberán respetar los criterios más generales que se refieren al acto de voluntad. Ante todo, no será requerida en el sujeto la plena capacidad de obrar, pero no deberá faltar la conciencia del sujeto, que presupone su capacidad de entender y de querer. Para que la actividad del sujeto tenga efecto en su patrimonio, el acto debe imputarse jurídicamente a un sujeto consciente; por otro lado, la ausencia de voluntad y de capacidad natural no conducirán a la previsión de un acto anulable según los criterios de esta categoría prevista por la ley en la patología negocial, sino que la consecuencia será la dilución del acto mismo, por la ausencia de aquel elemento interior que constituye su parte esencial”. En otro lugar, SACCO, *Il possesso*, 2ª ed., escrita en coautoría con Raffaele CATERINA, en *Trattato di diritto civile e commerciale già diretto da Antonio Cicu e Francesco Messineo, e continuato da Luigi Mengoni*, vol. VII, Giuffrè, Milán, 2000, p. 228, arribará a la siguiente definición de ocupación: “es el hecho humano con el cual alguien que hasta un cierto

momento de la posesión: es la manifestación primera (en orden de tiempo) de aquella disponibilidad de la cosa a la persona, que de ahora en adelante constituirá el *corpus* de la posesión: es el poder sobre la cosa, en su primera fase. En un ordenamiento jurídico que conozca la propiedad, es el primer momento del ejercicio de la propiedad por parte de aquel sujeto. *No puede existir poder sobre la cosa sin voluntad de ejercer el dominio y de ser considerado patrón de la cosa*. [...] Toma de posesión y ocupación son un único hecho: son el primer acto de ejercicio, en el ámbito de una cadena indiscreta de actos de ejercicio de un poder propietario. Al derecho le interesa saber si existe la voluntad del poder, englobada en el poder mismo. La ulterior voluntad, de adquirir la propiedad, en caso de que existiera, es irrelevante. [...] La declaración de voluntad es un negocio; la ocupación no declara, no expresa, no se refiere a ninguna relación jurídica, no se refiere a nada que sea abstracto. La ocupación no es un negocio. *Por otro lado, la ocupación es el primer momento de la posesión, y se deriva que ella engloba en sí, como constituyente propio, la voluntad de dominar la cosa de modo exclusivo, y de ser tratado por todos como patrón de la misma*. La relación de propiedad que el régimen jurídico de la ocupación hace nacer de la posesión depende [...] de la posesión. La norma jurídica depende, a su vez, de las necesidades del hombre; y la necesidad evidenciada por la estructura de la posesión es la necesidad de un programa que prevea una protección recuperatoria o inhibitoria destinada a funcionar si la autotutela no ha sabido prevenir la interferencia ajena. Una norma dependiente, que tiene como único fin prestar a la voluntad del sujeto una protección más sofisticada no puede considerarse heterónoma. *La ocupación es un instrumento de autonomía*. La norma juega un papel de amplificación y racionalización del aparato protector, inherente al mecanismo del poder posesorio estructurado por la ocupación. [...] La ocupación es acto de autonomía, y en ello radica un elemento de analogía entre ocupación y negocio. Pero la estructura de la ocupación es opuesta a la del negocio. El acto simple crea una situación de hecho, incluso destruyendo la situación precedente (la situación de hecho así creada deviene inmediatamente jurídica)”([136]).

Del fenómeno de la ocupación se pasa, extensivamente, al análisis de otras figuras, y a la identificación de dos tipos de actos: *la actuación de (o la adecuación a) una situación de poder, y la creación o destrucción de instrumentos solemnes o de símbolos*.

El ejemplo por antonomasia del segundo supuesto es la destrucción del testamento, que es indicio de la voluntad del testador de impedir que el acto, simbolizado por el docu-

---

finición de ocupación: “es el hecho humano con el cual alguien que hasta un cierto momento no tenía el poder de hecho sobre la cosa comienza a ejercer dicho poder de control físico, socialmente estructurado como control exclusivo, sin nexos causales con un poder de hecho ajeno preexistente, y sin manifestaciones de voluntad específicamente dirigidas al sujeto, o por el sujeto, de un poder ajeno preexistente. Ello se expresa también al afirmarse que la ocupación no es un negocio, sino un acto jurídico simple o acto real –que retraduce *Realakt*–; en otras palabras, no es una declaración de voluntad, sino una operación. Por lo tanto, ella no postula una capacidad negocial plena sino que es suficiente la capacidad natural elemental que se necesita para poseer, es decir, la capacidad propia del niño que no sea un lactante o la del enfermo que no delire”. La tesis de la naturaleza no-negocial de la ocupación es defendida, en la actualidad, y entre otros, por BIANCA, *Diritto civile*, 6, *La proprietà*, Giuffrè, Milán, 1999, pp. 329-331, quien hace suya la doctrina del “acto real”.

([136]) SACCO, “L’occupazione, atto di autonomia (Contributo ad una dottrina dell’atto non negoziale)”, cit., pp. 351, 353, 358 (las cursivas son añadidas).

mento, llegue a producir efectos. Mayor interés, sin embargo, es el que reviste la primera subcategoría. "La negligencia de los estudiosos ha afectado al acto a tal medida que ni siquiera se ha propuesto un discurso dirigido a distinguir y a poner en evidencia sus tipos. Si se hubiese procedido en tal sentido, se habría notado que el tipo de acto más importante gira en torno de la actuación de una situación de ventaja o poder, o de sumisión o servicio: actuación directa de un poder de control sobre una cosa o persona; ejecución de una prestación; sumisión al poder ajeno; asentimiento. Pertenecen a esta categoría de actos, el acto de consumación del matrimonio (canónico), la ausencia de ejercicio del derecho (que da lugar a la prescripción), la posesión, especialmente su constituyente primario e inicial (ocupación), su dilución voluntaria (abandono), su traspaso físico (entrega), el asentimiento como hecho justificativo, la ejecución de la prestación comprometida en una relación de hecho (de ejecución continuada) o la ejecución elegida como fuente de una relación jurídica inatacable"([137]).

([137]) SACCO, *op. ult. cit.*, pp. 356-357. El autor grafica la última hipótesis señalada (de la aceptación tácita, como se puede notar) con una remisión al artículo 1327, 1er. párrafo, del Código Civil italiano: "*Ejecución antes de la respuesta del aceptante*.- Cuando a pedido del oferente, o por la naturaleza de la operación o según los usos, la prestación deba ejecutarse sin una respuesta previa, el contrato se celebra en el momento y lugar donde tiene lugar el inicio de la ejecución". La disposición ha sido copiada en el Código Civil peruano: "Cuando a solicitud del oferente o por la naturaleza de la operación o según los usos, la prestación a cargo del aceptante haya de ejecutarse sin respuesta previa, el contrato queda concluido en el momento y lugar en que comenzó la ejecución" (art. 1380).

En el *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione civile, Aggiornamento*, II, t. 1, Turín, Utet, 2003, pp. 158 y ss., dirigido por SACCO, ni más ni menos, se ha incluido la voz "Atto non negoziale autonomo", al cuidado de Paola CISIANO. Esta investigadora no hace otra cosa que sistematizar los postulados de SACCO, y a ello se limita su contribución. Concibe el acto no-negocial autónomo, como "actuación consciente y querida de una relación jurídica que crea la relación jurídica actuada", y propone comprender en él las instituciones de la declaración tácita, del negocio de voluntad y del negocio por hechos concluyentes (*ivi*, p. 163). "[L]os intentos realizados en la doctrina para asimilar los comportamientos materiales productivos de efectos jurídicos *ex voluntate agentis* al negocio, recurriendo a las figuras del negocio de voluntad o de actuación, o bien del negocio por hechos concluyentes, tienen su *ratio* en la exigencia de juridificar la relación creada de hecho por los mismos. El jurista de tradición pandectista, en efecto, es incitado a observar la actuación de la relación, no precedida por la declaración negocial, a través del esquema del negocio jurídico, y por ello, cree encontrar también en ella la voluntad del agente dirigida a constituir la relación jurídica actuada, y la manifestación de una voluntad semejante, deduciéndola, indirectamente, de la actuación misma. En cambio, desligándose de esta perspectiva, es posible darse cuenta de que cuando el hombre no hablaba, la dinámica del derecho se reducía a la actuación de relaciones, y que no existe razón para ver, hoy, en este comportamiento factual, una realidad más compleja que la verificada en el pasado. *La solución más correcta parece, por lo tanto, admitir que los llamados hechos o comportamientos concluyentes constituyen actos de cumplimiento o de ejercicio de un derecho que, para hacer nacer la relación jurídica, la ejecutan, cancelando la manifestación previa. Sobre la base de esta solución, el inicio de la ejecución de la prestación, que determina la celebración del contrato, el acto con el cual se da ejecución al contrato anulable, el acto con el cual el llamado acepta la herencia, etc., se configuran como actos no-negociales autónomos, en los cuales el agente realiza voluntariamente y conscientemente una regulación vinculante de sus propios intereses simplemente actuándola*" (las cursivas son añadidas). También las llamadas "relaciones de hecho" (como la convivencia *more uxorio* o la relación laboral de hecho), que, en cuanto tales, no nacen de declaraciones de voluntad negociales, ciertos actos que se realizan en aplicación del principio del "*nemo contra factum propium venir potest*" (por ejemplo, la inevitable celebración de un contrato definitivo de compraventa, no obstante la nulidad de la promesa de hacerlo, por defecto de

De conformidad con estas últimas apreciaciones, se considera, en nuestros días, que la doctrina, al tratar la distinción entre acto en sentido estricto y negocio jurídico –en Alemania, y, por imitación, en Italia– ha tenido la costumbre de ubicar al acto no-negocial fuera del ámbito de la autonomía privada, "en tanto concebido como *fattispecie* legal de efectos típicos", mientras que el acto negocial que sería "el único medio que el ordenamiento jurídico brinda al particular para regular sus propios intereses frente a los miembros de la sociedad"([138]). Lo cierto, sin embargo, es que el negocio jurídico no es siempre instrumento de autonomía (como ocurre, claramente, cuando es realizado en cumplimiento de una obligación de contratar previamente pactada), y que "el acto en sentido estricto no siempre y no sólo es heterónomo"([139]).

7. Comentario final

Aunque las tres últimas perspectivas en las cuales me he detenido no sean más que algunas de las propuestas en las que se percibe un replanteamiento de la doctrina voluntarista, cuando no una perduración de algunos de sus postulados más saltantes, todas ellas constituyen un indicio certero de la conveniencia de no dictaminar apresuradamente la claudicación del magisterio cuestionado.

En efecto, aquí se ha tenido oportunidad de apreciar de modo suficientemente documentado que la progresiva elaboración de la categoría de los actos en sentido estricto no significó en ningún momento, y de ningún modo, la definitiva decadencia de la voluntad como criterio clasificatorio([140]). Hay quienes han intuido, al respecto, que la resistente predominancia de la clasificación que distingue entre hechos, actos y negocios atendiendo al parámetro de la voluntad puede deberse, ni más ni menos, a la circunstancia de que ella se encuentra respaldada por una antigua y refinada tradición de pensamiento, que hasta la fecha no ha logrado ser superada por ninguna propuesta nueva de sistematización([141]).

---

formalidad), la *Verwirkung* de origen germano (según la cual la falta de ejercicio de un derecho, proyectada en el tiempo, o su abandono de hecho, determina la pérdida del derecho mismo), y el *estoppel*, proveniente del *common law*, mueven a la autora a proponer (*ivi*, p. 171) la admisión de la existencia "de un acto que no es negocio, pero que de todas maneras está comprendido en la autonomía privada y que se presenta como ulterior instrumento de autorregulación de intereses privados, junto con el negocio jurídico. Se trata del acto no-declarativo, que crea un derecho, actuándolo. Un acto que ha sido conocido desde siempre, en todos los sistemas jurídicos, incluso en los más simples. Las diversas figuras analizadas no son más que instrumentos formales de legitimación jurídica de una solución dictada por la no-eliminabilidad del resultado producido en los hechos por este tipo de acto".

([138]) CISIANO, voz "Atto giuridico", cit., p. 158.

([139]) CISIANO, *loc. ult. cit.*

([140]) Así lo destacan BIGLIAZZI-GERI, BRECCIA, BUSNELLI y NATOLI, *Diritto civile*, vol. I-2, *Fatti e atti giuridici*, cit., p. 444, pero no sin resaltar que "respecto de la categoría del negocio, el análisis de la figura había cobrado un realce autónomo, mientras que la elaboración de las otras, y más jóvenes, categorías se fue realizando de manera apresurada, de modo que ellas fueron, las más de las veces, definidas negativamente, como aquellas en las cuales la voluntad del hombre no desarrollaba el mismo papel eminente que cumple en el negocio (los meros actos), o donde tal voluntad estaba del todo ausente".

([141]) BIGLIAZZI-GERI, BRECCIA, BUSNELLI y NATOLI, *loc. ult. cit.*

De acuerdo con esta cauta toma de posición, ni siquiera una reelaboración detallada e impresionante como la inspirada en el criterio axiológico-práctico, resulta convincente a plenitud. Como se ha observado, "el intento de desplazar la atención desde el aspecto de la voluntad hacia el aspecto del interés no se ha prestado a favorecer una orgánica redefinición de la entera materia, porque el criterio del interés representa, de todos modos, un parámetro no privado de genericidad"([142]).

A modo de conclusión de cuanto se ha señalado, hay que dejar sentado, entonces, que ninguna de las especulaciones reseñadas ha conseguido imponerse inobjetablemente; de hecho, una doctrina tan interesante como la del acto no-negocial autónomo se encuentra en pleno desarrollo. Lo que ha sucedido, más bien, y como he señalado desde el comienzo de mi investigación, es que, o se ha ido perdiendo, paulatinamente, el enorme interés otrora generado por la problemática([143]), o bien los autores se han limitado a expresar su fidelidad

---

([142]) BIGLIAZZI-GERI, BRECCIA, BUSNELLI y NATOLI, *loc. ult. cit.*

([143]) Pienso en las duras críticas que Ennio RUSSO, en sus *Istituzioni delle leggi civili*, escritas en coautoría con Giovanni DORIA y Giorgio LENER, Cedam, Padua, 2001, pp. 162 y ss., dirige contra la teoría del hecho jurídico. El autor citado sostiene que esta última "pone en el mismo plano hechos naturales elementares como la lluvia o el granizo (en tanto producen la consecuencia jurídica de activar la operatividad de un contrato de seguro) y un contrato notarial de cincuenta páginas en el cual se establecen complejas reglas atinentes a la creación de sujetos jurídicos, a su funcionamiento, a transferencias de riquezas de muy relevante valor, a deberes de comportamiento que pueden referirse a enteras categorías de personas. Indudablemente, el granizo y el acto notarial son, ambos, hechos del mundo, pero no son, ni siquiera lejanamente, comparables en sus alcances y consecuencias. La teoría del hecho jurídico comporta, por lo tanto, una suerte de aplanamiento de las situaciones que dan lugar a la aplicación de la ley. Además, *degrada* las manifestaciones de la voluntad humana a meros hechos productivos de consecuencias jurídicas, sin conseguir explicar el peculiar carácter normativo de la autonomía privada. [...] A la teoría del hecho jurídico, enunciada en su época por SAVIGNY como una teoría puramente *descriptiva* de la operación de la norma jurídica en relación con las modificaciones del mundo de la naturaleza, se le ha concedido un crédito excesivo, hasta hacerle asumir una posición central en los discursos jurídicos. [...] A la teoría del hecho jurídico, como conceptualización ordenante para la comprensión de la dinámica de la aplicación de la ley se le pueden dirigir substanciosas objeciones, porque ella constituye una suerte de velo deformante que no permite captar cabalmente las articulaciones de la realidad jurídica. [...] La tendencia, no explícita, pero inmanente, en la teoría del hecho jurídico es la de enlazar a todo acaecimiento natural (comprendidos los actos y comportamientos humanos) cierto efecto jurídico. Verificándose un hecho del mundo, automáticamente se produce una consecuencia jurídica, y por lo tanto, los hechos del mundo podrían ser identificados y clasificados desde el punto de vista de las consecuencias jurídicas que comportan: a todo hecho, naturalísticamente definido, corresponde una consecuencia jurídica, un efecto jurídico. Todo ello es profundamente errado. El hecho, en sí mismo, es neutro, amorfo. El hecho adquiere relevancia respecto de la ley en tanto se inserte en un sistema de relaciones humanas. Si yo transcurro una mañana reposando y leyendo los periódicos, este hecho constituye el ejercicio sacrosanto de la libertad del hombre. Pero si en la misma mañana yo debía efectuar una entrega (cumplimiento de una obligación de dar), o realizar una prestación de obra (dar una lección o brindar un seminario), mi comportamiento será definido como *ilícito*; y la ilicitud, como es del todo evidente, no es del comportamiento en sí mismo, sino del comportamiento inserto en un sistema de relaciones humanas. [...] Existen, como se ve, suficientes elementos para afirmar con convicción absoluta que la operatividad de la ley se presenta, constantemente, no en relación con «hechos», sino con situaciones, mutaciones, que son consideradas en su conjunto; y sólo en el ámbito de las mismas adquiere relevancia la calificación del hecho. [...] El vicio de la teoría del hecho jurídico radica, sobre todo, en la degradación de la actividad negocial (las manifestaciones de autonomía privada) a hecho jurídico. Por consiguiente, esta teoría no logra explicar cómo y por qué la actividad negocial determina, ella misma, los efectos jurídicos, según la voluntad de las partes. Las manifestaciones de autonomía privada

a los resultados ya alcanzados, tal cual lo deja en claro la moderna revalorización de una doctrina decimonónica como la de los actos reales.

Con todo, creo que la importancia del conocimiento de los orígenes históricos y dogmáticos de la categoría de los actos en sentido estricto, que he pretendido transmitir en estas páginas, puede ser apreciada en dos planos.

En primer lugar, en la confirmación del aporte de la dogmática jurídica en la ordenación conceptual de la realidad con miras a la solución de problemas concretos, de regulación legislativa y de aplicación de reglas codificadas, en otros ordenamientos.

Un civilista italiano, de antigua formación, afirmaba que el único conceptualismo que merece ser combatido es aquel que amolda la regulación positiva a pretendidas exigencias lógicas de definiciones acogidas y apriorísticamente consideradas como operantes en un sistema legislativo concreto([144]). Hoy, otro autor de la misma nacionalidad, al ofrecer un panorama contemporáneo del derecho civil en su país escribe, sin manifestar temor a equivocarse, que la "clase de los juristas" de otrora, fuertemente influenciada por la doctrina germana, operaba tomando el antiguo y docto pandectismo, releyéndolo con los lentes del Código Civil alemán, y volviéndolo a presentar entre los suyos, como modelo a seguir para interpretar o para forzar las normas de su propio Código Civil([145]).

Así, pues, una construcción de una doctrina de los actos jurídicos en sentido estricto, útil y respetuosa de nuestras propias fuentes, no puede limitarse a ser un mecánico eco de los avances logrados en otros sistemas, con los cuales mantenemos una dilatada relación histórica de importación normativa y doctrinaria, sobre la sola base de la admiración([146]).

---

no pueden ser consideradas como un hecho jurídico cualquiera, porque ellas constituyen actividad normativa que concurre con la ley para aportar la regla de las relaciones entre los miembros de la sociedad, y es determinante, según su contenido, de los efectos jurídicos. La enfatización de la teoría del hecho jurídico implica una sustancial desvalorización de la autonomía privada, expresión de la libertad de iniciativa económica de los sujetos jurídicos. [...] *La teoría del hecho jurídico peca de un optimismo decimonónico y de una simplificación típicamente decimonónica*. Ella, en efecto, da por resuelto el problema de que una cierta situación (una miríada de hechos y comportamientos juntos, conexos e interdependientes) pueda ser caracterizada por un solo hecho que absorbe y hace irrelevantes todos los demás hechos. [...] *La terminología propia de la teoría del hecho jurídico puede ser mantenida y utilizada siempre que exista plena conciencia de su valor meramente descriptivo y orientativo*. La concatenación de los hechos y su articulación constituye una situación o una «controversia». La ley opera respecto de situaciones y no de hechos, y estas situaciones constituyen el campo de aplicación de la norma".

Con optimismo, en cambio, MOSCHELLA, "Fatto giuridico", cit., p. 2, augura, tras reconocer el valor de los estudios de FALZEA, que si bien "una teoría completa de los hechos [jurídicos] está todavía lejana, y comportaría un reexamen, desde este punto de vista, de todo el material normativo, en sus más diversos campos", "la semilla para una teoría general más comprehensiva, no deformada por la exclusiva consideración de los fenómenos voluntaristas, ha sido sembrada, y no dejará de dar sus frutos".

([144]) CARIOTA-FERRARA, "*Vetera et nova* nella dottrina giuridica", cit., p. 351.

([145]) FRANZONI, Massimo, "Vecchi e nuovi diritti nella società che cambia", en *Contratto e impresa*, Año XIX, 2003, p. 568.

([146]) Véase: LEÓN, Leysser L., "La reforma del Código Civil vista en serio", en *Normas Legales*, t. 327, vol. II, agosto, 2003, pp. 18 y ss.; ID., "Vigencia y papel central del negocio jurídico en la parte general del Código Civil", cit., pp. 56 y ss.

Es deseable que ella obedezca, como ha ocurrido en la experiencia extranjera de la cual se ha rendido cuenta, a requerimientos específicos de la praxis, y, si se prefiere conservar la perspectiva especulativa, de la coherencia sistemática.

Existirán, entonces, problemas foráneos que no merecerán, entre nosotros, la atención que se les ha dedicado en otras realidades.

Soy de la idea, por ejemplo, de que la ya referida cuestión de la naturaleza del pago o cumplimiento de las obligaciones –por si no fueran suficientes las críticas que abaten su planteamiento mismo([147])– es improponible en nuestro ordenamiento, por carecer de la relevancia práctica que sí la sostiene y justifica en Alemania e Italia.

En efecto, basta con reparar en la fundamental circunstancia de que no contamos con un régimen jurídico en materia de capacidad equivalente al que ha servido de base a las reflexiones de los autores alemanes e italianos que se han pronunciado sobre el punto: no conocemos, en efecto, la institución de la capacidad negocial (*Geschäftsfähigkeit*) ni la distinción entre capacidad jurídica (*Rechtsfähigkeit*, *capacità giuridica*) y capacidad para obrar (*Handlungsfähigkeit*, *capacità di agire*). En su lugar, tenemos que razonar en puros términos de "capacidad de ejercicio", de "incapacidad relativa" e "incapacidad absoluta", y a juzgar de una demasiado evidente falta de concordancia que aquí se percibe, ninguna de tales categorías, insertas en el libro dedicado a las personas, parece haber sido tomada en cuenta por los redactores de las reglas previstas en materia de actos jurídicos, obligaciones en general, fuentes de las obligaciones, etc.

Distintamente de las codificaciones extranjeras, empero, disponemos del artículo 140 de nuestro Código Civil donde se delimita, implícitamente, el campo de aplicación de las normas del Libro II a aquel acto que consiste en una manifestación de voluntad dirigida a la creación, regulación, modificación o extinción de relaciones jurídicas.

Esta definición de raíz pandectística, con todo lo inconveniente que resulta para los intérpretes, y a pesar de su evidente discordancia con el espíritu del articulado subsiguiente –tomado del Código Civil italiano–, permite establecer un deslinde inicial entre la figura legislativamente considerada –fuera de cuál haya sido la intención del legislador– y todas aquellas otras manifestaciones de voluntad cuyo objetivo no tenga que ver con la mutación de una relación jurídica (*rectius*, de una situación jurídica).

Las participaciones, por ejemplo, no hacen más que transmitir a otro un conocimiento o la realización de un hecho: son actos declarativos, pero no son actos negociales. En el régimen del Código Civil sobre el contrato de hospedaje, sólo por citar un caso, se dispone que "el huésped está obligado a comunicar al hospedante la sustracción, pérdida o deterioro de los bienes introducidos en el establecimiento tan pronto tenga conocimiento de ello" (art. 1723). Dicha participación será decisiva para la eventual acción de responsabilidad civil contra el hospedante, porque ésta queda excluida (a menos que medie dolo o culpa) si aquella no se efectúa. La relevancia para el derecho de dicho acto está, como se ve, fuera de discusión, no obstante su falta de conexión con la creación, regulación, modificación o extinción de situaciones jurídicas.

([147]) Me refiero a las razones expuestas por CANNATA (véase *retro*, nota 26).

El mismo carácter no-negocial se percibe en otros actos contemplados en el Código Civil, como la autorización mediante la cual una persona "dispone altruistamente de todo o parte de su cuerpo para que sea utilizado, después de su muerte, con fines de interés social o para la prolongación de la vida humana" (art. 8, 1er párrafo), o el asentimiento expreso de los padres o ascendientes, que se requiere para que los menores de edad contraigan matrimonio (art. 244). La doctrina enseña que todas estas figuras pueden insertarse, precisamente, al campo de los llamados actos jurídicos en sentido estricto.

Por otro lado, si se repara en que las situaciones jurídicas no necesariamente nacen ni se alteran a través de manifestaciones de voluntad, resulta del mismo modo concebible, a tenor de nuestro ordenamiento, una categoría de actos que, sin dejar de ser voluntarios, en sentido amplio, determinarán mutaciones de dicho tenor, pero con completa prescindencia de una voluntad del agente específicamente dirigida hacia ello. Tal, a mi parecer, es el lugar que corresponde reconocer, en el marco legislativo peruano, a la apropiación, a la luz de artículos como los que establecen que las cosas que no pertenecen a nadie se adquieren "por las personas que las *aprehenden*" (art. 929), y que los animales de caza y peces se adquieren "por quien los *coge*".

Finalmente, atendiendo a los requisitos de validez señalados en el mismo artículo 140, resultarán fuera del ámbito del Libro II aquellos actos que determinarán la alteración de una posición de integridad y el nacimiento de una situación jurídica, aunque la voluntad del agente no haya estado dirigida a este último resultado. Tal será el caso, por ejemplo, de los actos ilícitos, que hacen surgir en alguien –contra su voluntad, como es obvio– el deber de resarcimiento de los daños ocasionados, dolosamente o culposamente, a la víctima (art. 1969), y el de los actos lícitos dañosos, como aquellos realizados en un predio ajeno, sin que su propietario pueda impedirlo, "para servicios provisorios de las propiedades vecinas que eviten o conjuren un peligro actual o inminente"(art. 959), actos que dan lugar, igualmente, al deber, no querido, de compensar los daños y perjuicios causados.

En segundo lugar, lo reseñado mueve a creer, a fin de cuentas, en la conveniencia de no renunciar por consigna, como se ha hecho común en nuestro tiempo, a las verdades que encierra, de todas maneras, el llamado "dogma de la voluntad"([148]). Como bien se ha escrito, este no pasa de ser "un expediente dialéctico (bastante endeble, en realidad), al cual recurren frecuentemente algunos estudiosos en su intento de diferenciar sus propias teorías de

---

([148]) Siguen invitando a la reflexión, en tal sentido, las palabras conclusivas de MIRABELLI, voz "Negozio giuridico (teoria generale)", cit., p. 16, acerca de la supervivencia y vitalidad de la noción de negocio jurídico: "parece que la noción brinda posibilidad de ser utilizada en tanto y en cuanto se la reconduzca hacia la noción inicial de «acto de voluntad» y de instrumento para encuadrar y resolver el secular problema de la relevancia de la voluntad del hombre en la producción de efectos jurídicos". En su síntesis sobre los criterios expuestos, sucesivamente, en la doctrina italiana para distinguir entre negocios y actos no-negociales, PANUCCIO, voz "Partecipazioni e comunicazioni", en *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXII, Giuffrè, Milán, 1982, p. 34, nota 37, advierte que todos los intentos realizados (incluso los de la teoría preceptiva) no constituyen más que "variaciones más o menos sensibles de la teoría de los efectos legales o voluntarios", lo cual, como ya había advertido, años atrás, PUGLIATTI, voz "Autonomia privata", en *Enciclopedia del diritto*, vol. IV, Giuffrè, Milán, 1959, p. 368 (interpretado por el mismo PANUCCIO), no significa otra cosa que desplazar la voluntad hacia una posición subordinada o *auxiliar*, mas no erradicarla. En todo caso, justo es señalar que dicha síntesis no abarca, por motivos cronológicos, los recientes estudios de FALZEA y de SACCO.

aquellas con las cuales pretenden polemizar (incluso ideológicamente). Se trata de una técnica (de escaso espesor cultural, hay que anotarlo), a través de la cual se termina atribuyendo a las afirmaciones del interlocutor (o del adversario) un significado y alcance *extremistas*, y por lo tanto, un sentido que, si se aprecian bien las pretensiones del propio autor, ellas jamás habrían querido tener”([149]).

([149]) FERRI, Giovanni Battista, *Il negozio giuridico* (2001), trad. al castellano de Leysser L. LEÓN, *El negocio jurídico*, ARA, Lima, 2002, p. 98, en nota.