

## NORMA NEGOCIAL Y PARADIGMA NORMATIVO (\*)

SUMARIO: 1. Problema: Cómo debe ser pensada la norma jurídica para poder pensarse coherentemente en la esencia normativa del negocio.—2. Negocio y promesa. El absurdo inherente al concepto de autolimitación de la voluntad: imposibilidad de resolverlo a través de la noción de confianza.—3. Autolimitación de la voluntad y automando. La crítica de la imperatividad de la norma jurídica en cuanto necesaria a la doctrina normativa del negocio. «Inversión» operada por Kelsen en la representación tradicional del paradigma normativo.—4. Inaceptabilidad de la «inversión» kelseniana.—5. Determinación de un paradigma de la normatividad respecto del cual sea coherente afirmar la esencia normativa de los negocios.—6. Norma y sanción. Ventajas ofrecidas por las hipótesis aquí observadas en comparación con los resultados de las doctrinas criticadas.

1. ¿Cómo debe ser pensada en general la norma jurídica para poder pensarse con coherencia en la esencia normativa y, por tanto, en el contenido preceptivo del negocio? El problema expresado por esta pregunta no es por cierto sólo aparente. En efecto, según los caracteres atribuidos a la norma jurídica, será o no será posible hablar coherentemente de una norma jurídica negocial. Hay aquí una cuestión de coherencia del lenguaje jurídico en relación al paradigma de la normatividad más o menos explícitamente presente en la opinión de quien sostenga la esencia normativa del negocio (1). Lo que naturalmente no significa que una concepción normativa del negocio sea provechosamente aceptable por el solo hecho de su coherencia respecto al paradigma de la normatividad en ella implicado.

Sin duda, en el pensamiento de los más lógicos y documentados defensores de la concepción normativa del negocio, debe estar pre-

---

(\*) Relación presentada al IV Congreso Nacional italiano de Filosofía del Derecho (Pavía, octubre 1959).

(1) Ver también para las referencias a una vasta bibliografía: E. BETTI: *Teoria generale del negozio giuridico*, 2, Torino, 1955; SALVATORE ROMANO: *Autonomia privata*, Milano, 1957; L. FERRI: *L'autonomia privata*, Milano, 1959.

sente un modo distinto de concebir —y diré casi también de sentir— el paradigma de la normatividad frente a los que sostienen las concepciones contrarias. En definitiva, la crítica de la concepción consensualista del contrato, la crítica de la concepción voluntarista del negocio, la crítica de la voluntad como fundamento de la obligatoriedad de las promesas, todas estas críticas (2) parecen movidas, respecto a las concepciones criticadas, de todo un diverso conocimiento de la realidad jurídica en sus concretas y actuales determinaciones, y consecuentemente de una diversa representación del paradigma normativo, la cual se manifiesta de varias maneras más o menos evidentes y más o menos claras a tenor de los distintos autores. Por otra parte —huelga apenas decirlo—, las variaciones en el modo de concebir el paradigma de la normatividad, están sin duda influidas por el movimiento, por la transformación y por la revolución histórica de los valores, finalidades, intereses, ideologías, estructuras ambientales, sociales y económicas, reconocidas como transformaciones de la llamada conciencia jurídica (3), aun cuando simplemente entendida como modo de sentir, de vivir y de concebir de vez en vez las funciones y por ello también las estructuras de los distintos ordenamientos jurídicos.

2. Para intentar responder a la pregunta propuesta: ¿Cómo debe ser pensada la norma jurídica para que pueda coherentemente pensarse en la esencia normativa del negocio?, es necesario tener, ante todo, presente alguna de las razones importantes en cuya virtud también a los ojos de los defensores más coherentes de la concepción normativa, no parezca aceptable una concepción voluntarista del negocio. Y ello, propiamente para después determinar cómo deba ser pensado el paradigma normativo a fin de que en la concepción nor-

---

(2) Ver, por ejemplo, en una amplia literatura: G. ASTUTI: *I principi fondamentali dei contratti nella storia del diritto italiano*, en *Annali di storia del diritto*, I, 1957, págs. 13-42, y entre las más varias perspectivas, G. MORIN: *La désagrégation de la théorie contractuelle du code*; M. DJUVARA: *L'idée de convention et ses manifestations juridiques*; F. BATTAGLIA: *Le problème du contrat*, en *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, 1940, respectivamente en las págs. 7-32, 110-158, 174-185. Ver, igualmente, M. VILLEY: *Essor et décadence du volontarisme juridique*, en *Archives de philosophie du droit*, 1957, págs. 87-98.

(3) Cfr. B. PARADISI: *Le dogme de l'histoire vis-à-vis de l'historiographie juridique*, en *Archives de philosophie du droit*, 1959, págs. 25 y sigs.

mativa del negocio no se vuelvan a presentar subrepticamente aquellas mismas dificultades importantes de la concepción voluntarista.

El negocio es concebido como manifestación o también como declaración de voluntad que tiende a producir efectos jurídicos —para los partidarios de la doctrina voluntarista—, y ello no obstante la interna discordia entre los partidarios del llamado dogma de la voluntad y los partidarios del llamado dogma de la declaración (4). La esencia del negocio es vista en la voluntad. A la voluntad se atribuye el poder de crear efectos jurídicos y por lo tanto de hacer nacer, modificar o extinguir relaciones o situaciones preliminares a relacio-

---

(4) En sustancia, no obstante las discusiones entre los llamados defensores del dogma de la voluntad y los defensores del dogma de la declaración, también los defensores del dogma de la declaración pueden ser considerados en el ámbito de una concepción voluntarista del negocio entendida en sentido lato. Como dice P. ROUBIER (*Essai sur la responsabilité précontractuelle*, Lion, 1911, págs. 269 y sigs.; *Le rôle de la volonté dans la création des droits et des devoirs*, en *Archives de philosophie du droit*, 1957, pág. 16), no es necesario negar a la voluntad su función creadora en los actos jurídicos para satisfacer aquellos intereses de las relaciones jurídicas que exigen que cada uno de los contratantes pueda contar con la voluntad declarada del otro. En efecto, es suficiente decir que la declaración constituye el modo de expresión de la voluntad y que no es necesario obligar a cada una de las partes a probar la correspondencia de su declaración con su voluntad. Según ROUBIER, éste es, por lo demás, el punto de vista del Derecho positivo francés, que no admite más que una nulidad relativa en materia de error, y solamente, de otra parte, la admite en ciertos casos de error.

Según E. BERTI (op. cit., págs. 56-57), cuando por «voluntad» declarada no se entienda «institución o precepto de la autonomía privada», se concluye en un equívoco.

«O se cae en la equivocada opinión de que la declaración, antes que servir para constituir y poner en circulación un precepto de la autonomía privada, sirva únicamente para manifestar un estado de ánimo, para descubrir un hecho psíquico interno —el hecho del querer— y que en este hecho psíquico, por sí incontrolable, consista y se termine la esencia del negocio. O, sea como fuere, se configura la voluntad como una entidad estática en sí que se contrapone y se junta a la declaración conservándose superior a ella como el alma al cuerpo y, sin perder su propia y neta independencia, encuentra en ella un simple complemento y un medio de manifestación.»

No siendo aquí posible hacer referencia a la más importante y bien amplia literatura crítica sobre concepción voluntarista, vuelvo a indicar, para las referencias bibliográficas, desde el punto de vista de la concepción preceptista, la citada obra fundamental de BERTI. Ver igualmente el citado libro de L. FERRI sobre *L'autonomia privata*, en el cual la tesis preceptista se sostiene y demuestra en sus significaciones más notables.

nes (5). Mas, ¿cómo se explica que a la voluntad de obligarse jurídicamente, la ley positiva haga seguir un vínculo jurídico?

Refrámonos a los actos patrimoniales entre vivos, y específicamente a los actos de obligación distintos de los actos de disposición (6), y, por tanto, a las promesas. Todas las veces que en un acto es implicado, de una manera u otra, el fenómeno de la promesa (7), ¿qué es lo que la ley tutela: la voluntad del promitente de autoobligarse o la fe del promisorio? Estas interrogantes ponen la doctrina voluntarista frente a dificultades que parecen verdaderamente insuperables. La voluntad del promitente de autoobligarse rechaza el concepto de autolimitación de la voluntad.

Tal concepto es absurdo desde varios puntos de vista. En efecto,

---

(5) Ver también para las referencias bibliográficas: A. LEVI: *Teoria generale del diritto*, Padova, 1950, pág. 303 y sigs.

(6) «Los actos patrimoniales entre vivos» «se dividen en actos de obligación (promesas) y actos de disposición.» «Los actos de obligación son aquellos que tienen el objeto o función de dar lugar a una obligación: particularmente, los contratos. Los actos de disposición son aquellos que tienen el objeto o función de disponer de un derecho patrimonial.» Así, G. GORLA: *Il potere della volontà nella promessa come negozio giuridico*, en *Riv. dir. comm.*, 1956, pág. 21.

(7) A. REINACH (*Zur Pränomologie des Rechts. Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechtes*, Monaco, 1953 —ya ha aparecido en 1913 en *Jahrbuch für Philosophie und phänomenologische Forschung*, con el título *Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechtes*— pág. 84) no quiere dar una verdadera y propia teoría de la promesa. La promesa implica por sí misma una obligación y una pretensión. Querer explicar cómo y por qué una promesa sea obligatoria sería para REINACH como querer explicar la razón por la cual  $1 \times 1 = 1$ .

Bajo este aspecto, la posición de REINACH es axiomaticista. La obligatoriedad de la promesa es un axioma susceptible solamente de ser intuído y al cual, por tanto, es inútil buscar una explicación. Se excluye el problema concerniente al porqué y a las condiciones de posibilidad de constituirse una obligación en el plano del promitente. Se excluye toda explicación como mediación en cuanto que la obligatoriedad de la promesa queda como verdad inmediata.

No nos podemos referir a la particularidad de la posición de REINACH, el cual ha querido utilizar en su estudio el método fenomenológico (así como se muestra delineado, entre otros, en su escrito: *Was ist Phänomenologie?*, reimpresso en Múnaco, 1951) para llegar a determinar los elementos fundamentales de una doctrina apriorística del Derecho —en que se trata, pues, de ver en qué cosa ha de consistir claramente la aprioridad.

La concepción de la obligatoriedad de la promesa como verdad axiomática se encuentra repetida en otros autores contemporáneos de formación diversa respecto a REINACH como, por ejemplo, D. ROSS, en *Foundations of Ethics* (Oxford, 1939, pág. 77), según el cual la obligatoriedad de la promesa es un axioma sin el que ningún orden moral sería concebible.

la voluntad presente que se autolimita es una voluntad presente que tiene como objeto una voluntad futura, es un querer-querer. Pero el querer-querer no es querer concreto y real, es voluntad irreal. La voluntad del promitente de autoobligarse es, entonces, un presupuesto irreal. Vale aquí lo que Croce ha demostrado: que «se quiere sólo en concreto», o sea en una situación determinada y de tal forma que el querer «se traduzca inmediatamente en acción, es decir, que sea además acción efectiva» (8).

«El año pasado he prometido y estipulado porque quiero. Ya no quiero más.» «¿Por qué» «debe estar la voluntad pasada, muerta y ya no mía», que dispone de mi voluntad presente? (9).

Ya Hume, frente a la concepción iusnaturalista de la voluntad tomada como fundamento de la obligatoriedad de las promesas, había explicado muy claramente la razón por la cual, según su modo de expresarse, «el acto» «que entra en una promesa y produce su obligatoriedad» no puede ser ni «el deseo ni la voluntad» de cumplir una particular acción. Mientras «una promesa se refiere siempre al futuro», «la voluntad tiene sólo influencia sobre acciones presentes» (10).

(8) B. CROCE: *Filosofia della pratica*, 6, Bari, 1950, págs. 33 y sigs., pág. 328.

(9) Cfr. G. RENZI: *Lineamenti di filosofia scettica*, 2, Bologna, 1921, páginas 165 y sigs.

(10) Ver D. HUME: *A Treatise of Human Nature*, III, 2, 5, edic. al cuidado de L. A. SELBY-BIGGE (Oxford, 1946), pág. 516, y mi ensayo *Esperienza giuridica e politica nel pensiero di D. Hume*, estr. de los *Studi senesi*, 1947-1948 —vol. LX-LXI (vol. XXXV-XXXVI de la segunda serie), págs. 54 y sigs.

Los argumentos de HUME son en parte seguidos por W. SCHUPPE (*Grundzüge der Ethik und Rechtsphilosophie*, Breslau, 1881, pág. 304 y sigs.). También según SCHUPPE la obligatoriedad de la promesa no puede estar fundada sobre la voluntad, ya que, como él dice, el concepto de voluntad —y de declaración del querer— no puede comprender el carácter de la inmutabilidad. La palabra voluntad indica el «movimiento» en el «contenido de la conciencia» humana; «nadie puede saber lo que querrá, sino sólo puede saber lo que ha querido y actualmente quiere». «La voluntad sigue evidentemente las opiniones y los sentimientos; y tanto estos últimos no son inmutables, cuanto tampoco la voluntad». A los sentimientos y a la voluntad no se les aplica de ninguna forma el concepto de obligación (ib., pág. 304).

«La irrevocabilidad de una voluntad manifestada sólo puede ser demandada a favor de la seguridad de la propiedad. La obligatoriedad de los conceptos —y de las promesas— no consiste más que en el significado de la voluntad objetiva del derecho —positivo—, la cual, por lo demás, quiere la irrevocabilidad» (ib., página 305). Con esta solución suya del problema (por la que se separa de HUME,

El concepto de la fe del promisorio en la voluntad del promitente no basta, como parecen creer algunos autores, a explicar el fundamento de la obligatoriedad de una promesa y la razón de su tutela

a quien inicialmente se había aproximado en la parte crítica), SCHUPPE puede ser tomado como ejemplo significativo de las consecuencias a que puede llevar lógicamente la postura voluntarista y, por tanto, la manifestación inicial de la promesa como esencialmente reducible a manifestación de voluntad.

Si en la promesa hay sólo la voluntad del promitente, si en la promesa no hay algo que, siendo puesto en existencia por la voluntad del promitente, sea inexpressable a través de la noción de voluntad del promitente, es lógico, como observa, por lo demás, también REINACH (*Die apriorischen Grundlagen* cit., páginas 78-79) que la justificación de la obligatoriedad de la promesa se busque fuera de la promesa. Además, según REINACH (*ibidem*), SCHUPPE confunde los dos conceptos de obligatoriedad y de irrevocabilidad, y su punto de vista, refiriéndose solamente a las relaciones de propiedad, viene a ser arbitrariamente limitado.

En el libro de Fr. BASSENCE: *Das Versprechen. Ein Beitrag zur Philosophie der Sittlichkeit* (Berlín, 1930), se hallan convincentes argumentos (págs. 27 y siguientes) contra las distintas doctrinas para las cuales, respectivamente, el fundamento de la obligatoriedad de las promesas es contemplado en la voluntad del promitente, es enlazado al deber de decir la verdad, es considerado como reducible al valor de un determinado comportamiento independientemente de la consideración del hecho de que tal comportamiento sea objeto de una promesa, es determinado por la utilidad del cumplimiento.

BASSENCE acepta en parte el análisis de la promesa hecha por REINACH, pero quiere integrarla a través de la busca de un principio metafísico (págs. 7-8). Y bien, el principio metafísico absoluto, y en cierto sentido, por sí evidente, el interés social y cósmico, «ein komisches Interesse», sobre el que se funda la obligatoriedad de la promesa, es, según el autor, «la libertad de la ilusión», la cual no es a su vez simplemente uno de los momentos de la libertad moral, sino «el momento esencial» (pág. 33). Precisamente en la promesa el autor ve un elemento esencial que se encuentra en todas las acciones conscientes y, por tanto, un empeño que el agente implícitamente hace suyo frente a los otros y frente a sí mismo. Toda acción implica un empeño frente a los otros, que necesita mantener en el curso mismo de la acción a fin de que no sean traicionadas las otras expectativas. En este sentido, por lo demás, una promesa que no sea mantenida, equivale a la creación de una ilusión, así como equivale a la creación de una ilusión un comportamiento que no sea coherente y fiel respecto a su implícito significado (*ibidem*).

Según creo, lo que dice este último autor podrá ser en sí o por sí también aceptable, pero no nos ofrece una perspectiva propiamente útil para aclarar el campo de las concretas relaciones posibles, antinomias y alternativas que se reúnen en la promesa. Buscando volver a llevar —como han hecho otros autores de diversos modos— la esencia de la promesa a un criterio universal y absoluto de valoración de los comportamientos humanos, BASSENCE acaba perdiendo el significado específico de la promesa. Pues si es verdad que puede existir un «interés cósmico»

jurídica evitando las dificultades, ahora señaladas, inherentes al concepto de autolimitación. En la opinión de quien siempre presuponga que el objeto de la fe sea la voluntad del promitente, se manifiesta necesariamente el absurdo de la autolimitación de la voluntad. El promisorio puede fiarse —y juzgar sobre ello— de la voluntad del promitente sólo en cuanto éste haya autolimitado su futura posibilidad de querer poner, por así decirlo, su voluntad a disposición de la otra parte. La posibilidad de la fe del promisorio depende aún del hecho de que la voluntad actual del promitente se encuentra limitada por su voluntad pasada (11). El que, además, hoy el interés social

y universal en el cumplimiento de la promesa, es también verdad que en ciertos casos, a la obligación de ligarse a los pactos, pueden contraponerse intereses igual de fundamentales e irreductibles. La consideración de la obligación del promitente como fundada sobre una norma que está en relación de correlación y de subordinación respecto al ordenamiento social, moral o jurídico del que forma parte, parece más útil para una comprensión de las situaciones concretas: más útil en una reducción del fundamento de la obligatoriedad de la promesa a un principio absoluto de incondicionada validez.

(11) El punto de vista según el cual la obligatoriedad de la promesa es contemplada en función de una especie de adquisición de la voluntad del promitente por parte del promisorio, es muy difuso, y se halla presente, entre nosotros, de modo diverso en KANT (parágrafos 18-19 de *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*) y en ROSMINI (parágrafos 368, 1.090 y 1.094 de la *Filosofía del diritto*).

Para la discusión de la postura de estos dos autores en un claro encuadramiento del problema que aquí nos interesa, remito al penetrante ensayo de W. CESARINI SFORZA: *Promessa e giuramento*, en *Scritti giuridici in onore di F. Carnelutti*, Padova, 1950, v. I, págs. 225-227.

El mismo punto de vista se halla en GROCO y en los iusnaturalistas. Para la documentación correspondiente, ver el fundamental estudio de GORLA: *Il potere della volontà nella promessa* cit., págs. 24-27, a considerar en relación con la obra del autor: *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico* (en 2 vols., Milano, 1955). GORLA critica con argumentos que me parecen muy válidos, lo mismo el concepto de la autolimitación de la voluntad, que la repetida tendencia a «igualar» acto de enajenación y promesa (*Il potere della volontà nella promessa* cit., págs. 25 y sigs.), pero no me parece que el concepto de fe propuesto por GORLA (ib., pág. 45) puede sustraerse a las dificultades inherentes a las doctrinas criticadas si la fe es siempre entendida simplemente como fe del promisorio en el plano de la «voluntad» del promitente.

Según CESARINI SFORZA (ob. cit., pág. 224), «prometer significa fiar un comportamiento propio posible (y, por tanto, futuro) a la voluntad ajena, y es la voluntad ajena la que crea el vínculo obligatorio, o sea que pone el comportamiento posible en un estado de obligación. Quien acepta la promesa capta, por así decirlo, la acción proyectada por el promitente fuera de su esfera volitiva, la

perseguido por nuestro ordenamiento jurídico positivo tienda a identificarse más con la tutela del interés del promisorio que con la tutela de la voluntad del promitente, podrá ser también una verdadera constatación; la cual, sin embargo, servirá para explicarnos, si acaso, la razón política de la tutela y no su presupuesto y su condición específicamente jurídica.

3. El absurdo de la voluntad que se quiere a sí misma, del querer-querer, de la voluntad que se autolimita, es el absurdo mismo de un mando que manda dirigirse a sí mismo. Si la esencia obligatoria de una promesa estuviese constituida por la voluntad del promitente, la promesa implicaría en sí misma este absurdo del automando. Por tanto, a fin de que una concepción normativa, y no voluntarista, del negocio, no tenga que reproducir en sí este absurdo, es necesario que el precepto negocial pueda ser concebido como estructuralmente diverso e irreductible respecto a la voluntad del que lo crea. Es necesario, pues, que la norma negocial pueda no ser pensada como imperativo.

Consecuentemente, es necesario que del paradigma general de la normatividad forzosamente implicado en la opinión de quienes afir-

---

acción que por ello es objetivada, llegada a ser un «objeto» del mundo práctico; y la promesa continúa obligando hasta tanto que su destinatario «tenga en la propia esfera volitiva la acción objetivada». La «obligatoriedad surge sólo cuando la promesa es aceptada, sólo en el momento en que el destinatario de ella comienza a tener fe en la verificación del comportamiento prometido. El estado de obligación, con otras palabras, es una creación del que obliga y no del que se obliga» (ib., pág. 225).

Si no de este modo, a mi parecer, no se explica la posibilidad de la objetivación de la voluntad, la posibilidad de que la voluntad del promitente, permaneciendo como voluntad (aun cuando voluntad querida), se proyecte fuera de la esfera volitiva del promitente para entrar en la esfera volitiva del promisorio; queda, en fin, sobre el plano de una equiparación de promesa y acto de enajenación con todas las dificultades que tal equiparación comporta. Y, por lo que concierne a la aceptación, ¿repugna verdaderamente a las reglas de la lógica jurídica el pensamiento de que la promesa no aceptada pueda en ciertas circunstancias constituir un motivo obligatorio? ¿Este pensamiento ha sido en realidad reconocido y aplicado en el Derecho moderno? (Omitiendo las referencias a toda una vasta bibliografía sobre el tema, remito a una vieja pero siempre viva aportación de UNGER: *La promessa quale motivo obbligatorio nel diritto moderno*, trad. F. FORLANI, Trieste, 1874, págs. 7-23. Ver también para las referencias bibliográficas, C. A. FUNAIOLI: *Promesse unilaterali*, Siena, 1943.



man la normatividad del negocio, sea posible excluir el concepto de mando y, por lo mismo, de imperatividad.

Exactamente, por ejemplo, la exclusión de la imperatividad por el número de caracteres esenciales del paradigma normativo es, en el pensamiento de Santi Romano (12), condición imprescindible para la atribución a los negocios de un carácter preceptivo que sirve, entre otras cosas, para diferenciarlo de los actos no negociales (13). También Kelsen, para poder sostener la concepción preceptista del negocio, debe oponerse a la concepción imperativista de la norma jurídica tal y como, por ejemplo, se presenta en la formulación de Austin (14).

Para poder hablar de norma negociada, Kelsen debe separar de lo psicológico el paradigma normativo, eliminando de él el carácter de mando en sentido psicológico, esto es, en el sentido en cuya virtud la atribución del carácter de imperatividad en la norma jurídica en general vaya unida a la noción de la norma jurídica como voluntal.

Desde el punto de vista kelseniano, para quitarle lo psicológico al paradigma normativo, es necesario, por consiguiente, poder poner entre paréntesis la voluntad, eliminando de la representación del paradigma normativo la idea de una relación entre la presunta voluntad normativa y sus destinatarios. Bajo este aspecto, el viejo problema de los destinatarios llega a ser un pseudoproblema. El paradigma normativo se resuelve formalmente y esencialmente en el concepto de una relación entre un comportamiento presupuesto y una consecuencia. «Si alguno roba» —presupuesto—, «será castigado» —consecuencia—. La representación de la sanción, como expresión de una amenaza, se convierte en término obligado de la relación normativa. El punto de vista tradicional *es invertido*. El «no se debe robar», por ejemplo, no puede expresar el carácter esencial del paradigma normativo. En una descripción exacta, formal, racional y

---

(12) SANTI ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, páginas 3-30, 41-43, 64-74.

(13) En torno al problema de la distinción de actos y negocios —independientemente de la solución propugnada por mí, que ya no considero válida—, para la crítica y algunas doctrinas más o menos ligadas a la concepción voluntarista del negocio, remito a mi *Diritto e scienza giuridica nella critica del concreto*, Milano, 1942, pág. 153.

(14) H. KELSEN: *General Theory of Law and State*, 3, Cambridge-Mass., 1949, págs. 30 y sigs., trad. S. COTTA y G. TREVES (Torino, 1952), págs. 30 y sigs.

científica del paradigma normativo, el «no se debe robar» es una proposición inesencial y superflua respecto al «si alguno roba será castigado» (15).

4. Prescindamos de todas las dificultades que la solución formal —y la inversión kelseniana— puede hacer surgir y que en ella pueden manifestarse desde varios puntos de vista. Limitémonos a sus repercusiones en lo que concierne a la posibilidad de pensar coherentemente en la esencia normativa del negocio.

Es verdad que la solución formal elimina del paradigma normativo aquel carácter de imperatividad que por las razones señaladas no conviene a la norma jurídica negocial. Sin embargo, la exclusiva reducción del paradigma normativo en los términos de una relación de conducta y sanción no va de acuerdo con la esencia normativa del negocio propugnada por Kelsen. Las dificultades que la solución formal hace surgir, parecen, bajo este último aspecto, el contragolpe teórico de las que quiere evitar.

Admitiendo que el paradigma normativo sea realmente reducible en los términos de una relación entre conducta y sanción, es necesario, como lógica consecuencia, admitir que sólo el órgano al que compete ordenar la sanción al verificarse en las condiciones previstas, es el efectivo destinatario del elemento directivo necesariamente expresado por las normas jurídicas (16). Pero ciertamente en esta consecuencia, que es lógica respecto a su presupuesto, consiste evidentemente la razón principal en cuya virtud no hay ya más posibilidad de hablar coherentemente de una norma jurídica negocial y, por tanto, de una norma jurídica que existe, por ejemplo, a través de una promesa. En efecto, pagando a A el canon de alquiler convenido, B realiza el significado teórico y práctico de su promesa. Resulta absurdo decir que el significado práctico de una promesa se realiza mediante la aplicación de una sanción consiguiente a su incumplimiento, como se debería decir atribuyendo coherentemente a la norma jurídica negocial el paradigma normativo kelseniano.

¿Cómo puede ser entonces pensado el modelo normativo para poder pensar coherentemente en una norma jurídica negocial abrien-

(15) KELSEN, ob. cit., págs. 60-61, trad. cit., pág. 61.

(16) KELSEN, ob. cit., págs. 137-138, trad. cit., pág. 140. Ver también, de KELSEN, *La Théorie juridique de la convention*, en *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, 1940, págs. 33-76.

do un tercer camino entre las posiciones verdaderamente significativas que están representadas por la doctrina de la autolimitación y por el formalismo kelseniano? Para responder a esta pregunta creo que es necesario referirse a un análisis de lenguaje preceptivo que tenga en cuenta algunas contribuciones recientes (17).

Como regla de la conducta y como precepto, una norma jurídica es una valoración de los modos de comportarse. Lo cual no significa aún nada si no nos ponemos de acuerdo sobre la diferencia existente entre proposiciones indicativas (por ejemplo: «el agua hierve a 100 grados») y proposiciones valorativas (por ejemplo: «no se debe robar»). Carácter peculiar de una proposición valorativa es aquel que consiste en expresar una tendencia a influir en las conductas, y, por tanto, podemos decir, su carácter directivo. A su vez, sin embargo, tal carácter directivo no es reducible en la forma de una relación de causa y de efecto (18).

La norma por la que B debe pagar a A, expresando una influencia sobre el comportamiento de B, no es correctamente pensable como causa de la conducta de B. En el límite de la idea de causa, llevada al plano de la consideración de las relaciones entre las acciones humanas, está quizá la idea de mando, de coacción, y por consi-

(17) Me refiero especialmente a los estudios de R. M. HARE: *Freedom of the Will*, en *Aristotelian Society*, Supplementary Vol. XXV, 1951, págs. 201-216; *The Language of Morals*, Oxford, 1952, y a otros autores por mí citados en *Responsabilità e analisi del linguaggio* (*Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, págs. 592-597).

(18) Igualmente según R. M. HARE (*The Language of Morals* cit., págs. 12 y sigs.), la función de las valoraciones prácticas de influir en los comportamientos se concibe como determinación causal en R. CARNAP (*Philosophy and Logical Syntax*, Londres, 1935, pág. 24), en A. J. AYER (*Language, Truth and Logic*, 2, Londres, 1948, pág. 108), y es particularmente elaborada por Ch. L. STEVENSON, en *Ethics and Language*, 5, New Haven, 1950 (1.ª ed., 1945), y antes en *Ethical Judgements and Aboidability* (*Mind*, 1938, págs. 45 y sigs.) y en *Persuasive Definitions* (*ib.*, págs. 334 y sigs.).

Sobre las dificultades suscitadas por la posición de los mencionados autores, también como referencia a la cuestión que aquí interesa, ver mis anteriores estudios: *Aspetti della critica dei valori etico-giuridici nel pensiero contemporaneo*, en *Riv. int. fil. dir.*, 1950, págs. 235-267, y *La interpretazione del non verificabile*, en *Il Saggiatore*, 1954, págs. 69-88.

Para el contraste y la incoherencia interna que se manifiesta, a mi parecer, en el pensamiento de STEVENSON, entre su análisis de la noción de libertad y su análisis de las reglas de la conducta, remito a mi relación: *Determinismo e imputabilità*, en *Atti del II Congresso nazionale italiano di filosofia del diritto*, Milano, 1956, págs. 44-47.

guiente de una voluntad (la voluntad de quien ha querido la norma) que se impone a la voluntad de los destinatarios de la norma para determinarla necesariamente. Una pura determinación causal, y por lo mismo una influencia de sus conductas pensada rigurosamente como determinación constrictiva, reducible precisamente en los términos de una relación de causa y de efecto, tendería a excluir el consentimiento de parte de los destinatarios. Un consentimiento es, en efecto, pensable sólo en aquellos casos en los cuales sea posible un disentimiento. La razón de la existencia de normas jurídicas está unida también a la posibilidad concreta de su violación.

Es cierto que, en concreto, un comportamiento puede ser conforme a una regla de conducta de la que el agente no tenía conocimiento, es decir, sin que al comportamiento normal corresponda un verdadero y propio consentimiento por parte del agente. Mas esto no obsta para que el objeto precípua de la formulación de una regla sea el de determinar la posibilidad de un consentimiento y por ello de un consciente comportamiento conforme a ella. El hecho de que una regla pueda ser ignorada no excluye que la positiva formulación de una regla tenga el objeto de estar presente al conocimiento y a la elección de los destinatarios.

El consentimiento en los supuestos de la influencia sobre los comportamientos, expresado por una regla de la conducta, y así, también por una regla jurídica, es un consentimiento que podemos llamar práctico. El consentimiento práctico consiste en el hecho en virtud del cual el destinatario está dispuesto, en las circunstancias previstas por la regla, a actuar según la regla. Este estar dispuesto no es un estar forzado porque se pone como respuesta a una, aunque implícita, pregunta: ¿Qué debo hacer? ¿Actuar según la dirección expresada por la regla, o contra la regla afrontando las consecuencias? Lo cual no significa que quien asiente prácticamente deba por ello mismo reconocer la bondad o la justicia de una regla, esto es, la correspondencia de ésta con sus propios ideales de bien y de justicia.

A diferencia del consentimiento práctico, el consentimiento teórico consiste simplemente en creer que una proposición sea verdadera. Una proposición es:

1) Indicativa, o 2) valorativa, respectivamente, según que, considerada en el concepto en que se encuentra expresada, 1) implique consentimiento teórico, o bien 2) implique consentimiento práctico.

Una proposición que sea concebida y puesta como causa de la voluntad ajena independientemente del implícito postulado de un consentimiento práctico, no es norma, y, por tanto, no es ni siquiera valoración práctica, es sólo un puro deseo, una simple afirmación de voluntad, o una voluntad que se impone a otra, o un puro imperativo. El hecho de que en el modelo normativo se muestre el implícito postulado de un consentimiento práctico por parte del destinatario es lo que nos permite representarnos y determinar la estructura de una norma como irreductible en los términos de voluntad y de mando (19).

El postulado del consentimiento es, en sustancia, el postulado de un elemento funcional: precisamente en el sentido de que la función de una norma, a diferencia de la función de un puro mando, no es pensable sin que se pueda pensar en tal elemento. Esto no quita para que pueda haber consentimiento por parte del destinatario también en los supuestos de un puro mando. La consideración del hecho por el cual el consentimiento exista o no exista allí efectivamente, es una cosa distinta del problema concerniente a la necesidad de

---

(19) Después de haber escrito la presente relación he podido leer el recentísimo ensayo de E. REDENTI: *Variazioni sul tema del verbo comandare*, en *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 1959, págs. 777-794, que es, entre otros, un documento muy significativo de análisis del lenguaje jurídico. He tenido el placer de encontrar en él un eficaz sostén para mi punto de vista. «Las leyes en último análisis, dice REDENTI, son hechas por los hombres para los hombres y no por mero arbitrio, sino inspirándose en las exigencias comúnmente sentidas en la vida social, en convicciones, aspiraciones o tendencias difusas de la masa. Ahora bien, en la humana naturaleza, cuando se quiere lograr, por ejemplo, que no se mate, que no se robe, etc., se comienza teniendo en cuenta antes que todo a la «generalidad» de aquellos que deberán abstenerse. Lo que tiene que ser en el pensamiento de los órganos legislativos, da necesariamente su impronta también a sus dictados. Por eso, cuando se demuestra que éstos no pueden efectivamente imponerse a los ciudadanos, no se hace y no se puede hacer problema de dirección o de destino, sino se constata sólo la impotencia de la ley para imponerse por vía de mando de un modo directo e inmediato. Por tanto, yo diría que los ciudadanos pueden ser destinatarios, pero no gobernados o «governables» directamente por la ley. Cosa que no obsta para que pueda aún tener una eficacia el dirigirse programáticamente a ellos.»

Estas manifestaciones de REDENTI están precedidas de todo un penetrante análisis de los elementos constitutivos del «mando» (en el orden jurídico) reducibles esquemáticamente, según la terminología misma usada por el autor, a la «dualidad», «programación», «intimación», «subordinación» (ib., págs. 776-785).

postular el consentimiento como condición de la pensabilidad del significado normativo de una proposición (20).

6. En conclusión, frente a la perspectiva formal y la inversión kelseniana, yo creo que el elemento característico de una proposición

(20) Una de las más notorias tentativas para explicar el fundamento de la obligatoriedad de la promesa psicológicamente, sobre la base del principio de la «simpatía reflejada», es la ofrecida por Th. LIPPS (*Die ethischen Grundfragen*, 2., Hamburgo y Leipzig, 1905, págs. 152-161, 167-170).

La promesa, según LIPPS, suscita una expectativa en el promisorio, que recibe con las palabras del promitente la voluntad que éste le manifiesta. El promitente, a su vez, revive, por así decirlo, en sí mismo la expectativa del promisorio y con ello se constituye en el prominente la conciencia de la obligatoriedad de su promesa. Hay, pues, una relación refleja de simpatía por la cual la voluntad del promitente se refleja en la «conciencia» del promisorio y vuelve objetivada al promitente constituyendo en él la conciencia de la obligación (ob. cit., pág. 167).

LIPPS, en sustancia, parte de una concepción puramente voluntarista de la promesa y busca explicar lo que, desde el punto de vista voluntarista, es, según creo, imposible explicar y así la presunta objetivación de la voluntad del promitente. ¿Basta que yo sepa que otro ha tenido conocimiento de mi voluntad para que el contenido de mi voluntad tome para mí el significado objetivo de una obligación?

REINACH observa justamente (ob. cit., págs. 74-75) que, según el punto de vista de LIPPS, la promesa hecha a Ticio de obrar en interés de Cayo deberá hacer surgir un derecho de Ticio en el plano del promitente y no de Cayo. Lo cual estaría también en contraste con el hecho en cuya virtud LIPPS es constreñido a reconocer que la pretensión del cumplimiento es más fuerte en lo que tiene de interés. Además, frente a LIPPS, REINACH demuestra que con frecuencia obligaciones, pretensiones y derechos se constituyen independientemente de toda situación psicológica «interna» consistente en voluntades y sentimientos.

En conclusión, ha fallado la tentativa ofrecida por la psicología de LIPPS (autor también de un libro titulado: *Leitfaden der Psychologie*, Leipzig, 1903) de explicar el fundamento de la obligación a través del presunto reflejarse o «simpatía reflejada» de la voluntad del promitente en la conciencia del promisorio y de la expectativa del promisorio en la conciencia del promitente: este presunto juego de reflexiones de simpatía no sirve como explicación. Lo que no obsta aún, según mi opinión, para que un diverso concepto de participación simpática pueda servir para expresar la estructura del proceso valorativo. En efecto, si —como yo deseo sostener— toda norma contiene una valoración práctica y toda valoración práctica implica una tendencia a influir en los comportamientos, en la que —y en el sentido dicho— se postula el consentimiento por parte de los destinatarios, se infiere que el acto en el cual se concreta una valoración práctica debe poder ser, de algún modo, concebible como acto de participación en la situación real o hipotética de los destinatarios. Sobre ésto, remito a mis estudios precedentes en torno al problema de la participación simpática entendida como

normativa —en cuanto proposición valorativa, considerada en el contexto del que forma parte y en sus implicaciones de uso— consiste en la expresión de una tendencia a influir y dirigir las conductas; pero, frente a la perspectiva voluntarista e imperativista, yo excluyo el que la influencia directiva de la norma sobre las conductas pueda ser identificada en los términos de una relación de causa y de efecto, en cuanto el consentimiento práctico es, según creo, el postulado funcional de tal influencia (21).

Consecuentemente, repito, si la voluntad del promitente es concebida como creadora de una norma, no puede ser, por lo mismo, concebida como causa de la conducta futura del promitente, que consiste en el cumplimiento de la promesa. La voluntad del cumplimiento no es causada por la voluntad que ha hecho surgir la promesa. La voluntad del cumplimiento no es el efecto de la voluntad pasada del promitente. Se evita así el absurdo concepto de la autolimitación de la voluntad. Entre la voluntad de prometer y la voluntad de cumplir está la norma creada por la voluntad de prometer.

«simpatía indirecta»: *La simpatia nella morale e nel diritto. Aspetti del pensiero di A. Smith*, reimpresso en Torino, 1958; *Utilità e limiti della sociologia nella valutazione in termini di giustizia distributiva*, en *Aut Aut*, 1954, n. 21, págs. 196-203; *Giustizia distributiva e simpatia*, en *Riv. int. fil. dir.*, 1954, págs. 712-725.

(21) Una adecuada discusión del análisis del lenguaje preceptivo llevada a cabo por HARE no puede hacerse aquí. Yo acepto en parte el punto de vista del autor en lo que concierne al «consentimiento» en la determinación de la diferencia entre proposiciones indicativas y proposiciones preceptivas (*The Language of Morals* cit., págs. 18 y sigs., y *Freedom of the Will* cit., pág. 215). Pero, entre otras cosas, no me parece verdad lo que él desea demostrar frente a CARNAP, AYER y STEVENSON negando que la función de un mandamiento sea la de determinar al destinatario a obrar en el modo expresado por el mandamiento mismo (*The Language of Morals* cit., pág. 13). ¿Se puede, sin alterar previamente el significado común de la palabra «mandar» tal como se presenta en los más varios contextos, hablar, por ejemplo, de un querer mandar que no implique un querer ser obedecido? ¿Es correcto hablar de un querer mandar que se utilice como tendencia a «instruir» y a «guiar» las acciones de los destinatarios sin utilizarse por otra parte, como tendencia a influir en los comportamientos de los destinatarios y a persuadirlos a obrar en el sentido expresado por el mandamiento u orden? (*Freedom of the Will* cit., pág. 214). Me parece que en el pensamiento de HARE hay un equívoco constituido por el hecho de asumir indebidamente las nociones de «influencia sobre las conductas» y de «persuasión» como exclusivamente reducibles en los términos de una «determinación causal». Es un equívoco que probablemente nace de la tensión polémica del autor en los supuestos del punto de vista que él atribuye, por lo demás, como decía, a CARNAP, AYER y STEVENSON.

Y además, de un lado, la norma activada por la voluntad de promover y, de otro lado, la voluntad de cumplir no son a su vez concebibles como términos de una relación de causa y de efecto, precisamente porque la voluntad de cumplir la promesa es una elección, y no simplemente un efecto. Es una elección entre dos posibilidades: cumplimiento o incumplimiento, implicando, respectivamente, un acto de consentimiento o un acto de disentimiento en los supuestos de la influencia sobre las conductas expresadas por la norma negocial.

Como se ha visto, según la inversión operada por Kelsen respecto al punto de vista tradicional, las formulaciones del tipo «no se debe robar» serían superfluas e inesenciales, en una descripción científica del paradigma normativo, respecto a las formulaciones del tipo «si alguien roba será castigado». Por lo tanto, la norma por la cual un deudor debe pagar, no estaría dirigida al deudor, sino estaría dirigida, de manera condicionada por el incumplimiento del deudor, al órgano que debe aplicar la sanción. Pero así cabalmente se pierde, en el sentido ya visto, el significado directivo de la norma como valoración práctica y, a mi entender, ya no se puede hablar coherentemente de norma jurídica negocial (22).

Para que sea posible hablar coherentemente de norma negocial hace falta poder decir —como creo se puede decir si es que es aceptable el punto de vista aquí propuesto— que la norma va dirigida al deudor y su influencia directiva está condicionada por la creencia de que la sanción será aplicada en caso de incumplimiento.

La sanción es evidentemente el medio que la regla jurídica presupone, a diferencia de otras reglas prácticas, a fin de que sea ejercitada su influencia sobre los comportamientos; mas, para que se pueda hablar de norma jurídica negocial, la influencia directiva de la norma no debe identificarse con el medio con el cual se ejercita y que necesariamente implica. (La influencia directiva de un precepto jurídico está, en suma, condicionada por la creencia de que la sanción será aplicada, o también quizá por el hecho de que un precep-

---

(22) A. Ross, que teniendo una general perspectiva teórica personal, parece aceptar la inversión kelseniana (*On Law and Justice*, Londres, 1958, pág. 52), es más coherente que KELSEN cuando se abstiene de una concepción normativa del negocio (ob. cit., pág. 224).



to forma parte de un sistema de preceptos en su mayor parte sancionables.) (23).

La descripción de esta relación de imprescindible implicación entre norma negocial y sanción presupone, pues, evidentemente la descripción de las relaciones entre norma negocial y otras normas del ordenamiento jurídico positivo en el cual la norma negocial se encuentra incluida.

LUIGI BAGOLINI

Catedrático en la Universidad  
de Génova

Traducción de MANUEL MANTERO.

---

(23) Según H. L. A. HART (*Positivism and the Separation of Law and Morals*, en *Harvard Law Review*, 1958, pág. 621), «allí hay muchas cosas que no son verdaderas si vienen referidas a las normas jurídicas consideradas separadamente» respecto al sistema de normas de que forman parte, «sino que son verdaderas e importantes si van referidas en general al sistema legal del que forman parte, considerado como un todo». Esto vale también, según el autor, para la «conexión» entre normas y sanciones. Entre las más recientes y vivas discusiones sobre el tema de la sanción, ver en la bibliografía italiana, F. ALLORIO, *Osservazioni critiche sulla sanzione* (resumen en *Studi in onore di F. Messineo*, v. IV), Milano, 1958, págs. 3-50, y D. BARBERO, *Polemiche sulla sanzione* (resumen en la *Riv. dir. civ.*, 1956), Padova, págs. 3-24.