

## REFLEXIONES EN TORNO A LA TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO

---

Tonatiuh GARCÍA CASTILLO

*A Alejandro Vázquez,  
por que todos tus sueños  
se hagan realidad*

**RESUMEN:** Sin importar el término utilizado por el sistema jurídico particular, en todo orden legal se exigen los mismos requisitos para la existencia de las normas convencionales. El presente ensayo busca definir cuáles son esos elementos y arribar a una teoría general del contrato. El esfuerzo se realiza desde dos vías: estudiando el procedimiento de creación de la norma convencional y la norma convencional misma. El segundo camino se aleja de la teoría clásica y concluye que un contrato es creación de derecho y no simplemente aplicación del mismo.

**ABSTRACT:** *No matter the name used by the particular legal system, in all the legal orders, the requirements to the existence of a contract norm are the same. This work tries to define these elements and to arrive to a general contract theory; this is made through two tracks: studying the creation process of the conventional norm and the conventional norm itself. The second way departs from the traditional theory and concludes that a contract is creation of law and not just application of law.*

## I. PROBLEMÁTICA

---

Términos como contrato, acuerdo, entendimiento, convenio, tratado y pacto refieren situaciones semejantes. Sin desconocer que cada denominación existe por sus propios méritos, es necesario encontrar puntos comunes. ¿Qué tipo de teoría jurídica tendremos si no generalizamos? Ante la complejidad de las relaciones contractuales no sólo es oportuno, sino necesario reflexionar sobre los elementos básicos que permitan obtener un común denominador entre tanta aparente individualidad confusa.

Este ensayo pretende ser, a la vez, general y descriptivo. General porque no quiere vincularse con ningún sistema jurídico en lo particular, sino subrayar los elementos comunes a todo entendimiento que tenga lugar con independencia de la individualidad del sistema legal donde surja. Descriptivo porque reconoce la historicidad y hace explícitos los supuestos liberales de la teoría del contrato, “la figura más básica del derecho privado burgués”,<sup>1</sup> sin buscar justificarlos, sino, simplemente, exponiendo sus rasgos generales.

## II. TERMINOLOGÍA

---

En Roma se distinguía al *pactum* (convención sin sanción civil) del *contractus* (término reservado para designar convenciones vinculadas a una sanción, lograda mediante una *actio*). Ambos términos eran especie del género *conventionis*.<sup>2</sup>

El término “contrato”<sup>3</sup> lo encontramos en los diversos sistemas jurídicos nacionales. Un fenómeno similar, “tratado”, tiene lugar en el ámbito

<sup>1</sup> Habermas, Jürgen, “¿Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad?”, *Cuadernos de Filosofía del Derecho, DOXA*, trad. de Manuel Jiménez Redondo, Centro de Estudios Constitucionales y Seminario de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, 1988, p. 29.

<sup>2</sup> Petit, E., *Tratado elemental de derecho romano*, México, Editora Nacional, 1951, § 268.

<sup>3</sup> El contrato no pertenece al mundo fáctico ni puede ser apreciable con los sentidos como una noción experimental; es decir, como una silla lo puede ser, sino que es un fenómeno jurídico en el sentido en que se puede decir que el matrimonio lo es: un estatus legal atribuido a cierto estado de cosas por virtud de ciertas reglas. El contrato es así un hecho nouménico, incapaz de ser entendido por la experiencia. Kant, Immanuel, *Principios metafísicos de la doctrina del derecho* (1797), México, UNAM, 1978, pp. 51 y ss.

del derecho internacional. Esta designación es la general, independientemente de la denominación particular que le den al celebrarlo las “personas internacionales”<sup>4</sup> (Estados u organismos internacionales).<sup>5</sup> A los acuerdos suscritos entre un Estado y una persona privada extranjera se les ha llamado “contratos internacionales”,<sup>6</sup> o *state contract*. A los contratos celebrados entre privados de diferentes nacionalidad que parecen no estar regidos por ningún sistema jurídico particular se les ha llamado también contratos internacionales,<sup>7</sup> otros prefieren denominarlos contratos transnacionales o supranacionales;<sup>8</sup> UNIDROIT, reconociendo la problemática, ha preferido llamarles “contratos comerciales internacionales”.<sup>9</sup> Nosotros, en el afán generalizador que buscamos, utilizaremos como término común a todo lo anterior la palabra “convención”.

### III. PROCEDIMIENTO JURÍDICO CONVENCIONAL

#### VS. NORMA JURÍDICA CONVENCIONAL

---

La palabra “convenio” refiere dos acepciones:<sup>10</sup>

a) Como “procedimiento” diversas voluntades concurren y generan un efecto en el mundo jurídico.

<sup>4</sup> Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, 1969, artículo 2o.

<sup>5</sup> *Reparation Case*, ICJ Reports, 1949, p. 174.

<sup>6</sup> Al “tratado” también se le refiere como el “contrato internacional”, acuerdo de voluntades entre dos “personas” del derecho internacional. Willing, T., “Is Hudson Bay a Closed or an Open Sea?”, *American Journal of International Law* (en adelante *AJIL*), vol. 6, issue 2, abril de 1912, p. 454.

Posterior a 1930, el término “contrato internacional” comenzó a utilizarse en el sentido de contratos de concesión en materia de inversión extranjera, lo anterior no sin serías críticas en virtud de la discusión sobre el “estatus internacional” del agente privado extranjero. *Cfr.* Conference for the Codification of International Law: The Hague, 1930, “Responsibility of States for Damages caused in their territory to the person or property of foreigners”, *League of Nations Document C. 75. M. 1929. V.*, *AJIL*, vol. 24, issue 1, enero de 1930, p. 50.

<sup>7</sup> Lipp, R., “Transnational Business Law in the Twenty-First Century: The Crisis in International Trade”, 15 *Transnational Law* 31, 2002.

<sup>8</sup> Bonell, Michael, “The UNIDROIT Principles and Transnational Law”, <http://www.unidroit.org.english/publications/review/articles/2000-2.htm>, 2000.

<sup>9</sup> UNIDROIT, Principles of International Commercial Contracts, Commented, UNIDROIT, 1994, <http://www.unidroit.org>.

<sup>10</sup> Kelsen, Hans, *El contrato y el tratado*, trad. de Eduardo García Máynez, México, UNAM, 1943, pp. 9-11.

b) Por otro lado, es el “producto” del procedimiento citado, es decir, es una norma<sup>11</sup> (provisión).<sup>12</sup>

La teoría francesa enfocó el análisis de la convención como procedimiento y menospreció la acepción como provisión (norma), pues partía del supuesto de que la convención no era creación de una disposición jurídica, sino “aplicación” de una norma general (ley). Lo anterior quizá se explica por la circunstancia de que la norma convencional tiene casi siempre un carácter *erga singulum*, *inter pares*, mientras que la ley es oponible *erga omnes*.

Un estudio integral del convenio implica el análisis del binomio procedimiento convencional vs. norma convencional. En la primera aproximación se estudia el proceso genético por medio del cual nace la norma convencional, los elementos que intervienen para su formación. En la segunda aproximación se analizan los efectos de las obligaciones creadas, sus ámbitos de vigencia,<sup>13</sup> así como su relación con el resto del sistema jurídico.

#### IV. EL CONVENIO COMO NORMA JURÍDICA

---

En la tradición jurídica romano-germana<sup>14</sup> se acepta que la convención tiene dos funciones: una positiva, crear o transmitir, derechos y obliga-

<sup>11</sup> El sistema jurídico puede ser concebido como un conjunto de disposiciones jurídicas. Las disposiciones jurídicas se pueden dividir en dos tipos: provisiones y no-provisiones. Las primeras se dividen, a su vez, en provisiones obligativas (prescripciones y prohibiciones) y provisiones no obligativas (poderes y permisos). Las provisiones son normas porque buscan guiar el comportamiento humano. Las no provisiones dan lógica y estructura al sistema legal. García Castillo, Tonatiuh, *Consideraciones en torno a la relación de dos sistemas jurídicos no independientes: Derecho internacional/derecho nacional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, pp. 81 y ss.

<sup>12</sup> “Los contratos son, en un sentido, derecho privado creado por acuerdo de las partes”, *cfr.* D. Reed Freeman, Jr., [http://profs.lp.findlaw.com/contracts/contract\\_1.html](http://profs.lp.findlaw.com/contracts/contract_1.html), 1999.

<sup>13</sup> En *Teoría general de las normas*, Kelsen cambió los términos de ámbitos de *validez* por el más apropiado de ámbitos de *vigencia*. *Cfr.* Kelsen, Hans, *Teoría general de las normas (1979)*, México, Trillas, 1994, p. 151

<sup>14</sup> En este trabajo distinguiremos entre “tradición jurídica” de “sistema jurídico”. Tradición jurídica se empleará en el sentido de Merryman, esto es, como el “conjunto de actitudes profundamente arraigadas y condicionadas históricamente acerca de la organización y operación de un sistema jurídico y acerca del modo como el derecho debe crearse, aplicarse, estudiarse, perfeccionarse y enseñarse. La tradición jurídica relaciona el sistema jurídico con la cultura de la cual es una expresión parcial. Coloca al sistema jurídico dentro del ámbito cultural”. *Cfr.* Merryman, John Henry, *La tradición jurídica romano canónica*, México, Fondo de Cultura Económica, 1993, p. 17.

ciones, y otra negativa,<sup>15</sup> que consiste en modificarlos o extinguirlos. Dicha tradición deja el término *contrato* para la función positiva<sup>16</sup> y denomina *convenio en sentido estricto*, a la función negativa.

Desde esta tradición, los elementos esenciales de un contrato son:<sup>17</sup>

- i) Elemento subjetivo: manifestación de la voluntad
- ii) Elemento objetivo: producción de consecuencias jurídicas
- iii) Elemento normativo: reconocimiento por parte del sistema legal al procedimiento de creación de la norma contractual

Por otra parte, en los Estados Unidos de América, bajo la tradición jurídica anglosajona, el contrato se ha definido como una promesa o conjunto de promesas por cuyo incumplimiento la ley provee un remedio, o cuyo cumplimiento la ley reconoce como deber.<sup>18</sup>

Para los teóricos estadounidenses, los elementos esenciales del contrato son:<sup>19</sup>

- i) Capacidad legal de las partes para contratar.
- ii) Objeto o materia apropiada.
- iii) Mutualidad de acuerdo<sup>20</sup> y obligaciones.
- iv) Consideración.<sup>21</sup>

<sup>15</sup> Rojina Villegas, Rafael, *Derecho civil mexicano*, México, Antigua Librería Robredo, 1954, t. VI, vol. I, p. 9.

<sup>16</sup> Contrato es el convenio que produce o transfiere obligaciones o derechos. Artículo 1793 del Código Civil para el Distrito Federal, México.

<sup>17</sup> Rojina Villegas, Rafael, *Derecho civil mexicano*, México, Porrúa, 1981, t. V, vol. I, p. 129.

<sup>18</sup> *Restatement, Second, Contracts* §3, American Law Institute.

<sup>19</sup> 286 *North Western Reporter* 844, 846.

<sup>20</sup> En el caso de contratos sinalagmáticos se entiende como el requisito de que cada parte se obligue a su ejecución de alguna manera, de otra forma el acuerdo carecería de “consideración” y no sería un contrato válido. “Una promesa cuya ejecución depende del mero deseo o inclinación del promitente no impone ninguna obligación sobre él y existe insuficiente «consideración» para apoyar la promesa de la otra parte al supuesto contrato” 159 *Federal Reporter, Second series*, 642, 643. Para el caso de contratos unilaterales, la mutualidad de acuerdo se refiere a que ninguna de las partes tiene obligación alguna sino hasta que se acepta la oferta propuesta. “Unilateral Contract”, *Black’s Law Dictionary*, St Paul MN, West Publishing Co., 1991.

<sup>21</sup> Por consideración se entiende la inducción necesaria para celebrar un contrato, algo valioso dado a cambio de la ejecución o de la promesa de ejecución de la otra parte. La causa material de un contrato. *Restatement, Second, Contracts* §71 (1), 1981, American Law Institute.

La enunciación transcrita de contrato, como se entiende en Estados Unidos, contiene de hecho dos definiciones: por un lado, se propone acotar al contrato y vincularlo con la garantía de la *actio*; “por cuyo incumplimiento la ley provee un remedio”.<sup>22</sup> Por otro lado, la definición incluye solamente el reconocimiento por parte del sistema jurídico de la obligatoriedad de la norma contractual, sin que ello implique necesariamente la garantía de *actio*, “cuyo cumplimiento la ley reconoce como deber”.

Esta distinción entre los derechos y las garantías para hacerlos valer ha estado presente en la discusión jurídica desde tiempos inmemoriales, así, por ejemplo, el derecho romano llamaba derechos naturales a aquellas obligaciones de *equidad* que, sin llegar a ser morales, carecían de una acción para exigir su cumplimiento,<sup>23</sup> y Enneccerus sostuvo que un derecho sin acción era imperfecto, pero no por ello dejaba de ser derecho.<sup>24</sup> No obstante lo anterior, muchos juristas sostienen que todo deber legal debe estar acompañado de una *actio*;<sup>25</sup> personalmente no compartimos dicha visión.<sup>26</sup>

En la tradición romano-germana, la doctrina causalista, que será revisada más adelante, tiene fuertes semejanzas con la doctrina de la consideración de la tradición anglosajona. Baste señalar que existe opinión doctrinal de que la *causa* (consideración) forma parte del objeto del contrato, es decir, de las consecuencias de derecho generadas al contratar y por ello no es un elemento adicional del contrato ni distinto del elemento objetivo.

De lo anterior, podemos observar que ambas tradiciones jurídicas convergen, de forma que podemos concluir que el contrato es una mutualidad de acuerdo entre dos o más partes (elemento subjetivo). El núcleo de

<sup>22</sup> En general, el *remedio* otorgado por los jueces de la tradición anglosajona ante el incumplimiento de un contrato consiste en *damages* (compensación o indemnización monetaria) de forma que a la parte afectada se le coloque en la posición que hubiera disfrutado si el contrato se hubiese cumplido. En circunstancias especiales las cortes pueden ordenar como remedio *specific performance* (ejecución exacta de las obligaciones contractuales).

<sup>23</sup> Petit, E., *op. cit.*, nota 2, § 526.

<sup>24</sup> Enneccerus, Ludwig, *Derecho de obligaciones*, Barcelona, Librería Bosch, 1933, t. II, p. 13.

<sup>25</sup> Ross, Alf, *On Law and Justice*, Berkeley, University of California Press, 1974, p. 163.

<sup>26</sup> García Castillo, Tonatiuh, *op. cit.*, nota 11, pp. 81 y ss.

dicho acuerdo, su objeto, es un conjunto de promesas mutuas, *consideration*, que las partes hacen una a la otra y que constituyen las consecuencias de derecho (elemento objetivo), cuyo cumplimiento es reconocido por la norma jurídica (elemento normativo) bien a través de un remedio, *actio*,<sup>27</sup> o, simplemente, considerándolo un deber.

Existe, por tanto, identidad en los elementos básicos del contrato entre ambas tradiciones jurídicas:

i) Mutualidad en el acuerdo de voluntades de dos o varios sujetos (elemento subjetivo).

ii) Tendiente a producir un efecto jurídico (elemento objetivo) al interior del sistema jurídico (elemento normativo), mismo que se traduce en crear o extinguir<sup>28</sup> una o varias obligaciones.

Cabe observar que tanto en la tradición anglosajona como en la romano-germana se señala que el acuerdo de voluntades que crea el convenio tiene como efecto una simplísima modificación en la esfera de los derechos subjetivos (*rights*) y las correspondientes obligaciones (*obligations*). El derecho objetivo (*law*) como tal no sufre ningún cambio con la creación del convenio.<sup>29</sup>

### *Derecho subjetivo vs. derecho objetivo*

El vocablo “derecho” es utilizado en infinitud de contextos de manera indiscriminada. Se utiliza para referir ciertos poderes legislativos, como son el celebrar contratos; de igual manera, la gente refiere tener el derecho de acostarse a la hora que se le venga en gana. Debido a esta

<sup>27</sup> Característica distintiva de la tradición anglosajona es su preocupación por los remedios judiciales. “Las obligaciones que no pueden ser exigidas legalmente son fantasmas en el derecho, pueden ser vistas pero resultan elusivas al entendimiento”. *Cf.* Holmes, O. W., *The western maid*, 257 U.S. 419, 433, 1922.

<sup>28</sup> La modificación y la transmisión están incluidos en la creación y extinción. Toda modificación es, a la vez, creación y extinción, la transmisión es extinción para alguien y creación para otro.

<sup>29</sup> La distinción entre derecho subjetivo y derecho objetivo existe tanto en la tradición de *common law* como en la romano-germana. El derecho subjetivo es el derecho de un determinado sujeto; el derecho objetivo es el sistema jurídico total. En inglés se dispone de la palabra *right*, cuando se quiere aludir a los derechos que tiene determinado sujeto; al sistema jurídico, el derecho objetivo, se le denomina *law*. En la Edad Media, los juristas europeos distinguían y contraponían con el mismo sentido que hemos referido las palabras *ius* y *lex*.

utilización indiscriminada, el manejo del vocablo ha dado lugar a un caos conceptual.<sup>30</sup> Por nuestra parte, utilizamos la palabra “derecho” como un concepto en el que se unen una serie de efectos jurídicos de manera sistémica. El derecho de propiedad, por ejemplo, incluye un conjunto de libertades, poderes, *actio*, que es necesario diferenciar entre sí, pero que en conjunto constituyen la propiedad como la conocemos.<sup>31</sup>

Si se pasa por alto la función creadora de normas jurídicas que realiza la convención, es fácil caer en el error de que ésta solamente afecta lo que la teoría ha llamado “derechos subjetivos” (*ius*) y no al derecho objetivo (*lex*).<sup>32</sup> La razón para no querer atribuir al proceso convencional llevado a cabo por particulares el efecto de creación de normas jurídicas es de índole política, y se debe a que en la teoría tradicional esta última función se encuentra reservada a la legislación que emana del poder público estatal. Así, para Austin, la “ley o norma” (*law or rule*) es una orden establecida por un superior a un inferior, entendiéndose por “superior” aquél con el poder de afectar a los inferiores con un mal o dolor y forzarlos, a través del temor a dicho mal, a acomodar su conducta a los deseos del primero (órdenes coercitivas establecidas por el soberano).<sup>33</sup> Desde este esquema legal, es lógico concluir que únicamente el soberano es capaz de crear derecho.

Hasta el momento, la teoría jurídica ha estado limitada y circunscrita en su análisis al modelo de derecho estatal soberano, donde generalmente se piensa que los súbditos no pueden crear derecho. Así, la convención es una simple aplicación de la ley (el derecho objetivo). El derecho objetivo es independiente del querer de quienes deben obedecerle, ha sido creada de antemano y no sufre modificación alguna por su simple aplicación.

Ihering definió al derecho subjetivo como el interés “protegido” por la ley,<sup>34</sup> y desde este punto de vista dicho interés tiene existencia previa a todo derecho objetivo. Esta distinción entre interés y derecho subjetivo (interés legalmente protegido) tiene una función ideológica. El binomio

<sup>30</sup> Hohfeld, W. N., *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, Cook, Yale University Press, 1923, capítulo 1.

<sup>31</sup> Ross, Alf, *Lógica de las normas*, Madrid, Tecnos, 1971, p. 126.

<sup>32</sup> Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 10, p. 4.

<sup>33</sup> Austin, John, *The Providence of Jurisprudence Determined* (1832), Londres, Weidenfeld & Nicholson, 1955, pp. 9 y 24.

<sup>34</sup> Ihering, R. von, *La lucha por el derecho*, trad. de Adolfo Posada, Madrid, Librería de Victoriano Suárez, 1881, p. 52.

supone al ser humano como portador de intereses que se levantan como categorías trascendentes frente al derecho objetivo.<sup>35</sup>

Esta oposición entre subjetividad jurídica (intereses intocables) previa a toda objetividad jurídica se hace más que evidente cuando se habla del carácter heterónomo de la ley, mientras que la esencia de dicha subjetividad jurídica es justamente la negación de toda relación obligatoria, completa libertad en el sentido de autodeterminación o autonomía. Cabe señalar, que, este último punto de vista es el sostén de la teoría de la “autonomía de la voluntad” postulada por el derecho privatista francés.

La visión que fundamenta la teoría de la autonomía de la voluntad tiene su exposición máxima en la filosofía de Hegel, para quien “el campo del derecho es lo espiritual, y su lugar preciso y punto de partida es la voluntad, que es libre, de suerte que la libertad constituye su sustancia y determinación; y el sistema de derecho es el reino de la libertad realizada”.<sup>36</sup> El gran romántico alemán agrega: “el derecho es la libertad como idea...”<sup>37</sup> “la universalidad de esa libre voluntad para sí... consciente de sí, es el sujeto como *persona*” y “la *personalidad* sólo tiene comienzo... en cuanto el sujeto ...tiene autoconciencia de sí como Yo completamente abstracto y en el cual toda limitación y validez concreta se niega y no tiene valor”.<sup>38</sup>

Para el padre de la dialéctica moderna, la esencia de la personalidad se encuentra en la libre voluntad, “La persona, para ser como Idea, debe darse una esfera externa de libertad”.<sup>39</sup> Esta esfera externa de libertad no es otra cosa sino la propiedad, primera modalidad de la existencia de la persona; “propiedad, como existencia de la personalidad”,<sup>40</sup> por ello Hegel critica al “Estado platónico” que “contiene, como principio general acerca de la persona, lo Injusto, por lo cual se la considera incapaz de

<sup>35</sup> La Suprema Corte de Justicia de México ha sostenido, por ejemplo, que “el interés jurídico, reputado como un derecho reconocido por la ley, no es sino lo que la doctrina jurídica conoce con el nombre de derecho subjetivo, es decir, como facultad o potestad de exigencia, cuya institución consigna la norma objetiva del derecho...”. INTERÉS JURÍDICO. INTERÉS SIMPLE Y MERA FACULTAD. CUANDO EXISTEN. Amparo en revisión 2747/69. Alejandro Guajardo y otros (Acums.). 18 de enero de 1972. Unanimidad de 19 votos. Ponente: Abel Huitrón. Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), México, Séptima Época, vol. 37, p. 25.

<sup>36</sup> Hegel, G. W. F., *Filosofía del derecho (1820)*, México, UNAM, 1985, § 4.

<sup>37</sup> *Ibidem*, § 29.

<sup>38</sup> *Ibidem*, § 35.

<sup>39</sup> *Ibidem*, § 41.

<sup>40</sup> *Ibidem*, § 51.

propiedad privada... la proscripción del principio de la propiedad privada, se puede presentar fácilmente a la opinión que ignora la naturaleza de la libertad del espíritu y del derecho”.<sup>41</sup>

En el mismo sentido, Ihering sostenía: “El derecho y la propiedad son como la cabeza de Jano, de doble rostro; éstos no pueden ver más que uno de los lados, aquéllos el otro, y de ahí resulta el diferente juicio que forman del objeto”.<sup>42</sup>

La conclusión es directa: el hombre aparece investido de derechos naturales reconocidos por el derecho objetivo, pero de ninguna manera creados por éste, sino, simplemente, reconocidos y garantizados. El binomio derecho objetivo vs. derecho subjetivo ha hecho del interés protegido por la ley un límite al contenido del derecho objetivo, ya que si el sistema jurídico no puede crear, sino solamente registrar y endosar a través de los derechos subjetivos los intereses supremos de los seres humanos, tampoco podrá destruirlos.<sup>43</sup>

Contra esta postura Hart ha sostenido que existen, dentro del fenómeno denominado derecho, ciertos poderes conferidos a los privados para crear o modificar relaciones legales que no pueden, sin llegar al absurdo, ser interpretadas como órdenes basadas en amenazas.<sup>44</sup>

La distinción liberal entre aplicación y creación del derecho, entre ley y acto jurídico,<sup>45</sup> no ha traído más que una triste confusión en materia de convenciones. Dicha confusión se ha destilado hasta el derecho internacional en el binomio “tratado-ley” vs. “tratado-contrato”.<sup>46</sup>

Si describimos al sistema jurídico como un conjunto de disposiciones legales donde podemos separar entre aquéllas de un primer tipo, bajo las

<sup>41</sup> *Ibidem*, § 46.

<sup>42</sup> Ihering, R. von, *op. cit.*, nota 34, p. 4.

<sup>43</sup> Sólo así podemos entender que el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano diga: “Toda sociedad en la cual no esté asegurada la garantía de los derechos del hombre ni determinada la separación de poderes, carece de Constitución”. Es decir, no tiene Constitución en el sentido del “concepto ideal” de Constitución propio del Estado de derecho. *Cfr.* Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, México, Editora Nacional, 1952, p. 147. Para el concepto ideal de Constitución véase páginas 41 y ss.

<sup>44</sup> Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961, p. 77.

<sup>45</sup> Bonnacase, Julien, *Introduction à l'étude du droit*, París, Recueil Sirey, 1931, pp. 104 y 105.

<sup>46</sup> Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1999, p. 12.

cuales a los seres humanos se les requiere hacer o abstenerse de ciertas acciones, y disposiciones jurídicas de un segundo tipo, que proveen que ciertos seres humanos puedan, haciendo ciertas cosas, introducir nuevas disposiciones legales del primer tipo, extinguirlas o modificarlas,<sup>47</sup> de acuerdo con el principio de que el derecho regula su propia creación,<sup>48</sup> se puede decir siempre que la disposición jurídica secundaria que regula la creación de una primaria es “aplicada” en el acto de creación de esta última, y, por tanto, toda creación de derecho es siempre una aplicación del mismo.

## V. EL CONVENIO COMO PROCEDIMIENTO

---

### 1. *La voluntad convencional*

La norma convencional es creada por el acuerdo de voluntades (*consensus*) de dos o varios órganos del sistema jurídico que al unirse forman otro órgano legal. Dicho *consensus* debe ser reconocido por el sistema legal de base (*grundlegung*) como generador de ciertas consecuencias de derecho.

No todo acuerdo de voluntades es *consensus*, es decir, capaz de generar una norma convencional. Por ejemplo, un acuerdo de voluntades entre dos personas para ir a cenar no es *consensus* y, por ende, no genera efectos legales. Lo anterior es consecuencia de que no toda actividad del ser humano es considerada relevante para el mundo jurídico.

El número de personas que intervienen no es relevante para la formación del *consensus*, sino la función que desempeña la voluntad de cada una de ellas. Así, en una compraventa la voluntad de la parte compradora<sup>49</sup> debe coincidir con la voluntad de la parte vendedora<sup>50</sup> en cuanto al objeto de la voluntad convencional (*consensus*), esto es, querer llevar a cabo la compraventa.

<sup>47</sup> Las normas del primer tipo imponen deberes, las del segundo tipo confieren poderes (facultades), públicos o privados. Hart, H. L. A., *op. cit.*, nota 44, pp. 78 y 79.

<sup>48</sup> Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado (1944)*, trad. de Eduardo García Máynez, México, UNAM, 1988, p. 146

<sup>49</sup> Dicha voluntad puede estar integrada, a su vez, por la voluntad de varias personas que compararán en *pro indiviso*.

<sup>50</sup> Que también puede estar integrada por la voluntad de otros tantos individuos que venden como copropietarios.

Debido al *consensus* podemos decir que las convenciones son un vehículo por medio del cual las voluntades individuales convergen a un interés común. El *consensus* refleja el interés común o general de las partes contratantes; un interés que puede estar en conflicto inclusive con el interés de cada una de ellas en lo individual, pero que está en armonía con el interés que tienen al participar en la norma convencional, como miembros que desean ser de dicho régimen convencional. El interés común no es una agregación de intereses particulares, sino la intersección de todos ellos, este interés común constituye lo que las partes son y desean ser.<sup>51</sup>

El *consensus* expresa la necesidad de un recíproco acuerdo (*cum-sentire*), es la coincidencia de dos declaraciones de voluntad que procediendo de órganos jurídicos diversos dan lugar a una nueva y única voluntad y que es el resultado, no la suma, de las voluntades individuales; que constituye una entidad nueva capaz de producir por sí el efecto jurídico querido y que está sustraída a las posibles veleidades de una sola de las partes.<sup>52</sup> De lo anterior, una vez formada esta nueva y única voluntad, la voluntad convencional, el *consensus*, solo el mutuo *dissensus*, u otra norma superior del sistema jurídico puede derogar aquello que ha creado la voluntad consensual. Al respecto, Kant sostiene: “Ni la voluntad *sola* del que promete, ni la del que consiente (como aceptante), basta para pasar lo *suyo* del primero al segundo; se necesita la *reunión* de estas dos *voluntades*, y por consiguiente la declaración *simultánea* de ambas”.<sup>53</sup>

El *consensus* es un concepto nouménico, sin embargo, existe un problema de evidencia y por ello una incursión del mundo fáctico para determinar su existencia. La mayoría de los sistemas jurídicos han tratado de resolver el dilema señalando que la voluntad como acto psíquico en el interior del sujeto no basta para concluir un contrato, es necesario que la voluntad se manifieste al mundo exterior (*solemnia*) para que pueda crearse el *consensus*.

En efecto, todo hecho que tenga relevancia para el mundo jurídico debe ser susceptible de comprobación, lo cual sólo es posible por medio de datos exteriores y sensibles. Lo que constituye el supuesto y la conse-

<sup>51</sup> Allot, P., “The concept of international law”, *European Journal of International Law*, 1999, p. 36.

<sup>52</sup> Ruggiero, Roberto, *Instituciones de derecho civil*, Madrid, Reus, 1931, vol. 2o., 278.

<sup>53</sup> Kant, Immanuel, *op. cit.*, nota 3, p. 87 (itálicas en original).

cuencia del derecho no es el hecho en sí mismo, sino el hecho comprobado. Así, aunque el formalismo es un rasgo característico de los derechos primitivos la necesidad de evidencia es necesaria en todo sistema jurídico, aunque éste tienda a la mínima expresión. La declaración de voluntades no puede ser telepática.

La distinción entre voluntad psíquica y exteriorización de la misma da lugar a varios problemas en el procedimiento de creación de la norma convencional: ¿cuál es la consecuencia de una discrepancia entre la voluntad real y su expresión? Kelsen señala que la solución no puede encontrarse en la ciencia jurídica, sino que depende de circunstancias ajenas a la misma. Existen dos extremos de solución: por un lado, se puede adoptar el principio individualista y señalar que la voluntad real priva sobre la expresión de la misma; por otro lado, se puede adoptar el principio colectivista y establecer que lo que debe ser protegido, en interés de la seguridad del derecho, es la confianza en los hechos exteriores.<sup>54</sup>

## 2. *El objeto de la convención*

El *consensus* debe aparecer dirigido hacia el *objeto* de la convención. En este sentido, las voluntades individuales de las partes deben focalizar el mismo objeto para crear *consensus*. Este objeto de la convención es siempre la conducta que los órganos del sistema legal que acuerdan establecen como obligatoria y se integra a su vez por la *prestación y contraprestación*.

Es importante tener en cuenta que el objeto de la convención no es inmediatamente lo que se pretende obtener por su celebración, que denominaremos “la cosa” o “finalidad” de la convención, sino conductas humanas, prestación y contraprestación.

Kant señala al respecto que “por contrato... no adquiero yo inmediatamente una cosa exterior... Adquiero, pues, por el contrato la promesa de otro (y no la cosa prometida)” y agrega “¿Pero qué cosa exterior adquiero por contrato? Como no se trata más que de la causalidad del arbitrio de otra persona con relación a la prestación a que esa persona se ha obligado respecto de mí”.<sup>55</sup> Concluyendo: “mi derecho no es, pues, más que

<sup>54</sup> Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 10, p. 19.

<sup>55</sup> Kant, Immanuel, *op. cit.*, nota 3, p. 89.

el derecho personal de exigir del vendedor la ejecución de su promesa (*praestatio*) de ponerme en posesión de la cosa”.<sup>56</sup>

### 3. *La conclusión del procedimiento que crea la norma convencional*

La voluntad manifestada por una de las partes debe recaer no solamente sobre su propia *prestación*, sino también sobre la *contraprestación* de la otra, y viceversa. Es en este sentido que las voluntades manifestadas de las partes involucradas al concurrir o comulgar en las prestaciones crean el *consensus*, pues recaen sobre el mismo objeto. Al nacer el *consensus* concluye el procedimiento que crea la norma convencional.

Así, en todo procedimiento que crea una norma convencional podemos distinguir dos actos *preparatorios* y dos actos *constitutivos* de la norma convencional. A la etapa de actos preparatorios se le denomina *tratado*, a la etapa de actos constitutivos, *conclusión*.

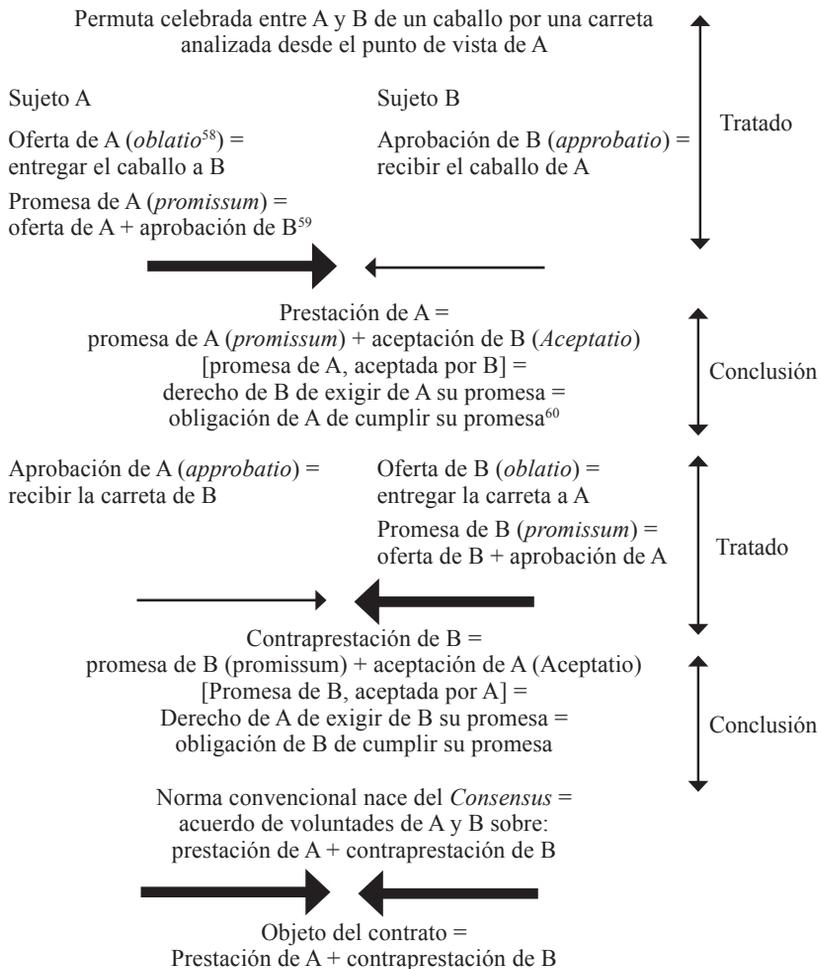
Por ejemplo, en la permuta de un caballo por una carreta celebrada entre los individuos A y B es necesario una etapa de negociación entre las partes, esta etapa es la preparatoria, la del tratado, en ella A ofrece dar el caballo (*oblatio*), y B aprueba recibirlo (*approbatio*), en ese momento nace la *promissum* de A de entregar el caballo. Al mismo tiempo, B ofrece dar la carreta (*oblatio*) y A acepta recibirla (*approbatio*), en ese momento nace la *promissum* de B. No obstante la existencia simultánea de cada una de las *promissum*, la de A y la de B, hasta ese momento no existe *consensus* y, por lo tanto, no existe convención todavía.

La etapa de conclusión de la norma convencional requiere que la *promissum* de A, tenga la *acceptatio* de B, en ese momento nace la prestación de A. Al mismo momento, la *promissum* de B, debe tener la *acceptatio* de A, y entonces nace la contraprestación de B. En ese momento aparece el *consensus*, dirigido a la prestación de A y la contraprestación de B, es entonces cuando ha concluido el procedimiento del que emana la norma convencional.<sup>57</sup>

<sup>56</sup> *Ibidem*, p. 92.

<sup>57</sup> “En todo contrato hay por parte del arbitrio [conciencia de la facultad de obrar para producir (querer) el objeto] dos actos *preparatorios* y dos actos del arbitrio jurídico *constitutivos*. Los dos primeros (los del *tratado*) son la oferta (*oblatio*) y el consentimiento (*approbatio*); los otros dos (los de la *conclusión*) son la promesa (*promissum*) y la aceptación (*acceptatio*). Porque una oferta no puede llamarse promesa antes de haber juzgado que la cosa ofrecida (*oblatum*) puede *agradar* al aceptante; lo cual no se conoce sino por las dos primeras declaraciones; con las cuales, sin embargo, nada se ha adquirido todavía”.

## PROCEDIMIENTO DE CREACIÓN DE LA NORMA CONVENCIONAL



“Ni la voluntad *sola* del que promete, ni la del que consiente (como aceptante), basta para pasar lo *suvo* del primero al segundo; se necesita la *reunión* de estas dos *voluntades*, y por consiguiente la declaración *simultánea* de ambas”. (Itálicas en original), *ibidem*, p. 87.

<sup>58</sup> Conocida en el derecho romano como *pollicitatio*, oferta hecha, pero no aceptada aún. *Cfr.* Petit, E., *op. cit.*, nota 2, § 279.

<sup>59</sup> “Una oferta no puede llamarse promesa antes de haber juzgado que la cosa ofrecida (*oblatum*) puede agradar al aceptante”, Kant, Immanuel, *op. cit.*, nota 3, p. 87.

<sup>60</sup> El *consensus*, es decir, el acuerdo de voluntades concurrente de A y B sobre la prestación de A y la contraprestación de B crea la norma convencional.

#### 4. *El procedimiento convencional como procedimiento nouménico, no fenoménico*

El procedimiento convencional, la concordancia de las voluntades hacia un mismo objeto sólo tiene lógica si se le percibe como un fenómeno jurídico, inteligible, no tangible.

En el mundo fenoménico, la concordancia de voluntades, el *consensus*, no existe, pues las voluntades de las partes que acuerdan nunca podrán presentarse al mismo tiempo, lo más seguro es que entre la declaración de la voluntad de una parte y la declaración de voluntad de la otra transcurra un periodo de tiempo.

La simultaneidad de la *acceptatio* de B sobre la *promissum* de A y la *acceptatio* de A sobre la *promissum* de B, el *consensus* se da solamente en el mundo jurídico, neuménico. Por ello, Kant decía que “las formalidades exteriores (*solemnia*) de la conclusión de un contrato... indican más que otra cosa el embarazo de los contratantes acerca de la manera de representarse *como en un relámpago* la existencia simultánea de las declaraciones sucesivas que se han hecho uno al otro”.<sup>61</sup>

Tratar de ver al convenio como un hecho fenoménico en vez de nouménico ha llevado a muchos juristas a buscar el “instante” en que en la norma convencional nace, el momento del maravilloso concurso de voluntades. Así se ha dicho que “la formación del contrato... puede alcanzarse... paulatinamente y sucesivamente, y decimos que la formación es progresiva”,<sup>62</sup> o que “el momento de la formación del contrato es aquél en el cual se produce la aceptación y no en el que se hace la oferta”.<sup>63</sup>

El padre del derecho moderno sostenía que “la deducción trascendental de la noción de adquisición por contrato es la sola que puede salvar todas estas dificultades. Es una relación *jurídica* externa, mi toma de posesión del arbitrio de otro (y recíprocamente)”, y agrega al respecto: “esta relación como relación jurídica es puramente intelectual, y por lo tanto esta posesión, considerada como posesión inteligible (*possessio noumenon*)” y sólo así “entonces los dos actos, el de la promesa y el de la aceptación, no son ya considerados como sucesivos, sino... como re-

<sup>61</sup> *Ibidem*, pp. 87 y 89.

<sup>62</sup> Muñoz, Luis, *Teoría general del contrato*, México, Cárdenas Editor, 1973, p. 233.

<sup>63</sup> Planiol, Marcel y Ripert, Georges, *Tratado elemental de derecho civil. Teoría general de los contratos. Contratos especiales*, trad. de José María Cajica, México, Cárdenas Editor, 1983, § 975.

sultado de una voluntad *común* única (lo cual se expresa por las palabras al *mismo tiempo*)”.<sup>64</sup>

El convenio es un fenómeno jurídico no físico, y así debe entenderse. Es importante distinguir entre la obligación misma, que pertenece al mundo nouménico, y el cumplimiento de la obligación, que tiene lugar en el mundo fenoménico. Es importante también no olvidar que la *solemnia* (fenómeno) es únicamente evidencia del *consensus* (noumeno).

La definición civilista francesa de “acto jurídico” como “manifestación exterior” de la voluntad cuyo fin consiste en engendrar, con fundamento en una regla de derecho, una situación jurídica confunde derecho con hecho (*fact with law*). Para entender la naturaleza del acto jurídico, y su expresión *per se*, el contrato, hay que distinguir el *consensus* (la voluntad contractual que crea la norma convencional) de la *solemnia* (manifestación exterior del *consensus*).

También debe distinguirse entre la norma convencional y el cumplimiento de lo establecido por la misma. Existe una diferencia abismal entre la perfección de un contrato de compraventa (creación de la norma, conclusión del procedimiento que la crea) y el cumplimiento de la norma convencional, la entrega de la cosa y del precio pactado. Dicha distinción ha hecho posible el desarrollo del capitalismo, al permitir, por ejemplo, el desarrollo de los contratos en bolsa de valores, donde cargamentos de café son comprados y vendidos infinidad de veces, pasando de manos brasileñas a turcas, holandesas y chinas, sin que el barco que los contiene se haya movido un ápice. La distinción entre *possessio phenomenon* (posesión física de un objeto) y *possessio noumenon* (posesión puramente jurídica, inteligible) es aportación fundamental que la teoría kantiana ha hecho a la ciencia jurídica.<sup>65</sup>

No es lo mismo que A se comprometa a entregar una joya, B esté de acuerdo en recibirla; B se comprometa a entregar una cantidad de dinero, A esté de acuerdo en recibirla; que la entrega misma de la joya y el dinero. La convención tiene lugar en el mundo jurídico, *nouménico*, alejado totalmente del mundo despótico, fáctico, fenomenal. El cumplimiento de la convención es ya un hecho del mundo fáctico.

<sup>64</sup> Kant, Immanuel, *op. cit.*, nota 3, pp. 87 y 89.

<sup>65</sup> *Ibidem*, pp. 56 y ss. En el derecho romano si el propietario quería transferir la propiedad de una cosa a una persona que tuviera la intención de adquirirla, era necesario para que se diera la transferencia de la propiedad, para que se perfeccionara el contrato, la entrega de la cosa, *traditio*. Cfr. Petit, E., *op. cit.*, nota 2, § 173.

No obstante la naturaleza nouménica de la convención, existen problemas en el mundo real debido a la separación fenoménica temporal entre *promissum* y *acceptatio*. ¿Puede el proponente retirar su oferta en cualquier momento antes de la aceptación? ¿Qué tal que en el momento en que se tiene por hecha la convención la voluntad de ambas partes ya ha cambiado? Nada en la teoría jurídica puede dar respuesta a estas interrogantes, ya que la ficción es que el nacimiento de la norma convencional, el comienzo de la fuerza obligatoria de la convención o de la validez de la norma contractual coincide con la terminación del procedimiento convencional, esto es, cuando se forma el *consensus*, cuando concurren las voluntades de los contratantes. Sin embargo, por motivos prácticos, los sistemas jurídicos han buscado establecer las condiciones para que se lleven a cabo convenciones entre ausentes de forma que el oferente permanezca obligado a su *promissum*, al menos, durante cierto tiempo, antes de la *acceptatio*. De la solución adoptada depende no sólo el momento, sino el lugar donde se tiene por celebrada la convención. Estos puntos son clave cuando se trata de saber qué sistema jurídico aplicará a la convención misma, en el caso de contratantes situados en distintos países.

### 5. Características exigidas a las partes que intervienen en la creación del *consensus*

Para que un ente pueda participar en el procedimiento de creación de una norma convencional debe necesariamente estar facultarlo por el *Grundlegung* para llevar a cabo tal tarea; esto es, debe tener personalidad jurídica con capacidad legal suficiente para crear la norma convencional.

#### A. Personalidad

Hemos señalado que en la teoría jurídica liberal se contraponen dos conceptos: derecho subjetivo vs. derecho objetivo. Dijimos que esta distinción pretende ubicar al derecho subjetivo del ser humano como trascendente al derecho objetivo establecido por la comunidad jurídica. La idea es una institución que ponga un límite insuperable a la configuración del contenido del sistema jurídico positivo. En esta lógica, el “sujeto de derecho” se concibe como independiente, en su existencia, al derecho objetivo; como portador de un derecho subjetivo que quizá no sea menos,

sino más “derecho” que el derecho objetivo mismo, lo cual ha servido fundamentalmente para proteger la institución de la propiedad privada de su posible eliminación por el sistema legal. A este respecto, Ihering sostuvo: “en apropiándome la cosa, le imprimo el sello de mi personalidad; cualquier ataque dirigido a ella, me hiere a mí, porque mi propiedad soy, como que la propiedad no es más que la periferia de la personalidad extendida a una cosa”.<sup>66</sup> Esta ideología de la subjetividad jurídica es la base, como hemos referido también, de la teoría jurídica de la autonomía de la voluntad.

A partir de este esquema la teoría jurídica construyó el concepto de “persona” o “sujeto de derecho”. Para la teoría tradicional, el hombre como concepto filosófico es anterior a “persona jurídica”, la persona es el hombre vestido de juridicidad, dotado de derechos.

Tal estrategia para definir la persona jurídica resultó desde el primer momento problemática, pues inmediatamente se apreció que en un sistema jurídico no sólo los hombres, sino otros “entes” —como los municipios y las asociaciones— pueden ser catalogados como personas jurídicas. Tratando de corregir el concepto, la teoría jurídica redefinió a la persona jurídica como cualquier ente “portador” de derechos y obligaciones jurídicas. Si es el caso que el hombre sea el portador de derechos y obligaciones se habla de “persona física”; si son otros entes los portadores de derechos y obligaciones se habla de “persona jurídica”. En esta lógica se dijo que la persona jurídica es, en realidad, una persona “artificial”, un concepto auxiliar construido por la ciencia del derecho.

Un análisis más tranquilo nos lleva a concluir que la llamada “persona física” también es una construcción artificial de la ciencia jurídica. En efecto, la persona física “no es el hombre que tiene derechos y obligaciones, sino la unidad (concepto nouménico) de derechos y obligaciones cuyo contenido es el comportamiento de un hombre”.<sup>67</sup>

Como el concepto de “persona física” es sólo una construcción jurídica y, como tal, difiere por completo del concepto de hombre como definición biológica, antropológica o filosófica, la persona física es, en realidad, también una “persona jurídica”.

Lo anterior resulta evidente si se recuerda que históricamente los regímenes jurídicos no han otorgado personalidad a todo ser humano. El

<sup>66</sup> Ihering, R. von, *op. cit.*, nota 34, p. 53.

<sup>67</sup> Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho (1934)*, trad. de Roberto Vernengo, México, Porrúa, 1991, p. 183.

mismo derecho moderno hasta hace muy poco otorgó personalidad a las mujeres; y el derecho romano, que nadie duda en calificar como derecho, no tuvo el menor empacho en establecer que el esclavo no era persona jurídica, sino simple *res parlante*.<sup>68</sup>

Si un “ente” tiene personalidad jurídica no significa que primero es el “ente” y luego adquiere carácter jurídico al dotarle de derechos y obligaciones. Esto es duplicar sin necesidad las cosas y generar hipóstasis, el “ente jurídico” es ese conjunto de derechos y obligaciones que se atribuyen a una entidad. Al expresar que un “ente” es sujeto de una obligación jurídica se alude a que una conducta determinada de dicho “ente” es contenido de una obligación estatuida por el sistema jurídico.<sup>69</sup>

Así, cuando se dice que una sociedad (caso típico de las llamadas personas jurídicas) entra en transacciones legales, o tiene derechos y deberes que el sistema legal le confiere o impone; tales juicios son una figura del lenguaje. Los actos y omisiones de dicha sociedad necesariamente son actos y omisiones de seres humanos. El problema consiste en establecer con precisión esos actos y omisiones y explicar por qué pueden ser interpretados como propios de la sociedad en cuanto sujeto de derecho.

### B. Órgano del sistema jurídico

Comencemos por precisar la noción de “órgano del sistema legal”. Kelsen propuso un concepto parecido aunque más acotado, el de “oficial legal”. El autor citado refería que:

Los actos a través de los cuales las normas de un orden legal son puestas o creadas comprenden actos legislativos, actos constituyentes de costumbre obligatoria, actos judiciales, actos administrativos y transacciones de derecho privado, en particular contratos. Estos actos se caracterizan aquí como actos legales, y los individuos autorizados por el orden legal para llevarlos a cabo se caracterizan como oficiales legales.<sup>70</sup>

<sup>68</sup> Los esclavos pertenecían a las *res mancipi*, y se ubicaban como bienes al lado de bueyes y animales preciados, cuya venta estaba sujeta a la solemnidad de la mancipación, Petit, E., *op. cit.*, nota 2, §§ 65 y 141.

<sup>69</sup> En este sentido, Kant sostenía que “*persona* es el sujeto cuyas acciones son susceptibles de *imputación*” [itálicas en original], Kant, Immanuel, *op. cit.*, nota 3, p. 24.

<sup>70</sup> Kelsen, Hans, “The Concept of the legal order”, *American Journal of Jurisprudence*, vol. 27, 1982, pp. 64 y 65.

Así, para Kelsen, el oficial legal tiene al menos las siguientes características: *i)* puede estar constituido por una o varias personas; *ii)* su función es crear normas (ejecutar actos legales); *iii)* las normas que crea pueden ser generales (leyes y disposiciones administrativas) o particulares (sentencias y contratos); *iv)* pueden ser calificados de públicos (al crear leyes) o privados (al crear contratos) y en ese sentido pueden pertenecer al Estado (congreso, jueces) o a la sociedad civil (al crear costumbres y contratos); *v)* si pertenecen al Estado pueden ser de cualquiera de los tres poderes: Ejecutivo, Legislativo o Judicial, y *vi)* se puede inferir que los oficiales legales no actúan a nombre propio, sino a nombre y representación del sistema jurídico. El concepto que se propone de órgano del sistema legal es una modificación ampliada del de oficial legal propuesto por Kelsen. Enseguida la propuesta.

En principio, el órgano de un sistema legal puede estar constituido por un ser humano o por una pluralidad de seres humanos, de forma que tanto las figuras de presidente de la República como de Congreso, o de voluntad contractual, son ejemplos de órganos de un sistema jurídico, el primero constituido por un solo ser humano, los segundos, por una pluralidad de ellos.

El derecho puede ser entendido como una matriz que ubica personas y situaciones en forma ideal. Su función normativa pretende llevar el comportamiento humano real a dicho estado ideal. La idealidad generada de ninguna manera duplica (es imposible) a la realidad, ni lo pretende. A la idealidad jurídica no le importa normar todo acto humano, como puede ser el ver la salida del sol o el soñar. A la idealidad normativa le importa guiar ciertos actos de los hombres bajo ciertas circunstancias. Pensemos en un hombre que sea juez. La naturaleza de juez no es consubstancial a la de ese hombre, sino accidental, es decir, no todo acto de dicho hombre, como comprar una cerveza, puede ser atribuido a la figura de juez, aunque tanto la compraventa como el dictar sentencia sean actos regulados por el sistema legal.

Así pues, los actos de los hombres son atribuidos por la idealidad normativa a ciertas figuras: comprador, vendedor, homicida, director de una compañía, defraudador, diputado del pueblo, juez, padre, hijo, heredero, policía, fiscal. En todos estos casos el hombre que se ubica en los supuestos ideales, que en muchas ocasiones puede ser el mismo ser humano pero con diferente uniforme, actúa como órgano del sistema jurídico. Los órganos del sistema legal llevan a cabo una función (deber, facultad,

potestad) prevista por dicho sistema, al ejecutar dicha función dan vida al sistema legal.

Los órganos del sistema legal no solamente crean disposiciones jurídicas, generales o particulares, sino que también aplican las disposiciones jurídicas. Los órganos del sistema jurídico, al llevar a cabo las funciones encomendadas por el sistema legal necesariamente: *i*) identifican las disposiciones legales que les dan competencia, y *ii*) localizan y seleccionan aquellas disposiciones legales que aplican. Así, por ejemplo, el parlamento inglés cuando escucha el discurso de la reina actúa como órgano del sistema jurídico del Reino Unido. También es órgano, ahora del sistema legal norteamericano, la Suprema Corte de los Estados Unidos al decidir una controversia.

Analicemos, por ejemplo, a la sociedad anónima (aunque los argumentos son aplicables a un Estado soberano, municipio, Estado federado). Un individuo obra como un órgano de una sociedad anónima si existe una norma en el sistema jurídico que atribuya los actos de dicho hombre a la sociedad anónima. Una persona obra como tesorero de la sociedad anónima si su conducta corresponde al orden especial que regula dicho subsistema jurídico (la sociedad).

El sistema constitutivo de la sociedad anónima son sus estatutos, los cuales están insertos en un sistema legal más general, el *Grundlegung*. Así, la sociedad anónima no puede entenderse como una masa o agregado de individuos, sino como el conjunto de aquellos actos de ciertos individuos que la ley y sus estatutos determinan como de la sociedad porque forman el contenido de las normas de aquel sistema especial.<sup>71</sup> La sociedad manifiesta su existencia únicamente en ciertos actos de los seres humanos que fungen como órganos de aquélla.

Un hecho resulta incuestionable: la sociedad anónima no es un sistema jurídico autocontenido, independiente, autónomo del sistema jurídico en el cual está inmerso, el *Grundlegung*. De la misma manera, el ser humano no tiene “autonomía de voluntad” en el sentido de poder hacer lo que le venga en gana. Las llamadas personas colectivas son órdenes jurídicos parciales, inmersos en un sistema jurídico mayor. Si nos ubicamos en un país federal entonces la sociedad puede muy bien ser un sistema jurídico parcial dentro del sistema jurídico de una entidad federativa, que a su vez forma parte del sistema jurídico federal; si estamos en Europa, a su vez

<sup>71</sup> Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 48, pp. 115 y 116.

parte del sistema jurídico de la Unión Europea, a su vez, parte del sistema jurídico del derecho internacional. La relación ascendente y descendente de todos esos sistemas legales es una relación entre un sistema más general y uno más específico.<sup>72</sup>

El anterior razonamiento sobre la personificación de la sociedad colectiva también es aplicable a la llamada persona “física”, que manifiesta su existencia jurídica no en todo acto del ser humano que la encarna, sino sólo en aquellos que son susceptibles de imputación o responsabilidad jurídica. El sustrato de la personificación es el mismo en ambos casos, ciertos actos que son atribuidos jurídicamente a un ente.

Cuando se dice que un ente, que puede verse como un sistema jurídico parcial (la persona física, la persona colectiva, una entidad federativa, o un Estado) considerado como “sujeto de derecho”, tiene la facultad de realizar determinada conducta, significa que el sistema jurídico inmediato más general otorga y reconoce el poder de realizar tal conducta y al ejercer dicha potestad el “sujeto de derecho” lo hace en su calidad de órgano de dicho sistema jurídico parcial.

Los entes con personalidad jurídica (Estados, sociedades, municipios o seres humanos) otorgada por el sistema jurídico de base, *Grundlegung*, que crean la norma convencional, lo hacen llevando a cabo una *función* especial que les encarga el sistema jurídico a manera de *facultad*, y actúan como *órganos* de la comunidad jurídica de mérito en tanto dicha función se encuentra determinada por un precepto del sistema legal, en este sentido dicho órgano cumple la *función de legislador* al crear esa norma.

### C. Libertad e igualdad

Los entes que crean la norma convencional, como aquellos que crean cualquier otra norma, lo hacen en la libertad limitada que les estatuye el *Grundlegung*. Esta autonomía de la voluntad sólo opera en el proceso de creación de la norma convencional. Dicha libertad desaparece cuando la norma convencional ha sido creada. La norma convencional, como toda norma es heterónoma.

En el procedimiento que crea la norma convencional el *Grundlegung* reconoce la autonomía de la voluntad, es decir, la libertad del contratante, en tres vertientes:

<sup>72</sup> *Ibidem*, p. 157.

i) *Libertad negocial*. Esto es, libre para celebrar o no una convención que le obligue y, por consiguiente, restrinja su libertad;

ii) *Libertad de elección de la contraparte*. Esto es, libre para decidir con quien habrá o no de celebrar la convención, y

iii) *Libertad en el contenido de la contratación*. Esto es, libre para establecer, dentro de los límites que actualiza el sistema jurídico, el contenido de la norma convencional.

Los incisos i y ii se refieren a la libertad en la formación de la norma convencional, el inciso iii a la libertad en el ámbito material de la norma convencional, el contenido de la convención. Todos los incisos suponen que el *consensus* se exprese sin violencia.

En sistemas jurídicos donde no existen órganos que hayan centralizado el poder para hacer cumplir la ley, como el derecho internacional, el mutuo reconocimiento de las obligaciones de los contratantes surgidas de la celebración de un convenio da lugar de manera “natural” a la idea de cierta igualdad entre los mismos contratantes.<sup>73</sup> No obstante, el razonamiento anterior también aplica a sistemas jurídicos donde el poder para hacer cumplir la ley está centralizado, como en los Estados nacionales.

La existencia de las libertades señaladas y otorgadas por el sistema jurídico implica que

siendo los sujetos *libres* en estas tres direcciones, son también *iguales*. Tienen la misma libertad y, por ende, la misma posibilidad de decidir si la convención debe ser celebrada, con quién debe serlo y cuál ha de ser su contenido. En este sentido, el principio de la autonomía no significa únicamente identidad de los sujetos contratantes y de los sujetos obligados y autorizados por la norma contractual, sino también la libertad e igualdad de éstos en el procedimiento de celebración de la convención.<sup>74</sup>

Libertad e igualdad son supuestos jurídicos, no realidades fenomenales. Dichos supuestos han sido muy criticados por no verificarse en la realidad. En particular se ha criticado la libertad e igualdad negocial. El obrero, por ejemplo, carece en el mundo fáctico prácticamente de igualdad negocial frente al patrón. En el caso del contrato de adhesión, su contenido es determinado unilateralmente por una de las partes. En el caso

<sup>73</sup> Korff, Baron, “An Introduction to the History of International Law”, *AJIL*, vol. 18, issue 2, abril de 1924, p. 259.

<sup>74</sup> Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 10, pp. 116 y 117.

de contratos internacionales, los celebrados entre un privado extranjero y un Estado huésped, se supone por el *Grundlegung* que ambas partes contratantes, son libres e iguales al concurrir al procedimiento que crea la norma convencional, aunque en realidad no lo sean.

Con base en la distinción que Ferrajoli ha hecho entre normas téticas<sup>75</sup> e hipotéticas,<sup>76</sup> podemos decir que la norma convencional es una norma hipotética en el sentido de Ferrajoli; esto es, una norma que genera un estado jurídico como efecto de la *aplicación* de una norma secundaria que regula su creación, es decir, la norma convencional nace de la aplicación de una hipótesis. Ferrajoli sostiene que las normas hipotéticas, al contrario de las téticas, generan desigualdades y exclusión entre los miembros del sistema jurídico, desigualdad que es resultado inevitable de la autonomía negocial.<sup>77</sup>

## 6. Elementos esenciales de la convención

De todo lo dicho anteriormente podemos concluir que para que una norma convencional exista se requiere necesariamente la concurrencia en el procedimiento que la crea de:

i) El *consensus*. Para que exista *consensus* se requiere que las partes que intervienen en el procedimiento convencional tengan la suficiente capacidad jurídica para ello, y, en este sentido, deben ser desde el punto de vista legal, igualmente libres

ii) El objeto, que se divide en: directo, y que consiste en las prestaciones y contraprestaciones; la creación, transmisión, modificación o extinción de deberes jurídicos, e indirecto, esto es *la cosa o finalidad*.

iii) El reconocimiento por parte del sistema jurídico, del procedimiento y la norma convencional; esto es, que la creación de la norma conven-

<sup>75</sup> Normas téticas son aquellas que atribuyen inmediatamente situaciones jurídicas o estatus a determinadas clases de sujetos; conforme a ella, sin la mediación de ninguna otra prescripción jurídica, sus destinatarios son titulares de las situaciones y de los estatus correspondientes, por ejemplo, el derecho a devenir propietario y el derecho de ejercitar los derechos derivados de la propiedad.

<sup>76</sup> Las normas hipotéticas predisponen situaciones o estatus como efectos de los actos previstos como hipótesis, como, por ejemplo, los derechos de propiedad sobre ciertos bienes en particular.

<sup>77</sup> Ferrajoli, Luigi, "Los derechos fundamentales en la teoría del derecho", *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001, pp. 156, 164 y 165.

cional se haya hecho dentro de los límites establecidos por el *Grundlegung*. Este elemento normalmente no se explicita, sino que se reglamenta en forma indirecta al exigir que el objeto sea: posible físicamente y posible legalmente

La posibilidad física significa que el objeto indirecto del convenio, la *cosa o finalidad*, exista o pueda existir, o bien que la conducta obligatoria pueda realizarse y no vaya en contra de una ley de la naturaleza. La posibilidad jurídica requiere, en términos generales, que la conducta obligatoria esté permitida por la *Grundlegung*, que no sea ilícita.

Así, por ejemplo, existe opinión generalizada entre los juristas de distintos sistemas jurídicos de que los elementos esenciales de un contrato arbitral son: a) que las partes hayan acordado arbitrar, es decir, no hayan pretendido hacer otra cosa; b) tengan la capacidad para llevar a cabo tal acuerdo, y c) el acuerdo se haya hecho respecto de una disputa que es “arbitrable” de conformidad con la llamada *sustantive law*.<sup>78</sup>

La ausencia de algún elemento esencial en el procedimiento contractual (*consensus*, objeto o reconocimiento de la norma) necesariamente conllevará la inexistencia de la norma convencional.

En principio cabe la siguiente pregunta: ¿cuáles son los efectos de la inexistencia de la norma convencional? De forma muy elegante, Lutzesco los ha expresado de la siguiente forma: “... puesto que la muerte es eterna, el acto inexistente deberá también seguir su desdichado destino; ni el olvido, ni el transcurso del tiempo podrán hacer desaparecer sus defectos o completar sus imperfecciones.... la muerte es la muerte, la nada es la nada”.<sup>79</sup> En efecto, la norma convencional inexistente no creará las obligaciones pretendidas, su existencia no podrá convalidarse por el paso del tiempo ni por ratificación.

En distintos sistemas jurídicos se ha relajado la inexistencia de la norma convencional, por motivos de conveniencia social, cuando algún elemento esencial no está presente, la convención padece un vicio que le resta validez. En tal caso la convención existe, pero puede ser anulada.

<sup>78</sup> Redfern, Alan & Hunter, Martin, *Law and Practice of International Comercial Arbitration*, Londres, Sweet & Maxwell, 1999, p. 143.

<sup>79</sup> Lutzesco, Georges, *Teoría y práctica de las nulidades*, México, Porrúa, 1945, p. 175.

## VI. CONCLUSIONES

---

a) El término “convención” debe ser entendido desde dos puntos de vista: como un “procedimiento” donde diversas voluntades concurren y generan un efecto en el mundo jurídico, y como una provisión (norma) producto de dicho procedimiento.

b) El procedimiento convencional sólo tiene lógica si se percibe como un fenómeno jurídico, no tangible, nouménico, no fenoménico.

c) Las convenciones se rigen de una mezcla de disposiciones legales de tipo regulatorio (*grundlegung*) y otras de tipo contractual (*consensus*).

d) La norma convencional es una norma hipotética, pues nace de la aplicación de una hipótesis. Contrario a las normas téticas, las hipotéticas generan desigualdades y exclusión entre los miembros del sistema jurídico, desigualdad que es resultado inevitable de la autonomía negocial.