

## Reflexiones y opinión

**Causa, autonomía de la voluntad y principio de individuación****Cause, autonomy of the will and principle of individuation**

Rodríguez Puentes, Marcos

**Resumen:**

El concepto de causa contractual ha sido inadecuadamente abordado desde Domat, generándose un estado de ininteligibilidad y de posiciones doctrinales que defienden que la causa es irrelevante, excluyéndola del pensamiento jurídico, o que es lo único relevante, con la que se justifican niveles excesivos de intervención en el mercado. Este trabajo busca incorporar en la discusión jurídica elementos psicológicos que orienten la comprensión de dicho concepto, su relación con la autonomía de la voluntad como categoría jurídica y, en consecuencia, el tipo de intervención estatal adecuado. A partir de las ideas de Joaquín Dualde, sostengo que el consentimiento es la causa de los contratos, y que el interés del derecho debe orientarse a las causas del consentimiento, esto es, a los elementos y eventos que configuran esa voluntad cuya manifestación perfecciona el contrato. Se analizan los elementos irracionales en esta configuración, y finalmente se estudia, a partir del Enfoque Humanista de la psicología y del principio de individuación propuesto por Carl Jung, la posibilidad de fortalecer la libertad efectiva de los sujetos jurídicos.

**Palabras Clave:** *Causa eficiente, causa final, principio de propósito, heurísticos, racionalidad, pirámide de necesidades, individuación.*

**Abstract:**

The concept of cause of contracts has been improperly addressed since Domat, causing a state of unintelligibility and legal doctrines that deem the cause irrelevant, excluding it from legal thinking, or excessively important, justifying an excessive intervention of the market. This paper aims to incorporate to this legal discussion some psychological elements to guide the understanding of this concept, its relation with the autonomy of the will and, as a consequence, the adequate kind of governmental intervention. Based on Joaquín Dualde's ideas, I affirm that consent is the cause of contracts, and that the Law should look at the causes of such cause, that is to say, those elements and events which when manifested, configure the contract. I analyze the irrational elements of this configuration and, finally, based upon the Humanistic Psychology perspective and the individuation principle proposed by Carl Jung, I consider the possibility of effectively strengthening the effective freedom of people.

**Keywords:** *Efficient cause, final cause, law of purpose, heuristics, rationality, hierarchy of needs., principle of individuation.*

<sup>1</sup>Abogado, especialista y magíster en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia. Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Antonio Nariño.

\*Correspondencia: mrodriguezpu@unal.edu.co y mrodriguez320@estudiantes.areandina.edu.co

Uno de los temas de mayor debate en el mundo jurídico es el de la causa, especialmente en materia de negocios jurídicos; también es así en Colombia, por cuenta del contenido del artículo 1502 del Código Civil que, al respecto, establece que “para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario (...) que tenga una causa lícita”.

Esto obliga a que este concepto sea tenido en cuenta con mucha seriedad por parte de los doctrinantes, los jueces y los académicos, cuando se dispongan al estudio del derecho de obligaciones y contratos.

Varios son los problemas que existen en torno a la causa, sobresaliendo el de su identidad, su ubicación, y el valor jurídico que tiene.

En relación con el primer problema, he tomado la posición de Joaquín Dualde, que desarrollaré posteriormente en el cuerpo del trabajo, según la cual la causa del contrato es el consentimiento y, por lo tanto, lo que debe preguntarse a efectos de la licitud o ilicitud o, incluso, de la existencia o inexistencia de la misma, es cuál es la causa de dicho consentimiento.

Al respecto, suele darse por descontado tal ideal de libertad, uno de cuyos mayores exponentes en el derecho civil ha sido Von Ihering, refiriéndolo a lo que llamó la Ley de Propósito, consistiendo ésta en la causa final que moviliza a la voluntad haciendo que el contrato exista. Esa causa final es, por lo tanto, la causa del negocio jurídico. Es decir, la causa del negocio jurídico es la voluntad autónoma, esto es, la voluntad movida por causas finales y no por causas eficientes.

Ahondando en el concepto de la voluntad autónoma, la Corte Constitucional colombiana ha señalado que la autonomía de la voluntad

tiene como fundamento la filosofía pol-

ítica francesa y el pensamiento económico liberal de la segunda mitad del siglo XVIII y comienzos del siglo XIX, con base en la consideración de la libertad natural del individuo, quien, en ejercicio de su voluntad, puede contraer o no obligaciones y adquirir correlativamente derechos y fijar el alcance de unas y otros. En este sentido se consideró que, si en virtud de su voluntad el hombre pudo crear la organización social y las obligaciones generales que de ella se derivan, por medio del contrato social, con mayor razón puede crear las obligaciones particulares que someten un deudor a su acreedor (CConst. C-341/2003).

Sin perjuicio de quelejos de entrañar un poder absoluto e ilimitado de regulación de los intereses de los particulares, como era lo propio del liberalismo individualista, se encuentra sometido a la realización de la función social de la propiedad privada y de las necesidades básicas de la economía de mercado (CConst. C-186/2011).

De donde se sigue que von Ihering, la Corte Constitucional y, en general, los economistas y jurisconsultos que identifican a la voluntad como una fuente autónoma, se ubican en una posición filosóficamente libertaria en cuanto a la voluntad libre de las personas, ubicándose al tiempo en una posición opuesta al libertarismo político (Fisher, Kane, Pereboom, & Vargas, 2007, p. 3), posición que se ha ido generalizando al interior del derecho, haciéndose cada vez más común el cuestionamiento del valor de la autonomía de la voluntad frente al de la intervención del Estado (Hinestrosa, 2014), siendo filosóficamente notable que, aunque el libertarismo político es generalmente visto con reserva tanto por jurisconsultos como por economistas, el libertarismo filosófico de la voluntad libre sigue ocupando el centro de sus concepciones.

Así las cosas, esta visión considera que la autonomía de la voluntad es un poder que es integrante de la naturaleza humana, por lo que no es concedido sino apenas reconocido por el Estado a los particulares, para que reg-

ulen sus propios intereses por su propia iniciativa (Hinestrosa, 2014). Aunque sea de Perogrullo, es crucial anotar que la idea de iniciativa plantea el inicio —esto es, el origen o la fuente— de los actos jurídicos —o, al menos, de los actos negociales— en la voluntad libre de los mismos sujetos jurídicos que los configuran, constatándose, una vez más, el libertarismo filosófico que sirve de base a las ideas del derecho privado.

De esta suerte, incluso habiendo visiones divergentes sobre los detalles del concepto de autonomía, todas coinciden en “ver en él el principio y la dimensión de la libertad” (Hinestrosa, 2015, p. 297) que, sin embargo, puede ser limitada por el Estado cuando resulte necesario o conveniente, dando lugar a dos dimensiones de la autonomía de la voluntad: una individual, consistente en el acto humano individual libre; y una social, consistente en los límites que el Estado impone a su ejercicio, por cuenta del bienestar social, las necesidades de la convivencia, y la protección de las partes débiles en una relación contractual (Soro, 2016, pp. 160-161).

Ahora bien, el paulatino desarrollo de los conceptos jurídicos y el impulso recibido por cuenta de la constitucionalización de los ordenamientos jurídicos desde el siglo anterior, han dado por resultado la incorporación de la idea de que sólo en condiciones de igualdad material entre las partes contratantes, puede hablarse de libertad y de voluntad autónoma, pues de lo contrario una de las partes estaría sometida a manipulaciones o presiones por parte de la otra (Morales, 2010, pp. 24-28; Villacorta, 2015, p. 15), lo cual, implica la imposibilidad práctica de la parte débil de ejercer con libertad sus derechos de conclusión, determinación y redacción, evidenciándose que el supuesto de la igualdad de las partes puede llegar a configurar en la práctica una lógica de que la fuerza hace el derecho, en la medida en que se trata como iguales a

quienes no lo son, presumiendo la libertad de quien tomaba decisiones bajo condiciones de coacción o ignorancia (Rodríguez, 2015, p. 56).

Ahora bien, la escuela de pensamiento jurídico conocida como análisis económico del derecho plantea sobre esta base una comprensión de los derechos y las obligaciones como bienes asignados a individuos, según la mayor eficiencia social que esto pudiera generar (Coase, 1960), y plantea el establecimiento de costos indemnizatorios a cargo de quien desconozca la asignación realizada, planteando así un entimema en el que la premisa implícita es el principio expuesto por Mankiw de que las personas responden a los incentivos variando la disposición que tienen de hacer una cosa u otra según el precio de realización de dicha conducta (Mankiw, 2012, p. 7).

Desde una perspectiva filosófica, en relación con la voluntad libre, parece que el análisis económico del derecho se ubica en el compatibilismo responsivo a razones. A primera vista, dado que la economía es capaz de considerar elementos ajenos al precio que generan cambios de conducta al mover las curvas de oferta y demanda —en oposición a que la conducta del agente se mueva a lo largo de tales curvas (Mankiw, 2012, p. 69 y 75)—, queda abierta la pregunta de si la responsividad puede estar basada en el agente (Coates & Mckenna, 2020). No obstante, dado que la propuesta de Coase entiende la restricción como un costo impuesto y, por lo tanto, un asunto de recursos asignados, la pregunta última por la fuente de la conducta o por la responsabilidad moral última, se vuelve irrelevante, puesto que basta con preguntarse por la asignación y la responsabilidad jurídica, cuyo alcance puede teóricamente —aunque no necesariamente se haga, ni sea lo común— restringirse a la imposición de las consecuencias previstas respecto de quien

decida realizar una conducta, con abstracción de la responsabilidad moral o de la libertad de dicha decisión. Esto, a su vez, orienta al pensamiento jurídico y económico hacia el compatibilismo responsivo a razones basado en mecanismo, lo cual en el fondo se acerca mucho al determinismo duro en la medida en que hay una secuencia de causas y efectos cuyo origen no se encuentra en el agente en sí (Coates & Mckenna, 2020).

De otro lado, el ser humano mantiene unas expectativas de justicia que le son esenciales y que exigen a manera de acto reflejo la imposición de consecuencias a los actos que se realizan (Darley & Gromet, 2010, p. 239), por lo que la pregunta por la voluntad autónoma y la consecuente responsabilidad sigue presente en el ser humano, que es la constatación elemental de la que parte Strawson (McKeena & Coates, 2019).

Ahora bien, a pesar de que nuestros sistemas jurídico y económico parten de la asunción ontológica de que la voluntad del sujeto jurídico-económico es libre, la masificación y estandarización de los contratos comenzaron a plantear serios reparos a este presupuesto (Arrubla, 1994, pp. 27-30), a lo que se aunó la recepción de la economía conductual a través del análisis económico del derecho, con un énfasis significativo en la idea de que “tenemos una tendencia natural a buscar lo que más nos favorece o genera placer y a evitar lo que nos perjudica o tiene costos (...)” (Bullard, 2018, p. 17), dado que, aunque no hagamos un cálculo estrictamente monetario, sí hacemos siempre un análisis de costo-beneficio comparando “el placer que nos causa algo con las molestias que nos ocasiona” (Bullard, 2018, p. 18).

Así las cosas, las condiciones de posibilidad de una actuación libre en el mercado

por parte del sujeto jurídico-económico del común parecen extremadamente restringidas, sea por la posición de debilidad en que se encuentra frente a la parte fuerte del contrato, o por la imposibilidad de negociar el clausulado de un contrato respecto del cual sólo puede adherirse o rechazarlo, o, en últimas, porque su tendencia a la búsqueda de placer le hace susceptible de incurrir en engaños — fortuitos o inducidos—. Esto conlleva que el principio de la autonomía de la voluntad quede en entredicho, y que, en consecuencia, la marcada intervención del Estado en el mercado se convierta en una necesidad imperativa, especialmente a través de la generación de regímenes tuitivos y mecanismos de corrección de externalidades (Bullard, 2018, p. 78-79).

De esta suerte, pareciera que el derrotero actual de lo jurídico se orienta hacia una mayor intervención del Estado, bien sea por la necesidad de proteger a los sujetos jurídicos que participan en un estado de debilidad frente a una contraparte contractual dominante, o bien para protegerle de sus propias malas decisiones, tomadas con base en “inercia, sesgo de statu quo, y el heurístico ‘sí, lo que sea’”, entre otros (Thaler & Sunstein, 2008, p. 83), generándose, en consecuencia, no ya una limitación por bienestar común como señala Hinebrota, sino un requisito esencial para el ejercicio de los derechos por parte de quienes ocupan una posición de debilidad en una relación contractual dada.

A esto se aúna la visión de algunos analistas económicos del derecho que han sostenido que la construcción teórica de Ihering parece conducir al derecho a una suerte de estado psicótico en el que se pierde el contacto con la realidad, situación de la le rescatan las perspectivas realistas (Bullard, 2015, p.

738), por las que, en el fondo, se entiende que son perspectivas positivistas en las que no tienen cabida las aproximaciones arquetípicas de naturaleza probabilística. Al respecto, Stuart Mill señalaba en su análisis de Comte, que el conocimiento que el ser humano busca “saber para prever”, y que la única forma de prever la ocurrencia de cualquier fenómeno es entender su secuencia y no a partir de abstracciones sobre su naturaleza (Mill, 2005, p. 6), teniendo perfectamente claro que el método aplicado a las ciencias sociales debe ser el mismo que se aplica a las ciencias naturales (Mill, 2005, p. 50).

Esta exigencia de secuencialidad estricta en la comprensión de los fenómenos económicos y jurídicos ha desembocado en un análisis estadístico —psicométrico o econométrico— de los comportamientos grupales y un análisis de los condicionamientos y sesgos de las personas, tomando fuerza la idea de que la autonomía de la voluntad como elemento esencial de los negocios jurídicos está en crisis, en la medida en que, a la luz de este positivismo, es incapaz de dar cuenta del origen de las manifestaciones de voluntad con efectos jurídicos.

En esta medida, dado que el consentimiento, en cuanto voluntad exteriorizada da lugar al perfeccionamiento del contrato, el derecho se encuentra frente a una encrucijada en la que, para dar respuesta a las necesidades sociales, requiere desarrollar una posición clara respecto de la voluntad autónoma, tanto a nivel filosófico —libertarismo, determinismo o compatibilismo—, como a nivel político —nivel adecuado de intervención del Estado—.

Para lograr esto, sin embargo, el positivismo defendido por Comte y por Mill es insuficiente, dado que el espectro de elementos que exceden la capacidad de articula-

ción del ser humano es inmenso, por lo que es preciso que la filosofía y, a su través, el derecho, se hagan capaces de proponer conceptualizaciones razonables en términos de acercamiento inexacto (Avigad, 2018), que puedan articularse dentro de marcos de pensamiento más o menos difusos. De esta suerte, el derecho puede liberarse de los estreñimientos positivistas, y acoger propuestas desarrolladas a partir de fuentes múltiples que enriquezcan las formas de regulación de las relaciones entre particulares.

En este sentido, la realización de estudios jurídicos que pretendan ser científicos sin ser cientifistas es de crucial importancia: una ciencia del derecho abierta a lo trascendente, en el sentido de lo que percibimos, pero excede nuestra capacidad de articulación, y que, por lo tanto, estamos racionalmente obligados a incorporar en nuestros esfuerzos de conceptualización de lo jurídico. Así, el objetivo de este trabajo es desarrollar una propuesta que permita aproximarse desde una perspectiva psicológica que supere el mecanicismo del análisis económico del derecho, y plantee la apertura de la teoría jurídica a modelos de personalidad y explicaciones de la conducta propios de las escuelas humanista y analítica de la psicología.

Dado que el análisis filosófico sobre el determinismo, así como sobre el compatibilismo entre éste y la voluntad libre, exceden el alcance de este trabajo, partiré de la asunción de que el ser humano tiene un núcleo intrapersonal de voluntad libre, sin perjuicio de que puedan establecerse límites tanto a su libertad de acción por vía institucional, como a su voluntad a partir de procesos sociales e individuales que impliquen aprendizaje. Parto de esta perspectiva, por cuanto ha sido históricamente la visión asumida por el derecho y, en esta medida, considero que el esfuerzo es-

tatal por equiparar a las partes débiles en los contratos, desde supuestos de formación mecánica de la voluntad (basado en la economía conductual y el análisis económico del derecho) y de limitación constante de la libertad de acción para lograr la igualdad material entre las partes (a través del derecho público), debe ser complementado con el desarrollo de una solución alternativa, consistente en la búsqueda de mecanismos que fortalezcan la voluntad libre desde el núcleo intrapersonal, y no desde la limitación institucional extrínseca. Se condensa, entonces, en el siguiente interrogante: ¿qué derrotero puede conducir a una expansión de la libertad efectiva de los sujetos jurídicos que participan en el mercado?

Para dar respuesta a esta pregunta, en primer lugar, realizaré un recorrido teórico sobre la historia del concepto de causa contractual en el derecho, su relación con la formación de la voluntad, considerando posteriormente los elementos que determinan la configuración del consentimiento; finalmente, profundizaré en el concepto y los límites de la libertad, partiendo de las propuestas psicológicas humanista y analítica.

### **La causa en los contratos**

#### **Antecedentes históricos**

La noción de causa en derecho comienza, naturalmente, en Roma, donde la fundamentación de este concepto dependió, dada la influencia helenista, de los conceptos desarrollados por Aristóteles. De esta suerte, las causas eficiente y final, han sido de importancia fundamental para el Derecho desde entonces (Caballero & Ortega, 2014, pág. 4).

Ahora bien, de las dos, se suele considerar que es final la que sirve de causa al negocio jurídico, es decir, que el mismo se deriva, en últimas, de aquél objetivo posterior al

objeto del contrato que el contratante pretende alcanzar a través del cumplimiento de la prestación (Ospina & Ospina, 2005, pág. 257).

Así pues, la causa eficiente es,

aquello que mueve al contratante a celebrar un negocio jurídico o el factor determinante de su voluntad (...) {que puede ser} “impulsiva o general (...) como es ejemplo conocido la necesidad que tiene quien celebra una compraventa de adquirir el dominio de una cosa; y la inductiva o particular, que es la necesidad concreta o práctica que anima a cada sujeto a contratar (Caballero & Ortega, 2014, pág. 4).

Pues bien, en la época romana

El consentimiento de las partes, pilar fundamental de nuestros ordenamientos modernos, no tenía la fuerza que le dio el liberalismo en los siglos XVIII y XIX. La autonomía de la voluntad privada no era conocida en Roma como la entendemos hoy, y era más bien la tipicidad, esto es, el reconocimiento del *ius civile* a las convenciones lo que las dotaba de su fuerza obligatoria. Una convención que no fuese sancionada por el derecho civil romano no daba lugar a una acción y, por consiguiente, era virtualmente desprovista de fuerza obligatoria (Caballero & Ortega, 2014, pág. 8).

Por esta razón, los autores citados consideran que la causa de los contratos en Roma era esencialmente la tipicidad legal. Si eran atípicos o innominados serían convenciones, es decir, acuerdos de voluntades, cuya causa jurídica - es decir, la que justificaba que fueran obligatorios - consistía en la previa realización de la prestación por alguna de las partes (Caballero & Ortega, 2014, pág. 9).

Ahora bien, Dualde hace una crítica muy acertada en relación con las aproximaciones al concepto de causa en el derecho romano, señalando que “usaron la palabra causa en el sentido de que es aquello que engendra o produce un efecto” (Dualde, 1949,

pág. 52).

De lo anterior se deriva que “la palabra causa para los romanos es un concepto empírico, que lleva su definición en sí mismo, o sea que existe y se utiliza sin definición” (Dualde, 1949, pág. 53), de donde se sigue que afirmaciones como la de si la causa es la tipicidad o la prestación previa, son discusiones respecto de dónde se ubica la causa en cada caso particular, pero que no aportan nada respecto de su concepto.

Al efecto, cita un texto de Paulo que determina que “Todo lo que se da, o bien se efectúa por razón de una cosa o por una causa”; luego, analizando el texto de Paulo, anota que “las cosas cuando obran produciendo efectos, son causas”, y que si algo se da esperando recibir a cambio una cosa, “la cosa es lo que obra como causa final” (Dualde, 1949, pág. 54). De otro lado, cita también de las actuaciones *quod metus causa*, respecto de las que el miedo actuaría como causa eficiente (Dualde, 1949, págs. 54 - 55).

Se colige de esto que para los romanos el concepto de causa fue autoevidente, y se correspondió, sobre la base del sentido común (Dualde, 1949, pág. 58), con los conceptos de causa eficiente y causa final, según correspondiera. Es decir, que los romanos no vieron discrepancia entre los dos tipos de causa, pudiendo existir la una o la otra según el caso particular.

En la Edad Media, según señalan Caballero y Ortega, se daría una división en el concepto de la causa entre civilistas y canonistas: los primeros, consideraron que “la causa de la obligación de una de las partes debía seguir siendo la prestación efectivamente cumplida por el otro contratante”, en tanto que para los canonistas fue “la finalidad que se busca al contraer la obligación” (Caballero & Ortega, 2014, pág. 9).

En sentido coincidente, explica Dualde

que los canonistas eran escolásticos y, por esta razón, aristotélicos, por lo que tomaron de Aristóteles y de santo Tomás de Aquino el concepto de causa y, específicamente, la causa final (Dualde, 1949, pág. 59).

Sin embargo, es preciso no perder de vista que

Fueron los canonistas en el medioevo, quienes después de haber resaltado el respeto por la palabra dada por fuera de cualquier solemnidad (*pacta sunt servanda*) como reacción al formalismo romano, privilegiaron el aspecto psicológico en la formación del contrato. Los canonistas consideraron que la voluntad podría obligar solamente si estaba fundamentada en una razón, que no podría ser la misma según se tratara de contratos unilaterales o sinalmáticos, justificando así la voluntad de las partes desde un punto de vista económico (Bernal, 2006, pág. 229).

De donde se sigue que los canonistas tuvieron a la vista tanto la causa final como la causa eficiente en torno a la creación de obligaciones y al perfeccionamiento de los contratos, tratando como causa eficiente el consentimiento otorgado (*pacta sunt servanda*, o *solus consensus obligat*), y como causa final la razón generatriz de dicho consentimiento, considerando que la misma correspondía a la expectativa de cumplimiento de su obligación por parte del otro contratante.

En este sentido, Dualde y Bernal discrepan de Caballero y Ortega, en el sentido de que durante la Edad Media convivieron también ambas causas.

No obstante, coinciden en que la finalidad buscada, en principio ubicada en la expectativa de cumplimiento por la contraparte, es el elemento preponderante en la causalidad negocial, en la medida en que es la fuente del consentimiento que perfecciona el contrato.

Para la época de la Codificación, indican Caballero y Ortega (Caballero & Ortega, 2014, pág. 9) que es “a la noción de los canonistas a la que Domat y Pothier se acogen”,

es decir, a la de la finalidad, de donde según entienden, se derivaría luego la equivalencia entre causa jurídica y causa final que se extendió posteriormente en el derecho civil post-*napoleónico*, y es de tal causa final de la que se exige la licitud para que la obligación por ella generada no vea afectados sus efectos jurídicos.

Como ya señalé, para Dualde y para Bernal la causa como causa final es sólo una continuación de lo que en el derecho medieval se había desarrollado, y que estaba ya presente en Roma. No son ellos tan duros, sin embargo, como lo fue Domat con “la prestación efectivamente cumplida por el otro contratante” de que hablan Caballero y Ortega, que era la causa – eficiente, por demás – de las convenciones o contratos innominados en Roma, y que lo sigue siendo de los contratos reales en nuestro derecho.

Surge entonces la concepción de la mutualidad causal, según la cual “en las obligaciones recíprocas, la prestación de una parte es causa de la otra” (Dualde, 1949, pág. 85). Pero si la causa del comprador es la obligación del vendedor, y la de éste la obligación de aquél, “ha surgido una concepción monstruosa. La de que la causa no es anterior al efecto” (Dualde, 1949, pág. 89).

Ya he hecho referencia a Planiol, quien critica esta postura, por considerar que en este caso el concepto de causa simplemente sobra en el derecho. Sin embargo, vale la pena detenerse en la consideración del consentimiento como causa. La mutualidad causal y la evidente incongruencia filosófica de esta doctrina, desataría un debate entre dos posiciones respecto de la causa:

En primer lugar, la de los anticausalistas, “cuyo principal representante fue Planiol, [que] criticó la causa por ser un concepto ajeno al derecho romano y por considerarla inútil ya que en su opinión se confundía con

las nociones de consentimiento y objeto” (Bernal, 2006, pág. 230).

En segundo lugar, la sostenida por Colin y Capitant, que “buscó defender la teoría clásica pero evitando hacer énfasis en el elemento intrínseco del fin objetivo buscado por las partes en el contrato, sino recurriendo a los móviles o motivos que inducen a las partes al contrato” (Caballero & Ortega, 2014, pág. 10).

Planiol, ejemplificó su posición de la siguiente manera:

“Dos personas se obligan la una respecto la otra, por ejemplo un comprador y un vendedor. ¿Se dirá que la obligación del uno es causa de la del otro? Hay en esto una imposibilidad lógica: derivando las dos obligaciones del mismo contrato, nacen al mismo tiempo; es, por lo tanto, imposible que cada una de ellas sea la causa de la otra, porque un efecto y su causa no pueden ser exactamente contemporáneos” (Dualde, 1949, pág. 90).

Capitant, respondía que “Esta objeción reposa sobre un doble error. En primer lugar, ella toma la palabra causa en su sentido filosófico de antecedente, mientras que en materia jurídica es sinónima de fin del contratante” (Dualde, 1949, pág. 90), a lo que Dualde responde acertadamente señalando que “la idea de fin no es incompatible con la de causa” (Dualde, 1949, pág. 91) y que, necesariamente, una causa tiene que ser antecedente aunque sea final, porque de otra manera no podría ser generatriz.

Lo cierto es que desde la perspectiva anticausalista, la causa es inútil para el derecho, por confundirse con otras categorías generando sólo confusión conceptual. Para los causalistas, la causa justifica el consentimiento, estando tan intrínsecamente unido a él que es un elemento esencial para determinar la validez del contrato, posición recogida en los artículos 1502 y 1524 de nuestro Código Civil, y el 899 del Código de Comercio.

Este disenso se ha mantenido hasta el



día de hoy, al punto de que se puede afirmar que “la causa si bien sigue manteniéndose en la teoría jurídica francesa como pilar esencial de la validez de los contratos, su aplicación, uso y alcance en cuanto a la protección de la coherencia contractual no siguen un camino unificado” (Caballero & Ortega, 2014, pág. 28).

El debate parece irresoluble, dado que, además, la causa final puede entenderse como el objeto en sí, como algo que va más allá del objeto, o como la expectativa de cumplimiento por parte del otro contratante, lo que la reduce a la prestación o, si se quiere, a la obligación correlativa misma.

De todo lo cual, es necesario concluir que, en general, la doctrina no ha tenido la capacidad para llevar a cabo una conceptualización adecuada de la causa, y que los intentos por definirla o por excluirla del ámbito jurídico, han logrado desconectar al derecho de la filosofía en este ámbito particular, logrando que la conceptualización sea errática e improductiva.

### **Voluntad y causa.**

Desde una perspectiva diferente a la anterior o, por lo menos, conceptualmente más consistente, al admitirse que la causa es el elemento antecedente y generador de un efecto dado, se ha dicho que la causa del negocio jurídico es, simple y llanamente, lo que lo genera: el consentimiento.

Ya he hecho referencia a Planiol, quien critica esta postura, por considerar que en este caso el concepto de causa simplemente sobra en el derecho. Sin embargo, vale la pena detenerse en la consideración del consentimiento como causa, para establecer cuál es el interés del derecho en ella.

Tale, con gran claridad conceptual, sostiene que

"fuente de una obligación" significa el origen de ella, o mejor aún, el hecho con

el cual se origina. También suele denominarse "causa" de la obligación, en el sentido de "causa eficiente", y también puede llamarse "causa generadora", esto es, la causa generadora del vínculo que liga al deudor respecto del acreedor (Tale, 1993, pág. 3).

Así las cosas, el consentimiento es causa eficiente del contrato. Ahora bien, además de la intención de los contratantes, “La intención de la ley y la de las exigencias económicas, deben tenerse en cuenta, como también los otros elementos causales no conscientes. Todo lo que produce el contrato hasta lo meramente físico” (Dualde, 1949, pág. 124).

Es decir, que hay circunstancias que, junto con la voluntad manifiesta, concurren a determinar la configuración del negocio jurídico y, por lo tanto, de las obligaciones que en su marco se dan.

Es interesante al respecto considerar ejemplos como el de la revocación del contrato de donación del artículo 125 del Código Civil, en el caso de que una de las partes en un matrimonio no hubiera obtenido la autorización del ascendiente correspondiente antes de contraerlo, porque permite ver que la causa de ese contrato de donación no fue sólo el ánimo liberal del donante, ni sólo la voluntad expresada, sino también la sujeción del donatario a la autoridad de su ascendiente, ausente la cual con posterioridad dentro del término de la adolescencia, conlleva que el contrato pueda ser “revocado” y exigida la restitución de lo traido.

El artículo 93 de la ley 1306 de 2009 establece la autorización judicial como requisito para ciertos actos dispositivos que el curador puede realizar a nombre de su pupilo, de suerte tal que dicha autorización judicial es causa del contrato posteriormente celebrado, concurrente con la voluntad del pupilo y con la manifestación de la misma a través del guardador.

Un último ejemplo es el del artículo 2260 del Código Civil, que establece que “El depósito propiamente dicho se llama necesario, cuando la elección del depositario no depende de la libre voluntad del depositante”, es decir, un negocio jurídico donde la voluntad libre tiene poco que decir, y mucho la fuerza de las circunstancias que obligan a contratar. La causa final que mueve a la voluntad en este caso es la expectativa de evitar una pérdida por cuenta de circunstancias irresistibles, es decir, por circunstancias de fuerza; no se pierda esto de vista: la fuerza, un vicio del consentimiento (Ospina & Ospina, 2005, pág. 213), es causa inmediata del depósito necesario, y no por esto se afecta de nulidad.

Otros elementos que concurren con el consentimiento como causa, son las decisiones estatales de nivel macroeconómico para incentivar, corregir y proteger a los ciudadanos y al mismo mercado, o la determinación de participar directamente en el mercado a través de monopolios en la prestación de servicios públicos que, a su vez, configuran causas de formas de contratación o de cláusulas específicas en contratos adhesión.

Estos ejemplos ilustran el grado de complejidad que tiene el estudio de la causa en los contratos, incluso si el tema se circunscribe a la causa eficiente; dentro de este marco, el grado de dificultad puede crecer aún, en eventos que complejicen los eventos determinantes, por ejemplo, si en el depósito necesario se encontrara que el evento no hubiera destruido ni deteriorado la cosa, sino que había una “falsa noción de la realidad” (Ospina & Ospina, 2005, pág. 181) en cabeza del depositante.

Adicionalmente, hacen patente que la causa que determina la existencia del contrato no es simplemente la voluntad, sino que pueden intervenir un cúmulo de eventos,

desde la disposición de la ley hasta el forzamiento de la voluntad y la distorsión de las percepciones del sujeto jurídico.

Cabe la pregunta de si un negocio jurídico celebrado en esas condiciones degenera en acto stricto sensu (Hinestrosa, 2007, págs. 43 - 44) en la medida en que proviene más de un impulso que de un acto volitivo reflexivo, ya que, en estas condiciones, con independencia del “propósito de quien lo practica, tiene por efecto” lo que determina la ley.

Ahora bien, Dualde llama la atención sobre el hecho de que pretender abarcar la totalidad de las causas que determinan el perfeccionamiento de un contrato puede ser una empresa de inabarcable envergadura para cualquier jurista que lo intente. Por lo que “en lugar de expresar todas las circunstancias constitutivas de la causa, enunciamos la más sobresaliente. La cerilla que produjo el incendio” (Dualde, 1949, págs. 152 - 153).

Sobre esta base vuelve sobre el tema de la voluntad, cargando de nuevo contra los anticausalistas, y señalando que

El consentimiento es causa y, por lo tanto, no justifica la supresión de la causa porque él es eso: la causa.

(...)

Si no hay consentimiento, no hay trato voluntario. (...)

Y si existe consentimiento, existe contrato.

Acaso se me diga “eso de que hablas es la generación del contrato, etapa por todos conocida”, y contesto: ¿pero es posible hablar de una generación que no sea causa? (Dualde, 1949, pág. 147).

Señala finalmente que “como sostiene Rabier (Lógica), ‘causa significa antecedente constante y si no es universal, no es una relación de causalidad’. Antecedente constante del contrato voluntario o de la parte voluntaria de un contrato es el consentimiento o su generación” (Dualde, 1949, págs. 148, 152 y 153).

También cita a Castán para decir que “El consentimiento (...) no surge por inspiración espontánea de las partes, sino como resultado - esto equivale a efecto - de una serie de actos que constituyen los llamados preliminares” (Dualde, 1949, pág. 147 y 148).

De lo cual se sigue una conclusión natural: que los actos preliminares son causa del consentimiento, el cual, a su vez, perfecciona el contrato, siendo por ello su causa y, en esta medida la de las obligaciones, toda vez que éstas no son producto del contrato, sino el tejido que ontológicamente configura la existencia del contrato mismo.

Ya había citado antes a Castán para señalar que “la corriente científica actual, más que favorable a la corriente anticausalista, lo es a la nueva teoría de la causa, más amplia y más psicológica” (Dualde, 1949, pág. 99).

Coherente con esta perspectiva es la de Von Ihering, que le devuelve a la causa final su lugar determinante, al preguntarse por la causa de la causa, esto es, por la fuente del consentimiento.

A estos efectos, expone el “Principio de Razón Suficiente”, expresión de la misma Ley de causalidad, que postula que nada ocurre por sí mismo, porque todo ocurre como consecuencia de un antecedente, y que, en materia jurídica, se aplica también a la voluntad, pues la voluntad no puede moverse a sí misma, sino que requiere una razón suficiente. Explica esto señalando que en cuestiones materiales la razón del movimiento es mecánica y corresponde a la causa eficiente; en cambio, frente a la voluntad, la razón es psicológica y corresponde a la causa final, a la que también llama ‘propósito’. Ejemplifica mostrando que una piedra no cae con el fin de caer, sino porque se le haya quitado su soporte (ley mecánica de causalidad); igualmente, un hombre no actúa porque sí,

sino para alcanzar algún fin (ley psicológica de causalidad), que es lo que el autor también llama “Ley de Propósito” (Von Ihering, 1913, págs. 1 - 2).

Es decir, desde esta perspectiva, la causa última de las obligaciones en los negocios jurídicos son las necesidades y los deseos que tiene un sujeto, cuya expectativa de satisfacción afecta la psicología del contratante, determinándole a manifestar su voluntad. Sin embargo, es claro que esta manifestación no necesariamente será reflexiva, sino que bien puede ser automática, fruto de predisposiciones que hacen que el sujeto crea que elige y consiente, cuando sólo es objeto de las fuerzas inconscientes que lo habitan.

Es en este sentido que el artículo 1524 del Código Civil Colombiano establece que “Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato”.

Al decir de Dualde, esto adscribe nuestro régimen a la idea de la causa final, toda vez que “lo que precede al contrato es una finalidad común de los contratantes” (Dualde, 1949, pág. 100).

Sin embargo, él mismo aclara que

El consentimiento tiene vísceras. El consentimiento es un movimiento psicológico y en psicología no se puede andar un poco sin tropezar con lo inconsciente. El consentimiento recae sobre un contrato, que es un delicado organismo de conceptos. El concepto es el resultado de una comparación de diversas sensaciones sobre las que el pensamiento trabaja en dos sentidos, que se completan. De una parte, se suprimen accidentes y de otra se captan esencias (Dualde, p. 149).

En conclusión, sí es afirmable que la voluntad manifiesta es la causa del negocio jurídico, es decir, el consentimiento es la causa del contrato. Pero, ¿qué hay detrás?

La cuestión de fondo, entonces, para dar cuenta del problema de la causa en materia de contratos, es la siguiente: ¿qué genera

esa voluntad y su manifestación? En el siguiente epígrafe procuraré dar respuesta a este interrogante.

### **La causa de la voluntad.**

En la actualidad, son objeto de estudio de la psicología, al tiempo, la mente y la conducta, pues dicha ciencia “se interesa no sólo por la conducta externa, sino en explicar la compleja conducta del hombre mediante la comprensión de una serie de procesos mentales, es decir, intenta explicar además de la conducta externa, la cognición humana” (Sáiz & Valldeneu, 2009, pág. 25).

Así las cosas, la pregunta respecto de desde dónde se configura la voluntad, de cuál es la fuente, la causa, el móvil que conduce a un sujeto a manifestar su voluntad con el fin de generar vínculos jurídicos, es una cuestión que propiamente pertenece a la psicología, y a la que el derecho, por lo tanto, no puede responder de forma autónoma.

Surge entonces la pregunta: ¿cómo se configura esa voluntad? Hay dos respuestas posibles, en principio: 1) por libertad racional; 2) por predisposición. También podría ser un punto medio entre las dos, dado que son extremos de un mismo continuum.

La primera alternativa es la que fundamenta el modelo teórico jurídico y económico como lo entendemos: uno en el que el negocio jurídico es la manifestación de voluntad “directa y reflexivamente [encaminada] a la producción de efectos jurídicos” (Ospina, 2008, pág. 37), o un “acto de autonomía privada jurídicamente relevante” (Hinestrosa, 2007, pág. 44), cuya configuración está dada, por lo tanto, por alguien que tiene una voluntad autónoma, alguien que reflexiona, es decir, por alguien libre y racional.

Esta perspectiva se ajusta plenamente al presupuesto de racionalidad del agente

económico, que se mueve por incentivos, no como si se tratara de estímulos ciegos en el sentido, sino sobre la base de un análisis racional de lo que esos incentivos representan respecto de la maximización de la utilidad en relación con sus intereses, y en términos de pensamiento marginal (Mankiw, 2009, pág. 6).

Así, el sujeto sería racional no sólo porque tienda a la maximización de las utilidades, como sostiene Posner (Posner, 2007, págs. 25 - 26), sino porque es capaz de hacer un análisis de marginalidad que le da las herramientas para tomar la decisión más eficiente en un contexto dado (Mankiw, 2009, pág. 6).

Enfrentados a la masificación contractual y a las dudas respecto de la existencia de la voluntad autónoma, los presupuestos racionalistas han quedado en entredicho, porque ya no estamos seguros de que las personas sean, en cuanto sujetos jurídicos, reflexivas, o en cuanto agentes económicos, racionales.

En relación con este tipo de racionalidad, que podríamos calificar como dependiente de análisis marginal, es crucial considerar la importancia que en su ejercicio ostenta el conocimiento, toda vez que analizar costos y beneficios marginales exige tener claridad respecto de las relaciones de causalidad entre las distintas alternativas, sus respectivos costes de oportunidad y las pequeñas variaciones en los efectos al considerar las opciones más cercanas entre sí (Mankiw, 2012, p. 6). Así las cosas, el principio económico del pensamiento marginal plantea una relación de dependencia entre la capacidad de analizar los detalles de las alternativas y de sus consecuencias, y la posibilidad de predicar la racionalidad de un agente económico dado.

En el mismo sentido, si consideramos

que el negocio jurídico es “una manifestación de voluntad reflexiva” (Ospina, 2008, p. 37), lo que esa reflexividad exige es “pensar atenta y detenidamente” (Real Academia Española, 2019), es decir, no cualquier forma de pensamiento alcanza a satisfacer el requerimiento de reflexividad como presupuesto de un negocio jurídico, sino que debe ser un pensamiento atento y detenido, esto es, un pensamiento sólido, que considere atentamente las relaciones de costos y beneficios marginales de manifestar la voluntad en un sentido específico o abstenerse de hacerlo.

Ahora bien, no parece admisible que un sujeto cuya libertad de acción esté coartada pueda manifestar su voluntad de forma reflexiva, porque el fruto de su “pensar atenta y detenidamente” será irrelevante para la transacción (Ortega, 2020, p. 139); de la misma forma, teniendo en cuenta que, en un entorno de contratación masificada, el consumidor se enfrenta a una falta de información sistemática en las relaciones contractuales adhesivas (Ortega, 2020, p. 251) o a un exceso que la hace incomprensible (Pinar, Joice, & Mylenko, 2011), resultando en una incapacidad práctica para analizar costos y beneficios marginales, que son aquellos cuya consideración configura la racionalidad del agente económico, se hace forzoso concluir que la voluntad de dicho agente, considerado en tanto que sujeto jurídico, no es reflexiva, pues en este caso, no se darían las condiciones de posibilidad de un pensamiento atento y detenido.

En estos eventos, podríamos tener manifestaciones de voluntad ordenadas a generar efectos jurídicos, pero no manifestaciones de voluntad reflexiva, por lo que el sujeto jurídico consumidor quedaría a merced de condicionamientos que causan sus manifestaciones de voluntad, dada su carencia de elementos para configurarla de forma autónoma, por lo

que dicha voluntad, en últimas, sería generada por causas extrínsecas al agente.

Esta situación abre, por lo menos, dos desarrollos alternativos: a) la asunción por parte de la teoría del negocio jurídico, de un concepto de racionalidad no dependiente de pensamiento marginal; o, b) la asunción de la irracionalidad como supuesto fundamental de la creación de nuevas reglas de derecho para regular el mercado.

Pues bien, debe tenerse en mente que todo concepto de racionalidad presupone al menos dos elementos: disyuntivas y preferencias (Mosterín, 2018, p. 129). Nótese que, si bien la posición de Mankiw es que esos dos elementos son indispensables para la actuación racional exige que sean ordenados por medio del pensamiento marginal. En cambio, el concepto de racionalidad como tendencia a la maximización de utilidad (Posner, 2007, págs. 42 - 43 y 61), que ha tenido una acogida significativa en el derecho dado su anclaje en el análisis económico del derecho y en la economía conductual, no requiere analizar los procesos cognitivos del sujeto jurídico, sino que considera suficiente que éste tienda a la maximización de aquello que busca: es decir, no le preocupa que el sujeto piense o no en términos marginales, ni que sepa o no elegir bien.

Por eso, el análisis del comportamiento de los sujetos frente a la asignación de posibilidades de disposición de recursos a cambio de indemnizaciones o, incluso, sin ellas, se aproxima tanto al condicionamiento simple: el sujeto está dispuesto a dejar de tomar algo que le interesa, si y sólo si un estímulo (incentivo) es lo suficientemente fuerte para disuadirlo de ello (Posner, 2007, pág. 62).

Así, procurar la racionalidad entendida como tendencia maximizadora de la utilidad parece satisfacer los elementos básicos de la racionalidad, sin caer en la trampa racional-

ista del pensamiento marginal. En este orden de ideas y en total congruencia con lo anterior, Posner sostiene que la hiperracionalidad —el esfuerzo por obtener tantos datos que se pueda hacer un análisis marginal impecable— es de suyo irracional, porque el beneficio obtenible de una unidad adicional de información no compensaría el costo marginal que implica adquirirla (Posner, 2007, pág. 48).

Sin embargo, esto plantea dos problemas: el primero, que si el agente no tiene datos para saber si la unidad adicional de información le representa o no un beneficio marginal, le es imposible determinar si el costo marginal es suficientemente compensado, por lo que sería tan irracional no buscar el dato adicional como buscarlo; el segundo, que si se concede que el pensamiento marginal por lo menos aumenta la racionalidad del pensamiento frente a las alternativas del agente, que es lo que justificaría el prefijo hiper utilizado por Posner, desembocaríamos en que ser racional sería irracional, con lo que, en últimas, se rompería el principio lógico de identidad.

Ahora bien, estas dificultades podrían superarse si tomamos lo que Posner llama hiperracionalidad, como una suerte de comportamiento obsesivo compulsivo que paraliza al sujeto y le impide actuar funcionalmente en sociedad. Es preciso tener en cuenta que la búsqueda de la información adicional está sujeta por lo menos a dos elementos de incertidumbre: (1) no se sabe si la unidad adicional de información existe o no; (2) no es seguro que, de existir, el beneficio justifique el costo de obtenerla. Para satisfacer el pensamiento marginal como elemento esencial de la racionalidad, el agente tendría que averiguar si la información que puede obtenerse es o no relevante, llevándole a sucesivas preguntas sobre cada pregunta extendiéndose ad infinitum,

con la consecuencia de la parálisis total de su capacidad de acción.

Debe considerarse que, la incertidumbre práctica en el mercado puede alcanzar niveles tan elevados que podría llegar ser imposible hacer un análisis metódico —marginal— de la relación riesgo-beneficio, con el agravante de que, una vez tomada la decisión, la falacia narrativa entraría a suplir las fisuras que ha dejado una racionalidad incompleta (Taleb, 2008, págs. 56 - 57).

Desde esta perspectiva, el marco del ejercicio de la libertad del ser humano es su ignorancia, pues ignora el mercado o es incapaz de interpretarlo y, en cualquier caso, ignora el conjunto completo de la realidad. Y es que no puede abarcar toda la complejidad de la realidad, por lo que se ve forzado a reducirla (Peterson, 2018, Loc. 4859 y 4862) desarrollando modelos y formas de comprensión incompletas pero funcionales que, en cualquier caso, no dejan de ser inciertas e inseguras.

Siendo esto así, es decir, siendo imposible despejar del todo la oscuridad en torno a la decisión, podría pensarse que el sujeto debe abstenerse de tomarla, ya que no puede realizar un análisis racional; sin embargo, en esa circunstancia, la alternativa realmente es otra: tomar una decisión que, por el elemento de incertidumbre puede no ser la mejor, y no tomar ninguna. La diada deja de ser oferta A-oferta B, y se vuelve azar-estancamiento.

Así las cosas, teniendo en cuenta que la indecisión causa una tensión psicológica destructiva, la opción racional — tendiente a la maximización de utilidad, reducción del perjuicio e, incluso, basada en el nivel de análisis que permite algún grado de pensamiento marginal— es el azar, esto es, decidir aún en la incertidumbre, porque la alternativa a ello es el estancamiento, que es mucho peor.

En circunstancias de incertidumbre, por lo tanto, la opción racional – o la menos irracional – es la de tomar alguna decisión, incluso al azar, considerando que el estancamiento y la indecisión frente a un número significativo de posibilidades genera en el sujeto ansiedad e insatisfacción que (Schwartz, 2005, pág. 99), a su vez, pueden llegar a hacerle socialmente disfuncional.

De esta manera, lo que Posner llama hiperracionalidad no es racionalidad, sino búsqueda compulsiva de información, con lo cual se evita la ruptura del principio lógico de identidad que se causaría al plantear que la búsqueda de una unidad adicional de información, siendo necesaria para realizar un análisis marginal de mayor exactitud, podría ser en sí misma irracional, llegándose a la conclusión de que es racional ser irracional. Por tanto, es preciso cambiar el nivel en el que se considera la disyuntiva a la que se enfrenta el sujeto: no se trataría, entonces, de que la búsqueda de una unidad adicional de información no tenga una contraprestación suficiente y por eso sea irracional buscarla, sino de que en un entorno de incertidumbre, el agente se enfrenta a la disyuntiva entre hacer algo —actuar— o permanecer inmóvil, atrapado por la imposibilidad de dilucidar la mejor alternativa.

Ahora bien, esta solución puede satisfacer la característica de racionalidad del agente económico, pero dada la naturaleza performativa de las manifestaciones de voluntad en el derecho, nos seguimos enfrentando a la crisis de la autonomía de la voluntad, porque la decisión de fondo (oferta A-oferta B) no sería tomada por el consumidor, en el sentido de que no la tomaría racional o reflexivamente, sino que sería tomada de forma inconsciente, a partir de una racionalidad que se limita a prevenir o superar el estancamiento, con una vaga búsqueda de la maxi-

mización de la utilidad. Esta alternativa podría entenderse en términos conductistas considerando que, en este entorno, tomar una decisión implica emociones positivas, y no tomarla —permanecer estancado frente a la incertidumbre— implica emociones negativas. Así, a fin de cuentas, la racionalidad como tendencia automática hacia la maximización de utilidades vendría a ser, en últimas, una automatización de la respuesta, una conducta condicionada.

En este sentido, Kysar había señalado ya cómo los afectos tienen gran influencia en la percepción del riesgo y de la utilidad, es decir, el análisis marginal —el análisis supuestamente racional— está fuertemente determinado por sentimientos y emociones, por lo que, en últimas, las decisiones económicas que toman los consumidores son determinadas no racional o reflexivamente, sino que tienen una fundamentación emotiva. Esto permite plantear que los sujetos económicos actúan de forma no racional, basándose en el grado de asociación entre un estímulo dado con un afecto positivo o negativo, de suerte tal que la asociación con afectos positivos hace que el beneficio se vea aumentado en la percepción y el riesgo disminuido; un afecto negativo en las mismas condiciones, causa el efecto inverso: el riesgo se percibe multiplicado, y el beneficio reducido, generando lo que podría llamarse un heurístico afectivo (Kysar, 2003, pág. 1739 y 1740).

Sin embargo, el mismo Kysar, en un artículo publicado en 1999, había puesto el marco dentro del cual debían considerarse esos hallazgos de corte conductista. En la presentación del mismo se señala que

Al reconocer que las anomalías cognitivas no sólo influyen el comportamiento de quienes deben tomar decisiones sino también los incentivos de otros actores económicos, (...) revelan

la posibilidad de manipulación del mercado, es decir, la posibilidad de que los resultados del mercado sean influenciados, si no determinados, por la habilidad de un actor de controlar el formato de la información, los marcos de elección y la presentación de las mismas, y, en términos más generales, el escenario dentro del cual las transacciones de mercado ocurren (Hanson & Kysar, 1999, pág. 630).

En un sentido similar, Daniel Kahneman ha señalado la existencia de un sistema de pensamiento rápido, que muchas veces hace que el individuo tome decisiones basadas en sesgos y atajos de pensamiento (Kahneman, 2011, pág. Loc. 84), a lo que se añade el hecho de que los agentes económicos corporativos e, incluso, los actores políticos, encuentran en esta situación un incentivo para explotar esas tendencias parciales y cuentan con el conocimiento para hacerlo (Thaler & Sunstein, 2008, p. 9; Walker, 2010; Amen, 2017).

Llegados a este punto, nos encontramos con que el ser humano tiene una tendencia a maximizar el provecho que obtiene y a minimizar los riesgos que asume, viéndose obligado a hacerlo en un entorno de incertidumbre que le hace imposible realizar un análisis de costos y beneficios marginales, lo que redundaría en la imposibilidad de aplicación efectiva de su aptitud reflexiva a sus manifestaciones de voluntad con efectos performativos en derecho, a lo que se añade que sus emociones positivas y negativas distorsionan la percepción de riesgos y potenciales utilidades, y, sin embargo, dado que el estancamiento es peor que la acción tanto por sus efectos neuropsicológicos como relacionales, el ejercicio de su racionalidad se reduce a evitar o corregir dicho estancamiento.

Dada la ausencia de reflexividad, es posible afirmar que la racionalidad no es un elemento constitutivo de la conducta humana,

ya que el hombre estaría imposibilitado para actuar de forma estrictamente racional por carecer de los elementos, sean éstos cognitivos o volitivos, que le permitan calcular debidamente la relación de costos y beneficios marginales, actuando al final con base en la intuición o el instinto, de suerte tal que, a fin de cuentas, una suerte de irracionalidad eficiente (Ariely, 2008, p. 243) es el elemento estructural de las relaciones entre las personas y del funcionamiento de los mercados (Cusick, 2009, págs. 35 - 36).

De lo anterior se deriva que las causas del consentimiento del sujeto jurídico, es un entramado de respuestas a estímulos condicionados e incondicionados, cuyo origen es extrínseco a dicho sujeto, por lo que sus decisiones y manifestaciones de voluntad no provienen de sí, sino que son generadas desde fuera por fuerzas que son ingobernables, y que anulan, en consecuencia, su libertad, determinándole por vía de estímulos a actuar de una u otra manera.

En conclusión, la causa de la voluntad estaría en los múltiples impulsos a que el sujeto se encuentra expuesto: desde los ambientales y fisiológicos, como el frío o la sed, que pueden ser causa de la voluntad de aceptar una oferta de compraventa de una bebida caliente o de un refresco, hasta los cognitivos y emocionales, como los símbolos de estatus y poder, que pueden determinar la voluntad de adquirir un televisor de ciertas características o un carro.

Ambos, dependiendo de las condiciones en que se generen, podrían configurar vicios del consentimiento como el error o dolo, y serían por lo tanto vicios dirimentes del consentimiento, con la ingrata consecuencia de que la inmensa mayoría de los contratos celebrados en la actualidad serían nulos. Como es evidente, además, esta perspectiva deja de lado la Ley de Propósito propuesta por



Von Ihering, pues queda descartada si la voluntad está a merced de múltiples causas eficientes que actúan sobre el sujeto sin que éste pueda evitarlo.

En el próximo capítulo analizaré las posibilidades que le quedan a la libertad en un entorno parcializado y predispuesto como el descrito.

### **La libertad**

El panorama es oscuro. El sistema jurídico y económico occidental está montado sobre la idea de la libertad y la razonabilidad de las personas. De hecho, “la libertad y la autonomía son cruciales para el bienestar, y la capacidad de elección es crucial para la libertad y la autonomía” (Schwartz, 2005, pág. 104).

Según lo visto en el capítulo anterior, ¿está montado el sistema jurídico-económico sobre una mentira? Hay quienes han creído que sí, de forma absoluta; son los que han preferido ir sistemas en los que la economía – es decir, la asignación de los recursos escasos – es gobernada por el Estado.

Sin embargo, se ha demostrado que el modelo es irrealizable, pues aún en estos sistemas planificados, “la cooperación voluntaria interviene para complementar la planificación central o bien para compensar sus rigideces, unas veces legal, y otras, ilegalmente” (Friedman & Friedman, 1981, pág. 26).

A esto se suma el error filosófico que consiste en desconocer la naturaleza humana y reduciéndola a lo monetario, esperando que, con la sola productividad y sólo con superar los problemas materiales, el ser humano será capaz de alcanzar una libertad esencial que le permita desarrollarse por completo, olvidando la profunda complejidad de las aspiraciones y necesidades humanas (Ratzinger, 2007).

Parte de esta profunda complejidad es la necesidad de satisfacción de la libertad, siendo en el ejercicio de la autonomía de la voluntad, expresada de forma privilegiada en los derechos que configuran la propiedad (utendi, fruendi y ab-utendi), donde el ser humano encuentra el espacio propio de asunción de responsabilidad y, por lo tanto, de realización. Ejercicio que, potenciado por una multitud de interacciones humanas independientes, genera el mercado, que se erige, en consecuencia, como el lugar privilegiado de la búsqueda de esa realización (Peterson, 2017).

La importancia del mercado y su capacidad de abrir espacios de desarrollo del individuo han sido claros desde Roma, al punto de que ésta incorporó el reconocimiento al derecho comercial consuetudinario con la permisión de que el *ius gentium* sirviera de base para conceder acciones por parte del pretor peregrino (Adame, 1996).

Esta individualidad ha sido el motor de desarrollo de Occidente a lo largo de su desarrollo histórico, pues “la moralidad occidental, el comportamiento occidental, por ejemplo, se basa en la asunción de que cada individuo es sagrado” (Peterson, 1999, pág. 208).

Así las cosas, la pregunta por la libertad sigue abierta, pues la estatización de las decisiones económicas no es una respuesta adecuada ante la crisis.

Justamente en este sentido, Luz Carime Ángel ha sostenido que, si bien es necesario que haya una intervención estatal que iguale a los actores económicos débiles (Ángel, 2016, pág. 79), la autonomía de la voluntad, refiriéndose con esa misma expresión a la libertad, se ve amenazada por un exceso de subjetivismo en el desarrollo jurisprudencial que tiende a la constitucionalización del derecho privado, afectando también la seguri-

dad jurídica y el principio de legalidad (Ángel, 2016, pág. 85).

En este mismo sentido Mankiw sostiene que el Estado puede corregir los errores del mercado, a veces, porque, en general, el mercado es el medio más eficiente para asignar los recursos (Mankiw, 2009, pág. 10, 113).

Valga resaltar que, en un sistema jurídico como el nuestro, que concede una importancia fundamental a la división de poderes, la intervención estatal debe hacerse por parte del ente asignatario de tales funciones y de las agencias de control especializadas, de suerte tal que las Cortes sólo pueden apartarse legítimamente del sentido lingüístico de las expresiones normativas – incluyendo las contractuales – en los auténticos casos difíciles, y no en cualquier evento en que el juez considere inmoral una situación jurídica específica (Tamayo, 2008, pág. 10, 35).

Aclarado lo anterior, la idea de Boullard de que se requiere tener un cuidado quirúrgico al establecer los incentivos que afectarán el comportamiento de los agentes de mercado, resulta de una exactitud incontestable. Igualmente, es acertado su temor a la ‘idiotez’ de los legisladores y agentes controladores al tomar medidas que busquen dirigir el comportamiento de corporaciones y consumidores para corregir las fallas de mercado (Bullard, 2010, pág. 57).

Ahora bien, es claro que el derrotero no debe ser cómo lograr que los consumidores tomen estas o aquellas opciones en el mercado, pues esto sería diametralmente opuesto al desarrollo de la voluntad autónoma; debe buscarse, en cambio, la forma de incentivar su libertad, es decir, fortalecer la autonomía de la voluntad del sujeto jurídico que participa en el mercado.

Ya expuse antes cómo esta autonomía se puede dar si y sólo si el sujeto jurídico y

económico es reflexivo – en el entorno conceptual jurídico –, es decir, racional – en el lenguaje propio de la economía –. La cuestión es, por lo tanto, cómo aumentar la reflexividad y la racionalidad del sujeto jurídico que toma el lugar de agente económico consumidor.

Pues bien, un individuo en cuanto ente biofisiológico puede ser movido por causas eficientes, como han mostrado los psicólogos y economistas desde la economía conductual, tanto por condicionamientos emocionales directos, como por atajos cognitivos fundamentados en falsas nociones de la realidad.

Pero también puede ser movido por un propósito, es decir, por una causa final, una expectativa que no se persigue de forma automática, sino a partir de una aptitud reflexiva que, puesta en ejercicio, le permite hacer un análisis de costos y beneficios realmente racional.

Una idea iluminadora al respecto es la de la Pirámide de Necesidades desarrollada por Abraham Maslow, que señala que hay necesidades que deben ser satisfechas en un orden más o menos estructurado, de suerte tal que, si no han sido satisfechas las inferiores, no se comienzan a sentir las superiores (Maslow, 1954, págs. 35 - 58).

Esta pirámide tiene en su base las necesidades fundamentales que están predeterminadas y automatizadas biológicamente en el sujeto, relacionadas con los niveles mínimos de supervivencia del individuo y de la especie. Garantizado eso, el ser humano requiere satisfacer las necesidades de seguridad, luego las sociales, luego las de estima y, finalmente, las de realización personal.

Es de fundamental importancia no perder de vista que estas necesidades implican la existencia de estímulos no condicionados, que pueden ser explotados fácilmente por el mercado para generar estímulos condi-

cionados que generen rentabilidad.

Chiavenato señala que “Los autores conductistas verificaron que el administrador necesita conocer las necesidades humanas para comprender mejor la conducta humana y utilizar la motivación como un medio poderoso para” dirigir los comportamientos (Chiavenato, 2006, pág. 284).

Ahora bien, se tiene claro que los diversos niveles de la pirámide actúan en conjunto, y no de forma lineal como originalmente se planteó; también se sabe que hay personas que dan mayor preponderancia a un nivel que a otro (Chiavenato, 2006, pág. 284).

Esto fuerza a preguntarse de dónde provienen los elementos que se ponen en cada uno de los anaqueles de la pirámide, y cuáles son los factores que determinan la importancia relativa asignada a cada nivel.

Teniendo en cuenta la necesidad de generar atajos afectivos y cognitivos y la posibilidad de condicionar a quienes participan en el mercado, se hace evidente que la pirámide puede ser distorsionada al generar, publicitariamente, estímulos condicionados anclados a uno de los dos tipos de atajo.

Piénsese, por ejemplo, en publicidades clásicas como las de Coca-Cola, con San Nicolás o los osos polares reforzando las emociones positivas que aumentan la percepción de los beneficios de consumir la gaseosa, y disminuye la percepción de los riesgos médicos que puede llegar a tener (de Córdoba, 2014). Hay una vinculación emocional en este caso, que logra que la Coca-Cola se ubique en el nivel de necesidades sociales y de estima.

De otro lado, en la publicidad política, uno se encuentra con la reafirmación constante de posiciones que generan atajos cognitivos, que luego van a influenciar el voto de las personas. Por ejemplo, tal candidato es socialista y, de ganar, ahorcará al mercado,

por lo que caeremos en una recesión que nos llevará a ser como tal otro país en el que la alimentación y la seguridad son necesidades constantemente insatisfechas. Del otro lado se escuchan cosas tales como que tal candidato no tiene experiencia, y representa que todos estemos en peligro porque estaremos expuestos a crímenes de estado, a lo que se suma que mantendrá a los pobres sumidos en la pobreza, por lo que - de nuevo - las necesidades primarias, es decir, las fisiológicas y de seguridad, estarán crónicamente insatisfechas si ese candidato gana.

Claro que es válido hacer ese tipo de afirmaciones si tienen fundamento, y por supuesto que pueden ser o no verídicas, el punto es que, recalcado el raciocinio, basta luego con decir que este candidato es tal o cual cosa, para generar un impacto en la voluntad, que lleve a votar irreflexivamente por o contra el uno o por o contra el otro.

Lo que hay detrás, es una pirámide de necesidades cuya percepción ha sido alterada, una pirámide distorsionada. Incluso, pueden llegarse a identificar marcas o productos que en ciertos entornos parecen satisfacer cada nivel (ver figura 1).

Estos productos pueden ser positivos y, en efecto, pueden satisfacer la necesidad en donde se les ubica, o alguna otra. Sin embargo, situaciones en que la satisfacción está atada a marcas o en las que a un sujeto le resulta imposible sustituir un producto por otro que puede satisfacer en los mismos términos, o que llegue a sacrificar la satisfacción de necesidades fundamentales para llenar otras que son menos importantes, como quien, teniendo obligaciones y necesidades urgentes, se endeuda para hacer turismo o para comprar un automóvil o un teléfono celular de alta gama, hacen patente la distorsión de la pirámide que puede llegar a causar la publicidad. Y es que, “un objetivo puede tener dos senti-

dos para el individuo. Primero, tiene su sentido intrínseco y, segundo, puede tener también un valor indirecto, simbólico” (Maslow, 1954, pág. 106).

No es necesario abundar en más detalles al respecto. En estos casos, basta mirar con detenimiento el iter contractus para evidenciar que no hay una reflexividad en la manifestación de la voluntad por parte del sujeto jurídico que contrata.

Y se corrobora plenamente lo dicho por Chiavenato en el sentido de que a partir del conductismo se puede sacar provecho de esta estructuración funcional de las personas. Esto no deja de ser curioso, considerando que Maslow y los humanistas en general han buscado desarrollar una explicación de la voluntad humana que tome en cuenta la libertad —la voluntad autónoma— para alejarse, justamente, de las visiones deterministas del conductismo y del psicoanálisis freudiano.

Queda planteada entonces la cuestión de por qué el conductismo es capaz de ab-

sorber a la teoría de la personalidad de Maslow y usarla como herramienta de administración y mercadotecnia para impulsar la celebración de negocios jurídicos sobre la base de voluntades irreflexivas. Al respecto, vale la pena considerar el papel del estoicismo romano —esto es, el posterior a Cicerón— en la forma jurídica de considerar la voluntad autónoma, así como la tendencia humana al comportamiento gregario.

En primer lugar, ya en el siglo I a. C. Cicerón propuso un listado de necesidades intrínsecas del ser humano, cuyo contenido esencial es el mismo propuesto dos mil años después por Maslow. Las necesidades propuestas por Cicerón, además, deben entenderse en su calidad de punto de contacto entre la filosofía estoica y el derecho romano (Trujillo, 2015, p. 24), y como fruto de la constatación experiencial de que el hombre tiene un núcleo de libertad reducido rodeado por un maremágnum de estímulos, predisposiciones, sesgos, atajos cognitivos y re-

Figura 1. Pirámide de necesidades con ejemplos de incorporación heterónoma.



Nota. Fuente: Elaboración propia.

stricciones por cuenta del poder de terceros, que será lo que Epicteto articule después en términos de que “hay cosas que están bajo nuestro control y cosas que están más allá de nuestro control” (Epicteto, 1891, p. 215).

Esto permite comprender por qué la discusión entre compatibilismo e incompatibilismo se ha desarrollado al margen del derecho: el derecho occidental supone y requiere la existencia de al menos un núcleo de voluntad libre, y habiendo constatado las restricciones al mismo, asumió desde hace más de dos milenios una perspectiva que considera que la libertad del agente y las restricciones determinantes conviven, entendiendo la libertad humana en términos de una causalidad vertical, en la que el núcleo de autonomía donde el agente es origen de su conducta es causa actualizante, no lineal sino jerárquica, de las potencias que se le presentan en forma de disyuntivas (Copleston, 2014, p. 101), de donde se sigue que nuestros sistemas jurídico y económico se derivan de una asunción metafísica colectivamente colegida a partir de la simbolización arquetípica, en la que se admite que en un mundo físicamente determinista hay un núcleo de libertad interior en el sujeto humano, con un espectro de influencia variable según se le preste atención o no a lo que está bajo el propio control (Epicteto & T., 1891, p. 215), bastando con un control orientativo, al menos para efectos del derecho de contratos, en el que no se predica culpabilidad respecto de la conducta, y se admiten grados de capacidad que coinciden con la posible variación del alcance del propio control (Wolf, 1990, p. 87).

En segundo lugar, el ser humano tiende a comportarse de forma colectiva (Burkus, 2018, p. 212), hasta el punto de que en algunos mercados resulta prescindible el comportamiento racional individual, importando,

para que se genere la irracionalidad eficiente antes mencionada, únicamente que los agentes de ese mercado particular sean suficientemente numerosos (Gulko, 2005).

Esta tendencia al comportamiento colectivo irracionalmente eficiente es de naturaleza impersonal en el sentido de que es compartido por todos los seres humanos como fruto de su proceso evolutivo, y su función es transducir los estímulos provenientes de objetos trascendentales en símbolos más o menos abstractos susceptibles de ser percibidos, dando lugar a contenidos psíquicos inconscientes compartidos, potencialmente articulables por la razón y sólo hasta cierto punto (Jung, 1970, p. loc. 8844.0).

De esta suerte, las necesidades íntimas de que hablan Maslow y Cicerón están en el inconsciente individual y colectivo, desde donde se pueden convertir fácilmente en actos y actitudes reflejos a partir de los estímulos condicionados que imprima el publicista o de estímulos naturales que aprenda a controlar inculcando falsas nociones de la realidad, cayendo en lo que Gómez Dávila denunciaba al señalar que “las representaciones colectivas son, hoy, opiniones que los medios de propaganda imponen” (Gómez, 2001, p. 33).

En efecto, el sistema 1 del que habla Kahneman no es sólo un sistema que toma decisiones rápidas, sino también uno capaz de generar tal impacto en la conciencia, que logra mantener a la voluntad orientada en el mismo sentido, aunque se evidencie luego que la opción tomada es irracional (Kahneman, 2011, pág. Loc. 49).

Este sistema funciona así, porque el cerebro humano ha evolucionado de tal manera que sólo puede enfocar puntos muy específicos de información; en consecuencia, todo aquello que no es objeto cogitativamente percibido, sino fondo (Husserl, 1962, pág.

199), se deja de lado, pues nuestra memoria de trabajo alcanza sólo para procesar una pequeña fracción de la realidad a la vez, y es altamente susceptible de ser redirigida por procesos inconscientes —atención automática— que responden a estímulos ambientales ajenos e, incluso, contrarios a la elección autónoma del sujeto constituida —atención controlada— (Allen, 2019).

Esta limitada capacidad de procesamiento hace que al sujeto le interesen sólo los medios para satisfacer sus necesidades y los obstáculos que se interponen en dicha satisfacción, todo lo demás queda cognitivamente anulado, dada la urgencia de simplificar la realidad para poder interpretarla, asumirla y sobrevivir en ella (Peterson, 2018, pág. Loc. 4859 y 4862).

Esto justifica o, por lo menos, explica la actuación del sistema 1 a través de atajos que facilitan la toma de decisiones o a través de la simple reacción emocional, incluso con raciocinios desarrollados a posteriori, que dan coherencia narrativa a la decisión tomada (Taleb, 2008, pág. 115).

Sin embargo, ante el flagrante riesgo de manipulación que esto conlleva, es necesario preguntarse, como hace Boullard, por la forma de incentivar la dejación de la actuación condicionada para crecer hacia una actuación reflexiva y racional.

Al respecto, Carl Rogers, ha expuesto cómo en su práctica clínica encontró y corroboró constantemente que, a diferencia de lo que sostenía el freudianismo, lo más interior del ser humano, es esencialmente positivo, social, racional, realista y en constante búsqueda de crecimiento y mejora (Rogers, 1961, pág. 91).

Pero esa interioridad requiere ser buscada y descubierta, ya que, en la mayoría de los casos, el contacto con ella se pierde por la

introyección de expectativas ajenas al individuo (Rogers, 1961, pág. 114). En ese mismo sentido opera el principio de individuación de la psicología analítica, que se define como

el proceso que engendra un «individuo» psicológico, es decir, una unidad aparte, indivisible, un Todo. (...) por individualidad entendemos nuestra peculiaridad más interna, última e incomparable, llegar a ser uno Mismo. Por ello se podría traducir «individuación» también por «mismación» o «autorrealización» (Jung, 2002, pág. 477 y 478).

Como se ve, esta perspectiva abre la puerta a que el individuo, al “descubrir” quién es, no tenga que estar sujeto a las predisposiciones que la publicidad descubre, construye y explota para hacerlo celebrar contratos que no se basan en manifestaciones de voluntad reflexiva.

La individuación implica, por lo tanto, la posibilidad de que la pirámide de necesidades no sea “hetero-construida” sino “auto-construida” o incluso, “descubierta” o hecha consciente en su más profunda genuinidad.

Hecho esto, el sujeto jurídico se podría percibir en su relación de Ser-Llegar a Ser, que a nivel simbólico equivale, justamente, al paso entre la consciencia y la auto consciencia (Peterson, 1999, pág. 230), lo que, al menos en su sentido estrictamente lingüístico, se equipara a la transformación del homo sapiens en el homo sapiens sapiens, y psicológica y jurídicamente significa el logro de la capacidad reflexiva, en la medida en que este proceso le permite al individuo identificar y elegir con libertad, con autonomía, los propósitos a tomar como causas finales de sus movimientos volitivos.

Esta condición de autoconocimiento, tanto en sí como en su relación única con el

entorno, en la medida en que da claridad de propósito al sujeto jurídico, le permiten, en cuanto agente económico, hacer análisis de costos y beneficios realmente marginales, toda vez que sólo entonces tendrá la capacidad de determinar cuáles medidas —cuáles negocios jurídicos— le servirán y en qué proporción relativa, para la consecución de esas causas finales hacia las que su voluntad libre y autónoma se dirige y actúa.

Como consecuencia de lo expuesto, el camino de fortalecimiento de la voluntad privada, y de recuperación de la reflexividad del sujeto jurídico y de la racionalidad del mismo en cuanto agente económico, debe partir de la determinación de los incentivos correctos que, sin desconocer las predisposiciones dadas, muevan a los individuos a llevar a cabo procesos serios de introspección e individuación que les permitan apartarse — en el sentido de tomar distancia cognitiva — eficazmente de sus actos y actitudes reflejos, para tomar decisiones auténticamente libres, autónomas, reflexivas y racionales.

Corresponde al análisis económico preguntarse cuáles deben ser las modificaciones al sistema jurídico y cuál el sistema de incentivos adecuado para lograr semejante cometido, lo que en últimas implica la exigencia radical de que el derecho y la economía presten cuidadosa atención a lo que la psicología tiene que decir respecto de la conducta humana y de las formas en que tal conducta puede madurar hasta el punto de ser realmente autónoma.

Es, pues, urgente, que los programas de derecho, economía y psicología entablen diálogos inter y transdisciplinarios con miras a una comprensión integral y multipolar de la voluntad humana, con el fin de hacer propuestas pertinentes y realistas que tiendan al fortalecimiento efectivo de la libertad y la autonomía.

## Conclusiones

La crisis de la autonomía de la voluntad en el derecho y el determinismo de la economía conductual pueden ser trascendidos al poner en diálogo la causa contractual, en cuanto elemento esencial de los negocios jurídicos, con elementos teóricos propios de la psicología humanista y de la psicología analítica. Esto ha permitido proponer un marco conceptual compatibilista de base estoica-romana, en el que la racionalidad de los agentes económicos y la reflexividad de los sujetos jurídicos, puedan comprenderse como expresiones de la autonomía de la voluntad de cada sujeto, sin desconocer los elementos que restringen su ejercicio, ni la necesidad de individuación que posibilita su ejercicio.

A su vez, esto ha permitido inferir que, si bien puede ser adecuado que el Estado intervenga directamente en las relaciones masificadas de consumo, esto puede convertirse en un paternalismo que elimina la autonomía de la voluntad, por lo que es crucial que las políticas públicas del Estado no se orienten sólo por visiones deterministas con base exclusiva en la estadística aplicada, sino que procuren incentivar la realización de procesos de individuación, con el fin de maximizar las posibilidades de actuación racional y autónoma de sus ciudadanos. De esta manera, se ha dado cumplimiento al objetivo planteado al comienzo de este trabajo.

De otro lado, este ensayo permite enfatizar la necesidad de investigaciones transdisciplinarias, en las que se tengan en cuenta constructos de orígenes diversos, con el fin de generar puentes de comunicación y diálogos rigurosos entre distintos saberes y diferentes posiciones estructuradas desde la complejidad, y proponer soluciones con menos restricciones disciplinares y mayor

universalidad y eficacia. Esto, sin duda, entraña riesgos, pues integrar conocimientos divergentes con el fin de transversalizar a ellos la realidad a la que los mismos se aplican, expone a las críticas especializadas desde cada uno de los saberes integrados; sin embargo, la construcción de vías de comunicación entre disciplinas y el análisis de lo que yace en las fronteras que separan a los saberes, puede generar una riqueza inconmensurable de cuestiones, problemas, respuestas y perspectivas.

Considerado lo anterior, vale la pena plantear aquí algunos derroteros de investigación. En derecho, sería de gran interés la incorporación, tanto en la teoría del negocio jurídico como en la teoría del delito, del debate entre compatibilistas e incompatibilistas respecto del problema de la voluntad libre, y sus consecuencias respecto de los regímenes de responsabilidad tanto penal como civil. En derecho administrativo podría partirse de este mismo debate, para plantear la pregunta sobre la racionalidad del Estado y la legitimidad de sus intervenciones en el mercado. El concepto de orden espontáneo de la escuela austriaca de economía propuesto por Hayek podría plantearse como irracionalidad eficiente para oponerlo a la idea de Hegel sobre el Estado como expresión de racionalidad, y poner a prueba los límites de cada una de las propuestas e, incluso, integrar por esa vía el debate entre compatibilismo e incompatibilismo en el pensamiento económico. En psicología, podría ser de interés plantear que, considerando la evidencia clínica del enfoque cognitivo conductual, procure integrar los conceptos de la psicología analítica en la construcción de una teoría de la personalidad que, a su vez, pueda servir de base para posteriores estudios tanto clínicos como sociales. Por ejemplo, la opinión de sí mismo de Adler y la mismación de Jung, entendidos a partir

de la activación conductual y de las creencias nucleares, podría arrojar preguntas y propuestas interesantes para la comprensión de fenómenos como la corrupción, la ineficacia normativa y la ineficiencia de la administración pública.

Finalmente, vale la pena considerar que la posición del incompatibilismo determinista sostiene sus posiciones desde el positivismo de Mill y Comte, negando el valor de la experiencia humana que, aunque no es demostrable positivamente, sí lo es a partir de formas diferentes de conocer, que no pueden ser desechadas como irracionales por no encuadrar en el positivismo, como si la demostración positiva fuera la única vía de conocimiento. Por su parte, el compatibilismo es tan antiguo como la cultura occidental, aunque durante siglos careció de ese nombre, habiéndose articulado por primera vez en la Roma preclásica a través del pensamiento de los juristas estoicos, y permaneciendo activo hoy en día en nuestras prácticas terapéuticas contemporáneas, como la de aceptación y compromiso, que lo presuponen y constatan su validez porque sus efectos prácticos son evidentes. También podrían plantearse líneas de investigación filosóficas que recuperen el diálogo entre filosofía y derecho, retomando la versión del pensamiento filosófico propio de la República romana.

## Referencias

- Adame, J. (1996). El ius gentium como derecho mercantil internacional. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*(52), 425-439. <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24484873e.1986.56.2209>
- Allen, R. (2019). Prioritizing targets and minimizing distraction within limited capacity working memory. *Journal of Cognition*. DOI: 10.5334/joc.75
- Ángel, L. C. (2016). Autonomía de la voluntad, ¿decadencia o auge? *Revista Verba Iuris*(36), 71-91. <https://doi.org/10.18041/0121-3474/>



- verbaiuris.36.1015
- Amen, Daniel. [Talks at Google] (2017). 3 de enero de 2017. *Daniel Amen's: "The Brain's Warrior Way | Talks at Google"*. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=DXLwPSIDaAo>
- Ariely, D. (2008). *Predictably irrational*. Harper Collins.
- Arrubla, J. A. (1994). *Contratos mercantiles Tomo I*. Biblioteca Jurídica Diké.
- Avigad, J. (2018). Principia: is it possible that, in the new millennium, the mathematical method is no longer fundamental to philosophy? *AEON*. <https://aeon.co/essays/does-philosophy-still-need-mathematics-and-vice-versa>
- Bernal, M. (2006). La Transformación de la Causa en el Derecho de Contratos Francés. *Universitas (111)*, 227 - 243. <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/14666>
- Bullard, A. (2010). ¿Es el consumidor un idiota? El falso dilema entre el consumidor razonable y el consumidor ordinario. *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual(10)*, 5-58. <https://revistas.indecopi.gob.pe/index.php/rcpi/article/view/76>
- Bullard, A. (2015). Análisis económico del derecho. In J. L. Fabra, & Á. Núñez, *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho, Vol I*. (pp. 737-766). Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Bullard, A. (2018). *Análisis económico del derecho*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Burkus, D. (2018). *Friend of a Friend*. Houghton Mifflin Harcourt.
- Caballero, N., & Ortega, J. S. (2014). La teoría de la causa en la jurisprudencia comparada: ¿instrumento de protección de la coherencia contractual vigente o en vía de extinción? Breve recuento histórico de la teoría de la causa y perspectivas a futuro. *Revista de Derecho Privado(52)*, 1-33. <http://hdl.handle.net/1992/47678>
- Chiavenato, I. (2006). *Introducción a la Teoría General de la Administración*. Mc-Graw-Hill Interamericana.
- Coase, R. (1960). The problem of social cost. *The journal of law and economics (Vol. 3)*. <https://www.law.uchicago.edu/files/file/coase-problem.pdf>
- Copleston, F. (2014). *El pensamiento de santo Tomás*. Fondo de Cultura Económica.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-341 de 2003. (M. P. Jaime Araújo Rentería, mayo 3 de 2003).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-186 de 2011. (M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, marzo 16 de 2011).
- Cusick, W. (2009). *All Customers are Irrational: understanding what they think, what they feel, and what keeps them coming back*. American Management Association.
- Darley, J., & Gromet, D. (2010). The psychology of punishment: intuition and reason, retribution and restoration. In R. Bobocel, A. Kay, M. Zanna, & J. Olson, *They psychology of justice and legitimacy: the Ontario Symposium, Vol 11*. (pp. 229-250). Psychology Press.
- de Córdoba, F. (2014). *La verdadera historia detrás de Papá Noel*. Coca-Cola. <https://www.cocacolaespana.es/historias/historia-papa-noel>
- Dualde, J. (1949). *Concepto de la Causa de los Contratos*. Bosch, Casa Editorial.
- Epicteto, & T., W. (1891). *The works of Epictetus Vol II*. Little Brown and Company.
- Fisher, J. M., Kane, R., Pereboom, D., & Vargas, M. (2007). *For views on free will*. Blackwell Publishing.
- Friedman, M., & Friedman, R. (1981). *Libertad de Elegir*. Ediciones Grijalbo S. A.
- Gómez, N. (2001). *Escolios a un texto implícito-Selección*. Villegas Editores.
- Gulko, L. (2005). Efficient irrational markets. *The Journal of Portfolio Management, 31(2)*, 64-72. <https://doi.org/10.3905/jpm.2005.470579>
- Hanson, J., & Kysar, D. (1999). Taking Behavioralism Seriously: The Problem of Market Manipulation. *N. Y. U. Law Review, 632-749*. <https://doi.org/10.2307/1342413>
- Hinestrosa, F. (2007). *Tratado de las Obligaciones*. Universidad Externado de Colombia.
- Hinestrosa, F. (2014). Función, límites y cargas de la autonomía privada. *Revista de derecho privado, 26(1)*. <http://www.scielo.org.co/pdf/rdp/n26/n26a01.pdf>
- Hinestrosa, F. (2015). *Trato de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico (Vol. I)*. Universidad Externado de Colombia.
- Husserl, E. (1962). *Ideas relativas a una fenomenología pura y una filosofía fenomenológica*. Fondo de Cultura Económica.
- Jung, C. G. (1970). *The Collected Works of C.G. Jung (Vol. 9)*. Princeton University Press.
- Jung, C. G. (2002). *Recuerdos, sueños, pensamientos*.

- Editorial Seix Barral S.A.
- Kahneman, D. (2011). *Pensar rápido, pensar despacio*. Editorial Debate.
- Kysar, D. (2003). The Expectations of Consumers. *Faculty Scholarship Series, 103*, 1701 - 1790. [https://scholarship.law.cornell.edu/lrsp\\_papers/32/](https://scholarship.law.cornell.edu/lrsp_papers/32/)
- Mankiw, G. (2009). *Principios de Economía*. Cengage Learning Editores S.A.
- Maslow, A. (1954). *Motivation and Personality*. Harper & Row Publishers Inc.
- McKeena, M., & Coates, J. (2019). Compatibilism. *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. <https://plato.stanford.edu/entries/compatibilism/>
- Mill, J. S. (2005). *August Comte and Positivism*. Project Gutenberg. <https://library.um.edu.mo/ebooks/b21819853.pdf>
- Morales, J. J. (2010). *Derecho económico constitucional colombiano*. Ediciones Doctrina y Ley - Universidad Católica de Colombia.
- Mosterín, J. (2018). *Lo mejor posible*. Editorial Alianza.
- Ortega, D. L. (2020). *La autonomía de la voluntad como derecho constitucional y cláusulas abusivas como parte de la asimetría informativa del consumidor en el Perú*. Universidad Nacional "Santiago Antúnez de Mayolo".
- Ospina, G. (2008). *Régimen General de las Obligaciones*. Editorial Temis S.A.
- Ospina, G., & Ospina, E. (2005). *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*. Editorial Temis S.A.
- Peterson, J. (1999). *Maps of Meaning: The Architecture of Believe*. Routledge.
- Peterson, Jordan. [El Libertoso] (2017). Postmodernismo / Libretad de expresión – Parte 2. 25 de julio de 2017. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=xtsHHapxxd0>
- Peterson, J. (2018). *12 Rules for Life*. Penguin Random House Canada.
- Pinar, O., Joice, I., & Mylenko, N. (2011). *Consumer protection laws and regulations in deposit and loan services. Policy research working paper 5536*. The World Bank. <https://www.cgap.org/sites/default/files/CGAP-Consumer-Protection-Laws-and-Regulations-in-Deposit-and-Loan-Services-Jan-2011.pdf>
- Posner, R. (2007). *El Análisis Económico del Derecho*. Fondo de Cultura Económica.
- Ratzinger, J. (2007). *Spe Salvi*. Vaticano.
- Real Academia Española. (2019). Disponible en: <https://dle.rae.es/>
- Rodríguez, M. (2015). *Responsabilidad bancaria frente al phishing*. Universidad Nacional de Colombia. <https://repositorio.unal.edu.co/handle/unal/57088>
- Rogers, C. (1961). *On Becoming a Person*. Houghton Mifflin Company - Boston.
- Sáiz, M., & Valldeneu, A. (2009). Los Umbrales de la Psicología Científica. En M. Sáiz, *Historia de la Psicología* (pp. 23 - 54). Editorial UOC.
- Schwartz, B. (2005). *The Paradox of Choice*. Harper Collins Publishers L. L. C.
- Soro, O. (2016). *El principio de la autonomía de la voluntad privada en la contratación. génesis y contenido actual*. Editorial Reus S.A.
- Tale, C. (1993). La Clasificación de las Fuentes de las Obligaciones. *Revista Notarial, 66(2)*, 1-65. Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba. <http://escribanos.org.ar/rnotarial/wp-content/uploads/2015/07/RNCba-66-1993-03-Doctrina.pdf>
- Taleb, N. N. (2008). *El Cisne Negro*. Ediciones Paidós Ibérica S. A. .
- Tamayo, J. (2008). *Al rescate de la pureza del derecho*. [www.eleccionvisible.com](http://www.eleccionvisible.com).
- Thaler, R., & Sunstein, C. (2008). *Nudge: improving decisions about health, wealth and happiness*. Yale University Press.
- Trujillo, I. (2015). Iusnaturalismo tradicional clásico, medieval e ilustrado. In J. L. Fabra, & Á. Núñez, *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho, Vol I* (pp. 3-35). Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones jurídicas. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3875/4.pdf>
- Villacorta, L. (2015). *Principio de igualdad y Estado Social: apuntes para una relación sistemática*. Editorial Santander - Universidad de Cantabria.
- Von Ihering, R. (1913). *Law as a Means to an End*. The Boston Book Company.
- Walker Wilson, Molly J. (2010). *Behavioral decision theory and implications for the Supreme Court's campaign finance jurisprudence*. Saint Louis University School of Law.
- Wolf, S. (1990). *Freedom Within Reason*. Oxford University Press.