

UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO

FUNDAMENTO OBLIGATORIO DEL
CONTRATO

Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

JOSÉ MANUEL MONDACA BARRA

Profesor Guía: Carlos Ruiz Schneider.

Santiago, Chile 2007

TABLA DE CONTENIDOS

	Página
INTRODUCCION.	3
CAPÍTULO I: EL ORIGEN DE LA OBLIGACIÓN JURÍDICA.....	6
1.1 Concepto de Obligación.....	6
1.2 El Contrato como Fuente de la Obligación.....	9
1.3 La Obligación según Hart.....	14
1.4 La Obligación como Relación entre Personas.....	24
CAPÍTULO II: LA JUSTICIA.....	31
2.1 ARISTÓTELES.....	31
2.2 TOMÁS DE AQUINO.....	43
2.3 TOMÁS DE MERCADO.....	54
2.4 ADAM SMITH.....	65
2.5 REINHARD ZIMMERMANN.....	75
CAPÍTULO III: LA LIBERTAD.....	83
3.1 INMANUEL KANT.....	83
3.2 CHARLES FRIED.....	101
CONCLUSIÓN.....	113
BIBLIOGRAFÍA.....	123

INTRODUCCION.

El fundamento obligatorio del contrato apunta a responder a la pregunta de por qué los contratos obligan.

Como primera aproximación se podría señalar que el artículo 1545 del Código Civil Chileno establece que “todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”. De dicho precepto legal se desprende que los contratos obligan porque así se ha señalado por parte del legislador. Sin embargo, este fundamento formal es importante pero no suficiente para explicar el problema de la vinculación de las instituciones jurídicas, más particularmente del contrato, ya que se pretendería separar los argumentos estrictamente jurídicos de los fundamentos morales que subyacen en todas las estructuras sociales, y por ende, también en el derecho.

La doctrina jurídica del contrato se complementa con distintos principios reguladores que a lo largo de la historia han sido fundantes de diversas manifestaciones culturales que han permitido justificar los contratos, siendo ellos a saber, entre otros:

- a. La Justicia.
- b. La Libertad.

Respecto a la Justicia, el contrato es entendido como una expresión de intercambio y como tal, obliga en tanto es justo, o bien, es el resultado de la generosidad como ocurriría en las donaciones, por lo tanto, los contratos o son una expresión de justicia o son una expresión de liberalidad.

En lo que corresponde a los contratos onerosos, esta tradición ha puesto énfasis en el “Precio Justo”.

Respecto a la Libertad, el contrato obliga porque detrás de él existe una promesa la cual tiene un valor moral vinculante, es decir, existe un deber moral de cumplir las promesas cuando son libremente convenidas, exentas de todo vicio en el consentimiento.

En general, el derecho al ser pragmático adquiere especial importancia el formalismo (llamado también positivismo por la doctrina jurídica) pero estas ideas actúan como principios orientadores de los contratos, lo cual significa que sirven para dar curso a argumentaciones teórico-filosóficas que en ningún caso pretenden llegar a ser excluyentes el uno del otro. Los principios sirven para corregir las desviaciones de las instituciones frente a casos extremos, por lo tanto, hay que atender a circunstancias especiales para ver cual de ellos pesa más.

Este es el tema central que pretendo explicar en el presente trabajo de investigación y para ello será necesario analizar a los distintos autores que se enmarcan dentro de una determinada corriente para luego centrarme en que para

lograr explicar la obligatoriedad del contrato es fundamental complementar estos principios y no considerar que son excluyentes. Así, de esta forma, se podrá tener una visión más acabada de esta institución jurídica que es la base del derecho civil, más todavía, del derecho en general.

CAPÍTULO I: EL ORIGEN DE LA OBLIGACIÓN JURÍDICA

1.1 Concepto de Obligación.

Siguiendo la costumbre de los juristas, comenzaré con un ejemplo imaginario: dos seres humanos, que no han tenido contacto con anterioridad de manera directa o de un modo determinable, se encuentran casualmente en un lugar solitario, no sometido al dominio de nadie, por ejemplo, en alta mar. Constatan que disponen de objetos susceptibles de intercambio y acuerdan una permuta, por ejemplo, de oro a cambio de instrumentos náuticos. Una vez ejecutado el negocio, uno de los seres humanos comprueba que el otro no dispone de armas. Inmediatamente le quita al otro lo entregado con un gesto mostrando su armamento, y se aleja con el oro y los instrumentos náuticos. ¿Sucede esto en contra de una obligación existente, o, como también se dirá en lo que sigue, en contra de un deber existente?¹.

Para poder contestar esta pregunta, aquí se comenzará con algunas consideraciones acerca de qué es lo que ha de entenderse por obligación o deber. La obligación aquí no está entendida como la coacción a la que está expuesto un individuo que en una determinada situación debe hacer algo para maximizar su

¹JAKOBS, Gunther. “Sobre la Génesis de la Obligación Jurídica”. Seminario de Derecho Penal, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad del Litoral. Santa Fe, 18 de agosto de 2000, P. 5

satisfacción o minimizar su insatisfacción. Diciéndolo con ejemplos, ni la tormenta crea la obligación de abrir el paraguas, ni la pistola del ladrón la obligación de entregar cosas de valor. Obtener una conducta por coacción y poder vincular mediante una obligación de realizar un comportamiento, son dos cosas distintas.

Por el contrario, aquí se hablará de obligación cuando se espera de una persona un determinado comportamiento sin que se tenga en cuenta la constitución del individuo, dicho de otro modo, cuando la ordenación de la conducta no es descrita en función del esquema satisfacción/insatisfacción, sino de acuerdo con un esquema distinto, un esquema del deber, que si bien no contradice necesariamente el esquema satisfacción/insatisfacción, si lo hace en supuestos individuales. Desde la perspectiva del esquema de deber, la pregunta que entonces se impone, acerca de cómo siquiera podrá producirse un comportamiento de determinada configuración sin encontrar una condición suficiente en el esquema satisfacción/insatisfacción, es contestada afirmando que es asunto de la persona misma procurarse las condiciones de esa configuración; cuando la persona no logra una acción debida o ejecuta una acción indebida, ello le es imputado como defecto. Dicho con un ejemplo: cuando se discute si resulta aconsejable que un científico, después de un experimento fracasado, opte sencillamente por falsear los datos, por un lado, puede analizarse la situación de motivación del científico, en particular, determinar si no sucede que el daño que se

producirá en caso de descubrirse el falseamiento resultaría tan masivo que en términos de balance no puede alcanzarse una ventaja. Por otro lado, sin embargo, también se puede argumentar que todo parezca ser propicio para el falseamiento, un científico debe omitirlo, pues éste queda definido por el intento de comunicar algo cierto, o al menos plausible, en todo caso, por no mentir, mientras que no forma parte de su figura la maximización de bienes de fortuna. Esta segunda valoración de la situación, que parte del rol de un científico, se fundamenta en una obligación del científico, precisamente, en la configuración de su rol que no tiene en cuenta los intereses individuales.

También ha de limitarse este ámbito restante de orden normativo en sentido estricto: en lo que sigue, quedan aquí excluidos todos los deberes religiosos. Por ejemplo, que los dos permutantes en el ejemplo mencionado al principio puedan estar obligados a la fraternidad en cuanto criaturas de un creador, queda fuera de consideración. Además, tampoco se tendrán en cuenta las configuraciones secularizadas de tales deberes religiosos, es decir, los deberes contra uno mismo. Por lo tanto, en lo que sigue únicamente se tratarán los deberes de una persona frente a otra, debiéndose representar los intervinientes como no constituidos religiosamente. A efectos de delimitación, puede hablarse de deberes sociales.

1.2 El Contrato como Fuente de la Obligación.

Deber social es la denominación para la relación entre un obligado y un derechohabiente. En esta relación no es necesario que el titular sea el favorecido; así, puede suceder que alguien tenga frente a otro el deber de favorecer a un tercero, por ejemplo, un súbdito frente a un señor el deber de favorecer a otro súbdito. Sin embargo, en el ejemplo mencionado al principio no hay ningún tercero, de modo que cabe concretar la cuestión a resolver en los siguientes términos: ¿tiene *uno* un deber específico frente al *otro* de dejarle la cosa que le ha dado en permuta, es decir, de respetarle como propietario? Dicho de otro modo, ha de poder mostrarse un orden en cuanto orden determinante mediante el cual el *otro* sea definido como propietario y *uno* como sujeto que respeta esto. Parece sencillo mostrar tal orden: tanto el *uno* como el *otro* han querido la permuta y la han ejecutado, es decir, han elegido un orden en el que cada uno de ellos ha de quedar como propietario de la cosa obtenida en la permuta y perder la propiedad de la cosa entregada.

Esta constatación, que a primera vista parece clara, sin embargo no lo es tan tajante, en cuanto se formula claramente que la voluntad de los permutantes es un hecho psíquico, que, precisamente, al ser un hecho, viene y va, y que una vez que se ha ido, como sucede en el caso de uno de los seres humanos, después de que se descubriera que el otro estaba desarmado, ya no puede tener efecto alguno.

Sin embargo, el argumento de que lo que sucede es que la voluntad de permutar habría finalizado podría quedar neutralizado precisamente por la conclusión de la permuta: pues la permuta consistía justamente en sustituir la indeterminación de la voluntad futura por la determinación de una atribución de los objetos, dicho de otro modo, se pretendía que únicamente fuera determinable la distribución de los bienes acordada en la permuta, y no lo que se quisiera en el futuro. Pero tan indudable como resulta que éste es el contenido de la permuta, tan dudoso es por qué vincula ese contenido en una permuta llevada a cabo bajo las condiciones descritas.

“Si se busca una razón de la obligación, el deber, parece ofrecerse en primer lugar como criterio determinante la autorrepresentación de los intervinientes, especialmente de *uno* de ellos, que no quiere ser coherente: él mismo se ha comportado como permutante, y por lo tanto, debe quedar vinculado a ello. Este camino, sin embargo, no conduce a la meta: pues ese *uno* de ningún modo negará haberse comportado de ese modo, pero sí que ese episodio del pasado le atañe en algo: la voluntad vinculante es la voluntad de ayer”². El resultado de esta perspectiva del individuo hacia la sociedad (formulado con claridad por primera vez por Hume) se corresponde con el de una perspectiva de la sociedad hacia el individuo: Durkheim fue el primero en elaborar con toda claridad los presupuestos

² *Ibíd.* P. 7

no contractuales, sino institucionales del contrato, llegando a la conclusión de que “el contrato no se basta así mismo: tan solo es posible gracias a una reglamentación del contrato que es de origen social. El contrato presupone tal reglamentación, puesto que tiene mucho más la función de aplicar reglas generales, fijadas con anterioridad, a casos individuales, que la de crear reglas nuevas”³

Sin embargo, la pregunta que surge es ¿de dónde ha de tomarse ese deber que ninguna sociedad puede vivir sin él? Bien, pero el sujeto despojado, aislado, no constituye una sociedad. Ciertamente, el *uno* ha afirmado con la permuta antes realizada una institución social, una institución que no ordena nada, es decir, que no es tal institución si puede verse seguida inmediatamente del robo; por lo tanto, la permuta y el robo se encuentran en dos mundos distintos, la primera en un mundo social, el segundo en el mundo del individuo aislado que roba. Quien lleva a cabo una permuta, afirma un mundo social. Pero en el ejemplo, este mundo social sólo existe porque ambos intervinientes en la permuta lo esbozan mediante el acto de la permuta. Así, ninguna socialidad se compone de dos personas, pues entonces, la desvinculación de una de las personas ya no puede ser concebida comunicativamente como defecto.

³ DURKHEIM, “Sobre la División del Trabajo Social”, 1988, Pp. 256 y ss

Así, también en caso de intervenir más de dos individuos, la promesa de permuta en el plano de los individuos es tan sólo un hecho que debe tenerse en cuenta por inteligencia práctica, y no genera una vinculación, puesto que el individuo no conoce la vinculación, sino sólo el esquema satisfacción/insatisfacción. Correspondientemente, dice Hume que nos resulta “tan imposible modificar por nosotros mismos nuestros sentimientos como los movimientos del cielo”. Y resume “una promesa por naturaleza es un completo sinsentido”⁴. Y del mismo modo argumentó ya Spinoza: “(...) cualquier contrato sólo es válido en virtud de su utilidad... Si ésta desaparece, también decae el contrato y pierde su validez. Por ello, es estúpido exigir de otro fidelidad eterna si no se procura al mismo tiempo que el quebrantamiento del contrato a concluir le produzca más daño que beneficio”⁵.

Partiendo de esta situación, tampoco los argumentos utilitaristas sirven de ayuda. Por ejemplo: que ese *uno* en algún momento deberá confiar en la constancia de *otro*. De acuerdo, pero este caso futuro no lo puede dirigir mediante su conducta actual. ¿Quizás el *otro* descubre pronto una debilidad de ese *uno* y le devuelve el ataque?. Igualmente de acuerdo, pero una cosa es producir de modo poco

⁴ HUME, David. “Tratado de la Naturaleza Humana”, traducción de Lipps, libro III., 1906 (reimpresión 1978 con el libro III), Pp. 273 y ss.

⁵ SPINOZA, “Tratado de Teología y Política”, editorial a cargo de Gawlick, 1979. P. 475

inteligente su propio daño y otra lesionar un deber social. El utilitarismo enseña qué acción es inteligente o estúpida, pero no lo que se debe y lo que no se debe. Resumiendo, esto significa: los permutantes pueden desear la constancia del otro, también es posible que de ser lo suficientemente fuertes puedan obtener esa constancia coactivamente. Si les falta la fuerza o si su cálculo es erróneo, su deseo puede no realizarse. De ello podrán aprender para comportarse de modo más inteligente en la siguiente ocasión. No hay nada más que decir en el plano de los individuos, por ahora.

1.3 La Obligación según Hart

Indiscutiblemente, H.L.A. Hart es uno de los teóricos legales más lúcidos e influyentes de este siglo. Su obra más emblemática, *El Concepto de Derecho* (1961), es una referencia obligada si se quiere dar una debida cuenta del panorama actual de la filosofía y teoría del derecho. Ello no sólo en la tradición anglosajona, su referente más inmediato, sino que también en las culturas jurídicas que, como la nuestra, remontan sus raíces a Europa continental. Tanto en el ámbito jurídico como en su teoría moral y política, el impacto del *Concepto de Derecho* ha sido profundo y ha dado lugar a un debate fructífero y aún en marcha.

Este autor, al analizar el concepto de derecho trata tangencialmente el concepto de obligación como elemento identificador de éste, así señala que la característica general más destacada del derecho, en todo tiempo y lugar, es que su existencia significa que ciertos tipos de conducta humana no son ya optativos sino obligatorios, en algún sentido.

Sin embargo, esta característica aparentemente simple no lo es en realidad, porque dentro de la esfera de la conducta no optativa u obligatoria podemos distinguir diversas formas. El sentido primero, y el más simple, es que la conducta no es ya optativa, se presenta cuando un hombre se ve forzado a hacer lo que otro le dice, no porque sea compelido físicamente en el sentido que se actúa sobre

su cuerpo, sino porque el otro lo amenaza con consecuencias desagradables si se rehusa a hacer lo que éste quiere. “(...) A algunos les ha parecido claro que esta situación en que una persona da a otra una orden respaldada por amenazas, y, en este sentido de “obligar”, la obliga a cumplir, muestra la esencia del derecho, o, por lo menos, “la clave de la ciencia de la jurisprudencia”. Este es el punto de partida del análisis de Austin que tanto ha influido en la teoría jurídica inglesa.”⁶

Un segundo sentido en que la conducta puede ser no ya optativa sino obligatoria se produce cuando las reglas morales imponen obligaciones y excluyen ciertas áreas de conducta de la libre elección del individuo para comportarse como le place. Tal como un sistema jurídico contiene obviamente elementos estrechamente conectados con los casos simples de órdenes respaldadas por amenazas, así, en forma igualmente obvia, contiene elementos estrechamente conectados con cierto aspecto moral. En ambos casos estamos inclinados a ver en la conexión claramente cercana a una identidad. “No sólo el derecho y la moral comparten un vocabulario, de modo que puede hablarse de obligaciones, derechos y deberes morales y jurídicos; también todos los sistemas jurídicos nacionales reproducen la sustancia de ciertas exigencias morales fundamentales. Además, hay una idea, la de justicia, que parece unir ambos campos: es al mismo tiempo una virtud especialmente adecuada al derecho y la más jurídica de las

⁶ HART, El Concepto de Derecho. Cap. 1, Ed. Alberlido Perrot, Bs Aires, Argentina. Pp. 8.

virtudes. Hablamos de justicia de acuerdo con el derecho, y también de la justicia o injusticia de las normas de derecho”.⁷

Estos hechos sugieren el punto de vista que el derecho es entendido mejor como una “rama” de la moral o justicia, y no el hecho que constituye un cuerpo de órdenes y amenazas, lo que hace a su esencia. Esta es la doctrina característica no sólo de las teorías escolásticas del derecho natural, sino de cierta teoría jurídica contemporánea que critica el positivismo jurídico heredado de Austin. Sin embargo, también las teorías que llevan a cabo esta estrecha asimilación de derecho a la moral, con frecuencia parecen confundir, en último término uno y otro tipo de conducta obligatoria, y dejar un lugar insuficiente para las diferencias de especie entre las reglas morales y las jurídicas y para las divergencias en sus requerimientos. “(...) Así, la afirmación de que “una norma injusta no es una norma jurídica”, suena tanto a exageración y a paradoja, sino a falsedad”.⁸

A primera vista, de lo expuesto anteriormente, pudiere parecer que el enunciado de que un sistema jurídico consiste, por lo general, en reglas no podría haber sido puesto en duda ni considerado difícil de entender. Tantos aquellos para quienes la clave de la comprensión del derecho se encuentra en la noción de órdenes respaldadas por amenazas, como aquellos que la ven en su relación con la moral

⁷ *Ibidem*, P. 9

⁸ *Ibidem*, P. 10

o la justicia, hablan de derecho como algo que contiene reglas, pero el problema que se presenta al respecto es saber qué se entiende por reglas.

No cabe dudas que hay reglas de tipos muy diferentes, señalando Hart al respecto: “(...) no sólo en el sentido obvio de que además de las reglas jurídicas hay reglas de etiqueta y de lenguaje, reglas de juego y reglamentos de club, sino en el sentido menos obvio de que aun dentro de cualquiera de estas esferas, las llamadas reglas pueden surgir de manera muy diferentes y tener relaciones muy distintas con la conducta a que se refieren”, continuando luego, “algunas reglas son obligatorias en el sentido de que exigen que la gente se comporte de una determinada manera, otras reglas indican lo que la gente debe hacer para llevar a la práctica sus deseos.”⁹

Como anteriormente señalé, la teoría del derecho como órdenes coercitivas, a pesar de sus errores, partía de la apreciación perfectamente correcta del hecho de que donde hay normas jurídicas la conducta humana se hace en algún sentido no optativa u obligatoria. Recordemos la situación de la permuta. El *uno* ordena al *otro* entregarle el oro y los instrumentos náuticos, amenazándolo con su armamento si no cumple con lo ordenado. De acuerdo a la teoría de las órdenes coercitivas esta situación ejemplifica el concepto de obligación o deber en general. La obligación jurídica consiste en esta situación a escala mayor; el *uno* tiene que

⁹ *Ibíd.* P. 11

ser el soberano, habitualmente obedecido, y las órdenes tienen que ser generales, prescribiendo cursos de conductas y no acciones aisladas. La plausibilidad de pretender que la situación del ejemplo despliega el significado de “obligación”, consiste en el hecho de que, es una situación en la que diríamos que el *otro*, si obedeció, “se vio obligado” a ello. Sin embargo, es igualmente cierto que no describiríamos adecuadamente la situación si dijéramos, en base a estos hechos, que el *otro* “tenía la obligación” o el “deber” de entregarle el oro y los instrumentos náuticos. Así, desde el comienzo, resulta claro que necesitamos algo más para comprender la idea de obligación. “Hay una diferencia, todavía no explicada, entre la aserción de que alguien se vio obligado a hacer algo, y la aserción de que tenía la obligación de hacerlo”¹⁰.

Dos elementos adicionales complican ligeramente la elucidación de la idea de verse obligado a hacer algo. Parece claro que no pensaríamos que el *otro* se vio obligado a entregarle el oro y los instrumentos náuticos si el daño con el que se lo amenazó hubiera sido trivial en comparación con las desventajas o consecuencias serias para el *otro* de acatar las órdenes. Sin embargo, aunque en esta noción va implícito la dicotomía satisfacción/insatisfacción, el enunciado de que una persona se vio obligada a obedecer a otra es, en lo principal, un enunciado sicólogo que se refiere a las creencias y motivos que acompañaron a una acción.

¹⁰ *Ibíd.* P. 102

“Algunos teóricos, entre ellos Austin, advirtiendo quizás la general irrelevancia de las creencias, temores y motivos de una persona respecto de la cuestión de si ella tenía la obligación de hacer algo, han definido esta noción no en términos de esos hechos subjetivos, sino en términos de probabilidad o riesgo de que la persona que tiene la obligación sufra un castigo o un mal a manos de otros en caso de desobediencia”¹¹ “(...) a pesar de ello, hay muchas razones para rechazar esta interpretación de los enunciados de obligación como predicciones, y ella no es realmente la única alternativa frente a una metafísica oscura”.¹²

La objeción fundamental es que la interpretación predictiva oscurece el hecho de que, cuando existen reglas, las desviaciones respecto de ellas no son simples fundamentos para la predicción de que sobrevendrán acciones hostiles o de que un tribunal aplicará sanciones a quienes las transgredan; tales desviaciones son también una razón o justificación para dichas reacciones y sanciones.

“Es verdad que en un sistema jurídico normal en el que se sanciona una elevada proporción de transgresiones, un transgresor corre usualmente el riesgo de sufrir el castigo; así, por lo común, el enunciado de que una persona tiene una obligación y el enunciado de que es probable que se lo castigue a causa de la desobediencia, serán ambos verdaderos. Sin embargo, es crucial para la

¹¹ Ibídem P. 104

¹² Ibídem P. 105

comprensión de la idea de obligación advertir que en los casos individuales el enunciado de que una persona tiene una obligación según cierta regla, y la predicción de que probablemente habrá de sufrir un castigo a causa de la desobediencia, pueden no coincidir”¹³.

Para comprender la idea general de obligación como necesario preliminar para comprenderla en su forma jurídica, debemos volver nuestra mirada a una situación social distinta que, a diferencia de la situación de los permutantes, incluye la existencia de reglas sociales; porque esta situación contribuye de dos maneras al significado del enunciado que una persona tiene una obligación. Primero, la existencia de tales reglas, que hacen de ciertos tipos de comportamiento una pauta o modelo, es el trasfondo normal o el contexto propio de tal enunciado; y, en segundo lugar, la función distintiva de este último es aplicar tal regla general a una persona particular, destacando el hecho de que su caso queda comprendido por ella.

“El enunciado de que alguien tiene o está sometido a una obligación, implica sin duda alguna la existencia de una regla; sin embargo, no siempre es el caso que cuando existen reglas, la conducta requerida por ella es concebida en términos de obligación. “Él debía” y “él tenía la obligación” no son siempre expresiones intercambiables, aún cuando ambas coinciden en comportar una referencia

¹³ *Ibíd.* P. 106

implícita a pautas o criterios de conducta existentes, o son usadas para extraer conclusiones, en casos particulares, a partir de una regla general”¹⁴.

Se dice que una regla impone obligaciones cuando la exigencia general a favor de la conformidad es insistente, y la presión social ejercida sobre quienes se desvían o amenazan con hacerlo es grande. Así, las reglas sustentadas por esta presión social seria, son reputadas importantes porque se las cree necesaria para la preservación de la vida social o de algún aspecto de ella al que se le atribuye gran valor. De aquí que se piense que las obligaciones y deberes característicamente implican un sacrificio o renuncia, y la constante posibilidad de conflicto entre la obligación o deber y el interés es, en todas las sociedades, uno de los lugares comunes o punto de encuentro del jurista y del moralista.

Hart, en este punto, señala que es de suma trascendencia hacer notar el contraste entre el aspecto “interno” y “externo” de las reglas, ya que puede servir para destacar lo que da a esta distinción su enorme importancia para comprender no solo el derecho, sino la estructura de cualquier sociedad. Al respecto afirma: “cuando un grupo social tiene ciertas reglas de conducta, este hecho abre la posibilidad de tipos de aserción estrechamente relacionados entre sí, aunque diferentes; porque es posible ocuparse de las reglas como un mero observador que no las acepta, o como un miembro del grupo que las acepta y que las usa

¹⁴ *Ibíd.* P. 107

como guías de conducta. Podemos llamar a estos puntos de vista el externo y el interno, respectivamente. Los enunciados hechos desde el punto de vista externo pueden, a su vez, ser de tipos diferentes. Porque el observador puede, sin aceptar él mismo las reglas, afirmar que el grupo las acepta, y referirse así, desde afuera, a la manera que ellos ven las reglas desde el punto de vista interno. Tal observador se satisface simplemente con registrar las regularidades de conducta observables en que parcialmente consiste la conformidad con las reglas, y aquellas regularidades adicionales, en la forma de reacción hostil, reprobaciones, o castigos, que enfrentan a las desviaciones, pudiendo de esta manera predecir, con un aceptable nivel de acierto, basándose en un cálculo de probabilidades, que una desviación de la conducta normal del grupo dará lugar a reacción hostil o al castigo. Tal conocimiento no sólo puede revelar mucho acerca del grupo, sino que puede capacitar al espectador para vivir en él libre de las consecuencias desagradables que aguardarían a quien intenta vivir en el grupo sin poseer tal conocimiento”¹⁵.

De ello se puede concluir que el punto de vista externo puede reproducir muy aproximadamente la manera en que las reglas funcionan en la vida de ciertos miembros del grupo, a saber, aquellos que rechazan sus reglas y únicamente se interesan en ellas porque piensan que la violación desencadenará,

¹⁵ Ibídem. P. 111

probablemente, consecuencias desagradables. Pero lo que no puede reproducir es la manera en que las reglas funcionan como tales en la vida de quienes normalmente constituyen la mayoría de la sociedad, porque para ellos, la violación de una regla no es simplemente una base para la predicción de la que sobrevendrá cierta reacción hostil, sino una razón para esa hostilidad.

1.4 La Obligación como Relación entre Personas

“Una ordenación del mundo con base en el deber ser, es decir, con base en normas, significa que no se espera que el mundo se desarrollará como esté condicionado en cuanto mundo empírico, sino que se desarrollará de una manera determinada por el contenido del deber, y, en caso de que ello no suceda, no se tratará de un defecto de quien tiene la expectativa, sino de un defecto de otra persona, precisamente, de la persona a la que le compete el desarrollo conforme al deber”¹⁶. El otro queda abarcado por el concepto de persona, porque le incumbe al menos el cumplimiento de una de tales expectativas normativas. Tal interpretación del mundo tiene la ventaja evidente de descargar la expectativa del conocimiento del entramado contingente de condiciones de los factores reales de una acción, ya que en lugar de este conocimiento se coloca el conocimiento de los contornos de la persona. En lugar del acecho recíproco se ubica la confianza en la constancia del rol, y los contratos anónimos pasan a ser posibles, con tal que se conozca el rol del otro, y el rol mínimo de un ciudadano decente siempre se conoce en tiempos normales. Esto no significa que sea necesario dejar de lado el entramado cognitivo del mundo; no resulta posible demostrar la personalidad como necesaria, y su elección es poco prometedora en términos de éxito en algunos contextos (por ejemplo, será más seguro desarrollar un gran negocio

¹⁶ LHUMANN, “Sociología del Derecho”, tomo I. 1972. P. 40 y ss.

internacional poco a poco en tracto sucesivo que a través de una amplia confianza en la constancia personal), pero un mundo personal también ofrece posibilidades de las que carece un mundo cognitivo.

Todo orden personal comienza con deberes, con deberes de contribuir al mantenimiento del grupo que existe a través del orden. Los derechos se generan donde son necesarios para poder cumplir con los deberes. En todo caso, hay que excluir que la personalidad comience con un derecho frente al grupo: ¿por qué habría de producir una constitución que a él nada le aporta?. La norma originaria, por lo tanto, es la siguiente: sé persona, lo que significa cumple el deber frente al grupo. Hegel enuncia la siguiente norma originaria: “(...) sé una persona y respeta a los demás como personas”¹⁷. Esta es una norma, ciertamente, para un estado jurídico ya desarrollado, en el que existen deberes entre las personas, y no, al menos no sólo, hacia el señor: a través del trato entre ellas, por ejemplo, el comercio, las personas sirven a lo general. Lo mismo sucede respecto de la concepción de Hegel de que el contenido mínimo de la norma originaria se dirige a no lesionar al otro¹⁸. En este sentido, es evidente que hasta el momento actual el rango de una persona viene determinado por los deberes que le competen o que

¹⁷ HEGEL, “Fundamentos sobre la Filosofía del Derecho”. Tomo VII, 1952. P. 36

¹⁸ *Ibíd.* P. 38

cumple o de los cometidos que ha cumplido más allá de sus obligaciones, es decir, significando sus derechos.

Pero la pregunta que surge de inmediato es ¿Cómo llega la persona al cumplimiento del deber?. Puesto que el ser persona no elimina el ser individuo, los ciudadanos abandonarán al Estado si no otorga a los individuos una supervivencia suficiente. Podría evitar este abandono por la fuerza, pero entonces se convierte de un orden normativo a un orden cognitivo basado en la fuerza. Para ello, lo que es una supervivencia suficiente es relativo. Hobbes exigía como prestación segura sólo la garantía de la vida¹⁹.

En un orden normativo desarrollado que se mantenga, a grandes rasgos, la conducta personal al mismo tiempo satisfará las necesidades de un individuo. Pero ello no puede garantizarse respecto de todos los casos individuales, piénsese en deberes como, por ejemplo, el deber de responder de una conducta errónea, es decir, el deber de soportar una pena, para ver hasta qué medida pueden estar alejados el deber personal y el cálculo individual.

Puede que en los sucesos cotidianos un orden de normas externamente no se diferencie de una dirección de los individuos impuesta de modo puramente cognitivo. ¿Cómo puede determinarse, partiendo de esta situación, que un orden

¹⁹ HOBBS, Thomas. "Leviathan o la Materia, Forma y Poder de una República, Eclesiástica y Civil". Fondo de Cultura Económica, México. 1984. P. 136.

normativo sea real? Esto se decide en función de qué es lo que es tratado comunicativamente como esquema de interpretación. Ahora bien, cualquier conducta puede ser interpretada en función de cualquier orden de deber ser. Sin embargo, en la comunicación de los otros grupos esta superposición es irrelevante o es rechazada; en todo caso, el orden superpuesto no dirige al desarrollo, es decir, que no se convierte en real sólo por la mera superposición.

Sin embargo, de tener suficiente poder, el sujeto que superpone su propio orden a otros podría sancionar las infracciones. Pero si no sucede nada más, con ello no se ha establecido un orden normativo, sino se ha instalado un aparato coactivo que dirige a los individuos; quien detenta el poder puede tratar sus normas como normas, y una camarilla a su lado puede que lo apruebe, de modo que en la comunicación de esas personas las normas pueden estar vigentes²⁰.

Kelsen tomó otra decisión: de acuerdo con su posición, cualquier sistema de reglas sociales que a grandes rasgos sea efectivo es un orden normativo válido, ya que entonces habría que suponer la existencia de una norma fundamental correspondiente²¹, lo que fundamentaría el “sentido” específicamente “jurídico” del sistema de reglas, la normatividad del “esquema de interpretación”²². Sin embargo, para Kelsen es efectivo también aquel sistema con base en el cual tan solo se

²⁰ Así JELLINEK, “Teoría General del Derecho”, 3ª edición, 7ª reimpresión, 1960, P. 334

²¹ KELSEN, Hans. “Teoría Pura del Derecho”, 2ª edición, 1960. Pp. 196 y ss.; 204 y ss.

²² *Ibíd.*, P.3

orientan los juristas. Más aún, puede que la gran mayoría de los juristas sólo imponga la ley de modo obligado, y el grupo director puede que viva su arbitrariedad en sus instrucciones. De acuerdo con esto, quien puede coaccionar crea derecho. Sin embargo, de acuerdo con la concepción aquí mantenida, no es cierto que una secuencia regular a grandes rasgos de conducta y sanción sea indicio de un orden normativo; por el contrario, puede que se trate de una organización coactiva plenamente cognitiva, explicable con base en las preferencias individuales. La norma misma, y no la sanción, ha de convertirse en el esquema determinante de interpretación del mundo, y ello además no para una clase jurídica, sino dentro del grupo en su conjunto.

Por lo tanto, “un orden normativo sólo es real cuando y en la medida en que dirige la comunicación, pudiéndose hablar de tal dirección sólo si determina el proceso de fundamentación, y no sólo el resultado de la comunicación”²³. Por ejemplo, si en un orden basado sólo en la coacción el coaccionado es además obligado a negar la coacción y a ensalzar el orden como óptimo con independencia de todas las sanciones, es decir, cuando un ladrón callejero obliga a los asaltados a ensalzarlo como libertador de cargas materiales de la posesión, tales declaraciones son parte del sistema de violencia, pero no un entendimiento acerca

²³ JAKOBS, Gunther. “Sobre la Génesis de la Obligación Jurídica”. Seminario de Derecho Penal, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad del Litoral. Santa Fe, 18 de agosto de 2000, P. 25.

de ese sistema. Sin embargo, “si se logra que los coaccionados se acostumbren de tal modo al orden que siguen las reglas sin tener en cuenta las sanciones que amenazan, el orden coactivo cognitivo se ha convertido en un orden de normas.

En este sentido, es posible que algunos Estados de orientación fundamentalista sean representados en la comunicación de súbditos laicos como órdenes coactivos, pero como órdenes normativos en la comunicación de los fundamentalistas”²⁴

Una norma puede dirigir la comunicación también cuando es quebrantada. Mientras el hecho sea tratado como quebrantamiento de la norma y no como normativamente indiferente, este tratamiento demuestra la vigencia de la norma. Por consiguiente, la realidad de la norma no se confunde con su seguimiento, si la norma no fuera real también en su infracción, no se trataría de una infracción. La realidad tampoco depende de que el infractor la reconozca, no es su conciencia, sino la comunicación acerca de su hecho lo que determina la realidad.

Una persona se realizará tanto más en sus deberes y se definirá como parte del todo en cuanto se deshaga así de preocupaciones individuales. El Estado moderno apoya a las personas anunciándoles que quien cumpla con su deber, podrá vivir también en el plano individual de modo cómodo. Mientras que este anuncio, por ejemplo, en Locke, consiste en una referencia a las leyes naturales, o

²⁴ Ibídem. P. 25

al menos a reglas de la experiencia, conforme a las cuales se producirá el resultado apetecido, tratándose, por lo tanto, de una información sobre la valoración cognitiva de la situación, el Estado de prestaciones ha asumido el aseguramiento normativo de la previsión vital necesaria para una vida cómoda. Si no llega a producirse esa vida cómoda, la razón de ello no está en circunstancias excepcionalmente adversas, sino en que el Estado ha cometido un error; el Estado debe procurar, en sentido normativo, la previsión vital.

Así, como conclusión, se puede señalar que la obligación jurídica no es un concepto del espíritu subjetivo, sino del espíritu objetivo. Por ello, no puede deducirse de un contrato de individuos, sino sólo se genera cuando una persona, que precisamente por ello es persona, se le impone conforme al entendimiento general un cometido en interés de lo general. El entendimiento general de que la tarea debe soportarse por la persona no puede ser sustituido por la mera coacción.

CAPÍTULO II: LA JUSTICIA.

2.1 ARISTÓTELES.

Aristóteles no desarrolló una doctrina acabada del contrato, sino que se refiere tangencialmente a éste al tratar sus reflexiones sobre la justicia en la “Ética Nicomáquea”, donde a nivel global desarrolla una política que tiene que ver con bienes referidos a todos, a nuestras relaciones con el conjunto del comportamiento de los demás, por lo tanto, apunta a un bien superior. Cualquiera que sea este bien, se llega a un acuerdo respecto de éste: “La Felicidad”, entendida como una vida lograda y próspera.

Para lograr la felicidad, señala que los seres humanos deben organizar su comportamiento de modo que hagan el mejor uso posible de las facultades y disposiciones para que lleguen a transformarse éstas en hábitos de excelencias para el desarrollo de ciertas funciones, los cuales denomina “Virtudes” que se van adquiriendo durante la vida. Son, por lo tanto, disposiciones de caracteres dirigidas por la prudencia que es una de las virtudes, es un comportamiento de racionalidad en la acción.

Las virtudes pueden ser de dos tipos:

a. Intelectuales como la ciencia y la prudencia

b. Prácticas como sería el control de las pasiones básicas del ser humano; valentía, templanza y moderación; justicia, pero posee un distintivo especial. La justicia es una virtud que se refiere a la vida de los demás, no basta la pura relación conmigo mismo; amistad, la cual es una virtud esencial tanto en su relación privada como también en su relación pública. La comunidad política requiere una amistad cívica, un respeto por el otro. Esta amistad no consiste sólo en el consenso, sino también en el disenso.

En cuanto a lo referido a la naturaleza de la justicia y la injusticia, Aristóteles subraya dos ideas claves:

- Hábitos (hexis) que determina a hacer las cosas justas, por lo que la justicia y la injusticia tienen que ver con una disposición a actuar de una determinada manera. Esta idea de hábito es lo que caracteriza todas las cualidades humanas; cada manera de actuar es propia del carácter, por lo que se puede decir que son actos casi mecánicos, que se repiten.
- Término medio. Todas las virtudes son hábitos encaminados a un término medio, es decir, entre dos extremos. Así por ejemplo, la valentía como hábito es una virtud, pero ¿cuáles son los extremos? Cobardía (huir del campo de batalla) y un comportamiento temerario (como sería arriesgar la vida por cualquier cosa). Al medio de estos dos conceptos se encuadra la valentía.

De esta forma las virtudes son términos medios, es una forma de medida en la acción. El comportamiento desvirtuoso es la acción desmesurada. La justicia como virtud debe ser un hábito y un término medio.

Los hábitos no cubren un aspecto de los contrarios, así por ejemplo, si tengo el vicio de la cobardía mis actos dicen relación con la cobardía y no con la valentía, a diferencia de las ciencias y potencias, las cuales abarca también el estudio de los contrarios, por ejemplo Aristóteles señala que la filosofía trata del ser y del no ser; la aritmética, de los números pares e impares; la medicina, de la salud y de la enfermedad.²⁵ De esto se deduce que el hábito no es una potencia, sino que es algo limitado, reducido al acto y no a una posibilidad, es un rasgo de caracteres permanentes y actuante, en cambio, las potencias dicen relación con las leyes de la naturaleza.

Siguiendo esta línea, el autor señala que: “si un término tiene muchos significados, el contrario también los tendrá. Por ejemplo, si lo justo, también lo injusto. Ahora bien, parece que la justicia y la injusticia tienen varios significados, pero por ser estos próximos, su homonimia pasa inadvertida y no es tan clara como en los casos en los cuales el sentido está alejado; así ocurre, por ejemplo con el término equívoco Llave, que significa la clavícula del cuello de los animales, pero también

²⁵ ARISTÓTELES. *Ética Nicomáquea*. Traducción y notas por Julio Pallí Bonet. S.1., Editorial Gredos, 1989, P. 237

el instrumento para cerrar las puertas (pues aquí la diferencia observada es grande)".²⁶

El método utilizado es el análisis de las distintas opiniones que existen con respecto al tema, optando por la frase "parece que". Estos términos son estudiados desde el punto de vista de la filosofía práctica, es decir, con la prudencia, apartándose de las ciencias, no siendo, por lo tanto, objeto del análisis. Tomando este método Aristóteles se pregunta qué se opina por la injusticia, respondiendo al respecto que son las personas que no respetan la ley, el que toma más de lo debido o el que ocurre en desigualdad. De ello se sigue que la justicia es el respeto por la ley, tomar lo debido o el comportamiento que resguarda la igualdad. Así lo justo sería lo legal y lo injusto lo ilegal. De esta forma un actuar injusto no es solo el que toma más bienes, sino que también el que toma menos males.

Aristóteles señala que la ley y la justicia coinciden, ya que la ley tiene que ver con la felicidad de una comunidad política, es por ello que la justicia se homologa con la ley, porque ésta también se refiere a la comunidad política, al conjunto de virtudes que son más particulares. A pesar de ello, con lo justo legal encontramos un problema, ya que el significado de lo justo dice relación con la ley, por lo que limitaría el ámbito de la felicidad de la comunidad a lo prescrito legalmente. Sin

²⁶ *Ibíd*em, P. 238

embargo, la ley exige de los ciudadanos el conjunto de las virtudes y, en ese sentido, existe justicia porque la virtud total y perfecta coincidiría con la ley, lo cual se daría si, por ejemplo, la ley prescribiera realizar actos de valentía.

De lo anteriormente señalado es factible entender que la justicia legal tiene que ver con el conjunto de virtudes que conducen a la felicidad. La ley nos ordena obrar de acuerdo a todas las virtudes para lograr un actuar justo, por lo que la injusticia sería obrar de acuerdo a todos los vicios.

A continuación Aristóteles clasifica la justicia en Total y Particular, entendiendo por Justicia Total el conjunto de acciones que conducen a la felicidad, es decir, los distintos elementos de la comunidad política que nos ordenan comportarnos de acuerdo a todas las virtudes prohibiendo (a contrario sensu) comportarnos acorde a todos los vicios.

La justicia, así analizada, es la virtud perfecta, pero no absolutamente, sino en relación a otro, tiene que ver con los demás, por ello es una virtud perfecta, es decir, no es una parte de la virtud sino la virtud entera.

En cuanto a la Justicia Particular queda claro, a priori, que es distinta con la justicia legal, porque ésta coincide con la Justicia Total. Así queda de manifiesto con el ejemplo señalado por Aristóteles referido al adulterio, donde existen dos posibilidades de cometerlo: por pasión o por dinero o interés de obtener un lucro. Si se comete adulterio por pasión ese acto es injusto porque se actúa con

intemperancia, pero si se comete por dinero a esa persona no la llamaríamos desenfrenada o intemperante pero igual es una actitud injusta.²⁷

De ello se desprende que existe un sentido de justicia e injusticia en que se actúa de acuerdo a todas las virtudes o de acuerdo a todos los vicios. Sin embargo, existe un tipo de justicia e injusticia en que se obra de acuerdo a una virtud o de acuerdo a un vicio, caso este último en que a pesar de que la persona actúe con otras virtudes, igual su obrar será injusto, pero para el caso concreto, es decir, injusticia particular.

En este punto Aristóteles establece una división de la justicia particular en distributiva y correctiva. La distributiva se basa en la proporción geométrica; la correctiva, en la aritmética; la primera preside todo cambio o repartición de bienes, la segunda sólo interviene para corregir las desigualdades que pueden viciar los cambios. En la justicia correctiva, los tratos pueden ser voluntarios o involuntarios, y éstos, a su vez, pueden tener como causa el fraude o la violencia.

En lo que respecta más propiamente a la justicia distributiva hay que tener presente los ejemplos que menciona Aristóteles²⁸ referidos a la distribución de honores y riquezas o, en general, cualquier cosa compartida entre los miembros de la comunidad política, donde el autor vuelve a uno de los puntos tratados al

²⁷ *Ibíd.*, p. 240

²⁸ *Ibíd.*, p. 244

comienzo del Libro V cuando define justicia: a) Tomar más de lo debido; b) Respetar la ley; y c) Comportamiento que resguarde la igualdad.

La igualdad que caracteriza a la justicia es de dos especies: distribuciones y correcciones.²⁹ En las distribuciones se requiere cuatro términos, puesto que se divide de la misma manera tanto como personas como cosas, o sea, tenemos dos personas y dos cosas. Lo justo, entonces, es una proporción.

La distribución es algo que todos reconocen que debe darse de acuerdo al “Mérito”. Por consiguiente, la justicia atiende a la igualdad y éste al mérito, por lo tanto, a los iguales se les da algo igual y a los desiguales se les da algo distinto. Aristóteles agrega que depende de la sociedad va a ser la forma como se valora el mérito. Así los demócratas lo ponen en la libertad, los oligárquicos en la riqueza o nobleza, y los aristocráticos en la virtud.³⁰

El ciudadano meritorio en sociedades desiguales es más fácil de determinar, en cambio, en sociedades igualitarias es más complicado, y es por ello, que para lograr dicha determinación se recurre a una proporción.³¹ En consecuencia, la justicia distributiva tiene su base en la igualdad, la cual se determina acorde al mérito calculado sobre la base de una proporción.

²⁹ Autores modernos la llaman justicia conmutativa, ya que tiene que ver con los contratos

³⁰ *Ibíd.*, p. 244

³¹ $\frac{a}{b} = \frac{A}{B}$ a y b = cosas ; A y B = personas

Esta forma de justicia particular (que autores posteriores la llaman geométrica) tiene relevancia, para Aristóteles, en el campo político, e incluso para Platón, que define la justicia como dar a cada uno lo que le corresponde, caería dentro del concepto aristotélico en una clase de justicia, la particular; y dentro de ésta, a la justicia distributiva.

En lo que respecta a la justicia correctiva, ésta tiene lugar en los tratos mutuos tanto voluntarios como involuntarios. Aquí no cabe la igualdad geométrica sino aritmética. Esto lo explica en relación a la función del juez de “igualar la desigualdad”, por lo que la labor del juez se remite a restablecer la igualdad en los tratos mutuos que se relacionan con el daño producido y no con el mérito. Así, “lo igual es un término medio entre lo más y lo menos, y la ganancia y la pérdida son más y menos en sentido contrario, porque la ganancia es el bien mayor o el mal menor, y la pérdida lo contrario. El término medio de éstos era lo igual, lo cual decimos que es lo justo, de modo que la justicia correctiva será el término medio entre la pérdida y la ganancia. Es por esto por lo que aquellos que discuten recurren al juez, y al acudir al juez es acudir a la justicia, porque el juez quiere ser como una personificación de la justicia, se busca al juez como término medio y algunos llaman a los jueces mediadores, creyendo que si alcanzan lo intermedio se alcanzará justicia”.³²

³² *Ibíd.*, P. 249

Este tipo de justicia corresponde más propiamente al derecho, a los tratos mutuos enmarcados dentro de un ámbito netamente jurídico, utilizando la figura de un tercero imparcial, llamado juez, para corregir las desviaciones en su aplicación y ejecución. Es por ello que se diferencia básicamente de la justicia distributiva en lo referente, sobre todo, al campo de aplicación, puesto que ésta dice relación con el campo de la justicia política, y la justicia correctiva con el derecho.

Aristóteles luego trata el punto de la justicia y la reciprocidad, sosteniendo que la reciprocidad tiene un lugar dentro de la sociedad, y es ese lugar el de las relaciones económicas, por ello es que presenta y desarrolla su teoría sobre la visión económica y su concepción de la moneda, siendo ambas sus primeras teorizaciones abstractas.

Empieza refutando la idea pitagórica de reciprocidad que la asimilan a la ley del talión: “sufrir lo mismo que le hice al otro”, puesto que ello no ocurre en todo los casos, por ejemplo, si el inferior agrede al superior, éste no solo debe ser agredido, sino también castigado.

En el intercambio social la reciprocidad tiene la función de mantener el vínculo social, pero se distancia de la igualdad acercándose a la distribución, por lo que dice relación con la justicia en el cambio, con la proporcionalidad, porque el intercambio tiene que ver con actos difícilmente conmensurables, de lo contrario no podría existir. Así, por ejemplo, el trabajo de un médico es igual al de otro

médico, pero a veces el médico necesita intercambiar no con otro médico sino con un arquitecto o con un zapatero ¿cómo intercambiamos salud por una casa o salud por zapatos? Aristóteles señala que el intercambio debe hacerse bajo una cierta forma de proporción manifestada en la necesidad, la cual se refleja en el dinero, el cual es el bien de más fácil poder liberatorio y conmensurabilidad que existe, es decir, para que exista intercambio deben existir necesidades, siendo la moneda la medida de esas necesidades.

A continuación el autor establece la relación existente entre la justicia política y la justicia en la familia. Parte señalando que la comunidad política existe donde hay independencia y autosuficiencia (autarquía), es decir, donde todos son libres e iguales. Es por ello que lo justo para el amo y para el padre de familia no es igual (pero se asemeja) a la justicia política, ya que ésta última es la justicia propiamente tal.

En el nivel doméstico no sería posible la injusticia, porque los integrantes de ella no son iguales. Además, forman parte de uno mismo, existe una identidad entre ellos y nadie se quiere dañar a si mismo, por ello no puede haber propiamente injusticia en la familia. Una virtud como la justicia tiene que ver con el campo político, donde puede haber daño, lo cual no tiene cabida en la familia.

“La justicia política puede ser natural y legal; natural, la que tiene en todas partes la misma fuerza y no está sujeta al parecer humano; legal, la que considera las

acciones en su origen indiferentes, pero que cesan de serlo una vez que ha sido establecida.”³³

La justicia natural es la llamada *physis* (física) y lo justo legal corresponde al *nomos* (convención). La *physis* corresponde a lo natural, que crece y se desarrolla por sí mismo, desde sí mismo; en cambio, el *nomos* es un producto artificial del ser humano. Esta distinción que es central y característica de la filosofía del siglo V en Grecia, también se aplica a la justicia. Así, lo natural es lo que en todas partes tiene la misma potencia y no depende que nuestra opinión lo considere así o no, a contrario de lo que ocurre en lo convencional donde una vez instituida importa la diferencia.

En opinión de algunos las cosas justas aparecen en este último tipo de justicia, por lo tanto, la justicia es convencional. Este es el planteamiento de los sofistas, los cuales defienden el carácter convencional de la ley, de la moral y de la justicia.

Aristóteles crea su lógica para refutar a los sofistas adoptando una tesis ecléctica, porque hay ciertos aspectos de la justicia política que se enmarca en lo convencional y en otros aspectos adopta una postura natural, en la cual no todo se reduce a decisiones humanas.

Por último, en lo que respecta a la equidad, el problema se presenta en que lo equitativo es justo, pero no tomado en un sentido legal, sino como corrección de lo

³³ *Ibídem*, P. 254

justo legal. Por consiguiente, la diferencia entre la justicia legal y la equidad radica en que la primera debe estar formulada en preceptos generales, y la segunda está orientada al caso concreto, es ir más allá de la ley y de la justicia, porque a veces la ley puede ser injusta

Al respecto, Aristóteles señala “lo justo y lo equitativo son lo mismo, aunque ambos son buenos, es mejor lo equitativo. Lo que ocasiona la dificultad es que lo equitativo, si bien es justo, no lo es de acuerdo con la ley, sino como una corrección de la justicia legal”, agregando luego que “(...) cuando la ley presenta un caso universal y sobrevienen circunstancias que quedan fuera de la fórmula universal, entonces está bien, en la medida que el legislador omite y yerra al simplificar, el que se corrija esta omisión, pues el mismo legislador habría hecho esta corrección si hubiera estado presente y habría legislado así si lo hubiera conocido”.³⁴

La equidad es una cosa distinta de la justicia, porque en cierto sentido es más que la justicia, ya que ésta puede ser injusta cuando se aplica de manera exacta, al pie de lo que dice la letra de la ley. En base a ello, como correctivo, nace la equidad, o sea, es una corrección de la ley en la medida en que su universalidad la deja incompleta.

³⁴ *Ibíd*em, P. 263

2.2 TOMÁS DE AQUINO.

Este autor se enmarca en la tradición intelectual de Aristóteles con la peculiaridad que su pensamiento se alimenta, además, de dos fuentes posteriores: de la teología y filosofía cristiana y del conocimiento generalizado del derecho romano bizantino. Su énfasis por lo mismo, es más moralista y detallado que el de Aristóteles, a pesar de sus evidentes semejanzas.

Si bien la amplitud y riqueza del pensamiento de Santo Tomás justificarían sobradamente el tratamiento de otras virtudes, la justicia tiene una significación de tal envergadura que puede enfrentar a las personas y mover las voluntades con inusitada fuerza y valor. Por su parte, el propio Santo Tomás le otorgará a esta virtud un sitial preferente dentro del contexto de las virtudes morales, respecto de las cuales tiene un carácter permanente³⁵.

Respecto a la justicia, entendida ésta como “el hábito virtuoso de la voluntad por el cual somos inclinados con firmeza y constancia a dar a cada uno su derecho”.³⁶ La justicia aspira a dar a cada uno, a cada otro, lo que le pertenece, en igualdad, tratando de regular un triple orden: el de las partes al todo; el de la comunidad a las personas; y el de una persona a otra.

³⁵ DE AQUINO, Tomás. “Summa Teológica”. Tratado de la Justicia II, II. Cuestión 58, artículo 12

³⁶ URDANIZ, Téofilo O.P. “Introducción a la Summa Teológica” Ed. B.A.C., Madrid, p. 246

Es por ello que la persona humana puede ser considerada, para estos efectos, en particular, o la comunidad de la cual formamos parte. De allí que la justicia se ocupa de regular un triple orden: el de las partes al todo; el de la comunidad a las personas, y el de una persona a otra.

En lo que dice relación con la Justicia General o Legal, la primera reflexión de Tomás de Aquino está referida a la necesidad que experimenta la persona humana de vivir en sociedad, lo que parece obedecer a rasgos que le son consubstanciales. Santo Tomás abunda en comentarios demostrativo en dicho aserto.³⁷

Al respecto se puede mencionar, a lo menos, dos razones que explican el fenómeno. “Por una parte, su pertenencia a la sociedad, tiene origen en el hecho de que, no obstante ser persona, está sujeto a un cúmulo de necesidades, que no puede satisfacer aisladamente. Debido a ello, es propio afirmar que es un ser indigente, debiendo recurrir a los otros, para la satisfacción de las mismas.

Por la otra, el hombre tiende naturalmente a la comunidad, simplemente en virtud de que es persona. Y es propio de la naturaleza de las personas, en razón de ser inteligentes y libres, el sobreabundar en conocimiento y amor, y tender a la

³⁷ SAINT THOMAS D' AQUIN. *Du Royaume*. Texto traducido y presentado por Frère Marie Martín-Cottier. Ed. Eglhoff. París 1947, Pp. 26 y siguientes

comunicación de ese conocimiento y amor, siendo así impulsadas a la relación con los otros”.³⁸

En seguida, y sobre los supuestos precedentemente señalados, debemos agregar que forma parte de ella, siendo en rigor una parte. Ahora bien; sabemos que la parte está ordenada al todo (y en definitiva al bien común que constituye el fin del todo, atendido lo cual debe estar a su servicio), pues es evidente que “hay más en el todo que en cada una de las partes”.

Es por ello, junto con afirmar que la de Santo Tomás es una doctrina del bien común, debemos decir que este bien es esencialmente humano, estando destinado al servicio de la persona. En torno a esto se impone recordar que “cada persona individual es a la comunidad como la parte al todo”.³⁹ “El hombre no está ordenado a la sociedad política en su totalidad y en todas sus características.”⁴⁰

Es necesario advertir, en consecuencia, que la persona, en cuanto es parte de ella, está subordinada al bien del todo, pero no según todo lo que habita en su ser, pues hay en ella realidades que son superiores a la sociedad política.

Así, sin olvidar que la persona humana según algunos de sus caracteres está por encima de la sociedad, podemos concluir que el hombre es parte de ella, y en

³⁸ SÁNCHEZ, Gonzalo G-H, Acerca de la Justicia en Santo Tomás de Aquino. Trabajo presentado el 2 de Octubre de 1984 en el Seminario “Justicia Distributiva y Escolástica” organizado por el Centro de Estudios Públicos. P.77

³⁹ DE AQUINO, Tomás. Summa Teológica. Tratado de la Justicia II, II. Cuestión 64: artículo 2

⁴⁰ Ibídem, I. II., Cuestión 21, artículo 4.

cuanto es parte, debe estarle subordinada, del mismo modo en que el bien privado lo está en relación al bien común.

“No basta, por lo tanto, el que las personas estén solo prontas a recibir aquello que proviene del bien común, sino que también deben asumir que, en tanto partes del todo, son deudoras del mismo. Por ello, para hacer frente al indicado deber, contamos en el plano de las virtudes con la justicia, y más precisamente con aquella denominada justicia legal o general”.⁴¹

Los apelativos de legal y general se explican fácilmente. Es general porque abraza todas las demás virtudes, orientándolas hacia el bien común de la comunidad, a la cual pertenecemos. A su vez, se llama legal, pues lo que el bien común reclama de las personas es expresado, conocido e impuesto por la ley. Sin embargo, es necesario hacer una precisión, ya que las leyes serán auténticas y obligarán, si sustantivamente guardan apego con la ley natural, pues es sólo verdadera ley aquella que deriva de ésta última. De lo contrario, y cuando se la contradice, más que denominarla ley, debe ser concebida como la “Corrupción de la Ley”, en cuyo caso no obliga.⁴²

⁴¹ SÁNCHEZ, Gonzalo G-H, Acerca de la Justicia en Santo Tomás de Aquino. Trabajo presentado el 2 de Octubre de 1984 en el Seminario “Justicia Distributiva y Escolástica” organizado por el Centro de Estudios Públicos. P.77

⁴² DE AQUINO, Tomás. Summa Teológica. Tratado de la Justicia I. II. Cuestión 96. Artículo 6

Junto con referirse a la Justicia General o Legal, que tiene por función ordenar “al hombre inmediatamente al bien común”⁴³, Santo Tomás consigna la existencia de una justicia particular que, en oposición a la anterior, ordena, por una parte, la relación entre las personas consideradas individualmente y, por la otra, aquella de la comunidad y la persona.

Sobre este punto se hace cuatro preguntas: primera, si hay dos especies de justicia, la conmutativa y la distributiva; segunda, si en ambas se da el mismo medio; tercera, si la materia en ambas es la misma o es diversa; cuarta, si según alguna de sus especies sea lo mismo lo justo y lo sancionado.⁴⁴

En lo concerniente a la primera pregunta Tomás de Aquino responde que la justicia particular se ordena a una persona particular, que respecto a la comunidad es como una parte para el todo. Pero se puede referir a una parte de dos maneras: primera, como una parte se relaciona con otra, y así se relaciona una persona privada con otra; en tal caso se da la justicia conmutativa, la cual ordena las relaciones mutuas entre las personas privadas. Segundo, como el todo se relaciona con una de sus partes, y así se relaciona lo comunitario con cada uno de los individuos; y es la justicia distributiva la que ordena tal relación, que consiste

⁴³ Ibídem, Tratado de la Justicia II. II. Cuestión 58, artículo 7

⁴⁴ DE AQUINO, Tomás. Summa Teológica. Tratado de la Justicia II, III. Cuestión 61, P. 33

en la distribución proporcional de los bienes comunes. Por lo tanto, se dan dos especies de justicia: una conmutativa y otra distributiva.

Respecto a la segunda pregunta de si el medio de la justicia es la misma en la conmutativa y en la distributiva, Tomás de Aquino señala que podría pensarse que en ambos tipos de justicia el medio debería medirse de igual forma puesto que ambas están contenidas en la justicia particular. Sin embargo, según Aristóteles, la justicia distributiva se mide en proporción geométrica y la conmutativa en aritmética. Es por ello que el autor, siguiendo la línea aristotélica, establece que la justicia distributiva no se mide según el valor objetivo de las cosas, sino según la proporción que guardan dichas cosas con las personas, o sea, la igualdad corresponde no a la cantidad, sino a la proporción. En cambio, en las conmutaciones se da algo al otro individuo particular en proporción a la cosa de que se trata, por lo tanto, la igualdad se da entre objeto y objeto. Por este motivo es necesario que cuando uno tiene más de lo que le corresponde (y ese exceso pertenece al otro) tenga que restituirlo. Aquí se da la igualdad en proporción aritmética, la cual se mide por el exceso de la cantidad respecto a la igualdad.

En lo que dice relación con la tercera pregunta de si ambos tipos de justicia recaen sobre la misma materia, Tomás de Aquino, centrándose en Aristóteles que señala que una especie de justicia dirige las distribuciones y otra los cambios, afirma que si tomáramos como materia de ambos tipos de justicia las acciones principales por

las cuales nos servimos de las personas, de las cosas y de las obras, entonces en una y otra justicia descubrimos diversa materia, porque la distributiva regula las distribuciones y la conmutativa dirige los cambios que pueden darse entre dos personas.

Así, las conmutaciones pueden ser voluntarias o involuntarias. Las primeras se producen cuando una persona transfiere a otra voluntariamente lo que es suyo. Si le transmite sin más alguna cosa suya y sin débito, como es la donación, no es un acto de justicia, sino de liberalidad. La transferencia voluntaria pertenece a la justicia en tanto hay en ella razón de débito.

Las conmutaciones involuntarias tienen lugar cuando alguien usa cosas de otros, o de su persona, o de su obra, contra su voluntad, lo que puede suceder por fraude o por violencia.

En todas estas acciones, ya voluntarias, ya involuntarias, existe un mismo y único módulo para determinar el término medio, a saber, la igualdad de la contraprestación, y por eso todas ellas pertenecen a una sola especie de justicia: la conmutativa.

Por último, plantea el problema de si lo justo es lo mismo que lo sancionado, para lo cual responde señalando “lo sancionado indica una igual recompensa en castigo a la acción precedente; y por lo mismo se aplica principalmente a las acciones injustas”, agregando, “(...) siguiendo la norma de la equidad, por justicia

conmutativa, debe haber una recompensa, de manera que si a alguno se le quita algo, se le recompense dándole lo mismo. Pero no siempre la sanción es igual en especie a la falta, por ejemplo, quien golpea a un gobernante, no sólo es golpeado, sino que recibe mayor castigo. Tampoco se daría suficiente sanción en las conmutaciones si simplemente uno diera una cosa suya para recibir otra, porque quizá la cosa que el otro diera podría ser mucho mayor que la suya. Por eso se inventó la moneda, para igualar la medida proporcional entre lo que se da y lo que se recibe en las conmutaciones.”⁴⁵

Sin embargo, no sucede el cuadro analizado anteriormente en la justicia distributiva, pues en ésta no se atiende a la igualdad entre un objeto y otro, sino a la proporcionalidad entre las cosas y personas. Así, en este tipo de justicia no se toma como norma la igualdad objetiva entre lo que se da a uno y el servicio que ha prestado, sino más bien a lo que cada uno recibe según la dignidad de la persona. Después de realizar un análisis general de la justicia, Tomás de Aquino aplica su teoría a las conmutaciones voluntarias, refiriéndose primeramente a los fraudes que suelen cometerse en las compraventas, preguntándose las siguientes cosas: primera, de la venta injusta por parte del precio, o sea, si es lícito a alguno el vender más caro o comprar más barato de lo que las cosas cuestan, respondiendo a respecto que “ el usar el fraude para vender algo a mayor precio del justo es

⁴⁵ *Ibíd.* Pp. 37 y 38

pecado, en cuanto se engaña al prójimo para su daño.”⁴⁶ Sin embargo, si no se da fraude, es necesario considerar dos circunstancias en la compraventa:

a) La venta en sí misma. Según esto, daría la impresión que la compraventa se utiliza para común utilidad de ambas partes, por lo que sería lógico que lo que se da por utilidad común, no ha de ser para dañar a uno y obtener ventaja del otro; por lo tanto, el contrato para poder llegar a ser obligatorio debe establecerse con base en la igualdad del objeto. Y la medida de las cosas útiles al hombre se indica por el precio, siendo ésta la principal razón de la invención de la moneda. Así, si el precio excede el valor del objeto, se sobrepasa la igualdad propia de la justicia, por tanto, el vender más caro o el comprar más barato del precio real del objeto, de suyo es injusto e ilícito, carente de obligatoriedad o vinculación para las partes contratantes.

b) Respecto a la utilidad que accidentalmente puede uno sacar con detrimento del otro; por ejemplo, cuando alguien necesita mucho de una cosa, y el otro también sufriría algunas consecuencias si no la tuviese. En tal caso puede venderse a mayor precio de lo que vale el objeto en sí, pero no a mayor valor que el objeto tenga para su dueño. “(...) pero si un objeto puede ayudar mucho al comprador, en cambio no daña al vendedor el carecer de ella, entonces no le es lícito a éste el

⁴⁶ Ibídem, P. 119

venderla a mayor precio, ya que la utilidad que el otro obtiene no depende del vendedor, sino del comprador.”⁴⁷

La segunda pregunta que plantea es si una venta se hace ilícita por tener un defecto el objeto vendido, defecto que puede consistir en la especie misma que lo constituye; y en tal caso si el vendedor conoce tal defecto, comete fraude al venderlo, y así la venta sería ilícita. El defecto también puede consistir en la cantidad, que se conoce por su medida; y en tal caso, si conscientemente se utiliza una medida defectuosa para dar menos de lo convenido, se comete fraude y la venta es ilícita.

Por último, una cosa puede ser defectuosa atendiendo a su calidad, por ejemplo, cuando se vende un animal enfermo como si estuviese sano; en tal caso, si el vendedor conoce tal defecto y vende el objeto como bueno, comete fraude, y la venta también es ilícita.

En todo estos casos, como dice Tomás de Aquino, “no solo peca el que vende con fraude, sino también el que está obligado a restituir. Pero si el vendedor realiza tales transacciones sin advertir el defecto, no peca, porque la injusticia es entonces solo material; y así la venta no es ilícita, pero si injusta” ⁴⁸. En tal caso está obligado a recompensar al comprador, si tal defecto llegase después a su

⁴⁷ Ibídem, P. 120

⁴⁸ Ibídem, P. 121

conocimiento. Y lo que se dice de parte del vendedor también se extrapola al comprador, pues a veces el vendedor cree que su objeto es de menos valor del que en realidad tiene en cuanto a su especie y en tal caso, si el comprador lo sabe, lo compra injustamente y está obligado a la restitución. Cabe advertir que para el autor no es necesario que el vendedor o el comprador conozcan las propiedades ocultas de las cosas, sino sólo aquellas cualidades que hacen tal o cual objeto apto para la utilidad humana.

2.3 TOMÁS DE MERCADO.

Sobre el cambio trascendental que se produce en el pensamiento jurídico durante el siglo de oro español, cuya influencia dura hasta nuestra época, ilustra en parte el texto de Tomás de Mercado (S.XVI) “Suma de Tratos y Contratos”. Lo interesante es constatar el cambio que se avizora en el tratamiento del “justo precio” y como se comienzan a introducir reflexiones acerca de las condiciones que deben existir en los mercados.

Parte este autor señalando que el ser humano por naturaleza necesita vivir en grupos, en una congregación política y al estar en continuas interacciones con los demás, le surgen ilimitadas necesidades para poder vivir bien. Luego, la razón provee lo necesario a semejante vida política, porque este modo de vivir en congregación es para el bien de todos y, es por ello, que apunta como máxima “que a nadie agraviemos y a todos beneficiemos”, pues ninguno viviría alegre en compañía de quien le daña, sino de quien le aprovecha. Mas lo primero, que es a nadie agraviar, es siempre de obligación. Lo segundo, que es hacer el bien, unas veces es voluntario y otras veces de precepto. Así, nacen aquellas dos tan famosas virtudes: Justicia (para no agraviar) y Misericordia (para beneficiar). Al respecto Tomás de Mercado añade: “(...) el hombre ama entrañablemente estar en congregación política: así la justicia que ordena, y conserva esta policía, es y

ha de ser una constante y firme voluntad, de dar a cada uno lo que le pertenece. De esta manera a nadie agraviará y con todos podrá quietamente vivir”.⁴⁹

Dentro de este marco, el derecho juega un papel importantísimo, puesto que sus preceptos son “ser el hombre en si justo, y a nadie injusto. Para lo primero sirve la prudencia, templanza y fortaleza. Para lo segundo la justicia con sus virtudes anexas, y consiguientes”⁵⁰. En este punto De Mercado hace referencia a Santo Tomás el cual señala que es propio de la justicia hacer igualdad en los contratos humanos y la igualdad es ajustar dos cosas disímiles y para explicar esta teoría señala el siguiente ejemplo: “Si se dan doscientos escudos por un esclavo negro que vale esa cantidad quedan iguales comprador y vendedor. Pero a darle menos, quedaría desigual el vendedor, no dándole cuanto dio. Más llevaba cierto el comprador, llevando en estima doscientos escudos, que son el negro, y no quedándole al comprador, sino ciento cincuenta la cual desigualdad es y se llama injusticia”.⁵¹

De ello se desprende que el contrato para ser justo, requiere igualdad, no en las personas que contratan sino en las cosas respectos de las cuales se contrata. Sin embargo, esta igualdad no se refiere a la naturaleza de las cosas, sino solamente en su valor y estima. Por lo tanto, al tratar con justicia, es hacer igualdad y equidad

⁴⁹ DE MERCADO, Tomás, “Suma de Tratos y Contratos”. Madrid, Editorial Nacional, 1975, P.111

⁵⁰ Ibídem, P. 111

⁵¹ Ibídem. P. 112

en los contratos. Esta premisa se derivaría de la ley natural que dicta que a nadie agraviemos y cuya observancia obliga a todos los seres humanos sin excepción alguna. De este modo, basta en cualquier contrato descubrir desigualdad, para mostrar su injusticia.

En este punto se hace interesante añadir la reflexión del autor en lo tocante a la justicia para lograr entenderla como el eje principal en la cual debe desenvolverse el contrato. Al respecto señala que hay dos maneras de hacer justicia. La primera, el juez entre las partes aplicando la ley que gobierna los pueblos, y administra a cada uno de los vecinos su derecho y los mantiene en armonía. Este tipo de justicia la llamamos legal, puesto que, como señala Aristóteles, lo mejor es que reine la ley principalmente, y luego el hombre.

Hay otro tipo de justicia, que es particular y la llama conmutativa que muestra e inclina al hombre a no agraviar a otro. En defecto de la cual viene a ser necesaria la primera, ya que si ninguno agravia a otro sería superfluo que el juez juzgase. Esta justicia conmutativa se ejercita y resplandece principalmente en los contratos que celebran entre sí los hombres, los cuales necesitan, para poder llegar a ser justos y además lícitos, de un requisito sine qua non consistente en la igualdad entendida como una igualdad material y objetiva de las prestaciones. Así, a contrario sensu, un contrato es ilícito e injusto cuando es desigual y no fue ajustado, es decir, cuando se lleva más de lo que la mercadería de suyo vale o si

el precio no es una expresión real de lo que verdaderamente le pertenece al objeto. Es interesante transcribir el siguiente párrafo De Mercado: “De arte, que la justicia en todos los contratos, es la igualdad, que en ellos se ha de hacer. A lo que (como extensamente probamos) nos obliga, no sólo la ley divina, sino también las misma ley natural. Y es suficientísima causa para reprobado algún negocio, por de gran interés que sea, no ser conforme al recto dictamen de la razón”.⁵²

De dicho párrafo se desprende que para Tomás de Mercado, es un precepto emanado de la ley natural que se vendan las cosas por su justo precio, pero ésta (la ley natural) no señala cuál es ese justo valor quedando tal decisión en la República a la cual, cuando le pareciere conveniente, lo tase. De manera que “estas leyes y potestades eclesiásticas y seculares pueden obligarnos a celebrar nuestros contratos, y negocios, con ciertas circunstancias y condiciones; y aun a vedarnos algunos contratos, que dado sean de suyo lícitos en general, por circunstancias de tiempo, de lugar o de personas no son convenientes”.⁵³

Pero Tomás de Mercado se pregunta desde cuándo se puede señalar que existen contratos, o mejor dicho, cuál es su origen histórico. Para responder este cuestionamiento toma fundamentos teológicos, así queda de manifiesto en el siguiente párrafo: “Cuando Dios creó al hombre, dióle un estado tan soberano en

⁵² *Ibíd.*, P. 116

⁵³ *Ibíd.*, P. 118

su misma persona, que era señor absoluto de este orbe inferior, y de todos los tesoros y frutos que en él hay y produce”, continuando “mas en pecado perdió este general y común imperio, y se repartió por partes, aplicándose a cada uno la suya como legítima herencia: y tuvo principio, y origen la propiedad, y comenzose a introducir este lenguaje tan común de mío y tuyo. Porque no tenían ya los hombres en sí aquella disposición, ingenio y virtud que era menester para una comunidad tan excelente y divina”.⁵⁴

Así, luego, al repartirse como una “herencia” lo que se tenía en principio en común, existen objetos de otro que se quieren para si y otras cosas que son propias se dejan de querer, por lo tanto, al perderse aquella primera caridad, fue necesario entrar a negociar. Este fue el origen del primer contrato y negociación que hubo en el género humano, a pesar de ser precaria e insuficiente.

Sin embargo, el problema surgía cuando se quería un bien que el otro poseía, pero éste no mostraba interés en los bienes de dicha persona, por lo que no podía tener cabida el trueque o permuta. De esta forma inventaron lo que De Mercado llama el “Mercar” y vender por su justo precio, apreciando y avaluando cada cosa por si, según la forma que podía servir al hombre. Y este precio común y general lo llevaron a la plata y el oro. Este fue el origen de la venta y compra, y de la invención de la moneda como lo afirma y testifica el derecho. Siguiendo esta

⁵⁴ *Ibíd.*, P. 127

misma línea, las personas dedicadas a este oficio recibieron el nombre de “Mercaderes”, pero como en todos los oficios y ejercicios humanos, era necesario, que tuvieran sus propios fines, porque se requiere en toda actividad alguna buena intención que les mueva sus operaciones. Éste ha de ser el bien común, y el aumento del estado público, pretendiendo proveer con su industria a los vecinos, de los alimentos necesarios.

Como segundo fin, De Mercado señala “el favorecer con su ganancia a los pobres, guardando en sus obras pías cierto orden y disposición, ayudando primero a los más pobres y cercanos en sangre, o en similitud de buenas costumbres, como lo ordena la misma ley natural, escrita por la divina providencia en nuestros corazones”.⁵⁵

El tercer fin es sustentar con su trato e intereses, el gasto de su casa.

Sin embargo, De Mercado critica a la sociedad de su época, porque ninguno de estos tres fines se ve claramente en los mercaderes y tratantes, sino que muy por el contrario, “el fin es sólo enriquecerse (cosa que jamás podrán cumplidamente alcanzar) en que dado tengan ya con que puedan bien pasar, no se recogen ni se poseen en orden, antes con la posibilidad en que se ven, conciben grandes pretensiones de mayores haberes, y entonces se arrojan en mayores cargazones

⁵⁵ Ibídem, P. 143

y se engolfan entrando en ese laberinto de cambios, usuras, censos y tributos, donde viven más desasosegados que cuando pobres”.⁵⁶

De acuerdo a lo anterior, ¿qué rol puede jugar la autoridad que tiene la República? ¿tiene la potestad de tasar los precios o, más aún, señalar cuál es el justo precio de un objeto?.

El autor parte de la premisa que el intento y deseo de la República es que se venda lo más barato que se pudiere. Es por ello que tiene la autoridad para realizar tres cosas. La primera, para expeler y quitar de la ciudad los mercaderes, especialmente extranjeros, puesto que mercadeando los de afuera no hay riqueza durable en el reino ni buenas costumbres antiguas.

Lo segundo, tiene autoridad, ya que es necesario admitir a mercaderes, reservar para si la traída, entrada y venta de algunas mercaderías que por diversas causas lo pueden mover a ello, aunque comúnmente no lo suele ni debe hacer sino cuando está estrecha y falta de dinero.

Lo tercero, tiene facultad para establecer y promulgar leyes que deben regir a los contratos, tasar y poner los precios por los cuales estén obligados todos a vender en conciencia, porque “es su oficio apreciar y dar valora a todas las cosas que sirvan a la vida humana, las cuales de suyo no lo tienen, o si lo tienen, no es justo lo que ellas de suyo valen, sino lo que pueden servir y aprovechar al hombre, por

⁵⁶ Ibídem, P. 144

cuya causa fueron producidas”,⁵⁷ es decir, las cosas no valen entre los hombre lo que vale por su naturaleza, sino que nuestra voluntad y necesidad es la que les da estima y valor, actuando la autoridad en este marco para objeto de establecer un precio justo y para de esta manera evitar distorsiones que podría llegar a producirse debido a la relación de poderío que ostenta el mercader. Además, existe otra razón eficaz para autorizar esta facultad de la República, ya que el vender y comprar son actos de justicia conmutativa, virtud que consiste en guardar igualdad en los contratos que se da tanto, cuanto se recibe, no en sustancia sino en valor y precio. Al respecto Tomás de Mercado señala: “(...) todos deben comprar y vender con justicia, que es una igualdad (esto es) que iguale lo que diere con el precio que recibe. Y habiendo tasado a una especie de ropa la República, no le puede venir igual ningún otro precio mayor. Siendo su oficio mostrar cuál es conforme al tiempo, el igual y justo”.⁵⁸

De lo anterior se sigue que el justo precio que estamos rastreando es de dos maneras, uno legal, que pone y señala la República; otro natural o accidental, que es el que el uso introduce, y lo que ahora vale en las plazas o en las tiendas (en general, en el mercado). Entre estos precios hay una diferencia y distinción muy digna de ser sabida. Cuando hay tasa, no puede llevar el vendedor ni un solo peso

⁵⁷ *Ibíd.*, P. 158

⁵⁸ *Ibíd.*, P. 161

más, y si lo lleva lo ha de restituir y peca (a criterio De Mercado) mortalmente en llevarlo. De modo que si excedió mucho la tasa, habrá pecado en el exceso, y si es poco, que no peca mortalmente por ser el hurto pequeño, siempre es menester restituirlo, puesto que la ley natural es que siempre se venda por justo precio, y la misma ley natural también dicta que precio justo es, el que pone la República, mayormente los principales de ella, el rey o príncipe que la gobierna. Y así pasa la tasa, que ellos fijan, vendiendo por más precio, no es tanto quebrantar el mandato real, cuanto violar y traspasar un mandato divino, y agraviar al prójimo. Es por este motivo que todo lo que demás llevasen se ha de restituir.

Siguiendo con lo anterior, la tasa se puede, y suele ponerse de dos maneras; unas veces en provecho del comprador, señalando cierto precio del cual no se excede ni pase. Otras veces se suele poner el precio a favor del vendedor, como por ejemplo cuando no se puede comprar algún objeto en menor de una determinada cantidad de dinero.

Sin embargo, según el autor, estas tasas no deben ser perpetuas, sino que deben mudar atendiendo al tiempo y circunstancias en que se ofrecieren. Así, puesto el precio para aumentarlo o disminuirlo basta o debe bastar alguna circunstancia extraordinaria como, a modo ejemplar, sería el caso si hay muchas o pocas mercaderías, o si hay muchos o pocos compradores, o más o menos dinero, etc. En este parece evidentemente que cualquiera de estas razones debe bastar a los

gobernadores para mudar la postura a través de la dictación de una ley. Al respecto De Mercado señala: “La naturaleza, y ser de cualquier ley, es ser regla, y medida, con que nivelemos, y reglemos nuestras obras: donde entenderemos, que carecer de la ley divina, es carecer de la regla más cierta, derecho igualmente, e infalible, sin la cual todas las demás reglas humanas son tuertas, y mudosas, no lisas ni seguidas”.⁵⁹

El problema que se presenta de lo anterior es ¿cuál es el justo precio donde no hay tasa?. La respuesta del autor apunta a que este precio justo es el que corre de contado públicamente, se usa esta semana, y esta hora como dice en la plaza, no habiendo en ella fuerza, ni engaño, aunque es más variable (según la experiencia enseña) que el viento.⁶⁰

Un punto digno de resaltar es aquel en que Tomás de Mercado señala “No Habiendo Engaño”, porque efectivamente lo puede haber y sobre todo en esta materia, de dos maneras: o en la mercadería, si está viciada, o en el mercader, que ejercita con engaño su arte haciendo monopolio con sus consortes y compañeros.

Así, para que una venta (y en general cualquier tipo de contrato) sea perfectamente vinculante entre ambas partes, debe ser libre tanto en la intención

⁵⁹ Ibídem, P. 172

⁶⁰ Ibídem, P. 177

(exenta de fraude) como en la voluntad (exenta de vicios). Al respecto el autor señala: “ Y aún en conciencia, tiene este negocio tan manifiesta injusticia, que sin mucho discurso, se entiende que es género de fuerza y violencia que hacen a los que mercan concertarse ellos entre sí, y que compelen consecuentemente a los otros que no pueden no mercar, a darles cuanto ellos piden. Así están obligados a restituir todo lo que moralmente se cree, valiera menos”⁶¹

⁶¹ *Ibíd*em, P. 183

2.4 ADAM SMITH

En la actualidad este autor es conocido como economista, pero en su tiempo fue profesor de derecho, de lo que son testimonio sus espléndidos apuntes de clases, publicados bajo el título de “Lectures of Jurisprudence”. Su obra más conocida es “Investigación sobre la Naturaleza y Causa de la Riqueza de las Naciones”, texto en que me baso para señalar que Smith asocia la idea de precio justo a las condiciones de un mercado simple y sin monopolios.

Para partir es necesario analizar un concepto clave en su obra: “División del Trabajo”, al cual hace referencia en los primeros tres capítulos de la Investigación sobre la Naturaleza y Causa de la Riqueza de las Naciones. Para Smith, la división del trabajo es un desarrollo natural del proceso de intercambios que aumenta la productividad del trabajo, permitiendo de esta forma un incremento en la cantidad de bienes y servicios disponibles para el consumo (tanto presente como futuro). Este aumento de la productividad tenía lugar, según Smith, con una distribución para todos los individuos de una sociedad: “La gran multiplicación de producciones en todas las artes, originada en la división del trabajo, da lugar, en una sociedad bien gobernada, a esa opulencia universal que se derrama hasta las clases inferiores del pueblo. Todo obrero dispone de una cantidad mayor de su propia obra, en exceso de sus necesidades, y como cualquier otro artesano se halla en la misma situación, se encuentra en condiciones de cambiar una gran

cantidad de sus propios bienes por una gran cantidad de los creados por otros; o lo que es lo mismo, por el precio de una gran cantidad de los suyos. El uno provee al otro de lo que necesita, y recíprocamente, con lo cual se difunde una general abundancia en todos los rangos de la sociedad”⁶².

¿Cuál es la explicación teórica de este principio que describe Smith? Menciona tres factores: en primer lugar, la especialización aumenta la destreza del trabajador. Luego, menciona la ventaja obtenida al ahorrar el tiempo que, por lo regular, se pierde al pasar de una clase de operación a otra. Finalmente, la tercera causa mencionada es la invención de las máquinas que facilitan y abrevian la tarea, (que) parece tener su origen en la propia división del trabajo.

Una de las implicancias lógicas que pueden deducirse a partir del principio de la división del trabajo es la referida al proceso de acumulación y dispersión del conocimiento que tiene lugar cuando en una sociedad los individuos dividen sus tareas. Las innumerables operaciones y actividades que emergen en una sociedad cuyos miembros se especializan, generan la proliferación de “expertos”, es decir, sujetos que poseen un avanzado conocimiento de las circunstancias particulares de tiempo y lugar que caracterizan su actividad propia, ya sea física o intelectual.

⁶² SMITH, Adam “Investigación sobre la Naturaleza y Causas de la Riqueza de las Naciones”. Editorial Fondo de Cultura Económica, 1979. México. P. 14

Uno de los presupuestos que Smith consideraba necesario para que un orden de este tipo disfrutara de los beneficios de la división del trabajo, era la existencia de un marco institucional adecuado. Dicho marco no debía ser, según él, el resultado de un ejercicio puramente racional que no tuviera en cuenta las tradiciones, costumbres y experiencias de un pueblo a lo largo de su evolución histórica. En este sentido, Smith atribuyó fundamental importancia a la acción del gobierno como garante de las libertades individuales y de la propiedad privada a través de su acción en el campo de la defensa y la justicia. El perfeccionamiento de las instituciones gubernamentales era para el economista escocés una característica de las sociedades desarrolladas (*polished societies*), y un requisito para un progreso económico armonioso: "No puede florecer largo tiempo el comercio y las manufacturas en un Estado que no disponga de una ordenada administración de justicia; donde el pueblo no se sienta seguro en la posesión de su propiedad; en que no se sostenga y proteja, por obra de la ley, la buena fe de los contratos, y en que no se dé por sentado que la autoridad del Gobierno se esfuerza en promover el pago de los débitos por quienes se encuentran en condiciones de satisfacer sus deudas. En una palabra, el comercio y las manufacturas sólo pueden florecer en un Estado en que exista cierto grado de confianza en la justicia del gobierno"⁶³.

⁶³ *Ibíd.* P. 808

Ya analizado el principio de la división del trabajo, es necesario adentrarse a lo que Smith considera el Librecomercio y la Cooperación Social, para efectos de entender cómo el precio justo es el fundamento de obligatoriedad del contrato, más aún, cómo el mercado libre proporciona el ambiente adecuado para la realización de transacciones entre los particulares sin el intervencionismo gubernamental.

La base del argumento de Smith en contra de las políticas proteccionistas era que, justamente, restringían la dimensión del mercado, limitando de esa manera la especialización y, por lo tanto, el progreso económico. Si los gobiernos no limitarían la libre circulación de bienes, incluyendo desde luego a los activos financieros y a los bienes de capital, los mercados se expandirían, produciendo un aumento global tanto de exportaciones como de importaciones. Cada región podría, de esta forma, especializarse en la producción de ciertos bienes y/o servicios, con el consiguiente aumento de la productividad.

Aunque Adam Smith no desarrolló una teoría de costos comparativos como la formularon años después Ricardo y Mill, puede entreverse un principio general que serviría como base para progresos posteriores cuando describe la existencia de ventajas, sean “naturales” o “adquiridas”, para la producción de ciertos bienes y/o servicios:

“Siempre será máxima constante de cualquier padre de familia prudente de no hacer en casa lo que cuesta más caro que comprarlo. El sastre, por esta razón, no hace zapatos para sí y para su familia, sino que los compra del zapatero; éste no cose sus vestidos, sino que los encomienda al sastre (...)

Lo que es prudencia en el gobierno de una familia particular, rara vez deja de serlo en la conducta de un gran reino. Cuando un país extranjero nos puede ofrecer una mercancía en condiciones más baratas que nosotros podemos hacerlas, será mejor comprarla que producirla, dando por ella parte del producto de nuestra propia actividad económica, y dejando a ésta emplearse en aquellos ramos en que saque ventaja el extranjero”⁶⁴.

De lo anterior se puede concluir que para este autor era posible el progreso económico basado en la división del trabajo, dentro de un marco jurídico-institucional de libertad. Así, el progreso no estaba restringido a cierto grupo privilegiado, sino que se extendía hasta todos los miembros de la sociedad. Asimismo, el proceso distributivo no se presentaba como una fase conflictiva, sino que era el fenómeno natural que ocurría simultáneamente con la producción.⁶⁵

⁶⁴ *Ibidem*, P. 403. Véase, sin embargo, J. Villanueva, “Aspectos de la Estrategia Económica Internacional de la Riqueza de las Naciones”, en ensayos Actuales sobre Adam Smith & David Hume (Buenos Aires, Edit. Del Instituto, 1978), p.58

⁶⁵ No puede decirse que Smith tuviera una teoría de la distribución, según el contenido moderno del término, aun cuando es él quien introduce por primera vez el término en inglés, que fue tomado de los fisiócratas. Véase el trabajo de E. Cannan, *Theories of Production and Distribution*, Pp. 183-189 y por el mismo autor *A Review of Economic Theory*, Pp. 284-308.

Aceptaba pues la posibilidad de cooperación social; lo más interesante es que para ello no recurrió a una interpretación angelical de la naturaleza humana sino que, a partir del interés personal, aunque no sólo de él, pudo explicar la forma en que los hombres colaboran entre sí. Tal vez su expresión más acabada se encuentre en su descripción de la “mano invisible”, tan reiteradamente citada:

“Cuando un animal desea obtener cualquier cosa del hombre o de un irracional no tiene otro medio de persuasión sino el halago. El cachorro acaricia a la madre y el perro procura con mil zalamerías atraer la atención del dueño, cuando éste se sienta a comer, para conseguir que le dé algo. El hombre utiliza las mismas artes con sus semejantes, y cuando no encuentra otro modo de hacerlo actuar conforme a sus intenciones, procura granjearse su voluntad procediendo en forma servil y lisonjera. Mas no en todo momento se le ofrece ocasión de actuar así. En una sociedad civilizada necesita a cada instante la cooperación y asistencia de la multitud, en tanto que su vida entera apenas le basta para conquistar la amistad de contadas personas. En casi toda las otras especies zoológicas el individuo, cuando ha alcanzado la madurez, conquista la independencia y no necesita el concurso de otro ser viviente. Pero el hombre reclama en la mayor parte de las circunstancias la ayuda de sus semejantes y en vano puede esperarla sólo de su benevolencia. La conseguirá con mayor seguridad interesando en su favor el egoísmo de los otros y haciéndoles ver que es ventajoso para ellos hacer lo que

les pide. Quien propone a otro un trato le está haciendo una de esas proposiciones. Dame lo que necesito y tendrás lo que desees, es el sentido de cualquier clase de ofertas, y así obtenemos de los demás la mayor parte de los servicios que necesitamos”⁶⁶.

En lo que respecta al precio, Smith señala que éste puede ser de dos tipos: El Precio Natural y el Precio de Mercado, el primero existe “cuando el precio de una cosa es ni más ni menos que el suficiente para pagar la renta de la tierra, los salarios del trabajo y los beneficios del capital empleado en obtenerla, prepararla y traerla al mercado, de acuerdo con sus precios corrientes, así se vende por lo que se llama precio natural”⁶⁷. El segundo es “el precio que efectivamente se venden las mercaderías, el cual puede coincidir con el precio natural o ser superior a éste”⁶⁸.

El precio de mercado de cada mercancía en particular se regula por la proporción entre la cantidad de ésta que realmente se lleva al mercado y la demanda de quienes están dispuestos a pagar el precio natural del artículo, o sea, el valor íntegro de la renta, el trabajo y el beneficio que es preciso cubrir para presentarlo en el mercado. Estas personas pueden denominarse compradores efectivos, y su demanda, demanda efectiva, pues ha de ser suficientemente atractiva para que el

⁶⁶ Ibídem, Pp. 16-17, 400

⁶⁷ Ibídem, P. 54

⁶⁸ Ibídem, P. 55

artículo sea conducido al mercado. Esta demanda es diferente de la llamada absoluta. Un pobre, en cierto modo, desea tener un auto y desearía poseerlo; pero su demanda no es una demanda efectiva, pues el vehículo no podrá ser llevado al mercado para satisfacer su deseo.

Cuando la cantidad de una mercancía que se lleva al mercado es insuficiente para cubrir la demanda efectiva, es imposible suministrar la cantidad requerida por todos cuantos se hallan dispuestos a pagar el valor íntegro de la renta, los salarios y el beneficio, que es preciso pagar para situar el artículo en el mercado. Algunos de ellos, con tal de no renunciar a la mercancía, estarán dispuestos a pagar más por ella. Por tal razón se suscitará entre ellos inmediatamente una competencia, y el precio de mercado subirá más o menos sobre el precio natural, según que la magnitud de la deficiencia, la riqueza o el afán de ostentación de los competidores, estimulen más o menos la fuerza de la competencia. Al respecto Smith nos señala: “el precio de mercado bajará más o menos con respecto al natural, según que la abundancia o escasez del género incremente más o menos la competencia entre los vendedores, o según que éstos se muestren más o menos propensos a desprenderse inmediatamente de la mercancía”⁶⁹.

El precio natural viene a ser, el precio central, alrededor del cual gravitan continuamente los precios de todas las mercancías. Contingencias diversas

⁶⁹ *Ibíd.*, P. 56

pueden a veces mantenerlos suspendidos, durante cierto tiempo, por encima o por debajo de aquél; pero, cualquiera que sean los obstáculos que les impiden alcanzar su centro de reposo y permanencia, continuamente gravitan hacia él. Así, el precio de una especie de mercancías varía únicamente con las alteraciones de la demanda; el de otras, no sólo con las variaciones de la demanda, sino con arreglo a las oscilaciones, muchos mayores y más frecuentes, de las cantidades trasladadas al mercado con el fin de satisfacerlas.

Pero aunque el precio del mercado de una mercadería cualquiera está continuamente fluctuando, por decirlo así, alrededor del precio natural, a veces ciertos accidentes, determinadas causas naturales u ordenanzas gubernamentales suelen mantener el precio del mercado de muchas mercancías, durante bastante tiempo, muy por encima del llamado precio natural. Sin embargo, lo que da fuerza al mercado es justamente la posibilidad de que el precio sea regulado en forma espontánea por las interacciones de los oferentes y demandantes, quedando totalmente excluido el intervencionismo gubernamental, ya que la libertad del mercado es un requisito fundamental para poder ver las necesidades del momento de la comunidad. Es por ello, que el contrato juega un rol importantísimo para efectos de regular el precio de las mercancías transadas en el mercado, ya que determinan cual va a ser el justo precio de cada uno de los elementos susceptible de una potencial transacción, siendo su trasfondo obligatorio la posibilidad de

obtener un determinado producto por medio de la ley de la oferta y la demanda, lo cual se va a ver reflejado en el precio de mercado de éste, el cual por este simple hecho va a obtener el calificativo de justo.

2.5 REINHARD ZIMMERMANN

La igualdad en el intercambio fue regulada por medio de una institución denominada “Lesión Enorme”, cuyas raíces se encuentran en el derecho romano. De hecho, fue Diocleciano quien efectivamente intentó restringir la libertad de las partes en la determinación del precio de los bienes, pero sólo por medio de regulaciones de derecho público, es decir, por medio de edictos. Sin embargo, sorprendentemente, no declaraba nulos los contratos que infringían el edicto. Diocleciano no se inmiscuyó en lo convenido por las partes ni siquiera para hacer cumplir la piedra angular de su política de control de precios. La enseñanza cristiana, así como la filosofía moral estoica, demandaban que se le infundiera ética y humanidad a la ley, y era en este espíritu que se suponía que el emperador ayudara a los débiles y pobres, y que aminorara los rigores de la ley. La sensación de la importancia de la claridad y del valor educacional de reglas legales firmes y severas abrió camino a la necesidad de mostrar consideración y evitar los resultados crueles en casos particulares, permitiendo excepciones equitativas. Así, todo lo que uno puede decir es que el emperador le permite al vendedor rescindir el contrato si es que ha vendido un pedazo de tierra por menos de la mitad de su verdadero valor; al comprador, sin embargo, se le da la posibilidad de evitar tal rescisión por medio del pago del valor real. Aun así, el principio legal subyacente, a saber, que un contrato puede ser tan unilateral, la desproporción

entre los valores tan grosera, que el derecho debe intervenir y compensar a la parte en desventaja con una acción, este principio, una vez que fue aceptado en una situación individual, comenzó a ser aplicado a un amplio número de casos. ¿Por qué la intervención legal debiera estar confinada a combatir la explotación del campesinado? Si el comprador está en un apuro tal que el vendedor es capaz de vender su objeto (¿por qué únicamente un pedazo de tierra?) a más del doble de su valor real, ¿acaso no merece una protección similar por parte del derecho? Es bastante fácil imaginar tales situaciones, donde la parte desaventajada es el comprador. El mismo problema puede surgir también en relación a otros contratos: una casa puede haber sido arrendada muy por encima de lo que es justo y razonable o de lo que normalmente se pide por casas de ese tipo. A la inversa, el arrendador puede haber sido forzado a acordar una renta que no llegue siquiera a la mitad de lo que debiera recibir en condiciones normales.

Todas estas preguntas y muchas otras comenzaron a plantearse en la jurisprudencia medieval. La institución de la lesión enorme tuvo una expansión abundante, y en ella se eliminaron las restricciones arbitrarias establecidas por la constitución imperial. Sin embargo, nunca ha habido unanimidad respecto cuán lejos puede uno ir; la mayoría de estas cuestiones fueron calurosamente debatidas, dependiendo las respuestas, principalmente, de cuánto le atrajera al

autor en particular la idea de la igualdad en el intercambio, y de la fidelidad con que se intentara aplicar e interpretar las fuentes del derecho romano.

Al respecto Zimmermann señala que “el solo hecho de que la acción surgiera de este texto legal, llevó a ciertos problemas consecuentes. Tomemos, por ejemplo, el caso en que el comprador es la parte desventajada. ¿Cómo aplica una acción que ha sido diseñada para la situación inversa y que, por consiguiente, le permite al vendedor rescindir el contrato si ha obtenido menos de la mitad del precio verdadero?. ¿Debiera uno dar al comprador la misma opción si tiene que pagar más del doble?. Asumamos que el “verdadero valor” del objeto vendido es 100. El vendedor tendría entonces la protección del derecho si el precio de compra fuera de 49 o menos; el comprador únicamente si fuera 201 o más. Así, en esta construcción, el comprador parece perder, pero, desde un punto de vista puramente aritmético, el margen de lo que el derecho todavía espera que se tolere antes de poder acceder a una acción es exactamente el doble de lo que se ha fijado en el caso del vendedor: el vendedor puede rescindir el contrato si existe una diferencia en más de 50, mientras que el comprador debe habersele cobrado más de 100”⁷⁰. Esta es la razón por la que los glosadores y los comentaristas tendieron a rechazar el método puramente geométrico (como lo llamaban ellos) de evaluación para saber si el comprador había sufrido lesión enorme, favoreciendo,

en cambio, un cálculo aritmético: el comprador debía tener derecho a la acción si había tenido que pagar más que el verdadero valor aumentado en la mitad. Basándonos en fundamentos puramente lógicos, ninguna de estas aproximaciones puede ser considerada errónea, y por ello la disputa nunca fue resuelta de manera definitiva.

Sin embargo, todos estos problemas son, en cierto sentido, de naturaleza meramente técnica. El verdadero punto crítico de la lesión enorme está en alguna otra parte. A pesar de ello, los límites pueden ser fijados, y cualquiera sea la naturaleza de sus sanciones, la doctrina puede trabajar sólo si existe un precio justo o verdadero para cada artículo en base al cual uno pueda valorar el convenio por las partes. El liberalismo económico niega la existencia de tal patrón objetivo. “El valor obligatorio en un contrato depende del juicio de las partes contratantes mismas, no del de otra gente”⁷¹.

El valor de una cosa debe ser fluctuante por naturaleza, y dependerá de diez mil circunstancias distintas. Un hombre, al disponer de su propiedad, pueda venderla por menos de lo que otro haría. Puede venderla bajo la presión de las circunstancias, lo que puede inducirlo a desprenderse de ella en un momento determinado. Si los tribunales de equidad desenredaran todas estas

⁷⁰ ZIMMERMANN, Reinhard. *The Law of Obligations. Roman Foundations of the civilian tradition*. Oxford, Clarendon Press, 1996. P. 248.

transacciones, provocarían una confusión total, y dejarían sin rumbo los contratos de la humanidad.

En palabras de Thomas Hobbes. “El valor de todas las cosas sobre las que se ha contratado es medido por el apetito de los contratantes: y, por consiguiente, el justo valor es el que ellos están deseosos de darles”.⁷² La sorprendente carrera de la lesión enorme fue posible solamente a que los escolásticos medievales, y posteriormente los abogados naturalistas, adoptaron una perspectiva enteramente distinta de este asunto y consideraron que la igualdad en el intercambio era uno de los principios básicos del derecho de los contratos. En palabras de Santo Tomás de Aquino, “(...) por tanto, si el precio excede el valor del objeto, se sobrepasa la igualdad propia de la justicia. Por tanto, el vender más caro o comprar más barato del precio real del objeto, de suyo es injusto e ilícito”.⁷³

¿Cómo puede establecerse tal inequidad?. El precio es reconocidamente fijado por medio de una determinación subjetiva. Sin embargo, un precio determinado subjetivamente por todos se vuelve objetivo para cada uno. Sería pecaminoso (o contra *ius naturale*) desviarse, en una transacción individual, de esta estimación común, porque ello implicaría el abuso de este comprador (o vendedor) en particular. Así, la doctrina de la igualdad en el intercambio no se basó en la

⁷¹ *Ibíd.* Pp. 250

⁷² HOBBS, Thomas. “Leviathan”. Edición C.B. Macpherson, 1968. Parte I, Capítulo 15, P. 208

⁷³ AQUINO, Tomás. *Op. Cit.* En nota 43

creencia de que cada objeto tiene un valor intrínseco e inmutable, y que ese valor representa el justo precio. Tampoco estaba ese justo precio de los bienes ligado a su costo de producción. En vez de ello, el justo precio estaba identificado con el precio de mercado establecido bajo condiciones competitivas.

Estas ideas sobre la igualdad del intercambio se remontan a Aristóteles (quien había afirmado que ninguna parte, por un asunto de justicia conmutativa, debe enriquecerse a expensas de la otra)⁷⁴, de donde se tomaron y luego fueron desarrolladas por Santo Tomás de Aquino. Ellas influenciaron profundamente tanto la doctrina del derecho canónico como a los teóricos del derecho natural temprano, a tal punto que la lesión enorme, que otorgaba reparación sólo en determinados casos extremos, fue considerada completamente insatisfactoria. Cada desviación del justo precio, se argumentó, que constituye pecado y es suficientemente seria como para conceder una acción en foro externo. Los escritores del *ius commune*, sin embargo, adoptaron mayoritariamente una actitud más positivista exigiendo que el precio del contrato se desviara en más de la mitad del justo precio. La teoría aristotélica podría, después de todo, ser usada para explicar por qué se otorgaba la acción; y sus limitaciones, como un tema de derecho positivo, podrían reconciliarse con la ética económica de la escolástica.

⁷⁴ Aristóteles. Op. Cit. En nota 25.

Sin embargo, una vez que la creencia en la capacidad de las personas para evaluar la igualdad en el intercambio fue puesta en duda, y cuando la idea de la autonomía privada comenzó a ganar terreno nuevamente y a reemplazar las nociones metafísicas, “naturales”, o paternalistas de justicia contractual, el concepto de lesión enorme estuvo perdido. “Tan esencialmente arbitraria y absurda, llena de peligros y anomalías, subversiva y fatal, como parecía ahora a los ojos de los desilusionados jueces y académicos, sólo capaz de ser objeto de burla y sátira legal, la lesión enorme no llegó a ser parte del BGB”.⁷⁵

Sin embargo, las codificaciones modernas no están por lo general inclinadas a reconocer la falta de adecuación del precio como un fundamento independiente para la reparación, pero con el transcurso del tiempo las legislaciones han puesto especial énfasis en que una desproporción particularmente grosera no puede ser tolerada por el derecho. “Incluso, llama la atención que el legislador austríaco fortaleció en 1979 el artículo 934 ABGB al prohibir la renuncia de la acción, lo cual ha conducido a un renacimiento de la lesión enorme”⁷⁶. Este renacimiento es parte de un redescubrimiento de la igualdad en el intercambio. El auge del individualismo extremo fue de corta duración e incluso antes de que el BGB existiera, el legislador comenzó a dar los primeros pasos hacia lo que

⁷⁵ ZIMMERMANN, Reinhard. Op. Cit. En nota 70. P. 260

⁷⁶ Ibídem P. 262

normalmente se llama, en términos generales, protección al consumidor. Hoy en día, la pregunta se formula en relación si una modificación gradual del derecho de los contratos, con el objetivo de proteger a la parte social y económicamente más débil, es todavía una forma satisfactoria de ponerle atajo al problema, o si uno debiera más bien consolidar todas estas reformas y conceptualizar un nuevo cuerpo completo de derecho del consumidor. Este es un extenso campo que no puede ser explotado dentro de este contexto. Basta decir que esta transición a la libertad contractual a la responsabilidad social puede ser vista, en un contexto más amplio, como un regreso a los fundamentos éticos del *ius commune* temprano.

CAPÍTULO III: LA LIBERTAD.

3.1 INMANUEL KANT.

Como se anticipó anteriormente, una segunda tradición intelectual en relación con el fundamento obligatorio del contrato se asimila el principio de la autonomía de la voluntad. Sus orígenes se remontan al nominalismo post tomista y al individualismo moderno, que desestimó que el valor las cosas fuese intrínseco y objetivamente mensurable. La idea de que el precio justo es del mercado, ya analizado en los textos de Tomás de Mercado y Adam Smith, deja, sin embargo, en suspenso la interrogante por el fundamento de obligatoriedad del contrato.

Por cierto que Aristóteles se planteaba esa pregunta. Con mayor intensidad lo hicieron los escolásticos, especialmente desde Tomás de Aquino. Como se ha visto, en esta tradición intelectual la cuestión de la obligatoriedad se plantea desde la perspectiva de la justicia material, esto es, de la equivalencia entre lo que se da y lo que se recibe, o bien, tiene su fundamento en el acto de generosidad, en los contratos gratuitos. Inmanuel Kant plantea esa pregunta por el fundamento de obligatoriedad en términos radicalmente diferentes: el deber de cumplir los contratos proviene del poder autovinculante que posee la voluntad de quien libremente se obliga. Esta autonomía de la voluntad es la base de la moral kantiana, que expresa una noción de contrato que subsiste, en esencia, hasta

nuestros días. En la “Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres” Kant efectúa una apasionada exposición de esta doctrina.

Este autor parte señalando que la buena voluntad no es buena por lo que efectúa o realice, no es buena por su adecuación para alcanzar algún fin que nos hayamos propuesto, es buena sólo por el querer, es decir, es buena en sí misma, es por ello que adquiere el carácter de valor absoluto cuando no entra en consideración ninguna inclinación. Sin embargo, como la razón no es bastante apta para dirigir seguramente a la voluntad, en lo que se refiere a los objetos de ésta y a la satisfacción de nuestras necesidades a cuyo fin nos hubiera conducido mucho mejor un instinto natural y, por otra parte, nos ha sido concedida la razón como facultad práctica, es decir, como una facultad que debe tener influjo sobre la voluntad, resulta que el destino verdadero de la razón tiene que ser el de producir una voluntad buena en sí misma.

Esta voluntad no ha de ser todo el bien, ni el único bien; pero ha de ser el bien supremo y la condición de cualquier otro. Esto se da porque la razón, que reconoce su destino práctico en la fundación de una voluntad buena, no puede sentir en el cumplimiento de tal propósito más que una satisfacción de especie peculiar, a saber, la que nace de la realización de un fin que sólo la razón determina, aunque ello tenga que ir unido a algún quebranto para los fines de la inclinación. Es por ello, para aclarar el concepto de una voluntad digna de ser

estimada por si misma, de una voluntad buena sin ningún propósito ulterior, tal como ya se encuentra en el sano entendimiento natural, es necesario considerar el concepto de deber, que contiene el de una voluntad buena. Al respecto transcribiré los siguientes ejemplos señalados por Kant:

El primero de ellos señala que “el ser benéfico en cuanto se puede es un deber; pero, además, hay muchas almas tan llenas de conmiseración, que encuentran un placer íntimo en distribuir la alegría en torno suyo, sin que a ello les impulse ningún movimiento de vanidad o de provecho propio, y que puede regocijarse del contento de los demás, en cuanto es su obra. Pero yo sostengo que, en tal caso, semejantes actos, por muy conformes que sean el deber, por muy dignos de amor que sean, no tienen, sin embargo, un valor moral verdadero y corren parejas con otras inclinaciones, por ejemplo, con el afán de honras, pues le falta a la máxima un contenido moral, esto es, que tales acciones sean hechas, no por inclinación, sino por deber, porque cuando ninguna inclinación le empuja a ello, y sabe desasirse de esa mortal insensibilidad y realiza la acción benéfica sin inclinación alguna, sólo por deber, entonces, y solo entonces, posee esta acción su verdadero valor moral”⁷⁷.

⁷⁷ KANT, Inmanuel. “Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres”. Segunda Edición. s.1, Espasa-Calpe S.A., s.d. Pp. 34 y 35

El segundo ejemplo señala que “conservar cada cual su vida es un deber, y además todos tenemos una inmediata inclinación a hacerlo así. Mas, por eso mismo, el cuidado angustioso que la mayor parte de los hombres pone en ello no tiene un valor interior, y la máxima que rige ese cuidado carece de un contenido moral. Conservan su vida conformemente al deber, sí; pero no por deber. En cambio, cuando las adversidades y una pena sin consuelo han arrebatado a un hombre todo el gusto por la vida, si este infeliz, con ánimo entero y sintiendo más indignación que apocamiento o desaliento, y aun deseando la muerte, conserva su vida, sin amarla, sólo por deber y no por inclinación o miedo, entonces su máxima si tiene contenido moral”.⁷⁸

De estos ejemplos se desprende que precisamente en ello estriba el valor del carácter moral, del carácter que es el supremo: “En hacer el bien, no por inclinación, sino por deber”. Pero, aún sin referirse aquí al deber, ya tienen los hombres todos por sí mismos una poderosísima e íntima inclinación hacia la felicidad, porque justamente en esta idea se reúnen en suma total todas las inclinaciones. Por lo tanto, aunque la universal tendencia a la felicidad no determina su voluntad queda, sin embargo, una ley a saber: “La de procurarse

⁷⁸ Ibidem. P. 34

cada cual su propia felicidad, no por inclinación, sino por deber, y sólo entonces tiene su conducta un verdadero valor moral”⁷⁹

La segunda proposición señalada por Kant es que “(...) una acción hecha por deber tiene su valor moral, no en el propósito que por medio de ella se quiere alcanzar, sino en la máxima por la cual ha sido resuelta; no depende, pues, de la realidad del objeto de la acción, sino meramente del principio del querer, según el cual ha sucedido la acción, prescindiendo de todos los objetos de la facultad del desear”. Por lo anteriormente dicho se ve con claridad que los propósitos que podamos tener al realizar las acciones, y los efectos de éstas, considerados como fines y motores de la voluntad, no puede proporcionar a las acciones ningún valor absoluto y moral. De ahí surge la pregunta ¿dónde, pues, puede residir este valor, ya que no debe residir en la voluntad, en la relación con los efectos esperados? No puede residir sino en el “Principio de la Voluntad”, prescindiendo de los fines que puedan realizarse por medio de la acción, pues la voluntad, puesta entre su principio a priori, que es formal, y su resorte a posteriori, que es material, se encuentra en una encrucijada, y como ha de ser determinada por algo, tendrá que ser determinada por el principio formal del querer en general, cuando una acción sucede por deber, puesto que todo principio material le ha sido sustraído.

⁷⁹ *Ibíd.* P. 37

La tercera proposición, consecuencia de las dos anteriores, señala “(...) el deber es la necesidad de una acción por respeto a la ley. Por el objeto, como efecto de la acción que me propongo realizar, puedo, sí, tener inclinación, más nunca respeto, justamente porque es un efecto y no una actividad de una voluntad. Así, el objeto del respeto, y por ende mandato, sólo puede serlo aquello que se relacione con mi voluntad como simple fundamento y nunca como efecto, aquello que no esté al servicio de mi inclinación, sino que la domine”.⁸⁰ Una acción realizada por deber tiene que excluir por completo el influjo de la inclinación, y con ésta todo objeto de la voluntad; no queda otra cosa que pueda determinar la voluntad, si no es, objetivamente ley y, subjetivamente, el respeto puro a esa ley práctica, y, por tanto, la máxima (principio subjetivo del querer) de obedecer siempre a esa ley, aún con perjuicio de todas mis inclinaciones.

En la voluntad de un ser racional es en la única parte en donde puede encontrarse el bien supremo y absoluto, por lo tanto, la representación de la ley en sí misma, la cual desde luego no se encuentra más que en el ser racional, en cuanto que ella y no el efecto esperado, que es el fundamento determinante de la voluntad, puede constituir ese bien tan excelente que llamamos bien moral. De ahí surge la pregunta de ¿Cuál puede ser esa ley cuya representación tiene que determinar la voluntad, para que ésta pueda llamarse buena en absoluto y sin restricción

⁸⁰ *Ibíd.* P. 38

alguna?. Como se ha sustraído la voluntad a todos los afanes que pudieran apartarla del cumplimiento de una ley, no queda nada más que la universal legalidad de las acciones en general, es decir, “no se debe obrar nunca más que de modo que pueda querer que mi máxima deba convertirse en ley universal”.⁸¹

En este punto es de suma importancia, para efectos de ilustrar y demostrar porqué deben cumplirse los contratos, transcribir el siguiente ejemplo señalado por Kant: “¿Me es lícito, cuando me hallo apurado, hacer una promesa con el propósito de no cumplirla? ¿Es prudente o conforme al deber hacer una falsa promesa?. Ciertamente, veo muy bien que no es bastante el librarme, por medio de ese recurso, de una perplejidad presente, sino que hay que considerar determinante si no podrá ocasionarme luego esa mentira muchos más graves contratiempos que estos que ahora consigo eludir; y como las consecuencias, a pesar de cuanta astucia me precie de tener, no son tan fácilmente previsibles que no pueda suceder que la pérdida de la confianza en mí sea mucho más desventajosa que el daño que pretendo ahora evitar, habré de considerar si no sería más sagaz conducirme en este punto según una máxima universal y adquirir la costumbre de no prometer nada sino con el propósito de cumplirlo. Pero pronto veo claramente que una máxima como ésta se funda sólo en las consecuencias inquietantes. Ahora bien; es cosa muy distinta ser veraz por deber serlo o serlo por temor a las

⁸¹ *Ibíd.* P. 41

consecuencias perjudiciales, porque, en el primer caso, el concepto de la acción en sí misma contiene ya una ley para mí, y en el segundo, tengo que empezar por observar alrededor cuáles efectos para mí pueden derivarse de la acción; pero si soy infiel a mi máxima de la sagacidad, puede ello a veces serme provechoso”.⁸²

Consecuencia de lo anterior, ¿podría decirse que la máxima salir de apuros por medio de una promesa mentirosa debiese valer como ley universal?. Si bien puedo querer la mentira, no puedo querer una ley universal de mentir pues, según esta ley, no habría propiamente ninguna promesa, porque sería vano fingir a otros mi voluntad respecto de mis futuras acciones, por lo tanto, mi máxima, tan pronto como se tornare ley universal, se destruiría así misma.

Para saber lo que hay que hacer para que el querer sea moralmente bueno, es necesario preguntarse si ¿puedes creer que tú máxima se convierta en ley universal? Si no, es una máxima reprobable, y no por algún perjuicio que pueda ocasionar, sino porque no puede convenir, como principio, en una legislación universal posible; la razón impone respeto inmediato por esta universal legislación, la cual es una estimación del valor, que excede en mucho a todo valor que se aprecie por la inclinación, y que la necesidad de mis acciones por puro respeto a la ley práctica es lo que constituye el deber, ante el cual tiene que inclinarse cualquier otro fundamento determinante, porque es la condición de una voluntad

⁸² Ibídem. Pp. 41 y 42

buena en sí, cuyo valor está por encima de todo. De aquí nace un concepto fundamental en la filosofía kantiana, a saber, el principio del conocimiento moral de la razón vulgar del hombre. La razón vulgar no precisa este principio así abstractamente y en una forma universal, pero lo tiene continuamente ante los ojos y lo usa como criterio en sus enjuiciamientos, puesto que en lo práctico comienza la facultad de juzgar, mostrándose ante todo muy provechosa, cuando el entendimiento vulgar excluye de las leyes prácticas todos los motores sensibles. Además, con este principio se puede distinguir perfectamente en todos los casos que ocurren qué es bien, qué es mal, qué es conforme o contrario al deber, no haciendo falta ciencia ni filosofía alguna para saber qué es lo que se debe hacer para ser honrado y bueno y hasta sabio y virtuoso.

Si bien Kant ha sacado el concepto del deber, que hasta ahora tenemos, del uso vulgar de nuestra razón práctica, no debe inferirse de ello, en manera alguna, que lo haya tratado como concepto de experiencia, puesto que aunque muchas acciones suceden en conformidad con lo que el deber ordena, siempre cabe la duda de si han ocurrido por deber y, por tanto, de si tienen un valor moral. Es por ello que es absolutamente imposible determinar por experiencia y con absoluta certeza un solo caso en que la máxima de una acción, conforme por lo demás con el deber, haya tenido su asiento exclusivamente en fundamentos morales y en la representación del deber.

Si no hay ningún verdadero principio supremo de la moralidad que no haya de descansar en la razón pura independientemente de toda experiencia, no sería necesario ni siquiera preguntar si será bueno alcanzar a priori esos conceptos, con todos los principios a ellos pertinentes, exponerlos en general (in abstracto) en cuanto que su conocimiento debe distinguirse del vulgar y llamarse filosófico. “Así, si reuniéramos votos sobre lo que deba preferirse, si un conocimiento racional puro, separado de todo lo empírico, es decir, una metafísica de las costumbres o una filosofía práctica popular, pronto se adivina de que lado se inclinaría la balanza”.⁸³

Este descender a conceptos populares es ciertamente muy plausible cuando previamente se ha realizado la ascensión a los principios de la razón pura y se ha llegado a esto a completa satisfacción. Con esto quiero decir que conviene primero fundar la teoría de las costumbres en la metafísica, y luego, cuando sea firme, procurarle acceso por medio de la popularidad.

Por todo lo dicho se ve claramente que todos los conceptos morales tienen su asiento y origen, completamente a priori, en la razón, y ello en la razón humana más vulgar tanto como en la más altamente especulativa; que no puede ser abstraída de ningún conocimiento empírico, el cual, por tanto, sería contingente; que en esa pureza de su origen reside su dignidad, la dignidad de servirnos de

⁸³ *Ibíd.* P. 54

principios prácticos supremos; que siempre que se añade algo empírico sustraemos otro tanto de su legítimo influjo y quitamos algo al valor ilimitado de las acciones; que es de máxima importancia ir a buscar los conceptos y leyes en la razón pura, exponerlos puros y sin mezcla, e incluso determinar la extensión de todo ese conocimiento práctico puro, es decir, toda la facultad de la razón pura práctica.

Cada cosa, en la naturaleza, actúa según leyes. Sólo un ser racional posee la facultad de obrar por la representación de las leyes, esto es, por principios; posee voluntad. Como para derivar las acciones de las leyes se exige razón, resulta que la voluntad no es otra cosa que la razón práctica. Así, la voluntad es una facultad de no elegir nada más que lo que la razón, independientemente de la inclinación, conoce como prácticamente necesario, es decir, bueno. “Sin embargo, si la voluntad no es en sí plenamente conforme a la razón, entonces las acciones conocidas objetivamente como necesarias son subjetivamente contingentes, y la determinación de tal voluntad, en conformidad con las leyes objetivas, llámese *constricción*; es decir, la relación de las leyes objetivas a una voluntad no enteramente buena es representada como la determinación de la voluntad de un ser racional por fundamentos de la voluntad, sí, pero por fundamentos a los cuales esta voluntad no es por su naturaleza necesariamente obediente”⁸⁴

⁸⁴ *Ibíd.*, P. 59.

“La representación de un principio objetivo, en tanto que es constrictivo para una voluntad, llámese mandato (de la razón), y la fórmula del mandato llámese *imperativo*”⁸⁵. Estos imperativos son solamente fórmulas para expresar la relación entre las leyes objetivas del querer en general y la imperfección subjetiva de la voluntad de tal o cual ser racional, es decir, de la voluntad humana.

Pues bien, todos los imperativos mandan, ya hipotética, ya categóricamente. Aquéllos representan la necesidad práctica de una acción posible, como medio de conseguir otra cosa que se quiere (o que es posible que se quiera). El imperativo categórico sería el que representase una acción por sí misma, sin referencia a ningún otro fin, como objetivamente necesaria. Es por ello que el imperativo categórico es el único que se expresa en ley práctica, y los demás imperativos pueden llamarse principios, pero no leyes de la voluntad, porque lo que es necesario hacer sólo como medio para conseguir un propósito cualquiera, puede considerarse en sí como contingente, y en todo momento podemos quedar libres del precepto con renunciar al propósito, mientras que el mandato incondicionado no deja a la voluntad ningún arbitrio como respecto al objeto y, por tanto, lleva en sí aquella necesidad que exigimos siempre en la ley. “Así, el imperativo categórico

⁸⁵ *Ibíd.*, P. 60

es, pues, único, y es como sigue: *obra sólo según una máxima tal que puedas querer al mismo tiempo que se torne ley universal*⁸⁶.

Ahora, tomando como base el imperativo categórico me quiero referir a la obligatoriedad del contrato, para ello pondré como ejemplo el caso de una persona que se ve apremiada por la necesidad a celebrar un contrato. Bien sabe que no podrá cumplir, pero sabe también que nadie celebrara un contrato con ella si no se compromete a cumplir la prestación debida dentro de un determinado tiempo. Siente deseos de hacer tal promesa, pero se pregunta: ¿no está prohibido, no es contrario al deber salir de apuros de esta forma?. Suponiendo que decida hacerlo. Su máxima de acción sería: "cuando me crea estar apurado de alguna necesidad, celebraré un contrato y prometeré cumplirlo, aún cuando se que no lo voy a verificar nunca. Este principio del egoísmo o de la propia utilidad quizá muy compatible con todo mi bienestar futuro. Pero la cuestión ahora es ésta: ¿es ello lícito?. Transformo la exigencia del egoísmo en una ley universal y reformulo la pregunta en los siguientes términos ¿Qué sucedería si dicha máxima se tornase ley universal? De inmediato se desprende que dicha máxima nunca puede valer como ley natural universal, pues la universalidad de una ley que diga que quien crea estar apurado puede prometer lo que se le ocurra proponiéndose no cumplirlo, haría imposible la promesa misma y el fin que pueda con ella obtenerse,

⁸⁶ *Ibíd*em, P. 72

pues nadie creería que recibe una promesa y todos se reirían de tales manifestaciones como de un vano engaño.

Si ahora atendemos a nosotros mismos, en los casos en que contravenimos a un deber, hallaremos que realmente no queremos que nuestra máxima deba ser una ley universal, pues ello es imposible; más bien lo contrario es lo que debe mantenerse como ley universal, pero nos tomamos la libertad de hacer una excepción para nosotros (y sólo para el caso particular), en provecho de nuestras inclinaciones. Por consiguiente, “si lo consideramos todo desde uno y el mismo punto de vista, a saber: que cierto principio es necesario objetivamente como ley universal, y, sin embargo, no vale subjetivamente con universalidad, sino que hay que admitir excepciones. Pero nosotros consideramos una vez nuestra acción desde el punto de vista de una voluntad conforme enteramente con la razón, y otra vez consideramos la misma acción desde el punto de vista de una voluntad afectada por la inclinación; de donde resulta que no hay aquí realmente contradicción alguna, sino una resistencia de la inclinación al precepto de la razón; por donde la universalidad del principio tórnase en mera validez común (generalidad). Aun cuando esto no puede justificarse en nuestro propio juicio, ello demuestra que reconocemos realmente el imperativo categórico y sólo nos permitimos algunas excepciones que nos parecen insignificantes y forzadas”⁸⁷.

⁸⁷ *Ibíd.*, P. 77 y 78

Al respecto se puede decir que si el deber es un concepto que debe contener significación y legislación real sobre nuestras acciones, el deber de cumplir con nuestras promesas cuando son libremente convenidas, no podría expresarse más que en imperativos categóricos y de ningún modo en imperativos hipotéticos, y todo ello por una razón de peso: la seguridad jurídica. Además, el deber ha de ser una necesidad práctica incondicionada de la acción; ha de valer para todos los seres racionales y sólo por eso ha de ser ley para todas las voluntades humanas, y es justamente por ello que, todo aquello que sea empírico es una adición al principio de la moralidad y, como tal, no sólo inaplicable, sino altamente perjudicial para la pureza de las costumbres mismas, en las cuales el valor propio y superior a todo precio de una voluntad absolutamente pura consiste justamente en que el principio de la acción esté libre de todos los influjos de motivos contingentes, que sólo la experiencia puede proporcionar.

Volviendo al deber necesario para con los demás, el que esté meditando en hacer una promesa falsa comprenderá al punto que quiere usar de otro hombre como de un simple medio, sin que éste contenga al mismo tiempo el fin en sí. Pues el que yo quiero aprovechar para mis propósitos por esa promesa no puede convenir en el modo que tengo de tratarle y ser el fin de esa acción. Así, pues, el que lesiona los derechos de los hombres está decidido a usar la persona ajena como simple medio, sin tener en consideración que los demás, como seres racionales que son,

deben ser estimados siempre al mismo tiempo como fines, es decir, como tales seres que deben contener en sí el fin de la misma acción.

“Este principio de la humanidad y de toda naturaleza racional en general como fin en sí mismo, principio que es la condición suprema limitativa de la libertad de las acciones de todo hombre, no se deriva de la experiencia: primero, por su universalidad, puesto que se extiende a todos los seres racionales y no hay experiencia que alcance a determinar tanto; segundo, porque en él la humanidad es representada, no como fin del hombre (subjetivo), esto es, como objetos que nos proponemos en realidad por fin espontáneamente, sino como fin objetivo, que, sean cualesquiera los fines que tengamos, constituye como ley la condición suprema limitativa de todos los fines subjetivos y, por tanto, debe originarse de la razón pura”⁸⁸.

Para finalizar es necesario señalar que el ser humano está atado a las leyes, pero a las leyes derivadas de su propia legislación, si bien ésta es universal, y que está obligado solamente a obrar de conformidad con su propia voluntad legisladora, la cual, según el fin natural, legisla universalmente. Pues cuando se pensaba al hombre sometido solamente a una ley (sea la que fuere), era preciso que esta ley llevase consigo algún interés, atracción o coacción, porque no surgía como ley de su propia voluntad, sino que esta voluntad era forzada, conforme a la ley, por

⁸⁸ *Ibíd*em, P. 87

alguna otra cosa a obrar de cierto modo. Pero esta consecuencia necesaria arruinaba irrevocablemente todo esfuerzo encaminado a descubrir un fundamento supremo del deber. Pues nunca se obtenía deber, sino necesidad de la acción por cierto interés, ya fuera interés propio o ajeno. Pero entonces el imperativo había de ser siempre condicionado y no podía servir para el mandato moral. A este principio Kant lo llama “Autonomía de la Voluntad”⁸⁹.

Puedo ahora terminar por donde mismo empecé, a saber, por el concepto de una voluntad absolutamente buena. La voluntad es absolutamente buena cuando su máxima, al ser transformada en ley universal, no puede nunca contradecirse. Este principio es, pues, también su ley suprema: obra siempre por tal máxima, que puedes querer al mismo tiempo que su universalidad sea ley; ésta es la única condición bajo la cual una voluntad no puede estar nunca en contradicción consigo misma, y este imperativo es categórico, el cual puede expresarse así: “obra según máximas que pueden al mismo tiempo tenerse por objeto a sí mismas, como, leyes naturales universales”. Así está constituida la fórmula de una voluntad absolutamente buena.

Ahora bien, de aquí se sigue que todo ser racional, como fin en sí mismo, debe poderse considerar, con respecto a todas las leyes a que pueda estar sometido, al mismo tiempo como legislador universal, porque justamente esa aptitud de sus

⁸⁹ Ibídem, P. 90

máximas para la legislación universal lo distingue como fin en si mismo, e igualmente su dignidad sobre todos los simples seres naturales lleva consigo el tomar sus máximas siempre desde el punto de vista de él mismo y al mismo tiempo de todos los demás seres racionales, como legisladores, los cuales por ello se llaman personas. Y de esta suerte es posible un mundo de seres racionales como reino de los fines, por la propia legislación de todas las personas como miembro de él.

Por último, he aquí demostrado que ni el miedo ni la inclinación, sino solamente el respeto a la ley es el resorte que puede dar a la acción un valor moral. Nuestra propia voluntad legisladora, en cuanto que obrarse sólo bajo la condición de una legislación universal posible por sus máximas, esa voluntad posible para nosotros en la idea, es el objeto propio del respeto, y la dignidad de la humanidad consiste precisamente en esa capacidad de ser legislador universal, aun cuando con la condición de estar al mismo tiempo sometido justamente a esa legislación.

3.2 CHARLES FRIED.

El texto de Charles Fried, profesor de Harvard, está tomado del libro “Contract as Promise” de 1981, recientemente traducido al castellano. El autor efectúa un desarrollo contemporáneo de la doctrina kantiana del contrato, y contradice polémicamente a otros juristas anglosajones que sometieron a prueba esa tradición intelectual durante los años 70 (P.S. Atiyah, A. Kronman y, en general, el utilitarismo de los partidarios del enfoque económico del derecho).

Fried parte señalando que el principio fundamental de la moral política liberal es que debemos gozar de seguridad, de modo que las personas y propiedades no estén expuestas a la explotación por otros, y para eso necesitamos tener una base segura en el mundo para expresar nuestra voluntad y expandir nuestros poderes. Así, cualquiera que sean nuestros logros y juicios, la moral exige que respetemos la persona y la propiedad de los demás, dejándolos libres para hacer lo que quieran con sus vidas así como nosotros podemos hacer lo mismo con las nuestras. Este es el ideal liberal, el que distingue el bien, como dominio de aspiración y lo correcto, y que establece los términos y límites conforme a los cuales intentamos actuar. En este sentido, sólo las demás personas no están a nuestra disposición. Ellas comparten nuestra autoconciencia, nuestro poder de autodeterminación; de modo que usarlas como si fueran parte del mundo exterior es enervar la fuente del poder moral de que gozamos. En consecuencia, se puede

señalar, que fue un descubrimiento moral crucial que los hombres libres pudieran libremente servir a los propósitos de otros. Así, cuando mi creencia en que otra persona me asistirá activamente deriva de mi convicción de que hará lo que es correcto (no sólo lo que es prudente), entonces confío en ella, y esta confianza es una herramienta poderosa para desarrollar nuestras mutuas voluntades en el mundo. Entonces, la confianza es un instrumento tan notable que al final la buscamos por sí misma; pudiendo actuar confiado en el miedo o en el interés, pero siempre llegaremos a la convicción de preferir hacer cosas en forma cooperativa.

“La promesa es el instrumento que da a la confianza su fuerza y la hace palpable. Mediante ella ponemos en manos de otra persona un nuevo poder para desarrollar su voluntad, aunque sea sólo moral: lo que pensaba hacer sólo, ahora tiene la expectativa de efectuarlo con ayuda prometida, y darle esta nueva herramienta es precisamente el propósito de la promesa. Al prometer transformamos una elección moralmente neutra en moralmente apremiante”⁹⁰.

De lo anteriormente expuesto, resulta imperioso entender ¿Qué es, para el autor, una promesa? ¿Qué es lo que tiene una promesa que con mis palabras puedo convertir en incorrecto lo que antes era moralmente indiferente?. La primera

⁹⁰ FRIED, Charles. “La Obligación Contractual. El Contrato Como Promesa”. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. P.20

aproximación para dar una respuesta a estas interrogantes es señalar que una promesa es una comunicación, usualmente verbal. Pero ¿Cómo puede ser que al decir algo se ponga una carga moral en una elección que antes era moralmente neutra?. Está claro, mintiendo o engañando. ¿No es acaso la mentira el paradigma de hacer algo incorrecto hablando? Sin embargo, esta idea no necesariamente funciona. Una promesa pone una carga moral en un acto potencial (lo incorrecto se hace después, cuando se la mantiene) mientras que la mentira es algo erróneo que se comete al momento de su expresión. Ambas faltas abusan de la confianza, pero de diferentes formas. Cuando hablo me comprometo con la verdad de mi declaración, pero al prometer me comprometo a actuar más adelante. Aunque ambas faltas son diferentes, ha existido una persistente tendencia a asimilarlas tratando a la promesa como a una particular clase de mentira: una mentira sobre las propias intenciones.

Para entenderlo mejor es necesario transcribir el ejemplo señalado por Fried: “Le vendo una casa, reteniendo para mí un sitio vacío adyacente. Durante las negociaciones le aseguro que en este sitio pretendo construir una casa. ¿Qué pasa si varios años después le vendo el terreno a una persona que levanta en él una estación de gasolina? ¿Es igual si sólo la vendo un mes después? ¿Y si estoy

negociando la venta del sitio para instalar la estación de gasolina al mismo tiempo que le vendo la casa?⁹¹.

Si ya estaba negociando la venta del sitio para construir en él una estación de gasolina y al mismo tiempo afirmé que pretendía hacerme una casa, me he comportado incorrectamente. He mentido acerca de mis verdaderas intenciones. Si por el contrario, vendo el lugar varios años después, no he obrado incorrectamente. No hay base para decir que he mentido sobre mis intenciones; sólo he cambiado de idea. Ahora bien, si he prometido que usaré el sitio sólo para residencia, la situación sería diferente. Prometer va más allá de informar con verdad sobre mis actuales intenciones, puesto que puedo ser libre de cambiar de idea, pero no lo soy para quebrantar mi promesa. De aquí no se sigue necesariamente que sea también errado obtener un beneficio o causar daño mediante el incumplimiento de una promesa. Que mi actuación me procure un beneficio cause daño no prueba nada en si mismo, o sea, si por ejemplo abro un restaurante cerca de un hotel y luego prospero a costa de la clientela que le he quitado a éste, el dividendo que obtengo no me crea ninguna obligación. “Solo estoy obligado a restituir si me he beneficiado de manera injusta, que es justamente lo que sucede cuando hay engaño”⁹². El problema se presenta cuando

⁹¹ Ibídem, P. 21

⁹² Ibídem, P. 22

con toda honestidad tengo el propósito de cumplir mi promesa al momento de formularla, pero con posterioridad he cambiado de parecer ¿Dónde está la injusticia en este caso?. Así, si se piensa que en este caso también se debe una indemnización, la razón no está en que haya obtenido beneficios con mi promesa, puesto que aún el provecho a expensas de otro no es por si solo suficiente para requerir compensación. Si tengo un deber de restituir los beneficios obtenidos, ello debe ser en razón de una promesa. Es ésta lo que hace que el enriquecimiento a expensas de otro sea injusto; no es la ganancia lo que la hace obligatoria. Por lo tanto, ni la afirmación de mis intenciones ni el beneficios explican por qué la promesa tiene un papel moral, si es que tiene alguno.

Un intento más corriente de reducir la fuerza de la promesa a alguna otra categoría moral apela al daño que sufre quien actúa por confianza en que se cumplirá. Esta afirmación se explica en el deber que una persona tiene cuando pudo haber previsto que el otro actuaría por confianza en la promesa y que sufriría daño si se llegara a romper, de modo que en este caso la responsabilidad extracontractual puede construir el puente que separa la afirmación de una intención y la promesa. Así, este actuar erróneo no sólo constituye la base para compensar el daño causado por la actuación por confianza defraudada, sino que también otorga fundamento moral a la obligación de restituir cualquier beneficio obtenido del otro con la fuerza de mi promesa. Sin embargo, surge nuevamente el

problema de si la promesa no es más que la afirmación verdadera de mis intenciones, entonces ¿por qué soy responsable del daño que pueda sufrir cuando cambio de opinión?, ¿acaso mi libertad de elección está limitada por las expectativas que se tienen acerca de mi persona? ¿por qué mi libertad habría de estar constreñida por el daño que pudiera sufrir otra persona al frustrar las expectativas que decidió abrigar en relación con mis propias elecciones?.

Para dilucidar esta encrucijada, es necesario, a juicio de Fried, tomar como hecho relevante de que cuando prometo algo no es por casualidad que el otro actúe por confianza, puesto que lo que estoy comunicando son mis intenciones, lo cual es una evidencia clara de que sabía que el cambiar de opinión podría causar un daño. Podría decirse que al contar mis intenciones me hago el agente de su actuar por confianza, y que esto es lo que hace más clara mi responsabilidad: después de todo, difícilmente puedo manejar todas las formas en que se lleguen a saber mis intenciones, pero si puedo controlar el contárselas o no. Quizás la declaración de la intención al prometer es obligatoria porque no sólo prevemos la actuación por confianza, sino que invitamos a ella, queremos que el destinatario de la promesa actúe por confianza en el cumplimiento de la misma.

Una promesa demanda una actuación por confianza en las acciones futuras, no sólo en la sinceridad actual. Se hace imperioso buscar un elemento adicional además del beneficio, la actuación por confianza y la comunicación de la

intención. Ese elemento adicional debe comprometer, y debe hacerlo a algo más que a ser veraz en cierta afirmación, puesto que la invocación al beneficio y de la actuación por confianza intentan explicar la fuerza de la promesa en términos de dos de sus efectos más usuales, pero ambos efectos dependen de la premisa previa de la fuerza del compromiso. Así llegamos a un argumento circular: para que la promesa tenga fuerza en un caso particular, debe asumirse que tiene fuerza en general. Una vez que esto se asume, los efectos que producimos intencionalmente mediante una promesa en particular pueden sernos moralmente atribuidos.

El prometer es una convención muy general. Así, el acto de prometer tiene un propósito muy general bajo el cual podemos derivar una infinidad de propósitos particulares. “Para ser lo más libre posible, de modo que mi voluntad tenga el mayor rango de acción compatible con igual voluntad de los demás, es necesario que exista una manera en la que pueda comprometerme. Es esencial que pueda convertir en no opcional un curso de acción que en caso contrario lo habría sido. De esta forma puedo hacer más fácil los proyectos de los demás, puesto que puedo hacer posible el contar con mi conducta futura, y entonces dichas personas pueden perseguir proyectos más intrincados, más difíciles de alcanzar”⁹³. Si está en mi propósito y voluntad que otros puedan contar conmigo, es esencial que me

⁹³ *Ibíd*em, p. 26

pueda poner más fuertemente en sus manos y no sólo para que predigan mi conducta futura. De modo que la posibilidad de comprometerme me permite realizar actos de generosidad, perseguir un proyecto cuyo contenido es que el otro pueda perseguir su proyecto. Por supuesto que este motivo exclusivamente altruista no es el único valioso a favor de la posibilidad de comprometerse. Más central es la situación en que apoyamos proyectos en que la ganancia es recíproca.

Lo anterior nos da cuenta de la existencia de paradoja consistente en que un mayor aumento de la autonomía se produciría por mecanismos que, a su vez, la restringen. Sin embargo, las restricciones involucradas en una promesa son tomadas precisamente para incrementar las opciones en el largo plazo, y de este modo son perfectamente consistentes con el principio de autonomía propia y a la ajena.

La institución del prometer es una manera en que me pudo obligar a mí mismo a favor de otro, de modo que éste pueda esperar una prestación futura; y de este modo, el obligarme a mí mismo es algo que puedo elegir. Pero por sí sólo, no demuestra que esté moralmente forzado a cumplir mi promesa si con posterioridad se demuestra que hacerlo resultaría inconveniente o costoso.

Frente a la pregunta de por qué estoy obligado a cumplir una promesa en particular en una ocasión especial, difícilmente sirve de respuesta el hecho que las

convenciones dejarían de funcionar en el largo plazo y de reportar beneficios si todos se sintieran libres para violarlas. Así, Fried nos señala: “que el propio interés del individuo no es suficiente para sostener una convención, y se necesita algún fundamento adicional para amarrarla. Existen dos posibilidades: las sanciones externas y la obligación moral”⁹⁴.

David Hume (autor que analizaré, en un apartado, a continuación) intentó combinarlas señalando que la sanción externa del oprobio o pérdida de reputación, que la sociedad aplica a quien rompe una promesa, se internaliza y deviene en instintiva, explicándose así el sentimiento de obligación moral implícito en la promesa. Aunque Hume ofrece una explicación antropológica o psicológica de cómo se siente la gente en relación con las promesas, es suyo no en un argumento moral satisfactorio. “Supongamos que puedo dejar de cumplirlas sin que llegue a ser sancionado (la persona a quien se la hice está muerta), y que pregunto si frente a un inconveniente personal aún debo mantenerla. La explicación de Hume es más bien un argumento en contra de la mantención de mi compromiso, puesto que da cuenta de cómo llegan a alojarse en mi psiqui los sentimientos de obligación, como primer paso para que me libere de tan inconvenientes prejuicios”⁹⁵.

⁹⁴ Ibídem, p. 28

⁹⁵ Ibídem, P. 29

Las consideraciones de interés personal no pueden constituir el fundamento moral de mi obligación de guardar una promesa. Por argumentos análogos, tampoco pueden hacerlo razones de utilidad. Por muy sincera e imparcial que sea mi aplicación del mandato utilitario de considerar en cada paso la forma de incrementar el total de felicidad y utilidad en el mundo, éste siempre me permitirá romper mi promesa cuando la balanza de ventajas (que por supuesto incluye mi propio beneficio) se incline en dicha dirección. El posible daño a la institución de prometer es sólo un factor que debe ser considerado en el cálculo. Otros a considerar, según Fried, serían: el bien alternativo que podría hacer rompiéndola; si la violación de la misma fuera descubierta y, en caso de serlo, por cuántas personas; cuál sería el efecto real que tal transgresión produciría en la confianza.

El utilitarismo de reglas busca una alternativa de respuesta en el sentido de señalarnos que la obligación moral del individuo no está determinada por la mejor acción en un momento en particular, sino por la norma que le resulte más beneficiosa. Sin embargo, Fried discrepa con esta posición en el sentido de que el utilitarismo de reglas exige que éstas sean seguidas en un caso particular, incluso cuando, considerando todos los factores, el resultado no sea el mejor, de tal suerte que se abandona el aspecto interesado del utilitarismo de reglas. Además, la obligación de seguir la norma resulta tan calificada que finalmente se vuelve a un utilitarismo de actos.

La obligación de mantener una promesa no se funda en argumentos de utilidad, sino en el respeto a la autonomía individual y en la confianza, por lo tanto, un individuo está moralmente obligado a mantener su promesa porque ha invocado intencionalmente una convención cuya función es dar fundamentos morales para que otro tenga la expectativa que será cumplida. Quien reniega de ella, abusa de la confianza que libre e intencionalmente invitó a depositar. Sin duda que un régimen general de fe y confianza en las promesas y en la veracidad será de gran utilidad social. Pero esto sólo demuestra que un sistema de respeto mutuo permite a los hombres y mujeres conseguir lo que no podrían obtenerse en una jungla de intereses personales ilimitados.

El utilitarista, considerando las ventajas de la institución, afirma la importancia de hacer cumplir los contratos. En cambio, el partidario de la moral del deber, ve en la promesa un instrumento modelado por individuos morales libres que se apoya en la premisa de la confianza mutua, y que obtiene su fuerza moral precisamente de esta premisa. Luego, la moral del deber establece una obligación general de mantener las promesas, de que la obligación contractual es sólo un caso particular, aquel en que ciertas promesas han obtenido la obligatoriedad jurídica además de moral. Pero puesto que el contrato es una promesa antes que ninguna otra cosa, debe de cumplirse del mismo modo.

En consecuencia, existe una convención que define la práctica del prometer y sus efectos. La misma provee una modalidad en que una persona puede crear expectativas en otras. En virtud de los principios kantianos básicos de confianza y respeto, es incorrecto invocar esta convención para hacer una promesa y luego romperla.

CONCLUSIÓN.

Los contratos forman parte del derecho de obligaciones, es decir, tiene relación con las obligaciones que las personas contraen para con otros como resultado de las relaciones y transacciones en las que se ven envueltos. Más generalmente, el derecho de contratos es parte del derecho privado, en el sentido que las obligaciones públicas, como las obligaciones políticas y constitucionales, no son tratadas por el derecho, o concebidas por los abogados, como parte del derecho de obligaciones. Es cierto que los entes públicos pueden celebrar contratos comunes y de cierto modo, someterse al derecho privado, pero los deberes más amplios de estos entes no caen dentro del campo del derecho de obligaciones como es entendido comúnmente.

Las obligaciones emanan de una variedad de fuentes, y pueden ser clasificadas de diversas formas. De este modo uno puede distinguir entre obligaciones debidas por una persona a los miembros de su familia, obligaciones entre vecinos, obligaciones que emanan de una relación laboral, etc. Sin embargo, ha sido tradicional en el derecho tratar como distinción básica la que diferencia entre las obligaciones que son adquiridas por el individuo por su propia voluntad y las obligaciones que son impuestas al ciudadano desde afuera. Hablando en términos más generales, el derecho de contratos es aquella parte del derecho que dice relación con las obligaciones que el individuo adquiere por su propia voluntad, lo

cual daría para pensar que el fundamento obligatorio del contrato se encontraría en la autonomía privada, es decir, en la libertad. Sin embargo, muchas de las obligaciones reconocidas por el derecho de contratos no pueden ser concebidas en realidad como adquirida por voluntad propia.

Por el momento estos matices pueden ser dejados de lado, y podemos concentrarnos en el hecho indubitado de que el derecho de contratos permiten a las personas imponerse obligaciones sobre sí mismos. Tal orden jurídico presupone naturalmente una sociedad y un sistema legal en el cual las personas tienen el derecho a elegir qué obligaciones desean asumir. En sociedades muy primitivas, el rol del contrato ha sido generalmente muy pequeño, porque las obligaciones son normalmente concebidas como emanaciones de la costumbre y del orden social antes que de una elección libre. Igualmente en las sociedades colectivas modernas, donde el Estado es todo poderoso y los derechos individuales de libre elección son menos respetados, el rol del contrato puede ser al menos en la práctica, menos significativo. Pero en las democracias occidentales, donde tradicionalmente son respetados derechos más amplios en lo referente a la libre elección, los contratos han jugado un rol principal. No cabe duda que los contratos ha sido influenciado por una cantidad de factores, pero probablemente no es exagerado decir que dos de estos factores han sido lejos de mayor importancia que cualquier otro. Estos son el factor libertad y el factor

justicia. Ello porque los contratos reflejan en una medida considerable los estándares morales e ideales de la comunidad en la cual opera. Es por esto que no es sorprendente encontrar que tras una gran parte del derecho de contratos, descansa (según lo expuesto por Fried) el simple principio moral de que una persona debe cumplir sus promesas y respetar sus acuerdos.

Con el desarrollo económico y social de las sociedades modernas, la necesidad de los contratos se hace más urgente por al menos dos razones. En primer lugar, como lo señalaba Smith, la división del trabajo, que es un rasgo fundamental de las sociedades modernas, crea una creciente demanda para la transferencia de propiedad de algunos miembros de la comunidad a otros y para la prestación de servicios de algunos miembros de la comunidad para otros. El mecanismo legal por el cual estas transferencias de propiedad y prestación de servicios son llevadas a cabo es, en términos generales, el contrato. Por lo tanto, la segunda razón de la necesidad de la existencia de los contratos radica en el hecho que posibilita el intercambio de bienes y servicios, usualmente a cambio de dinero.

De lo expuesto a lo largo de este trabajo de investigación se desprende que durante los siglos dieciocho y diecinueve existió un apego a las teorías del derecho natural y la filosofía de *laissez-faire*. Así, la teoría del derecho natural significó que los hombres poseían un derecho inalienable a la propiedad, y por lo tanto, también para realizar sus propios acuerdos, o sea, para celebrar contratos

por sí mismos. Al mismo tiempo existía una influencia paternalista en el sentido de proteger a aquellos menos capaces de valerse por sí mismos en el libre mercado, sobre todo por apego a ciertos ideales de justicia, como fue, por ejemplo, la institución del justo precio.

Durante el siglo diecinueve las ideas paternalistas languidecieron en la medida que la filosofía del *laissez-faire* tomo fuerza. La mayoría de la gente instruida entendió que esta filosofía presuponía que en materia contractual el derecho debería interferir lo menos posible, puesto que su objetivo principal fue permitirle a las personas “cumplir sus deseos”. En general, el fundamento obligatorio del contrato no estaba por el lado de la equidad o la justicia del resultado. Estas ideas significaron alentar casi ilimitadamente la libertad como fundamento de obligatoriedad del contrato, y de este modo los lemas “libertad contractual” e “inviolabilidad de los contratos” se convirtieron en las bases sobre las cuales fue construido todo el derecho de contratos.

Esta libertad contractual abrazó dos conceptos para sostener la obligatoriedad del contrato. En primer lugar, enfatizó que los contratos obligan porque se basan en el mutuo acuerdo de las partes contratantes, en tanto que en segundo lugar, acentuó la idea de que la creación de un contrato era el resultado de la libre elección.

Decir que los contratos obligan porque se basan en un acuerdo o consentimiento mutuo, es una afirmación que tiene un apoyo general, y, en efecto, es tomada

como axiomática por la mayoría de la doctrina. La mayoría de los contratos, son creados como resultado del acuerdo de las partes, al menos en cuanto a lo esencial. Sin embargo, a mi juicio, son necesarias algunas calificaciones para la simple afirmación que la obligatoriedad del contrato deriva del acuerdo de voluntades de las partes contratantes. Primeramente, uno de los rasgos más fundamentales del derecho de contratos es que la prueba del consentimiento es objetivo y no subjetivo. No importa si las partes realmente consintieron en lo más profundo de sus mentes. La pregunta no es si las partes realmente consintieron, sino que si su conducta y lenguaje son tales que conducirían a gente razonable a asumir que la persona consintió. De este modo, en la actualidad, existen innumerables contratos celebrados día a día por los consumidores e incluso por los hombres de negocios, que consisten en formularios impresos y firmados. Está bien establecido en el derecho moderno que los términos impresos de tales contratos son obligatorios para las partes, pese a que pueden no haber sido leídos ni entendidos por una o ambas partes. Sólo en circunstancias extrañas y excepcionales de fraude u otro grueso error acerca de la naturaleza o efecto fundamental del formulario impreso, puede una parte negar la fuerza propia de su firma.

Como mencioné anteriormente, la segunda idea abrazada por el concepto libertad contractual fue que los contratos eran el resultado de la libre elección, lo cual

requiere algún desarrollo. Una vez más vemos la influencia de las teorías políticas y económicas en marcha, porque la libertad de elección era una libertad en un sentido muy restringido. Era libertad en el sentido de que nadie estaba obligado a ser parte de un contrato si no elegía serlo, libertad en el sentido de que todos tenían la opción de elegir con quien contratar, y libertad en el sentido de que las personas virtualmente pueden realizar cualquier contrato y en los términos que ellas elijan. Sin embargo, en la actualidad estas libertades se ven un poco truncadas, puesto que existen algunos casos en que una persona si puede estar obligada legalmente a celebrar un contrato, como ocurre por ejemplo en los “llamados públicos”, así las empresas de transporte público están obligados a contratar con cualquier miembro del público que requiera esos servicios o un individuo que requiera suministro de energía eléctrica está obligado a contratar con una determinada empresa eléctrica que tiene asignado ese sector.

Dado el dogma de que las obligaciones podían ser creadas por la intención de las partes, comenzó a ser un principio fundamental del derecho que los contratos fueran obligatorios y su cumplimiento posible de ser exigido tan pronto como fueren “hechos”, es decir, tan pronto como fueren celebrados. Es de este modo absolutamente fundamental para los autores tratados en este trabajo distinguir entre hacer un contrato y cumplir un contrato. No era necesario demostrar ningún acto de ejecución y confianza para justificar una demanda basada en un contrato;

tampoco era necesario demostrar que el demandante había sufrido alguna pérdida con al ruptura del contrato. Era suficiente con que hubiera esperado alguna ganancia si el contrato era cumplido. Tenía derecha a recobrar daños por estas “expectativas perdidas”.

Al considerar la libertad contractual en su otro sentido, como libertad de elección, nuevamente encontramos debilidades en el fundamento de obligatoriedad de los contratos, ya que se prestó poca atención a las desigualdades existentes entre las partes contratantes. Libertad contractual significaba que uno podía elegir con quien contratar, y se podía llegar a los términos que se quisiesen por acuerdo mutuo. Claramente esta aseveración no es del todo correcta, ya que la fuerza negociadora del empleador, por ejemplo, es normalmente mayor que el de sus empleados; o los pequeños comerciantes, una vez más, no eran rivales para las grandes transnacionales, etc.

Una razón por la que el derecho tradicionalmente prestó poca atención a la desigualdad de poder negociador se debió a que estas desigualdades eran concebidas como materias que implicaban justicia distributiva más que justicia conmutativa. El derecho de las obligaciones tradicionalmente se ocupó de materias relativas a la justicia conmutativa, es decir, poniendo en orden las cosas que no habían andado bien producto de un incumplimiento del contrato, o por un perjuicio causado por una persona a otra. Se pensaba que las desigualdades en la

sociedad que resultaban de la forma en que se distribuían los recursos y la riqueza, eran materias esencialmente políticas, que deberían ser abordadas por un organismo representativo del pueblo.

De lo anteriormente expuesto y de lo dispuesto a lo largo de este trabajo de investigación, creo que el fundamento de obligatoriedad del contrato no debe centrarse solamente en una de estas corrientes filosóficas, ya que ellas no son excluyentes, pero tampoco son lo suficientemente contundentes para lograr fundamentar por sí sola la obligatoriedad de los contratos. Así, de esta forma, se podrá tener una visión más acabada de esta institución jurídica que es la base del derecho civil, más todavía, del derecho en general. Sin embargo, lo que propongo es que si bien es necesario complementar ambos principios, por otro lado, también es necesario analizar los propósitos que subyacen en los contratos, puesto que de esta manera genera una respuesta más completa frente a la pregunta de por qué obligan los contratos. Así, es evidente que los contratos están diseñados para facilitar los planes privados, o sostener el funcionamiento del mercado, o hacer cumplir las promesas, o proteger las expectativas razonables. Sin duda que realiza estas cosas, las que son un elemento central en ellos. Al reconocer que dichos intercambios tienen efectos imperativos y el hacer cumplir los acuerdos para efectuar dichos intercambios, facilita y fomenta el intercambio libre y voluntario. De este modo, el contrato daría un efecto legal al funcionamiento del mercado,

permitiendo así que las actividades de negocios y comerciales sean realizadas eficientemente.

Los contratos también facilitan y fomentan la planificación privada de los individuos, al dar efecto a las intenciones con las que ellos hacen sus transacciones y planes. Esto permite a los individuos no sólo operar eficazmente como consumidores en el mercado, sino que también en muchos aspectos privados de sus vidas que pueden tener implicancias económicas, aunque ellos no están dentro del mercado como es normalmente entendido. Al cumplir con sus propósitos fundamentales los contratos tienen, a mí parecer, tres aspiraciones principales.

Primero, está inspirado en el deseo de hacer cumplir las promesas y proteger las expectativas razonables que son generadas por las promesas y por otras formas de conductas.

Segundo lugar, el contrato está fuertemente influenciado por las instituciones subyacentes del derecho de bienes, por lo tanto, mientras reconoce y hace cumplir transacciones cuyo objeto es la transferencia de propiedad, en general no apoya ni reconoce transferencias de propiedad o dinero que una persona ha obtenido sin ningún intercambio; las transferencias sin intercambio son ampliamente concebidas como constitutiva de un enriquecimiento injusto de una parte a

expensas de la otra, y esto es comúnmente un fundamento para la intervención legal.

En tercer lugar, los contratos también están diseñados para prevenir ciertos tipos de perjuicios o al menos compensar a aquellos que han sufrido dichos daños. Sobre todo intenta proteger, mediante el derecho, a aquellos que han confiado razonablemente en las promesas o conductas de otros, del daño o pérdidas en que habían incurrido como consecuencia de su confianza. En este respecto acudo a un mecanismo netamente formal, pero no por ello menos importante, en que el contrato obliga porque la ley lo señala, ya que de esta forma se incorpora una infusión sustancial de valores de la comunidad, haciendo especial énfasis en la justicia y razonabilidad de ésta.

BIBLIOGRAFÍA.

1. ARISTÓTELES. "Ética Nicomáquea". Traducción y notas por Julio Pallí Bonet. S.1., Editorial Gredos, 1989.
2. Cannnan E., "Thoeries of Production and Distribution"
"A Review of Economic Theory".
3. DE AQUINO, Tomás. "Summa Teológica". Tratado de la Justicia II, II.
4. DE MERCADO, Tomás. "Suma de Tratos y Contratos". Madrid, Editorial Nacional, 1975.
5. DURKHEIM, "Sobre la División del Trabajo Social", 1988.
6. FRIED, Charles. "La Obligación Contractual. El Contrato Como Promesa". Santiago. Editorial Jurídica de Chile.
7. HART, El Concepto de Derecho. Cap. 1, Ed. Alberlido Perrot, Bs Aires, Argentina.
8. HEGEL, "Fundamentos sobre la Filosofía del Derecho". Tomo VII, 1952.
9. HOBBS, Thomas. "Leviathan o la Materia, Forma y Poder de una República, Eclesiástica y Civil". Fondo de Cultura Económica, México. 1984.
10. HUME, David. "Tratado de la Naturaleza Humana", traducción de Lipps, libro III., 1906 (reimpresión 1978 con el libro III).

11. JAKOBS, Gunther. "Sobre la Génesis de la Obligación Jurídica". Seminario de Derecho Penal, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad del Litoral. Santa Fe, 18 de agosto de 2000
12. JELLINEK, "Teoría General del Derecho", 3° edición, 7° reimpresión, 1960.
13. KANT, Immanuel. "Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres". Segunda Edición. s.1, Espasa-Calpe S.A., s.d.
14. KELSEN, Hans. "Teoría Pura del Derecho", 2° edición, 1960.
15. LHUMANN, "Sociología del Derecho", tomo I. 1972.
16. SÁNCHEZ, Gonzalo G-H, Acerca de la Justicia en Santo Tomás de Aquino. Trabajo presentado el 2 de Octubre de 1984 en el Seminario "Justicia Distributiva y Escolástica" organizado por el Centro de Estudios Públicos.
17. SMITH, Adam. "Investigación sobre la Naturaleza y Causas de la Riqueza de las Naciones". Editorial Fondo de Cultura Económica, 1979. México.
18. SPINOZA, "Tratado de Teología y Política", editorial a cargo de Gawlick, 1979.
19. URDANIZ, Téofilo O.P. "Introducción a la Summa Teológica" Ed. B.A.C., Madrid.
20. VILLANUEVA J., "Aspectos de la Estrategia Económica Internacional de la Riqueza de las Naciones", en ensayos Actuales sobre Adam Smith & David Hume. Buenos Aires, Edit. Del Instituto, 1978.

21. ZIMMERMANN, Reinhard. "The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition". Oxford, Clarendon Press, 1996.