

CONCEPTO, FUNDAMENTO Y PRINCIPIOS DEL CONTRATO. EL CASO DE “EL MERCADER DE VENECIA”

GABRIEL DE REINA TARTIÈRE

En memoria de mi tío Víctor, Licenciado por la Universidad de Oviedo y Catedrático de Derecho Canónico (Eclesiástico) en la de Barcelona

RESUMEN

La diagramación, que no mera división, de las antiguas asignaturas anuales en cuatrimestrales, si se hace con la debida reflexión y a partir de la idea de la intensificación del compromiso entre profesor y alumno, puede ser la oportunidad de actualizar los contenidos de cada materia y una metodología, por décadas, errática.

Desde su racional ubicación en el plan docente, las primeras lecciones a modo de parte general están llamadas a constituir, así, un estadio de fecundo aprovechamiento: durante su transcurso tomará el discente contacto con los institutos de turno desde una perspectiva panorámica, a partir de los principios y el fundamento de la disciplina; mientras que el profesor podrá inculcarle que no hace falta memorizar, sino identificar, mediante el trabajo conjunto y cotidiano, los conceptos comunes. En este sentido, los estudiantes no tienen que haber visto todos los contratos para hacer el primer caso, ni siquiera esperar a que éste en particular se les explique. Antes bien, tienen que preguntarse, desde su propia lógica, por la naturaleza de las cosas y desde ahí aproximarse a dar una explicación personal al conflicto. La experiencia, la dedicación y la disponibilidad del profesor para el diálogo serán algunas de las claves para que alcancen el objetivo; aunque también, contar con un texto adecuado que los acompañe, a la vez que permita descargar de las explicaciones teóricas cuestiones de menor dificultad técnica.

Siendo tal la premisa, este artículo vendría a pretender ser un ejemplo de primera lección acerca del sistema contractual español a partir de sus fundamentos y principios, para después aplicarlos al muy ilustrativo caso que se incluye y propone.

I. CONCEPTO Y FUNCIÓN DEL CONTRATO

II. FUNDAMENTO

III. LOS CARACTERES DEL CONTRATO COMO ACTO JURÍDICO

A. Bilateralidad

B. Sustancial patrimonialidad

C. Fuente de Derecho

IV. LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO CONTRACTUAL

- A. Libertad de contratación
- B. Fuerza obligatoria
- C. Libertad de configuración
- D. Buena fe
- E. Reciprocidad en los cambios
- F. Efecto relativo

V. EL CASO DE “EL MERCADER DE VENECIA”

I. CONCEPTO Y FUNCIÓN DEL CONTRATO

“Existe contrato –dispone en su sintética pero suficiente visión el artículo 1254 CC– cuando una o varias personas consienten en obligarse respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio”. Ante todo, pues, el contrato se trata de un proceso operativo destinado a producir consecuencias jurídicas patrimoniales, matiz este sustancial que surge del objeto de la obligación que se contrae (dar una cosa como en la compraventa o donación, o prestar un servicio, como el de consultoría, por ejemplo).

Por tanto, en cuanto en el contrato se coordinan conductas humanas, se instituye en su vigencia por la voluntad de las partes que deciden formarlo para lograr un resultado económico común, tras reflexionar en cierta medida acerca de la conveniencia o inconveniencia del medio promovido, siempre relativo a la concreción de los objetivos individuales que procuran cumplir.

De acuerdo con una terminología más precisa, tanto la decisión “contratar” como la “estructura” de cada negocio y sus determinaciones particulares, derivan de un acto de libre elección propio de la voluntad, de consentimiento en la terminología del Código (cfr. arts. 1261.1º y 1262, por todos), ordenado a la consecución de un fin económico.

En este sentido, la elección de la voluntad se refiere siempre a un medio conducente para alcanzar un fin asequible presentado por la razón; al mismo tiempo, ese fin es materia de la intención del sujeto que realiza la operación. De manera que el agente elige el medio ajustado al fin que intenta obtener: quiere el instrumento porque quiere el fin.

Por lo tanto, según esas nociones, se quiere el contrato porque es un instrumento adecuado para alcanzar un fin objetivo de orden económico. El contrato aparece como el vehículo escogido para lograr un bien genéricamente económico que constituye el objeto de la intención de la voluntad, una vez que el sujeto llega al convencimiento de que ese concurso concertado de operaciones es la mejor vía alternativa a su alcance, y quizá la única posible para satisfacer esa finalidad objetiva.

En ese análisis, que considera por qué y para qué se hace, el contrato es el medio apto elegido por las partes para superar privaciones económicas en la

confianza de que el interés que justifica la contratación será satisfecho interactuando. Y en ello reside la causa del contrato (cfr. arts. 1274 y ss. CC).

Considerando, por tanto, que la intención de la voluntad consiste en la firme disposición de un sujeto de obtener el objeto de su deseo, que se encuentra en el término de la operación que ejecuta con esa finalidad, el contrato se torna, exactamente, un orden interactivo ajustado a la obtención de bienes económicos que se estiman adecuados y se prefieren según las condiciones personales, preferencias y necesidades de cada uno. Precisamente, los contratantes eligen celebrar un contrato porque quieren lograr ese fin objetivo haciendo algo en común. Por eso, cada uno de ellos concurre a conformar un proceso operativo voluntario y conjunto que consta de movimientos plurales con varios términos orientados en el mismo sentido. En ese proceso, el contrato, desde el acto vinculante hasta la realización de su bien propio, es el primer término intermedio, resultando el objeto de la intención particular de las partes el término final.

En otras palabras, desde el punto de vista de la causa que lo produce, la celebración y la consecución del objetivo común intermedio del contrato, que es su finalidad propia, crea las condiciones que conducen al bien objetivo individual determinado por las partes. Por consiguiente, en el nivel del presente análisis, surge evidente que el contrato tiene el valor de ser útil como un instrumento necesario y común de la convivencia, implicando una estructura en la que cada una de las partes tiene la legítima expectativa del cumplimiento de la cooperación recíproca que se ordena, según cada régimen específico, a la obtención del bien que es el objeto de sus intenciones particulares.

En su función social, la necesidad económica justifica el cambio voluntario al que llamamos contrato. En palabras descriptivas de PLATÓN (427-347 a.C.), “un hombre se une a otro llevado por su necesidad, y a otro llevado por otra necesidad diferente, y como las necesidades son varias, su multiplicidad reúne a muchos hombres en un mismo lugar, que se asocian para ayudarse entre sí, y a esta sociedad le damos el nombre de ciudad...”¹. De manera que el contrato es el vehículo que hace posible satisfacer las necesidades del individuo considerado en su realidad familiar, la cual se proyecta, sobrepasando la frontera del municipio, hacia la comunidad final que la engloba, hoy identificada con el Estado, mediante la obtención de bienes útiles y de uso alternativo “escasos en su cantidad o en la condición inadecuada en que se hallan”².

Desde ese punto de vista, se confirma que ese cambio voluntario (o contrato) es una actividad instrumental necesaria para superar las privaciones individuales y grupales en cuanto a la adquisición de bienes útiles para la vida con el excedente de lo que se produce y no consume. Esa necesidad dispone al hombre a la convivencia social basada en la utilidad y en la interacción que hace al conjunto del fenómeno contractual³.

1 *República*, L. II, 369c, trad. de CAMARERO, Buenos Aires, Eudeba, 1981.

2 VALSECCI, *¿Qué es la economía?*, Buenos Aires, Columbia, 1979, p. 9.

3 Cfr. ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, L. V, 5, 1133b, 5 y 1133a, 25; *Política*, L. III, 9, 1280 b; *Ética a Eudemo*, L. VII, 9, 1241b.

Justamente, el cambio voluntario al que nos referimos causa una compleja articulación de operaciones de producción, de distribución y de consumo, las cuales suponen una cierta unidad de los agentes que las realizan, por cuyo medio consiguen la circulación de bienes y servicios económicos⁴. Genera una clase de asociación, esto es, un orden cooperante sustentado en la diversidad de funciones y de prestaciones de los agentes económicos, operado para alcanzar un cierto mejoramiento de las condiciones de vida; provoca, en fin, una convergencia de intereses⁵ —opuesta a la divergencia y al conflicto— de los sujetos que no se bastan a sí mismos para vivir bien.

En concreto, como determinación social de fuente voluntaria, los diferentes modos de contratación se encuentran en relación directa con las necesidades eficientes del proceso económico de materia siempre mutable. De ahí que no pueda más que delinearse un registro inacabado de las funciones económicas del contrato, que pueden agruparse según los intereses que satisfacen en:

- 1°) función de transmisión definitiva de la titularidad de bienes (*v. gr.*, compraventa, permuta, donación, cesión de derechos);
- 2°) función de transferencia de uso o de uso y goce (*v. gr.*, comodato, locación de cosas, licencia);
- 3°) función de crédito (*v. gr.*, mutuo);
- 4°) función de financiación (*v. gr.* leasing, factoring);
- 5°) función de garantía (*v. gr.*, fianza, hipoteca, prenda, fideicomiso financiero);
- 6°) función de producción de bienes materiales (*v. gr.*, locación de obra);
- 7°) función de prestación de servicios (*v. gr.*, locación de servicios, consultoría, *engineering*);
- 8°) función de custodia (*v. gr.*, depósito, garaje, servicio de caja de seguridad);
- 9°) función de previsión (*v. gr.*, renta vitalicia, seguros);
- 10°) función de cooperación asociativa organizada en un marco estable de referencia (*v. gr.*, sociedad);
- 11°) función de colaboración asociativa de redes (*v. gr.*, agencia, distribución, franquicia, concesión);
- 12°) función de desplazamiento espacial de bienes o de personas (transporte);
- 13°) función de colaboración destinada a realizar actos jurídicos (*v. gr.* mandato, corretaje, comisión, agencia, concesión, franquicia);
- 14°) función de reproducción y difusión de derechos intelectuales (*v. gr.*, edición).

4 Cfr. MOCHÓN MORILLO y BEKER, *Economía. Elementos de micro y macroeconomía*, Buenos Aires, McGraw Hill-Interamericana, 2007, p. 4.

5 Cfr. THIBON y DE LOVINFOSSE, *Solución social*, trad. de MARTÍNEZ LÓPEZ-MUNIZ, Madrid, Magisterio Español, 1977, p. 73.

II. FUNDAMENTO

Preguntarse por el fundamento de los contratos es tanto como preguntarse por qué y para qué obligan los contratos, cuestión cuya aparente inocencia se diluye en los valores immanentes en presencia. Particularmente, el interrogante lleva a desconfiar de la autonomía de la voluntad como manido apotegma, como proposición fundante del Derecho contractual.

En efecto, surgida de la convergencia de doctrinas económicas y filosóficas modernas de los siglos XVII y XVIII, debe recordarse cómo la expresión «autonomía de la voluntad» hubo de traspasar al campo del Derecho privado en el siglo XIX⁶, hasta constituirse dogma del discurso jurídico, de señera impronta en nuestra disciplina⁷. En este contexto, interesa tener presente la percepción de un orden económico motorizado por agentes individuales del proceso productivo, al que los fisiócratas franceses y la escuela iniciada por Adam SMITH (1723-1790)⁸, de gravitación indiscutible en el movimiento codificador, concedieron un valor preeminente hasta entonces desconocido. Por este camino, sobre la base de considerar el progreso económico conducido por un hombre autónomo, dueño de su actividad sin restricciones, se plantearía la combinación recíproca de las fuerzas individuales e independientes de toda atadura, según el juego de las siguientes libertades⁹: 1º libertad de toda intervención gubernativa o gremial, traducida en la política del *laissez faire, laissez passer*¹⁰; 2º libertad de comercio correspondiente al juego espontáneo de las leyes de mercado y de la competencia; 3º libertad de disposición de la propiedad individual, cuyo vigor afirma la circulación de la riqueza; 4º libertad contractual; 5º libertad de movimiento personal; y 6º libertad de asociación.

De otro lado, desde el punto de vista filosófico, influido en este aspecto por Juan Jacobo ROUSSEAU (1712-1778), cabe reconocer a Immanuel KANT (1724-1804) la explicación más rigurosa del dogma, en la medida en que en su pensamiento el hombre se gobierna a sí mismo si obedece a “*su propia voluntad legisladora*” y sus acciones no son forzadas “*por cierto interés, ya fuera este interés propio o ajeno*”¹¹.

6 Cfr. BURGE, “*Le code civil et son évolution vers un droit imprégné d’individualisme libéral*”, en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, nº 1 (2000), p. 10.

7 Cfr. RIEG, “*Le contrat dans les doctrines allemandes du XIX^e siècle*”, en *Archives de Philosophie du Droit*, XIII (1968), p. 33; ARNAUD, *Les origines doctrinales du code civil français*, en EISENMANN, BATIFFOL y VILLEY (Dir.), *Bibliothèque de Philosophie du Droit*, IX. París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1969, p. 198.

8 En su obra clásica *Investigación sobre la naturaleza y las causas de la riqueza de las naciones*.

9 Cfr. FRIEDLAENDER y OSER, *Historia económica de la Europa moderna*, México-Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, pp. 31-33; 1ª ed. en inglés, 1953; 1ª ed. en castellano, 1957; traducción de TORNER.

10 “*Laissez faire, laissez passer, le monde va de lui meme*” es el enunciado formulado por QUESNAY (cfr. HEILBRONER, *La formación de la sociedad económica*, trad. de TANCREDI, México, Fondo de Cultura Económica, 1964, p. 84).

11 *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, trad. de GARCÍA MORENTE, Buenos Aires, Eudeba, 1998, p. 78.

Como se ve, para KANT, la voluntad y la acción que suscita se juzgan autónomas si no se determinan por un fin necesario exterior al sujeto; la voluntad es buena por su independencia de cualquier propiedad de los objetos del querer que pueden obligarla a actuar de determinada manera. Por eso, la operación no se califica de buena o de mala por lo que realiza¹², en función de su aptitud para alcanzar un bien objetivo presentado por la razón o por la conducencia del medio elegido al fin; sino por causa de la voluntad autónoma que la promueve, que es el exclusivo fundamento de su propia legalidad, abstraída de la naturaleza inscrita en la misma relación.

En esa concepción, la fuerza obligatoria del contrato y el principio *pacta sunt servanda* que la refleja no se justifican en algo extrínseco al individuo, que es el fin objetivo del contrato. Por el contrario, en la perspectiva del fundamento de su obligatoriedad, la convención es una relación de Derecho producida y dominada por las voluntades autónomas de sus sujetos, que resulta ser obligatoria para hacer posible la conjunción y coexistencia de las libertades individuales al margen de los móviles del obrar¹³.

Con ese enfoque y en adelante, se creyó encontrar el fundamento de la obligatoriedad contractual en la voluntad autónoma de los contratantes. La convención obligaría –se entendía–, y rigurosamente, porque las partes así lo habrían querido, al punto de que, en la forma extrema del dogma, no se concebía que las determinaciones de la voluntad autónoma en la que reside la libertad individual pudiesen entrar en conflicto con la justicia: los contratantes debían sujetarse a la regla contractual consentida como a la ley misma, porque en ambas situaciones se obligaban a obedecer a nada y a nadie más que a su propia voluntad¹⁴. En todo caso, puestos en relación por el acuerdo contractual, que “*es el domino de la voluntad libre*”, “*independientemente de toda voluntad extraña*”, los individuos vendrían a observar una norma común que limitaría y, al mismo tiempo, aseguraría el ejercicio de su libre arbitrio, con el efecto de lograr “*ayudarse mutuamente y no estorbarse nunca en el desarrollo de su actividad*”¹⁵.

En consecuencia, de conformidad con la doctrina de la autonomía de la voluntad considerada en sus fuentes, la causa de la convención radicaría en el poder de la voluntad de los individuos que la constituyan, con la paradoja de que, como la voluntad extrae su poder de ella misma, el contrato obligaría “*simplemente porque es contrato, es decir, acuerdo libre de voluntades*”¹⁶.

12 *Idem*, p. 26.

13 Cfr. KANT, *Introducción a la teoría del derecho*, versión del alemán e introducción de GONZÁLEZ VICEN. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1954, pp. 52-58 y 81.

14 Cfr. ROUSSEAU, *El contrato social o principios del derecho político*, trad. de DE LA ROSA, Buenos Aires, Mirasol, 1961, pp. 177-178.

15 SAVIGNY, *Sistema del derecho romano actual*, trad. de GUENOUX, vertida al castellano por MESÍA y POLEY, Madrid, Góngora y cía., 1878, pp. 222-223.

16 RIEG, ob. cit., p. 40, n° 15. Dicho de otro modo, más actual y aparentemente más neutro: bajo el apelativo *autonomía de la voluntad* se quiere significar que el contrato debe ser cumplido según los términos en que fue formulado, por ser expresión de la voluntad concurrente y

Sin embargo, la voluntad carece de la potencia que por esta línea se le atribuye. Primero, porque ella, la voluntad, no es autónoma de la razón y de la cosa conocida por ella. Por el contrario, la voluntad es apetito racional; principio de la operación que se actualiza por un objeto presentado por la razón, que es su causa final. Por eso, situada en el plano del deber ser, que supone una necesidad de fin y de los medios al fin, la autonomía de la persona humana no puede ser ejercida en oposición a los requerimientos del bien común de las partes del contrato.

En segundo lugar, porque la voluntad y la operación de una parte no son autónomas de la voluntad de la otra. Ambas se integran y coordinan en una estructura intencional, electiva e imperativa, que no es posible desconocer por el ejercicio arbitrario y descontrolado de la libertad individual sin destruir el deber ser de la relación contractual. Por eso, la *cooperación* tampoco es independiente del orden establecido por la razón en su conveniencia al fin que lo torna obligatorio.

Y, tercero, porque la iniciativa personal no puede ser ejercida en contra de la igualdad debida según los requerimientos de la justicia objetiva y tampoco en oposición a las exigencias del bien común general comprendido en la noción de orden público (cfr. art. 6 *Code Napoleon* y 6.3 del nuestro).

Descartada la autonomía de la voluntad como fundamento de la eficacia obligatoria del contrato, su razón de ser, creemos, ha de encontrarse en otro lugar, justamente en las raíces filosóficas que laten tras la idea de la justicia conmutativa, y que como sucintamente define la Real Academia, regula la igualdad o proporción que debe haber entre las cosas, cuando se dan o cambian unas por otras. La justicia conmutativa o en el intercambio, a diferencia de la distributiva, que es la encargada de definir el modo y la proporción con que deben distribuirse las recompensas y los castigos, y la más propia de la relación de los individuos con la comunidad, parte, a su vez, de un presupuesto sustancial: el de la igualdad¹⁷. En el decir de Santo TOMÁS:

libre de las partes que lo forman, quienes se encuentran en la mejor situación de hacer valer sus preferencias al decidir obligarse de común acuerdo o dejar de hacerlo, conforme a sus deseos e intereses y en las condiciones más ajustadas al requerimiento de de las situaciones personales; propósito que se pretende asegurar asignando al acuerdo contractual la misma fuerza obligatoria que tiene la ley general, siempre que se cumpla el principio del respeto a la equivalencia subjetiva y recíproca de las voluntades libres que crean el contrato (cfr. LARENZ, *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*, trad. de DIEZ-PICAZO. Madrid, Civitas, 1985, pp. 55-66).

17 Si “el contrato –afirma CASSAGNE– es una conmutación voluntaria, un intercambio de prestaciones que traduce el equilibrio o igualdad que procura la justicia”, ello no puede predicarse exactamente de los contratos administrativos, “donde la Administración se encuentra obligada a compensar los desequilibrios económico-financieros no imputables al contratista mediante actos propios de la justicia distributiva o restituciones de naturaleza conmutativa”. Esta tesis, en contratos como el de concesión de obra o servicios públicos, prototipos de la categoría, “reposa en tres ideas fundamentales. La primera, que siendo tales contratos verdaderas instituciones que persiguen el bien común, hay un interés público a tutelar que se halla por encima de la voluntad de las partes, cuya satisfacción es esencialmente dinámica

Por la “justicia distributiva se da algo a una persona privada, en cuanto que lo que es propio de la totalidad es debido a la parte; lo cual, ciertamente, será tanto mayor cuanto esta parte tenga mayor relieve en el todo. Por esto, en la justicia distributiva se da a una persona tanto más de los bienes comunes cuanto más preponderancia tiene dicha persona en la comunidad. Esta preponderancia se determina en la comunidad aristocrática por la virtud; en la oligárquica, por las riquezas; en la democrática, por la libertad, y en otras, de otra forma. De ahí que en la justicia distributiva no se determine el medio según la igualdad de cosa a cosa, sino según la proporción de las cosas a las personas, de tal suerte que en la medida que una persona exceda a otra, así también la cosa que se le dé a dicha persona exceda a la que se dé a la otra persona...

Pero en los cambios se da algo a una persona particular en razón de la cosa de dicha persona que se ha recibido, como, sobre todo, se manifiesta en la compraventa, en la que se halla primeramente la noción de cambio. Por eso es preciso igualar cosa a cosa, de modo que cuanto éste tenga más de lo suyo, otro tanto restituirá a aquel a quien pertenece...”¹⁸.

y precisa adecuarse a los cambios que se van produciendo durante la vida del contrato. En segundo lugar, la idea de colaboración, que implica una suerte de solidaridad con la función administrativa, justifica que el Estado corrija esos desequilibrios que se presentan en el curso de una relación contractual, cuando no media culpa o dolo del contratante, mediante una indemnización fundada en la justicia distributiva o bien mediante una compensación propia de la justicia conmutativa. La tercera razón que completa las ideas restantes consiste en reconocer que ese interés público dinámico que se persigue en el contrato administrativo, y la consecuente obligación de colaborar o de repartir bienes comunes, rebasan las previsiones de las partes, debiendo considerarse consustanciales al contrato e integrantes del acuerdo celebrado” (*El contrato administrativo*, Buenos Aires, LexisNexis, 2005, pp. 31 y 32). En resumen, los contratos administrativos, a diferencia de los contratos regulados por el Derecho privado, se caracterizan por que por su medio “la Administración procura la satisfacción de un interés público relevante, de realización inmediata o directa, que se incorpora al fin u objeto del acuerdo, proyectándose en su régimen sustantivo (*ius variandi*, interpretación, equilibrio financiero, etc.)” (*idem*, p. 21). Similarmente, MARIENHOFF ya enseñaba que, “como consecuencia del ámbito jurídico donde se desenvuelve el contrato administrativo –Derecho público caracterizado por normas de ‘subordinación’– y de las cláusulas exorbitantes, implícitas o expresas, que existan en dicho contrato, hay una obvia desigualdad jurídica entre las partes, concretada en una ‘subordinación’ del cocontratante a la Administración Pública” (*Tratado de Derecho administrativo*, III-A, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994, § 704, p. 324). Póngase como acreditada manifestación la del *ius variandi* que se reconoce en estos contratos a la Administración. En Derecho privado no se concibe que una sola de las partes introduzca modificaciones en el contrato, lo que en Derecho público se cifra, por el contrario, en la mutabilidad del contrato, eso sí, nunca arbitraria, en virtud del ejercicio de la potestad de la Administración de proveer a una mejor forma de satisfacer las necesidades públicas. Y es que la Administración no puede quedar indefinidamente ligada por contratos que se han convertido en inútiles o por estipulaciones contractuales que luego, con el tiempo, se demuestran inadecuadas; y, aun sin alcanzar esa nota de inutilidad o inadecuación, cuando por la modificación se compruebe que cabe alcanzar más fácil o eficazmente el propósito específico del contrato (cfr. *idem*, § 737, pp. 396-397).

18 *Summa Theol.*, II-IIae, q. 61, a. 2.

Y continúa advirtiéndole que siendo la justicia conmutativa la que dirige los cambios que pueden darse entre personas:

“[D]e estas conmutaciones, unas son involuntarias, mas otras voluntarias. Involuntarias, cuando alguien usa de las cosas de otro, o de su persona, o de su obra, contra su voluntad, lo que acontece a veces ocultamente, por fraude, y otras abiertamente, por la violencia; y lo uno y lo otro puede suceder, sin embargo, en las cosas, en la propia persona o en la persona de un allegado. Primero, en las cosas, si uno sustrae las de otro ocultamente, lo que se llama hurto; pero si lo hace públicamente, entonces se denomina rapiña o robo. Segundo, en la misma persona, en cuanto que es atacada ya en su existencia, ya en su dignidad. En cuanto a la existencia de la persona, ésta es atacada ocultamente hiriéndola, matándola con alevosía o envenenándola; en cambio, abiertamente, matándola públicamente, encarcelándola, azotándola o mutilándole algún miembro. En cuanto a la dignidad, es dañado alguien ocultamente por falsos testimonios o detracciones, con que se le priva de su reputación; y manifiestamente, por la acusación en juicio o cubriéndole de injurias. Tercero, en cuanto a la persona allegada, si uno puede ser dañado en su esposa, la mayoría de las veces secretamente por medio del adulterio, y en el siervo, cuando alguien soborna a éste para que se separe de su amo; cosas estas que también pueden ejecutarse con publicidad. Y la misma razón existe respecto de otras personas allegadas, contra las que también pueden realizarse injurias de todas las clases, como también contra la persona principal. Pero el adulterio y la seducción del siervo, si bien son propiamente injurias frente a estas personas, sin embargo, puesto que el siervo es cierta posesión del señor, tal violación de la justicia se reduce al hurto.

Las conmutaciones se llaman voluntarias cuando una persona transfiere a otra voluntariamente lo que es suyo. Si le transmite simplemente la cosa suya sin débito, como en la donación, no hay un acto de justicia, sino de liberalidad. Mas la transferencia voluntaria pertenece a la justicia en tanto en cuanto hay algo en ella por razón de débito, lo cual puede suceder de tres modos: primero, cuando alguien transmite simplemente una cosa suya a otro en compensación de una propiedad del otro, como sucede en la compraventa. Segundo, cuando alguien entrega a otro alguna cosa propia, concediéndole el uso de ella con la obligación de devolverla; si se concede el uso de la cosa gratuitamente, se llama usufructo en las cosas que algo producen, o simplemente mutuo o comodato en las que no producen, como son el dinero, vasijas y cosas semejantes. Pero si ni aun este uso se concede gratuitamente, se tiene locación y arrendamiento. Tercero, cuando alguien entrega una cosa como para recuperarla y no por razón de su uso, sino de su conservación, como en el depósito, o a título de obligación, como cuando uno entrega una cosa suya en prenda o sale fiador de otro.

En todas las acciones de este género, ya voluntarias, ya involuntarias, existe un mismo módulo para determinar el término medio, según la igualdad de la compensación, y por esto todas estas acciones pertenecen a una sola especie de justicia, es decir, la conmutativa¹⁹.

19 *Idem*, a. 3.

Como podemos observar, para Santo TOMÁS, como antes había resaltado ARISTÓTELES, al que el Aquinate no hace más que matizar, la conmutatividad se erigiría en paradigma de todo el Derecho privado, entiéndase patrimonial, y no sólo del contractual²⁰. Por otro lado, para Santo TOMÁS las donaciones parecieran quedar fuera del ámbito de la justicia conmutativa, por no existir equivalencia posible entre lo que se da y se recibe. Pero volver al planteamiento de ARISTÓTELES puede salvar este escollo, sin tener que terminar impugnando la naturaleza contractual de la donación. Y es que también la conmutatividad se hace presente en ella. Como expresaba el Estagirita:

“Lo justo en las transacciones civiles es también una especie de igualdad, y lo injusto una especie de desigualdad”, intentando el juez en su actuar igualar las cosas, quitando a una de las partes el provecho que haya sacado...

“He aquí, por qué siempre que hay contienda, se busca el amparo del juez. Ir al juez es ir a la justicia; porque el juez nos representa la justicia viva y personificada. Se busca un juez que ocupe el medio entre las partes; y a veces se da a los jueces el nombre de mediadores, como si estuviéramos seguros de haber encontrado la justicia, una vez que hemos hallado el justo medio. Lo justo, pues, es un medio, puesto que el mismo juez lo es. El juez iguala las cosas; y podría decirse que, teniendo delante de sí una línea cortada en partes desiguales y cuya porción mayor excede de la mitad, el juez quita la parte que excede y la añade a la porción pequeña...”.

Agregando también que los términos de provecho y pérdida empleados “al estudiar la justicia, han venido del cambio y de las transacciones voluntarias. Cuando se tiene más que se tenía al principio, se dice que se ha alcanzado un provecho; y cuando, por lo contrario, resulta que se tiene menos, esto se llama experimentar una pérdida. Esto es lo que sucede, por ejemplo, en las transacciones de compra y venta, y en todas aquellas en que la ley ha dejado en plena libertad a los contratantes. Pero cuando no se tiene ni más ni menos que lo que se tenía, y las cosas han quedado como estaban antes, se dice que cada uno tiene lo suyo, y que ninguno ha tenido pérdidas ni ganancias”²¹.

20 Como enfatiza VIGO, no existe forma de justicia que no esté protagonizada por el hombre como sujeto portador o realizador de ella, “no hay otra materia directa del Derecho que las conductas humanas. Sin embargo, el modo que tiene de ser requerido el individuo en cada caso varía; así, en la justicia conmutativa su sujeto portador es el individuo pero sólo considerado como parte contratante con otro individuo; en la justicia distributiva el sujeto realizador es un hombre o varios hombres investidos de la autoridad política, cualquiera sea la estructura de ésta; y en la justicia legal [esto es, la general que preside el orden de las relaciones de los individuos con el todo social, inclinando y moviendo a aquéllos para que den a la comunidad todo lo que deben, en cuanto a la obtención o mantenimiento del bien común] es ese mismo individuo de la justicia conmutativa, pero en cuanto miembro de la comunidad política, o sea como ciudadano o súbdito” (*Las causas del Derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1983, p. 91).

21 *Ética a Nicómaco*, Libro V, 4, 1131b, 30 - 1132^a, 20, , trad. de PALLÍ BONET, Madrid, Gredos, 1985.

Pues bien, resulta justamente esa equivalente ética entre lo que se pierde y lo que se gana la que explicaría, entre sus muchas especialidades, que la donación pueda, sin ir más lejos, revocarse, dejarse sin efecto por ingratitud (por haber atentado el donatario contra la vida del donante, por haber rehusado prestarle alimentos, etc.), algo impensable tratándose del resto de contratos.

En suma, dejando atrás la donación como caso singular al respecto, si la justicia conmutativa es, como se predica, fundamento del contrato, y esa justicia reposa en la igualdad que debe presidir toda la estructura contractual, no hay contrato donde no se acredite ese componente de igualdad, no meramente coyuntural, entre las partes. De otro modo: el ordenamiento justo no puede reconocer, permitir la coactividad de un acuerdo falto de la más mínima equivalencia, si no hubo concertación sustentada en el conocimiento de la realidad de las cosas que la valide, por más que habilite medios de prevención frente a eventuales imposiciones o abusos, o atinentes, de detectarse tales circunstancias ante el conflicto, a la recomposición (igualación) de los intereses en presencia, a saber, de la propia justicia del contrato²².

III. LOS CARACTERES DEL CONTRATO COMO ACTO JURÍDICO

A. *Bilateralidad*

El contrato es, ante todo, un acto jurídico bilateral, y más técnicamente, un negocio jurídico, por supuesto bilateral, categoría esta de negocio jurídico elaborada por la Pandectística que mejor puede definir el contrato como plataforma de autorregulación patrimonial, entre vivos. Por otro lado, téngase en cuenta que la transmisión de la posesión o tradición, como mejor ejemplo, no siendo contrato, también resultaría un acto jurídico bilateral, faltando en ella esa declaración común de voluntad, esa voluntad de sujeción y, a la vez, determinación de derechos que distingue al contrato. Por lo tanto no todo acto jurídico bilateral entre vivos es contrato, queda dicho. Es verdad que esa tradición normalmente tendrá por causa un contrato como una compraventa o locación, pero entonces estaríamos ante un acto contractual bilateral que justifica y se completa con la ejecución de otro que no es contrato.

En cuanto acto jurídico, decimos, el contrato se constituye indefectiblemente a partir de la confluencia de consentimientos (cfr., por todos, art. 1258, pr. CC). El consenso, de suyo, exige, de la voluntad concurrente de dos personas, según es lo más común, sin descartar la vigencia de contratos plurilaterales, a cuya conformación concurren más de dos personas y así los admite expresamente al utilizar el plural el concepto del artículo 1254 CC. Los contratos plurilaterales, como el de sociedad, destacarían, además, por refrendar

²² La conclusión a la que arribamos, pese a su clasicismo, revive con esplendor de cuando de crisis de contrato se habla, en referencia a la consagrada mayor intervención (tuitiva) del legislador ante la contratación en masa de nuestro tiempo.

una posible identidad de las prestaciones a cargo de cada parte, homogeneidad tendiente a la consecución de un propósito económico común.

Precisamente por no haber vínculo sinalagmático, concurso de voluntades, no es contrato la gestión de negocios ajenos, cuyo fundamento igualmente radicado en la justicia conmutativa (correctiva más bien, según el pensamiento de ARISTÓTELES), se concreta sino en el enriquecimiento injusto en el canon de la buena fe.

Al hilo también de la idea de igualdad que subyace a la justicia conmutativa, el contrato descansa en la libertad y validez del consentimiento expresado, expresión signada aun por el simple comportamiento²³. Sin embargo, debemos hablar de los contratos de adhesión, de los contratos con empresas que monopolizan un servicio de primera necesidad, etc. En estos casos, de incidencia masiva, el contrato quedaría fuertemente condicionado si no fuera por el restablecimiento del sinalagma que el ordenamiento propone, desde la normativa de protección de consumidores y usuarios, y disponiendo los pertinentes mecanismos de control (autoridades de aplicación).

B. Sustancial patrimonialidad

Esta característica se predica de lo que por medio del acto jurídico contractual se proyecta. Sobre el patrón patrimonial, éste se deduce del mismo concepto y función del contrato, herramienta propia para la atribución o intercambio de bienes. Si se prefiere, más oportunamente, puede remitirse al primer inciso del artículo 1271 CC por cuya virtud “pueden ser objeto del contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres aun las futuras”, entendiéndose comercio privado, pues del público ya se encarga la legislación administrativa (demanial y contractual) con todos sus procedimientos y cautelas para garantizar, entre otros principios, los de igualdad y libre concurso.

No serían contratos, por tanto, aquellas operaciones para nada patrimoniales, aunque en su terminología puedan confundir. Es lo que ocurre con la donación de órganos, acto jurídico unilateral sobre partes del cuerpo humano.

Ahora bien, no basta con que el elemento patrimonial pueda estar implicado, con que, siguiendo el artículo 1273 CC, sea susceptible de identificación en el caso, sino que debe informar la causa-función de la relación. Piénsese en las fundaciones, cuya constitución requiere de la previa dotación fundacional, al punto de que sin patrimonio no hay fundación. Sin embargo, ese patrimonio se supedita a una finalidad altruista o benéfico-asistencial que precisa de un tratamiento singular por el Derecho positivo –de mayor control en algunos aspectos, y mucho más favorable en otros (sin ir más lejos, en lo fiscal)– que excluye cualquier asimilación de esa realidad con la contractual.

23 Momento éste en que se debe introducir el problema de las llamadas relaciones contractuales de hecho, con la relativa al transporte benévolo (el acercar a un amigo a su casa, el llevar a un autoestopista a un determinado lugar de paso en el sentido de nuestra marcha) como señera y resolver conforme al artículo 1282 CC en cuanto en el supuesto diera lugar.

Análogamente, quedan fuera del ámbito de conocimiento de la disciplina aquellos vínculos patrimoniales donde prima el objetivo personal que subyace y la justifica. Paradójicamente, es el caso del primero de los tipos que en el Código Civil se regula como contrato: el régimen económico-matrimonial, el cual, demostrando su excedente naturaleza, se constituye en su modalidad común de gananciales sin convención alguna entre los cónyuges (cfr. art. 1316 CC).

Húyase, asimismo, equiparar la patrimonialidad del contrato con la existencia de ánimo de lucro. En absoluto. El ánimo de lucro se trata de un concepto mucho más acotado que gira en torno al propósito y la acción consecuente para la obtención de una mejora o provecho material, intención ausente en la mayoría de los contratos civiles, en contraposición a los mercantiles. Piénsese en el contrato de arrendamiento urbano, como sabemos, de índole esencialmente onerosa: parece un tanto exagerado imputarle ánimo de lucro al propietario locador del inmueble y menos al locatario que lo precisa como residencia.

En un límite inferior en la escala, nos encontramos, en cambio, con las relaciones de mera afición, amistad o hasta buena vecindad, donde lo económico, si aparece, lo hace con un alcance meramente incidental, sin fundar, ni recomendar, la injerencia del Derecho²⁴. Y es que, además, anticipándonos en el discurso a la tercera característica del contrato, la siguiente en explicar, cuando dos amigos quedan para salir, y uno no aparece sin aviso ni motivo, es claro que no quieren quedar obligados; podrán comprometer algo más importante, la especial confianza que los une, pero no sus patrimonios.

C. Fuente de Derecho

El contrato constituye fuente de Derecho (en mayúscula, al utilizar la noción en su vertiente objetiva), marco normativo referencial al que han de ajustarse las partes. El contrato crea siempre un estatuto de sujeción, por más que consista en la derogación de otro previamente conformado por las partes. En consecuencia, debe calificarse de contrato todo negocio jurídico patrimonial independientemente del efecto que por su medio se persiga; sea crear una nueva relación entre las partes (compraventa, locación, mandato, fianza, depósito, mutuo, comodato, etc.), sea modificar (novación), transferir (cesión de créditos) o extinguir (transacción, distracto) una preexistente.

Aclarado el punto, ese estatuto de sujeción constituye una relación jurídica, en cuanto situación de variada estabilidad según cómo se haya previsto o corresponda el trámite de ejecución que se genera como consecuencia, y es ella la que concluye con el cabal y formal cumplimiento por las partes. No se muestra correcto, pues, hablar de medios de extinción de los contratos, pues, siendo actos jurídicos lo que se extingue en puridad serán sus efectos, esa rela-

24 POTHIER pone el ejemplo del padre que promete a su hijo, que estudia Derecho, dejarle hacer, durante las vacaciones, un viaje de recreo, en caso de que emplee bien su tiempo. En él, sería evidente que el padre, al hacer la promesa, “no entiende contratar con el hijo una obligación propiamente dicha” (*Tratado de las obligaciones*, trad. de CABANELLAS DE TORRES, Buenos Aires, Heliasta, 2007, p. 12).

ción que se genera por su medio. En otro caso, estaríamos confundiendo causa con efecto²⁵.

IV. LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO CONTRACTUAL

Ninguna rama científica puede reivindicar autonomía alguna si no es partir de la existencia de una serie de criterios, singulares para ella, que justifiquen su estudio particularizado. Pero en la labor no caben atajos; el proceso tiene que ser necesariamente inductivo, a partir de la realidad que subyace al fenómeno en estudio. Al revés, el empleo del método deductivo, a lo único que puede arribar es al cuarteamiento del conocimiento, al empobrecimiento del orden natural de las cosas, en procura de intereses, cuando menos, difusos.

Dicho lo cual, en cuanto propios del Derecho contractual, se desarrollarán a continuación los que se han de considerar, sin temor a equivocarse, que lo vertebran, legitimando su configuración singular dentro del Derecho patrimonial. Son en total seis: el de libertad de contratación; el de fuerza obligatoria o *pacta sunt servanda*; el de autonomía privada; el de buena fe; el de reciprocidad en los cambios; y el atinente a la relativa eficacia contractual, esto es, entre las partes. De su rectitud, de su carácter inherente al contrato, da buena prueba su articulación, de uno u otro modo, pero aplicables en su esencia a la postre, en ordenamientos positivos de la más variada índole y raigambre.

Desde luego, ninguno de estos principios puede equiparse, sin más, a los generales del Derecho, cuya excelsa composición coadyuva a la plenitud del ordenamiento. Sin embargo, no creo exagerar, con ARCE Y FLOREZ-VALDÉS, al afirmar que los principios normativos que sirven de centro a la regulación de una parte del Derecho “participan en cuanto desarrollo de los principios generales del Derecho, y respecto del sector o institución en que se enmarcan de una virtualidad mediata fundamentadora, orientadora, informadora y crítica”, y, por demás, claro está, propedéutica²⁶.

Apuntada su diversa función, los principios contractuales son las más de las veces complementarios, aunque llamen más la atención los supuestos de conflicto. La complementariedad se ve claramente entre los principios de libertad de contratación y fuerza obligatoria, cuyo tratamiento hasta se sucede en las distintas etapas que hacen al contrato. Del conflicto, en cambio, es buena muestra la pugna expuesta, desde siempre, entre el principio del respeto a lo pactado, atinente al cumplimiento estricto de lo acordado (*pacta sunt servan-*

25 La relación contractual, se entiende por DÍEZ-PICAZO, como la situación en la que se colocan las partes luego de celebrado el contrato, es decir, la situación que crean, modifican o extinguen. Se puede distinguir, así, nítidamente, entre el contrato de compraventa y la relación de compraventa, o entre el contrato de locación y la relación locativa (cfr. *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, I, *Introducción. Teoría del contrato*, Madrid, Civitas, 1993, p. 123).

26 *Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional*, Madrid, Civitas, 1990, p. 6.

da), y aquel que protege y abiertamente proclama la proporción contractual ante un intempestivo cambio de las circunstancias (*rebus sic stantibus*). Pero, quizás, después de todo, la contradicción sea sólo aparente, a partir de la lógica integral que, en cuanto sistema, caracteriza al Derecho contractual, asiento en que descansa todo principio.

A. Libertad de contratación

En su vertiente positiva, la libertad de contratación o de contratar resulta inherente a la personalidad humana y a la actuación del hombre en sociedad. La máxima tendría, por tanto, rango constitucional, al amparo del capital artículo 10 de la Carta Magna con remisión a los Tratados Internacionales donde se recoge, pero, si se quiere ser más preciso, en su artículo 38 donde se habla de la “libertad de mercado” como marco donde se reconoce la libertad de empresa, noción que bien puede interpretarse con la amplitud del *ius commercium* romano. Y, como medio tan básico de la realización de la persona en cuanto al cumplimiento de sus necesidades materiales, es por eso que se permite la conclusión de esos pequeños negocios, los más relacionados con su normal cotidianeidad, a menores no emancipados, pese a declararse legalmente su incapacidad para contratar.

Como igual consecuencia del postulado de libertad que rige en el ámbito, el Estado no puede erigirse en instrumento de control de la actividad de los particulares ni puede limitarla salvo que haya un interés colectivo o de terceros que justifique la excepción. Compréndese, así, el desapoderamiento que se impone al quebrado o fallido, que lo excluye de ejercer sobre sus bienes actos de disposición o administración.

Pero la libertad de contratación también presenta una faz negativa, según la cual no se puede constreñir a una persona a contratar (doctrina *ex art.* 1259, párr. 1º)²⁷. En este sentido, la “acción de o para contratar”, la pretensión de que otro se obligue, es algo excepcional en el Derecho que sólo puede ejercitarse cuando: a) la voluntad de quien se niegue a consentir se haya anticipado de alguna forma (surge aquí la figura del contrato preliminar o precontrato, en la práctica a la cabeza); b) exista un interés superior en el aprovechamiento de los bienes o impuesto por su función social o colectiva.

B. Fuerza obligatoria

Enunciado en el artículo 1258 CC, el principio *pacta sunt servanda* alude al carácter vinculante del contrato. El principio significa la vigencia del contrato hasta el cumplimiento de su razón de ser. Al mismo tiempo, expresa que las partes que eligieron el orden interactivo característico del contrato no pueden desistirlo o desvincularse por contrario imperio unilateral. Y, además, pone de

²⁷ “Ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar por éste autorizado o sin que tenga por la ley su representación legal”.

manifiesto que el contrato sería un medio cooperativo ineficaz si no fuera obligatorio hasta el cumplimiento del fin que llevó a determinarlo.

Entonces, no ha de perderse de vista que, en un sentido, el contrato es un cierto orden imperativo de las conductas que las partes deben realizar en relación con la finalidad que establecieron de consuno según sus intereses, preferencias y exigencias planteadas por su realidad singular. Esa ley del contrato –o norma contractual– determinante de las conductas a observarse, prescribe que su celebración carece de sentido práctico sin el cumplimiento de las obligaciones contraídas, pues quien quiere el acto antecedente se presume que también quiere sus consecuencias.

Los orígenes del *pacta sunt servanda* se remontan al edicto del pretor romano en relación con los pactos: “*pacta conventa –diría–, quae neque dolo malo, neque adversus leges, plebiscita, senatusconsulta, edicta principum, neque quo fraus cui eorum fiat, facta erunt, servabo*” (“observaré las convenciones de los pactos que no se hubiesen hecho con dolo malo, ni contra las leyes, los plebiscitos y los senadoconsultos, decretos de los príncipes, ni en fraude de ellos”)²⁸. Se trata de un criterio que, al menos desde la época clásica, se extendió en general a todo contrato válido, sin admitirse el desistimiento unilateral de alguna parte²⁹. Aun cuando en lo pertinente no debe olvidarse el antecedente de ARISTÓTELES, quien, al reseñar los lugares de argumentación propios del discurso forense, enseñaba que la parte favorecida por un contrato debía procurar asimilarlo a una norma privada y específica, a la vez que aconsejaba resaltar, en expresión semejante al contenido del actual enunciado legal, que su transgresión equivalía al quebrantamiento de las leyes de la polis y, por lo tanto, al orden de la convivencia, en cuanto la mayoría de las relaciones mutuas de los hombres se establecen de común acuerdo por ese medio, en el que cada uno elige aquello que estima más conveniente³⁰.

El fundamento del principio reside en la propia realidad del contrato, en la medida en que no se concibe que una parte lo conforme con la intención de no cumplirlo –pues de antemano no quiere producir ninguna consecuencia– o que voluntariamente deje de ejecutar la conducta debida, sin una razón objetiva que valide esa actitud opuesta a los fines de su institución. Por esta vía, la virtualidad del contrato es tal que el incumplimiento genera responsabilidad, sin que se requiera de la comprobación (ni menos pueda alegarse su ausencia como justificante) de un elemento subjetivo concreto al efecto, como ocurre con esa otra responsabilidad patrimonial de índole extracontractual o aquiliana.

Al fin y al cabo, la propia fuerza del contrato refleja una necesidad de fin, justificada en la satisfacción de la escasez económica que determinara, en su propia existencia práctica, el contrato, en razón de la cual la conducta contingente de las partes se torna obligatoria.

28 D. 2, 14, 7, 7.

29 Cfr. SCHULZ, *Principios del Derecho romano*, Madrid, Civitas, 1990, p. 245.

30 Cfr. *Retórica*, L. I, 15, 1376b, edición a cargo de TOVAR, Madrid, Instituto de Estudios Constitucionales, 1990.

C. Libertad de configuración

En materia contractual, las partes gozan de amplia libertad para escoger el tipo o modelo que, a su criterio, mejor propenda a la consecución de sus objetivos, sin tener que someterse a los que se encuentren al momento regulados. No hay aquí, pues, a diferencia de lo que distingue las relaciones jurídico-reales, *numerus clausus*.

Junto a la elección del tipo, con inclusión de fórmulas no previstas legalmente, la libertad de configuración hace también al contenido del contrato, al alcance de las prestaciones y el modo, tiempo y circunstancias en que éstas hayan de cumplirse. El principio halla su sede normativa en el archiconocido artículo 1255 CC, por el que se establece que “los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público”. Por poner un ejemplo, se explica, así, la prohibición de las cláusulas de no enajenar a persona alguna, por contrarias a la libre circulación de los bienes; o la imposición de un plazo mínimo de años para los arrendamientos urbanos, por estar implicada la necesidad vital de vivienda, no pudiendo quedar estar comprometida por plazos excesivamente preteritorios, etc.

D. Buena fe

De acuerdo con el *pacta sunt servanda*, la fidelidad al compromiso de hacer o de abstenerse de hacer constituye un principio central del Derecho romano, referido al “rígido vínculo que nace de un contrato obligatorio válido”³¹, cualquiera fuera su forma de expresión.

Aquella fidelidad es la exteriorización de una cualidad moral: la firme disposición de respetar el compromiso asumido, que revela la rectitud esencial del hombre de palabra, siempre digno de encomio y de honra³².

En *De Officiis*, CICERÓN (106-43 a.C.) llega a afirmar que la fidelidad, entendida en el doble aspecto de la sinceridad de las promesas y de los convenios y, a la vez, en la necesidad de su pura observancia, es el fundamento de la justicia y se inclina a entender, de acuerdo con la moral estoica, que *fides* (fe) deriva de *fit* (sea), de forma tal que sea hecho (*fiat*) lo que se ha sido dicho³³.

De esa manera, el término latino *fides* remite a la actual noción de buena fe contractual heredada del Derecho romano, que se usa aquí y ahora para denotar el criterio que ha de dirigir la conducta del contratante. Ese criterio implica la sujeción al orden conveniente a la concreción del fin económico y social común del contrato, que exige excluir toda mentira con respecto a las

31 SCHULZ, ob. cit., p. 245.

32 Cfr. DI PIETRO, *Verbum iuris. Notas sobre la palabra en el Derecho romano*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, pp. 33-35.; *id.* “Presentación” al libro de HAECKER, *Virgilio, padre de Occidente*, Buenos Aires, Ghersi, 1979.

33 *Sobre los deberes -De Officiis-*, L. I, c. VI, 23, trad. de GUILLÉN CABAÑERO, Madrid, Alianza, 2001.

obligaciones que se contraen³⁴, y supone una interacción solícita en el cumplimiento de la palabra dada, según lo deseado, esperado y “con-fiado” (“con fe”) recíprocamente por los sujetos de la relación.

Conforme queda sugerido por CICERÓN, el principio de buena fe comprende un modo calificado de cumplir el deber recíproco de cooperación, que puede ser apreciado –para una intelección más adecuada–, en el período de formación o en la etapa de cumplimiento del contrato.

Con una extensión que se modula entre un mínimo y un máximo según que se pueda o deba negociar más o menos, la reflexión individual y común de los contratantes acerca de la conveniencia –o inconveniencia– de las determinaciones correspondientes a un medio contractual elegible preside el proceso de su formación. De ahí que el consentimiento contractual difícilmente podría exteriorizarse sin vicios si se asienta sobre una información deficiente que dificulta o impide una deliberación previa ajustada a la realidad de las cosas. Por eso, desde el señalado punto de vista que enfoca la mirada en el conocimiento –o desconocimiento– de las circunstancias particulares del acto bilateral en el momento de la formación, se pone el énfasis en la *buena fe creencia*,³⁵ para significar que la concreción del negocio válido depende de una información clara, verdadera, confiable y completa. Tal como se dispone en certera fórmula para el campo específico de la legislación protectora del consumidor, cuya doctrina conviene citar por su validez universal, la información debe ser proporcionada con claridad necesaria que permita su comprensión y evite que un contratante reticente se aproveche de la situación de ignorancia en la que se encuentre el otro³⁶.

En variado sentido, pero en nuestro ámbito igualmente relevante, se alude a la *buena fe lealtad* para referirse principalmente a la conducta debida en el dinamismo de un contrato conformado. Con ella se indica que el negocio en funcionamiento exige operaciones diligentes y probas de las partes ordenadas al fiel cumplimiento de las obligaciones contraídas; se refiere el deber de satisfacer las expectativas recíprocas, sin tergiversaciones y sin engaños. Es con este alcance que BETTI expresa: “la buena fe se podría caracterizar como un criterio de conducta que se funda sobre la fidelidad del vínculo contractual y sobre el compromiso de satisfacer la legítima expectativa de la otra parte: un compromiso en poner todos los recursos propios al servicio del interés de la otra parte en la medida exigida por el tipo de relación obligatoria de que se trate; compromiso en satisfacer íntegramente el interés de la parte acreedora

34 Cfr. *idem*, L. III, c. 15, 61.

35 Cfr. SPOTA, *Instituciones de Derecho civil. Contratos*, III, Buenos Aires, Depalma, 1977, p. 348; REZZÓNICO, *Principios fundamentales de los contratos*, Buenos Aires, Astrea, 1999, p. 484.

36 Cfr. DíEZ-PICAZO, Prólogo a WIEACKER, *El principio general de la buena fe*, Madrid, Civitas, 1977, p. 14.

de la prestación”³⁷. La *exceptio non adimpleti contractus* constituiría su más congruente expresión: no se puede reclamar el cumplimiento de la otra parte si antes no se ha cumplido o dispone el propio cumplimiento (cfr. art. 1124 CC).

Por último, si queda claro que la buena fe es patrón de conducta, lo debe ser también para el intérprete, con vistas a ponderar el proceder individual de las partes, tanto *in contrahendo* como en el proceso de desenvolvimiento del contrato, tratando de desvelar si se han conducido según lo previsto y “como cabía esperar de cuantos con pensamiento honrado intervienen en el tráfico como contratantes”³⁸.

Pues bien, todos estos sentidos quedan comprendidos en el primer enunciado del artículo 1258 CC, en cuanto establece, con carácter de pauta general, que, una vez dado el concordante consentimiento de los interesados, “los contratos obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la *buena fe*, al uso y a la ley”.

E. Reciprocidad en los cambios

El principio de la reciprocidad en los cambios, al que podríamos llamar de conmutatividad, en cuanto correlato del fundamento en que hemos localizado la obligatoriedad de los contratos³⁹, refiere la concreción de cierta igualdad o medida conveniente, estricta y objetiva, que hace posible los tratos voluntarios, con el efecto de evitar la concreción no consentida de una pérdida o de una ganancia correlativa⁴⁰. Es el sentido del artículo 1289 CC, ubicado en sede de interpretación de los contratos, y a cuyo tenor: “cuando absolutamente fuere imposible resolver las dudas por las reglas establecidas en los artículos precedentes, si aquéllas recaen sobre circunstancias accidentales del contrato, y éste fuere gratuito, se resolverán en favor de la menor transmisión de derechos e intereses. Si el contrato fuere oneroso, la duda se resolverá en favor de la mayor reciprocidad de intereses”.

Así, en el contrato con prestaciones recíprocas, se presume que los términos del intercambio tienen valores homogéneos. De este modo ocurre, *v. gr.*, con la permuta, que opera el cambio de cosas materialmente disímiles de igual valor real, apreciado este último según un margen de oscilación que se estima razona-

37 *Teoría general de las obligaciones*, I, trad. de DE LOS MOZOS, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1969, p. 114.

38 LARENZ, *Derecho de obligaciones*, I, versión española y notas de SANTOS BRIZ, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1958, p. 142.

39 Junto a estas dos dimensiones de la conmutatividad, como pilar y como principio, todavía cabría hablar de la conmutatividad para clasificar toda una clase de contratos: aquellos en que las prestaciones, el contenido contractual, se encuentra prefijado en sus líneas maestras sin quedar expuesto a eventuales contingencias, y que se distinguen de los aleatorios. Pues bien, no quede duda de que, por el valor superior que ambos sentidos le corresponde, la conmutatividad es fundamento y principio también de estos contratos, entiéndase, hasta de los aleatorios (*v. gr.* contrato de seguro).

40 ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, L.V, c. 5º, nn. 1132b 21 - 1133b 28, versión cit.

ble. Y ello pese a que, por excepción, las partes pueden practicar la conmutación según una proporción diferente que no se atiene al módulo de la igualdad de la contraprestación, siempre que el desequilibrio objetivo operado encuentre justificación en una razón práctica-prudencial que le confiera validez.

En el otro extremo, en el contrato celebrado a título gratuito, como es el caso de la donación simple, el principio de reciprocidad en los cambios se traduce en una medida objetiva respecto del desplazamiento patrimonial⁴¹; medida que no se atiene a una correspondencia real de prestaciones recíprocas equivalentes, en el caso, de suyo, imposible, pero que se fundamenta en una igualdad entre lo debido y lo recibido, decidida según el exclusivo parecer de los contratantes, determinado en función de la posibilidad patrimonial del *solvens*, la necesidad del beneficiario y el destino de la prestación, que se concreta entre el crédito de una parte y el débito correlativo de la otra, los cuales se extinguen por el pago.

En las formas de contratación que suponen una restitución, como ocurre en el depósito, en el mutuo gratuito o en el comodato, la reciprocidad se cumple realizando la igualdad debida. Es decir, en la relación, se debe la restitución que iguala las cosas, la cual es la contraprestación de una prestación oportunamente entregada.

En el mutuo oneroso, de dinero en particular, las exigencias de la justicia objetiva contempladas por el principio de la reciprocidad en los cambios quedan resguardadas si el pago del interés compensatorio adicionado hasta la restitución de la cantidad prestada guarda correspondencia con la desventaja reportada al mutuante privado de invertirla, que se presume mayor en materia mercantil. Dado que el interés del mutuo estuvo prohibido por la legislación europea vigente entre el siglo VIII y la Revolución Francesa en 1789, interesa señalar que el cobro de esa ganancia proporcionada no supone para el mutuario una pérdida contraria a Derecho, ya que, desde que la actividad económica dejó de ser de subsistencia y de autosuficiencia, fue posible admitir, en razón de su mutación y sin entrar en conflicto con la justicia, que el ahorro prestado equivale a un capital que tiene la potencialidad de aumentar la riqueza, asociado a los otros factores productivos básicos, como son el trabajo, los recursos naturales y, aún más, el agente empresario que organiza los anteriores.

Pero, la reciprocidad en los cambios también puede desempeñar un papel de gran trascendencia luego de contratar, en íntima conexión con la buena fe que gobierna, según hemos visto, la ejecución de los contratos. Porque si bien se halla inscrito en el mismo orden racional de un contrato consentido sin vicios que deba ser cumplido, ello es mientras el marco de referencia político y económico conocido por las partes permanezca estable, de modo que no se alteren los términos del intercambio particular por causas imprevisibles ajenas a la voluntad de ellas⁴². La teoría de la imprevisión, la implícita condición *rebus*

41 Cfr. Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, I, cit., p. 47.

42 Cfr. Santo TOMÁS DE AQUINO, *In Decem Libros Ethicorum Aristotelis ad Nicomachum Expositio*. L. V, *lectio* VII, n. 1019.

sic stantibus, es el referente para la composición del equilibrio contractual ante la incidencia de ese tipo de circunstancias.

F. Efecto relativo

En cuanto regla general, los contratos sólo obligan a las partes, asimilando a éstas, llegado el caso, a quienes las sucedan en su patrimonio a título universal. La máxima surge del artículo 1257 CC por el cual los efectos de los contratos *sólo* se extienden activa y pasivamente a las partes y a sus herederos o sucesores universales, a no ser que las obligaciones que nacieren de ellos fuesen inherentes a la persona, o que resultase lo contrario de una disposición expresa de la ley, de una cláusula del contrato o de su naturaleza misma. En consecuencia, *los contratos no pueden perjudicar a terceros*, a extraños (sí los derechos reales a los que pudieran con su cumplimiento dar lugar), no teniéndose por tales a los herederos de aquéllos (y siempre teniendo en cuenta cómo procedan acerca de la aceptación de la herencia: con beneficio o no de inventario, esto es, salvaguardando su propio patrimonio del del finado o no).

Bien mirada, la proclamada y general ineficacia frente a terceros supone justo correlato del principio de libertad en la contratación, siquiera, en esa dimensión negativa de la que a su respecto se hablaba. Los particulares son libres de contratar o no, no pudiendo quedar obligados por el simple actuar de terceros, que de suyo le son ajenos; sólo en el caso de que éstos estén autorizados –ya por quien haya de resultar perjudicado por su contratar, o por la ley, en los supuestos de representación necesaria y respecto de ella con las marcadas limitaciones que se prevén para evitar tentaciones y abusos– podrán aquéllos quedar responsabilizados.

Sin embargo, afirmar que los contratos no pueden perjudicar a terceros no responde del todo a la realidad, pues ello, me refiero a ese perjuicio, es al final perfecta y ordinariamente posible. Pensemos en el juego de la unidad de patrimonio y la *par conditio creditorum*, cuya combinación hace que las obligaciones contraídas por un individuo desmerezcan el cabal cumplimiento de las derivadas de otras relaciones contractuales previas en caso de insolvencia, debiendo todos los acreedores compartir proporcionalmente las pérdidas. También, en el incontestable dato de que los contratos son fuente, sino directa, mediata, al constituir ordinario título para su constitución, de los derechos reales, los que sí se declaran oponibles. Decir que el contrato de compraventa no repercutiría contra quienes después adquiriesen de quien actuara como comprador chocaría con la eficacia real, esto es, frente a terceros, que el mismo Código reconoce a las cláusulas revocatorias, siquiera sobre inmuebles y demás bienes registrables (y registrados).

Pero, a su vez, si nos fijamos bien, ambas consecuencias, negativas, por supuesto, están amparadas por el ordenamiento. En otras palabras, tan legal sería el principio contractual de intangibilidad de los intereses de terceros como

cada una de las excepciones reseñadas, con lo que la vigencia del principio no quedaría sojuzgada⁴³.

V. EL CASO DE “EL MERCADER DE VENECIA”

Una vez leídas las bases y principios de nuestro Derecho contractual, el alumno deberá contestar fundadamente a las cuestiones que se le plantean tras la visualización del clásico de W. Shakespeare “*El Mercader de Venecia*”, a partir de la magnífica adaptación de Michael Radford de 2004, interpretada, entre otros, por Al Pacino, Jeremy Irons, y Joseph Fiennes.

Cuestiones

- A. ¿Qué valor jurídico, si tiene alguno, tiene la carta que le entrega Antonio a Basanio para que éste consiga quien le preste los tres mil ducados que dice necesitar?
- B. ¿Qué contrato o contratos se concluyen durante el relato? ¿En qué momento se celebra o celebran? ¿Quiénes eran sus partes?
- C. Relaciona la pretensión judicial de Shylock, así como la resolución finalmente adoptada por el tribunal, a la luz de los principios del Derecho contractual.
- D. Si Shylock hubiera aceptado ante el tribunal el *duplum* que Basanio le ofrecía para olvidarse del reclamo, ¿qué instituto del Derecho patrimonial lo habría explicado?
- E. ¿Qué leyes consagradas de Venecia son esenciales para comprender tanto el nudo como el desenlace de la historia?
- F. Finalmente, ¿consideras justa la solución adoptada para dirimir el supuesto?

Textos complementarios para fundamentar junto a la teoría general las respuestas; su cita y comprensión se valorarán especialmente.

1. SANZ, Carlos Raúl. «Reflexiones iusfilosóficas en torno a la problemática actual del contrato», en *La Ley* (Argentina) 1978-D, pp. 945 y ss.

“[T]omemos [como parábola para presentar en su raíz el concepto de contrato] *El Mercader de Venecia*. Trasladados imaginativamente a la Venecia del Renacimiento podremos apreciar de inmediato, la casi totalidad de ingredientes filosóficos que se dan cita en la plasmación de la moderna noción del contrato. Esa noción que define Vélez Sársfield en el artículo 1137 CC, señalando que ‘hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declara-

43 Una tercera manifestación, igual e implícitamente dispuesta en el Código, la encontraríamos en la resolución que ampara el artículo 464, en cuanto la adquisición de bienes muebles (no registrables ni registrados, se entiende) por un tercero, a título oneroso y siempre que ostente buena fe, puede privar de su legítima propiedad al dueño no interviniente en ese contrato.

ción de voluntad común, destinada a reglar sus derechos’ y cuyo efecto fundamental, a estar al texto del artículo 1197, es constituir para... ‘para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma’.

La pieza teatral presenta el caso de Antonio –rico armador de Venecia– quien para avalar un préstamo contraído por su amigo Basanio con el mercader judío Shylock por 3000 ducados, concierta un contrato.

Un contrato entre enemigos. Así dirá Antonio: ‘Si quieres prestar ese dinero, préstalo, no como a tus amigos... sino préstalo como a tus enemigos, de quienes podrás obtener más fácilmente castigo si faltan a su palabra’, El usurero cierra el trato imponiendo sus condiciones: ‘Venid conmigo a casa de un notario, me firmaréis allí vuestro pagaré y... si no pagáis tal día, en tal lugar, la suma convenida, la penalidad consistirá en una libra exacta de vuestra hermosa carne...’.

Tal el contrato, con intervención notarial inclusive: una libra de carne como garantía del cumplimiento de un mutuo.

Desestabilizados los negocios de Antonio, cumplido el plazo fijado en el convenio, Shylock ejecuta su crédito. Y Salanio [amigo del mercader] describe la situación explicando que el prestamista ‘asedia de día y de noche al Dux, y declara que no existe seguridad en Venecia si se le niega justicia... nada puede disuadirle de su odiosa machaconería: incumplimiento de promesa, justicia, pagaré firmado, repite’.

Un acreedor que quiere el puntual cumplimiento de lo pactado: una libra de la hermosa carne de Antonio, con la misma vehemencia con que cotidianamente se nos presentan ejecuciones hipotecarias ante nuestros estrados. La carne del deudor, grita Shylock, con la misma agresividad con que el prestamista actual pide la venta de la *casa* del ejecutado

Y planteado el litigio, escuchemos los argumentos que se esgrimen. El propio Antonio reconoce: ‘El Dux no puede impedir a la ley que siga su curso, a causa de las garantías comerciales que los extranjeros encuentran cerca de nosotros en Venecia; suspender la ley sería atentar contra la justicia del Estado, puesto que el comercio y la riqueza de la ciudad dependen de todas las naciones’.

Y el ejecutante Shylock argumenta: ‘Quiero que las condiciones de mi pagaré se cumplan; he jurado que serían ejecutadas’. ‘No haréis de mí uno de esos buenazos imbéciles... quiero el cumplimiento del pagaré’. Al propio Dux de Venecia dirá: ‘...si me negáis la ejecución, que el daño que resulte de ello recaiga sobre la constitución y las libertades de vuestra ciudad. Me preguntáis: ¿por qué quiero tomar mejor una libra de carroña que recibir 3000 ducados? Os responderé diciendo que tal es mi carácter. La respuesta ¿os parece buena? Si una rata perturba mi casa y me place dar 10.000 ducados para librarme de ella ¿qué se puede alegar en contra?...’. Y ateniéndose a la letra de lo escrito, ante nuevos ofrecimientos clamará Shylock: ‘Aun cuando cada uno de esos 6000 ducados estuviese dividido en seis partes y cada una de esas partes fuese un ducado... querría la ejecución de mi pagaré’. ‘Es la libra de carne que le reclamo

la he comprado cara, es mía y la tendré. Si me la negáis, anatema contra vuestra ley. Los decretos de Venecia, desde ahora, no tienen fuerza’.

Ante tal tesitura del acreedor dirá Porcia –disfrazada de doctor en leyes: ‘La demanda que hacéis es de tal naturaleza extraña y, sin embargo, de tal manera legal que la ley veneciana no puede impedirnos proseguirla’ ..., agregando: ‘Si persistes en ella, este rígido tribunal de Venecia, fiel a la ley, deberá necesariamente pronunciar sentencia contra el mercader Antonio’.

‘Que mis acciones caigan sobre mi cabeza –dice Shylock–. Exijo la ley, la ejecución de la cláusula penal y lo convenido en mi documento’.

Pero luego, la situación se revierte contra el ejecutante cuando Porcia exige el cumplimiento estricto de lo pactado, tan estricto que un apartamiento ínfimo de lo textual implicaría la pérdida de la vida y los bienes del judío... ‘toma tu libra de carne. Pero si al cortarla, te ocurre verter una gota de sangre... tus tierras y tus bienes, según las leyes de Venecia, serán confiscadas’; ‘si tomas más o menos que una libra exacta..., mueres... (aunque el desequilibrio de la balanza no sea mayor que el peso de un cabello; en más o en menos)’.

Ante ello, recordemos, el ejecutante -por benévolo pedido del propio ejecutado- no solo desiste de su litigio, sino que, a condición de salvar la vida, acepta la pérdida de sus bienes y es impelido a cambiar su fe.

Hasta aquí la parábola; hasta aquí la imagen que deseaba recrearos, para explicar las raíces de la moderna concepción del contrato:

- A. La vergüenza veterotestamentaria de la alianza y de la palabra empeñada, desprovista de su original y verdadera dimensión. Es lo que simboliza Shylock.
- B. La pérdida de la dimensión distributiva de la justicia, como consecuencia de la doctrina política de Maquiavelo. Es lo que representa el Dux de Venecia.
- C. El impacto de una religiosidad falseada, subjetivista y voluntarista. Tal es, en la obra, lo que simboliza la imposición del bautismo cristiano a Shylock como precio de su vida, perdida ya su fortuna.
- D. La recepción del estoicismo en el renacimiento. No otra cosa es la benevolencia que se esconde en el perdón de Antonio o en los pedidos de misericordia argumentados ante el mercader ejecutante.

Y la parábola es históricamente coherente si se compulsan algunas fechas que resultan importantísimas para la configuración de la noción moderna de contrato. Sin duda que el teatro recoge, en este caso, elementos realmente vigentes en su tiempo, lo que explica su permanencia y su aceptación por el público.

Adviértase que la obra que comentamos data del año 1595 o 1596. *El príncipe* de Maquiavelo –escrito en 1513- había sido publicado en 1523. Once años más tarde Rabelais publicará su *Pantagruel* al que seguirá en 1534 su *Gargan-*

túa. En el mismo año que ve la luz el *Mercader de Venecia*, Madmoiselle Gournay, ya muerto Montaigne, publica la edición definitiva de los *Ensayos* de éste.

Por lo tanto, no es de extrañar que todos los elementos mencionados tengan su incidencia -ahora en el campo jurídico- cuando Grocio publica su *Tratado sobre la guerra y la paz* en 1625; punto de partida del ingreso del voluntarismo en la temática del contrato de los tiempos modernos [...].”

2. IHERING, Rudolf von. *La lucha por el Derecho*, traducción directa del alemán por Adolfo GONZÁLEZ POSADA; Buenos Aires, Heliasta, 1993, pp. 53-55.

“[E]sta manera de ver, que llamaremos en dos palabras la solidaridad de la ley y el derecho concreto, es, como hemos sentado anteriormente, la expresión real de su relación en lo más íntimo de su naturaleza, y que no está tan profundamente escondida, pues hasta el egoísta incapaz de toda idea superior quizá la comprenda como nadie en algún caso, porque su interés es asociar el Estado a la lucha; he ahí un medio por el que, sin saberlo ni quererlo, contra su derecho y contra él mismo se eleva hasta la altura ideal donde se siente representando la ley. La verdad es siempre verdad, aun contra el individuo que no la reconoce y que no la defiende más que en el estrecho punto de vista de su interés personal. Es el espíritu de venganza y el odio los que impulsan a Shylok a pedir al tribunal la autorización de cortar su libra de carne de las entrañas de Antonio; pero las palabras que el poeta pone en sus labios son tan verdad en ellos como en cualesquiera otros; es el lenguaje que el sentimiento del derecho lesionado hablará siempre; es la potencia de esa persuasión inquebrantable de que el derecho debe ser siempre derecho; es el entusiasmo apasionado de un hombre que tiene conciencia de que no lucha sólo por su persona, sino también por una idea.

La libra de carne que yo reclamo,

le hace decir Shakespeare,

La he pagado largamente, es mía y yo la quiero;

¿Qué es vuestra justicia si me la negáis?

El Derecho de Venecia no tendrá fuerza alguna.

Esa es la ley que yo represento.

Yo me apoyo en mi título.

El poeta, en estas cuatro palabras ‘yo represento la ley’, ha determinado la verdadera relación del Derecho desde el punto de vista objetivo y subjetivo, y la significación de la lucha para su defensa, mejor que pudiera hacerla cualquier filósofo. Esas palabras cambian por completo la pretensión de Shylok en un problema tal, en que el objeto en cuestión es el mismo Derecho de Venecia. ¡Qué actitud más vigorosa no toma este hombre en su debilidad cuando pro-

nuncia esas palabras! No es el judío que reclama su libra de carne, sino que es la misma ley veneciana quien llega hasta la barra de la justicia, porque su derecho y el Derecho de Venecia son uno mismo; el primero no puede perecer sin perecer el segundo; si, pues, sucumbe al fin bajo el peso de la sentencia del juez que desconoce su derecho por una burla extraña⁴⁴; si lo vemos herido por el dolor más amargo, cubierto por el ridículo y completamente abatido alejarse vacilante, podemos entonces afirmarnos en ese sentimiento de que el Derecho de Venecia está humillado en su persona, que no es el judío Shylok quien se aleja consternado, sino un hombre que representa al desgraciado judío de la Edad Media, ese paria de la sociedad que en vano grita: ¡Justicia! Esta opresión del derecho de que él es víctima, no es todavía el lado más trágico ni más conmovedor de su suerte; lo que hay de más horrible es que ese hombre, que ese infeliz judío de la Edad Media cree en el Derecho, puede decirse, lo mismo que un cristiano. Su fe es tan inquebrantable y firme como una roca; nada le conmueve; el juez mismo la alimenta hasta el momento en que se resuelve la catástrofe y es aplastado como por un rayo; entonces contempla su error y ve que sólo es un mísero judío de la Edad Media, a quien se niega la justicia engañándole [...]”.

3. IHERING, Rudolf von. Prefacio a edición posterior de *La lucha por el Derecho*, traducción directa del alemán de SANTILLÁN, Diego A.; Puebla (México), Cajica, 1957, pp. 34 y ss.

“[S]ólo sobre un punto accesorio, que no tiene nada que ver con mi teoría como tal, se me permitirán al final algunas palabras, pues es contradicho por aquéllos con los que por lo demás me declaro de acuerdo. Es mi afirmación sobre la injusticia cometida con Shylock.

Yo no había sostenido que el juez debió reconocer válido el recibo de Shylock, sino que, una vez que lo ha hecho, no podía frustrarlo a escondidas por la astucia frívola en la realización del fallo judicial. El juez tenía la elección de declarar válido o no válido el título. Hizo lo primero, y Shakespeare presenta

44 “El interés perfectamente trágico que nos ofrece Shylok, –refiere IHERING en esta nota– descansa, para nosotros, en que no se le hace justicia, y esta es, sin duda, la conclusión que más sobresale para el legista. El poeta puede indudablemente hacerse una jurisprudencia a su capricho; no hemos de reprochar a Shakespeare el que haya obrado de tal suerte y que no haya variado en nada la antigua fábula; el legista que estudia la cuestión estará obligado a decir que el título no estaba en vigor porque contenía alguna cláusula inmoral, y que el juez, apoyado en esta sola razón, ha podido negar lo pedido por el querellante; si no lo hacía, si el ‘sabio Daniel’ la dejaba valer, era emplear un subterfugio, una miserable astucia, una burla indigna, autorizar a un hombre a cortar la libra de carne, prohibiéndole terminantemente hacer correr la sangre necesaria a la operación. Un juez, según esto, podría acordar también que se permitiera al propietario de una servidumbre el paso por la finca, prohibiéndole dejar rastro alguno porque no estaba así estipulado en la concesión. Cualquiera creería que la historia de Shylok pasa en los tiempos primitivos de Roma, cuando los autores de las Doce Tablas creían necesario hacer especial mención de que el acreedor a quien se le entregaba el cuerpo del deudor (*in partes secare*) podía, en lo que se refiere al tamaño de los pedazos de su cuerpo, hacerlos como quisiera (*Si plus minusve secuerint sine fraude esto!*)”

la cosa de modo como si esa decisión fuese la única posible según el derecho. Nadie dudaba en Venecia de la validez del recibo; los amigos de Antonio, Antonio mismo, el dux, el tribunal, todos estaban de acuerdo en que el judío estaba en su derecho⁴⁵. Y en esta confianza segura sobre su derecho reconocido, apela Shylock a la ayuda del tribunal, y el *sabio Daniel*, después que ha intentado en vano determinar al acreedor sediento de venganza que renunciase a su derecho, reconoce lo último. Y ahora, después que se ha dictado el fallo judicial, después que ha sido suprimida toda duda sobre el derecho del judío por los jueces mismos, no se osa mostrar ninguna contradicción, después que la asamblea entera, incluso el dux, se ha sometido al fallo inobjetable del derecho cuando el vencedor, completamente seguro de su causa, quiere proceder a lo que le autoriza el juicio, el mismo juez que ha reconocido solemnemente su derecho, lo contiene con una treta de naturaleza tan mísera e insostenible, que no merece siquiera una refutación seria. ¿Hay carne sin sangre? El juez que concedió a Shylock el derecho a cortar una libra de carne del cuerpo de Antonio, le reconoció también la sangre, sin la cual no puede existir la carne, y el que tiene el derecho a cortar una libra, puede, si quiere, cortar menos también. Ambas cosas son rehusadas al judío, él debe tomar sólo carne sin sangre y cortar una libra exacta, ni más ni menos. ¿He dicho demasiado cuando dije que el judío ha sido engañado en su derecho? Ciertamente se hace esto en interés de la humanidad, pero ¿deja de ser injusto lo injusto que se realiza en interés de la humanidad? Y si el fin debe santificar el medio, ¿por qué no antes, por qué tan sólo después del fallo judicial?

La oposición a la opinión defendida aquí en el folleto mismo, que se ha manifestado ya en la primera edición del mismo diversamente, desde la aparición de la sexta edición (1880), ha dado la palabra a dos juristas en un pequeño escrito. Uno de ellos es *Jurist und dichter, versuch einer studie uber Ihering's kampf um's recht und Shakespeare's Kaufmann von Venedig* (Dessau, 1881), de A. PIETSCHER. Reproduzco el núcleo de la opinión del autor con sus propias palabras: *Vencimiento de la astucia por una astucia mayor; el bribón es capturado en su propia red*. Con la primera parte de esta frase reproduce mi propia opinión; yo había sostenido que Shylock es engañado en su derecho por la astucia,

45 Recordando IHERING que en el Acto III, 3. Antonio ya dijera que el dux no podía detener el curso del derecho, diciendo en el acto IV, el dux: "Me apena por ti. Antonio: ...porque ningún medio legal puede salvarme de su odio. PORCIA: ...que la ley de Venecia no puede ampararte. No puede ser. Ninguna autoridad en Venecia puede cambiar una ley válida. – El contenido y la letra de la ley están en pleno acuerdo con la expiación reconocida como válida en el recibo. – Una libra de esta carne de mercader es tuya. La corte lo reconoce, y el derecho lo autoriza. – Así, pues, el principio jurídico a consecuencia del cual el recibo tiene plena validez, el *jus in thesi*, no sólo es reconocido como innegable plenamente por el consenso general, sino que la sentencia, el *jus in hypothesi*, ha sido dictada ya, para ser luego frustrada por el juez mismo con perfidia ruin –el jurista diría: en la instancia de ejecución. ¡Lo mismo podría un juez condenar al deudor al pago y en la instancia de ejecución imponer al acreedor que saque el dinero con las manos de un alto horno, o si el deudor fuese un tejador, que lo reciba de la punta de la torre, o si fuese un buzo, del fondo del mar, ya que no se había convenido nada en el recibo de la deuda sobre el lugar del pago".

pero ¿debe recurrir el derecho a tal medio? El autor ha quedado en deuda con la respuesta, y dudo de que, como juez, aplique tal medio. Por lo que concierne a la segunda parte de la frase, pregunto: si la ley de Venecia declaró válido el recibo, ¿era el judío un bribón por apelar a ella, y si se puede ver en ello una red, le correspondía la responsabilidad a él o a la ley? Con tal deducción no es refutada sino fortalecida mi opinión. El segundo escrito sigue otro camino, es de Jos KOHLER, profesor en Würzburg: *Shakespeare vor dem Forum der jurisprudenzen* (Würzburg, 1883). Según él, la escena del tribunal en el *Mercader de Venecia* “contiene la quintaesencia de la esencia y el devenir del derecho y una jurisprudencia más profunda que diez libros de texto sobre las Pandectas y nos proporciona una visión en la historia del derecho más profunda que todas las obras histórico-jurídicas desde Savigny hasta Ihering” (p. 6). Esperamos que por este merecimiento fenomenal de Shakespeare sobre la jurisprudencia, le corresponda una parte al Colón que ha descubierto, él primero, ese nuevo mundo del derecho, de cuya existencia toda la jurisprudencia no tuvo hasta aquí noticia alguna –según las reglas del hallazgo del tesoro le correspondería a él la mitad, una recompensa con la que podría estar ya contento dado el valor inconmensurable que le atribuye–. Debo dejar al lector que se informe en el escrito mismo sobre la “abundancia de ideas jurídicas que Shakespeare ha vertido en la pieza” (p. 92), aun cuando yo no quisiera de ningún modo asumir la responsabilidad de enviar a la juventud estudiosa del derecho a la escuela de Porcia, en la que habría que buscar el nuevo evangelio del derecho. Pero en lo demás, ¡todos los honores a Porcia! Su fallo “es la victoria de la conciencia esclarecida del derecho frente a la noche tenebrosa que pesaba sobre la condición jurídica hasta allí, es la victoria que se esconde detrás de motivos aparentes, que admite la máscara de la falsa motivación porque es necesaria; pero es una victoria, una gran victoria: una victoria no sólo en el litigio singular, sino una victoria en la historia del derecho en general, es el sol del progreso, que ha irradiado calurosamente en los estrados judiciales, y el reino de Sarastro triunfa sobre los poderes de la noche”. A los de Porcia y Sarastro, a cuyos nombres se vincula el comienzo de la nueva jurisprudencia inaugurada por nuestro autor, tenemos que agregar el del dux, que hasta allí había caído en los lazos de la *jurisprudencia anterior* y de los *poderes de la noche*, es liberado por la palabra redentora de Porcia y alcanza el conocimiento de la misión *universal histórica* que le corresponde también en ello. Se resarce a fondo de su antigua negligencia. Primero en tanto que declara a Shylock culpable de intento de homicidio. “Si en ello hay también una injusticia, tal injusticia está perfectamente fundada histórico-universalmente, es una necesidad histórico-mundial, y en la admisión de ese elemento se ha superado Shakespeare como historiador del derecho. El que Shylock no sólo haya sido rechazado, sino también castigado, es necesario para coronar la victoria, con la que aparece esclarecedora la nueva idea jurídica” (p. 95). Inmediatamente condena al judío a volverse cristiano. También “esta exigencia contiene una verdad histórico-universal. La exigencia es repudiable para nuestro sentimiento y contradictoria con la libertad de creencias,

pero corresponde a la marcha de la historia universal, que ha llevado a millares, no con la palabra suave de la conversión, sino con la sugestión del verdugo, al campo de una creencia” (p. 96). Estos son los “rayos cálidos que arroja el sol del progreso en los estrados judiciales” –¡los judíos y herejes han aprendido a conocer su fuerza cálida en las hogueras de Torquemada! Así triunfa el reino de Sarastro sobre las potencias de la noche. Una Porcia, que destruye como sabio Daniel el derecho vigente hasta allí, un dux que sigue sus huellas, un jurista sensible a la *profunda jurisprudencia y quintaesencia de la esencia y el devenir del derecho*, que justifica sus fallos con la fórmula *histórico-mundial*- ¡y eso es todo! Este es el *foro de la jurisprudencia* ante el cual me ha citado el autor. Tiene que acceder a que no le siga hasta allí, hay todavía mucho de los manuales de enseñanza sobre las Pandectas en mí como para poder compartir la nueva era de la jurisprudencia que nos abre, y no me dejaré apartar tampoco de mi camino en el dominio de la historia del derecho por la experiencia aplastante que, si hubiese estado armado con la agudeza de aquel escritor, habría podido extraer del *Mercader de Venecia* visiones más hondas en el devenir del derecho que de todas las otras fuentes del derecho positivo y de toda la literatura histórico-jurídica de nuestra siglo desde Savigny hasta el presente [...]”.

