

XVI JORNADAS ABIERTAS DE PROFUNDIZACIÓN Y DISCUSIÓN SOBRE EL TEMA:
EXPERIENCIA SOCIAL, TRADICIÓN Y DERECHO

EXPERIENCIA Y TRADICIÓN EN EL DERECHO CIVIL

Daniel Guillermo Alioto (UCA)

I.- Introducción

En estas Jornadas hemos visto que la Tradición significa un proceso de transmisión de una cierta universalidad de objetos culturales. Esta *traditio* se refiere, entre otras cosas, a ciertos objetos ético-sociales y, entre éstos, a las instituciones jurídicas.

A la vez, se supone que las instituciones jurídicas y las propias del Derecho Civil, que es el núcleo del Derecho Privado, conducen a realizar los fines específicos de la persona humana. De este modo, caen en la órbita del Derecho Civil, la misma persona humana, las cooperaciones jurídicas de la convivencia que ella lleva a cabo y las situaciones institucionales en que se halla y coordina para responder a las necesidades de la vida y cumplir sus fines específicos¹.

Ahora bien: sin ninguna duda la tradición jurídica occidental heredera de la doctrina aristotélica y del derecho romano privado se constituye alrededor de las instituciones permanentes del derecho civil, pese a la constante renovación de sus contenidos en función del dinamismo de las cosas humanas.

Estas instituciones permanentes del derecho civil se rigen por ciertos principios rectores que no pueden perderse de vista sin abrir un abanico de incontables confusiones teóricas y prácticas. Éstos no pueden o deben ser desechados o distorsionados, pues de la estabilidad de la “concreción histórica de los principios por la Tradición”² depende la vigencia misma de la justicia en las relaciones intersubjetivas y grupales y la conservación de la convivencia social.

En este punto quiero alertar algo acerca de mi exposición. Ésta presupone una *forma mentis* ajustada a la teoría y práctica del derecho civil.

No es, por tanto, una exposición sistemática realizada al modo moderno, impregnada de los criterios y lugares de argumentación que se están difundiendo desde el derecho constitucional al derecho privado.

En esta ocasión no van a encontrar alusiones a los derechos constitucionales o a los derechos humanos ni a una ética construida en base a tópicos que desestiman las cosas naturales, las más de las veces promovidos o amparados desde la esfera pública, declarados en detalle y condensados *en y por* el ordenamiento jurídico nacional o supranacional e interpretados según la coherencia del sistema por los organismos y Tribunales Internacionales, cuyos criterios son citados como argumento de autoridad y materia de adhesión dócil por muchos tribunales locales en todo el mundo.

¹ Puig Brutau, José, *Introducción al derecho civil*, Bosch, Casa Editorial, S.A., Barcelona, pág. 40.

² Lamas, Félix Adolfo, “*Filosofía del Estado, Política y Tradición*”, en página web del Instituto de Estudios Filosóficos *Santo Tomás de Aquino*: “viadialectica.com”.

XVI JORNADAS ABIERTAS DE PROFUNDIZACIÓN Y DISCUSIÓN SOBRE EL TEMA:
EXPERIENCIA SOCIAL, TRADICIÓN Y DERECHO

No voy a desarrollar razones sobre la base de nociones tales como “perspectiva de género”, “orientación sexual como hecho cultural”, “casamiento entre personas del mismo sexo”, “matrimonio igualitario”, “derechos reproductivos”, “derecho a la salud reproductiva” como eufemismo del aborto y la manipulación genética, “derechos de la mujer”, “derechos del niño, la niña y el adolescente” contrapuesto a la autoridad de los padres como modelo principal de consideración jurídica acerca de las relaciones familiares, “derecho a decidir la propia muerte o de otro” encubierto en la idea de muerte digna o de eutanasia, “derecho al consumo de drogas”, “derecho de los animales”, “derecho de la pacha mama” o “derecho al desnudo playero”, etc.

Mis fines son muy modestos. Mi intención es que el mismo discurso revele el modo de razonar tradicional del derecho privado a partir de muestra propia experiencia, acorde con la característica problemática o dialéctica del Derecho en general, en el que siempre se trata de coordinar conductas (interactivas) ordenadas a la realización de bienes comunes y particulares.

En esta tarea y por lo dicho voy a hablar de principios universales y no de derechos globales. Es decir, hablaré de los principios universales que fundamentan el Derecho de las relaciones privadas.

Pero para eso primero haré algunos señalamientos acerca de las relaciones de la Ética y el Derecho.

II.- *Consideración ética-jurídica de la cuestión*

En la introducción mencionamos que las instituciones jurídicas son objetos culturales pertenecientes al campo de lo ético y social.

En efecto, el Derecho en general y, por tanto, el derecho privado, tienen su núcleo en la Ética (y no en los derechos humanos). La Ética estudia las acciones humanas, en cuanto constituyen medios convenientes o nocivos para alcanzar el fin de la vida humana. Abarca el Derecho, cuya materia es la actividad humana, la cual también es instrumental al fin o bien de la persona humana. De esa manera y en la medida en que se rigen por los mismos primeros principios, el Derecho, incluido el derecho civil, es una especificación de su género próximo que es la Ética. El resumen de lo expresado es que entre la Ética y el Derecho se verifica una relación de género a especie.

Es así como surge la cuestión de la especificidad del Derecho, la cual puede ser formulada en los siguientes términos: si el derecho es genéricamente moral ¿en qué radica su especificidad? Y la respuesta de este problema reside en la forma objetiva del derecho.

Plantear la objetividad del Derecho supone asumir que la rectitud de la operación jurídica no se establece en atención al agente del acto sino que siempre se determina en relación con otra persona. Por eso, según enseña Santo Tomás de Aquino, se llama justo al objeto terminativo de una conducta jurídica³: el bien correspondiente a otro según alguna igualdad. Esta obra, la “*ipsa res iusta*” o “*ius*”, es el objeto de la virtud de la justicia: el bien cumplido a otro que a su vez fue materia de un deber jurídico, el cual pudo consistir en un hacer, en un dar o en una abstención (no hacer).

³ *Suma Teológica*, II-II, cuestión 57, a. 1º, respuesta.

XVI JORNADAS ABIERTAS DE PROFUNDIZACIÓN Y DISCUSIÓN SOBRE EL TEMA:
EXPERIENCIA SOCIAL, TRADICIÓN Y DERECHO

Entonces, entendido que el Derecho implica una operación destinada a dar lo debido a otro, se presenta la dificultad de descubrir cuál es la medida del débito. Para despejarla, me explayaré en el análisis del principio tradicional de la *reciprocidad en los cambios* con la convicción de que a través de él se pondrá de manifiesto una propiedad central del Derecho Privado.

III.- *Derecho privado y principio de reciprocidad en los cambios*

1. Principio de reciprocidad en los cambios: noción

Para referirse al principio clásico de la *reciprocidad en los cambios* (o del sinalagma) conviene tener presente que la delimitación de su operatividad conforma un aporte aristotélico definitivo en la solución del problema de la vigencia de la justicia en las relaciones comunitarias mutuas⁴. Él se trata de un principio que rige el derecho privado en general. Quiero decir que el principio de *reciprocidad en los cambios* se refiere tanto al campo contractual como al ámbito extracontractual.

Puede afirmarse que esta división de campos –contractual y extracontractual- ya se encuentra presente y es un punto de partida del análisis que Aristóteles hace en *Ética Nicomaquea*. Aparece asociada a esta forma de la justicia particular de la *pólis* que es la justicia correctiva (*diorthotikon dikaion*).⁵ Según Aristóteles, la justicia correctiva atiende, pues, dos clases de cambio o sinalagmas (*synallagmata*): por un lado, los cambios plenamente voluntarios propios del contrato y, por otro, los cambios (o tratos) correspondientes a los actos ilícitos, operados contra la voluntad y en perjuicio de un particular. Por nuestra parte y tras reflexionar en el tema, no circunscribimos el principio de reciprocidad en materia extracontractual a los actos ilícitos e incluimos en esta categoría los deberes positivos surgidos del vivir en comunidad como modo de realizar el bien común intermedio que es parte de los bienes sociales.

Recordemos qué pregunta inicial estamos contestando. ¿Cuál es la medida del débito? Agregamos ahora que el interrogante no concierne a cualquier medida; únicamente alude a una medida común a dos partes, o, si se prefiere, a una igualdad objetiva correspondiente a la relación de dos particulares entre sí. En suma, conforme la virtualidad del principio del sinalagma en el derecho privado y en concordancia con la mencionada diferencia específica del Derecho –con respecto a la Ética-, siempre se trata de la concreción de una medida común de igualdad en los cambios practicados por los particulares entre sí.

2.- Principio de reciprocidad en los cambios en materia extracontractual

2.1. En materia extracontractual, en relación con el daño derivado de un hecho ilícito, preguntamos ¿cuál es la conducta debida a otro en materia extracontractual? Efectuada esta pregunta de rigor la respuesta aparece evidente; en la coordinación de los

⁴ *Ética Nicomáquea*, L. V, 5º, 1132b 21 - 1133b 28.

⁵ Santo Tomás de Aquino la llama justicia conmutativa.

XVI JORNADAS ABIERTAS DE PROFUNDIZACIÓN Y DISCUSIÓN SOBRE EL TEMA:
EXPERIENCIA SOCIAL, TRADICIÓN Y DERECHO

particulares entre sí, para observar la igualdad debida, se trata de cumplir una conducta necesaria de relevancia jurídica: todo particular se encuentra obligado de abstenerse de producir un daño indebido a otro.

A la vez, la inobservancia de este deber jurídico por causa de una conducta reprochable confiere al perjudicado el título jurídico de obtener la reparación que iguale las cosas en una medida proporcionada (*antipéponthos kat'analógian*). Esta medida proporcionada está lejos de consistir en una reciprocidad simple (*antipéponthos kat' isotèta*). No es, por cierto, una igualación de padecimientos. A una pasión no sucede una “contrapasión” equivalente. Quiero decir que si, por ejemplo, el daño fue provocado en lo bienes de alguien, la reproducción del perjuicio en el patrimonio del victimario sería ineficaz para lograr una real compensación. Por tanto, la igualación en el cambio se logra enjugando el daño objetivo con la justa recomposición.

El enfoque de la cuestión en la perspectiva del principio de reciprocidad en los cambios no debería conllevar mayores dificultades teóricas, pues por lo dicho se supone que la medida de la reparación tiene justificación racional si se proporciona al daño infligido y, más aún, si el poder de reclamarla, esto es, el título jurídico para efectivizarla, se ejerce en relación con la persona que la debe. Esta es la concepción aristotélica y tomista y propia del derecho romano privado.

Según ella, el derecho, objeto de la justicia, equivale a “una medida estricta y objetiva de igualdad entre lo que se merece y lo que se debe”⁶, a la cual la ley ordena concretar y la víctima puede reclamar con fundamento en un título válido (del derecho subjetivo). Por eso, el título jurídico de la víctima respecto del débito se opone al título jurídico del victimario y no a otra persona inocente. Si no fuera así, si ocurriera lo contrario, se transgrediría el primer principio de la moral, en que se fundamenta el orden jurídico, de hacer el bien y evitar el mal indebido y dar a cada uno su derecho.

No parece necesario abundar en estos principios evidentes, pero sí conviene destacar su incidencia práctica cuando se produce el mal de coartar la inclinación natural del hombre a conservar su vida.⁷ Menciono esta cuestión a propósito del fallo de la Corte Suprema del 13 de marzo de 2012, en los autos caratulados “F.A.L. s/ medida autosatisfactiva”. Todos sabemos que la decisión fue abstracta y que su único propósito fue establecer un criterio operativo favorable al aborto. No voy a hacer una exégesis de la cuestión penal involucrada en el pronunciamiento citado. Solamente quiero manifestar que la interpretación laxa formulada por la Corte acerca del artículo 86 inciso 2º del Código Penal⁸, que lleva a despenalizar el aborto del *nasciturus* concebido como consecuencia de la violación de una menor y a exhortar que en situaciones semejantes las autoridades públicas implementen medidas conducentes a la interrupción del embarazo, entra en abierto conflicto con el primer principio de la moral de no dañar a otro injustamente.

⁶ Lamas, Félix Adolfo, “Validez y Vigencia del Derecho, Derecho Natural y Derecho Positivo”, en Jornadas Internacionales de Derecho Natural – Pontificia Universidad Católica de Chile y Facultad de Derecho, Cátedra Internacional ley natural y persona humana (Raúl Madrid Ramírez – Felipe Widow, coordinadores), Chile 2005-2007, pp. 61-80.

⁷ *Suma Teológica*, I-II, cuestión 94, a. 2º, respuesta.

⁸ El art. 86 del Código Penal dice: “el aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible: 1º) Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios; 2º) Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto.”

XVI JORNADAS ABIERTAS DE PROFUNDIZACIÓN Y DISCUSIÓN SOBRE EL TEMA:
EXPERIENCIA SOCIAL, TRADICIÓN Y DERECHO

No es nuestra misión realizar un comentario completo del fallo, si bien me parece importante tratar uno de sus fundamentos. En esta oportunidad la Corte insiste con un lugar común de argumentación. Recurre una vez más a la noción de “dignidad de las personas” de la cual se desprende, en su interpretación, “*el principio que las consagra como un fin en sí mismas y proscribire que sean tratadas utilitariamente*” (consid. 16).

En algún sentido, estamos de acuerdo con que las personas no pueden ser tratadas utilitariamente, aunque de ahí en más no compartimos que el fin de la persona sea ella misma. No obstante, el juicio transcrito olvida que es precisamente en razón de su dignidad que la persona humana inocente no puede ser privada de su vida sin cometerse injusticia contra ella.

En un trabajo anterior⁹ tuve la oportunidad de señalar que la palabra *dignitas* remite a la voz griega “axioma”, que significa aquello que es valioso en sí y, por no ponerse en duda,¹⁰ constituye el punto de partida de un razonamiento. En relación con la persona, denota su cualidad esencial, una cierta perfección, que puede ser considerada en un doble sentido, ontológico y moral.

En el sentido ontológico, la dignidad de la persona humana se afirma en su naturaleza racional, que es su diferencia específica¹¹. Por ésta se le reconoce un valor irrevocable y que ocupa una posición de superioridad con respecto a los seres meramente materiales y a la vida que no supera la animalidad. Pero además, a cada persona individual de la especie común se reconoce un mismo merecimiento en razón de su humanidad. Por otro lado, el concepto de dignidad moral se refiere al desarrollo de las potencias de la persona humana en la línea de su naturaleza. Connota la actualización o dignificación que el ser humano puede alcanzar en el proceso de su vida.¹²

Ahora bien: el aborto afecta la dignidad de la persona no nacida sin restricciones, en los dos aspectos indicados. La trunca sin remedio en la perfección propia del acto de existir y en la realización del bien correspondiente a su naturaleza. Sin embargo, el fallo sólo alude a la dignidad de la víctima de violación y no a la del niño. ¿Qué cabe entender de la interpretación de la Corte? No otra cosa que la desconsideración de la situación del *nasciturus* en términos de igualdad jurídica conforme el trato que se merece según su dignidad ontológica y moral y que también merece la propia madre.

Esto se confirma con la invocación por la Corte del artículo 19 de la Constitución Nacional, en cuanto declara exenta del juicio de los magistrados las acciones privadas que no perjudiquen a terceros ¿Cómo puede entenderse que el aborto no perjudica a un tercero si al mismo tiempo se reconoce la personalidad del niño por nacer cuya muerte se permite y promueve? Creo que la respuesta es simple: la decisión de la Corte desecha la verdad ontológica que la sustenta. En este fallo en comentario, la Corte fue consistente con el precedente del caso “*Sánchez, Elvira*” en el cual sostiene que la idea de persona humana no es signo de un contenido específico, sino una denominación técnica surgida del ordenamiento jurídico que, por tanto, no refleja la realidad esencial del hombre.¹³ Según esta tesis, el alcance del reconocimiento del ser humano depende de la interpretación que se haga del sistema normativo. Por eso, no

⁹ Comunicación sobre “*El humanismo y su proyección en el derecho civil*”, Seminario Internacional de Investigación de Filosofía del Derecho y Ética, llevado a cabo en la Universidade Federal do Rio Grande, Brasil, del 8 al 10 de septiembre de 2010.

¹⁰ Komar, Emilio, *Orden y misterio*, Fraternitas/Emecé, 1996, p. 156.

¹¹ *Suma Teológica*, I, cuestión 29, a. 3. *ad 2*.

¹² *Suma Teológica*, I, cuestión 5, a.1, *ad 1*.

¹³ Caso “*Sánchez, Elvira*” dictado el 22 de mayo de 2007.

XVI JORNADAS ABIERTAS DE PROFUNDIZACIÓN Y DISCUSIÓN SOBRE EL TEMA:
EXPERIENCIA SOCIAL, TRADICIÓN Y DERECHO

sorprende que si bien se asuma la centralidad de la persona en el ordenamiento jurídico y que no puede ser instrumentada por nada ni nadie, al mismo tiempo se contradiga el postulado cuando se tolera la práctica abortiva y se induzca a cambiar los criterios fundados en los primeros principios de la moral. He aquí una interrupción deliberada de la operatividad temporal de los principios tradicionales en la materia.

Cualquiera fuera la motivación e incluso la aceptación social y política de estas prácticas y la teoría esgrimida para fundamentar la aniquilación del *nasciturus*, la conculcación operativa del primer principio de hacer el bien y evitar el mal que obliga a todo hombre abstenerse de dañar injustamente a otro culmina en la inobservancia de la reciprocidad debida y termina debilitando el orden moral y, por tanto, jurídico, que rige la convivencia.

2.2. Antes afirmamos que el principio de reciprocidad en los cambios en el campo extracontractual no se reduce a la reparación derivada de un hecho ilícito. Más allá del *alterum non laedere* propio de los actos ilícitos, aquél también se traduce en la necesidad de llevar a cabo operaciones positivas de la convivencia social: no sólo no se debe producir un daño con culpa o dolo; además, en virtud de la reciprocidad debida, debe hacerse el bien al otro. Por eso, sin pretender agotar el tema cuyo desarrollo excede el objeto del presente trabajo, nos parece provechoso ejemplificar que alguien se encuentra obligado a corregir la desigualdad producida en los siguientes casos: 1º) si es ayudado por una persona solidaria que sufre un perjuicio como consecuencia del auxilio benévolo; 2º) si causó un daño involuntario y, por tanto, ajeno a los actos ilícitos.¹⁴

3.- Principio de la *reciprocidad en los cambios* voluntarios (contratos)

3.1. La justicia contractual y su operatividad en las formas de contratación

Pasamos ahora a reflexionar sobre la medida común de igualdad que hace posible la asociación propia del contrato, que es infaltable en el derecho privado en cuanto a la vez configura una institución social necesaria, según quedará justificado más adelante, al referirme a la conexión del Derecho y la Economía.

Cabe reiterar: el principio de *reciprocidad en los cambios* en el contrato se traduce en una medida común conveniente que hace posible el trato. Por lo tanto, ¿cuál será esta medida común de igualdad, estricta y objetiva, que, según nuestra propia experiencia, nos permite contratar útilmente? La respuesta parece evidente: para que la contratación pueda convenir a ambas partes y no a una sola –y entonces no configure una injusticia- debe evitarse la concreción no consentida de una pérdida y de una ganancia patrimonial correlativa. Por eso se dice que la igualdad es, ni más ni menos, un medio entre un defecto, que es la pérdida, y un exceso, que es una ganancia.

Para terminar de percibir el fenómeno, veamos la operatividad del principio según diferentes formas de contratación básicas.

a) En primer lugar, en los contratos con prestaciones recíprocas, esto es, en aquellos contratos en que se contraen obligaciones de una y otra parte (*ultra citroque*

¹⁴ Es el caso previsto en el artículo 907 del Código Civil Argentino: “Los jueces podrán [...] también disponer un resarcimiento a favor de la víctima del daño, fundado en razones de equidad, teniendo en cuenta la importancia del patrimonio del autor del hecho y la situación personal de la víctima.”

XVI JORNADAS ABIERTAS DE PROFUNDIZACIÓN Y DISCUSIÓN SOBRE EL TEMA:
EXPERIENCIA SOCIAL, TRADICIÓN Y DERECHO

*obligationem*¹⁵), como ocurre en la compraventa, se presume que el valor del patrimonio de cada una de ellas no se modifica en razón del cambio. Por el contrario, según la estructura misma del negocio, se supone que los términos del intercambio tienen valores homogéneos; que la prestación y la contraprestación que se cambian tienen la misma significación patrimonial.

b) El segundo caso es del mutuo o préstamo oneroso de cosas consumibles o fungibles.

Para simplificar, exponemos la dificultad en torno al dinero. En relación con el préstamo de una cantidad de dinero, el módulo directriz también es la igualdad de la contraprestación. Si una parte entrega una cantidad de dinero en préstamo, la igualdad se logra mediante la restitución de la cantidad prestada. Pero si eso es así, si al desembolso del préstamo de dinero sobreviene el reembolso, aparece una dificultad que puede formularse de la siguiente manera: ¿qué justifica el pago de intereses?; pese a que el pago de intereses es una práctica admitida y estamos acostumbrados a ella, me pregunto y les pregunto ¿acaso el interés no implica una demasía injustificada?; al pagarse una cantidad extra más allá de la restitución del capital prestado ¿no se concreta el empobrecimiento de una parte en favor del enriquecimiento indebido del prestamista?

Adviértase que acabo de enunciar un problema de primer orden. Es, ni más ni menos, el problema de la usura en materia de préstamo de dinero, que no puede ser resuelto sino en dependencia de la materia económica en la cual se diferencian dos grandes etapas:

i) En la primer etapa, la usura o interés del capital prestado, cualquiera fuera su monto, grande o pequeño (y subrayo cualquiera fuera su monto), fue materia de reprobación desde el punto de vista teológico, filosófico, económico y jurídico y, sobre la base de los aportes convergentes de esos saberes, estuvo legalmente prohibida en el continente europeo durante un período cercano a los mil años, entre el siglo VIII y fines del siglo VXIII.

¿Por qué la usura del préstamo de dinero se consideró injustificada desde todo punto de vista? Dados los fundamentos plurales de la interdicción, es suficiente con señalar a nuestros fines que el préstamo aislado de bienes consumibles necesarios para la vida, destinados al consumo de un indigente de libertad disminuida en el marco de una sociedad agrícola de subsistencia y autosuficiencia, aparece claramente incompatible con la igualdad propia de la justicia. En tal caso, hablando sin restricciones, la restitución del préstamo con intereses no podía significar más que una mayor pauperización del necesitado.

ii) Sin embargo, en una segunda etapa, las cosas fueron cambiando. Paulatinamente y en razón del desarrollo alcanzado por la economía, la anterior situación dejó de ser una regla casi invariable, desde que el dinero pudo ser destinado a una inversión productiva. Por eso, empezó a considerarse el problema del interés del préstamo con una nueva perspectiva. Vale decir, en cuanto pudo concebirse al dinero en su potencialidad de aumentar la riqueza que rinde una ventaja al que lo emplea combinado a otros factores productivos básicos, como son el trabajo, los recursos naturales y el empresario —que organiza los anteriores—, se encontró una justificación adecuada al cobro de intereses. Esa justificación radica en que la privación de un ahorro

¹⁵ *Digesto*, L. 50. T.16. 19.

XVI JORNADAS ABIERTAS DE PROFUNDIZACIÓN Y DISCUSIÓN SOBRE EL TEMA:
EXPERIENCIA SOCIAL, TRADICIÓN Y DERECHO

productivo, fuente de una desventaja, se retribuye proporcionalmente en razón de la ventaja reportada al destinatario del préstamo por el aumento de su aptitud productiva.

En estas condiciones, la realización temporal del principio de la *reciprocidad en los cambios* por la Tradición siguió cumpliendo una función correctiva. Según el principio de la reciprocidad de las prestaciones, esta actuación correctora se expresó en adelante en el criterio de mantenimiento de la medida común de igualdad que hace válido el cambio. De ahí en más, no todo interés se consideraría injusto, sino sólo el interés desmesurado o excesivo –o típico del contrato leonino- que no se proporciona a la desventaja del prestamista.

c) Por último, querría agregar que el principio de *reciprocidad en los cambios* también regula el contrato gratuito. En esta clase de contratos lucrativos para el destinatario de la liberalidad, como acontece en la donación simple, no hay prestación y contraprestación y, por tanto, carece de todo sentido intentar comparar valores de cosas intercambiadas. No obstante, la igualdad en este trato voluntario debe observarse con respecto a un desplazamiento patrimonial del *solvens* al *accipiens*. En este caso, tal igualdad se verifica en relación con el crédito del acreedor y el débito del deudor. Tanto son iguales que el crédito y préstamo se extinguen por el pago.

3.2. Justicia contractual y Economía

A esta altura me permito interrogar acerca de la importancia del *principio de reciprocidad* en los cambios en materia contractual. Esta preocupación sólo puede ser salvada en consideración de la función económica cumplida por el cambio voluntario. Exactamente, el contrato realiza una función económica, en la medida en que es el vehículo ordinario de asignación de recursos escasos por su cantidad o de difícil obtención por la condición inadecuada en que se hallan.¹⁶ El hecho es que la ejecución del cambio voluntario de bienes y servicios económicos queda justificada porque por su intermedio se logra superar privaciones individuales y grupales del mismo orden. Es por eso que el contrato configura un instrumento de la vida social, en cuanto a través de él una parte recibe de la contraparte el bien de apreciación económica que necesita.

Ahora bien, desde el punto de vista que estamos considerando, en conexión con el proceso económico, el cambio voluntario se percibe como un instrumento que tiene la cualidad de ser necesario. Digo bien. No afirmo una paradoja. El cambio es al mismo tiempo voluntario y necesario. Por esto podemos afirmar la voluntariedad del cambio necesario y la necesidad del cambio voluntario.

a) Sobre la voluntariedad del cambio necesario.

Brevemente diré que es voluntario porque los bienes económicos susceptibles de ser cambiados son de uso alternativo y, en cuanto tales, son materia de elección por cada contratante. Ellos satisfacen las necesidades económicas de su vida personal según sus prioridades, intereses y preferencias, dependientes de sus categorías existenciales, circunstancias y disposiciones personales. Vean el peso de la tradición en este punto: las decisiones de los contratantes son inevitablemente influidas por ésta, en cuanto el patrimonio cultural común que les es dado conforma la base del entramado contextual en el que se insertan. Este enlazamiento de los entornos familiares y sociales, económicos, históricos, culturales, religiosos y políticos no cesa de gravitar en la

¹⁶ Valsecchi, Francisco, *Qué es la economía*, Editorial Columbia, Colección Esquemas, 42, 12^a ed., Bs. As., 1979, p. 9.

XVI JORNADAS ABIERTAS DE PROFUNDIZACIÓN Y DISCUSIÓN SOBRE EL TEMA:
EXPERIENCIA SOCIAL, TRADICIÓN Y DERECHO

percepción que tienen los contratantes de las carencias que juzgan principales o secundarias y, al mismo tiempo, de la apreciación o estima de los bienes escogidos para satisfacerlas.¹⁷

Para completar el cuadro quisiera hacer mención de un tema conexo. Hoy se supone que los mercados “*dan primacía a la voluntad y a las preferencias de la persona, que, en el contrato, se confrontan con las de otras personas.*”¹⁸ Se presume que la libre competencia preserva la iniciativa privada y genera condiciones de intercambio económico que favorecen la realización de la justicia objetiva, pues suscita la moderación de ganancias, torna audible el parecer y el reclamo de los consumidores, mejora la utilización de recursos y la información y premia “los esfuerzos empresariales y la habilidad de innovación”¹⁹. El tópico no es nuevo y concuerda con las primeras observaciones de las tendencias sociales que forman el “precio natural” en un mercado determinado desenvuelto sin distorsiones²⁰ y, también, con la idea de competencia operada entre empresarios para captar consumidores del producto mejor y más barato²¹.

No obstante lo expuesto, la eficiencia de los mercados es puesta en entredicho por los economistas en razón de sus fallas. Y una de estas fallas consiste, precisamente, en la manipulación de los consumidores en base a las campañas de publicidad que condicionan la elección y crean necesidades ficticias.²²

b) Sobre la necesidad del cambio voluntario

Pero más allá del aspecto analizado, lo cierto que la ejecución de cambios voluntarios resulta ser tan ineludible como es la tendencia natural de superar las privaciones económicas experimentadas por una sola o por todas las partes que lo practican –o por los terceros que se benefician directa o indirectamente con sus efectos-. En este sentido, el intercambio que se produce naturalmente entre las partes del contrato no puede dejar de ser ejecutado. Entiéndase bien. No se trata aquí de la obligatoriedad o necesidad de un contrato celebrado voluntariamente, expresada en general por el principio *pacta sunt servanda*. Se trata de afirmar que el fenómeno natural del cambio voluntario de bienes económicos no puede dejar de suceder –más allá de la necesidad de observancia de un contrato determinado-.

¿Cuál es la eficacia social del cambio voluntario de bienes económicos? Pues bien, Aristóteles concede a la cooperación, base material del cambio voluntario, la importancia de originar la convivencia social basada en la utilidad común²³. Antes de él y en igual sentido, Platón ya había advertido el resultado del fenómeno: “*un hombre se*

¹⁷ La necesidad económica es una percepción de carencia unida al deseo de satisfacerla mediante medios escasos.

¹⁸ Juan Pablo II, *Centesimus annus*, 40: AAS 83 (1991) 843.

¹⁹ *Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia*, Pontificio Consejo “Justicia y Paz”, Conferencia Episcopal Argentina, 2005, nn. 347 y 348.

²⁰ Con los antecedentes del *Comentario resolutorio de cambios* de Martín de Azpilcueta y del tratado *De Iustitia et Iure* de Domingo de Soto, ambos aparecidos en 1556, interesa el tratamiento del tema por Luis de Molina en su obra *De Iustitia et Iure* de 1593, disp. 347, nn. 1-5; 348, nn. 1-5; 350, n. 5 y 345.

²¹ Sombart, W., *El apogeo capitalista*, t. II, p. 49, F.C.E., México.

²² Mochón Morillo, Francisco – Beker, Víctor Alberto, *Economía. Elementos de micro y macroeconomía*, 3ª edición, Mc Graw Hill – Interamericana, Buenos Aires, 2007, pp. 47-48.

²³ *Ética a Nicómaco*, L. V, 5, 1133b, 5 y 1133a, 25; L.IX, cap. 6, 1167 a22-b1; *Política*, L. III, 6, 1278b, 23 y 9, 1280 b; *Ética a Eudemo*, L. VII, 9, 1241b.

XVI JORNADAS ABIERTAS DE PROFUNDIZACIÓN Y DISCUSIÓN SOBRE EL TEMA:
EXPERIENCIA SOCIAL, TRADICIÓN Y DERECHO

*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...*²⁴.

De esta manera, estamos en posición de encontrar más claridad en relación con el problema de nuestra incumbencia: si el contrato es una herramienta útil para la vida del individuo considerado en su realidad familiar, la cual sobrepasa la frontera del municipio y se proyecta hacia la comunidad final que la engloba (identificada con el Estado), la importancia de la vigencia del principio de reciprocidad se encuentra en relación directa con las instituciones que compromete: familia, municipio y Estado.

Entonces, en función de esta conclusión, es más fácil inferir el valor del *principio de reciprocidad en los cambios*. La omisión teórico-práctica de la reciprocidad basada materialmente en la cooperación y formalmente en la proporción desconecta el cambio y el fin mancomún que lo causa. En esa situación, el medio contractual deja de ser útil para la convivencia y llega a transformarse en una fuente de desunión. Por tanto y como se ve, el fondo del problema sigue siendo la disociación de la convivencia, la cual urge consolidar a través del “*vínculo orgánico que liga las prestaciones*”²⁵ de los particulares en el bien común contractual y político. Por lo que una vez más advertimos aquí la importancia del proceso de la tradición que hace presente la renovación de las tendencias sociales favorables a la justicia y el derecho.

IV.- *Derecho privado y bien común intermedio*

En el desarrollo de los problemas tratados hasta aquí se halla implícita la cuestión del bien común intermedio propio de algunas instituciones del derecho privado. Éste no se logra sin la realización de las conductas que los particulares se deben entre sí según un criterio de igualdad.

Así, *v. gr.*, si se tiene presente que toda actividad se hace por un fin que su principio –ya que si no es en vistas a su consecución no se obraría-, y la base material del contrato es una interactividad, se sigue que la razón de ser del cambio voluntario, la causa de su institución, es el fin común propio de esta cooperación. Este fin es un bien común que se difunde a las partes, cuyo contenido es el resultado económico esperado de acuerdo con cada tipo y con cada concreción contractual. Pero como este resultado no podría ser participado si no se ajustara a una medida común de igualdad, el cambio voluntario dejaría de ser un bien útil para concretar las expectativas y los objetivos económicos de sus partes. Por eso, dado que el cambio voluntario es un instrumento de la vida social que cumple una función económica, la realización del bien común intermedio que se logra a través de él supera el mero interés bilateral de las partes que interactúan. Además, produce efectos más o menos indirectos en los grupos que naturalmente conforman y termina repercutiendo en la totalidad política a la cual pertenecen. De ahí que la concreción de la justicia objetiva interese a la realización del bien común político, en cuanto compromete el orden ético-jurídico.

²⁴ *República*, L. II, 369c, trad. de CAMARERO, Buenos Aires, Eudeba, 1981.

²⁵ Vito, Francesco, *Economía Política* (Versión española Carlos Alberto Núñez). Editorial Tesoro, Madrid, 1950, p. 200-201.

XVI JORNADAS ABIERTAS DE PROFUNDIZACIÓN Y DISCUSIÓN SOBRE EL TEMA:
EXPERIENCIA SOCIAL, TRADICIÓN Y DERECHO

Podemos hacer el mismo ejercicio alrededor del matrimonio. Una visión institucional de éste nos lleva a considerar sus características tradicionales. Así, el matrimonio no es tradicional por su antigüedad. Es tradicional por ser un bien cultural y, a la vez, es un bien cultural por su utilidad para conformarse a la necesidad de asegurar un marco estable de referencia correspondiente a los fines naturales de procurar la transmisión de la vida y de asegurar el desarrollo pleno de los hijos. Puede observarse entonces que el matrimonio constituye un medio que se conecta a la finalidad que lo causa. Desde el punto de vista de la causa eficiente, el matrimonio es el medio que hace posible el logro de los fines objetivos que justificaron su institución, que es su bien común: desde la perspectiva de la causa final, la concreción de estos fines torna necesario el matrimonio.

De manera que si nos enfocamos en esta relación y en los fines que la institución matrimonial está destinada a realizar como fundamento de la vida familiar, enseguida nos encontramos en posición de advertir su importancia social y política. Es que *“la familia posee vínculos vitales y orgánicos con la sociedad, porque es su fundamento y la alimenta continuamente con su servicio a la vida: de la familia, en efecto, nacen los ciudadanos y en ella se encuentran la primera escuela de las virtudes sociales, alma de la vida y del desarrollo de la sociedad misma.”*²⁶

V.- *Conclusiones finales*

Somos herederos y artífices de la acción de transmisión de un patrimonio cultural. Somos como nuevos eslabones de una cadena forjada por generaciones. Su continuidad y fortaleza depende del valor del patrimonio heredado; pero esa prolongación y esa firmeza dependen, también, de las disposiciones personales de concretar en la historia el primer principio moral específicamente jurídico de dar a cada uno lo suyo según una medida común de igualdad; y, al mismo tiempo, del cumplimiento por cada institución de sus verdaderos bienes o fines.

²⁶ Juan Pablo II, *Familiaris Consortio*, n. 42, 3.