

# La moral ilumina al derecho común: teología y contrato (siglos XVI y XVII)

Morals are the guiding principle for common law\*

WIM DECOCK\*\*

**Resumen:** Este artículo pretende ofrecer, empleando medio centenar de fuentes primarias, un resumen de mi tesis doctoral sobre la transformación del derecho de los contratos del *ius commune* en tratados de teología moral en los albores del mundo católico moderno. Se trata, en principio, de mostrar cómo los teólogos recurrieron a la tradición legal romano-canónica para desarrollar sus doctrinas morales. Luego, esta contribución detallará cómo los teólogos cambiaron sustancialmente la concepción tradicional del contrato, al redefinir el *ius commune* a partir de la moral cristiana y el derecho natural. La conclusión es que los teólogos elaboraron una doctrina de los contratos que los redefinió sobre la base de la autonomía de la voluntad, sin olvidar el contexto político, moral y espiritual en el que el hombre peregrino trató de vivir una vida consagrada al Señor.

**Palabras clave:** derecho de los contratos – teología moral – *ius commune*

**Abstract:** Starting from fifty citations from primary sources, this article tries to summarize a recent doctoral thesis on the transformation of traditional *ius commune* contract law in moral theological treatises from the early modern Catholic world. Firstly, it will be shown how theologians borrowed from the Romano-canon legal tradition to develop moral doctrine. Secondly, this contribution will try to demonstrate that the traditional conception of contract was fundamentally changed in the works of the theologians. The conclusion will be that theologians developed a doctrine of contracts which redefined contract on the basis of the autonomy of the will, without remaining insensitive to the political, moral and spiritual context in which the homo viator tried to live a God-pleasing life.

**Key words:** contract law – moral theology – *ius commune*

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.– II. LA TEOLOGÍA MORAL INSPIRADA POR EL DERECHO COMÚN DE LOS CONTRATOS.– II.1. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA TEOLOGÍA MORAL A INICIOS DE LOS TIEMPOS MODERNOS.– II.2. LOS

\* Artículo originalmente publicado en francés en *Revue Historique de Droit Français et Etranger*, 2 (2013), pp. 263-281, bajo el título «La morale à l'aide du droit commun. Les théologiens et les contrats (16e-17e siècles)».

\*\* El autor es profesor investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Lovaina (Bélgica), director del Grupo de Investigación sobre Formas Judiciales y Extrajudiciales de Resolución de Conflictos (LOEWE) del Instituto Max Planck de Historia del Derecho Europeo (Frankfurt) y ganador, en el año 2014, del prestigioso Heinz Maier-Leibnitz-Preis (DFG) de Alemania. El autor agradece a la Sociedad de Historia del Derecho de la Universidad Panthéon-Assas (Paris 2) por haberle dado la oportunidad de presentar una versión anterior de este texto en su sesión del 16 de febrero de 2013. Traducción a cargo de la doctora Margarita Guerra Martinière (PUCP), revisión integral a cargo del doctor Armando Guevara Gil (PUCP). Correo electrónico: wim.decock@law.kuleuven.be

## I. INTRODUCCIÓN

Este artículo ofrece un resumen, a partir de cincuenta citas de fuentes documentales, de mi investigación doctoral sobre la transformación del derecho de contratos en los tratados de los teólogos católicos al inicio de los tiempos modernos<sup>1</sup>. El título de esta síntesis presenta, evidentemente, una cierta ambigüedad. Se trata, en realidad, de una imprecisión voluntaria, que refleja las dos tesis que se desarrollarán en este artículo. En primer lugar estudio por qué los teólogos recurrieron al derecho de contratos del *ius commune* para elaborar una moral cristiana. Lo interesante del caso es que, a fuerza de apropiarse de los textos del derecho civil y canónico, los teólogos acabaron contribuyendo a la redefinición de esta tradición jurídica. Por eso, en segundo lugar, puntualizo la forma en que los teólogos modificaron profundamente la manera tradicional de percibir los contratos, redefiniendo el *ius commune* a partir de la moral cristiana y del derecho natural. Una de las consecuencias más importantes de este enriquecimiento moral del derecho de los contratos es que este es, a menudo y sistemáticamente, apreciado a partir de la voluntad de los contratantes. Debido a esto, resumiendo el aporte de la teología moral al derecho de contratos, el jesuita Pedro de Oñate (1568-1646) afirmaba, a mediados del siglo XVII, que la moral cristiana restituyó a los contratantes su libertad (*contrahentibus libertas restituta*)<sup>2</sup>.

## II. LA TEOLOGÍA MORAL INSPIRADA POR EL DERECHO COMÚN DE LOS CONTRATOS

En esta primera parte planteo algunas reflexiones sobre la naturaleza profundamente jurídica de la teología moral católica hasta inicios del

1 Ver mi libro *Theologians and Contract Law: The Moral Transformation of the Ius Commune (ca. 1500-1650)*. Leiden/Boston: Brill/Nijhoff, 2013. Allí se encontrará la copiosa literatura primaria y secundaria que consulté, así como el análisis detallado de los temas abordados en esta síntesis.

2 «Unde lex naturalis, lex canonica et lex Hispaniae omnino consentiunt et innumerae difficultates, fraudes, lites, iurgia hac tanta legume consensione et claritate sublata sunt, et contrahentibus consultissime libertas restituta ut quandocumque de rebus suis voverint contrahere et se obligare, id ratum sit in utroque foro in quo convenerint et sancte et inviolabiliter observetur. Quare ius canonicum et ius Hispaniae corrigunt ius commune, concedentes pactis nudis omnibus actionem et obligationem civilem, quam illud negabat» (PEDRO DE OÑATE. *De contractibus*, Romae 1646, tom. 1, tract. 1 disp. 2, sect. 5, num. 166, p. 40).

siglo XX. Luego resaltaré, en particular, la atención prestada por los teólogos a los problemas del derecho de los contratos.

515

## II.1. La naturaleza jurídica de la teología moral a inicios de los tiempos modernos

El primer problema que se plantea es saber por qué los teólogos están interesados en el derecho. Para un teólogo del siglo XVI como el fraile dominico Bartolomé de Medina (1527-1581), la respuesta a esta interrogante parece evidente. El estudio de las leyes era, por supuesto, trabajo de los juristas, pero igualmente lo era de los teólogos. Para unos, la ciencia jurídica se practicaba con la finalidad de establecer la paz sobre la tierra. Para los otros, ella estaba inserta en la búsqueda de la visión beatífica de Dios en el más allá<sup>3</sup>. En efecto, la Iglesia católica afirmaba anteriormente, en la época de las reformas, que solo ella detentaba el poder de las llaves (potestas clavium) para abrir a las almas la puerta del Cielo, pero a condición de que las almas ajustasen su comportamiento a las reglas de la moral católica. Como lo explica el jesuita Francisco Suárez (1548-1617) en el prefacio de su famoso *Tratado de las leyes y Dios el legislador*, la principal responsabilidad del teólogo consiste en cuidar la conciencia de los hombres durante su existencia efímera sobre la tierra, que, finalmente, no es sino un largo peregrinaje hacia Dios<sup>4</sup>. Pero la rectitud de las conciencias depende de la observancia de la ley. De allí resulta que los teólogos debían saber cuáles eran las reglas que los hombres debían seguir para «pasar» el Juicio final.

Ellos buscaron estas reglas en una multitud de fuentes normativas, como lo indica el título mismo de una obra que es tradicionalmente considerada como un monumento en la historia de la teología moral: las *Institutionum moralium* del jesuita Juan Azor (1535-1603), concebida según el modelo de la *Instituta* de Justiniano<sup>5</sup>. La razón, el derecho natural, el derecho romano medieval, el derecho canónico, las leyes de los poderes seculares, los manuales para confesores de autores medievales, la Biblia, filósofos

LA MORAL  
ILUMINA AL  
DERECHO COMÚN:  
TEOLOGÍA Y  
CONTRATO (SIGLOS  
XVI Y XVII)

MORALS ARE THE  
GUIDING PRINCIPLE  
FOR COMMON LAW

3 «Theologis et iurisperitibus communis est disputatio haec de legibus, sed diversa ratione. Nam iurisperitentes de legibus considerant, quatenus ordinant nos in commune pacem reipublicae. At vero theologi tractant de illis, in quantum ordinant nos ad aeternam illam felicitatem, quam in Dei visionem sita est» (BARTOLOMÉ DE MEDINA. *In primam secundae divit Thomae*, Bergomi, 1586, ad quaest. 90, intro, p. 473).

4 «Quoniam igitur hujus salutis via in actionibus liberis morumque rectitudine posita est, quae morum rectitudo a lege tanquam ab humanarum actionum regula plurimum pendet; idcirco legum consideratio in magnam theologiae partem cedit; et dum sacra doctrina de legibus tractat, nihil profecto aliud quam Deum ipsum ut legislatorem intuetur [...] Deinde theologicum est negotium conscientiae prospicere viatorum; conscientiarum vero rectitudine stat legibus servandis, sicut et pravitas violandis, cum lex quaelibet sit regula, si ut oportet servatur, aeternae salutis assequendae; si violetur, amittendae; ergo et legis inspectio, quatenus est conscientiae vinculum, ad theologum pertinebit» (FRANCISCO SUÁREZ. *Tractatus de legibus et legislatore Deo*, Prooemium. En *Opera Omnia*, editio nova a Carolo Berton, Parisiis, 1859, tomo 24, pp. ix-x).

5 JUAN AZOR. *Institutionum moralium* (Lugduni 1612), «in quibus universae quaestiones ad conscientiam recte aut prave factorum pertinentes breviter tractantur. Omnia sunt vel ex theologica doctrina, vel ex iure canonico vel civil, vel ex probata rerum gestarum narratione desumpta, et confirmata testimoniis vel theologorum, vel iuris canonici aut civilis interpretum, vel summistarum, vel denique historicorum».

como Aristóteles, autores clásicos como Cicerón, historiadores como Valerio Máximo, padres de la Iglesia como Agustín, teólogos como Tomás de Aquino: a partir de todas estas fuentes, los teólogos trataron de determinar cuáles eran los derechos y las obligaciones de los hombres en situaciones muy concretas, por ejemplo, en la contratación de créditos o seguros, en el hecho de conservar dinero adquirido por medios ilegales, o en la suscripción de un seguro sobre la base de información privilegiada.

La dialéctica entre la elaboración de reglas generales y su aplicación concreta era tan estricta que San Alfonso María de Liguorio (1696-1787), el patrón de los teólogos-moralistas, aun en el siglo XVIII, definía a su disciplina como una especie de jurisprudencia moral<sup>6</sup>. Después de Liguorio, el arte de la jurisprudencia moral dependía de un cierto virtuosismo, antes que de la memorización de reglas. Esta creatividad era requisito de los teólogos y de los confesores en particular. En efecto, la imposición de reglas al alma tuvo lugar por intermedio del tribunal de la conciencia (*forum conscientiae*). Por lo tanto, los jueces de este tribunal eran los confesores y, por el contrario, los jueces de los tribunales externos no podían tener en cuenta pruebas ni presunciones. Los únicos criterios de juzgamiento ante el tribunal de la conciencia eran la verdad y la equidad. Esta verdad era revelada por el culpable mismo al confesor.

El carácter jurídico de la noción de conciencia es puesto de relieve en esta época. Basta recordar el prefacio del popular manual para confesores del jesuita francés Valère Regnault (1549-1623)<sup>7</sup>. Inspirado en el modelo de las *Instituta* de Justiniano, Regnault explica que su manual tripartito tratará, sucesivamente, de las personas, de las acciones y de las cosas ante el tribunal de la conciencia. Según Regnault, las cosas en el fuero interno son los pecados cometidos después del bautismo, por ejemplo, el daño de un contratante. Entre las acciones cuenta la contrición del corazón, la confesión oral, la satisfacción por las obras, que comprende la restitución de una cosa poseída sin título, y la absolución. Las personas son el confesor y el penitente. El confesor juega el papel de juez y puede conferir el sacramento de la penitencia y la reconciliación. Los

6 «Est enim theologia illa moralis quasi jurisprudencia, ac scientia civilis, quae si bene definiatur, non in eo sita est, quod quispiam memoria leges omnes scriptas teneat, quamvis et id non sit extra ipsam, sed quod ubi leges nihil dicunt, norit id, quod rectum est invenire» (ALFONSO MARÍA DE LIGORIO. *Theologia moralis*, Bassani, 1773, tom. 1, prol. (*Dissertatio prolegomena de casuisticae theologiae originibus, locis atque praestantia*), part. 3 (*pars apologética*), cap. 1, p. lxv).

7 «Institutiones [...] digessi tripartitas, pro triplice genere attinentium ad iudiciale forum: personarum, inquam, actionum, et rerum, ita ut prima pars complectatur spectantia ad personas fori poenitentialis, tanquam eas ex quibus dependet sacramenti poenitentiae usus. Sunt autem confessarius, tanquam iudex legitimus in illo foro; et peccator poenitens, tanquam reus simul et testis, adeoque advocatus accusator sui, tanquam is qui a se offensi Dei causam agat contra semetipsum. Secunda vero pars contineat spectantia ad actiones, in quibus idem usus consistit; quae sunt, quoad poenitentem quidem, contritio cordis, confessio oris et satisfactio operis. Quoad confessarium vero, absolution sacramentalis. Illaeque sacramenti poenitentiae materiam constituunt et haec formam. Tertia demum pars [...] sit de rebus, circa quas idem usus versatur. Eae autem sunt peccata poenitentis post Baptismum commissa [...]» (VALÈRE REGNAULT. *Praxis fori poenitentialis ad directionem confessarii in usu sacri sui muneris. Opus tam poenitentibus quam confessariis utile*, Lugduni, 1616, pr.).

roles de demandante, defensor, testigo, abogado y acusador están todos reunidos en la persona del penitente —el proceso en el fuero interior se desata por la autoacusación de este último—. Incluso si la verdad y el derecho natural debieran tener un lugar central en el juicio, el fin no es ciertamente imponer a la conciencia los ideales cristianos más elevados. Los teólogos tratan de crear una especie de disciplina jurídica que deba garantizar la salvación del alma, nada más. Inútil es decir que esta aproximación minimalista y jurídica de la moral cristiana debía convertirse en un grave punto de crítica contra la Iglesia Católica en los escritos de Martín Lutero (1483-1546) y de otros Reformadores.

## II.2. Los teólogos, el derecho de contratos y la arquitectura jurídica de la vida cristiana

Luego de haber considerado casos concretos que se ubicaban en el fuero interno, los teólogos los integraron dentro de una teoría general de la justicia en los contratos. Como lo hacía notar el fraile dominico Tomás de Mercado (ca. 1530-1575), la virtud aristotélica de la justicia conmutativa fue para los teólogos la suma de los tres principios del derecho según Ulpiano: *honeste vivere, neminem laedere, ius suum cuique tribuere*<sup>8</sup>. Al ser los contratos la versión jurídica de las relaciones que nacen entre las personas cuando ellas concluyen un acuerdo, los teólogos se apoyaron en el derecho de contratos para determinar con precisión las obligaciones que cada individuo tiene en los intercambios a fin de salvar su alma. Es así como en el siglo XIII se puede constatar el surgimiento de tratados consagrados específicamente a los contratos, escritos por teólogos como el franciscano Pierre Jean d'Olivi (1248-1298), quien enseñaba en los conventos de Montpellier y de Narbonne. Estos textos se inscriben en la tradición de los manuales para confesores medievales, con la diferencia de que, en adelante, el derecho de contratos se trataría como un tema autónomo. Además, la obra de un d'Olivi testimonia un dominio indiscutible de la tecnicidad del derecho de los contratos y de un espíritu extraordinariamente liberal. A partir de una noción muy marcada de la propiedad, d'Olivi llega a justificar muchas nuevas prácticas comerciales.

El derecho privado, y el derecho de contratos en particular, permitieron a los teólogos elaborar una arquitectura jurídica de la vida cristiana al servicio de la jurisdicción del fuero de la conciencia. Así, el jesuita lionés Joseph Gibalin (1592-1671) proponía, a mediados del siglo XVII, escribir

8 «[L]a substancia de todo lo dicho lo resuelve con artificioso ingenio y suma brevedad Ulpiano en el Digesto diciendo: Tres son los preceptos o partes del derecho: el primero, vivir honestamente; el segundo, no agraviar a nadie; el tercero, dar lo suyo a su dueño. Y nosotros lo podemos en menos palabras resolver, conviene a saber: los preceptos del derecho son ser el hombre en sí justo y a nadie injusto. Para lo primero sirven la prudencia, templanza y fortaleza; para lo segundo, la justicia con sus virtudes anexas y consiguientes, de que ahora no es tiempo de tratar» (TOMÁS DE MERCADO. *Suma de tratos y contratos*, lib. 1, cap. 2, Sevilla, 1587, f. 9v).

un tratado científico sobre la equidad en todos los negocios humanos, inspirado en el derecho natural, eclesiástico, civil, romano y francés de contratos<sup>9</sup>. Este tratado constituye la continuación de un *Traité sur l'usure, le commerce, l'équité et les coutumes du for lyonnais* (Tratado sobre la usura, el comercio, la equidad y las costumbres del fuero lionés), en el cual Gibalin, finalmente, no quería sino discutir sobre la usura en el espacio previsto. Gibalin, igual que sus colegas españoles, dirigía su tratado a los confesores, pero también a los jueces del fuero externo. El consideraba que el derecho positivo francés podía tener fuerza coercitiva sobre el fuero interior y que, en consecuencia, un teólogo estaba obligado a tener conocimientos profundos en derecho, tanto como lo había exigido Suárez antes que él. En esta misma perspectiva es preciso señalar que en el curso de los siglos XVIII y XIX, teólogos como Charles-René Billuart (1685-1757), llamado el Erasmo de Douai, y Mgr. Jean-Paul Lyonnet (1801-1875), arzobispo de Albi, propusieron adaptar la tradición teológico-jurídica a las nuevas normas en materia de derecho privado impuestas por el derecho contemporáneo. Lyonnet, en efecto, nos ha dejado un *Traité sur la justice et le droit* (Tratado sobre la justicia y el derecho) y un *Traité sur les contracts et les contracts spéciaux* (Tratado sobre los contratos y los contratos especiales), que se inspiran a su vez en autores del siglo XVI, como Lessius, y en el derecho francés codificado por Napoleón<sup>10</sup>.

La preocupación por elaborar una arquitectura jurídica de la vida cristiana para que sirva de base a la jurisdicción del fuero interior, nos ha dejado, pues, una herencia de más de cinco siglos de tratamiento autónomo del derecho de los contratos por parte de los teólogos. El epicentro de esta tradición lo ocupa el imperio español durante su *Siglo de Oro*. El papel de Francisco de Vitoria (1483/1492-1546), antiguo alumno de Pierre Crockaert (Bruselas, ca. 1450-1514) en el colegio de Saint-Jacques, París, durante la renovación del tomismo en España a comienzos del siglo XVI es ciertamente susceptible de ser revisada, pero, a pesar de ello, tradicionalmente es considerado como el fundador de la Escuela de Salamanca. Esta es asociada, principalmente, con la síntesis que tuvo lugar entre teología y derecho a inicios de los tiempos modernos. Es un alumno de Vitoria, el fraile dominico Domingo de Soto (1494-1560) —quien también había hecho una parte de sus estudios en París, especialmente en el Colegio Sainte Barbe—, quien reordenó

9 JOSEPH GIBALIN. *De universa rerum humanarum negotiatione tractatio scientifica utriusque foro perutilis ex iure naturali, ecclesiastico, civili, romano, et gallico* (Lugduni 1663), in *qua negotiorum humanorum aequitas per omnes negotiationis causas, materias, formas universales ac singulares contractuum, commerciorum, atque sunallagmatoon diversa genera, ex iisque ortas obligationes, scientifice et solide explicatur, humanarum scientiarum et artium rectus ac pravus usus demonstratur, singulorum statuum, officiorum ac munerum rationes, atque adeo universa oeconomica et politica traduntur*.

10 JEAN-PAUL LYONNET. *Tractatus de iustitia et iure, hodiernis Galliarum legibus accommodatus/ Tractatus de contractibus in genere et in particulari, hodiernis Galliarum legibus accommodatus, juxta mentem saniorum theologorum et jurisperitorum*. En J.-P. MIGNE. *Theologiae cursus completus*, Parisiis, 1841, t. 15-16.

el primer *Traité sur la justice et le droit* (*De iustitia et iure*). La estructura de este tratado mantiene fidelidad a su modelo, el segundo volumen de la segunda parte de la *Somme théologique* (*Suma teológica*) de Tomás de Aquino. Sin embargo, las discusiones de Soto respecto al derecho de contratos son más elaboradas que las de su ilustre predecesor. Todos los teólogos españoles se respaldaban en el hecho de que Tomás había dedicado relativamente pocas palabras a los contratos. Por consiguiente, ellos mismos se sentían obligados a desarrollar este tema.

Lo que me parece muy importante en la manera en que los teólogos del siglo XVI abordaron el tema de los contratos es que ellos adelantaron la estrecha conexión existente entre el derecho de los bienes y el derecho de los contratos. Soto advierte que el *dominium* es la base y el fundamento de todos los contratos<sup>11</sup>. Por consiguiente, el cuidado de la protección de los derechos de propiedad se va a reflejar en su teoría de los contratos. La razón más sólida que ampara su concepción individualista de la propiedad va de la mano con su concepción liberal del contrato. El lazo estrecho entre propiedad y contratos es también detallado explícitamente por el jesuita Luis de Molina (1535-1600) en su *Traité sur la justice et le droit* (*Tratado sobre la justicia y el derecho*). Luego de haber estudiado el derecho de las cosas, Molina entabla una amplia discusión sobre los modos de transferir diferentes formas de *dominium*. En este contexto, concibe al contrato como un modo particular de transferir el *dominium* en virtud de la voluntad del *dominus*. A esto Molina añade que articula su tratamiento de los contratos en dos tiempos, primero al presentar la teoría general de los contratos y, luego, concentrándose en los diferentes contratos especiales<sup>12</sup>. Se asiste, pues, a una sistematización de la doctrina de los contratos al interior de un derecho privado, que es concebido dentro de una lógica de conjunto. Esta sistematización se refleja particularmente bien en el *Traité sur la justice et le droit* (*Tratado sobre la justicia y el derecho*) del jesuita Leonardus Lessius (1554-1623) de Amberes, cuyo tratamiento de los contratos especiales está precedido por un capítulo sobre los contratos en general<sup>13</sup>.

11 «Enimvero dominium huiusmodi, eorumque divisio, basis fundamentumque est omnium contractuum conventorumque et pactorum, quae per commutativam iustitiam celebrantur. Ac perinde cuncta quae huic virtuti adversantur vitia, violationes quaedam sunt et corruptelae dominiorum, rerumque possessionum, quae subinde iniuriarum genera contractaque debita restitutionis beneficio repensari debent. Quinque ergo convenit de rerum dominio disputare quaestiones» (DOMINGO DE SOTO. *De iustitia et iure* (ed. Facsimilar, V. Diego Carro – M González Ordóñez, vol. 2), lib. 4, proem., p. 278).

12 «A disputatione 124 huius secundi tractatus de iustitia dicere coepimus de translatione domini, propria domini prioris voluntate, indeque hucusque egimus de ultimis voluntatibus. Nunc vero de contractibus est disserendum, ut intelligatur, quousque contrahentium voluntate transferatur aut non transferatur dominium, et quantum iuris ex unoquoque contractu aut quasi contractu comparetur. Prius autem dicemus de contractibus in genere, sumpto latissime vocabulo contractus, deinde vero ad singulos descendemus» (LUIS DE MOLINA. *De iustitia et iure*, tom. 2 (*De contractibus*), tract. 2, disp. 252, col. 11, num. 1).

13 LEONARDUS LESSIUS. *De iustitia et iure*, Antverpiae 1621, lib. 2, sect. 3 (*De contractibus*); cap. 17. De contractibus in genere; 18. De promissione et donatione; 19. De testamentis et legatis; 20. De mutuo et usura; 21. De emptione et venditione; 22. De censibus; 23. De cambiis; 24. De locatione,

519

LA MORAL  
ILUMINA AL  
DERECHO COMÚN:  
TEOLOGÍA Y  
CONTRATO (SIGLOS  
XVI Y XVII)

MORALS ARE THE  
GUIDING PRINCIPLE  
FOR COMMON LAW

Antes de proceder a un análisis de la transformación de la doctrina de los contratos en la obra de los teólogos, conviene determinar de qué doctrina de los contratos eran tributarios. Está claro que los teólogos no seguían fielmente la opinión del derecho romano medieval, que consiste en decir que solo los contratos *antiguos* tienen fuerza compulsiva, aun cuando se inspirasen permanentemente en el vocabulario del derecho de los contratos del *ius commune*. Por el contrario, ellos afirmaban el principio canónico *pacta quantumcumque nuda sunt servanda*, aun cuando no vacilaban en sostener que el tratamiento canónico de los contratos no coincidía totalmente con el derecho natural de los contratos. Así, Lessius y Hugo Grocio (1583-1645) señalan que la expresión de la causa del contrato es requisito para el derecho canónico, bajo pena de presunción de error o de fraude, no obstante que la causa pudiera estar implícita según los principios del derecho natural<sup>14</sup>. Para la jurisdicción del fuero interior, el criterio último para evaluar un contrato era el derecho natural. Y Lessius dice que cada contrato, aun nulo, produce una obligación natural, esto es, una obligación en el fuero de la conciencia, a condición de que sea celebrado libremente por las partes que tienen la capacidad de contratar. Bajo estas condiciones, ¿un contrato genera obligación, salvo que las partes estén de acuerdo en disolverlo? El contrato, en todo caso, debía ser perfeccionado y ejecutado respetando las formas prescritas por las leyes civiles o eclesiásticas<sup>15</sup>.

Los teólogos afirmaron que las leyes civiles y el fuero externo debían conformarse todo lo posible al derecho natural y a la jurisdicción del fuero interno. Este es el motivo por el cual Molina constata con satisfacción que la jurisdicción civil ha dejado de lado las distinciones sutiles, *introducidas por los paganos*, entre contratos nominados y contratos innominados, o aun entre convenciones nulas y convenciones antiguas, para adoptar el principio canónico según el cual todos los acuerdos, incluso los nulos, son aplicables. Molina felicita a su país por esta adaptación de la jurisdicción civil a la jurisdicción del fuero interno<sup>16</sup>. Habría podido felicitar también a muchos otros países que en el curso del siglo XVI adoptaron este principio. Para Francia, basta hacer

emphyteusi et feudo; 25. De societate; 26. De ludo et sponsonibus; 27. De deposito et commodato; 28. De fideiussione, pignore et hypotheca.

14 «Ratio est, quia ius canonicum, cum sit conditum ad salutem animarum, respicit obligationem conscientiae, eamque iubet impleri, nisi forte praesumat errorem vel fraudem, quam ob causam non concedit actionem ad exigendum promissum, nisi exprimat causa cur sit promissum. Sylvester supra. Alioquin non praesumit serio et libere promissum» (ibidem, lib. 2, cap. 17, dub. 4, num. 23, p. 198).

15 «Omnis contractus, etiam nudus, sponte libereque factus, si contrahentes, sint habiles, parit obligationem naturalem seu in foro conscientiae, ita ut parte invita non possis rescindere, nisi iure positivo sit irritus vel detur irritandi potestas» (ibidem, lib. 2, cap. 17, dub. 4, num. 19, p. 197).

16 «Quin omnia etiam, quae de pacto nudo et vestito, et contractibus innominatis et nominatis, subtiliter potius quam utiliter de iure civili ab ethnicis hominibus inventa atque introducta sunt, aboleri deberent ut in Regno Castellae, 1. illa 3 citata, aut omnino aut magna ex parte, consentaneae ad ius cononicum factum est, exteriusque forum conscientiae forum aequari deberet» (LUIS DE MOLINA. Ob. cit., tom. 2 (*De contractibus*), tract. 2, disp. 258, col. 25, num. 9).

referencia a la Ordenanza de Villers-Côtterets (1539) o citar un pasaje de Charles du Moulin (1500-1566) según el cual, en su tiempo, todas las leyes y teorías sobre las formas de estipulación se habían vuelto superfluas en la práctica<sup>17</sup>. Es preciso, por lo tanto, recordar las objeciones hechas a esta victoria del principio consensualista en el curso del siglo XVI por numerosos juristas humanistas, tales como Etienne Forcadel (ca. 1519-1578), quienes experimentaron un vivo resentimiento en relación al derecho canónico y se alegraron con la restauración del derecho de los *Digestos*.

521

LA MORAL  
ILUMINA AL  
DERECHO COMÚN:  
TEOLOGÍA Y  
CONTRATO (SIGLOS  
XVI Y XVII)

MORALS ARE THE  
GUIDING PRINCIPLE  
FOR COMMON LAW

### III. EL DERECHO COMÚN DE LOS CONTRATOS TRANSFORMADO EN LA TEOLOGÍA MORAL

En la segunda parte de este artículo, será preciso demostrar que el derecho romano-canónico de los contratos no solamente proveyó de textos valiosos a los teólogos, sino que los teólogos, igualmente, alentaron a la tradición jurídica a revisar las bases de la doctrina de los contratos. Por eso, en primer término explico cómo los teólogos elaboraron una doctrina de los contratos apoyada en la autonomía de la voluntad y, en segundo lugar, abordo brevemente la cuestión de los límites del principio de libertad contractual según los teólogos.

#### III.1 Elaboración de una doctrina de contratos basada en la autonomía de la voluntad

La concepción romana ya había sufrido la presión de los canonistas que formularon el principio que enunciaba que todos los acuerdos, aunque pudiesen ser nulos, debían ser revisados ante los tribunales eclesiásticos. Los teólogos del siglo XVI construyeron una doctrina general de la obligación contractual en base a esta regla. En su teoría de los contratos, afirmaban que en virtud de la contratación el hombre recuperaba su libertad natural (*libertas restituta*). Por la libertad contractual, el hombre podía disponer de sus bienes como le pareciera. Podía usar de los bienes terrenales de manera tan creativa como su Creador. Si el hombre no era libre para celebrar contratos a su gusto, decía Oñate, no podría ser considerado como el verdadero propietario de sus bienes, lo que sería opuesto a su destino divino<sup>18</sup>. La creación del hombre a imagen de Dios

17 «Sed hodie in praxi hae et omnes leges et theorïae de formulis stipulationum supervacuae sunt, quia etiam extra scripturam publicam vel privatam, sive confessione partis sive testibus aut alias legitime appareat de conventiones serio pacta et conclusa in re licita nec prohibita, nec inter prohibitos aut inhabiles, pro stipulatione habetur et oritur efficax actio, juxta no. in c.1, Extra de pactis, quod ita debet intelligi et restringi, et ita in utroque foro seculari et ecclesiastico observatur, nec de verborum forma aut solemnitate curatur, ita ut multorum prolixae et operosae commentationes supervacuae sint» (CHARLES DU MOULIN. *Nova et analytica explicatio Rubricae et legum 1. et 2. de verborum obligationibus*, Parisiis, 1562, nom. 42, p. 19).

18 «Reliquit Deus hominem in manu consilii sui Eccles. 15, 14 sine dubio inter alia, quia reliquit Deus in voluntate eius ut se obligaret, quando vellet, et sicut actiones agentium non operantur ultra voluntatem et intentionem eorum, ita operantur iuxta voluntatem et intentionem eorum. [...] Quia alias non esset

fue siempre concebida no solamente como un hecho, sino, igualmente, como un fin a alcanzar. Por estas acciones voluntarias, particularmente al concluir los contratos, el hombre podía ejercer su *dominium* sobre las cosas<sup>19</sup>. A los ojos de teólogos como Molina, la autonomía de la voluntad llevaba a la liberación del individuo, así como al desarrollo de una sociedad en paz<sup>20</sup>. Así, los teólogos invertían el argumento tradicional según el cual los romanos no habían adoptado el principio consensualista por temor a las consecuencias judiciales, al agobio de los tribunales, a la amenaza de múltiples litigios y al riesgo de alterar la paz entre los ciudadanos.

El profundo estudio del consensualismo contractual lleva a los teólogos a examinar sistemáticamente cómo nace una obligación contractual (por ejemplo, la teoría de la oferta y de la aceptación), cómo se debe interpretar un acuerdo (por ejemplo, la discusión sobre la voluntad, la declaración o la confianza legítima como base de la interpretación del contrato; las consecuencias de las circunstancias modificadas, etcétera), cómo definir el carácter obligatorio de una promesa (por ejemplo, las obligaciones contractuales en tanto que deuda moral o jurídica) y cuál era la mejor manera de imponer los criterios consensualistas no solamente en el fuero de la conciencia sino también en la vía de los tribunales externos (por ejemplo, el *officium iudicis*, la *denunciatio evangelica*, la *condictio ex canone iuramenti*, etcétera). Por los límites de esta síntesis solo abordo una pequeña parte de esta problemática, pero remito a mi libro para un tratamiento pormenorizado.

En la mayor parte de los casos, las paradojas por resolver revelan la concepción voluntarista del contrato. La idea clave es la del contrato como ley privada, aquella que las partes contratantes se imponen a ellas mismas (*lex privata quam promittens sibi imponit*). Claro que ya se pueden encontrar algunas referencias a esta idea en las discusiones romanas sobre el contrato de locación, pero teólogos tales como Juan de Lugo (1583-1660) perfilan una pieza maestra de su teoría general de los contratos al tratar esta cuestión<sup>21</sup>. Se desarrolla toda una casuística alrededor de la interpretación del contrato. Como lo subraya Tomás

---

homo vere et perfecte dominus rerum suarum si non posset eas dare quando, et cui vult, et quomodo vult, et obligationem etiam contrahere, quando et quomodo vult» (PEDRO DE OÑATE. Ob. cit., tom. 2, tract. 9, disp. 29, sect. 6, num. 74-76, p. 108).

19 «Eninvero quia Deus hominem ad sui imaginem condidit, hoc est rationalem ac liberum, per quam rationem et voluntatem dominium habet suarum actionum. Inde factus est rerum dominus, secundum illud Genes. 1, Faciamus hominem ad imaginem et similitudinem nostram, ut praesit piscibus maris, etc. Qua utique de causa soli homini demonstravimus inter sublunares creaturas competere ut sit rei alicuius dominus. Si ergo per voluntatem constituitur dominus, per eandem potest dominium ab se quodcumque abdicare» (DOMINGO DE SOTO. Ob. cit. (vol. 2), lib. 4, quaest. 5, art. 1, p. 309).

20 «Nec dubito ea ratione minuerentur potius, quam augerentur lites, hominesque liberarentur a difficili admodum harum rerum praescrutatione, prout hactenus sparsim atque involute iure civili traditae sunt» (LUIS DE MOLINA. Ob. cit., tom. 2 (*De contractibus*), tract. 2, disp. 258, col. 25, num. 9).

21 «Promissio enim est lex privata quam promittens sibi imponit et qua se ligat, ubi ergo ex defectu animi non se ligat, non est lex nec promissio» (JUAN DE LUGO. *De iustitia et iure*, Lugduni, 1642, tom. 2, disp. 23, sect. 1, num. 4, p. 103).

Sánchez (1550-1610), una ley no se impone sino por la voluntad y la intención del legislador<sup>22</sup>. Si la obligación del contratante es una ley privada que se impone él mismo, es necesario deducir que no tiene fuerza obligatoria sino dentro de los límites de la intención y la voluntad del contratante. Al respecto, existe una antología muy popular de máximas que se aplicaban en la jurisdicción del fuero interno. El jesuita portugués Manuel Sá (1528-1596), por ejemplo, resumía la opinión común afirmando que escapa a la obligación contractual todo lo que hubiese sido excluido si se hubiese sabido anticipadamente<sup>23</sup>. Aun si las leyes y los decretos emitidos por las autoridades públicas fuesen susceptibles de una interpretación equitativa, esto es, según las reglas de la *epikeia* aristotélica, seguiría, según la opinión común, explicada de manera muy clara por Oñate, aplicándose también la teoría de la imprevisión a los contratos<sup>24</sup>. A los ojos de teólogos como Lessius, cada obligación contractual estaba limitada por una condición tácita (*conditio tacita*) que estipulaba que el contratante sería libre de rescindir un contrato si se descubría que estaba equivocado al momento de perfeccionar y concluir el contrato<sup>25</sup>. Al mismo tiempo, Lessius era de los que sostenía que, presionada al extremo, la lógica del voluntarismo contractual podía algunas veces ir en contra del interés general. Esto porque se forzaba a un contratante a que aceptase la condición tácita de indemnizar al otro contratante en base a la teoría de la confianza legítima en la interpretación de los contratos<sup>26</sup>. Finalmente, había entre ellos quienes, como Lugo, se ponían en guardia contra la teoría de la imprevisión, argumentando que la aplicación de esta idea atentaba gravemente contra la seguridad de los contratos, el comercio y la práctica del intercambio contractual<sup>27</sup>.

Es preciso, por otra parte, que los teólogos no hagan oídos sordos a los intereses de la contraparte contratante. Uno de los méritos de la

22 «Probatum quia omnis obligatio quae non est ex lege oritur ex privata hominis voluntate, ergo ubi deest se obligandi voluntas deficit obligatio. Tandem, quia obligatio promissionis consurgit ex lege privata, quam promittens sibi imponit, nulla autem lex obligat, nisi legislator obligare intendat» (TOMÁS SÁNCHEZ. *Disputationes de sancto matrimonii sacramento*, Antverpiae, 1620, tom. 1, lib. 1, disp. 9, num. 5, p. 30).

23 «In obligatione generali, etiam cum iuramento, non veniunt ea quae non intendebas. Talia autem videntur esse quae si tunc cogitasses ad ea te non obligasses» (MANUEL DE SÁ. *Aphorismi confessariorum ex doctorum sententiis collecti*, Antverpiae, 1599, s.v. *obligatio*, num. 2, p. 239-240).

24 «Sicut in simili in legibus et constitutionibus principum *epikeia* locum habet, ita eam in promissionibus privatorum locum habere aequum est, cum promissiones sint quaedam leges, quas sibi ipsis private imponunt» (PEDRO DE OÑATE. Ob. cit., tom. 2, tract. 9, disp. 29, sect. 11, num. 152, p. 128).

25 «Unde omnis contractus solubilis iure gentium videtur habere hanc tacitam conditionem, quod contrahens stabit contractu nisi deprehenderit se graviter deceptum, id est, tali errore qui sit causa contractus» (LEONARDUS LESSIUS. *De iustitia et iure*, lib. 2, cap. 17, dub. 5, num. 29, p. 199).

26 «Adde, nullam fore fidem contractuum inter homines, si hac ratione se possent expedire, dicendo se fecte promississe» (ibidem, lib. 2, cap. 18, dub. 8, num. 60, p. 225).

27 «Nam sicut in matrimonio et professione dicebamus propter firmitatem et perpetuitatem status, consensum exigi omnino absolutum, ita in aliis contractibus onerosis exigitur propter securitatem contractus consensus absolutus, quoties non erratur circa substantiam aut dolus ab altero contrahente non apponitur dans causam contractui. Alioquin de omni eiusmodi contractu et de eius valore ac securitate posset dubitari, quod non esset conveniens commercio humano et contrahendi usui, sed expositum innumeris periculis et litibus» (JUAN DE LUGO. Ob. cit., tom. 2, disp. 22, sect. 6, num. 92, p. 24).

teoría de los contratos según las reglas del derecho natural y el fuero interno consiste, más bien, en un acercamiento que podría calificarse como *relacional*. Esto porque toma muy en serio los derechos del destinatario de la oferta contractual al insistir en la necesidad de la externalización y en la aceptación de la promesa para que pueda tener fuerza compulsiva. Al contrario de los ángeles, los hombres no son capaces de adivinar los pensamientos de su prójimo. En consecuencia, aun en el fuero interno, ninguna obligación contractual puede nacer de una promesa unilateral e interna. Resumiendo la opinión común, el jesuita y canonista Paul Laymann (1574-1635) tenía razón al hacer hincapié en la aceptación como condición esencial para el nacimiento de una obligación contractual<sup>28</sup>. En consecuencia, la opinión general negaba toda fuerza compulsiva, aun en el fuero interno, a los ofrecimientos espontáneos, esto es, a las promesas unilaterales rechazadas (*pollicitationes*). Incluso el derecho natural exigía la aceptación como elemento esencial para la producción de una obligación contractual<sup>29</sup>.

Contrariamente a lo que podría esperarse, los teólogos no se adhieren a una concepción religiosa de la obligación contractual. Según una conjetura muy difundida, los teólogos basaban la fuerza obligatoria del contrato en la idea de que no mantener una promesa sería un pecado mortal y una ofensa a Dios. Se insistía en esto tan a menudo que, supuestamente, a los ojos de los teólogos, el incumplimiento de un contrato equivalía a un pecado contra la obligación de decir la verdad o de ser honesto. Ciertamente, siguiendo el Decreto de Gracián, y el canon *Iuramenti* en particular, los teólogos habrían visto un pecado en la violación de una promesa, al igual que en la violación de un juramento. Sin embargo, la razón fundamental en virtud de la cual era indispensable mantener promesas y juramentos era otra. Según una concepción del contrato que es asociada, a menudo, con Grocio, aunque los teólogos ya la sostenían, la promesa contractual entrañaba una obligación con la otra parte a la cual correspondía, como contraparte, la ejecución del contrato. Para Lessius, una promesa creaba una deuda jurídica<sup>30</sup>. Esta concede a otros el derecho de exigir la realización de la promesa. He aquí pues el fundamento relacional y humano de la obligación contractual, que no recurre ni a Dios, ni a la deuda moral. Y Soto dice que la palabra dada establece un lazo de confianza entre las dos partes, que nace de

28 «Sed Sotus, Gomez, Lessius loc. cit., Sanchez lib. 1 de matrim. disp. 7, num. 24 et alli plerique contrarium sentiunt, omnem promissionem suapte natura respectivam esse, cuius proinde vis et obligatio ex alterius partis consensu, tamquam a forma sua, dependeat» (PAUL LAYMANN. *Theologia moralis*, Monachii, 1630, lib. 3, tract. 4 (*De pactis et contractibus*), cap. 1, num. 3, p. 371).

29 «Moveor quia acceptatio est de essentia omnium contractuum et altera pars omnium essentialis eorum, ut saepissime in hoc opere probavi» (PEDRO DE OÑATE. Ob. cit., tom. 2, tract. 9, disp. 29, sect. 4, num. 45, p. 100).

30 «Promittere non tantum est affirmare se daturum vel facturum, sed ulterius est se obligare | alteri et consequenter ius illi tribuere ad exigendum. Unde dici solet, *promissionem parere debitum*» (LEONARDUS LESSIUS. *De iustitia et iure*, lib. 2, cap. 18, dub. 8, num. 52, p. 223-224).

la justicia conmutativa y no solo de una deuda moral derivada de la verdad<sup>31</sup>.

Antes de entrar en los límites formales y substanciales que ponen los teólogos a la autonomía contractual, debo llamar la atención, brevemente, sobre el desarrollo de una doctrina referida a los vicios del consentimiento. Sobre la base del análisis de la obligación contractual fundada en el derecho natural, los teólogos defendían la postura según la cual todos los acuerdos son obligatorios desde que hay consenso. Pero si la voluntad está basada en el error o influenciada por la violencia, el problema es saber si el contrato es verdaderamente deseado y, por lo tanto, si puede realizarse. Como lo subrayaría más tarde Grocio, este problema ha dado lugar a discusiones extremadamente complejas en los escritos de los teólogos. Esta complejidad es consecuencia de la oposición entre la nueva lógica de la autonomía de la voluntad y la tradición del pensamiento filosófico y jurídico respecto a la influencia del error y la violencia sobre la libertad de los actos humanos. Una solución uniforme a este problema no se dio sino a comienzos del siglo XVII por Lessius. Él argumentaba que tanto el error como la violencia daban lugar a una especie de nulidad relativa a favor del contratante que había sufrido el dolo o la violencia. Los párrafos siguientes no pueden ofrecer sino una aproximación muy limitada a los problemas técnicos que los teólogos enfrentaron para elaborar una teoría de los vicios del consentimiento.

Comenzamos por el problema del temor a la violencia. Ni el derecho romano ni la filosofía aristotélica reconocían unívocamente que una decisión voluntaria tomada bajo la presión de la violencia o del temor fuese de hecho involuntaria. Esa es la razón por la cual la mayor parte de los teólogos consideraba que no podía establecerse que un contrato influenciado por temor a la violencia fuese automáticamente nulo (*irritus*). La opinión común terminaba por considerar que la coerción en los contratos convertía el contrato en anulable (*irritandus*) y juzgaba que, en definitiva, el acto condenable del ofensor daba al agraviado el derecho de pedir la anulación del contrato a un juez. No obstante, había teólogos como Molina o Fernando Rebelo (1547-1608) que juzgaban que la menor contrariedad o inconveniencia comprometía *ab initio* la voluntad requerida para la conclusión de un contrato. Adoptando una versión radical del voluntarismo contractual, ellos juzgaban que un contrato viciado por el miedo o la violencia era nulo *ab initio (ipso iure)*. El problema de saber qué grado de temor a la violencia podía ser considerado como suficiente para permitir, efectivamente, la anulación del contrato, fue objeto de un análisis sistemático (por ejemplo, el criterio de la persona razonable; la influencia de la presión ejercida por

525

LA MORAL  
ILUMINA AL  
DERECHO COMÚN:  
TEOLOGÍA Y  
CONTRATO (SIGLOS  
XVI Y XVII)MORALS ARE THE  
GUIDING PRINCIPLE  
FOR COMMON LAW

31 «Enimvero promittere non pertinet simpliciter ad virtutem veritatis, sed reducitur ad conmutativam iustitiam. Non enim est utcumque verum asserere, sed obstringendo alteri fidem» (DOMINGO DE SOTO. Ob. cit. (vol. 4), lib. 7, quaest. 2, art. 1, p. 630).

terceros, la influencia de la violencia ejercida hacia terceros; el temor reverencial, etcétera) y, a la vez, casuístico (por ejemplo, el abuso del derecho en el proceso).

Ahora, en lo que concierne al problema del error y el dolo, la tradición era de nuevo refractaria a dar, rápidamente, una respuesta unívoca. Era, sobre todo, la diferencia existente en el derecho romano entre los contratos *stricti iuris* y los contratos *bonae fidei* la que creaba las dificultades. Los contratos de estricto derecho basados en un error eran anulables en seguida, en tanto que los contratos de buena fe eran considerados como nulos *ab initio* si estaban basados en un error. Al margen del problema de la influencia del error sobre la validez de la obligación contractual, se desarrolla también una discusión acerca del significado del concepto de buena fe. No obstante, siguiendo la opinión de Pierre de Belleperche (ca. 1247-1308) en la materia, los teólogos acordaron al respecto que todos los contratos de *bonae fidei* debían ser ejecutados de buena fe, por lo que no resultó tan fácil diferenciarse de la distinción romana. Finalmente, es Lessius quien lleva a una ruptura en la discusión sobre los vicios del consentimiento. Él le pone término a la diferencia entre los contratos *bonae fidei* y los contratos *stricti iuris* en lo que concernía a las consecuencias anulables del error<sup>32</sup>. Además, se inclinó por la anulación (y no por la nulidad *ab initio*) tanto de los contratos basados en el temor a la violencia como de los contratos basados en el error<sup>33</sup>. Se trata de una revolución cuyas consecuencias permanecen y que obedece a la transformación moral del *ius commune*.

### III.2 El orden público, la moral y los límites de la libertad contractual

Si bien los teólogos desarrollaron una teoría de los contratos fundamentada en la autonomía de la voluntad y la idea del contrato-ley, ellos reconocían que había que imponer límites a la libertad contractual. Podemos citar a Mercado, para quien la caída de Adán y la debilidad del hombre obligó a este último a restringir su libertad, al someter su

32 «Si dolus det causam contractui, et proveniat ab altera parte, vel saltem illa sit particeps doli, contractus adhuc iure naturae non est omnino irritus, tamen pro arbitrio eius qui deceptus est, (si solubilis sit) irritari potest. [...] Ob has rationes sentido esse verius, nullum esse discrimen hac ex parte in foro conscientiae inter contractus bonae fidei et stricti iuris, cum dolus causam dedit, sed utrosque aliquo modo esse validos, et parere aliquam debilem obligationem iure naturae in foro conscientiae, quae tamen dolo detecto possit elidi per eum qui deceptus est» (LEONARDUS LESSIUS. *De iustitia et iure*, lib. 2, cap. 17, dub. 5, num. 29-31, p. 199).

33 «Itaque secluso iure positivo, verius existimo, matrimonium metu gravi contractum, esse validum, modo interveniat ultro citroque idonea materia, in qua contractus versetur, nempe personarum habilitas. Idem dico de emptione, venditione, permutatione, locatione, et similibus contractibus. Possunt tamen huiusmodi contractus sic initi, excepto matrimonio, facile irritari, voluntate eius, qui iniuriam passus est, nam potest petere restitutionem in integrum, et agere de damno illato. Excipio matrimonium, quia semel initum, natura sua est insolubile, unde iure positivo ab initio debuit irritum decerni» (LEONARDUS LESSIUS. *In I.II D. Thomae de beatitudine et actibus humanis*, Lovanii, 1645 (ed. posth. J. Wijns), quaest. 6, art. 6, num. 38, p. 45).

voluntad a las leyes<sup>34</sup>. Aun si las partes contratantes son, en principio, libres de concluir los acuerdos de su elección, ellas forman parte, también, de comunidades políticas y religiosas. Por su naturaleza, el hombre es un animal social y político, que no puede vivir en comunidad sino a condición de someterse a una autoridad pública, que garantice la paz y administre la justicia. He aquí una constante en el pensamiento político de los teólogos<sup>35</sup>. Para garantizar la paz en el seno de la comunidad, las autoridades pueden tener una razón legítima para someter la libertad contractual de los individuos a ciertas condiciones<sup>36</sup>. Para combatir el fraude o para proteger a grupos particulares, los poderes públicos pueden, por ejemplo, prescribir exigencias formales bajo pena de nulidad. El problema de saber si tales limitaciones formales tenían igualmente aplicación en el tribunal de la conciencia era muy sensible. Esto tocaba, en efecto, cuestiones de un orden superior, por ejemplo, la relación entre la jurisdicción de la Iglesia y del Estado, el papel de los confesores en la elaboración de las leyes civiles, la interpretación teológica de las leyes, las diferencias entre las obligaciones naturales morales y las obligaciones naturales jurídicas, la relación entre la aplicación estricta del derecho y la razón, etcétera. Además, los juristas de la Iglesia y los teólogos no respetaban, necesariamente, la distinción que practica la edad contemporánea entre las ramas especializadas del derecho. Así, la discusión sobre las contradicciones formales en los contratos iba a la par con el problema de la validez de los testamentos que no cumplían con las prescripciones legales.

En general, se puede afirmar que la presión moral que ejercían el derecho canónico y la teología sobre el *ius commune* condujo, en un primer momento, a un debilitamiento radical de la aproximación formal a las reglas del derecho. Así, en la línea del canonista el Abad Panormitain (1386-1455), hubo ciertas quejas por la supremacía de la voluntad tanto en los testamentos como en los contratos y las elecciones porque estos no cumplían con las leyes que imponían formalidades<sup>37</sup>. El teólogo de

34 «De arte que, dado seamos de libre albedrío natural, estamos más cautivos de lo que pensamos, no porque se nos quite nuestra libertad y voluntad, sino porque, según después del pecado es suelta, es menester voluntariamente cautivarla y atarla a muchas maromas, que son estas leyes que nos enseñan no solamente lo que hemos de hacer, sino aun lo que hemos de querer. Y estamos obligados a guardarlas todas y ponerlas en ejecución en nuestros contratos, negociando, no según deseamos y apetecemos, sino según ellas nos mostraren. La ley es regla de nuestra vida por do midamos y nivelemos nuestras obras» (TOMÁS DE MERCADO. Ob. cit., lib. 1, cap. 3, f. 14v).

35 «Est enim homo naturaliter animal civile. Coalescere autem in unum mortalium vita non potest, nisi a publica autoritate in pace contineantur, quae quidem autoritas tum custos est reipublicae, tum et iustitiae iudex» (DOMINGO DE SOTO. Ob. cit. (vol. 2), lib. 4, quaest. 5, art. 1, p. 309).

36 «Ratio est, quia sicut duo homines privati seposito omni iure positivo possunt inter se statuere certas formulas et condiciones, sine quibus contractus eorum in posterum non censeantur validi, nec obligationem naturalem possint inducere, ita respublica, quae naturaliter est superior singulorum seu cui naturaliter competit potestas in singulos potest constituere huiusmodi condiciones, et consequenter principes saeculares, in quos suam potestatem respublica transtulit» (LEONARDUS LESSIUS. *De iustitia et iure*, lib. 2, cap. 17, dub. 4, num. 19-20, p. 197).

37 «[Antonius] dicit enim sufficere quoad forum conscientiae ut contractus teneat secundum limites iuris naturalis seu Gentium. Nam de iure naturali seu gentium sufficit solus consensus, et haec opinio mihi placet, et adduco singulare dictum Inn. in. ca. quia propter [sic], de elect., ubi dicitur quod electus

Lovaina y futuro Papa, Adriano de Utrecht (1459-1523), defendió, a partir de una interpretación teológica de las leyes, la aplicación racional de las reglas y formalidades prescritas en los contratos<sup>38</sup>. De esta manera quería impedir que la aplicación estricta del derecho llevara a la injusticia (*summum ius summa iniuria*). Sin embargo, los teólogos admitieron progresivamente la idea de que las formalidades prescritas por los poderes públicos pudiesen restringir definitivamente la libertad contractual natural, aun desde el punto de vista del tribunal de la conciencia e incluso si el consentimiento de las partes fuese real<sup>39</sup>. Desde Salamanca se lanzaban advertencias, señalando que el peso sobre la primacía de la voluntad llevaría a un conflicto insoluble entre la justicia de los tribunales externos y el juicio del confesor. Francisco de Vitoria temía los casos de conciencia impenetrables y la desobediencia civil<sup>40</sup>. Por eso, preguntaba si las leyes positivas podían prescribir formalidades bajo pena de nulidad, incluso en el fuero de la conciencia. Los jesuitas retomaron esta opinión para el derecho de los contratos, pero no necesariamente para el de sucesiones.

Los teólogos reconocían que la autonomía de las partes también podía ser restringida por otras consideraciones de tipo legal o moral. Un contrato podía ser nulo si las partes se comprometían a hacer o donar alguna cosa que estaba en oposición a las leyes o las buenas costumbres<sup>41</sup>. Se esperaba que los teólogos pusieran límites morales severos a la libertad contractual. La realidad, sin embargo, era más compleja. El problema de los límites materiales de la libertad contractual tocaba cuestiones difíciles: la relación entre la condenación de la causa y la condenación del objeto del contrato, la diferencia (o, mejor dicho, la falta de diferencia) entre la ausencia de «valor moral» y la «nulidad» jurídica, los límites entre obligaciones contractuales y cuasi contractuales, la relación entre

---

est tutus in foro animae si electio sua tenuit de iuregentium, licet non fuerit servata forma tradita a iure positivo, quia illa forma est introducta propter scandala et deceptiones evitandas. Verumtamen ex quo omnia ista cessaverunt et intervenit consensus satis est is tutus quo ad Deum et tenebis semper menti illud dictum: quia valet in omni actu in quo est praetermissa solemnitas iuris positivi ut in foro animae non teneatur quis sibi de hoc facere conscientiae ex quo non intervenit ibi aliqua deceptio et adfuit consensus habentium actum explicare de iure naturali; ex quo inferitur quod in foro conscientiae aequitas iuris naturalis praefertur rigori iuris positivi» (PANORMITANUS. *Commentaria super Decretalibus*, Augustae Taurinorum, 1577, tom. 2, ad. X 1, 41.1, f. 155v., num. 19).

38 «Lex iusta praeceptum iustum superioris laici vel ecclesiastici ligat in foro conscientia, sed ad metas solum rationis seu causae finalis quae praetenditur» (ADRIANO DE UTRECHT. *Quaestiones quodlibeticae duodecim*, Parisiis, 1527, quaest. 6, art. 1, concl. 2, litt. g. f. 111r).

39 «Quapropter censeo potius contrariam regulam esse generaliter constituendam, scilicet, actus factos contra leges instituentes substantialem solemnitatem tanquam simpliciter necessariam ad eorum valorem, esse nullos ex defectu talis solemnitatis, etiamsi in re fiant ex vero consensu et sine ullo defectu contra legem naturale» (FRANCISCO SUÁREZ. *Ob. cit.*, lib. 5, cap. 24, num. 4, p. 522).

40 «Esset valde inutilis et periculosa irritatio in foro contentioso defectu solemnitatis, si non valeret in foro conscientiae. Absurdum enim est dicere quod detur in foro contentioso jus cum quo condemnentur homines, cum leges potius provideant saluti animae quam corporis» (FRANCISCO DE VITORIA. *Commentarii in Ilamillae* (ed. Beltrán de Heredia, tom. 3), quaest. 62, art. 1, num. 41, p. 95-96).

41 «Contra leges ea dicuntur fieri, in quibus promittitur aliquid quod leges prohibent, ut homicidium, furtum. *Contra bonos mores* fiunt, per quae datur occasio inique agendi, ut in exemplis num. 23, vel impediuntur illi mores quos expedit esse in republica bene instituta» (LEONARDUS LESSIUS. *De iustitia et iure*, lib. 2, cap. 18, dub. 4, num. 24, p. 219).

las buenas costumbres naturales y las buenas costumbres políticamente aprendidas, etcétera.

Los teólogos concordaban bastante bien en que la causa del contrato era ciertamente pertinente para determinar el valor moral del contrato, pero era más difícil juzgar su validez jurídica. Así, Oñate explicaba que un contrato para comprar un arma con el fin de matar a una persona era moralmente repugnante, pero jurídicamente válido, mientras que el contrato para matar era nulo<sup>42</sup>. Se afirmaba que un contrato podía ser condenado sobre todo por su objeto: un contrato cuyo objeto era condenable, por ejemplo el contrato para matar o un contrato de prostitución, no podía adquirir fuerza de obligación solo en virtud del consenso entre las partes. La obligación de ejecutar un acto censurable era considerada una obligación imposible y, en consecuencia, una *contradictio in terminis*. Pero si una de las partes contratantes cumplía su obligación contractual, surgía el problema de saber si la parte contraria debía también cumplir la suya. Supongamos que una prostituta cumplía con su oficio, ¿el cliente podría, efectivamente, negarse a pagarle? La respuesta a esta cuestión fue diversa. Algunos consideraron que un hecho contrario a la moral no podía entrañar una obligación jurídica, cualquiera fuera su clase. Otros afirmaban que quien había prestado un servicio inmoral o ilegal tenía derecho a ser pagado, ya fuese en virtud del enriquecimiento indebido o de una promesa mutua cuya condición había sido cumplida en el pasado o lo estaba siendo en el presente. La mayor parte de los teólogos concordaron en que un acto inmoral tenía un precio de mercado, de suerte que la prostituta o el asesino a sueldo tenían, en todos los casos, derecho a su salario y podían invocar una excepción para no reponerlo una vez que el cliente hubiese pagado<sup>43</sup>. Grocio compartía este punto de vista con teólogos como Molina y fue, a este respecto, severamente criticado por Robert-Joseph Pothier (1699-1772)<sup>44</sup>.

529

LA MORAL  
ILUMINA AL  
DERECHO COMÚN:  
TEOLOGÍA Y  
CONTRATO (SIGLOS  
XVI Y XVII)

MORALS ARE THE  
GUIDING PRINCIPLE  
FOR COMMON LAW

42 «Contractum si vere fiat cum intentione se obligandi et transferendi dominium non vitari et corrupti in esse contractus, id est non invalidum, et irritum reddi, ex quocumque, quamlibet pravo et turpi fine ad quem ordinetur, v. gr. [...] emptio ensis ad occidendum regem vel patrem, quia hi fines contractum ipsum in sua natura et essentia non contingunt, sed sunt fines extrinseci accidentaliter coniuncti ei. Secus esset si ipsi contrahentes vellent pacisci et contractu se obligare ad occidendum regem vel patrem. Tunc enim finis ille intrinsece in obligationem ipsam cadit, et est obiectum illius, unde eam vitiat, quia contractus de re turpi esse non potest» (PEDRO DE OÑATE. Ob. cit., tom. 1, tract. 1, disp. 4, sect. 1, num. 12, p. 105).

43 «Pactio et acceptio pretii ob rem turpem illicita est et peccatum antequam talis res turpis fiat. Post rem autem patratam illicitum non est petere et accipere pretium antea promissum aut institutum» (LUIS DE MOLINA. Ob. cit., tom. 1, tract. 2, disp. 94, cols. 381-382, num. 8).

44 «Grocio pretende que estas promesas no son en verdad obligaciones, en tanto que el crimen no se ha cometido, y que hasta aquí aquel que ha hecho la promesa puede desdecirse, y dar una contraorden a aquel que lo ha hecho; pero que en tanto el crimen haya sido cometido, la promesa deviene obligatoria por el derecho natural y en el fuero de la conciencia; la razón es que esta promesa está viciada en la medida en que ella es una incitación al crimen; pero este vicio cesa cuando el crimen es cometido y consumado; el vicio de esta promesa ya no existe, nada impide que se produzca su efecto, que es obligar al cumplimiento por lo que ha hecho» (ROBERT-JOSEPH POTHIER. *Tratado de las obligaciones, según las reglas, tanto del fuero de la conciencia, como del fuero externo*, París-Orleans, 1777, part. 1, sec. 1, art. 3, par. 6, pp. 44-45).

Al admitir que la libertad contractual estaba considerada como una clase de derecho natural subjetivo, se impone una interpretación restrictiva de las leyes del derecho positivo que prohíben ciertos comportamientos. Esta idea emerge claramente *del Traité sur les lois et Dieu le législateur* (*Tratado sobre las leyes y Dios el legislador*) de Suárez<sup>45</sup>. A esto se añade que los teólogos hacían una diferencia entre la categoría restrictiva de las buenas costumbres según el derecho natural y la categoría más amplia de las buenas costumbres según el derecho civil<sup>46</sup>. De este modo, garantizaban la validez de un número de contratos que estaban, de hecho, declarados nulos por el *ius commune*, por ejemplo, la donación entre esposos o la donación de la totalidad de bienes del donante. Era suficiente proceder a semejante donación, añadiéndole un juramento. Este género de juramento era legitimado, aunque fuese contra las buenas costumbres civiles, pero no en contra de las buenas costumbres naturales. Los teólogos sostenían que este tipo de contratos no se oponía a las buenas costumbres según el derecho natural y que, por lo tanto, eran válidos ante la conciencia. Lessius criticaba, además, a los poderes civiles por paralizar, con una concepción demasiado amplia de buenas costumbres, el ejercicio de virtudes como la liberalidad, el amor al prójimo y la experiencia de la pobreza<sup>47</sup>. El problema de los límites naturales de la libertad contractual era, pues, un tema políticamente sensible.

La transformación moral del derecho romano de contratos en los escritos de los teólogos es ilustrada de manera muy clara por el principio de la justicia conmutativa —el último límite a la libertad contractual—. Se trata, al lado del principio de autonomía de la voluntad, del segundo gran pilar sobre el cual los teólogos edificaron el renovado derecho de los contratos. Los teólogos no volvieron a cuestionar el hecho de que la fuente de la obligación contractual fuese la voluntad autónoma de las partes, pero reivindicaron un control *a posteriori* del equilibrio contractual, dado que un contrato debe pactarse respetando el interés de ambas partes. Los teólogos y canonistas, como Martín de Azpilcueta (Doctor Navarrus, 1492-1586), afirmaban que el contrato es una

45 «In materia odiosa veba sunt restringenda quoad fieri possit intra eorum proprietates, potius quam extendenda; sed irritatio actus est valde odiosa et valde repugnans naturae, quia quodammodo aufert quoddam naturale jus» (FRANCISCO SUÁREZ. Ob. cit., lib. 5, cap. 26, num. 24, p. 531).

46 «Duobus modis dici aliqui contrabonos mores. Uno, presse et proprie, quia videlicet est peccatum, veniale saltem, contra divinum vel humanum ius. Altero late, quia licet in se non sit peccatum, inde tamen bonis moribus quos in bene instituta republica servari decet, potest facile praeiudicium afferri, ut disp. 151 explicatum est» (LUIS DE MOLINA. Ob. cit., tom. 2 (*De contractibus*), tract. 2, disp. 271, cols. 81-82, num. 14).

47 «Ius civile non potest impedire officia pietatis et consilia evangelica, atqui talis donatio [omnium bonorum tam futurorum quam praesentium] est officium pietatis et consilium Christi, ergo [...]. Principes saeculares non possunt aliquid statuere in praeiudicium bonorum operum et salutis animarum. Solum enim ita possunt gubernare rempublicam ad tranquillitatem temporalem, ut ea gubernatio non impediatur studium pietatis et media ad finem supernaturalem, sed potius subserviat et iuvet. Atqui si talis insinuatio esset necessaria in causis piis, saepe bona opera impedirentur, idque cum magno boni spiritualis daamno» (LEONARDUS LESSIUS. *De iustitia et iure*, lib. 2, cap. 18, dub. 13, num. 95, p. 229, Jo. lib. 2, cap. 18, dub. 13, num. 102, p. 230).

institución del derecho de gentes, que se inventó para el bien de todos los contratantes implicados<sup>48</sup>. En términos más modernos, el contrato es considerado como un juego, en el que todo el mundo gana, y no un juego a pérdida. El control a posteriori del equilibrio contractual puede llevar a una demanda de reparación a causa de una lesión (*laesio*). El defensor puede entonces decidir si desea «restablecer el equilibrio» del contrato o hacerlo anular con la obligación de la restitución recíproca. Para los teólogos, la condena previa alcanzada o, para formularlo positivamente, la obligación de respetar la justicia conmutativa deriva directamente del principio del derecho natural, según el cual nadie puede enriquecerse a expensas de otro<sup>49</sup>.

Fue así que establecieron un lazo entre este principio y el séptimo mandamiento bíblico, que prohíbe el robo, así como el principio aristotélico de acuerdo al cual se debe tener en cuenta, en el intercambio voluntario, un equilibrio entre lo que se dona y lo que se recibe. En la práctica, los teólogos evaluaban este equilibrio en función del justo precio. En general, puede decirse que consideraban este precio como el precio del mercado de libre concurrencia, tan «loco» (insano), para utilizar el término empleado por el canonista Diego de Covarrubias y Leyva (1512-1577), como pudiera ser la estimación común reflejada en el precio del mercado<sup>50</sup>. El valor económico de las prestaciones era, en otros términos, considerado en función de la utilidad que un bien donado ofrecía a la comunidad siguiendo las leyes de la oferta y la demanda. Lo que los teólogos no aceptaban era la explotación de preferencias y necesidades estrictamente personales. No se concebía que el precio de un pan fuese dos veces más elevado para un pobre que para un rico, so pretexto de la utilidad de ese pan que, según el criterio de necesidad, era dos veces más importante para un pobre infortunado. El precio del mercado, el cual depende de evaluaciones comunes de utilidad, impide, precisamente, la explotación de las necesidades individuales de este tipo.

531

LA MORAL  
ILUMINA AL  
DERECHO COMÚN:  
TEOLOGÍA Y  
CONTRATO (SIGLOS  
XVI Y XVII)

MORALS ARE THE  
GUIDING PRINCIPLE  
FOR COMMON LAW

48 «Ut Arist. 1 Politicorum tradit, emptio, et venditio et eadem ratione omnis alia commutatio introducta est pro communi utilitate ambarum partium, quarum altera re alterius indigent. Quod autem pro communi duorum utilitate inductum est, non debet esse gravius alteri, quam alteri, ut esset si pretium excederet valorem mercis aut e contrario» (Martín de Azpilcueta (Doctor Navarrus). *Relectio in cap. Novit de iudiciis*. En *Opera Omnia*, Venetiis, 1601, tom. 3, not. 6, coroll. 13, num. 44-45, f. 80r).

49 «Quia supposita rerum divisione subintravit protinus naturale ius, in his commutationibus naturalem aequitatem servandam esse, praecipiens: non solum ut, quod tibi non vis, alteri ne feceris, sed etiam, ut in his servetur aequalitas rei ad rem, quam iustitia commutativa praescribit, et ut si violata fuerit per restitutionem resarciatur, et pacta conventa servari magna fide praecipiens, et violatores congruis esse poenis cohibendos» (PEDRO DE OÑATE. Ob. cit., tom. 1, tract. 1, disp. 1pr., num. 10, p. 2).

50 «Primum, in contractibus emptionum et venditionum similibusque permutationibus, necquaquam attendi, ne constitui iustum pretium ex natura rei, sed ex hominum aestimatione, tametsi insana sit aestimatio. [...] Secundo, hinc apparet in pretii iusti aestimatione non esse considerandum quanti res ipsa empti fuerit nec quot labores pro eius acquisitione venditor fuerit perperussus, sed tantum habendam esse rationem communis hominum aestimationis» (DIEGO DE COVARRUBIAS Y LEYVA. *Variarum resolutionum libri quattuor*, lib. 2, cap. 3, num. 4. En *Opera omnia*, Augustae Taurinorum, 1594, tom. 1, p. 244).

Al defender el libre mercado como garantía contra la explotación económica, los teólogos iban más lejos —tan lejos que a menudo llevaban la discusión de casos específicos (por ejemplo, el comercio con información privilegiada, la especulación, la obligación de información) a puntos de vista que ahora serían calificados de liberalismo extremo—. Ciertos juristas católicos, como Arias Piñel (1515-1563), alegaron, con razón, que ellos pensaban de manera más cristiana que los teólogos. Esto es, evidentemente, irónico, ya que los teólogos precisaban, en el plano teórico, los principios morales cristianos en los cuales descansaba el justo precio, en oposición al exceso arbitrario que reprochaban al derecho romano de los contratos. Los teólogos reconocían también que la aplicación del principio de justicia conmutativa era diferente en el tribunal de la conciencia y en los tribunales externos. Con el fin de impedir que el retraso judicial aumente, no reconocían el derecho al recurso para adelantar el fallo en el fuero externo, sino solo cuando la decisión anticipada ordenaba un pago superior a la mitad del justo precio —lo que bien visto daba un margen de acción—, lo que conducía, en el fuero interno, a un pedido de reparación (*restitutio*). Vía la reparación, la justicia conmutativa podía ser restablecida y el alma del contratante que había causado el perjuicio podía quedar a salvo. Pero el alma de los individuos no era lo único en juego. Si los contratos no respetaban el equilibrio entre dar y recibir, la confianza (*fides*), en tanto base del orden jurídico, quedaría debilitada, afirmaban los teólogos, lo que enturbiaría la paz del orden social. A los ojos de los teólogos, la paz del alma contribuía a la paz social e inversamente. El derecho de los contratos se hallaba imbricado con la teología y la teología imbricada con el derecho de los contratos.

#### IV. CONCLUSIÓN

A modo de conclusión, conviene mencionar la constatación que hacía Friedrich Carl von Savigny (1779-1861), uno de los padres de nuestra disciplina, en su famoso *Système du droit romain contemporain*, sobre el espíritu fundamental que impregna a las culturas jurídicas occidentales: «La religión cristiana transformó el mundo a tal punto que todos nuestros pensamientos, por más extraños e incluso hostiles que parezcan respecto de esta religión, están también dominados e impregnados por ella»<sup>51</sup>. La historia del derecho de los contratos que se acaba de presentar no tiene, en efecto, nada de particular, sino que es el recuento de esta

51 «Jene allgemeine Aufgabe alles Rechts nun läßt sich einfach auf die sittliche Bestimmung der menschliche Natur zurück führen, so wie sich dieselbe in der christlichen Lebensansicht darstellt; denn das Christenthum ist nicht nur von uns als Regel des Lebens anzuerkennen, sondern es hat auch in der That die Welt umgewandelt, so daß alle unsre Gedanken, so fremd, ja feindlich sie demselben scheinen mögen, dennoch von ihm beherrscht und durchdrungen sind» (FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY. *System des heutigen Römischen Rechts*. Berlín, 1840, tomo 1, capítulo 1, par. 15, p. 53-54).

transformación de nuestros pensamientos, que derivan del derecho romano a la luz de la teología cristiana. Se puede decir, así, que una parte importante, aunque no exclusiva, de la reflexión sobre la naturaleza de la obligación contractual ha nacido de la preocupación por dirigir las almas en la jurisdicción del fuero interno. De las estrechas relaciones mantenidas entre la teología católica y la tradición romano-canónica al inicio de los tiempos modernos, emerge una doctrina de los contratos que redefinió la obligación contractual a partir de la autonomía de la voluntad, sin dejar de lado el contexto político, moral y espiritual en el que se inscribe la vida del hombre peregrino.

Recibido: 20/08/14  
Aprobado: 05/09/14

533

LA MORAL  
ILUMINA AL  
DERECHO COMÚN:  
TEOLOGÍA Y  
CONTRATO (SIGLOS  
XVI Y XVII)

MORALS ARE THE  
GUIDING PRINCIPLE  
FOR COMMON LAW