

Intercambios sin acuerdo^(*)(**)

Natalino Irti

Profesor de Instituciones de Derecho Privado de la
Università degli Studi "La Sapienza", Roma.

1 Un programa fenomenológico.

Está ante nosotros la jornada de un hombre cualquiera. Probemos observarla y describirla. En horas de la mañana, nuestro personaje, que ha decidido adquirir un departamento en la ciudad, encuentra al propietario, y discute todavía alguna cláusula: una reducción del precio, modalidad de pago, elección del notario otorgante. Después, una breve parada en las oficinas de una institución bancaria, de la cual ha obtenido un mutuo. Firma sobre los módulos ya confeccionados en imprenta. En horas de la tarde, hace un rápido paseo por el gran centro comercial, que domina la vida del vecindario: compra de alimentos y de pequeñas cosas domésticas. Luego, utiliza las pantallas televisivas y telemáticas. La jornada del hombre cualquiera ha concluido; y nuestra mirada lo deja entre las solitarias paredes de la casa.

El jurista, llamado a transcribir en su propio lenguaje las experiencias de la cotidianeidad, no se fatiga en discernir cuatro o cinco o más contratos. Considera verdaderamente útil y cómodo poder recoger múltiples episodios de la vida bajo un único nombre, explicarlos bajo el mismo modo, limitándose solamente a señalar cualquier excepción o desviación. Nuestro intelecto tiene necesidad de orden; y el orden se alcanza con la simplificación de los fenómenos y la reducción a un criterio unificante. Aquí, el criterio está en el concepto de contrato (o, si se quiere, en el concepto de negocio jurídico), el cual es capaz de resolver la multiplicidad en unidad, y de colocar el día de un hombre cualquiera

en una sola categoría del Derecho. Conceptos, ambos, que toman, en los episodios, ahora observados y narrados, elecciones de la voluntad humana: ellos no serían, si el hombre no los hubiese querido, y precisamente es en aquel modo que son concretamente determinados. Así, detrás de la pantalla de la voluntad, se dispersan las diferencias de los particulares casos, las singularidades técnicas, los contenidos lingüísticos. Todos se reconocen y se encuentran en la categoría del contrato, como en un puerto común y seguro.

2 Acuerdo y diálogo lingüístico.

Una descripción fenomenológica no puede agotarse en estos resultados. No los rechaza perjudicialmente, peor los coloca, al final del análisis, como una de las explicaciones posibles.

El episodio, que abre la jornada del hombre cualquiera, se desarrolla según el esquema legislativo (aquel apunte de teatro jurídico, diseñado en los artículos 1326 y siguientes del Código Civil). Un hombre pregunta; otro hombre responde. "La escena es dominada por la **palabra**: del decir y del escuchar, de conocer las palabras dichas y de entender las palabras escuchadas". Cuando el artículo 1326, último párrafo, establece que "una aceptación no conforme con la oferta equivale a una contraoferta", parece establecer una simple norma pero en cambio alcanza el sentido profundo del contrato: donde el hombre que interroga espera respuesta, y esta respuesta puede constituir una nueva pregunta, y así en un orden indefinido del hablar

(*) El presente artículo es traducido, con autorización del autor, por Nélvor Carreteros Torres y Rómulo Morales Hervias. Este texto reelabora la ponencia desarrollada, el 12 de diciembre de 1997, en el Congreso de estudios promovido en honor de Renato Scognamiglio: IRTI, Natalino. *Scambi senza accordo*. En: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Anno LII. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1998. pp. 347-364.

(**) Nota del traductor (Rómulo Morales): Este artículo fue el inicio de una disputa académica. El presente artículo fue replicado por OPPO, Giorgio. *Disumanizzazione del contratto?* En: *Rivista di Diritto Civile*. Anno XLIV, No. 5. Padova: CEDAM, 1998 y contestado por IRTI, Natalino. *È vero, ma ... (Replica a Giorgio Oppò)*. En: *Rivista di Diritto Civile*, Anno XLV, No. 2. Padova: CEDAM, 1999. Esta primera traducción que entregamos pretende poner en debate las categorías tradicionales de la doctrina tradicional del contrato. Para ello, la posición de Natalino Irti es un buen ejemplo de revaloración de la teoría general del negocio jurídico cuyo trabajo se complementa con los estudios de Giovanni Battista Ferri.

y del escuchar. “Y cuando las normas sobre interpretación configuran partes que usan ‘palabras’ y se confían a ‘expresiones’, aun una vez el Código Civil, al esbozar la fisonomía general del contrato, gira en torno a la palabra, a la expresión humana mediante los recursos de la lengua”.

Las decisiones de completar el intercambio -o, por permanecer en el ejemplo más simple y corriente, las unilaterales decisiones de vender y adquirir- están antes de este enredo de preguntas y respuestas. El acuerdo, del cual reflexionan los códigos civiles, no coincide con las unilaterales decisiones del actuar en el intercambio: éstas son sólo los presupuestos o las razones, que impulsan las partes al abrir el circuito de las preguntas y de las respuestas. Los hombres, antes que todo desconocidos e indiferentes, **intercambian palabras, porque han decidido intercambiar bienes**. El intercambio de valores económicos es un conjunto de intercambio de valores lingüísticos.

3 La técnica de la lengua.

Este intercambio está en el **diálogo** entre las partes. El acuerdo descrito en los códigos civiles, nace del diálogo: es el **resultado discursivo y cognoscitivo**, que media los puntos de vista de las partes, y resuelve en una unidad la discordante dualidad. “Contraer” es diseñado como resultado de un “contratar”; el enlazamiento en un vínculo, como resultado de un hablar y de un razonar en conjunto. Por ello, diálogo. El “logos”, que se desarrolla entre una y otra parte es en conjunto un hablar y un conocer, un querer decir y un querer entender. La **bilateralidad** del contrato no indica, como es obvio, las unilaterales decisiones de completar el intercambio económico, pero propiamente está en la reciprocidad **dialógica**, entre el hablar y el entender de las partes. La “convención” nace de un “recíproco” “entender”.

También el acuerdo, alcanzado y concluido mediante palabras, exige una **tecnología**, es decir, propiamente la **técnica de la lengua** (como ya la denominaba, a principios del siglo decimonónico, el gran Wilhelm von Humboldt)⁽¹⁾. Bien por eso se implican **diálogo** y **dialéctica**, la cual esta última es, precisamente, una técnica de diálogo. Me parece aquí advertir -y estará entre los temas dominantes de nuestra reflexión- que la

técnica de la lengua no es cualquier cosa extraña y servil respecto al hablar del sujeto, sino más bien un poder que lo conforma y define. **Las relaciones entre hombres no son disociables de sus modalidades tecnológicas**.

Decía que existe una técnica de la lengua, variadamente indagada y explicada por los estudiosos, la cual da razón de nuestro hablar y entender. La lengua, cada una de las lenguas, constituye una **dotación común**, en la que confluyen historia y tradición, experiencias innovadoras y conservadoras. Tomando tal dotación, y produciendo el peculiar sello de nuestra individualidad, nosotros nos expresamos, esto es promovemos preguntas y formulamos respuestas. No nos entenderemos uno con otro, si subvertimos la **íntima legalidad** de la lengua; si contrapusiésemos, al saber colectivo en ella depositado y custodiado, un saber singular y solitario; si nos sublevásemos contra un determinado sistema de signos y de significados, ciertamente no natural, pero también históricamente consolidado y establecido. Donde los caracteres de **abstracción y funcionalidad**, que permiten a la lengua, a cada lengua, durar en el tiempo y no agotarse en el singular acto expresivo. He considerado siempre maestros de tal orientación, en el fecundo coloquio entre juristas y lingüistas a Giovanni Nencioni y Antonino Pagliaro, de manera que aquí me complace repetir, con el primero⁽²⁾, que el sistema de la lengua “incide como unidad potencial en las conciencias de los hablantes y se actualiza después en las singulares frases”; y, con el segundo⁽³⁾, que “la funcionalidad de la lengua es la determinación y, al mismo tiempo, la condición técnica por el cual se despliega la libertad del hablante”. La lengua, como técnica de la comunicación y del comprender, no es por nosotros dominada, sino más bien nos domina; no es por nosotros usada para pensar, sino más bien piensa por nosotros. Ya el viejo Abelardo, recordado por Nencioni⁽⁴⁾, había reconocido: *Sermo generatur ab intellectu et generat intellectum*.

La conclusión del acuerdo es construida por los códigos civiles sobre la abstracta funcionalidad de la lengua, **sobre el presupuesto**, es decir, **de una común dotación de signos**, que se actualizan en la concreta expresión de las partes. Éstas usan palabras, **las cuales no son las cosas**, pero conocen y representan cosas. **Las cosas están ausentes**. Las palabras, en su ser dichas

(1) VON HUMBOLDT, Wilhelm. *Le diversità delle lingue*. Traducción italiana de Di Cesare. Bari, 1993. pp. 67 y ss.

(2) NENCIONI, Giovanni. *Idealismo e realismo nella scienza del linguaggio*. 1946. Rest. Pisa, 1989. p. 113. Cfr. IRTI, Natalino. *Testo e contesto*. Padova, 1996. pp. 159 y ss.

(3) PAGLIARO, Antonino. *La parola e l'immagine*. Napoli, 1957. p. 195.

(4) NENCIONI, Giovanni. Op. cit.; p. 93.

y entendidas, las hacen presentes. Los objetos no están dentro del acuerdo, ni en imagen, ni en la física y material presencia, pero son “habladas” y razonadas por las partes, que acogen el mundo de las cosas así como viene intermediado y llevado por la lengua⁽⁵⁾.

4 Incalculabilidad del diálogo lingüístico.

¿En qué medida el capitalismo moderno, que es producción en serie para satisfacer necesidades de masa, puede valerse de la funcionalidad de las lenguas? Éstas pueden ciertamente garantizar la estabilidad histórica de los signos, y cualquier continuidad de la dotación expresiva; pero no conjurar subversiones individuales o separaciones de jergas profesionales y locales. El diálogo lingüístico, también satisface la legalidad del sistema y respeta los significados de las singulares palabras, **no es ni calculable ni mensurable**. Preguntas y respuestas de las partes aparecen inesperadas. El contenido del diálogo no se deja predeterminar: él obedece a impulsos subjetivos, oscila entre uno y otro tema, procede en adelante y después retorna sobre sí mismo, se envuelve e inquieta en innumerables espirales. De aquí errores malentendidos, incomprendimientos reticentes, esto es, **discrepancias**, que comprometen la funcionalidad de la lengua e impiden la **fábrica de los acuerdos**. El diálogo se revela ineficiente, no calculable, no convertible en cantidad de tiempo y de energías: es efectivamente un **desgaste irracional**, que reduce y anula las ventajas objetivas y funcionales de la lengua. Esta funcionalidad, demasiado expuesta a lo inesperado e imprevisible, al riesgo de la situación concreta y de las necesidades individuales, termina por no funcionar más.

5 El uso de los módulos y formularios.

El protagonista de nuestra jornada, sobre el mediodía, se ha acercado a las oficinas de una institución bancaria, y aquí ha firmado módulos y formularios, que contienen condiciones generales de contratación. También en este caso el código y el jurista emplean la figura del acuerdo: los artículos 1341 y 1342 son colocados bajo la sección “Del acuerdo de las partes”; y módulos y formularios, tenidos por simples instrumentos de los cuales las partes se valen. La preposición “mediante” (se encuentra en la rúbrica y en el texto del artículo 1342) es significativa: módulos

y formularios son medios; también modalidades del acuerdo, porque el acuerdo existe, si es verdad -se argumenta- que la parte podría rechazar y por el contrario acepta. También en la adhesión existe una concordancia.

Esta simplificación intelectual es efectivamente desconsoladora. La parte, que adopta módulos y formularios, **rechaza y niega el diálogo**: no hace y no recibe preguntas, no da y no atiende respuestas: o, mejor, hace una única pregunta y atiende una única respuesta. Ella ha agotado ya su propia voluntad comunicativa, pero, precisamente, en una expresión que consume y anula el diálogo. **La adhesión no es un resultado dialógico**, pero -como revela la etimología latina- solamente “permanece atada”, hay una imposibilidad de desatarse, una irreversibilidad de lo sucedido. Módulos y formularios son **técnicas conformadoras de la relación**: ellas no sirven, pero dominan el encuentro de las partes. Hasta cuando consideremos las técnicas de la relación, verbales o gráficas o visuales, como instrumentos serviles, usados y gobernados por la libertad de los hombres, nos impediremos -yo creo- de tomar el sentido auténtico de los fenómenos, los cuales asumen fisonomía, y son lo que son, propiamente por la **potencia conformadora de las diversas tecnologías**.

El contrato por adhesión -donde una parte ya ha hablado, y dirige a la otra una única pregunta y atiende una única respuesta- inaugura la decadencia del *homo loquens*, y disuelve el diálogo en la soledad de dos decisiones individuales. La tecnología de la adhesión postula un **texto gráfico**, en la que una parte se ha expresado por siempre: por siempre y, por consiguiente, sustrayéndose al riesgo de lo inesperado y de lo imprevisible. La relación gana un alto grado de eficiencia y calculabilidad: permanece la incógnita de la lengua, que podría revelar trampas semánticas e interpretativas a despecho del texto gráfico; pero el esquema es repetible sin fin, evita derroches de tiempo y de energías, anula o reduce las discrepancias de la individualidad. Módulos y formularios, también exponiéndose al riesgo de la lengua escrita, ofrecen caracteres de repetición y de mensurabilidad: el diálogo no es funcional; la adhesión es un mecanismo más ágil y veloz.

Extinguído el diálogo, el acuerdo está en toda la unilateral predisposición del texto escrito y en la unilateral adhesión. A la exigencia del diálogo, que marca la disciplina de los códigos, reemplaza la **tutela**

(5) VON HUMBOLDT, Wilhelm. Op. cit.; p. 47. Cfr. HEIDEGGER. *Linguaggio tramandato e linguaggio tecnico*, 1962. Traducción italiana de Esposito. Pisa, 1997. pp. 50 y ss.

del conocimiento: conciencia de una decisión individual, y no el recíproco decir y entender del auténtico dialogar. Existe aún la palabra pero arrancada del diálogo, y permanece **inmóvil y estática** en un texto gráfico, que toma en consideración un sí o un no. Destinados a satisfacer necesidades de masa, los contratos por adhesión, uniformes y repetitivos, renuncian a aquello que la masa no puede ni quiere desarrollar: el personal y fatigoso dialogar. Así, empresas y destinatarios de los bienes y tecnologías se encuentran en el rechazo del diálogo y en la simplificación del dilema de la elección. La palabra sobrevive en el texto gráfico; el diálogo desaparece.

6 Palabras, cosas e imágenes de cosas. *Homo loquens y homo videns.*

Acompañando al hombre cualquiera en las experiencias de las tardes -las adquisiciones en el gran centro comercial o sobre las redes televisivas y telemáticas-, advertimos un profundo cambio, casi una revolución de las relaciones de intercambio. Tomemos las características comunes y fundamentales.

La decadencia del diálogo, ya encaminado con el uso de módulos y formularios, se consolida. Los sujetos del intercambio no hablan más: **la circulación de los bienes económicos se desliga sucesivamente de apoyos lingüísticos**, abandona los símbolos representativos de las cosas. ¿Qué nuevo y diferente instrumento, colocándose entre las partes y subrogando el diálogo lingüístico, puede reconstruir la relación y conducir al resultado del intercambio? Trascendida o negada la lengua -porque el sistema de símbolos que, en su significado, hacen presentes las cosas ausentes- permanece la **materialidad misma de las cosas**. Es una extraordinaria diferenciación: ya no más el símbolo, que **está en lugar de la cosa**, y la evoca y representa en el circuito del decir y del entender, en el juego del preguntar y del responder; sino la **cosa misma**, la cual supera la mediación de las palabras, se pone en el centro de la relación. La cosa -como veremos en nuestro análisis- está **presente** o en la **materialidad** de su ser o en su propia imagen. Situaciones bien diversas, pero que exigen, ambas, la **capacidad perceptiva de la observación**: el *homo videns* toma el lugar del *homo loquens*; **la inmediatez sensorial de la figura entra en la mediación de la palabra**. Las cosas no son más

sabidas, esto es depositadas y custodiadas en la común dotación lingüística, sino, precisamente, son **vistas** en su singular y concreta **materialidad**⁽⁶⁾.

Homo loquens es el hombre, que, conociendo las cosas y haciéndolas presentes en el diálogo, recurre al saber colectivo de la lengua; *homo videns* es el hombre, que percibe, con la inmediatez del ojo, la figura misma de las cosas. La palabra posee un contenido teórico, que el ojo no puede tener: **la palabra ofrece, la cosa se ofrece**; la palabra evoca la ausencia, la cosa está presente; la palabra pide ser entendida, la cosa ser recibida en la percepción visual. He aquí por qué donde la cosa o la imagen de la cosa toman el lugar de la palabra, se extingue el diálogo y reina el silencio.

Un alto y grave **silencio** domina los intercambios de los grandes centros comerciales y de las redes televisivas o telemáticas. Ya no -como también observaremos- porque la palabra sea escrita y no dicha; gráficamente fijada, y no labialmente pronunciada; sino porque aquellas relaciones o no tienen necesidad de la palabra, o reducen la palabra del acto dialógico al acto informativo. Aún una vez, la tecnología no se deja gobernar, pero gobierna y configura la relación: si empujamos la cosa, o la imagen de la cosa, al centro del intercambio, no podemos ciertamente pretender la salvación del diálogo y del acuerdo lingüístico.

7 Intercambios en los "grandes centros comerciales". Doctrina de Antonio Cicu.

Observamos más de cerca las adquisiciones en un "gran centro comercial", donde las cosas, y no las imágenes de las cosas, se ofrecen en su inmediata materialidad. Ya en otras sedes se me ha ocurrido desarrollar este análisis, y aquí enuncio los resultados esenciales⁽⁷⁾.

Tiendas y centros comerciales son **máquinas**, que garantizan la suprema **univocidad** y la absoluta **calculabilidad**. El hombre no encuentra al otro hombre, pero sí la visible materialidad de las cosas. Él no habla y no dialoga: **escoje cosas**, es decir prefiere la una a la otra entre las mercaderías expuestas. Vendedor y comprador no se conocen: así, las relaciones alcanzan la extrema funcionalidad del anonimato y del silencio. El diálogo lingüístico, es sustituido en la realidad por dos actos: la exposición y la preferencia. Las mercaderías son expuestas; una mercadería es preferida

(6) Ver especialmente PAGLIARO, Antonino. Op. cit.: pp. 97 y ss.

(7) Ver IRTI, Natalino. *Lecture bettiane sul negozio giuridico*. Milano, 1991. p. 70; ID., *Società civile*. Milano, 1992. pp. 125 y ss.; ID., *Codice civile e società politica*. Bari, 1995. pp. 95 y ss.; ID., *Testo e contesto...*, pp. 103 ss. La decadencia de la palabra es bien advertido por SACCO, R. *Il diritto nudo*. En: *Riv. dir. civ.*, I. 1993. pp. 689 y ss.

La libertad de iniciativa
económica, a la cual se
reconducen y se arriman las
diversas técnicas del intercambio,
ahora se disocia del acuerdo (...) disuelve el contrato en la combinación de dos actos unilaterales: actos lícitos de exponer y de preferir

a la otra. La desaparición de la palabra confiere a la relación una rigurosa univocidad, porque las cosas, en su material ofrecimiento, y el gesto, que entre ellas escoge y prefiere, poseen significados estables e incontrovertibles. Existe, en los lugares de los intercambios silenciosos, una suerte de **mecánica ritualidad**, de despersonalizada repetición, que anula cualquier discrepancia psicológica y voluntaria.

También aquí algún jurista no renunciará a maniobrar con el esquema del acuerdo, y volverá a repetir que el acuerdo existe, ya que una parte ha decidido la exposición de las mercaderías y la otra ha manifestado su preferencia. El encuentro en la cosa, y las unilaterales decisiones de vender y comprar harían las veces del acuerdo. Un acuerdo sin diálogo, pero siempre un acuerdo, ya que las partes han “deseado” el intercambio. El acuerdo cede al diálogo, y se empobrece hasta resolverse en la exposición y en la preferencia de cosas. Aquí vienen utilizadas como ayuda las viejas figuras del comportamiento concluyente y de la declaración tácita. No obstante alguna duda, algún estremecimiento problemático, ha tocado nuestra doctrina, si apenas se recuerda que en 1901, en el alba del siglo, Antonio Cicu (un jurista, en el cual el espíritu conservador no era ciertamente inferior a la fineza del análisis) indagando las “autonomías en el derecho privado” y proponiendo la categoría del “negocio automático”, era obligado a medirse con dos hechos: la exposición del aparato y la colocación de la moneda (el denominado *iactus pecuniae*). Y bien, Cicu -aun cuando permite a la extravagancia de configurar tantas ofertas al público como mercaderías expuestas, y de percibir la aceptación en el *iactus pecuniae* capaz de hacer

funcionar el aparato- es impresionado por la ausencia de palabras, y termina por concluir en la **realidad** del contrato. En suma, un contrato de compraventa no consensual, sino real, estipulado con el intercambio entre “objeto expuesto” y “moneda insertada por el usuario”⁽⁸⁾.

La sinceridad científica de Cicu nos ayuda a tomar la **preeminencia de la cosa**, que, expuesta en los grandes centros comerciales y preferida por el consumidor, circula, **como tal y porque tal**, de una a otra parte. El intercambio entre cosa y dinero, la compraventa, resulta medievalmente en *rerum commutatio*, no tiene necesidad ni de palabras, ni de diálogo, ni de acuerdo: sino solamente de aquella exterior congruencia, que está en el explicar las cosas y en el escoger una de ellas. Cuyas decisiones son del todo **unilaterales**, y se encuentran, no ya por la mediación del diálogo, sino por **la incidencia sobre la misma cosa**. La identidad de la cosa, expuesta una y preferida la otra, es la única medida de consonancia entre las partes. El intercambio se desarrolla sin diálogo, es decir, sin la plenitud y la intensidad del acuerdo lingüístico.

Rechazando la mediación de la palabra, y adelantando en el primer plano la figura material de las cosas, el capitalismo consigue resultados altamente **racionales**. Eficiencia y calculabilidad están ínsitas en el gesto repetitivo y mecánico, anónimo e impersonal: ningún derroche de tiempo; ninguna fatiga del decir y del entender. Las relaciones de intercambio, reducidas a la pura esencialidad del gesto, pierden toda característica cualitativa, y son sólo **cuantitativamente medibles**. Número y tiempo se vuelven exclusivos criterios de juicio: como intercambios en las singulares unidades de tiempo. En el concurso de estos elementos, se determina la creación de un **espacio abstracto**: no ya -se piensa- de un territorio o lugar geográfico, sino de una **espacialidad funcional para el intercambio**. Grandes centros comerciales son, no tanto lugares, sino **redes de relaciones**, que, desarrollándose fuera de los territorios geográficos y lingüísticos, se confían a la mecánica repetición de los gestos. Veremos más adelante, la importancia de esta separación del espacio económico del territorio, de los lugares abstractos del mapa geográfico.

8 Intercambios televisivos.

Terminamos así, en las horas crepusculares de una jornada cualquiera, en las pantallas televisivas y

(8) CICU, Antonio. *Gli automi nel diritto privato*. 1901. Ahora en: *Scritti minori*. II. Milano, 1965. Especialmente, p. 315. La lección de Cicu se vuelve a utilizar ahora provechosamente en el libro de GAMBINO, Al. *L'accordo telematico*. Milano, 1997.

telemáticas. Las cuales, también diversas y merecedoras de separada consideración, se encuentran en el **primado de la imagen**. No más las palabras, que, conociendo las cosas, las representan y denotan; y ni aún más (como en los grandes centros comerciales) las cosas en su presente materialidad; pero las imágenes de las cosas, de donde éstas **de lejos se hacen cercanas**. El “tele ver” es, precisamente, un ver de lejos, ya que las imágenes nos ofrecen la figura de objetos ausentes. Función representativa, común también a la palabra, pero cumplida en modo diverso: la palabra, custodiando un saber colectivo, pide ser entendida (sólo entendida como el entender puede traducir un valor fónico o gráfico en un valor visual, una palabra en una imagen); por el contrario la imagen refiere un puro **acto de recepción**, ya que ella es como es, sin alguna mediación de carácter teorético. Leemos en un agudo *pamphlet*, ahora dedicado por Giovanni Sartori al *homo videns*, y resonar distinciones habituales en la ciencia lingüística: “la imagen se ve y basta; y para verla basta la vista, basta no ser ciegos. La imagen no se ve en chino, árabe o inglés. Repito: se ve y basta. Mientras la palabra es parte integrante y constitutiva de un universo simbólico, la imagen no lo es⁽⁹⁾”. La palabra expresa una percepción cognoscitiva de las cosas; la imagen describe la cosa en sí misma.

Las cosas, que las pantallas televisivas nos hacen cercanas, no abren (ni podrían abrir) un diálogo: ellas, haciéndose presentes ante nuestros ojos, esperan solamente ser elegidas. En los grandes almacenes y en los centros comerciales, preferimos **cosas presentes**; en las tele ventas, escogemos **imágenes de cosas ausentes**. Aun una vez, las cosas y el *homo videns*; la exposición y la preferencia, como es obvio, no se expresan en la elección táctil (el tomar la cosa y ponerla sobre el “carrito”), sino en la elección de la imagen. Aun, la desaparición de la palabra y del diálogo; y la reducción del acuerdo a las unilaterales decisiones del exponer y del escoger.

La tecnología de la imagen respalda la relación entre el hombre y las cosas. **Ya no es más el hombre quien va hacia o toma las cosas; sino las cosas**, que, detenidas en imágenes, **van hacia el hombre**. Las cosas (diremos con Jacques Derrida) vienen *chez nous*⁽¹⁰⁾.

Traduciéndose en pura visibilidad, ellas se ofrecen a nuestra elección. Entre la cosa y nosotros no existe un hombre, que la ofrezca y proponga, sino la misma figura visual de la cosa: abstracto término de nuestro rechazo o de nuestra preferencia. El hombre no **pronuncia** más palabras, sino **prefiere** imágenes de cosas.

9 Intercambios telemáticos.

El *homo videns* tiene delante de sí pantallas televisivas y telemáticas, las cuales se encuentran en la propuesta de la imagen. Pero diferentes son las tecnologías de la relación: mientras la imagen televisiva es percibida **del exterior** (de manera que una parte -por ejemplo, el comprador- tiene necesidad de recurrir a otro instrumento de comunicación), la imagen telemática **exige el ingreso en su propio universo**. La “navegación” no es por los mares abiertos de la lengua, dirigidos por vientos y corrientes inesperadas, sino en un mar cerrado, en una “red” de “sitios” ya predispuesta y definida. En este navegar, descubrimos imágenes y palabras, figuras de cosas y textos gráficos. También la imagen televisiva es acompañada por comentarios o explicaciones lingüísticas, pero ellos se colocan, por así decir, **fuera de la imagen**, y apelan al oído, no a la vista. La tecnología televisiva es fundada esencialmente sobre una **audio-visión** (oir-ver). El navegador telemático encuentra, muy cerca a imágenes de cosas, imágenes de palabras, es decir textos gráficos, los cuales requieren una lectura de signos.

Existe -se diría- un **retorno a la palabra**, escrita más que dicha, vista más que oída, la cual no presenta (como sigue sobre las pantallas televisivas) un auxilio externo a la imagen, pero prevalece a veces sobre la imagen o se alza muy cerca a ella con igual dignidad comunicativa. Es la palabra de quien emite y recibe mensajes telemáticos, y por esto se hace “activo” hacia los otros. La **interacción** parece restaurar el diálogo; la suprema tecnología, señalar un retorno al intercambio lingüístico. Por poco que se medite, la lengua telemática nada tiene en común con la lengua del hablar cotidiano: es una lengua no teorética, no portadora de saber histórico, sino **puramente designativa e informativa**. **Lengua de carácter funcional**, que no abre el juego

(9) SARTORI, Giovanni. *Homo videns. Televisione e post-pensiero*. Bari, 1997. p. 13. Configura un diálogo entre usuario y aparato telemático. ROSSI, P. *Quale rivoluzione?* En: AA.VV. *Tecnologia domani*. Bari, 1985. pp. 339 y ss.: “(e)n lugar de una situación de pasividad, del género de aquella impuesta por los medios tradicionales de comunicación (se piensa por ejemplo en la televisión), las tecnologías de la información determinan una situación de pregunta y respuesta, en la cual el sujeto instaura un diálogo con la computadora (ordenador) elaborando los datos que él proporciona”.

(10) DERRIDA-STIEGLER. *Ecografie della televisione*. Traducción italiana de Chiesa. Milano, 1997. pp. 87 y ss. Cfr. HEIDEGGER. *L'abbandono*. Traducción italiana de Fabris. Genova, 1983. p. 32.

de preguntas y respuesta inadecuadas, que no afronta el riesgo de la espontaneidad e individualidad expresiva, pero sirve solamente para pedir y ofrecer informaciones. El interactuar telemático se delinea como un **procedimiento**, que se sirve de la lengua por simples propósitos ostensivos, y que bien podría sustituirla con íconos o signos del todo convencionales. Esto que importa es de encontrarse en los mismos “protocolos de comunicación”, ya no en una comunidad de hablantes determinada en un lugar geográfico y en un tiempo histórico⁽¹¹⁾.

Así sucede, por los intercambios de mercaderías, que una parte **describa bienes e indique** soluciones alternativas (respecto a la modalidad de pago del precio o de consignación de la cosa), y que el usuario “digite” la elección. También aquí, ciertamente, hay decisiones unilaterales de exponer y de preferir; pero no el acuerdo lingüístico, que pone, entre los hombres y las cosas, la mediación del diálogo. La interacción telemática es precisamente un “comportamiento” entre dos, y no un “pensar”: **reciprocidad de un hacer, no de un “logos”**. Un hacer es describir mercaderías e indicar soluciones alternativas; un hacer es “digitar” sobre el teclado el número de cuenta bancaria o de la tarjeta de crédito. La tecnología telemática determina la creación de un universo impalpable, de una **abstracta hiper-realidad**, que, estando sobre las cosas, las vacía de **historicidad y territorialidad**. Basta reflexionar que los “sitios”, aquellos depósitos telemáticos no designan en verdad lugares de la tierra sino puros lugares de la memoria y que la “navegación” se desarrolla en un espacio abstracto, fuera de la historia de los hombres.

Desligándose de la misma imagen de las cosas, y construyendo un **estrato de relaciones sobre la realidad**, la telemática obliga a ambas partes a entrar en un circuito altamente calculable, inmune a las discrepancias que aún acompañan las relaciones televisivas. La inmensa cantidad de informaciones, adquiribles por los usuarios, no restaura como es obvio, la inesperada espontaneidad del diálogo, sino más bien orienta y “estructura” el mismo conocimiento de la parte, que cree pedir lo que desea saber, y que en realidad desea saber lo que otros ya han decidido responderle. El “programa” es precisamente, un “escribir antes”, donde el autor define y encierra el hablar de los sujetos. El consentimiento sobre la adopción del programa tiene

el lugar del consentimiento, que nacía del diálogo lingüístico.

10 Pérdida de territorialidad e historicidad.

Los fenómenos, observados y descritos en estas páginas, revelan un lúcido itinerario: de la palabra a la imagen, del diálogo al silencio. Los contratos, concluidos mediante módulos y formularios, señalan el límite extremo de la palabra: después, el acuerdo se rompe en la solitaria unilateralidad de dos decisiones. El hombre, que deja la palabra, pierde y olvida con ella la propia **identidad histórica**. Imágenes y designaciones de cosas no tienen historia; no alcanzan a un saber colectivo, que se trasmite de siglo en siglo, pero se resuelven en inmediata y concreta particularidad. La técnica de la lengua, precisamente por la intrínseca historicidad, por su comprender y custodiar las experiencias expresivas de innumerables generaciones, hunde las raíces en los lugares y en los pueblos. Toda lengua evoca un **territorio** y una **comunidad de hablantes**. Las tele-tecnologías no tienen un territorio, sino un **espacio**; no una comunidad, sino una anónima **masa de usuarios**. Las imágenes se ofrecen fuera de los lugares, y representan las cosas -es decir, las mercaderías- en un **“donde” espacial**, en una abstracta red de intercambios, que, liberándose de las lenguas históricas y de las individualidades geográficas, se resuelve en un puro cálculo de cantidad y de precios. El mapa global de los mercados sustituye el mapa de los lugares.

Verdaderamente cruel el destino del capitalismo, que, empujado por el ansia del racional cálculo, **destruye sus mismos orígenes**: el sentimiento vigoroso del individuo, el orgullo de la noble e irrepetible singularidad. El individualismo, que también promueve el nacimiento y acompañó el desarrollo, no sirve ni llega a ser útil a la economía de los aparatos tecnológicos: él suscita discrepancias y resquebrajaduras, determina derroches e ineficiencias. La “inexorable lógica de la entidad abstracta ‘capitalismo’ -escribía Ernst Troeltsch al abrirse nuestro siglo⁽¹²⁾- extiende por todas partes su impersonalidad y como personalidad deja sobrevivir solamente a los audaces conductores del capitalismo”. Y ese **capitalismo despersonalizante** no tiene necesidad de las lenguas históricas, de los hombres que

(11) Ver especialmente HEIDEGGER. Op. cit.: p. 51: “el único carácter del lenguaje, que permanece en la información, es la forma abstracta de la escritura, la cual es circunscrita a las fórmulas de un cálculo lógico”.

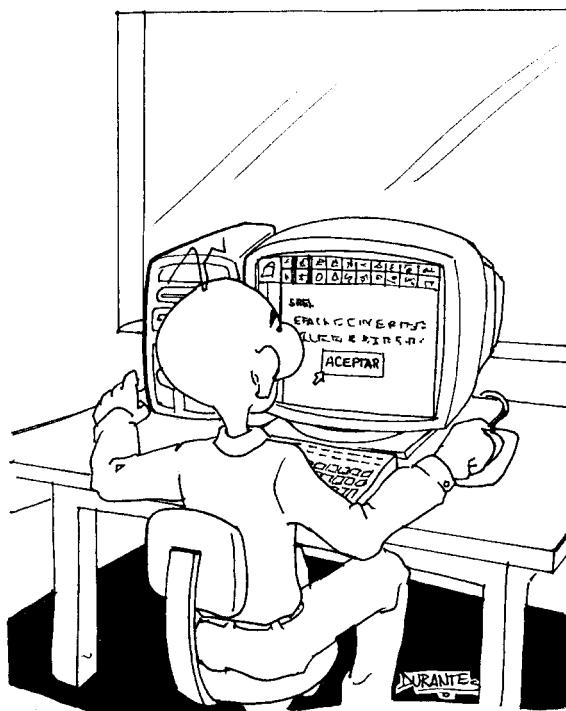
(12) TROELTSCH, Ernst. *L'essenza dello spirito moderno*. 1907. Ahora en *L'essenza del mondo moderno*. Traducción italiana de Cantillo. Napoli, 1977. p. 141.

hablan, de los acuerdos que nacen del diálogo: exige una **abstracta pureza del intercambio**, confiada a signos de absoluta y unívoca objetividad. La oferta y la elección de la cosa, o de la imagen de la cosa, constituyen, al menos hasta hoy, la técnica más pura y funcional de los intercambios.

11 Intercambios sin acuerdo.

La libertad de iniciativa económica, a la cual se reconducen y se arriman las diversas técnicas del intercambio, ahora se **disocia del acuerdo**. No existe algún nexo, ni lógico ni jurídico, entre garantía constitucional del artículo 41 y disciplina del acuerdo, como es dictada en los artículos 1326 y siguientes del Código Civil. No existe algún nexo entre tutela de los intercambios económicos y diálogo lingüístico. Esta no es sede para propuestas teóricas: me limitaré a señalar que la decadencia del acuerdo -derivado de la crisis de la palabra y del diálogo- disuelve el contrato en la **combinación de dos actos unilaterales**: actos lícitos, de exponer y de preferir, requiriendo sólo la referencia a un autor y la natural capacidad de entender y de querer. Las partes del intercambio asumen decisiones, que **nacen y quedan separadas**: ellas no se fundan ni se dispersan en la síntesis del acuerdo. El acto de exponer y el acto de preferir, niegan la mediación dialógica de la palabra, no salen de la originaria unilateralidad. Pero permanecen precisamente mediante el hecho de exponer cosas o imágenes de cosas; y el hecho de elegir una o la otra cosa o imagen de cosa. Los dos actos unilaterales se hallan en la **identidad de la mercancía**: es verdaderamente ésta, que combina los dos actos y que hace una decisión de intercambio. Porque las partes no hablan de la cosa, es decir no la trascienden en el contenido teórico de la lengua, ellas apuntan y agotan sus actos en función de la cosa. La exponen y la eligen.

Si se me permitiese recurrir a la eficacia de figuras geométricas, diría que, mientras el acuerdo se asemeja a un triángulo isósceles, cuya base está constituida por el acuerdo lingüístico y el vértice de la cosa, conocida y hablada por las partes; la relación adialógica se asemeja a dos segmentos, los cuales, desplegándose cada uno por una parte hasta la cosa, en esta se encuentran. La decisión de exponer va del sujeto a la cosa; la decisión de preferir va del sujeto a la cosa: la cosa, siendo el punto donde los dos actos se encuentran demuestra la idéntica funcionalidad y determina la unitaria consideración del Derecho. Poco importa en esta sede de atribuir un nombre al fenómeno, y de discurrir del **contrato sin acuerdo**, o de semejantes



designaciones; ya que **el problema está en la separación del intercambio del acuerdo**, y en el reducirlo a una **dualidad de actos lícitos** (que podremos definir como **actos binarios**), dirigidos inmediatamente a la particularidad de las cosas. En el ejercicio de la capacidad de entender y de querer, que sostiene los particulares actos unilaterales, hay -y ninguno piensa negarlo- ejercicio de la libertad, pero, precisamente dirigida a la cosa: un **propósito real**, propósito orientado y consumado a través de la *res* en su ser físico o en su imagen.

El análisis descriptivo ha demostrado que los intercambios de masa se desarrollan sin acuerdos (ya que acuerdo, en el diseño mismo del legislador, es conformidad alcanzada mediante la palabra y el diálogo), y que las partes dirigen sus decisiones sobre la mercadería, y en la mercadería se encuentran. La supervivencia del término "contrato" descende del vínculo con el acuerdo, y del unirse o desunirse por él: si el contrato también designa el "negocio" del intercambio, y también el simple confluir de unilaterales decisiones, ahora nada prohíbe u obstaculiza el uso. Anulada la relación con el acuerdo, podrá bien denotar **también** los intercambios de masa. Replicada, por el contrario -y creemos sin razón- la necesidad del requisito

del acuerdo, la combinación de los dos actos lícitos invocará un diverso nombre⁽¹³⁾. En este punto me apena no tener alguna competencia en los estudios de derecho romano, y deberme restringir sólo al recuerdo de una orientación de pensamiento -confiado a los grandes nombres de Perozzi, de Bonfante y de mi venerado maestro Emilio Betti- que, desuniendo en la génesis histórica *contractus* y *consensus*, descubre en el primero un simple “negocio” (el término es de Perozzi) o un simple vínculo jurídico. “*Contractus* y *conventio* -reasmía, con la habitual incisividad, Bonfante⁽¹⁴⁾- son, por decir así, círculos intersecantes, no ya inscrito el

primero y cerrado en el segundo”. Por consiguiente, aquel *contrahere sin consentire*, que está en el centro de nuestra meditación, y en torno a la cual esperamos también el auxilio de los estudiosos del derecho romano⁽¹⁵⁾.

12 La disciplina del mercado: reenvío.

La protección jurídica se vuelve, por eso, del interior al exterior, de los requisitos del acuerdo a la **calidad de la cosa** y al conocimiento informativo de la elección. La protección, ya que los actos son repetibles en serie y

- (13) ¿Es quizás tiempo de restituir dignidad constructiva a las *variae causarum figurae*, que el artículo 1173 acoge junto al contrato y al hecho ilícito? Ver: RESCIGNO. *Introduzione al codice civile*. 2. Bari, 1992. pp. 161 y ss. También debemos ver SCIALOJA. *In difesa di termini giuridici fuori d'uso*. En: *Studi giuridici*. IV. 2. S.a.i., 1930. pp. 241 y ss. (en pp. 243-245, la defensa del término cuasi-contrato).
- (14) BONFANTE, *Il contratto e la causa del contratto*. 1908. En: *Scritti giuridici varii*. III. Rest. Torino, 1926. p. 128, nota 2; cfr. ID. *Corso di diritto romano*. IV. *Le obbligazioni*. Rest. Milano, 1979. pp. 249 y ss. Para agregar BETTI. *Istituzioni di diritto romano*. II, I. Padova, 1960. p. 68: “puede existir, por consiguiente, *contractus* sin acuerdo y, viceversa, acuerdo sin *contractus*: el momento esencial del *contractus* no es dado por la estructura bilateral y consensual del acto, sino por su idoneidad para enlazar en un vínculo la persona **en confrontación a otros**, de su esencial referencia a otro sujeto (relatividad en este sentido)”. Cfr. BETTI. *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*. 1919. Rest., Milano, 1955. pp. 117 y ss.

- (15) Los artículos 1321 y 1325 del Código Civil -uno sistematizando el contrato como *species* al interior de la categoría del “acuerdo”; catalogando, el otro, el “acuerdo de las partes” entre los requisitos del contrato- parecen excluir contratos sin acuerdo. Pero es también verdad que el mismo Código Civil, después de haber diseñado el acuerdo de las partes como conformidad de declaraciones, y el “contraer” como resultado de un “contratar”, inserta bajo la misma rúbrica las normas relativas a las condiciones generales de contrato y al uso de módulos y formularios. El contrato muestra así desunirse del acuerdo: el “sacrificio” de la “libertad de tratativa” es explícitamente expresado en el No. 612 de la *Relazione*. El acuerdo, vaciado de la libertad de tratativa, no es concebible si no reduciéndolo a la **elemental libertad de no cumplir el acto** y de no asumir los efectos en la propia esfera jurídica. Que es un **redefinir** la palabra “acuerdo”, de manera que ella incluya **también** los actos no realizados en libertad de tratativa.

La honesta construcción sugiere no alterar el significado de las palabras, y de ponerse sinceramente delante de la elección: o de colocar los fenómenos, desprovistos de acuerdo, **fuera** de la categoría del contrato; o de separar el contrato del acuerdo, de manera que él esté en grado de acoger **también** los actos unilaterales, convergentes sobre la cosa idéntica. Esta última solución no subvertiría el léxico jurídico, y restituiría la palabra “contrato” a la antigua acepción de “negocio”, o simple fuente de vínculo jurídico. Firmes los requisitos del objeto y de la causa (y, eventualmente de la forma), el contrato podría **resultar** o del acuerdo de las partes o de la combinación de actos unilaterales, los cuales **no son destinados a declarar algo**, sino sólo exponer o preferir mercancías. En el incidir sobre la idéntica mercancía -es decir, **sobre un bien vasto en la circulación mediante intercambio**-, los dos actos, ya no concuerdan, pero sobretodo hallan un común punto de referencia. Las cosas expuestas en los grandes centros comerciales, no desean declarar algo, sino esperan solamente ser elegidas. La colocación -diría la inscripción- en un mercado, o sea en un **espacio funcional para los intercambios**, sirve para distinguir las cosas expuestas por todas las otras, y elegirle por términos de intercambio.

El intercambio -o, si se quiere, el contrato de intercambio- aquí no resulta de un acuerdo, es decir de la congruencia de declaraciones referidas la una a la otra parte, sino de **actos dirigidos a la cosa e inscritos en un “sistema” de mercado**. La “significatividad” de aquellos actos no reside en el saber hacer algo a otros, sino en el exponer y en la elección de una cosa, o, más precisamente, un bien de un cierto mercado. Ellos “significan” en razón de la **posición**, que algún sujeto ocupa en el mercado: de vendedor o de comprador.

Tal posición corresponde también a una **función propia de las particulares tecnologías** (por ejemplo, de “sitio” o de usuario telemático; de receptor o transmisor de imágenes televisivas, etcétera). He aquí por qué los mercados toman nombres de las tecnologías, distinguiéndose en televisivo, telemático y análogos. Existe una compenetración del mercado y de la tecnología, de manera que los sujetos de uno, que son también sujetos de la otra, de esta adoptan las reglas internas de su funcionamiento. El mercado, diseñado en el Código Civil, es un mercado lingüístico -donde como se advirtió antes, el intercambio de valores económicos es, del mismo modo, intercambio de valores lingüísticos- y, por eso, los sujetos, para **representar** las cosas, no pueden no usar palabras. En los grandes centros comerciales y en las tele-tecnologías, ya que las cosas se hacen *presentes*, los “actos” de exponer y de preferir quedan unilaterales, y determinan ellos, sin recurso a alguna ficción, los efectos propios de los contratos consensuales.

La disciplina del consentimiento no tiene más aplicación, mientras queda efectiva la disciplina de los actos unilaterales, como actos imputables a la conocedora voluntad de los sujetos (*ex* artículo 2046 del Código Civil). La disciplina de los contratos típicos será aplicable -según la elección, antes enunciada, de soluciones constructivas- en línea directa, donde también se considere contrato sin acuerdo; **en línea analógica**, donde los fenómenos en examen sean colocados fuera del contrato.

El problema no es de *nomen juris*, sino de sustancia. La descripción socio-tecnológica, convirtiéndose en explicación jurídica, lleva inalteradas las propias esenciales características. Así, para traer un ejemplo, ya que ninguno impugnaría de invalidez el intercambio telemático realizado por un menor de edad, este dato **exige** una explicación jurídica, que no se esconda detrás de ficciones y rígidos conceptos.

concluidos por masas de sujetos, asumen las características de **disciplina del mercado**, o, mejor de los mercados de particulares bienes. Aquello que la parte pierde en tutela del consentimiento (o sea, del acuerdo nacido del diálogo lingüístico), gana en tutela general del mercado, que el legislador provee con normas imperativas o con la vigilancia de “autoridad” de los diversos sectores económicos. La disciplina de la concurrencia y de la publicidad, el control administrativo de dichas categorías de intercambios, y otras y varias medidas protegen la libertad de elección: la cual es conocedora de preferencia entre cosas, ofrecidas por una pluralidad de productores. Donde la relevancia de los problemas de información y de transparencia, es decir de un **conocer y ver**, de los cuales puedan generarse libres actos de rechazo o de elección. En breve, la autonomía privada halla disciplina y protección en el **orden jurídico del mercado**⁽¹⁶⁾.

13 El hombre fraccionado. Las dos historias del contrato.

La jornada de un hombre cualquiera ha aparecido dividida en dos mitades: una dominada por la palabra y por el diálogo; otra, por la imagen y por el silencio. Esta división no es solamente en las horas de una jornada, sino, más profundamente, en nosotros y en el mundo en torno a nosotros. La antigua “rivalidad entre los dos sentidos” (así, la denomina un filósofo alemán), el conflicto entre escuchar y ver, incumbe sobre nuestra vida. Están entre nosotros, recogidos en la simple continuidad del tiempo, el *homo loquens* y el *homo videns*; el hombre que habla y el hombre que ve; el hombre que enlaza acuerdos y el hombre que elige cosas. Cuando hablamos, usando los sonidos de la lengua, nos sentamos en un ángulo de la tierra y en el umbral de

una historia; cuando vemos las imágenes televisivas y telemáticas, “navegamos”, precisamente, en un espacio abstracto, en la que no existe otra duración que la fase perceptiva de la imagen. No se trata (como algunos les gusta creer con ingenuidad consoladora) de técnicas diversas del expresar humano, sino de una radical oposición. Las técnicas o tecnologías no son siervos obedientes sino patrones despóticos: transcurrir de la palabra dialógica al formulario, y de éste a la cosa y a la imagen de la cosa, significa entrar en la lógica propia de un sistema, que, en cualquier modo, **piensa por nosotros**; y orienta y conforma nuestras relaciones. La historia del contrato no puede separarse de la **historia de las tecnologías**, mediante las cuales se determinan las relaciones de intercambio.

En uno de los espléndidos “*régards sur le monde actuel*”, Paul Valéry, que tiene agudo el sentimiento de la palabra, escribe así (estamos a mitad de los años cuarenta): “sin lenguaje no existe mercado, no existen intercambios: el instrumento antes de todo tráfico es el lenguaje; se puede repetir aquí (confiriendo a la frase un significado adecuadamente modificado) el famoso: ‘En principio era el Verbo’. Ha sido indispensable que el Verbo precediese el acto verdadero y propio del intercambio⁽¹⁷⁾”. Pero nuestro “*régard*” sobre el mundo actual -el cuidado, con el cual observamos a los otros y escudriñamos dentro de nosotros- nos ha mostrado que el destino del lenguaje se extingue con los intercambios individuales y con el acuerdo dialógico; y que, donde la palabra se extingue y el hombre calla, los intercambios se multiplican sin fin, y conquistan un supremo grado de racional cálculo. Deberemos quizás corregir: “(e)n principio era la imagen⁽¹⁸⁾”. El verbo ha dejado al silencio de las imágenes el mundo de los intercambios. El contrato tiene ya dos historias: una fundada sobre la palabra; otra, sobre la imagen. ☩

(16) Me gusta citar, también en este lugar, la incisiva fórmula de MENGONI acerca de la autonomía privada como “variable dependiente de garantías públicas”: *Proprietà e libertà*. En: *La costituzione economica*. Milano, 1990. p. 20. Sobre los problemas aludidos en el texto, IRTI, Natalino. *L'ordine giuridico del mercato*. Bari, 1998.

(17) VALÉRY, Paul. *Sguardi sul mondo attuale*. Traducción italiana de Paffaro. Milano, 1994. p. 213.

(18) Cfr. SARTORI, Giovanni. Op. cit.; p. 15.