

Es verdad, pero...

Réplica a Giorgio Oppo (*)

Natalino Irti
Abogado.

1. Giorgio Oppo ha dedicado animosas y vivaces páginas a *Scambi senza accordo*⁽¹⁾. El problema se beneficiará en claridad y firmeza de posiciones.

La crítica se origina por una idea de fondo, que llamaría emocional-ideológica, ya declarada en el título del ensayo *Disumanizzazione del contratto?* (el cual parece compeler al lector en la alternativa entre la humanidad de Oppo y la deshumanidad de Irti). Mejor él se expresa en estas palabras: “(...) lo que existe de verdad no merece simple testimonio y menos una supina aceptación sino una reacción en defensa de aquel que avanza del ‘sentimiento vigoroso del individuo’ y de su ‘identidad histórica’ contra el ‘capitalismo despersonalizante’”. Aquí está la raíz de una diversidad de aspectos, en el que ni siquiera métodos de estudio y soluciones técnicas pueden sustraerse. Aquí está el real y profundo tema de disentimiento.

A Oppo le parece que el jurista está obligado, no sólo a ser testigo de las cosas, sino también a rebelarse contra ellas y a actuar para la defensa de los “valores humanos”. Me parece -especialmente en edad de transición, en el que la historia busca dolorosamente la propia vía- que el jurista está llamado a **describir los fenómenos**, cuándo suceden y cómo suceden, descubriéndole la íntima lógica y las potencias dominantes.

Aquellos “convencimientos” de Oppo son proposiciones descriptivas del moderno capitalismo, los cuales cumplen el rol de simples **espectadores**, y están (o, mejor, se esfuerzan en quedarse) distantes de tomas de posición y de elecciones de “valores”. La defensa de la libertad individual y de la identidad histórica no pasa

a través de las páginas de los juristas, sino a través del compromiso político y la participación de los ciudadanos. La potencia del capitalismo no se cura verdaderamente por nuestra disputa.

2. En *Scambi senza accordo* es desarrollada esta tesis: el acuerdo es el resultado de un diálogo lingüístico. El capitalismo no puede tolerar la cambiante y ambigua subjetividad del diálogo, y por tanto, punto por punto, simplifica y reduce el empobrecimiento del carácter personal de la relación. La renuncia de la palabra dialogante se atribuye a la pura objetividad de cosas, imágenes, gestos anónimos y sus correspondientes. Finalmente, el jurista, cuando ya ha descrito el suceso de las cosas y así acaba la tarea fenomenológica, se interroga acerca de la sobrevivencia del contrato, y sugiere la alternativa o de concebir contratos sin acuerdos o de resolverlos en combinaciones de actos unilaterales.

Oppo, en el diseño de salvar el acuerdo y de no encontrarse ante la desnuda unilateralidad de dos actos, **desliga el acuerdo del diálogo**. Reconoce en el juego de oferta y contraoferta (artículo 1326 del Código Civil italiano, primer párrafo) uno de los múltiples mecanismos, donde puede alcanzarse el acuerdo. Exalta, por el contrario, las hipótesis de los artículos 1327 y 1337⁽²⁾ del Código Civil italiano, donde, a su entender, existe acuerdo y no existe diálogo. “El artículo 1321 del Código Civil italiano -concluye nuestra crítica- no requiere tratativa, diálogo, y ni siquiera expresión lingüística, más o menos dominante o dominable”.

(*) El presente artículo es traducido, con autorización del autor, por Nélvor Carreteros Torres y Rómulo Morales Hervias. IRTI, Natalino. *È vero, ma ... (Replica a Giorgio Oppo)*. En: *Rivista di Diritto Civile*. Año XLV. No 2. Padova: CEDAM-Casa Editrice Dott, Antonio Milani, 1999. pp. 273-278.

(1) IRTI, Natalino. *Scambi senza accordo*. En: *Rivista trim.* 1998. p. 347 y ss. Las páginas de Oppo han aparecido en esta revista. 1998. 1. pp. 525 y ss.

(2) Artículo 1337 del Código Civil italiano:
“Tratativas y responsabilidad precontractual:

En el desenvolvimiento de las tratativas y en la formación del contrato, las partes deben comportarse según la buena fe”.

Dejemos de lado (diré con un uso estilístico, que parece bastante deseado por Oppo) los problemas de la teoría del lenguaje, no tocados ligeramente o rozados. Y dejemos de lado la indiferencia para la decisiva relación entre contrato y técnicas de la comunicación. El punto es que Oppo, al perseguir con plena sinceridad un diseño científico, asume una **definición de acuerdo**, la cual, no incluye en sí el contenido del diálogo lingüístico, extingue el debate en el acto mismo en el que parecería abrirlo. Si afrontamos dos definiciones de acuerdo -cada una de las cuales tiene por su lado algún sustento legislativo-: la definición de Oppo, fundada sobre el encuentro de voluntades, me parece la definición más persuasiva, que reposa sobre la unidad del lenguaje y sobre la palabra dialogante. “Voluntades” y “diálogo” se contraponen, como criterios de explicación de los fenómenos que suceden en nuestro entorno. Mientras uno de nosotros descubre al contratar por módulos o formularios, en los intercambios televisivos y telemáticos, siempre las voluntades de las partes (que eligen vender y comprar) renuncian al diálogo y se da la primacía objetiva de las cosas. Y, mientras uno razona según el contrato, el otro confía en las unilaterales actitudes de ofrecer y de escoger. En esta antítesis, también hay algún beneficio para nuestra disputa.

La disputa en torno a “voluntades” y “diálogo” también revela una diversa concepción de las relaciones económico-privadas. El diálogo no excluye las voluntades (él no existiría, si las partes no lo deseasen), pero completa la relación -de las primeras tratativas hasta el acuerdo- de **contenido lingüístico**. La espontaneidad de preguntar y de responder, y de proponer y de rechazar, sirven a la tutela de los intereses en juego. El **diálogo protege los intereses de ambas partes**. Es propiamente, si así puede decirse, la forma más inmediata y eficaz de autotutela. El acuerdo y, por consiguiente, la medida de derechos y de obligaciones a favor o a cargo de las partes, cuando provengan del diálogo, son verdaderamente ejercicio de autonomía. La renuncia del diálogo es renuncia de libertad. Los beneficios de la pura objetividad, que serían comprometidos o amenazados por el uso de la palabra, exigen el costo de la autonomía. En este punto, cuando por grados siempre más intensos e implacables (de contratar por módulos o formularios hasta los intercambios telemáticos y televisivos) el diálogo o se menoscaba por simple necesidad informativa o desaparece. **Por tanto, las partes (o una de ellas) son excluidas de la conformación de la relación, y por eso no veo la utilidad de hablar todavía de “acuerdo”.**

Antes, veo y temo la ambigüedad, como siempre de usar el mismo nombre para una cosa diferente.

Y aquí en cambio Oppo distingue, sea como fuere y por todas partes, encuentros de querer, concordancia de intenciones individuales. La renuncia del diálogo no tocaría el acuerdo de las voluntades. Pero voluntades que son reducidas al elemental poder de actuar, incapaces ya de conformar el contenido de la relación privada. Es verdaderamente extraño que sea considerado iliberal y “deshumano” aquel que observa y describe la decadencia de la palabra dialogante (del *homo loquens*), y que la sola voluntad de cumplir o no cumplir un determinado acto sea elevada a medida de autonomía y de libertad. La **separación entre acuerdo y diálogo**, que es el motivo dominante y el criterio metódico de las “páginas oppianas”, no logra salvar el acuerdo como señal de autonomía, sino sólo a **conservar una palabra**, precisamente “acuerdo”, ya vaciada de aquel “**ponerse de acuerdo**”, que es el resultado del recíproco hablar y entenderse. Por paradójico que parezca, aquella defensa del acuerdo corre el riesgo de producir (no ciertamente en la intención de Oppo) una inesperada contribución a la lógica del capitalismo, el cual podrá siempre disimular, **bajo el acuerdo de los deseos**, los intercambios anónimos y los respectivos de los mercados.

3. Las notas, desarrolladas por Oppo con respecto a la tipología de los intercambios, derivan todas, o casi todas, del contraste antes enunciado. Y por esta razón la réplica puede hacerse rápida y ligera.

El hecho de contratar por módulos o formularios, donde yo había reconocido el inicio de la renuncia (la adhesión excluiría, de por sí, el juego de la contraoferta,

La ausencia de la palabra dialogante encierra a los particulares en la silenciosa objetividad de los comportamientos. Colocándonos al exterior del fenómeno, ¿dónde distinguir las voluntades de vender y de comprar? y ¿no es adecuado distinguir el “encuentro” de las dos decisiones en la unidad material de la cosa?

y por tanto la inesperada espontaneidad del diálogo), es reconducido por Oppo al encuentro de voluntades. Acuerdo de las voluntades, es decir, la voluntad de quien predispone el texto y la voluntad de quien es llamado a escoger entre el sí y el no.

También por lo que toca a los intercambios en los grandes almacenes y en los centros comerciales, Oppo refiere a la voluntad de vender y a la voluntad de comprar (el autor de *Scambi senza accordo* allí percibe, en cambio, la esencial primacía de la cosa y la objetiva unilateralidad del exponer y del preferir). Aquí Oppo recuerda, por singular afinidad de temas, una disputa con Emilio Betti: a Oppo, que había observado⁽³⁾ que no existe la “antítesis entre voluntad y autorreglamento, entre querer y regular”, ya que “el regular incluye por necesidad el querer y, por consiguiente, la declaración preceptiva de la declaración de voluntad”. Por el contrario, el venerado maestro Betti⁽⁴⁾ se opone al cómodo “argumento de negar el problema al considerar ‘incluido’ o ‘tácitamente comprendido’ un esquema conceptual claro del fenómeno que se trata de explicar, o implícitamente resuelto con la simple mención del problema”. Atribuyendo la aspereza de la réplica a cierta intelectual pasión de Betti, permanece aún la voluntad, utilizada para explicar cualquier evento de la historia humana (la cual siempre proviene de la voluntad de los particulares), termina por no explicar algo. Ciertamente, no se niega que el cliente anónimo **desea** escoger ésta o aquella mercadería, y **desea** pagar el precio. Pero el problema se encuentra en otro lugar. Esto es, en establecer si tal voluntad tenga **relevancia externa y eficacia conformadora de la relación**. La afirmación de la voluntariedad de aquellos actos nada dice acerca del real desenvolvimiento del intercambio. Y **nada puede decir**, ya que el querer allí se reduce a la simple libertad de cumplir determinados gestos. La ausencia de la palabra dialogante encierra a los particulares en la silenciosa objetividad de los comportamientos. Colocándonos al exterior del fenómeno, ¿dónde distinguir las voluntades de vender y de comprar? y ¿no es adecuado distinguir el “encuentro” de las dos decisiones en la unidad material de la cosa?

Pero -insiste Oppo- la “preferencia” del comprador se distingue de la “preferencia” del ladrón, precisamente

porque la primera es sostenida por la voluntad de pagar el precio y la segunda por la voluntad de no pagarlo. A lo que puede bien responderse que así la voluntad de comprar y de pagar el precio como la voluntad de robar y de no pagar el precio **no son reveladas por el comportamiento electivo del sujeto** (el cual elige, en un caso y en otro, la mercadería expuesta), sino solamente del **ulterior comportamiento** de pagar o no pagar el precio. Por lo tanto, el extrínseco y complejo actuar individualizan al ladrón y al comprador, no la íntima voluntad. Si el hecho (del preferir) toma significado solamente por otro hecho (el pagar o no pagar el precio), esto demuestra que el primer hecho no está en grado, de por sí, de revelar alguna voluntad: ni aquella del ladrón ni aquella del comprador.

4. Sobre los intercambios, telemáticos, Oppo otra vez hace referencia a la “expresión de deseos concordantes”. Y nada por tanto releva que el diálogo se reduzca solamente a “informar”. El contenido de informar es decidido no por el autor, sino por el destinatario de las preguntas.

A Oppo ni siquiera le agrada que el contrato, en ausencia de negociar mediante el diálogo, está en la **combinación de dos actos unilaterales**. Y dice para objetar: “(p)ero, ¿qué cosa es el contrato-acuerdo si no la combinación de dos decisiones, por sí unilaterales?”. Si ellas “se combinan” o “confluyen”, ¿cómo se puede decir que quedan separadas? Es verdaderamente significativo que Oppo deje en la mitad la fórmula de las “voluntades” (las cuales también ha utilizado en el análisis de los diversos tipos de intercambios), y adopte la fórmula de la “decisión”, la cual no es la voluntad, sino el acto exterior del elegir. La objetividad de la descripción fenomenológica parece casi tentarlo y comprometerlo.

El acuerdo es una especie, y no la única y exclusiva forma, de las combinaciones jurídicas (en este sentido también piensa un autor, hacia el cual Oppo y yo, profesamos el más profundo respeto: Francesco Carnelutti⁽⁵⁾). El acuerdo resulta de la combinación de actos declarativos (y, por lo tanto, lingüísticos y dialógicos: regreso así al artículo 1326 del Código Civil Italiano⁽⁶⁾); las decisiones unilaterales de las partes, que

(3) OPPO, Giorgio. *Adempimento e liberalità*. Padova, 1947. p. 380.

(4) BETTI, Emilio. *Teoria generale del negozio giuridico*. 2da edición. Torino, 1955. p. 54, nota 7; ya en: *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*. Milano, 1949. pp. 291-292, nota 54.

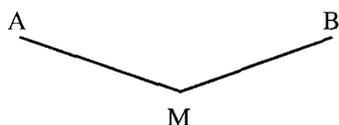
(5) CARNELUTTI, Francesco. *Sistema del diritto processuale civile*. Tomo II. Padova, pp. 92 y ss.

(6) Artículo 1326 del Código Civil italiano:

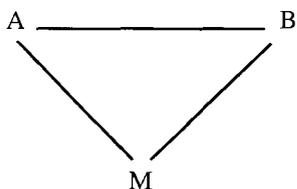
“Celebración del contrato:

El contrato queda celebrado en el momento en que el oferente tiene conocimiento de la aceptación de la otra parte.

realizan intercambios a-dialógicos, se encuentran, o combinan, o confluyen en otro: que es la mercadería o la imagen de la mercadería. He aquí por qué proponía, y continúo proponiendo, representar a modo de dos segmentos, los cuales descieran de los sujetos hacia el idéntico punto, y no como lados de un triángulo. Así, pues:



(donde A y B son las partes del intercambio, y M la mercadería); y no así:



(donde A y B, hablando de la mercadería y tomándola por objeto de su diálogo, se expresan **una hacia otra**). En la primera figura, las decisiones de las partes son la decisión de exponer y la decisión de preferir la mercadería; en la segunda, las decisiones involucran la oferta y la aceptación (artículo 1326 del Código Civil italiano), que asumen la mercadería como objeto de la relación dialógica. Oppo -dirá- no niega las dos diferentes, pero observa también en la primera un encuentro de voluntades, y por lo tanto un acuerdo.

5. El penúltimo párrafo del ensayo oppiano -que me parece, de todo el escrito, el más fructuoso y productivo- establece concretos **problemas de disciplina**, así para la hipótesis de combinación de actos unilaterales como para la hipótesis de sobrevivencia del acuerdo. La carga de responder las preguntas, suscitadas por la primera hipótesis, aquí no puede satisfacerse. Me limito a repetir que, volviendo a entrar en las decisiones

de exponer y de elegir en la categoría de los **actos unilaterales lícitos**, la capacidad será disciplinada con el reenvío al artículo 2046 del Código Civil italiano⁽⁷⁾; y las disciplinas de los contratos típicos serán extendidas a los “intercambios sin acuerdo” en las medidas y en los grados de la analogía. (Esto -me urge agregar- siempre que el problema por mí puesto, se libere en el sentido de la combinación de actos unilaterales, y no en aquél de un *contrahere*, el cual pueda **resultar** o de un acuerdo o de una diferente técnica de encuentro de las dos decisiones. ¿Por qué verdaderamente las decisiones se encuentran solamente en el acuerdo, y si el contrato está indisolublemente ligado a este último?).

6. El último párrafo del ensayo, reconduciéndose a la tonalidad del inicio, celebra la “libertad de ambas partes de cumplir el acto para realizar un propio interés” (repliego de pasada que el “dirigismo totalitario” ha sido por mí reconocido, no en todo el artículo 41 de la



La aceptación debe llegar al oferente dentro del plazo por él establecido o dentro del plazo ordinariamente necesario según la naturaleza de la operación, o según los usos.

El oferente puede considerar eficaz la aceptación tardía, siempre que dé inmediato aviso a la otra parte.

Cuando el oferente requiere una forma determinada para la aceptación, ésta no tiene efecto si es realizada de una forma diversa.

Una aceptación no conforme a la oferta equivale a una nueva oferta”.

(7) Norma que parece “más bien remoto” a Oppo, y parecía más bien cercano a SANTORO-PASSARELLI. *Dottrine generali del diritto civile*. 7ma. edición. Napoli, 1962. p. 110.

Constitución italiana, sino en el párrafo tercero del artículo 41 de la Constitución italiana). Esa libertad no es ni defendida ni amenazada por las posiciones doctrinarias, asumidas por Oppo y por mí. Ella está, por así decir, **fuera de nosotros**, tutelada o vulnerada por los equilibrios de la economía y de la lógica del capitalismo. Es necesario cuidarse de no **confundir la descripción de las cosas con las cosas mismas**, y hacerse ilusiones que, combatiendo la descripción, se logre cambiar o corregir la efectividad del mundo. Puede ser que, encontrándonos Oppo y yo unidos en la explicación teórica, y reconociendo por todas partes la naturaleza del acuerdo, ¿cuáles son y cómo son las cosas? ¿Las cosas saldrían modificadas? Quizás ¿la defensa de la palabra “acuerdo” -redefinida, y sin contenido dialógico- serviría para proteger la libertad de los particulares?

Mi interlocutor cierra las páginas críticas con las solemnes palabras de Alberto Trabucchi (y el lector puede bien imaginar cómo mi ánimo es tomado en la conjunta sugestión de Trabucchi y de Oppo) cuyas

palabras podrían bien suscribir, concedora todavía que la libertad de los particulares y la autonomía de los privados, esto es los “valores” del Derecho Civil, no se defienden ni recusando el acontecer de las cosas (cuyo acaecer es precisamente entendido en su intrínseca lógica), ni dirigiendo los esquemas de nuestra doctrina a la explicación de fenómenos nuevos y subversivos. Pero se defienden -deseo repetir- merced al compromiso político **sobre las cosas** (por ejemplo, intensificando modos y grados de participación democrática), o merced a la tutela de ellos en ámbitos más limitados, pero más preciosos y existenciales (así, en la vida asociativa, en la defensa de la privacidad, en las relaciones de la convivencia personal).

El “pero”, que Giorgio Oppo hace seguir, “es verdad” para la descripción fenomenológica, no pertenece a las disputas jurídicas: su contenido adversativo debe manifestarse sobre el propio terreno de los conflictos ideales y políticos. Y sobre este terreno podré encontrarme, con antigua y devota amistad, cerca a él.⁴⁵