

# Acerca de las promesas (el ser que puede prometer)

---

Por Luis Aníbal Maggio<sup>419</sup>

## Resumen

“El hombre es el ser que puede prometer”, dijo Nicolai Hartmann. En su *Tratado sobre la naturaleza humana*, David Hume (1711-1776) ofrece atractivas ideas sobre las “promesas”, entre ellas su analogía con la “transubstanciación” de la misa y las “Órdenes sagradas”, así como las confusiones en que se incurre por el mal uso del lenguaje. Desde ese mirador, se analiza el texto de D. I. III, 1 (*Lex communis reipublicae sponsio*) y la “*sponsio*” como rito verbal simétrico para contraer obligaciones. El uso “sacramental” del lenguaje con su vis poiética parecería producir una duplicación de obligaciones (cumplir el *debitum* y cumplir las promesas), pero se trata de dos niveles: cumplir aquello a que se ha obligado es una obligación jurídica (coercible); cumplir las promesas, una “obligación moral” (*pacta sunt servanda*).

**Palabras claves:** virtud; artificio; egoísmo; obligación natural; obligación moral; promesa; *sponsio*; *stipulatio*

---

<sup>419</sup> Abogado. Profesor consulto de Derecho Romano (Universidad de Morón) y titular de Filosofía del Derecho (UCES). Miembro de ADRA.

Al analizar la obra de David Hume<sup>420</sup> en torno a la cuestión de la obediencia a la ley, tuve la oportunidad de coleccionar algunas nociones que, recordando aquello de que “el hombre es el ser que puede prometer”, según Nicolai Hartmann,<sup>421</sup> me pareció que podrían ser interesantes para el enfoque de las promesas en el derecho romano desde la perspectiva de la filosofía moral. Quisiera y me resultaría muy grato compartirlas con los distinguidos colegas romanistas mediante esta comunicación.

## I.

Hume denomina “obligación natural” a algo que regularmente ocurre por una disposición espontánea de la naturaleza humana originando en nuestra mente una secuencia esperable, “lógica” en sentido vulgar. Dado un antecedente “a” se sigue “naturalmente” “b”. Es “natural” que el amor del padre se corresponda con el cuidado de los hijos; si encuentro un accidentado, actuar como el buen samaritano (no como por deformación profesional primero nos ocupamos de quién sería la culpa), etc. Todo aquello que proviene de principios generales de la mente, sin intervención del pensamiento o la reflexión, es propio de las “virtudes naturales” que nos motivan a obrar espontáneamente de cierto modo. Pero el sentido de todo tipo de virtudes no es siempre natural, algunas producen placer y aprobación por medio de un artificio o mecanismo que surge de las circunstancias y necesidades de la humanidad. La justicia es una de ellas, es decir, una de las “virtudes artificiales”. Como los comportamientos modelados por las virtudes artificiales son “útiles” (en el sentido de favorecer el interés del individuo y la sociedad), producen satisfacción, se nos representan y lo

---

<sup>420</sup> HUME, D. (2000). *Tratado de la naturaleza humana*. Libro III. Buenos Aires: Eudeba.

<sup>421</sup> HARTMANN, N. (2011). *Ética*. Madrid: Encuentro; HARTMANN, N. (2001). *El problema del ser espiritual*. Buenos Aires: Leviatán.

sentimos como algo “debido”,<sup>422</sup> lo aprobamos, es decir, le otorgamos una dimensión moral y se convierten en “obligaciones morales”. “El interés propio es el motivo original para el establecimiento de la justicia, pero la simpatía con el interés público es el origen de la aprobación moral que acompaña a esa virtud”.

Hume utiliza la expresión “artificial” como opuesto a lo “natural”, pero el hombre es una especie de inventiva, y cuando una inventiva es obvia y absolutamente necesaria puede decirse que es tan natural como cualquier virtud natural y no es impropio llamarlas “leyes de la naturaleza”, que “por muy necesarias que sean, son totalmente artificiales e inventadas por los hombres y, en consecuencia, la justicia es una virtud artificial y no natural”. Desde este punto de vista “como ningún principio de la mente humana es más natural que el sentido de la virtud, ninguna virtud es más natural que la justicia”.

Si la generosidad humana fuera ilimitada y los bienes suficientes para todos, la sociedad se desarrollaría pacífica y felizmente en este ámbito de normatividad. Pero como no lo son y no se puede descartar al menos un adarme de egoísmo en los seres humanos, se hace necesario un refuerzo garantizador.

Hay tres “leyes naturales”: estabilidad de la propiedad, su transferencia por consentimiento y *fidelidad a las promesas*.<sup>423</sup> Para Hume, el estado de naturaleza de los contractualistas es pura ficción como la edad de oro y la sociedad no es, como creía Aristóteles, obra de la naturaleza. Admite en cambio la posibilidad de sociedades sin gobierno, que en un principio se habrían regido por la normatividad intrínseca de las obligaciones naturales y morales. Pero con el correr del tiempo el *egoísmo* generador de confrontaciones les puso en evidencia la imposibilidad de convivir sin restringir los intereses y apetitos de la especie, por lo que se les hizo necesario un gobierno cuyo origen no provendría, como en Hobbes, de la guerra de todos contra todos, sino de la guerra entre sociedades por la necesidad de

---

<sup>422</sup> En este punto, Hume previene contra la que Bentham llamará “falacia naturalista”, es decir, la deducción de un deber a partir de un hecho. Entiende que no hay una relación racionalmente fundamentada pues la moralidad no es objeto de la razón sino del sentimiento.

<sup>423</sup> HUME. *op. cit.* Libro III, Secc. III, IV, V, se analizan específicamente las tres instituciones.

derrotar el enemigo. Históricamente los campamentos habrían precedido a las ciudades, la autoridad militar a la civil, las monarquías a las repúblicas. La unidad de acción frente al enemigo ofrece ventajas, como la seguridad, y lleva a la convicción de que es mejor mantenerla en forma permanente en tiempos de paz, a cuyo fin se impone organizar el poder creando un gobierno dotado de autoridad y leyes adecuadas. El gobierno no deriva de la naturaleza, pero la naturaleza proporciona mediante el juicio y el razonamiento el remedio al estado de anarquía haciendo entender a los hombres que la conflictividad de la sociedad proviene de la inestabilidad de los bienes externos y, a fin de dar estabilidad y goce pacífico de los que cada uno haya adquirido por su fortuna y habilidad, los induce a asociarse por un sentido general del interés común y a observar ciertas reglas. Tal solución no puede lograrse más que por una *convención* aceptada por todos los miembros de la sociedad. El gobierno (Estado) es, pues, algo “artificial”, producto de una convención basada en un interés común, cuya misión originaria consiste en asegurar el cumplimiento de las leyes de la naturaleza: *fijación de propiedad, de su modo de transferencia y cumplimiento de las promesas*. El gobierno se encuentra, pues, en un nivel distinto al de dichas leyes, que son fundantes de la vida social y están a su servicio.

Instituido el gobierno para el cumplimiento de tal misión, se designan los magistrados y se crea un repertorio de *reglas de justicia*. Procede entonces que los súbditos *prometen* obediencia a las autoridades elegidas y las leyes que dictaren, mientras el gobierno se *compromete* a cumplir adecuadamente su cometido y respetar las normas que han de regirlo. La convención básica oficia como fundamento inmediato de la institución del gobierno y fuente originaria del *deber de obediencia*. Ni el gobierno ni el acatamiento de los súbditos se fundan, como en el contractualismo típico, en el cumplimiento de una *promesa*. No hay gobierno que pueda mantenerse sin el cumplimiento de las promesas, que es una ley de justicia, pero las promesas no son causa sino *efecto* de la convención y no tienen un origen natural. Se basan en las necesidades e intereses de la sociedad. “La naturaleza humana no puede subsistir sin la asociación de individuos; y esa asociación no podría tener lugar si no se respetaran las leyes de la equidad y la justicia”.

Hay, pues, una convención básica sobre la utilidad de fundar un gobierno

a fin de poder convivir respetando las leyes de la naturaleza, una de las cuales es la de *fidelidad a las promesas*. A la constitución del gobierno sucede la promesa de obediencia, sin cuyo cumplimiento el gobierno no podría subsistir.

## II.

Según la tradición, al deponerse al Soberbio, Junio Bruto reúne al pueblo y se instituye un nuevo régimen de gobierno, con magistraturas anuales y el imperio de las leyes, la *res-pública*, haciendo jurar que nunca más serían gobernados por un rey. En términos de Hume, la *res-pública* sería una “invención” (en este caso provocada por el terror que inspiraba la autoridad suprema), asegurada por un juramento o “promesa”<sup>424</sup> común del pueblo romano: nunca más ser gobernados por una monarquía y someterse a los magistrados del nuevo régimen que, a su vez, al comenzar sus magistraturas se comprometen ante el pueblo a desempeñarlas fielmente. Al preguntarse qué era la *res-pública*, Escipión<sup>425</sup> produce la caracterización que ha hecho fortuna a través de los tiempos: “*Est igitur, inquit Africanus, respublica, res populi; populus autem omnis hominum coetus quoquo modo congregatus, sed coetus multitudinis iuris consensu et utilitate communionis sociatus*”. “Así pues la cosa pública es la que pertenece al pueblo, pero pueblo no es todo conjunto de hombres reunidos de cualquier manera, sino el conjunto de una multitud asociada por un mismo derecho que sirve a todos por igual” (traducción de D’Ors); “Así pues la República (cosa pública) es la cosa propia del pueblo, pero el pueblo no es toda reunión de hombres, congregados de cualquier manera, sino una consociación de hombres que aceptan las mismas leyes y tienen intereses comunes” (traducción de Guillén). Si lo que hace que la asociación de seres humanos sea una *república* es el consentimiento de un orden jurídico cuyas leyes que lo

<sup>424</sup> TITO LIVIO. *Décadas*, Libro II; GAIUS (1987). *Institutas*. III. Traducción por A. Di Pietro. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, p. 93, nota 96.

<sup>425</sup> CICERÓN. *De Republica*, XXV.

<sup>426</sup> Sobre la no sinonimia entre “*sponsio*” y “*iusiurandum*”, ver GAIUS, *op. cit.*, nota b.

componen son aceptadas por todos bajo promesa de obediencia, luce claro el fundamento y sentido de la definición de D. I. III, 1: “*Lex est... communis reipublicae sponsio*”. La ley es “pacto común de la república” (García del Corral), “promesa solemne común de la república” (Pontificia Universidad Católica del Perú). El Estado es una creación convencional de la inventiva humana que no podría sostenerse si no es acompañada por la solemnidad de una “promesa” sustentada en el interés común.<sup>426</sup>

Para Hume, el Estado es una convención establecida por la costumbre, no el resultado del célebre “pacto”. Considera totalmente erróneo el fundamento consensual del sistema político en cuanto pregona que al nacer todos libres e iguales, la autoridad superior solo puede establecerse por un consentimiento que impone una nueva obligación ignorada por las leyes de la naturaleza y, en consecuencia, los hombres deben obedecer a los magistrados por haberlo prometido, de modo que si no hubieran dado su palabra de acatamiento expresa o tácitamente, jamás se hubiera convertido en deber moral. Sostiene en cambio que, si bien en un principio la obediencia al gobierno es debida en virtud de la promesa de asegurar las convenciones básicas en pro de la utilidad común, con el correr del tiempo el gobierno, ya en pleno funcionamiento, logra otra fuente de legitimidad, sea invocando un interés (estabilidad, orden, etc), sea a un sentimiento moral consolidado por las costumbres. Se trata entonces de un fundamento distinto del deber de cumplir las promesas. Aunque durante cierto tiempo se mantenga la justificación por la promesa, en cierta forma se independiza del contrato conformando una “obligación y autoridad originales” sobre fundamentos propios. Los filósofos afirman que la sociedad es tan antigua como la naturaleza humana y las tres leyes fundamentales la emparan en antigüedad, por lo que es razonable que consideren a la justicia como una virtud natural y anterior a las convenciones. Hume sostiene que todo gobierno es una invención de los hombres, en su mayor parte conocida por la historia, por lo que, para poder afirmar que los deberes políticos configuran una obligación moral natural, es necesario ir más atrás, remontarse al origen de las instituciones. El mismo *egoísmo* que

---

<sup>426</sup> Sobre la no sinonimia entre “*sponsio*” y “*iusiurandum*”, ver GAIUS, *op. cit.*, nota b.

crea los conflictos, al tomar una dirección nueva y distinta, astuta, oblicua y artificial en la pugna con las pasiones, genera la invención de las “reglas de la justicia” (propiedad, estabilidad, fidelidad). Pero si bien en principio ellas solas sustentan la sociedad, resultan luego insuficientes en sociedades más grandes y cultas, impulsando a los hombres a constituir un gobierno como una nueva invención para mantener aquellas ventajas y procurarse otras mediante una justicia más concreta. Las reglas de justicia y el gobierno son, pues, invenciones de las que derivan “deberes civiles”. Los deberes de la invención (obligación natural) como su obligación moral tienen el mismo origen (se establecen y adquieren dimensión moral a fin de remediar problemas de convivencia). Los “deberes civiles” están entonces absolutamente ligados a los naturales, pues han sido establecidos para el mejor cumplimiento de la función del gobierno: hacer cumplir las leyes de la naturaleza.

### III.

En las relaciones humanas se pueden adoptar dos actitudes: una interesada y otra desinteresada. En ésta última se establece una relación noble y generosa de amistad y buenos oficios. En la otra, puesto que somos naturalmente egoístas y dotados de escasa generosidad, se privilegia el interés propio.

Dos hombres que reman juntos en una barca, dice Hume, lo hacen por convención o acuerdo sin necesidad de haberse formulado *promesas de uno a otro*. El sentido del interés común los mantiene cooperativamente en la travesía no mediante frases sino mediante actos. Este sentido del interés común surge lentamente de repetidas experiencias como ocurre con el lenguaje que se va instalando sin que medie promesa alguna, o el oro y la plata como patrón de pago. Poco a poco y sin concurso de las promesas, se consolida la confianza en la regularidad de las conductas entre semejantes y propicia la moderación y abstinencia en el disfrute de los bienes exteriores. No hay, pues, una causa específica motivadora de estos comportamientos, pero todos regular y espontáneamente los observan.

A la inexistencia de alguna causa determinada, salvo el común interés convergente, podría remontarse, a nuestro entender, el fundamento inspirador del célebre pasaje del Digesto II. XIV, 4: “*Sed quum nulla subest causa, propter (praeter) conventionem hic constat non posse constitui obligationem. Igitur nuda pacta obligationem non parit, sed parit exceptionem*”, que no otorga vis generadora de obligación alguna al nudo pacto. “En una acepción muy genérica se acostumbró a llamar pacta o convenciones a todos aquellos acuerdos que se formalizaban y que carecían de acción, oponiéndose a los contratos, que sí la tenían, De allí la denominación de nuda pacta (literalmente pactos desnudos)”. En las obligaciones *bonae fidei*, el árbitro judicial tiene más juego para su interpretación. El *iudex* trata de inquirir a la luz de la *fides* lo que quisieron las partes.<sup>427</sup> Carencia de obligaciones jurídicas no por defecto sino, diríamos, por abundancia de virtud o conveniencia recíproca.

En la cultura ético-jurídica romana

nunca se pensó dentro de su ámbito que el mero intercambio de consentimientos, denominado pacto o convención, se identificaba con el contrato... Si existe un principio en derecho romano, más bien sería entonces el de la ineficacia jurídica de la palabra dada. “*Ex nudo pacto, actio non nascitur*”, regla que nunca será derogada, ni siquiera bajo Justiniano, a pesar de las disposiciones cada vez más numerosas con que se la reviste. El pacto desnudo depende en principio del abandono voluntario al otro, de la simple confianza, encarnada por Fides, la vieja diosa de los cabellos blancos, más vieja que el mismo Júpiter (porque hacía falta que ya estuviera para que fuese posible un orden en el mundo) y de la cual se dice se sienta a su derecha. En el origen, aquel que confía en la palabra ajena se excluye de las protecciones del derecho.<sup>428</sup>

Valga acotar que la oposición a los contratos se tiene que haber configurado mucho tiempo después por obra de la jurisprudencia. En aquellos primeros

<sup>427</sup> DI PIETRO, A. (1982). *Manual de Derecho Romano*. Buenos Aires: Depalma, p. 309, 257.

<sup>428</sup> SUPIOT, A. (2007). *Homo Iuridicus*. Buenos Aires: Siglo XXI, p. 143/4/5.

tiempos se carecía de la noción de lo que llegaría a denominarse “contrato”. La teoría de los “*vestimenta pactorum*” fue elaborada por los glosadores.<sup>429</sup>

Las partes, sin embargo, no pueden permanecer por mucho tiempo en la incertidumbre y depender una de la gratitud de la otra para retribuirle con análoga bondad bajo el reinado de los nudos pactos o convenciones. Las leyes de la naturaleza relativas a la estabilidad y transferencias de las posesiones han aportado ventajas mutuas pero no bastan para hacerlas tan firmes como por naturaleza podrían llegar a ser. Es que los principios y las pasiones inherentes a la naturaleza humana son inalterables y fuente de desavenencias y conflictos, y aunque se lograra moderar el egoísmo y la ingratitud de los hombres, no habría una solución cabal a menos que interviniera la omnipotencia divina. La más feroz e incontenible pasión humana es, para Hume, la de adquirir bienes. El crudo egoísmo, padre de los conflictos, aconseja, dado que es tarea desesperada y batalla perdida enfrentar los movimientos impetuosos y precipitados de las pasiones, que lo único que los hombres pueden hacer para mejor satisfacer sus apetitos es “cambiar de dirección” de una manera “nueva y distinta, astuta, oblicua y artificial”. La fórmula más eficaz para poner en ejecución la nueva postura es una “cierta forma verbal”: la promesa por la que nos *obligamos* a realizar una acción, con respecto a la cual hallamos en Hume dos afirmaciones relevantes a los efectos de este trabajo: a) Una nueva promesa, dado que procede de un acto de voluntad, impone una *nueva obligación moral* al que promete y es “una de las operaciones más misteriosas e incomprensibles”, a punto tal que la compara con la “transubstanciación” en la misa y las “órdenes sagradas”,<sup>430</sup> en las que las palabras crean el objeto (sacramento); b) sobre las promesas, los hombres se encuentran confundidos por sus prejuicios y uso engañoso del lenguaje.

“Cambiar de dirección” de manera *astuta, oblicua, artificial*, para Hume significa hacerle entender a los hombres que la mejor manera de poseer

---

<sup>429</sup> *Ídem*.

<sup>430</sup> Pronunciadas por el sacerdote las palabras rituales, el pan y el vino se convierten real y sustancialmente en el cuerpo de Cristo. Pronunciadas las palabras de la ceremonia de ordenación, el seminarista se convierte en sacerdote *in aeternum secundum ordinem Melquisedec*.

algo pacíficamente es mediante la agrupación en sociedad y el respeto a las leyes de la justicia (egoísmo inteligente). Este concepto de Hume nos hace hilvanar espontáneamente una cita del gran Vittorio Scialoja, al comentar sobre la apuesta en las acciones de la ley: “Se revela también aquí uno de los caracteres más salientes de todos los antiguos procedimientos, cual es no ir nunca directamente al objeto, sino seguir una línea oblicua”.<sup>431</sup>

El prometer algo expresa la resolución de realizarlo y, al hacer uso de la fórmula, el promitente se expone al escarnio de que jamás se vuelva a creer en él. Pero la mera resolución no es suficiente, no crearía ningún motivo de obligación moral. Ninguna virtud o pasión natural lleva a la necesidad de cumplir las promesas. Son las convenciones humanas que crean un nuevo motivo, y la experiencia ha mostrado una tendencia a lograr nuevas ventajas si se instituyeran *símbolos o signos* por medio de los cuales pudiesen hacerse valer las promesas ante cualquier incidente particular. Valga acotar que *símbolo*, de *sym-balein* (lanzar a la vez), en su origen era una moneda o medalla partida que se entregaba como contraseña o prenda de amistad. Cada parte se quedaba con una mitad que podía ofrecer como prueba de esa amistad o alianza, si encajaba con la otra al ser ambas arrojadas. “*Symbolon*”, en griego, significa lo que se ha lanzado conjuntamente.<sup>432</sup> La expresión simbólica de una obligación es, en nuestro caso, esa “cierta fórmula verbal” mentada por Hume, que compromete al hombre a cumplir los compromisos en vez de esperar que, en caso de no cumplirlos, nadie vuelva a creerle. Por salvaje e inculta que sea la capacidad de la naturaleza humana, dice, una mínima experiencia histórica pone en evidencia que cuando un humano se percató del mismo sentido de interés en sus semejantes, tiende a cumplir su parte calculando un plan de acción para beneficio común y acuerdan ser fieles a sus palabras.

En el derecho romano tenemos dos formas simbólicas verbales de obligarse: “*sponsio*” y “*stipulatio*”.

<sup>431</sup> SCIALOJA, V. (1954). *Procedimiento Civil Romano*. Buenos Aires: Ejea, p.141.

<sup>432</sup> TRIAS, E. (1997). “Pensar la Religión.” En DERRIDA J. y VATTIMO, G. (eds). *La Religión. Seminario de Capri*. Buenos Aires: La Flor; FOUCAULT, M. (1984). *La verdad y las formas jurídicas*. México: Gedisa, p. 46.

El interés es, pues, lo primero que obliga a cumplir las promesas. Luego le acompaña un sentimiento moral (aprobación) y la promesa se convierte en una “*nueva obligación* para la humanidad”. Pero, si bien la promesa es una regla moral, la sola voluntad no genera obligación y la mera fórmula verbal no impone ninguna obligación moral. Establecida la fórmula como expresión de la voluntad, se convierte en la parte principal de la promesa y el promitente queda obligado aunque secretamente tenga una intención distinta o se abstenga de cumplirla. No obstante, no queda obligado si usare alguna expresión cuyo significado se desconoce y emplea sin ninguna intención de comprometerse, o lo hiciera en son de chanza con signos evidentes de no tener ninguna intención de compromiso: “Es necesario que las palabras sean un expresión perfecta de la voluntad, sin signos en contrario”. Sin embargo, estos supuestos son excepcionales y no debemos aceptar fácilmente que si por ciertos signos la persona no tiene intención de comprometerse, no queda obligado si la otra parte acepta la promesa. Todas estas contradicciones no podrán explicarse si la obligación de las promesas fuera algo real o natural surgido de la mente o del cuerpo. En este supuesto, las promesas se cumplirían inexorablemente. Se explican, en cambio, si las consideramos como una invención humana social.

J. L. Austin,<sup>433</sup> el célebre autor de *Cómo hacer cosas con las palabras*, identifica el uso “performativo” del lenguaje, considerando a la expresión “te prometo” como uno de los actos realizativos más “intimidatorios”. En expresiones realizativas como “bautizo este barco con el nombre...” o “apuesto tanto a...”, aunque las acciones podrían realizarse de otra manera (romper la botella de champagne, colocar una moneda en una ranura), proferir las palabras es el *episodio principal* (Hume: *parte principal*), pero, aunque lo sea, no es lo único que se necesita para que el acto se haya llevado a cabo. Han de ocurrir ciertas circunstancias adecuadas, por ejemplo, que la persona sea la designada para el bautizo, que la puesta sea adecuada y aceptada, etc. Pero la fórmula realizativa “te prometo” es más enrevesada. Intuitivamente consideramos que quien promete no está bromeando o escribiendo un poema: está hablando con seriedad y esa seriedad proviene

---

<sup>433</sup> AUSTIN, J. L. (1990). *Cómo hacer cosas con las palabras*. Barcelona: Paidós.

de que “nos sentimos inclinados a pensar que la expresión en que externamente se formula, sea por conveniencia o información, es un signo externo y visible, una descripción verdadera o falsa de un acto espiritual interno. Mi lengua lo juró, pero no lo juró mi corazón” (Hippolytus). Así, “te prometo (...) me obliga, registra mi adopción espiritual de una atadura espiritual”, “prometer no o es meramente cuestión de expresar palabras, se trata de un acto externo y espiritual”. Independientemente de toda otra circunstancia adecuada, lo sola enunciación realiza el acto, pues “la palabra empeñada nos obliga”.

Sabido es que la verdad o falsedad solamente puede predicarse de los enunciados *descriptivos*, es decir, si ocurre aquella “*adequatio rei et intellectu*” que viene desde los orígenes de la filosofía. Los demás enunciados, como las normas, no son verdaderos ni falsos. Sin embargo, de una promesa –*acto realizativo*– podemos formular el enunciado de que es verdadera o falsa, pensando en algo distinto. Es verdadera o falsa no porque se haya prometido algo imposible o no se haya cumplido, sino porque no es el reflejo del acto espiritual interno que nos obliga. Mientras para Hume las palabras, como vimos, han de ser una perfecta expresión inequívoca de la voluntad, sin signos en contrario, para Austin es la descripción del acto espiritual interno de la voluntad. Mientras para Hume cuando la expresión de la voluntad no es seria, la promesa no existe, para Austin cuando no refleja el acto espiritual interno es falsa.

En este punto, considerando que toda nueva promesa impone una *nueva obligación moral* que procede de la voluntad, Hume considera que “es una de las operaciones más misteriosas e incomprensibles que pueden imaginarse y hasta puede compararse con la transubstanciación y las órdenes sagradas”, por las cuales cierta forma verbal junto a cierta intensión transforma completamente un objeto externo (transubstanciación) y aun de una criatura humana (órdenes sagradas).

Veamos de qué se trata el concepto de transubstanciación. Según Von Rudlof,

el modo o mejor dicho el acto por el cual Cristo se hace presente en el Santísimo Sacramento es llamado por la Iglesia con una palabra latina: “transubstanciación” (substancia = substancia, naturaleza y trans = más

allá); por consiguiente, un tránsito de una naturaleza o substancia a otra, una mutación total de una substancia en otra. Quiere decir: por las palabras de la consagración que el sacerdote pronuncia en nombre y como instrumento de Cristo sobre el pan y el vino, la sustancia, la naturaleza del pan se muda en la sustancia del Cuerpo de Cristo, la sustancia del vino en la sustancia de la sangre del Señor, permaneciendo tan solo las apariencias, los “accidentes”, o sea las especies sensibles del pan y del vino.<sup>434</sup>

El canon 1333 del Catecismo de la Iglesia Católica enseña:

Los signos del pan y del vino. En el corazón de la celebración de la Eucaristía se encuentran el pan y el vino que, por las palabras de Cristo y por la invocación del Espíritu Santo, se convierten en el Cuerpo y la Sangre de Cristo. Fiel a la orden del Señor, la Iglesia continúa haciendo, en memoria de Él, hasta su retorno glorioso, lo que Él hizo la víspera de su pasión: “Tomó pan...”, “tomó el cáliz lleno de vino...”. Al convertirse misteriosamente en el Cuerpo y la Sangre de Cristo, los signos del pan y del vino siguen significando también la bondad de la creación (...). La Iglesia ve en el gesto de Melquisedec, rey y sacerdote, que “ofreció pan y vino” (Gn 14, 18), una prefiguración de su propia ofrenda.

En la liturgia de la ordenación sacerdotal, al serle impuestas las manos, el consagrado es convertido con carácter indeleble en “*sacerdos in aeternum secundum ordinem Melquisedec*”.

Hume estima que estas “doctrinas monstruosas” son puras invenciones clericales y no contemplan ningún interés público. La obligación de las promesas es una invención en interés de la sociedad y por ello se la distorsiona según los distintos intereses hasta hacer perder de vista su sentido. Los teólogos, advertidos del absurdo de que cierta forma verbal junto a una cierta intención transforma la naturaleza de un objeto externo y aun de una criatura humana, le adosaron que la intención del sacerdote, sea conocida u oculta, sincera o engañosa, establece el sacramento. Si la

---

<sup>434</sup> VON RUDLOF, L. (1972). *Breve Teología para Laicos*. Buenos Aires: Club de Lectores.

suspende, no obstante ser sumamente criminal en sí mismo, destruye el bautismo, la comunión y las órdenes sagradas.

Las “terribles consecuencias” de estas doctrinas, según Hume, han sido trasladadas a las promesas, entendiéndose desde este mirador que la unión indisoluble de las palabras y la intención bien articuladas generan las promesas de cumplimiento obligatorio a modo de la transubstanciación y las órdenes sagradas, con olvido de su carácter artificial como invención social. En abono de su tesis, Hume apela al concepto de fuerza que invalida los contratos y nos exime de obligaciones. La fuerza no es esencialmente diferente de cualquier otro motivo de esperanza o temor que induce a comprometer la palabra y someterse a una obligación. El caso de un hombre gravemente herido que promete al cirujano una abultada recompensa si llega a curarlo y el de quien promete una suma al ladrón para que lo libere, no producirían una diferencia tan grande en nuestros sentimientos morales (positivos en un caso, negativos en el otro) si éstos, como en el caso de las promesas, no se basaran en el interés y la conveniencia públicas.

#### IV.

La mayoría de los autores acuerda en cuanto a que el concepto romano de “contrato” difiere en mucho del concepto moderno, así como que tampoco los romanos llegaron a elaborar una definición o una teoría a su respecto. Desde el reinado de la *fides* hasta el de los contratos hay un largo trecho histórico. Los romanos se dedicaron empeñosamente en “*contrahere obligationes*”, es decir, configurar, conformar, construir obligaciones bilaterales sea en función de la cosa (*reales, re contrahitur obligatio*), sea de las palabras (*verbis*), de la escritura (*litteris*) o el consentimiento (*consensu*).<sup>435</sup>

En el despliegue del “contraer obligaciones”, paralelo al desarrollo del comercio y *el ius gentium*, hasta llegar desde la convención al contrato,

---

<sup>435</sup> DI PIETRO, *op. cit.*, cap. XI; SUPIOT, *op. cit.*, p. 143; SCHULZ, F. (1960). *Derecho Romano Privado*. Barcelona: Bosch. Quinta Parte I. Dig. 44, 7, 52; GAIUS, *op. cit.*, p. 89.

fueron especialmente necesarias ciertas formas simbólicas, entre ellas la *sponsio* y luego la *stipulatio*. Es decir, aquella “cierta forma verbal” mentada por Hume como similar a la “transubstanciación” y las “órdenes sagradas”, que desempeñaron un papel relevante. La primera propia de los ciudadanos romanos; la segunda, del *ius gentium*.<sup>436</sup>

Como explicara Alfredo Di Pietro,<sup>437</sup> la terminación “*mentum*” en latín significa medio por el cual algo se realiza; *Alimentum*, medio por el cual nos nutrimos; *Docu/mentum*, medio por el cual se acredita algo; *Vest/imentum*, medio por el cual nos cubrimos; *Test/amentum*, medio por el cual se crea una situación jurídica; *Sacra/mentum*, medio por el cual algo se vuelve sacro, etc. En la “*actio legis per sacramentum*”, el destino de la apuesta destinada al culto de los dioses era lo que la convertía en sagrada. En la transubstanciación católica, las palabras del canon convierten el pan en el cuerpo y el vino en la sangre de Cristo. Son palabras “sacramentales” (*certae et solemnia verba, no concepta verba*)<sup>438</sup> que deben pronunciarse “*ad pedem litterae*”, de lo contrario no surten efectos. Algunos sacerdotes padecen un trauma llamado “*psicastenia*” que les hace repetir y repetir las palabras de la Consagración por el temor de haberlas pronunciado indebidamente.<sup>439</sup>

El lenguaje del derecho es “deóntico” en cuando se construye con oraciones de “deber”. Cuando el “deber” aparece configurado por el solo uso de las palabras, tenemos las que la doctrina denomina fórmulas “sacramentales” o “solemnes”. La lingüística y la filosofía del lenguaje modernas han detectado en este uso del lenguaje un uso “performativo”, “realizativo” u “operativo”: las palabras cumplen una “performance”, un papel determinante, hacen realidad algo que antes no existía.<sup>440</sup> Desde las primeras lecciones de derecho civil hemos aprendido a distinguir entre las formas “*ad probationem*” y “*ad solemnitatem*”. En los actos jurídicos *ad solemnitatem*

<sup>436</sup> GAIUS, *op. cit.*, p. 93.

<sup>437</sup> GAIUS, *op. cit.*, IV, IB, 13/17, nota 14.

<sup>438</sup> *Ídem*, 30.

<sup>439</sup> DERISI, O. (1951). “La Psicastenia.” En Seminario Mayor San José, La Plata.

<sup>440</sup> AUSTIN, *op. cit.*; CARRIÓ, G. (1986). *Notas sobre el derecho y el lenguaje*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

y en los contratos literales o abstractos se abstrae de toda causa motivadora de la obligación; ésta surge de la mera forma verbal o escrita. En el primer caso, no cumplidas las formas, se entiende no probado un hecho que, sin embargo, pudo haber existido. En el segundo, lisa y llanamente no existe. El incumplimiento de las formas *ad probationem* acarrea una posible anulabilidad; de las *ad solemnitatem* (que no por casualidad se las suele denominar “sacramentales”), nulidad, inexistencia, el ente jurídico nunca se configuró. Son palabras “creadoras” de un estado jurídico (los declaro marido y mujer, lo instituyo mi único y universal heredero, etc.) y todo lo que tenga alguna vis creadora transmite la sospecha de contener algún plus, algo más que el mero sentido semántico de los fonemas, para la mentalidad primitiva, la referencia a alguna fuerza divina o misteriosa.<sup>441</sup>

En el antiguo derecho, “hacer el *ius*” significaba haber cumplido con los ritos procesales consistentes en actos gestuales y palabras. El solo cumplimiento de las formas creaba un derecho. De allí la importancia determinante de que el actor pronunciara exactamente las palabras correspondientes a la acción iniciada y el demandado las preceptuadas para la respuesta; que se dijera “vides” en vez de “árboles cortados” (*de arboribus succisis*) aparejaba de perder el juicio.<sup>442</sup> Si a “*centum tibi dari promitto*”, se respondía “*accipio*”, la situplación era “*nons existens*”.<sup>443</sup> Es que para el hombre antiguo la palabra, como muchos otros entes, está investida desde cierta cualidad mágica, misteriosa, de cierta fuerza “poética”. Con encantamientos (palabras) se puede arruinar una cosecha.<sup>444</sup> Esa potencialidad de la palabra creadora se nutre de una profunda significación religiosa y subsiste como estratificada en numerosos conceptos jurídicos, produciendo una “fossilización estructural y metamorfosis histórica”. “El concepto tradicional de derecho en sus presupuestos inmanentes es de naturaleza mágica”.<sup>445</sup>

<sup>441</sup> DI PIETRO, A. (1968). *Verbum Iuris*. Monografías. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

<sup>442</sup> GAIUS, *op. cit.*, IV, 11.

<sup>443</sup> SCHULZ, *op. cit.*, quinta parte, 2.

<sup>444</sup> Ley de las XII Tablas, tabla VIII.

<sup>445</sup> ROSS, A. (1997). *Hacia una ciencia realista del derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot; DI PIETRO, *Verbum Iuris*, *op. cit.*

Lo característico de la “*sponsio*”<sup>446</sup> es la correspondencia o simetría que debe darse entre las palabras rituales de pregunta y respuesta: *spondes – spondeo*. En la *stipulatio: promittis – promitto*. El intercambio verbal obedece a la correspondencia anterior que regula el acto de responder: *respondes – respondo*. Ergásilo le avisa a Hegión que su hijo desaparecido va a volver. Hegión le *promete* a Ergásilo que si es así, lo alimentará todos los días. *Spondes tu istud – spondeo* (¿prometes tú esto?) – *Promitto*. Y Ergásilo a la vez *se compromete*: *At ego tuum tibi aduenisse filium respondeo* (yo te garantizo que tu hijo ha llegado).<sup>447</sup> Ahora bien, “respondes – respondo” genera un “*responsum*” (respuesta); “*spondes – spondeo*”, genera un “*sponsio*” (promesa); “*promittis – promitto*” genera un “*promissum*” (promesa, vaticinio). Del intercambio verbal resulta, como en un parto, un sustantivo. El participio de “contrahere” –*contractus*– es muy poco usado en el derecho romano como sustantivo.<sup>448</sup>

La sacralidad de la forma ritual, en este caso “*spondes – spondeo*”, alumbraba una nueva entidad (*la promesa*), es decir, no simplemente la expresión simbólica de que alguien se compromete a cumplir algo arriesgando la “*fides*”, sino algo distinto, objetivo, cuya naturaleza es la de requerir ser cumplido (y por la magia de la palabra, en forma inviolable, sagrada). Para ilustrar con ejemplos la fuerza constrictiva inapelable del “imperativo categórico”, Kant recurre precisamente a la promesa: no cumplir una promesa sería un acto irracional, autocontradictorio, porque la promesa es algo que debe ser cumplido. Hoy, por boca de Karl-Otto Apel, diríamos una “autocontradicción performativa”, algo que no puede negarse sin incurrir en contradicción.<sup>449</sup>

Esta especie de “transubstanciación” producida por las palabras provocaría una doble normatividad. En la obligación de dar una suma de dinero, lo que “ob-liga” es el “*debitum*” de entregar esa suma, por una parte, y el

<sup>446</sup> GAIUS, op.cit. III, 92. Vide nota 96 sobre el sentido religioso, juramento, voto y praedes.

<sup>447</sup> PLAUTO, *Captiui*, 898/99; DERRIDA, op. cit., p. 51.

<sup>448</sup> VILLEY, M. (1958). *Archives philosophie du droit*. XIII.

<sup>449</sup> KANT, I. (1946). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Buenos Aires: Espasa-Calpe. IV, p. 403; CARPIO, A. (1982). *Principios de Filosofía*. Buenos Aires: Glauco, cap. X, p. 24; APEL, K. (1998). *Teoría de la verdad y ética del discurso*. Barcelona: Paidós.

de devolverla, por la otra. La obligación puede “contraerse” de distintas formas según provengan de contratos, cuasi contratos, delitos, cuasi delito o diversas figuras de las causas.<sup>450</sup> Pero si se ha dado una promesa en uno u otro sentido, desde este uso sacramental del lenguaje se le superpondría la “obligación de cumplir la promesas de entregar o devolver”. En otras palabras, ¿con la expresión lingüística “promesa” alguien se obliga a dar, hacer o no hacer algo respecto de otro<sup>451</sup> o a cumplir la promesa de hacerlo? ¿Es una nueva y distinta obligación o un refuerzo de una obligación?

Dice Hume: “Los hombres a menudo se obligan a sí mismos con promesas a hacer lo que de todos modos hubiera sido de interés para ellos, independientemente de las promesas, como cuando dan a otro una garantía más plena que sobreagrega una nueva obligación de interés a aquella a la que ya estaban comprometidos”. Schulz<sup>452</sup> distingue la “*sponsio*” en sentido amplio (toda estipulación que usan las partes para “*spondere*”) y en sentido estricto (garantía creada por estipulación), pero no queda aclarado si la primera acepción pudiera entenderse o no en el sentido de Hume.

En abono de la tesis de las promesas como generadoras de una obligación propia y distinta (la de cumplir las promesas generadas por el ministerio de las palabras empeñadas), podríamos recordar que ya la Ley de las XII Tablas había establecido: *uti lingua nuncupassit, ita ius esto*, o la cita de Próculo, según la cual si el marido ha prometido devolver la dote por cien, queda obligado aunque no existiera ninguna dote.<sup>453</sup> Para la contraria, los numerosos supuestos de estipulaciones “inútiles” que comenta Gaius,<sup>454</sup> aunque en éstas la inutilidad (inexistencia según Schulz), no provienen del desacople de las palabras y la intención inequívoca (Hume) o del elemento interno espiritual (Austin) sino de determinadas circunstancias.

---

<sup>450</sup> GAIUS, *op. cit.*, III, 88.

<sup>451</sup> Sobre la justicia como “constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo suyo” Hume hace interesantes consideraciones para mostrar la artificialidad de la justicia.

<sup>452</sup> *Op. cit.* Cap. I. De los contratos, 839.

<sup>453</sup> Dig. 45, 1, 21. GAIUS, *op. cit.*, III, 95.

<sup>454</sup> GAIUS, *op. cit.*, III, 95 y ss.

Quien lee el “texto” de la ley entiende configurada la obligación por el solo uso de las palabras o formas legales. Pero quien analiza científicamente ese texto advierte que, aunque no se exprese la causa de la obligación, no hay obligación sin causa, no se la exterioriza pero está necesariamente supuesta. Nadie puede obligarse a nada, si se obliga es a algo que se expresa o se da por supuesto. En consecuencia, se haya contraído la promesa de cumplir una obligación o se afiance la contraída con una promesa de cumplirla, el efecto es el mismo: hacer, dar, prestar o no hacer algo. ¿Qué es entonces lo que nos hace intuir que no es lo mismo cumplir una obligación que cumplir una promesa (que también es una obligación)? ¿Qué sentimiento “natural” llevaría a la obligación de cumplir las promesas?, se pregunta Hume. En las virtudes naturales hay una inclinación “natural” que lleva a socorrer al desgraciado, al padre a velar por sus hijos, etc. ¿Qué sentimiento “natural” llevaría a la obligación de cumplir las promesas? Ninguno, si lo hubiera. Las promesas “naturalmente” (necesariamente) se cumplirían, pero el hecho es que no siempre se cumplen. Solamente el *sentido del deber* fundado en las necesidades de la sociedad y la “simpatía con el interés público” fundan la obligación de cumplirlas. Y por cuanto en este sentido resulta beneficioso, se aprueba como virtuosa la conducta cumplidora y viciosa la contraria, en otras palabras, recibe la “aprobación” que lo convierte en una “obligación moral”. El acto mental que interviene en una promesa, dice Hume, no es la resolución, ni el deseo, ni la intención, sino la “voluntad de cumplirla obligación que surge de la promesa”. Cuando al interés lo acompaña el sentimiento moral de aprobación, por producir efectos beneficiosos, se convierte en una *nueva obligación* para la humanidad. Es decir, a la sola obligación jurídica (dar, hacer, no hacer) se le superpone como una nueva y distinta dimensión, una sobrecarga normativa (deber hacer lo prometido), un imperativo moral. El obligado por la promesa formulada no arriesga solamente una cosa, un obrar o una abstención. Arriesga el sentido de su propia integridad moral como persona.

El principio ordenador más antiguo de las relaciones humanas es, según Kelsen,<sup>455</sup> el principio o “regla de la retribución”: *si haces un bien,*

---

<sup>455</sup> KELSEN, H. (1934). *Teoría Pura del Derecho*. Buenos Aires: Eudeba, cap. I.

*serás compensado; si un mal, castigado.* Hay, pues, una inclinación natural hacia lo bueno en virtud de la cual “naturalmente” devolveríamos lo que se nos ha prestado, ayudaríamos al necesitado, no lesionaríamos a quien queremos, etc. Pero, lamentablemente, a todos nos pasa lo que le pasaba a Publio Ovidio Nasón (*Metamorfosis*): *video meliora proboque, deteriora sequor* (veo lo mejor, lo apruebo, pero sigo lo inferior). Frente a las emboscadas de la tentación del mal, para torcerla y hacerle cambiar de dirección, los humanos inventaron de manera astuta, oblicua, artificial, la agrupación en sociedad, y para cumplir las obligaciones naturales y civiles, la fórmula verbal de la promesa. A la propensión natural o interesada de cumplir las obligaciones, como anticipándose y en prevención de pasiones desviadoras, le encimaron una especie de sobrefuerza normativa a la obligación jurídica de cumplirla: la obligación moral de cumplir porque se ha prometido. No solo se obligan a cumplir, además se comprometen, *garantizan* mediante promesa que cumplirán. Pero el que promete no solo se obliga frente al otro con un lazo coactivo, sino que moralmente se auto-obliga consigo mismo. En este sentido, H. L. A. Hardt<sup>456</sup> se refiere a las promesas como modo de auto-obligación mediante “palabras que proferidas o escritas por personas calificadas por estas reglas, siguiendo el procedimiento especificados por ellas, crean obligaciones”. En el promitente, dice, pueden distinguirse dos personas: una que actúa como creador de obligaciones y otra que, como persona obligada, ordena a la otra (a sí mismo) hacer algo. Es una forma de crear derecho, dentro de un sistema coercitivo, sin necesidad de coacción.

El orden jurídico como tal sanciona coactivamente el incumplimiento de tal o cual obligación, no una supuesta obligación (jurídica) incumplida de honrar las promesas. Si no cumplo, el otro me lo hará cumplir hasta con “el brazo armado del derecho”. Si cumplo, satisfaré más o menos al otro, pero, es lo más importante, estaré en paz conmigo mismo. He aquí, en palabras de Jürgen Habermas, la “gracia” del derecho que establece las obligaciones, pero deja al arbitrio del ciudadano el modo de cumplirlas: evitar la sanción jurídica o por razones morales (cumplir las promesas). “El

---

<sup>456</sup> HARDT, H. L. A. (1977). *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, cap. III.

derecho moderno permite sustituir convicciones por sanciones dejando a discreción de los sujetos los motivos de su observancia de las reglas, pero imponiendo coercitivamente esa observancia”.<sup>457</sup>

La obligación moral de cumplir las promesas aparece en Concilio de Cartago<sup>438</sup> (*pacta servetur, pacta custodiantur*) y, por obra de los canonista medioevales, se expresará en el célebre imperativo “*pacta sunt servanda*” que oficiará como norma básica universal bajo cuya cúpula el derecho, en palabras de Kelsen, se convierte “la organización de la humanidad y, con esto, se vuelve uno con la ética más alta”.<sup>458</sup>

---

<sup>457</sup> HABERMAS, J. (1998). *Facticidad y Validez*. Madrid: Trotta, cap. I.

<sup>458</sup> FERRARO, E. A. (1989). “Límites de la moral en la reforma de la Constitución”. En *Revista Latinoamericana de Filosofía*, Vol. XXV, Nº 2.