

# LAS DOCTRINAS DE LA INTENCION JURIDICA Y DE LA INTENCION EMPIRICA (\*)

*Fernando J. López de Zavalía*

Sres.:

I — La preocupación por el tema que será el objeto de mi disertación, me ha surgido al intentar penetrar el sentido del art. 1148 del Código Civil, que determina los requisitos de una promesa: “Para que haya promesa, ésta debe ser a persona o personas determinadas sobre un contrato especial, con todos los antecedentes constitutivos de los contratos”.

La fuente inmediata del texto se halla en el art. 1852 del Esbozo, pero con esta relevante diferencia: Que mientras Freitas tiene especialmente en mira el problema de la intención de contraer un vínculo en sentido jurídico, Vélez guarda silencio sobre él. Ese silencio, ¿significa acaso una distinta posición doctrinaria?

Para proceder con método, comencemos por examinar las dos teorías en juego: la clásica, o de la intención jurídica, y la moderna o de la intención empírica.

II — Para la doctrina clásica los actos voluntarios pueden tener una doble dirección intencional. Cuando tienen por finalidad inmediata crear, mo-

---

(\*) Conferencia dictada por el Dr. Fernando J. López de Zavalía en el Instituto de Derecho Civil al incorporarse como miembro del mismo.

dificar o extinguir derechos son actos o negocios jurídicos; cuando su finalidad no es ésa, y sin embargo producen efectos jurídicos, son simples actos. Así, el contrato, el testamento, son actos o negocios jurídicos; la gestión de negocios, la intimación de pago, la edificación, son simples actos voluntarios productores de efectos jurídicos.

En esta concepción la línea demarcatoria es clara:

a) Los negocios jurídicos contienen una intención jurídica y producen efectos jurídicos porque estos han sido queridos como tales.

b) Los simples actos presuponen una intención práctica, dirigida a los efectos fundamentales, pero el Derecho señala consecuencias jurídicas independientemente de que hayan sido queridas, con carácter forzoso. Algunos autores distinguen en este último grupo entre los simples actos análogos a los negocios, en los que anida una intención económico social, y los actos reales cualificados por una intención técnica.

Pero todos coinciden en un punto fundamental: Lo típico del negocio jurídico, lo que le da su fisonomía especial, es contener una intencionalidad dirigida a un fin jurídico. Así aparece puntualizada en un célebre pasaje de Pothier en el que se afirma que "sólo las promesas que hacemos con la intención de obligarnos y de conceder a aquél a quien las hacemos el derecho de exigir su cumplimiento pueden formar un contrato y una convención".

Esta es la llamada doctrina de la intención jurídica que enseñaron Savigny, los comentaristas del Código Napoleón, los del C. Alemán Enneccerus, Von Thur, Heddemann, los del C. Ital. Messineo y Gorla, y entre nosotros Orgaz y Borda.

Mas entiéndase bien: la doctrina de la intención jurídica no pretende que la finalidad del acto se agote en los puros efectos jurídicos, pues cuando la voluntad se actúa en el negocio no crea, modifica o aniquila derechos por el puro placer de afectar las formas jurídicas, sino en la medida en que ellas permiten la obtención de una finalidad práctica de la vida. La voluntad actuante no persigue fantasmas, sino realidades a través de una forma jurídica.

Por lo demás, la doctrina de la intención jurídica puede edificarse sobre dos bases, según que navegue por las aguas de la Willenstheorie, o de la Willenserklarungstheorie, y tendremos entonces las dos subespecies de la teoría de la intención jurídica querida y de la intención jurídica declarada.

III — En el polo doctrinario opuesto se halla la teoría de la intención empírica que sustenta Danz en Alemania, Betti en Italia, y que entre nosotros

hallara un ilustre defensor en Orgaz, quien luego la abandonara para retornar a la escuela clásica.

Para esta teoría que analizamos, la voluntad actuante en el negocio persigue un fin económico social, y el Derecho adscribe a esa actuación un determinado efecto jurídico independientemente de que haya sido querido como tal.

La doctrina de la intención empírica acusa a los juristas de la escuela clásica de haber elaborado un cuerpo de doctrina apto para explicar un mundo formado a imagen y semejanza suyas pero que no es el mundo real. "El que entra en un restaurante y pide una buena comida, el que alquila una casa bonita y bien situada, o pide prestado un paraguas a un amigo porque llueve, no pretende evidentemente en su interna voluntad, adquirir algo simplemente imaginario, el crédito que nace de un contrato de compra o de arrendamiento, etc., porque eso no le sirve para acallar el hambre, ni para habitar la casa o guarecerse de la lluvia... jamás ocurre que la voluntad interna del que celebra un negocio jurídico se proponga producir un resultado de derecho... persigue de ordinario un resultado económico...". (Danz) "el profano no tiene como nosotros los juristas, la menor idea de que la promesa hace nacer a favor de uno un derecho y a cargo de otro una obligación jurídica; ni siquiera piensa en ello al contratar, precisamente porque da por supuesto que el promitente cumplirá su palabra y realizará espontáneamente la prestación. A nadie se le ocurriría tener tratos con gente que se sabe que no cumplen sin pasar por la vía judicial" (Danz).

Nosotros creemos que la doctrina de la intención empírica es falsa en sus argumentos, inconsecuente en sus afirmaciones, errónea en sus ejemplos, peligrosa en sus consecuencias.

### III — *Falsa en sus argumentos*

Esta doctrina parte de una base cierta: que para querer un efecto es necesario representárselo, y para representárselo conocerlo, como cierto es que el conocimiento y la representación jurídica que se dan en un jurista son normalmente más extensos que en un profano. Digo normalmente, porque la práctica que inculca en nosotros a diario la modestia, nos enseña que en el terreno de su especialidad profesional, sabe más el profano sobre la legislación que regula su actividad, que nosotros los juristas.

Pero salgamos de ese terreno especializado y entremos en los múltiples y comunes contratos de la vida diaria. ¿Será cierto que el profano no conoce

ni se representa los efectos jurídicos, y que en consecuencia mal puede quererlos?

Yo le pregunto a la doctrina de la intención empírica. ¿Cómo conoce en un caso concreto que un contratante no ha querido los efectos jurídicos? Pues, como afirmaba un juez inglés de la época de Eduardo IV, "ni el diablo conoce nuestras intenciones", o más cristianamente Freitas "Sólo Dios conoce nuestras intenciones".

Y estoy preparado para la pregunta que a no dudarlo me formularán los partidarios de la intención empírica. ¿Cómo saben Uds. que ha tenido la intención jurídica?

Respondo simplemente: No lo sabemos. Lo que el diablo no puede hacer, el Derecho no lo pretende. No sabemos que se haya dado la intención jurídica, pero tampoco sabemos que no se haya dado. En la duda presumimos que se ha dado, porque ocupándonos de exterioridades captamos el sentido de las exterioridades. Exteriormente las palabras, los actos tienen un sentido. Existe sobre ello un acuerdo tácito entre los hombres, y hay convencionalismos lingüísticos, como los hay sociales y jurídicos. Hay un acuerdo tácito entre los hombres en que las palabras signifiquen una determinada idea, estado de ánimo, volición etc., y el Derecho no hace más que oír esas palabras, como las oyen los hombres en un determinado ambiente cultural e histórico.

Ello no es una ficción jurídica; ficción sería si se nos probara que no existe ese acuerdo tácito de significación jurídica; si se nos probara que el hombre normal ignora el sentido jurídico de sus vocablos. Más ello sería tener una pobre idea del hombre y del Derecho. Al decir de Von Thur tal afirmación implicaría ignorar no sólo la cultura y el sentido jurídicos del pueblo, sino la génesis misma del Derecho. El Derecho positivo no ha salido instantáneamente y completo de una mente arbitraria como Marte armado del cerebro de Júpiter. Por el contrario, ha nacido de la vida, se ha desarrollado con ella, y vive en la medida en que es vivido; su vinculación con el pueblo, con la conciencia media es tan completa, que sólo en cuanto ella se mantenga, sobrevive.

Cuando los hombres realizan una actuación típicamente jurídica de la vida, su intención jurídica es clara, porque esas son actuaciones del convencionalismo jurídico. El hombre concreto que pretenda lo contrario, que afirme que erró sobre el significado jurídico deberá probarlo, pero siempre con circunstancias exteriores que serán valoradas a tenor de los usos normales. Cosa distinta es saber si el Derecho admitirá o no esa prueba. Esto se enlaza con el problema de la alegabilidad del error de derecho; por nuestra parte esta-

mos con la tesis que afirma que por razones de seguridad jurídica él no debe ser invocable.

Pero entonces, se dirá: Esto es contradictorio; pues si se prueba que no se ha querido el efecto jurídico, y no obstante se mantiene la validez del acto, ¿cómo puede hablarse de que se ha tenido la intención jurídica? Insisto: La doctrina, tal como la defiendo, no exige que se haya tenido la intención, se conforma con que halla sido declarada, pues en la declaración están incorporados, conforme a su significación social, el conocer, el representarse y el querer.

Y en los sistemas en que se admite la alegabilidad del error de derecho por vía de impugnación al acto, la tesis de la intención empírica pierde todo fundamento. En efecto, admitir que se pueda anular un acto por no haber conocido los efectos jurídicos, es exigir clara y netamente una intención jurídica interna.

En síntesis: en los sistemas en que procede la alegación del error de derecho cobra valor la teoría de la intención jurídica interna; en los otros la de la intención jurídica declarada; pero ni en unos ni en otros puede basarse en la teoría del error la doctrina de la intención empírica.

#### IV — *Inconsecuente en sus afirmaciones*

1) Si la doctrina de la intención empírica fuera consecuente consigo misma, debiera llegar a esta conclusión: Que cuando expresamente se declara que no se quiere perseguir ningún efecto jurídico, o excluir algunos de los *naturalia negotii*, tal declaración no debiera ser válida, siempre que se quieran los efectos empíricos. Sus partidarios retroceden ante esta consecuencia y admiten que la intención jurídica negativa es estimable. ¿No es eso la quiebra del sistema?

2) Pero ni siquiera abdicando de su premisa básica y corrigiéndola con la tesis de la intención jurídica negativa se salva de crítica. Pues ¿cómo explica los *accidentalia negotii* que suponen efectos que se dan en cuanto han sido expresamente queridos y que exigen por lo tanto una clara intención positiva?

#### V — *Errónea en sus ejemplos*

Cada una de las teorías, cuando ejemplifica elige con preferencia un grupo distinto de contratos: los de la intención empírica fijan su atención en los microcontratos mientras que los de la intención jurídica prefieren ejemplifi-

car con los macrocontratos. Ello es natural, porque desde un punto de vista lógico parece evidente que los hombres se fijan más en el significado de las palabras y en las consecuencias de sus actos cuando concluyen un negocio de gran magnitud que cuando simplemente intervienen en uno de los minúsculos de la vida cotidiana, cuando su actuación se vuelve casi automática.

1) Comencemos primero con los macronegocios, y veamos cómo se definen de la teoría de la intención empírica.

a) Tomemos como ejemplo el matrimonio. ¿Cuáles serían sus efectos empíricos? Sólo encuentro la satisfacción de la mutua concupiscencia, la perpetuación de la especie e intereses análogos. Pero para ello no hace falta el matrimonio; quien lo contrae busca algo más, la consideración social, la legitimidad de los hijos, el régimen hereditario, la incidencia en el derecho de los bienes. Desafío a que se encuentre un rústico que ignore eso, que no sepa que para alcanzarlo necesita el auxilio del Derecho, y que no use conscientemente el medio jurídico. Lo mismo ocurre, en forma clara, en la adquisición derivativa del dominio en aquellos países que exigen la inscripción inmobiliaria; ¿se dirá que el adquirente no quiere el efecto jurídico de la inscripción?

Danz replica a ello que sin duda las partes deben valerse de este medio para alcanzar el fin económico, “como no cambia la voluntad del ladrón que creyendo encontrar el dinero a mano encima de la mesa, tiene que valerse de una ganzúa para abrir la caja y robarlo”. He aquí Sres. al matrimonio, a la inscripción inmobiliaria degradadas a simples ganzúas jurídicas de los fines económicos sociales! He aquí Sres. un ejemplo doblemente desgraciado a mi entender. En primer lugar, porque el ladrón que usa de la ganzúa, no puede pretender que no ha querido su empleo y el efecto de él; usemos un lenguaje pintoresco y digamos que si el ladrón tuvo una intención de ganzúa, el hombre en el negocio tiene una intención de ganzúa jurídica y no sólo empírica. Y en segundo lugar porque la comparación entre el ladrón por un lado y el que se casa o el adquirente inmobiliario por el otro, es absurda; estos obran así precisamente porque no quieren ser ladrones, si quieren obtener algo, no es algo robado; no se conforman con el puro disfrute empírico, sino que quieren que él sea teñido de una determinada valoración legal.

Danz pretende, y lo dice explícitamente que la voluntad de apropiación del adquirente por negocio jurídico es la misma que la del ladrón. ¿Por qué entonces todos los hombres no imitan al ladrón? No se diga que por convicciones morales, porque desde el momento en que las admitimos, admitimos una intención normativa distinta de la empírica, aparte de que según opina el vul-

go siempre hay tiempo para arrepentirse en esta vida. Obramos así porque sabemos que hay un orden jurídico que nos protege, porque perseguimos esos efectos teniendo esa intención.

Yo no conozco el pueblo italiano para el que escribió Betti, o el alemán de Danz; acaso perdido entre las montañas de Sicilia, o en las entrañas de la Selva Negra exista el rústico en base al cual razonan. Declaro que en mi país, hasta allí donde me ha sido dado conocerlo, no lo he encontrado.

2) Pasemos ahora a los microcontratos, a esos pequeños negocios de la vida cotidiana. Danz da tres ejemplos, el del que entra a un restorán, el del que alquila un casa, y el del que pide prestado un paraguas. Dejamos a un lado el del alquiler, que al menos en nuestro ambiente debe ser considerado un macrocontrato, y que por la notoriedad que tiene el régimen sobre alquileres es difícil por no decir imposible encontrar alguien que ignore significación jurídica. Entro a un restorán, pido un paraguas; admitamos que sólo persiga el fin empírico de comer, guarecerme de la lluvia; pero pregúntese me si yo he pensado que tenía que pagar lo comido, devolver el paraguas, y sobre todo... pregúntese me si yo he pensado que en caso de no verificarlo me sometía a la coacción del Derecho; tal vez no lo haya pensado, pero si no lo he hecho es porque en cosa de tan poca monta no he perdido el tiempo en hacerlo, como no pierdo el tiempo en pensar el significado de los miles de pequeñas palabras que empleo en la vida diaria, en forma automática, sin que ello implique que ignore su significado y las quiera con ese significado.

Y todo eso es fijándome en su intención real. Pero ¿qué importa, según la tesis que yo defiendo la intención real? Para mí las palabras valen por su significado social; y "comprar" significa comprar, sea que se trate de una caja de fósforos o de un inmueble de gran valor.

## VI — *Peligrosa en sus consecuencias*

¿Tiene alguna importancia esta controversia? Danz, que puede ser estimado como el adalid de la disidencia, concluye afirmando que la polémica carece de importancia práctica. Me permito disentir, pues a mi ver, tomadas en estado puro las distintas teorías están cargadas de connotaciones ideológicas, e implican actitudes espirituales distintas ante la vida.

a) La doctrina de la intención jurídica edificada sobre la base de la teoría de la voluntad, es la expresión y la explosión del individualismo jurídico. La voluntad debe tener un fin jurídico; los efectos se producen porque han sido queridos y en cuanto han sido queridos. Cada hombre es el creador, el

sustentador, el aniquilador de su derecho. El Derecho objetivo sólo está para apoyar sus voliciones internas.

b) La doctrina de la intención empírica es totalitaria; el hombre no cuenta para nada; no interesa la idea de justicia que se haya formado al actuar; sólo se le respeta en cuanto expresamente protesta contra el Derecho, pero en forma negativa, a título de concesión; potencialmente el Derecho por sí lo puede todo.

c) La doctrina de la intención jurídica declarada, se coloca en cambio en una línea intermedia, en la corriente social que al Derecho corresponde. Se respeta la autonomía del hombre para querer o no querer, para hablar o para callar. Pero razones de seguridad jurídica imponen que el Derecho suponga que cuando habla utiliza las palabras en el mismo sentido en que lo hace la generalidad de los hombres, que esas palabras no son simples sonidos, vibraciones en el aire, sino receptáculos constantes de idénticos querer y sentir. La intención jurídica está en las palabras ¡basta!

Esa distinta actitud ideológica repercute en la protección de los intereses, y la teoría de la intención empírica se conjuga con la peligrosa y totalitaria doctrina de la función económico social del negocio.

Desde el punto de vista práctico una consecuente aplicación de la doctrina de la intención empírica debiera conducir a disolver la distinción entre negocio jurídico y simple acto voluntario, en desmedro de uno u otro, a borrar la distinción entre tratativas preliminares y negocio, y entre promesas de in contraendo y contrato definitivo, como asimismo a elevar todas las relaciones atípicas de la vida al grado jurídico.

Cuando la mentalidad totalitaria que se oculta tras la doctrina de la intención empírica la aplica a las relaciones concretas de la vida se producen consecuencias insospechadas.

Véase el siguiente caso juzgado según dos mentalidades distintas:

No es raro que las empresas —sobre todo en los países en que no existen regímenes de previsión— concedan a sus antiguos empleados una pensión. En el primer momento de desprendimiento por parte de la empresa, de euforia por parte del empleado, nadie pesa bien las palabras; viene luego el momento de depresión, de dificultades económicas por parte de la empresa y se plantea la pregunta: ¿está ésta obligada a seguir pasando la pensión?

Un caso de esta índole fue juzgado por la Court of Appeal de Londres, en la causa de Wyatt vs. Krelinger and Fernau; allí, entre otras consideracio-

nes los jueces indagaron si Krelinger and Fernau habían tenido la intención de contraer un vínculo jurídico.

Para un sistema jurídico como el nuestro, la cuestión se hubiera planteado tal vez con una serie de otros matices, porque aunque en la especie pudiera darse aparentemente una donación de prestaciones periódicas o vitalicias, visiblemente o se ha llenado la forma del art. 1810 y entonces la intención jurídica aparece clara, o no se ha llenado, y entonces no puede ser probada (art. 1812) por lo que bastaría con que Krelinger and Fernau dijeran que no entendieron obligarse jurídicamente para que fueran absueltos.

Pero cualquiera que sea el sistema a cuya luz se juzgue el asunto, lo cierto es que nos consta que la intención empírica fue de pasar una pensión vitalicia, pero que no hubo la intención de obligarse jurídicamente, por lo que Krelinger and Fernau no están obligados a seguir pasando la pensión.

Véase en cambio lo que ha ocurrido en nuestro medio, en nuestra industria madre: la azucarera. Era costumbre que las empresas concedieran una pensión a algunos de sus ex-empleados; en los años en que hablo, cuando el peso tenía otro valor, creo que era de \$ 50 mensuales. Pero en el año 1947 se dicta el Decreto n° 2.305 en cuyo anexo 1 se establece una escala de pensiones —según la antigüedad— que llega a \$ 80.

Aflora aquí la teoría de la intención empírica que no respeta para nada las voliciones de las partes.

Cabe preguntarse señores si una tendencia de tal tipo, aunque sea so color de actas, o de compromisos o de convenios colectivos, se desarrollara, ¿qué quedará del espíritu cristiano en las relaciones de la vida, qué del altruismo, del desprendimiento, de la nobleza, de todo aquello que empleando la expresión de Demogüe, constituye la grandeur de l'homme”?