

UN CÓDIGO DE LAS OBLIGACIONES PARA AMÉRICA LATINA. RELEER LOS DIGESTA DE JUSTINIANO*

SANDRO SCHIPANI**

Resumen:

Este trabajo del profesor Sandro Schipani debe apreciarse en el marco de la renovación del interés en el derecho romano en América Latina y en particular del esfuerzo por alcanzar la unificación del derecho de las obligaciones. El autor conduce una exploración de las fuentes para fundamentar una particular e interesante relectura de los Digestos de Justiniano. El objetivo de tal esfuerzo es sustentar aportes significativos en relación con la noción científica de contrato, al respecto de lo cual el autor sugiere explorar la conveniencia de una noción de contrato aún más restringida que las habituales, pero que igualmente sirva para resaltar las exigencias fundamentales de equidad y transparencia. Estas exigencias encontrarían debido resguardo en una convención de los contratantes expresiva de un 'querer' cumplir prestaciones recíprocas, donde –por consiguiente– la prestación (o las prestaciones) de una de las partes encuentre su justificación y justa medida en aquella (o aquellas) de la otra.

Palabras clave: Derecho Romano, Digestos de Justiniano, Derecho de las obligaciones, América Latina.

* Relación presentada en "Coloquio para la armonización del Derecho Privado Latinoamericano", Rosario (Argentina), y publicada en Roma e America. Diritto romano comune. Rivista di diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina, número 26. Ed. Mucchi, Modena, Italia, pp. 49 y ss.

** Profesor de la Universidad de Roma "La Sapienza". Autor de una extensa obra en Derecho Romano. El Dr. Schipani mantiene estrechos vínculos académicos con instituciones de América Latina.

Abstract

The article of Professor Sandro Schipani is part of his contribution to the renewed interest in Roman law in Latin America and in particular to the attempt to achieve unification of the law of obligations. The author explores the sources in order to accomplish a particular and interesting reading of the Digest of Justinian. The main objective of this effort is to support significant proposals in relation to the scientific notion of contract, for which the author suggests to explore the desirability of a notion of contract even more restricted than the usual, but that also serves to highlight the fundamental requirements of equity and transparency. These demands would find assurance in an agreement among the contractors expressive of a search of mutual benefits where, consequently, the benefit (or benefits) of a party is justified and fairly secured by that (or those) of the other.

Keywords: Roman Law, Digest of Justinian, Law of obligations, Latin America.

I. PREMISA. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

La unificación del derecho de las obligaciones en América Latina ya desde hace tiempo viene siendo objeto de numerosos aportes científicos¹.

He comenzado a participar de esta temática en los Congresos Latinoamericanos de derecho romano (Buenos Aires, 1976; Jalapa, 1978, nótese que en esta segunda ocasión fue aprobado un documento propuesto por el jurista brasileño Limongi França). Así es que estaba madurando en América Latina la idea de los 'códigos tipo/códigos modelo'. La iniciativa fue recepcionada en algunos sectores disciplinarios de la ciencia jurídica, tales como el derecho penal, el derecho procesal, el derecho tributario, el derecho del trabajo, e incluso en el ámbito del derecho comercial (recuerdo en este sentido el estatuto para la empresa del Mercosur). En materia de derecho de las obligaciones se ha discutido la idea de adoptar el *Proyecto franco-italiano de código de las obligaciones* de 1927². En Bogotá fueron realizados cuatro Coloquios científicos expresamente dedicados a un código tipo (1996, 1999, 2001 y 2009³); y me-

1 Quisiera recordar la contribución de L. De Gásperi (La Ley, 1936,II,131), y las aparecidas en el Boletín del Instituto de Derecho Civil de la Universidad de Córdoba (1943-1944-1945), y también las contribuciones de M. Rotondi, I. Winizky, F. Fueyo Laneri, J. Melich Orsini, M. Boffi Boggero, T. Popescu en Rev. Fac. Derecho (Univ. Central de Venezuela), 39,1968, 9ss.; 41,1968, 9ss.; 46,1970, 105 ss. e 149 ss.; 48,1971, 9 ss.; 50,1971, 9 ss.

2 M. Rotondi, *Inchieste di diritto comparato*, 8, Padova, 1980.

3 A.A.V.V., *El Contrato en el Sistema Jurídico Latinoamericano. Bases para un Código latinoamericano tipo*, Bogotá, 1998; A.A.V.V., *El Contrato en el Sistema Jurídico Latinoamericano. Bases para un Código*

diante una actividad de cooperación interuniversitaria sostenida en el marco del programa *America Latina Formazione Accademica (ALFA)*, un significativo grupo de universidades latinoamericanas y europeas contribuyeron para la realización de tres cursos de Master sobre este tema que han tenido sede en Roma, y con motivo de los cuales oportunamente también se llevaron a cabo respectivos Coloquios científicos.

En relación al derecho de las obligaciones, las dificultades constatadas —en un esfuerzo de síntesis— se refieren a la difundida separación entre codificación civil y comercial, que luego se traduce en una serie de problemas puntuales; así respecto al orden sistemático de la materia, tanto por la inclusión o no en los códigos civiles de una parte relativa al negocio jurídico, como por la adopción en algunos ordenamientos de la eficacia real del contrato, y, en general, por las reelaboraciones dogmáticas de algunas partes de la materia, con el consiguiente problema de la colocación sistemática. Sin embargo, a estas dificultades no le es reconocida una relevancia tal como para ser consideradas un impedimento insalvable, sino que —por el contrario— se trata de simples problemas que no deben soslayarse, existiendo concordia en sostener la factibilidad de la obra. Quizá las dificultades principales son, por un lado, la debilidad del apoyo que se requiere de la voluntad política y de las convenciones relativas a los procesos de integración en marcha (en primer lugar las instituciones del Mercosur), colocándose a la par la ‘fuerza residual’ y la ‘viscosidad’ del orden actual, así como la idea que la integración no exija un derecho común que supere los actuales particularismos; y, por otro lado, las presiones de origen diverso que contrastan con la consciencia acerca de la importancia de la dimensión latinoamericana en el contexto de la denominada globalización económica.

Entiendo, además, que el movimiento impulsado mediante los eventos científicos anteriormente recordados pueda expandirse, y confío en que el presente Coloquio sea un momento demostrativo de esta expansión en una perspectiva de búsqueda de la eficacia, que requiere de *qualitas doctrinae* y de una recepción de las propuestas a través de un consenso extendido entre los colegas.

A esta altura de la exposición las conclusiones que podemos formular son las siguientes:

- a) sobre el tema se han ocupado tanto civilistas como romanistas, e inclusive algunos valiosos aportes relativos al sistema y a la unificación del derecho provienen de los teóricos generales o filósofos del derecho. Por lo tanto,

latinoamericano tipo, II, Bogotá, 2001; A.A.V.V., *II° Coloquio Internacional de iusprivatistas su: "Roma y America. Para la armonización del Derecho privado latinoamericano"*, Bogotá (en imprenta).

será provechoso proseguir con esta fórmula de colaboración interdisciplinaria, afirmando e intentado extender la consistencia del presente núcleo inicial de estudiosos del derecho civil y del derecho romano, en esta doble composición de base;

- b) de gran utilidad será elaborar un archivo electrónico que incluya los escritos más significativos sobre la materia, de modo que pueda ser accesible para la consulta por todos los participantes del proyecto y/o por todos aquellos que estuvieren interesados. Se trata de la necesidad de conservar los aportes ya efectuados (algunos de los cuales son verdaderamente preciosos) y de reflexionar a su respecto, lo cual me parece de importancia capital (cfr. *infra*);
- c) es posible y útil además organizar cursos de post-grado (de Master) o dirigir tesis de Doctorado sobre el tema. La Universidad de Roma "*Tor Vergata*" (a la cual ahora se ha sumado la Universidad "*La Sapienza*") viene trabajando en este sentido; y, mientras agradece a quienes ya han colaborado, solicita a ellos y también a los otros colegas Latinoamericanos de proseguir con este esfuerzo de colaboración en aras de lograr una multiplicación de las iniciativas, para lo cual también resulta importante una adecuada coordinación de las mismas;
- d) desde un punto de vista general, un gran aporte confluyen y lo seguirán haciendo los cursos sobre 'Principios/Fundamentos' de derecho latinoamericano que progresivamente se van difundiendo en América Latina.

II. LA IMPORTANCIA DE LOS "LINEAMIENTOS METODOLOGICOS PARA LA REALIZACION DE ESTUDIOS DE ARMONIZACION LEGISLATIVA" DEL PARLAMENTO LATINOAMERICANO

El documento que en el año 2003 emitió el Parlamento Latinoamericano y lleva por título: *Lineamientos metodológicos para la realización de estudios de armonización legislativa* (que se encuentra a disposición de los participantes de este Coloquio en el *sitio- web* respectivo, como he anticipado), constituye a mi criterio una importante contribución para iniciar nuestros trabajos.

No me detengo en referencias relativas a los procesos de integración en América Latina. La aspiración hacia formas de unidad política en el continente ya estaban presentes mientras tenía lugar la gran Revolución por la Independencia; posteriormente (en la segunda mitad de 1800), el nombre mismo 'América Latina' emerge en los escritos de Francisco Bilbao y José María Torres Caicedo, justamente en

alusión a proyectos dirigidos a concretar dicha unidad⁴. Si bien el Parlamento Latinoamericano cuenta con un sistema de elección de segundo grado, que reduce la relación con los ciudadanos (aunque cabe apuntar que este sistema también ha caracterizado al Parlamento Europeo por muchos años), en definitiva representa a todos los pueblos del continente, y por consiguiente constituye —a partir de los últimos decenios del siglo pasado— la expresión emblemáticamente más elevada e incluyente de tales diseños. Aún con los límites de competencia que actualmente tiene, el mismo —representando los pueblos y su potestad— constituye también el poder legislativo que, para nuestro sistema jurídico, las leyes de las XII Tablas ya en el V siglo a.C. confirmaban que residía en el pueblo.

El esfuerzo por simplificar al máximo la indicación de los motivos por los cuales corresponde continuar la “armonización legislativa” en América Latina, la ambición de los objetivos y la prudencia en la graduación de los mismos, son todos aspectos que caracterizan al documento en examen y, entiendo por tanto que expresan una actitud realista que nosotros deberíamos también asumir.

En el documento en cuestión se individualizan diversos niveles que puede proponerse el legislador en su actividad cuando opera en el actual contexto institucional Latinoamericano. En este sentido, se enuncian las siguientes tareas: «a) estudios de legislación comparada», precisándose a propósito, a través de la identificación de dos niveles sucesivos, que «[...] consiste en la recopilación, revisión y análisis, tanto de los cuerpos jurídicos que norman la acción sobre la materia de que se trate, en los países Latinoamericanos, como de todo estudio o antecedente que exista»; «b) definición de los grandes principios y fundamentos»; «c) propuestas de armonización relativa»; «d) propuestas de armonización absoluta»; y, «e) elaboración de códigos y otros cuerpos jurídicos de carácter *marco* que para los efectos de este documento denominaremos simplemente como *código o código marco*». Estas actividades representan momentos ideales del trabajo, es decir desde la comparación, pasando por la individualización de los principios y fundamentos comunes, hasta la elección de una solución unificadora en una perspectiva Latinoamericanocéntrica.

De todos estos momentos que el documento luego puntualiza, quiero destacar la correspondencia sustancial que existe con textos Latinoamericanos bien conocidos y utilizados por todos ustedes. Así, pienso —en orden cronológico— en la comparación e individualización de la solución mejor que resulta de las notas puestas por Tristán Narvaja al Proyecto de Código civil para la Repú-

4 Cfr. Francisco Bilbao, *El Evangelio Americano*, 1864; J. M. Torres Caicedo, *Unión Latino-Americana. Pensamiento de Bolívar para formar una Liga Americana*, París, 1865.

blica Oriental del Uruguay; en aquella desarrollada con mayor amplitud por Freitas en las notas a su *Consolidação* y después al *Esboço*; por Vélez Sársfield al Código civil argentino; por Clovis Bevilacqua a la Edición histórica del Código civil brasileño de 1916; inclusive recientemente por el documento inédito sobre los trabajos preparatorios del Código civil de Cuba (1983); o bien por el texto al cuidado de C. Morales Guillén del Código civil boliviano de 1976 (otros textos pueden escapar de mi memoria). Ahora bien, con excepción del último texto citado, tales precedentes reflejan el recorrido –esquemático y sedimentado– transitado por el autor del articulado. En Europa el conocido *Proyecto* de García Goyena es un texto de índole similar; y también cabría mencionar el denominado Proyecto Lando de los *Principios de derecho europeo de los contratos* [en italiano ed. Giuffrè, Milán], cuya actualidad y el propósito que lo inspira hacen que se encuentre mucho más cercano a los problemas que aquí estamos tratando. Si bien los comentarios y notas del Proyecto Lando resultan por lo general de carácter descriptivo, ofrecen una documentación –y creo que esto sea importante– aun con mayor extensión que la que nos proporcionan Freitas, Vélez Sársfield o Bevilacqua. Empero, a diferencia de éstos últimos, entiendo que procuren en menor medida una reconstrucción de los ‘principios y fundamentos’ y de las soluciones consecuentes.

Este método guarda una cierta y no casual correspondencia con aquel que fuera propuesto por Justiniano a sus juristas para que, frente al *ius controversum* presente en los escritos científicos de los juristas anteriores y por tanto a la pluralidad de soluciones, no aplicasen más el método de la denominada ‘ley de citas’. Como sabemos, esta última recurría al criterio formal representado por la mayoría de adhesiones a una solución y en base una jerarquía preestablecida entre los juristas, mientras que Justiniano –en cambio– proponía comparar todas las soluciones y seleccionar aquello que se considerara para cada problema específico “mejor y más justo”⁵.

Asimismo, considero importante destacar la dimensión latinoamericanocéntrica que se caracteriza ante todo por un enfoque que reconoce su eje en el sistema jurídico Latinoamericano con sus coherencias y potencialidades, y posteriormente por el ensanchamiento de la visión en miras de incluir otros aportes que pueden ser valiosos. Estos deberían ser buscados en primer lugar en el cuadro del sistema jurídico romanista en su conjunto (es decir en el ámbito de la comunicación entre las experiencias de los ordenamientos y de los subsistemas que se encuentran más próximos⁶), y luego en cada uno de

5 Cfr. C. 1,17,1,6 (Constitución *Deo autore*)

6 Sobre la ‘comunicación’ con los ordenamientos más próximos cfr. G. GORLA, *Il ricorso alla legge di*

los restantes complejos de experiencia jurídica, pero siempre conservando la capacidad de resistencia asimiladora de los principios propios a fin de que no se resienta la coherencia interna del sistema⁷.

En mérito a este examen sumario del documento del Parlatino se pueden formular las siguientes observaciones:

- a) en primer término, pienso que será fundamental informar al Parlatino de la actividad que estamos realizando, y si —como espero— la misma logra tener acogida, corresponderá actuar para madurar un contacto tal a fin de incorporar formalmente dichas actividades dentro de los objetivos del Parlatino;
- b) el trabajo a desarrollar podría iniciarse con el reconocimiento e identificación de la peculiaridad del sistema jurídico Latinoamericano en sus diversos aspectos, materializándose las conclusiones en 'fichas'. Estas serían redactadas según el esquema de las notas de Bevilacqua: derecho romano, derecho intermedio, códigos latinoamericanos (u otros textos legislativos, o convenciones internacionales, etc.) con su correspondiente doctrina, sin excluir la doctrina que pueda deducirse mediante el examen crítico de las decisiones de los tribunales superiores. De esta manera quedaría explicitada la tarea de reconstrucción-elaboración de los conceptos, principios, institutos y normas con el objeto de alcanzar la determinación de la mejor solución, con un tránsito que va desde la recopilación de los datos, pasando por su organización y elaboración reconstructiva. Este reconocimiento deberá estar también atento a la comunicación particular y privilegiada que se verifica dentro del sistema jurídico romanista. Se examinarán posteriormente eventuales aportes que pueden inferirse de los institutos y normas presentes en otros complejos de experiencia jurídica;
- c) en definitiva, la perspectiva Latinoamericanocéntrica no importa un límite a la recopilación de informaciones, sino que simplemente es expresiva de la adhesión a la realidad del sistema (de sus principios y de sus coherencias internas) que corresponde llevar a efecto.

un "luogo vicino" nell'ambito del diritto comune europeo, in *Foro italiano*, 1973, V, 89 ss.

7 Nótese que esta atención prioritaria al sistema jurídico Latinoamericano evidentemente no puede deducirse de las notas colocadas en los códigos civiles citados que han sido los instrumentos mediante los cuales quedó perfeccionada la 'transfusión' [A. Díaz Biallet] del derecho romano en América Latina. Así, a través de dichos códigos, fue puesta en marcha la idea de hacer definitivamente propio el sistema jurídico romanista para la América Latina independiente, portadora de un centro autónomo de desarrollo de aquel, que funda y exige la perspectiva Latinoamericanocéntrica de la que estamos hablando.

III. LAS IMPLICANCIAS DEL RECONOCIMIENTO DE LA UNIDAD Y ESPECIFICIDAD DEL SISTEMA JURÍDICO LATINOAMERICANO COMO SUBSISTEMA DEL SISTEMA JURÍDICO ROMANISTA: LA ARMONIZACIÓN INTERPRETATIVA; LA INTEGRACIÓN DE LAS LAGUNAS (ENTRE LAS CUALES AQUELLA DEPENDIENTE DE LAS NOVEDADES DE LOS ACTUALES PROCESOS DE INTEGRACIÓN SUPRANACIONAL); EL APOORTE PARA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO EN EL CONTINENTE; EL APOORTE PARA LA FORMACIÓN DEL IUS GENTIUM ACTUAL EN LA DINÁMICA DE LOS GRANDES SISTEMAS JURÍDICOS.

El sistema jurídico Latinoamericano comienza la etapa de su formación a partir del arribo de Cristóbal Colón en tierra americana. Asistimos, entonces, al encuentro entre sistema jurídico romanista, tradición ibérica del mismo (representada esta última ante todo por las *Siete Partidas*) y «costumbres y formas de vivir» de origen pre-colombino que fueron reconocidas e incluidas en una cornisa unitaria sistemática. Este proceso, luego, con la Independencia alcanza su maduración, y en el contexto de la reflexión sistemológica iniciada en la segunda mitad de 1800 por obra de la doctrina jurídica latinoamericana, viene definitivamente formulado el reconocimiento a nivel científico de su unidad y especificidad en el interior del sistema jurídico romanista.

Una de las características salientes del sistema Latinoamericano es que en su seno el nacionalismo jurídico estatal-legalista jamás ha llegado a tener un rol preponderante, y así la operatividad del derecho común Latinoamericano logró ser preservada sin que haya sido nunca negada. En otras palabras, en el sistema Latinoamericano si bien está presente el modelo del estado moderno territorial nacional, no ha sido acogido el planteo del cierre del ordenamiento jurídico sobre sí mismo y del monopolio del estado en la producción e interpretación del derecho. Esta solución fue introducida por primera vez de manera aislada en Prusia (ALR/1794, precedido del *privilegium de non appellando*) y luego deviene hegemónica en Europa a fines de 1800 a causa de dicho nacionalismo, que produjo un nuevo particularismo y no estuvo en condiciones de resistir a los abusos del referido monopolio del estado.

- a) El reconocimiento del sistema tiene implicancias operativas en el sentido de que el desarrollo del derecho en su interior está orientado por principios y fundamentos comunes, y esto se verifica especialmente en relación a la interpretación que –por tanto– debe presuponer y propender a la *consonantia* ‘armonía y coherencia sistemática’ de todas las normas del sistema. Se puede decir –simplificando mucho– que, a partir del reconocimiento del Sistema, se consigue que la interpretación e integración de

las normas sea realizada a la luz del mismo, de la cual se obtiene su armonización hermenéutica.

- b) Además, en los actuales procesos de integración supranacional (que no habían sido previstos en 1800), se verifica una actividad negocial entre sujetos que pertenecen a los países involucrados en dichos procesos, y esta no coincide con la actividad de los sujetos de un mismo país, ni con aquella que presenta elementos de internacionalidad en sentido propio. Las normas de derecho internacional privado no han contemplado esta situación y por ende se debe reconocer la existencia de una laguna en las leyes sobre el punto. Es singular como a veces estamos demasiado atentos a pequeñas novedades y como se nos pasa por alto en cambio esta excepcional novedad, dada por las relaciones entre sujetos pertenecientes a los ordenamientos comprendidos en los procesos de integración en marcha, y que –por lo general– se busca de reconducirlas dentro de los esquemas del derecho internacional privado clásico (interestatal). Después del fracaso del Congreso de Lima de 1875, en el cual se discutió sobre la posibilidad de adoptar un derecho civil común para América Latina, se pasó a la idea de un derecho internacional privado uniforme. Empero, esta solución ignora la específica dimensión de las relaciones con elementos de internacionalidad que se producen dentro de América Latina, y tampoco es una solución adecuada en orden a la específica dimensión de los procesos de integración en los cuales tales relaciones asumen una especificidad que estrictamente no es interna ni internacional⁸. Si se reconoce que los procesos de integración hoy en marcha no están previstos en el ámbito del Derecho internacional privado, se debe admitir que nos encontramos frente a una laguna, y como en los supuestos de lagunas corresponde recurrir a los principios generales, así se debería hacer en este caso echando mano a los principios propios del sistema jurídico latinoamericano⁹.
- c) En fin, es cierto que el sistema común del derecho romano no configura un derecho generalmente uniforme, sino que incluye una variedad de derechos civiles, y aunque pareciera que son ámbitos en los cuales una uniformidad no es recomendable ni factible, en algunos sectores la uniformidad es perfectamente posible y más aún aconsejable, tal como en el de las

8 Sobre la Conferencia de Lima cfr. J. Samtleben, *Derecho internacional privado en América Latina. Teoría y Práctica del Código Bustamante*, I, Buenos Aires, 1983, 10 ss.

9 Se podría trazar un paralelo con el derecho romano, cuando entre los ciudadanos y los extranjeros existía la categoría de los que gozaban entre sí del *ius commercii*, que era un derecho común a ellos y así formaban parte de un proceso de integración: el *foedus Cassianum*.

obligaciones. El reconocimiento de la unidad y especificidad del sistema jurídico Latinoamericano, entonces, constituye –como ha sido admitido en diversas ocasiones– la base para la unificación del derecho en materia de obligaciones. Aquí encuentra un camino más fácil que en otros contextos, como por ejemplo el europeo donde coexisten sistemas jurídicos diversos, o aquel a escala universal que también es de gran importancia y para el cual –como es sabido– hay valiosas iniciativas en curso.

- d) Justamente en relación a la elaboración de un derecho universal uniforme, pienso que también deba ser tenido en consideración el reconocimiento del sistema jurídico Latinoamericano. En orden a los *Principios* de Unidroit ya se había abierto esta discusión, destacándose –entre otras cosas– la asimetría a veces presente en las posiciones de las partes contratantes y la necesidad de ponderarlas especialmente¹⁰. La experiencia de la deuda internacional y de las modalidades en base a las cuales la misma ha sido tratada, llevó asimismo a evidenciar puntos críticos de tales modalidades de gestión, así como también principios fundamentales que no han sido respetados y los daños causados por la forzada renuncia al propio derecho. De aquí, la importancia de una tempestiva y unitaria afirmación de los principios del derecho latinoamericano en el contexto internacional, de su reconocimiento y respeto en estos tipos particulares de actividad negocial e incluso –no vacilo en decir– en las actividades negociales en general. El sistema Latinoamericano ha dado claras muestras de su capacidad para ser portador de un patrimonio que se evidencia más adecuado para la tutela de los derechos humanos, en especial de las partes más débiles y/o pertenecientes a los países económicamente más vulnerables, y este aporte es sumamente importante en la formación del *ius gentium* que corre en nuestros días¹¹.

IV. LA NECESIDAD DE UN “CÓDIGO”

A fin de que el sistema pueda desarrollar toda su potencialidad en los diversos niveles que esquemáticamente he enunciado, falta aún el instrumento representado por el esfuerzo constructivo que cabe exigir de la ciencia jurídica, y así poder materializar definitivamente los resultados en un *corpus* unitario.

10 Cfr. los Congresos de Roma (A.A.V.V., I ‘*Principi per i contratti commerciali internazionali*’ e il sistema latinoamericano, al cuidado de M. J. Bonell - S. Schipani, Padua, 1996), y de Valencia (A.A.V.V., *Los Principios de Unidroit: ¿un derecho común de los contratos para las Américas?*, Roma 1998, 256 ss.).

11 Cfr. Parlamento Latinoamericano, Conclusões do Seminário sobre: “Divida externa dos Países em desenvolvimento” (São Paulo, 11/11/2007), en *Roma e America. Diritto romano comune*, 23/2007, 323 s.

Nuestro sistema jurídico se funda en la ley, en el edicto del pretor (el gran ausente ya en la época de Justiniano), en la obra de los juristas y en la costumbre.

Los códigos esencialmente son el fruto de la convergencia de la actividad científica de los juristas y de la voluntad del legislador. Así es que la ciencia jurídica latinoamericana, en tanto ya ha reconocido la especificidad y unidad del propio sistema, debe hacerse cargo de elaborar el renovado derecho común de América Latina. Un *corpus* de principios y reglas producido por la misma, el texto de un articulado por ella redactado e integrado en el sistema, haría practicable en lo cotidiano la 'realidad' del mismo en sus diversas dimensiones. Y luego, el apoyo del Parlamento Latinoamericano resultará fundamental para la consolidación de estos objetivos.

Sobre este punto las conclusiones son que:

- a) el código Latinoamericano de las obligaciones encuentra aplicación en los países de América Latina entre los cuales están en marcha (o entrarán en lo sucesivo) procesos de integración supranacional o bien otras formas de unión tendientes a facilitar e intensificar las relaciones entre los ciudadanos de los países comprometidos;
- b) dicho código tenga aplicación incluso fuera de tal ámbito, siempre que las partes reenvíen voluntariamente al mismo;
- c) los principios dispuestos en la base de este código sean funcionales asimismo para orientar y armonizar unitariamente la interpretación de los respectivos ordenamientos estatales;
- d) y finalmente, como '*Código marco*', sirva para guiar la producción de eventuales reformas en los respectivos códigos.

V. CENTRALIDAD DE LAS OBLIGACIONES. LA RELECTURA DE LOS DIGESTA Y LA TUTELA DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA DINÁMICA DE LA OBLIGACIÓN

La individualización de las obligaciones es un importante y característico aporte del derecho romano. El más antiguo sistema de relaciones sociales y jurídicas parece constituido en gran medida por posiciones potestativas, y se discute si también aquel que posteriormente llegó a ser el vínculo obligatorio pudo haber aparecido originariamente en el seno de este tipo de relaciones. En esta discusión se hace referencia a la situación en la cual el 'ob-ligado', es decir 'ligado en razón del' cumplimiento de una prestación, lo estaba en virtud de 'vínculos materiales' (jurídicamente regulados), y –por tanto– si bien continuaba siendo hombre libre quedaba sometido al poder del acreedor, mientras

que el cumplimiento debía ser llevado a cabo por un tercero que, teniendo en cuenta la conducta debida, ‘disolvía’ al ‘responsable’ de tal vínculo material de sujeción. Omitiendo considerar los pasos intermedios, es cierto que la ‘obligación’ en sentido propio nace recién cuando dicho vínculo material pasa a ser un vínculo meramente jurídico, y –en consecuencia– queda puesta en primer plano ya no la sujeción personal a una potestad ajena, sino la necesidad jurídica de cumplir. Así es que esta última viene adosada a la misma persona ‘obligada’ que resulta constreñida a una colaboración, y que –en caso de eventual incumplimiento– responde exclusivamente con su patrimonio, sin que su libertad personal sufra restricciones aun en la hipótesis de insuficiencia de dicho patrimonio en relación al valor de la prestación. La obligación, así separada de las relaciones de sujeción, se distingue de los diversos deberes jurídicos (generales o particulares), cargas, etc. La obligación, toda vez que hace jurídicamente necesarias las conductas del obligado que es precisamente compelido a cumplir las prestaciones (principales y accesorias), viene definida, delimitada en sus posibles contenidos y alcances, a través de una constante labor de interpretación jurídica y de control de dichas prestaciones –en nombre de la licitud, la buena fe, la equidad, la diligencia, los usos, las leyes, etc.–, que variadamente los distintos sujetos proponen con su voluntad. En esta obra de ‘construcción-definición’ se evidencia como emerge el aporte de las luchas sociales, así como el valor de la ley (solo basta recordar las leyes para limitar los intereses y la famosa *lex Poetelia* que ha afirmado que los deudores no debían más estar sujetos a vínculos materiales) y también el de la ciencia jurídica.

Elaborada unitariamente en primer lugar a través de la acción *in personam*, luego incorporada en las Instituciones de Gayo (Gai. 3,88), y posteriormente en las de Justiniano (J. 3,13 pr.), como uno de los institutos sistemáticos de base para la organización de la materia en el ámbito de las relaciones patrimoniales (*res corporales-incorporales*), en torno a la definición de obligación se ha construido su respectiva parte general que constantemente continúa a desarrollarse y perfeccionarse, encontrando amplia acogida en el sistema jurídico Latinoamericano.

La ciencia jurídica que ha elaborado la “parte general” de las obligaciones en los códigos Latinoamericanos, ha luego proseguido su trabajo adecuándola a las exigencias prácticas en continua mutación. Si bien es verdad que la obligación cuyo objeto es una prestación de ‘dar’ haya prevalecido en la primera fase de elaboración de dicha parte general (condicionando por ende algunas de las reglas), es igualmente verdad que la relevancia de las actividades que venían incluidas en el ‘hacer’ ha después hecho sentir su voz. Por último, el extraordi-

nario crecimiento de los ‘servicios’ ha modificado la realidad, comprometiendo una mayor atención por determinados aspectos y exigencias de la conducta debida, incluso tipificando otras prestaciones además de las principales. En este sentido, considero fundamental y proficuo efectuar una ‘relectura’ de los Digestos de Justiniano que vaya más allá tanto –por ejemplo– de Pothier o del Pandectismo alemán, como de Bello, de Freitas o de Vélez. Así por ejemplo, el problema de la denominada ‘imposibilidad de la prestación’ ha sido ya agudamente discutido a la luz de tal relectura¹², como también el rol de la diligencia, la llamada obligación de resultado, la garantía por la calidad del producto, la aprobación de la obra, la *datio in solutum*, etc.

Sin embargo, quiero ahora indicar la importancia del hecho que la mentada ‘relectura’ concierna a institutos que han aparecidos en otros momentos obsoletos y no fueron recogidos en los códigos. Puramente a título de ejemplo, se puede leer D. 17,2,63 pr. En este texto se hace referencia al *beneficium competentiae/condemnatio in id quod facere potest* (“condena a lo que pueden hacer”), en base al cual el ya recordado límite de la patrimonialidad de la responsabilidad del obligado, que no respondía más –como ya he destacado– con su persona sino solamente con su patrimonio, encuentra un posterior desarrollo en nombre de la *fraternitas*/‘fraternidad’, por lo cual la salvaguardia de la persona exige que no quede reducida a la miseria, y paraliza la ejecución patrimonial dentro de ciertos límites que los tiempos y las situaciones generales variamente concretizan y que hoy podemos indicar en la garantía que exige el respeto por la vida, la salud, la familia y la vivienda¹³.

VI. LAS FUENTES DE LAS OBLIGACIONES ENTRE FIGURAS GENERALES Y TIPICIDAD: LA RELECTURA DE LOS DIGESTA Y EL ENFOQUE DE GAYO (D. 44,7,1 PR.) Y DE LABEÓN (D. 50,16,19 Y LAS REGLAS OPERATIVAS CONEXAS), Y EL EMPLEO DE LA ANALOGÍA

La unificación del derecho ha tenido lugar generalmente con relación a institutos bien circunscriptos. Pensemos, por ejemplo, en la letra de cambio, en la compraventa de cosas muebles, o en la tutela del consumidor (si bien este ámbito goza de mayor extensión que los anteriores).

La problemática de las obligaciones nos remite al examen de sus fuentes, y en este sentido juega un papel dominante el ya citado texto de las Institu-

12 Cfr. R. CARDILLI, “Bona fides” tra storia e sistema, Turín, 2004.

13 Este tema ha sido tratado por V. ABELENDA en su tesis de doctorado, la cual espero sea próximamente publicada.

ciones de Gayo (Gai. 3,88), con la conocida bipartición: 'contrato-delito', cuyo carácter sumario en principio se inspira en razones didácticas, aunque tales formulaciones simplificadas se usan a veces también por brevedad¹⁴. Dicha bipartición, de todos modos viene luego corregida e integrada en las Instituciones de Justiniano (3,13,2), que la transforman en la cuatripartición 'contrato-como de contrato-delito-como de delito'.

La relectura de los Digestos, sin embargo, nos ofrece también otro modo de corregir la bipartición en D. 44,7,1 pr., texto que también corresponde a Gayo, extraído de sus *res cottidianae* (obra posterior y más profundizada que las Instituciones), en el que propone la tripartición 'contrato-delito-varias causas típicas'.

En realidad, este texto ha sido objeto de muchas discusiones e inclusive se ha impugnado que su autoría correspondiese a Gayo. No obstante, tanto la imposibilidad de atribuir a Gayo la idea de que dicha bipartición fuese exhaustiva y que no fuese solo una simplificación didáctica, como en particular el modo de proceder de Gayo en la ejemplificación sucesiva¹⁵, inducen a considerar que es genuina la tripartición. La misma se encuentra, pues, en sintonía con un uso equilibrado de la analogía, como parece derivar de la fijación del edicto perpetuo que había acaecido pocos decenios antes¹⁶.

Este planteamiento tiene seguramente ventajas, a saber: se renuncia a reconducir las *fattispecies* que no constituyen contratos o delitos dentro de las categorías generales de las cuales no puedan definirse sus elementos constitutivos comunes; y se adecua por tanto explícitamente a la tipicidad y a la posibilidad de aplicar la analogía sobre la base de una verificación atenta de la efectiva presencia de los presupuestos en cada instituto típico para que aquella proceda. A primera vista parece que los códigos sigan las Instituciones de Justiniano, pero luego a menudo funden en una sola las dos categorías de delito y de cuasi-delito, y, al mismo tiempo, no ofrecen indicaciones para precisar cuales sean los elementos constitutivos comunes del cuasi-contrato, por lo cual éste viene a corresponder –no obstante la denominación– a la categoría de las varias causas típicas.

En suma, entiendo que dicha tripartición pueda ser de utilidad para nuestro

14 Cfr., por ejemplo, en los mismos textos justinianos J. 4,6,1. Puede también señalarse que la bipartición tiende asimismo a ser exhaustiva a través de un uso del término 'contrato' bastante genérico, por lo cual queda incluida en el mismo la *negotiorum gestio* en D. 3,5,15 (16), la tutela en D. 13,5,1,6, la *communio* en D. 42,4,3 pr., el testamento en D. 45,2,9 pr., el legado en D. 50,17,19 pr. No obstante, no es este empleo del vocablo 'contrato' que técnicamente se fija.

15 Cfr. D. 44,7,5.

16 Cfr. Const. Tanta, § 18 (in fine): «[...] si algo no se encontrara consignado en el edicto, pudiese resolverlo una nueva autoridad, según las reglas, las conjeturas y las analogías de aquel».

trabajo, aunque esta conclusión requiere al menos otras dos puntualizaciones.

En primer lugar, cabe tener presente que el sistema jurídico Latinoamericano ha elaborado y fijado en algunos de sus códigos asimismo la categoría del acto/negocio jurídico, cuyos efectos pueden ser diversos. Es verdad también que en tales códigos, dentro de dicha categoría científica de mayor extensión y generalidad, se distinguen los institutos que son fuente de obligaciones (o que inciden sobre las vicisitudes de las obligaciones) de los restantes, como aquellos acuerdos con eficacia real o el testamento. Es, pues, igualmente verdad que en un significativo grupo de los códigos que non han acogido la mencionada categoría general, el contrato no se ha desarrollado en una dirección que tienda a generalizarlo (es decir, no se ha desarrollado hacia la asunción del rol de acto jurídico bilateral, como *v.gr.* ha sucedido en Italia). No obstante algunas importantes orientaciones, se debe decir que el sistema Latinoamericano está caracterizado por una perspectiva más directamente romanista que marca una separación entre los actos con eficacia real y los contratos, estos últimos con eficacia obligatoria¹⁷.

La posibilidad de atribuir al contrato una eficacia más extendida –tanto real como obligatoria– propia de la experiencia ítalo-francesa, podría estar sometida a la voluntad explícita de las partes, o podría también ser presunta (salvo prueba en contrario), en los casos que ambas partes pertenezcan a ordenamientos cuyos códigos la prevén¹⁸.

En segundo lugar, la tripartición en examen impone un orden de la materia que no incluye el tratamiento del hecho, del acto o del negocio jurídico, volviendo a incluir en la parte relativa al contrato también aquellos argumentos que han sido incluidos en la disciplina de tales categorías más generales, con generalizaciones que son todavía objeto de incertidumbres o de críticas, o que requieren enunciados normativos que derogan las mismas. De este modo se enfoca además la distinción entre las materias que se refieren a la obligación y aquellas que se refieren al contrato que comportará ciertamente, en varios casos, discusiones. Adviértase que entre los Códigos Latinoamericanos más ilustres – una vez dejada de lado una parte general sobre el hecho, acto, negocio jurídico –, es sin duda el de A. Bello al cual es dable recurrir como punto de partida para la sistematización de la materia. Es cierto que los desarrollos de la Ciencia jurídica siguen modifi-

17 Cfr. S. Schipani, *Las definiciones de contrato del sistema jurídico latinoamericano*, en A.A.V.V., *El contrato en el sistema jurídico latinoamericano. Bases para un código latinoamericano tipo*, Bogotá, 2001, 13 ss.

18 Este enfoque por tanto sería diferente de aquel del *Code européen* de GANDOLFI, que en cambio prevé la posibilidad de otros efectos, a más de aquellos obligatorios, en un idéntico plano (art. 1, inc. 1).

cando en diversos aspectos la sistematización de la materia, y, a este respecto, el índice del Código civil italiano ofrece un esquema que ha recogido resultados ampliamente difundidos y aceptados en el sistema romanista, y por lo tanto puede ser utilizado para la integración y modificación del código de Bello como potencial nuevo punto de partida para nuestro trabajo.

En fin, una comprobación debe tal vez realizarse en relación a otro problema.

En la romanística reciente ha sido realizada una relectura de la noción de contrato que evidencia una riqueza de posibles implicancias¹⁹. Releyendo los Digestos de Justiniano, es sabido que encontramos en aquella de Labeón la única definición de contrato formulada por los juristas romanos.

D. 50,16,19 ULPiano, *Comentarios al Edicto, libro XI*: «Labeón define en el libro primero del edicto del pretor urbano, que unas cosas (asuntos) se hacen, otras se gestionan, y otras se contratan. Y ciertamente que “lo actuado” (*actum*) es una palabra general, ya sea que alguna cosa (asunto) se haga (*agitur*) de manera verbal (*verbis*), <ya sea con documentos escritos>, ya sea mediante la entrega de una cosa (*re*), como en la estipulación (*stipulatio*), <o en las transcripciones de obligaciones en el libros de las entradas y de las salidas (*nomina transcripticia*)>, o en la entrega de dinero (*numeratione*); pero “lo contraído” (*contractum*) significa la obligación de una y de otra parte, lo que los griegos llaman “synállagma” (συνάλλαγμα), como la compra, venta, locación, conducción, sociedad <y mandato>; “lo gestionado” (*gestum*) significa alguna cosa (asunto) hecha sin palabras».

Esta definición ‘explícita’ (ya que las otras se infieren de los discursos y razonamientos que podemos deducir de las fuentes y por ende son ‘implícitas’) concentra la noción de contrato sobre aquel acto bilateral/plurilateral del cual emanen obligaciones correspectivas, reconociendo entre ellas un vínculo de interdependencia que –por ejemplo– concurre a precisar la operatividad de la buena fe. Así, se individualiza un ligamen recíproco entre las obligaciones, en cuya virtud no pudiendo surgir una de ellas no surgiría tampoco la otra (salvo la hipótesis de los denominados contratos claudicantes²⁰). Este ligamen se prolonga a lo largo del curso de la vida del contrato, por lo cual las vicisitudes de una obligación se

19 Cfr. F. GALLO, *Contratto e atto secondo Labeone: una dottrina da riconsiderare*, en *Roma e America. Diritto romano comune*, 7/1999, 17 ss. (trad. esp. en *Sistema Jurídico latinoamericano y Derecho de los Contratos*, al cuidado de D. F. ESBORRAZ, 17 ss.); J. ADAME GODARD, *Hacia un concepto internacional de contrato (o la interpretación de la palabra ‘contrato’ en los Principios de Unidroit*, en A.A.V.V., *Contratación internacional. Comentario a los Principios sobre los contratos internacionales di Unidroit*, México, 1998, 15 ss.; D. F. ESBORRAZ, *Contrato y Sistema en América Latina*, Santa Fe, 2006.

20 Cfr. D. 19,1,13,29; pero vid. 18,5,7,1; D. 16,2,9 pr.

reflejan sobre la otra con un atento balance de las razones y de la misma consistencia de aquellas²¹. Y se recoge —en tal ligamen recíproco— el presupuesto para la posible superación de la tipicidad contractual que caracterizaba el sistema romano de los contratos durante la época de Labeón, y, por tanto, cobra impulso la formación del instituto jurídico del contrato con eficacia bilateral, que incluye además las convenciones atípicas, aquellas en las cuales podía ser dudoso el encuadramiento del tipo concluido²², y también las figuras con bilateralidad llamada imperfecta o potencial²³, permaneciendo en el ámbito de la tipicidad las demás figuras generadoras de obligaciones no correspectivas²⁴. A esta definición parece que en las fuentes puedan vincularse otras reglas operativas que también emergen de la relectura de los Digestos: así *v.gr.* la resolución del contrato por incumplimiento²⁵, o la *exceptio non adimpleti contractus*²⁶, o la misma responsabilidad por imposibilidad sobrevenida²⁷, o la lesión enorme²⁸; las cuales merecen una renovada reflexión crítica.

Un desarrollo parcialmente distinto al propuesto por Labeón es el que encontramos en Aristón:

D. 2,14,7 pr. ULPiano, *Comentarios al Edicto, Libro IV*: «Algunas convenciones de derecho de gentes producen acciones; otras, excepciones. 1.- Las (convenciones) que producen acciones, no subsisten con su nombre (genérico de convenciones), sino que pasan a (asumen) el nombre propio de un contrato, como compra, venta, locación, conducción, sociedad, comodato, depósito, y los demás contratos semejantes. 2.- Si la cosa (la convención) no pasare (no diese lugar) a otro contrato, y subsistiere (hubiere sido ejecutada), sin embargo, la causa, respondió acertadamente Aristón a Celso <hijo>, que había obligación (o mejor dicho, un acto generador de obligaciones); por

21 Cfr. D. 19,1,50; D. 19,2,28; D. 19,2,60. Sobre el punto F. Gallo, *Synallagma e conventio nel contratto. Ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne. Corso di Diritto romano*, I, Turín, 1992, 214 ss.

22 Cfr. por ej. D. 19,5,1,1; D. 18,1,50 (cfr. F. GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto cit.*, 190 ss.).

23 Cfr. por ej. D. 17,1,8 pr. relativo al mandato y al depósito, sobre lo cual F. GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto cit.*, 210 ss.

24 F. GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto cit.*, 251, observa: «L'attività negoziale ha bisogno di uno spazio di atipicità: l'atto giuridico bilaterale produttivo di obbligazioni reciproche corrisponde ad esigenze non eliminabili nelle relazioni umane e presenta una propria individualità (viene sottoposto ad apposite regole) in ogni sistema giuridico».

25 Cfr. D. 12,4,3,2.3.

26 Cfr. D. 19,1,13,8; D. 44,4,5,4.

27 Cfr. D. 19,1,50; D. 19,2,9,4. 19,1,50; 19,2,9,4.

28 Cfr. C. 4,44,2.

ejemplo te di una cosa, para que me dieras otra; di para que hagas algo, esto es συνάλλαγμα, y de aquí nace una obligación (acción) civil. Y por ello opino que con razón fue Juliano reprendido por Mauriciano en esto: te di a Stico, para que manumitas a Pánfilo; lo manumitiste; Stico fue vindicado. Juliano escribe que se ha de dar por el pretor la acción del hecho (*in factum actionem*); aquel <Mauriciano> dice que basta la acción civil de cosa incierta (*civilem incerti actionem*), esto es, la *praescriptis verbis*; pues que hay un contrato, que Aristón llama sinalagma (συνάλλαγμα), de donde nace esta acción».

Este planteamiento de Aristón se inserta en un sistema que no pone en discusión la regla de la tipicidad, y se preocupa —en cambio— por integrar la serie de los contratos típicos ya acuñados con el reconocimiento de efectos civiles a aquellos acuerdos concluidos entre las partes a los cuales haya seguido la ejecución de la prestación por una de ellas; esta ejecución, en efecto, hace civilmente exigible la otra prestación prevista. Y todo esto en nombre del equilibrio que debe ser garantizado entre los patrimonios durante el desenvolvimiento de la actividad negocial.

Estas perspectivas están presentes también en el ámbito de aquellas elaboraciones más sensibles al perfil del acuerdo, como en el texto de las Instituciones de Gayo relativo a los contratos consensuales, y permiten tener debida cuenta de todos los matices posibles:

GAYO, *Institutas*, libro III; 135: «Se contraen obligaciones mediante el consentimiento en las compraventas, en los arrendamientos, en las sociedades, en los mandatos; 136. Y decimos que por estos modos se contraen las obligaciones mediante el consentimiento porque no se requiere ninguna formalidad ni de palabras ni de escritura, sino que es suficiente con que consientan aquellos que realizan el negocio; [...] 137. Además, en estos contratos una persona se obliga con la otra por aquello que debe hacer una a la otra de acuerdo con la equidad, mientras que, por el contrario, en las obligaciones por las palabras una estipula y la otra promete, y en las transferencias de créditos, una obliga anotando el desembolso y la otra queda obligada»²⁹.

Para concluir, entiendo que todas estas perspectivas merecen ser atentamente ponderadas y en alguna medida es factible que sean combinadas, eventualmente desplazando el acento puesto en las obligaciones (presente

29 Vid. también Gai. 3,155: «El mandato tiene lugar [...] y quedamos obligados recíprocamente el uno con el otro en lo que se deba hacer de buena fe [...]».

en la definición de Labeón) hacia las prestaciones, como fue propuesto recientemente³⁰. Sin que implique tomar directamente posición en esta sede sobre la noción científica de contrato, a los fines de la predisposición de un código, quizá sería útil verificar si no pueda ser proficua una noción de contrato aún más restringida de las habituales, pero que igualmente sirva para poner de resalto las exigencias fundamentales de equidad y transparencia. Las mismas podrían encontrar debido resguardo en una convención de los contratantes expresiva de un 'querer' cumplir prestaciones recíprocas, donde –por consiguiente– la prestación (o las prestaciones) de una de las partes haya su justificación y justa medida en aquella (o aquellas) de la otra³¹. A este 'contrato' se podría sumar una norma relativa a la aplicación analógica, cuya utilidad ya he indicado a propósito del problema general de las fuentes de las obligaciones y de la eficacia del contrato. A título de ejemplo, se podría prever que el Código se aplique por analogía –en la medida de lo posible y con las oportunas adecuaciones– a los otros acuerdos dirigidos a constituir, modificar o extinguir obligaciones de una sola de las partes, o bien un derecho real, e inclusive a las promesas unilaterales, y, en suma, a todos aquellos comportamientos jurídicamente relevantes que evidencien la presencia de una voluntad negocial³².

[trad. del Dr. Javier Humberto Facco]

30 F. GALLO, *Contratto e atto secondo Labeone cit.*; D. ESBORRAZ, *Contrato y Sistema cit.*

31 La definición propuesta por F. GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto cit.*, 55, reza: «Il contratto è l'atto plurilaterale produttivo di prestazioni patrimoniali corrispettive[tradurre]»; mientras que D. ESBORRAZ, *Contrato y Sistema cit.*, 240 (vid. también 252 y 258) sugiere la siguiente: «El contrato es el acto jurídico plurilateral que tiene por fin inmediato constituir entre las partes relaciones jurídicas creditorias recíprocas de naturaleza patrimonial, así como su regulación, modificación, interpretación, transmisión o extinción; pudiéndose también beneficiar con él a terceros».

32 Cfr. un enfoque semejante en los *Principios Lando*, art. 1:107.