

Riccardo Cardilli*

SOCIETAS VITAE EN CIC. DE OFF. III,
17, 70 Y CONVENTIONES IURIS GENTIUM.
ENTRE INDIVIDUALIZACIÓN DE LOS
PRINCIPIOS DEL CONTRATO Y COSTUMBRE

1. DERECHO CONSUETUDINARIO Y CONTRATOS CONSENSUALES

Una herencia significativa dejada por la Pandectística y su construcción del negocio jurídico es la posibilidad de considerar al contrato, en el que el poder de la voluntad escoge como momento de expresión la *conventio*, como fuente de producción del derecho. Esta constatación, resultado de una mirada del intérprete orientado ideológicamente a darle más valor al momento de la voluntad que al de la estructura creada para un intercambio que se realiza, puede evidenciar, siempre que no se mire como absoluta, un proceso de selección que involucra una escogencia de valor¹. En efecto, mientras más se toma distancia de una visión estatal legalista del fenómeno negocial en el tráfico comercial supranacional resulta más fácil apreciar

* Profesor ordinario de Derecho Romano de la Universidad de Roma Tor Vergata y director del Centro di Studi Giuridici Latinoamericani de la misma Universidad.

1 Sobre la categoría del negocio jurídico, recientemente, M. J. SCHERMAIER. "Vor § 104. Das Rechtsgeschäft, en *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, Band 1 *Allgemeiner Teil* § 1-240, M. SCHMOECKEL, J. RÜCKERT y R. ZIMMERMANN (eds.), Tübingen, 2003, pp. 354 a 364.

la fuerza autónoma y creativa del contrato, en modo tal que la percepción de esa fuerza autónoma como verdadero *ius* no se hace por medio de un reconocimiento legal: por una parte, con la representación concreta y directa en la práctica de las relaciones negociales puestas en movimiento para satisfacer necesidades sociales (y económicas), por otra, con la selección de esa realidad en términos de su mínima relevancia en “formas” jurídicas que son tuteladas por el ordenamiento.

La problemática que se quiere poner de presente en este breve escrito no es ciertamente nueva, pues ha interesado a la ciencia jurídica desde perspectivas diversas, pero se trata de una especie de problemática que permite, en mi opinión, sacar a la luz una característica emergente de la experiencia romana en la construcción de las “formas” jurídicas que, en la *iurisdictio peregrina* y durante los siglos III y II a.C., se consideraron como suficientes para dar protección a los negocios comerciales.

Los resultados de tal construcción son absolutamente originales en la historia del pensamiento jurídico, en cuanto que llevarán a la valorización de un principio consensualista desconocido en el panorama del comercio del mediterráneo, al seleccionar en las “formas” de contratación comercial el momento de la *conventio*, hecha típica en *emptio venditio*, *locatio conductio*, *societas e mandatum*, como apto para construir un vínculo en términos de *oportere ex fide bona*.

Cuando, por ejemplo, SAVIGNY en 1840 construye su sistema de derecho privado dentro de un contexto de derecho no codificado, representa en términos de “naturaleza orgánica” las “relaciones jurídicas”². Esta “construcción viviente de la relación jurídica”, en efecto, sería para SAVIGNY “el elemento

2 F. K. VON SAVIGNY. *System des heutigen römischen Rechts*, B. 1, Berlin, 1840 (reimp. Aalen, 1981), 7: “Das Rechtsverhältnis aber hat eine organische Natur”.

espiritual de la praxis jurídica"³. Es decir, se evidencia en el autor su oposición enérgica a una cristalización legal, inmutable, del fluir normal del derecho privado; una visión de la realidad negocial en términos de su inmanente relevancia jurídica, sin una intermediación selectiva por parte de normas generales y abstractas fruto de la arquitectura del legislador. Por el contrario, para SAVIGNY el espíritu de pueblo, en la vida del tráfico jurídico se abre, justamente, a un elemento espiritual que alimenta la praxis de las relaciones jurídicas patrimoniales entre los hombres⁴. Esta visión "orgánica", si se es coherente con los fines y el sistema que SAVIGNY persigue con su oposición a una codificación alemana del derecho privado, presupone un fuerte ligamen "natural" entre praxis negocial y su relevancia jurídica; como sea, este ligamen, si se aplica históricamente al poderoso movimiento intelectual que lleva a la construcción de tal relevancia en los siglos III y II a.C. del derecho romano, puede impedir la comprensión exacta del fenómeno que aquí se examina.

E incluso, si se partiera de una perspectiva diversa de la de SAVIGNY, como la de PAUL LABAND, la naturaleza consuetudinaria de la mayor parte de las normas estatales que regulan las relaciones entre privados no se desconoce, y por el contrario, esa misma naturaleza va a poner en discusión la obligatoriedad de la norma de derecho privado, toda vez que se debe reconocer que el derecho ligado al tipo negocial como su contenido natural (incluso si se traduce formalmente en norma codificada por el Estado), no hace otra cosa que dar voz a aquellas costumbres que *cottidie* se han sedimentado en el

3 F. K. VON SAVIGNY. *System...*, cit., p. 8: "Diese lebendige Konstruktion des Rechtsverhältnisses in jedem gegebenen Fall ist das geistige Element der juristischen Praxis".

4 Exactamente, U. VON LÜBTOW. "Savigny und die Historische Schule", en *Festschr. z. 125 jährigen Bestehen der Juristischen Gesellschaft zu Berlin*, Berlin-New York, 1984, pp. 381 y ss, en particular pp. 394 y ss.

derecho⁵. Esta imagen de la “sedimentación”, aun tratándose de una lúcida toma de consciencia de la naturaleza real del derecho privado del contrato y de las obligaciones, de igual modo corre el riesgo de no captar la “artificialidad” del fenómeno como momento de selección de los contenidos que se “sedimentan” en las “formas” contractuales frente a aquellos que, si bien presentes en la práctica negocial y judicial, no se solidifican en el tipo⁶.

2. PRAXIS COMERCIAL EN EL ÁREA DEL MEDITERRÁNEO
Y SU RELEVANCIA ORIGINAL COMO *IUS GENTIUM* EN EL ÁMBITO
DE LA *IURISDICTIO PEREGRINA*

Resulta fundamental profundizar las razones que llevaron a la juridización del tráfico comercial entre romanos y extranjeros en los siglos III y II a.C., por medio de “formas” típicas caracterizadas por su gran originalidad respecto de las formas imperantes en la práctica comercial de la época.

-
- 5 PAUL LABAND, al comentar el Proyecto del Código civil alemán afirma: “Die dispositiven Rechtssätze sind daher der Niederschlag aus dem stereotypen Inhalt einer unendlichen Masse von gleichartigen Rechtsgeschäften, gleichsam sedimentäre Rechtsbildungen, während das *jus cogens* durch Willensausbrüche der übermächtigen Staatsgewalt hervorgebracht wird und als eruptive Rechtsbildung bezeichnet werden kann. Wenngleich die dispositiven Rechtssätze ihre verbindliche Kraft durch die Anordnung des Gesetzgebers empfangen, so wird doch ihr Inhalt dem Gewohnheitsrecht entnommen, welches seinerseits auf den typischen Vereinbarungen der Individuen beruht”; P. LABAND. “Zum zweiten Buch des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich 1. Abschnitt. Titel 1-3”, en *AcP*, LXXIII, 1888, pp. 161 y ss., en particular p. 164.
- 6 Por lo demás, la idea central en la reflexión de FILIPPO VASSALLI, en un contexto de derecho codificado, expresa con claridad la naturaleza particular de buena parte del derecho privado –en particular del derecho de contratos– y de la herencia conscientemente “extraestatal” incluso en las codificaciones nacionales. Cfr. F. VASSALLI. “Estrastatualità del diritto civile”, en *Studi Giuridici*, vol. III, t. II, *Studi vari* (1942-1955), Milano, Giuffrè, 1960, p. 755.

En el siglo III a.C. Roma se convirtió en un centro comercial de primera importancia, lo que llevó, cada vez con mayor frecuencia, a la solicitud de *iurisdictio* en los negocios entre romanos y extranjeros, y entre extranjeros entre sí. Prueba de ello es la creación, en el año 242 a.C., de un segundo *praetor*, lo que presupone, como se ha precisado con exactitud, un incremento de este tipo de controversias en los decenios precedentes, al punto de hacer necesaria la especialización de la *iurisdictio peregrina*⁷.

En efecto, las negociaciones entre privados producto del tráfico comercial en la amplia área geográfica del Mediterráneo, crean problemas notables, relativos ya a la calificación jurídica de las mismas (teniendo en cuenta la variedad de las culturas y de las personas involucradas), ya a su estructura.

Es una afirmación autorizada y verificada documentalmente aquella según la cual durante el siglo III a.C. el tráfico comercial en el Mediterráneo conoce una cierta comunidad de prácticas, centrada sobre el valor esencial del documento helénico en sus diferentes formas⁸. Tal situación se presenta

7 F. SERRAO. *La iurisdictio del pretore peregrino*, Milano, 1954, pp. 7 y ss.; G. PUGLIESE. *Processo civile romano*, II, 1 *Processo formulare*, Milano, 1963; M. TALAMANCA. "*Processo civile (diritto romano)*", en ED xxxvi, 1987, pp. 1 ss., en particular, p. 26 y n. 179; íd. "Il riordinamento augusteo del processo privato", en *Gli ordinamenti giudiziari di Roma imperiale*, F. MILAZZO (coord.), Napoli, 1999, pp. 63 y ss., en particular p. 66 y n. 8; M. KASER. *Ius gentium*, Köln, 1993, p. 129.

8 De "*koiné del documento ellenistico*" habla M. TALAMANCA. "La tipicità dei contratti romani tra 'conventio' e 'stipulatio' fino a Labeone", en AA.VV. '*Contractus*' e '*pactum*', Atti Copanello, 1988, Napoli, 1990, pp. 35 y ss., en particular pp. 46 y 47. Para una valoración de la praxis comercial del Egipto de TOLOMEO en relación con las ciudades griegas, cfr. H. J. WOLFF. *Das Recht der griechischen Papyri Aegyptens in der Zeit der Ptolemaer und des Prinzipats I*, München, 2002, pp. 162 y ss., en donde se subraya que "auch im privaten Rechtsverkehr hielten sich römischen Bürger in der Regel im Rahmen des Landesüblichen", costumbres fundadas en la forma documental.

con una cierta resistencia en el Mediterráneo oriental y en el Egipto tolemáico, incluso en los siglos posteriores cuando ya el *imperium* de Roma ha sometido esas amplias áreas geográficas. Se trata por lo general de singrafías y quirografías que, como es sabido, todavía GAYO las entendía como contratos propios de los peregrinos⁹.

Por lo demás, en los inicios del siglo III a.C., si se mira la realidad de las formas negociales del *ius civile* a las que la experiencia romana se podía remitir para administrar en una "forma" jurídica adecuada tal praxis negocial, no habría habido dificultad en identificar la centralidad de la forma verbal de la *stipulatio*¹⁰.

Luego, cuando ULPIANO en el siglo III d.C., con una mirada retrospectiva, se detiene en las formas de juridización del amplio espectro de negocios que dieron vida al tráfico comercial en el mediterráneo, no duda en evidenciar un esquema unitario, lejano tanto de la forma documental como de aquella *verbis*, y lo calificará en términos de *conventiones iuris gentium*¹¹.

9 *Gai* III, 134. Sobre la prohibición de la *lex Gabinia* del 67 a.C. o del 58 a.C. cfr. M. G. BIANCHINI. "Cicerone e le singrafí", en *BIDR*, LXXIII, 1970, pp. 229 y ss.

10 M. KASER. *Das Römische Privatrecht*, I, München, 1971, p. 171. Dudas sobre el recurso a la *stipulatio* para los peregrinos antes de la *lex Aebutia* en M. TALAMANCA. *La tipicità dei contratti romani...*, cit., pp. 45 y 46, pero sus argumentos, de aceptarse el origen consuetudinario de los institutos del *ius gentium*, podrían ser superados. Por lo demás, el recurso a la *stipulatio* en una parte del contenido de los formularios catonianos, si se la liga a la cláusula (que se puede considerar estándar) "si quid de iis rebus controversiae erit, Romae iudicium fiat" (*Cat. de agri cult.* 149, 8) para un *pabulum hibernum venire*, en el cual la disposición de los pastos invernales bien podía realizarse con personas no ciudadanos, hacen pensar que tal posibilidad sea cierta para el siglo II a.C.

11 En un fragmento traído del título "*De pactis*" del *Digesto* de JUSTINIANO (D. 2, 14, 5; 7 pr.-1), ULPIANO dirá, en efecto, que las *conventiones* se pueden dividir en *conventiones* de derecho público y *conventiones* de derecho privado. En estas últimas se ponen en evidencia las de *ius gentium* en cuanto ellas no serían meras *conventiones*, sino *transeunt in proprium*

Esta calificación, como es sabido, se sobrepone a la individualización típica de los esquemas negociales (*emptio venditio*, *locatio conductio*, *societas* e *mandatum*) por medio de una lectura que los unifica y que busca dar un relieve particular a la *conventio*¹², a la que se conecta el carácter vinculante para las partes en términos de *oportere ex fide bona*.

Esta construcción del jurista severiano se contrapone a una diversa perspectiva transmitida por la escuela sabiniana que ve la caracterización de esos nuevos negocios surgidos en el *ius gentium* en términos de *obligationes consensu contractae* (*Gai* III, pp. 135 ss.). Esta posición tiene un modelo de referencia que, en su momento más antiguo, se remonta con bastante probabilidad a QUINTO MUCIO SCEVOLA, si es que se puede atribuir a este jurista republicano la paternidad de la parte final de D. 46, 3, 80¹³. En efecto, según lo que nos

nomen contractus. Así, la *emptio venditio*, la *locatio conductio*, el *mandatum*, la *societas*. La relevancia de las *conventiones*, según ULPIANO (D. 2, 14, 7, 2), tendría un ámbito residual incluso cuando no mutan en un contrato típico. Tal ámbito residual se individualizaría por los llamados contratos innominados *anonyma synallagmata* (por la calificación que dan los *antecessores* bizantinos). Dentro del discurso, ULPIANO pone de relieve la “Doctrina” de ARISTÓN que reconoce igualmente a un acuerdo sobre un *synallagma* –aun cuando no sea un contrato típico– la fuerza de producir obligaciones, bajo la condición de que haya subentendida una *causa*, entendida en el sentido de la prestación cumplida espontáneamente por una de las partes del acuerdo; fundamental a este propósito, F. GALLO. ‘*Conventio*’ e ‘*synallagma*’ nel contratto, II, Torino, 1995, pp. 90 y ss. La construcción de ARISTÓN daba vida a una “expansión nueva del carácter tutelable de las *conventiones* atípicas”, y de aquí también la gran importancia que le da Ulpiano –sobre lo que dudan todavía juristas contemporáneos como CELSO (D. 12, 5, 16) y JULIANO (D. 2, 14, 7, 2).

12 Tanto, de hacer decir con autoridad, que con las nuevas figuras se inspiraba “si no a la plena libertad en la escogencia del contenido contractual, al principio del consensualismo”: M. TALAMANCA. *La tipicità dei contratti romani...*, cit., p. 46.

13 Sobre este pasaje cfr. F. GALLO. ‘*Conventio*’ e ‘*synallagma*’ nel contratto, I, Torino, 1992, pp. 24 ss., y más recientemente R. FIORI. “*Contrahere*’

transmite POMPONIO en el cuarto libro *ad Quintum Mucium*, al tratar una regla civil expresada en términos de *prout quidque contractum est, ita et solvi debet*, el jurista republicano habría tomado la extensión de la regla civil también para los nuevos negocios de compraventa y arrendamiento: *aeque cum emptio vel venditio vel locatio contracta est, quoniam consensu nudo contrahi potest, etiam dissensu contrario dissolvi potest*.

El dato significativo está en la individualización de un elemento común entre tales negocios productores de *obligatio*: ya la *venditio*, ya la *emptio*, ya la *locatio* pueden *consensu nudo contrahi*. La calificación de *nudus* del *consensus* podría parecer redundante, pero en realidad es coherente con la puesta en evidencia de un elemento de novedad (el nacimiento de la *obligatio* de un consenso “desformalizado”) que se adapta mejor a la edad de QUINTO MUCIO que a la de POMPONIO¹⁴.

Se trata pues, de una perspectiva diversa de las *conventiones iuris gentium* de ULPIANO, ya que en ella se expresa un primer esfuerzo por identificar, justamente, en las estructuras negociales tomadas en consideración, el mínimo común jurídico en el nudo consenso (a diferencia de las *obligationes verbis, re e litteris*). Es un momento de gran significado para la historia de los contratos pues permite entender plenamente el alcance de la decisión de dar forma jurídica a esas nuevas contrataciones entre romanos y extranjeros, en la *iurisdictione peregrina*, al considerar suficiente para su tutela, en ese ámbito, el *nudus consensus* dirigido a comprar, a vender o a arrendar. Como se dijo, esto no significaba que las contrataciones comerciales, en concreto, asumieran tal ropaje e, incluso, se podría

e ‘solvere obligationem’ in Q. Mucio Scevola”, en *Fides Humanitas Ius, Studi in onore di L. Labruna*, Napoli, 2007, pp. 1955 y ss.

14 “L’alternativa, implicita nel profilo della possibilità, è data dal consenso non nudo, vale a dire rivestito dalla forma. Non c’è ancora la depurazione del consenso come elemento obbligante; esso con la qualifica di ‘nudus’, esprime una delle modalità con cui è possibile concludere uno dei negozi menzionati”; F. GALLO. ‘Conventio’ e ‘synallagma’, 1, cit., p. 34.

presumir que tales causas negociales se hicieran en la forma de uso de los comerciantes extranjeros (documento) o de los romanos (*stipulatio*)¹⁵. Por una abstracción en tal sentido, se revelan fundamentales los documentos de la práctica helénica de este período¹⁶ y los formularios catonianos de venta y arrendamiento¹⁷.

Todo lo que subyace a la operación interpretativa del jurista republicano es pues la calificación juridificadora de tales negocios según un principio, el consensualista, que era considerado por la jurisprudencia romana del II siglo a.C., como el que mejor respondía a las exigencias económico-sociales que esas contrataciones satisfacían entre personas de diferentes etnia, ciudadanía, lengua y cultura.

A este propósito, se debe poner de presente que el esquema jurídico del *oportere*, que en su origen (en la *legis actio per iudicis postulationem*) está enraizado a la *sponsi*, alarga sus efectos a los mutuos informales ya desde el siglo III a.C.¹⁸. En efecto, la posibilidad introducida con la *lex Silia* (con seguridad anterior al 204 a.C.), de ejercitar una *legis actio per conductionem* para afirmar un unitario *certum dari oportere*, impone la necesidad de individualizar las *causae* de tal vínculo entre las partes. Tal como ha sido señalado con precisión por la doctrina, los juristas romanos, frente a un sistema abierto de las causas, diferentes a la *sponsio*, a las cuales pudiera reconocerse el efecto del *oportere*, construyen una dogmática de

15 Cfr. *supra* nota 10.

16 H. J. WOLFF. *Das Recht der griechischen Papyri Aegyptens*, II, cit., pp. 3 a 6; sobre el *cheirographon* cfr. pp. 109 y ss.

17 Sobre el uso no exhaustivo de formalizar en una *obligatio verborum* el rico contenido de las *leges* catonianas, se me permita remitir a cuanto afirmé en mi trabajo *L'obbligazione di 'praestare' e la responsabilità contrattuale in diritto romano*, Milano, 1995, pp. 63 y ss.; cfr., además, una profundización más reciente en R. FIORI. *La definizione della 'locatio conductio'*, Napoli, 1999, pp. 24 y ss., en particular, pp. 32 a 36 y 45.

18 M. KASER. *Das Römische Privatrecht...*, I, cit., pp. 170 y 171.

las *causae* de la *condictio*, en las cuales está, en primer lugar, la *datio*¹⁹, de donde se evidencia por primera vez la propensión de los juristas romanos, también en el ámbito contractual, a orientarse hacia la tipicidad causal.

Sin embargo, en relación con los *negotia* que en el siglo III-II a.C. se celebran en la práctica comercial del Mediterráneo, la tipicidad causal, que había orientado a la jurisprudencia a darle valor a la *datio* en la ponderación de la *causae* productiva de un *certum oportere* en el plano de la *condictio*, se orienta a dar relevancia jurídica al nudo consenso adecuado para extender el *oportere* civil a las relaciones con los *peregrini*, en cuanto *ex fide bona*²⁰.

Tal selección se realiza dándole valor a ese acuerdo capaz de constituir una estructura correlativa homóloga (dos *oportere ex fide bona* contrapuestos), estructura que LABEÓN calificará de modo unitario, en edad augustea, como *ultra citroque obligatio, id est quod Graeci 'synallagma' vocant* (D. 50,16,19)²¹.

19 B. KUPISCH. *Ungerechtfertigte Bereicherung*, Heidelberg, 1987, p. 3; A. SACCOCCIO. 'Si certum petetur'. *Dalla 'condictio' dei 'veteres' alle 'condictiones' giustinianeae*, Milano, 2002, pp. 51 y ss.

20 Es necesario poner de presente, para evitar una perspectiva que podría resultar falsa, que el *oportere* que nace de la *sponsio* no tiene necesidad de ser calificado *ex fide*, pues es la misma *sponsio stessa* la que lleva consigo el principio. Las dos partes de la *sponsio* son, las dos, *personae sui iuris* y la celebración de la *sponsio* no determina, de ningún modo, la disminución de los *status* de los dos *patres*. Todo se radica en el respeto jurídico religioso de lo que se ha prometido. La *fides* ya es, pues, connatural en el *oportere ex sponsione*, que tiene lugar entre dos personas que están plenamente incluidas en el sistema romano de la *fides*. El *oportere* (nacido de la *sponsio* o del mutuo) y el *oportere ex fide bona*, no expresan, entonces, dos modelos antitéticos de obligación, sino dos formas de hacer explícita la misma idea. En el primer caso, la promesa solemne o la *datio* de los bienes fungibles se radican en la confianza que el *pater familias* deudor crea en el *pater familias* acreedor de que respetará lo prometido (*stipulatio*) o que restituirá lo recibido (*mutui datio*) (Cels. D. 12, 1, 1, 1); en el segundo caso, que serán respetados los acuerdos asumidos.

21 F. GALLO. 'Conventio' e 'synallagma' nel contratto, 1, cit., pp. 149 y ss.

Una vez que las partes hayan alcanzado el punto de equilibrio de esa estructura compleja sobre los elementos esenciales, y más allá de la formalización de ese acuerdo con base en los diversos usos comerciales, la tutela en la *iurisdictio peregrina* se concede con base en el mínimo común jurídico del consenso “desformalizado”, mientras que el contenido de la obligación recíproca querida por las mismas partes queda abierto en clave de *incertum* (*quidquid dare facere*), más allá de cuanto ellas hayan fijado expresamente en el acuerdo, al fundarlo sobre un principio de lealtad y corrección, la *fides bona*²².

La perspectiva plana de ULPIANO lleva a una impresión simplificada sobre lo que sucede cuando romanos y no romanos intensifican las relaciones comerciales, dándoles las formas más disímiles con formalismos diversos, con base en las diferentes costumbres comerciales a las que estaban acostumbrados. Es decir, se podría perder la importancia de la selección hecha sobre los requisitos mínimos de juridicidad que los juristas romanos concedieron a tales *negotia*.

De manera coherente con la vocación universal subyacente a la ideología romana del *ius gentium*²³, los juristas dieron un

Sobre la importancia de la sinalagmaticidad en el derecho de los contratos en América Latina, cfr. D. F. ESBORRAZ. *Contrato y sistema en América Latina*, Buenos Aires, 2006.

- 22 Sobre la relación entre *fides* y *bona fides* cfr. G. GROSSO. “Buona fede. Premesse romanistiche”, en *ED*, v, 1959, pp. 661 a 664; L. LOMBARDI. *Dalla ‘fides’ alla ‘bona fides’*, Milano, 1961; D. NÖRR. *Aspekte des römischen Völkerrechts*, München, 1989, pp. 94 y ss., 102 y ss., y 145 y ss.; R. FIORI. “‘Fides’ e ‘bona fides’”. *Gerarchia sociale e categorie giuridiche*”, en AA.VV. *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, 3, Napoli, 2008, pp. 237 y ss.
- 23 G. LOMBARDI. *Sul concetto di ‘ius gentium’*, Roma, 1947; P. CATALANO. *Linee del sistema sovranazionale romano*, Torino, 1965, pp. 3 a 48 (*ius fetiale* e *iura communia*); M. KASER. *Ius gentium*, 1993; F. GALLO. “‘Bona fides’ e ‘ius gentium’”, en *Il ruolo della buona fede oggettiva nell’esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti in onore A. Burdese*, Padova, 2003, II, pp. 115 y ss.; R. FIORI. “‘Ius civile’, ‘ius gentium’

ropaje técnico a un *ius* que venía percibido por ellos en clave consuetudinaria, como había emergido de las relaciones entre romanos y no romanos²⁴. Así pues, como la doctrina más atenta ha puesto de presente, el hecho de que el único pretor, antes del 242 a.C., comience a ejercitar la propia *iurisdictio inter cives et peregrinos* para conceder acciones no ficticias aun frene a los extranjeros²⁵, no debe hacer perder la exacta percepción acerca de la naturaleza de ese derecho. Desde este punto de vista, resulta en verdad significativo que la selección hecha por los juristas romanos indique el camino del pretor, quien incluirá en su edicto acciones típicas para la tutela de tales *negotia*, demostrando que siente estos esquemas jurídicos como *ius* ya existente y proponiendo, entonces, acciones con *formulae in ius conceptae*²⁶.

Esto significa, en concreto, que la construcción de la relevancia de esa práctica negocial supranacional se funda sobre su configuración en términos de derecho consuetudinario supranacional (*ius gentium*) al que el pretor no hace otra cosa que dar tutela como *ius* preexistente²⁷.

'ius honorarium' il problema della recezione dei iudicia *bona fidei*", en *BIDR*, CI-CII, 1998-1999 [pero 2005], pp. 165 y ss.

24 Cfr. ahora, con un recorrido diferente, F. GALLO. "'Bona fides' e 'ius gentium'...", cit., pp. 146 ss.; R. FIORI. "'Ius civile', 'ius gentium', 'ius honorarium'...", cit., pp. 165 y ss.

25 *Supra* nota 7.

26 *Supra* nota 24.

27 En donde, por el contrario, la intervención del pretor es un *prius* con respecto a la situación tutelada en aquel de los *pacta conventa* que no constituyan *emptiones, venditiones, locationes, conductiones, mandata* y *societates*. El texto del edicto según fue codificado por JULIANO asigna a los *pacta conventa* una forma de tutela ambigua ("pacta conventa... servabo"). El verbo *servare*, en efecto, puede incluir instrumentos diversos que el pretor otorga para dar tutela al acuerdo (*denegatio actionis, actio, eccezio, restitutio in integrum*). El edicto no indica ningún instrumento típico. Sin embargo, por otro lado tenemos la *interpretatio* de la jurisprudencia del edicto *de pactis* que entiende al edicto como

Otro elemento significativo para comprender la juridización de los negocios del tráfico mediterráneo es la estructura de la fórmula de las acciones de los contratos consensuales. La *actio ex vendito*, la *actio ex empto*, la *actio locati*, la *actio conducti*, la *actio pro socio* y la *actio mandati* tienen una *intentio* igual (*quidquid dare facere oportet ex fide bona*) frente a una *demonstratio* construida sobre la tipicidad causal.

La estructura de la fórmula da testimonio de la valorización tipificadora de las causas, considerada capaz de engancharse a un unitario *oportere ex fide bona*. Detrás de esta poderosa construcción hay una reflexión técnica bastante elevada. La unificación del *oportere ex fide bona*, unida a un movimiento negocial complejo que se percibía como derecho consuetudinario, no fue fruto de la actividad del pretor (que así como no podía hacer *heres*, de igual forma no podía crear *oportere*), sino consecuencia de las reflexiones de la jurisprudencia. De este modo no se crea un nuevo tipo de *oportere*, esquema que,

capaz de dar relevancia a los *pacta* que no encarnen un contrato típico, pero sólo en terminos de *exceptio* y no de *actio*. Frente al *servabo* edictal los juristas parecen plasmar un sistema coherente con la tipicidad contractual, en la que fuerzan también el edicto *de pactis*. Se trata de una construcción rigurosa en la que la *conventio*, para producir una acción de cumplimiento contractual debe dar vida a una estructura típica, objetivamente bilateral. En esta diferencia de disciplina, que desorienta al jurista moderno acostumbrado a leer el texto en su significado literal, se aprecia la dialéctica habitual instaurada en el sistema romano entre jurista y pretor, dialéctica que metaboliza el modelo propuesto por el pretor en el discurso de los juristas y lo hace coherente con la relevancia típica de las *conventiones iuris gentium* en el derecho consuetudinario, tal y como ellos lo construyeron. No es casual que en doctrina se haya pensado en leer tal aporía (entre significado literal del edicto *de pactis* y su lectura por parte de la jurisprudencia) en clave evolucionista, con una originaria tutela amplia del principio del consensualismo en el *editto* del pretore y su redimensionamiento en el proceso de tipización del siglo I a.C. al siglo I d.C. Para una crítica a la propuesta de A. MAGDELAIN. *Le consensualisme dans l'Édit du prêteur*, Paris, 1958, cfr. por todos. G. GROSSO. *Il sistema romano dei contratti*, Torino, 1963, pp. 171 y ss.

como se sabe, la tradición pontifical conoce desde hace muchos siglos, ni se determina una noción de *fides bona* desligada de los valores romanos: se trata de la construcción de un concepto jurídico nuevo a partir del material ya existente.

La novedad está dada por la necesidad de hacer explícito algo que en el *oportere ex sponsione* estaba implícitamente incluido. Los acuerdos entre hombres de religiones, ciudades, culturas y lenguas diferentes se funda sobre el principio de lealtad y corrección. La jurisprudencia hace evidente esta escogencia de valor con el sintagma *oportere ex fide bona*, pues las partes del contrato no provienen del mismo cuerpo social, de tal forma que no comparten necesariamente los mismos valores. Además, la decisión de considerar las relaciones convertidas en jurídicas en términos de *oportere*, extiende a los *negotia* con los extranjeros la estructura de igualdad de posición de los *patres familias* del *ius civile*.

El punto al que me parece se le debe dar mayor valor es la escogencia hecha, entre las varias posibles, de dar "forma" jurídica a esta realidad compleja y variada del tráfico comercial, que no siguió a la *koiné* griega que resalta el papel del documento escrito, ni difundió el modelo romano del empleo del contrato solemne *verbis* en el que era posible incluir cualquier conjunto de intereses que se persiguiera, sino que construyó, sobre esos tipos de contratación de la práctica, una relevancia jurídica en términos de *conventio* causalmente típica, en la cual la estructura del vínculo se tutelaba en términos de recíproco *quidquid dare facere oportet ex fide bona*.

La decisión de darle valor al principio del consensualismo, si bien anclado al fenómeno concreto de la tipicidad causal, se demuestra especialmente adecuado para administrar las contrataciones comerciales entre personas de diferente ciudadanía, que hablan lenguas diversas y que no comparten necesariamente las mismas costumbres comerciales.

3. CIC. DE OFF. III, 17, 70: 'SOCIETAS VITAE' EN Q. MUCIO SCEVOLA

En este contexto asume importancia una afirmación presente en el *de officiis* de CÍCERONE y de paternidad muciana.

Cic., *De officiis*, 3,17,70: *fideique bonae nomen existimabat manare latissime idque versari in tutelis, societatibus, fiduciis, mandatis, rebus emptis venditis, conductis locatis, quibus vitae societas contineretur.*

En Cic. de off. III,17,70 se recuerda una consideración de Quinto Mucio Scevola sobre la *bona fides*. En ella se reflexiona sobre la realidad de las relaciones incluidas en el ámbito de influencia del *fidei bonae nomen*. Se debe señalar que el elenco no se limita a indicar relaciones del *ius gentium* como sociedad, mandato, compraventa y arrendamiento, sino que se incluyen también la fiducia y la tutela, instituciones propias del *ius civile*, como demostración de la relación que se establece, sin solución de continuidad, por medio del ligamen *fides-bona fides*, entre *ius civile* y *ius gentium*.

En todas estas relaciones negociales, según el jurista, está contenida la *societas vitae*. Esta es una afirmación con un gran significado. Las relaciones humanas indicadas, sean propias de una misma *civitas*, o sea que se presenten entre personas de diversas *civitates*, se incluyen en una comunión de vida voluntaria. El hombre está inmerso en una comunidad más amplia en la cual vive en relación con los demás hombres, independientemente de la pertenencia a una comunidad política. La comunión voluntaria (*societas*) entre los hombres se ve como expresión de un dato natural conexo al vivir.

Esta construcción se presenta como un momento concreto para verificar lo que el mismo CÍCERÓN había apenas afirmado (*de off.* III,17,69) sobre la relación inclusiva que los *maiores* habían instaurado entre *ius gentium* y *ius civile*: *quod civile, non idem continuo gentium, quod autem gentium, idem civile*

esse debet. En efecto, CICERÓN considera que esa relación se explica por medio de tres tipos de *societas*, una *omnium inter omnes*, otra más restringida entre los pertenecientes a una misma *gens*, y, en fin, aquella caracterizada por la *civitas*. La incongruencia radica, como bien se ha dicho, en que la sociedad intermedia, aquella expresada por la comunidad de derecho entre *gentes*, había tenido expresión dentro de la *civitas*, en el momento unificante del *ius civile*, mientras que por fuera su expresión concreta se manifestaba en el *nomen Latinum*, estatuto de latinidad que a su vez, poco a poco, se englobó en el derecho de la *civitas*. Esto habría llevado a la “estabilización” del correspondiente binomio *ius civile, ius gentium*²⁸.

A la *societas, omnium inter omnes* se liga la realidad de la *societas vitae* entre los hombres. Ella se funda sobre un principio ordenador de lealtad y corrección (*bona fides*). Se trata de una escogencia de política del derecho que los juristas romanos hacen, considerándola una escogencia universal y expandiendo en este ámbito negocial específico la idea romana de la *fides*.

Haber creado este esquema jurídico del *oportere ex fide bona* significa, sustancialmente, reconocer al arquetipo civilista de la obligación, el *oportere*, la capacidad de adaptarse a las relaciones entre los hombres. Con el *oportere ex fide bona* tenemos un ejemplo concreto de ese derecho común a todos los hombres que los romanos consideran poder elaborar (*Gai* 1, 1). Así, es un *ius* que los romanos sienten universal, pues resulta idóneo no exclusivamente para regular las relaciones entre *cives*, sino para regular las relaciones entre todos los hombres. De lo que se sigue también el hacer explícito, en términos de *bona* de la *fides* ínsita en el *oportere* de las relaciones entre los *patres* en Roma. Desde el momento en que la perspectiva se concentra en el vínculo jurídico ligado a los acuerdos entre hombres de diferente ciudadanía, se hace casi necesario hacer explícito que el *oportere* que vinculará y determinará los

28 Fundamental F. GALLO. “Bona fides e ius gentium...”, cit., pp. 117 y ss.

efectos jurídicos de los acuerdos debe ser un *oportere ex fide bona*. Esto significa que las partes deberán comportarse en el cumplimiento de los compromisos asumidos de una manera correcta y leal. Pero también significa que el contenido concreto de la obligación recíproca nacida del acuerdo no está limitado exclusivamente a lo querido por las partes²⁹.

4. PRINCIPIO CONSENSUALISTA Y TIPICIDAD CAUSAL EN LA *INTERPRETATIO PRUDENTIUM* DEL *IUS GENTIUM*

Así, quizás en este punto resulte posible sacar las cuentas sobre el problema del que partí. Es decir, si este momento histórico, en el que emerge en la contratación comercial entre romanos y peregrinos el principio consensualista (explicado dentro de una tipicidad causal), puede considerarse como fruto de una producción consuetudinaria del derecho y si la percepción de él como *consuetudo* haga perder el momento reconstructivo de la ciencia jurídica romana, que destiló un producto de gran significado dogmático.

A mi modo de ver, el mecanismo más adecuado para explicar el fenómeno es aquel que con autoridad se ha señalado también en materia de *ius civile*: una fecunda dialéctica entre *interpretatio prudentium* y producción consuetudinaria del derecho, expresada con la feliz imagen de la *interpretatio* “en los” *mores*³⁰.

Ese movimiento desde abajo, representado por la diversificada contratación dentro del tráfico comercial, no se percibe como tal en términos de *ius*, al no expresar esa fuerte unión “natural” entre la práctica negocial y su relevancia jurídica,

29 Sobre la importancia del momento judicial en la determinación del contenido del *oportere ex fide bona*, ver lo que tuve ocasión de precisar en mi trabajo *‘Bona fides’ tra storia e sistema*, Torino, 2010, pp. 29 y ss.

30 F. GALLO. *Interpretazione e formazione consuetudinaria del diritto*, Torino, 1993, en particular pp. 81 y ss.

evidente en la lectura de SAVIGNY arriba recordada. Por el contrario, la praxis negocial resulta fuertemente reinterpretada al individualizar a partir de las diversas “formas” negociales existentes, un principio común, el del consensualismo, leído desde la tipicidad causal de los intercambios y de los diferentes contratos de prestaciones y servicios.

La solución jurisprudencial ofrece un poderoso estímulo a las exigencias económico-sociales que se deducen del tráfico comercial, marcando para siempre la futura historia de los contratos, en la que el germen del consensualismo extenderá cada vez más su influencia.

5. CONCLUSIONES

Leer la realidad de los contratos de hoy en una perspectiva supranacional y sensible a su armonización significa volver a adquirir una capacidad de lectura, con los lentes conceptualmente adecuados, para darle ropaje técnico. Así, el jurista debe madurar una profunda fuerza de análisis de la sociedad en constante transformación, sin dejarse seducir por las formas que la contratación puede asumir; más bien debe indentificar en esa contratación cuáles son los verdaderos puntos de apoyo, como un mínimo jurídico que permita un campo de reglas idóneo para evitar que tal ámbito de contratación sea la imposición de un derecho de una parte sobre la otra. Es decir, un derecho que se mantenga, en sus principios ordenadores, como el del consensualismo y el de la tipicidad causal, como árbitro desinteresado de los intereses económicos y de las necesidades que se satisfacen en el comercio internacional. Y al mismo tiempo, me parece, se debe corroborar la importancia del principio de buena fe como principio inderrogable del contrato y la obligación como estructura de igualdad.