



**LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS EN EL “VIEJO” Y EN EL
“NUEVO” DERECHO
EXAMEN DEL CONTRASTE ENTRE EL “RIGOR FORMAL” Y
LA “FLEXIBILIDAD BASADA EN PRINCIPIOS” EN LA TEORÍA
JURÍDICA ROMANÍSTICA**

DIEGO LÓPEZ MEDINA

Universidad de los Andes
Facultad de Derecho
Revista de Derecho Privado N.º 47
Enero - Junio de 2012. ISSN 1909-7794

LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS EN EL “VIEJO” Y EN EL “NUEVO” DERECHO

Examen del contraste entre el “rigor formal” y la “flexibilidad basada en principios” en la teoría jurídica romanística*

Diego López Medina**

RESUMEN

Se ha afirmado que el derecho contemporáneo ha sufrido un proceso de excesiva principialización en América Latina y frente a este fenómeno los civilistas (tanto teóricos como prácticos) levantan variadas críticas, apoyados en su propia tradición profesional y académica. El presente texto pretende mostrar cómo este nuevo derecho principializado no es tan diferente frente al viejo derecho de la tradición romanística. Para ello, se repasa el proceso de principialización que sufrió el derecho romano en el que el “rigor formal” fue paulatinamente flexibilizado mediante principios, dentro de los cuales el de “buena fe” ocupó un papel estructural. La noción de buena fe (como concepto estructural de flexibilización de la argumentación e interpretación jurídica) se extendió de tal manera

ABSTRACT

It has been said in some quarters that contemporary law in Latin America has been excessively impacted by general principles; civilian lawyers (both theoretical and practical) have levied several criticisms against this widespread phenomenon, based on their own professional and academic tradition. This article shows how this new “principled” law is not so different from the historical transformations that the old Roman Law experienced. To do this, the article reviews the process through which Roman Law moved from rigorous application of texts and forms towards its interpretive and adjudicative flexibilization through principles, among which “good faith” (*bona fide*) played a structural role. The notion of good faith (as the structural concept that introduced flexibility in legal argument and

* El texto del presente artículo fue presentado en el VI Foro Internacional de Derecho Privado que examinó “la significación del derecho romano en la educación legal y en el ejercicio de la abogacía de hoy” llevado a cabo en la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes el 8 de septiembre de 2011.

** Profesor titular de la Universidad de los Andes; doctorado en derecho y maestro en derecho de la Universidad de Harvard; abogado y filósofo de la Universidad Javeriana. En la actualidad es conjuer de la Corte Constitucional de Colombia y ha servido como juez *ad hoc* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Agradezco al lector oculto por sus importantes observaciones y comentarios que ayudaron al mejoramiento del presente texto. Correo electrónico: dlopez@uniandes.edu.co

dentro de la comprensión social del derecho romano que los argumentos y las interpretaciones *ex fide bona* reemplazaron masivamente al concepto de derecho basado en aplicaciones inexorables de la forma, del texto y del rito. Esta transformación, que constituye el núcleo civilizatorio del derecho romano privado, se terminó confirmando cuando la misma definición del derecho, primero en las fuentes clásicas y luego en las bizantinas, terminó aceptando que el derecho (*ius*) podía definirse como *ars bonuum et aequum*", es decir, como un ejercicio sistemático de argumentación y adjudicación basado en la buena fe. Así, la "definición" romana del derecho recoge el proceso de principialización; la definición concibe la esencia del derecho como un derecho "principializado" y no como un derecho formalizado. Si este argumento es cierto, se le reprocha a los civilistas que utilicen su tradición intelectual para criticar los procesos de flexibilización basada en principios de los que son testigos en su propia circunstancia política y social. El artículo termina sugiriendo algunas conexiones entre este proceso en la historia y teoría del derecho romano y la función de teorías contemporáneas de los principios como las expuestas por R. Dworkin o R. Alexy.

Palabras clave: Teoría jurídica, principios jurídicos, principialización del derecho, flexibilización del derecho, formas jurídicas, formalismo jurídico, buena fe, definición de derecho, sistema contractual romano, procedimiento civil romano, uso contemporáneo de la tradición romanística.

interpretation) was so extended in the social understanding of Roman Law that legal discourse *ex fide bona* massively displaced the alternative concept of law based on the exclusionary application of the legal form. This transformation, that historically constitutes the celebrated Roman genius for the law, was further confirmed when the very "definition" of law, first in the sources of the classical period and later in the Justinian Digest, was equated with the "art of the good and just" (*ars bonuum et aequum*), that is, as a systematic deployment of legal arguments and judgements based on the principle of good faith. Thus, the Roman "definition" of law is tributary to the process of flexibilization through principles; furthermore, the "definition" itself identifies the essence of law as principled law, not as formal law. If this argument is true, the article criticizes Civilians for sidestepping its own intellectual and theoretical tradition to oppose the role of principles in the contemporary milieu. The piece ends by suggesting some connections between this process in the history and theory of Roman Law and the function of contemporary theories that explain the role of legal principles as those of R. Dworkin or R. Alexy.

Keywords: Legal Theory, Legal principles, principled law, flexibilization of law, Legal forms, Legal formalism, good faith, concept of law, Roman contracts, Roman civil procedure, Contemporary use of Civilian tradition.

SUMARIO

Introducción - 1. *Ius est ars bonum et aequum* - 2. Rigorismo formal en el derecho romano - 3. Flexibilización del derecho romano: el ejemplo en el derecho de los contratos - 4. *Ius est ars bonum et aequum* de nuevo: la definición clásica del derecho desde la función flexibilizadora de los principios - 5. Conclusión - Bibliografía.

Introducción

No es desconocido para el estudioso del derecho colombiano la aparición ya hace unos años en nuestro horizonte intelectual del concepto de “nuevo derecho”. Valdría la pena, en algún momento, reconstruir la genealogía y el propósito original del concepto aunque quizás ésta no sea la ocasión para ello.¹ Al considerar esta expresión (“nuevo derecho”) se le ocurren a uno varias preguntas: naturalmente la primera se deriva del carácter relativo de las cosas que son “nuevas”. Algo es “nuevo” por comparación con algo “viejo” o “antiguo” o “tradicional”, por lo que no resulta desencaminado suponer que ha de existir un “derecho viejo, antiguo o tradicional” que sirva de antípoda y contraste al “nuevo”. Sin embargo, al menos que yo sepa, nadie se ha puesto la tarea de describir este último. Al mismo tiempo, habrá uno de preguntarse, el por qué de la súbita aparición de esta dicotomía entre derechos “nuevo” y “viejo” para nada similar a las más aclimatadas distinciones entre derecho objetivo/subjetivo, derecho real/personal, derecho privado/público, derecho sustantivo/procesal, etc. Finalmente, el mismo concepto de “nuevo derecho” resulta realmente desconcertante para quienes hemos estudiado abogacía dentro de escuelas que enseñan que el derecho es una práctica profesional más o menos homogénea y cuyas rutinas profesionales, ya sean las del consultor, las del juez o las del litigante, están razonablemente bien establecidas y, por tanto, relativamente exentas de sobresaltos que

1 Para una discusión sobre el mérito del “nuevo derecho” puede verse el artículo de Leonardo García, “El ‘Nuevo Derecho’ en Colombia: ¿entelequia innecesaria o novedad pertinente?” en *Revista de Derecho* No. 29, Enero-Junio de 2008. Barranquilla: Universidad del Norte.

justifiquen la aparición de un “nuevo derecho”. ¿Qué de “nuevo”, se pregunta uno, puede haber bajo el sol? El presente ensayo pretende, precisamente, explorar respuestas a esta pregunta.

Dos advertencias se imponen antes de comenzar: en primer lugar, dado que los adjetivos “nuevo” y “viejo” poseen de por sí contenido emotivo –en efecto, considérese cómo “lo nuevo” invoca lo actual, lo dinámico y lo vital mientras que lo “viejo” resulta más afín a lo caduco y lo superado– en el presente escrito se tratará de neutralizar tales componentes emotivos de significado. Para ello se utilizará una terminología que no presuponga, al menos no tan de entrada, el mérito o valor de estilos de razonamiento y adjudicación que están en competencia por capturar la atención y la devoción de jueces y abogados. Esta terminología será introducida más adelante. En segundo lugar, y para de una vez disipar dudas sobre un posible equívoco que los términos “nuevo” y “viejo” pueden suscitar, el lector ha de reparar que bajo estos nombres no se designa la bien conocida distinción entre derecho recientemente promulgado –nuevo derecho, en ese sentido– y derecho derogado –viejo derecho–. Tan obvio como esto es, varios de los voceros del “nuevo derecho” –y ciertamente no los menos representativos– vinculan su aparición en nuestro medio con la expedición de la Constitución de 1991, lo cual resulta, como más adelante se explicará, poco compatible con las líneas de argumentación que dicen defender.

El plan de la exposición es el siguiente: en primer lugar, se propone al lector una excursión rápida (sin aspiraciones de exhaustividad

histórica) a través de algunas de las discusiones conceptuales que se han dado al interior del derecho romano (y con él, del derecho privado) sobre el papel y la función de los “principios jurídicos”. Allí se partirá, de un lado, de algunas de las reflexiones que sobre los “principios jurídicos” se hacen en las fuentes históricas del derecho romano (y en algunas de sus interpretaciones históricas y dogmáticas posteriores). El análisis llevará a sostener que en una versión hoy muy extendida y autorizada en el derecho romano clásico, la noción de *ius* recogía ya conceptualmente el proceso de “principialización” que había experimentado el derecho romano en el tránsito de la época pre-clásica a la clásica. Para mostrar este punto se hará un examen del significado histórico y conceptual de la definición de *ius* como *ars bonum et aequum* en el *Digesto* 1.1.1. y atribuida al jurista Celso. Con esta versión reconstruida de la importancia de la principialística en el derecho civil, se examinará a continuación cuáles elementos tiene en común dicha reflexión con el renacimiento contemporáneo, en la teoría jurídica de los últimos 30 años, de un estudio sistemático del papel de dichos principios en el ordenamiento jurídico. Este recorrido no tiene, a primera vista, mayor coherencia sino que todo su valor consiste en repasar cosas que son interesantes e instructivas en general pero que, con alarmante frecuencia se olvidan, especialmente en el campo de los privatistas quienes, en términos generales, se han resistido a establecer vínculos entre su “principialística” tradicional y las nuevas “principialísticas” formadas en las vecindades y dentro de las preocupaciones del derecho público constitucional. En este análisis, pues, se tratará

de restablecer un cierto puente “funcional” entre el discurso sobre principios del derecho civil tradicional y las nuevas teorías “principialísticas” que han surgido en la práctica constitucional contemporánea, y que han encontrado acabada forma doctrinal en las obras, entre otros, de Ronald Dworkin² y Robert Alexy³.

Luego, y a partir de estas observaciones de naturaleza histórica, se tratará de mostrar cómo el problema del “nuevo derecho” es mucho mejor entendido dentro del marco de una oposición fundamental en las ideas y las prácticas políticas y jurídicas de un buen número de sistemas jurídicos (y con ello me refiero a la dicotomía entre “principios” y “reglas” o, lo que es lo mismo, entre la flexibilidad de orientación abstracta a principio versus la certeza de reglas imperativas o, mejor, perentorias). Así se intentará probar que el “nuevo derecho” es más bien uno de los polos permanentes de la discusión jurídica, polo que, sin embargo, ha sido frecuentemente ignorado –con unas pocas excepciones– en el análisis jurídico predominante en el derecho privado de nuestro país a pesar de que el récord histórico muestra con suficiencia los procesos que llevaron también a una importante “principialización” del derecho privado, tanto histórico como moderno.

La conclusión que de allí se desprende puede ser anunciada de entrada: el “nuevo derecho”, por tanto, no resulta tan nuevo y más bien refleja en nuestro contexto actual una tensión

2 En varias obras, de las cuales *Los derechos en serio* (Ariel, Barcelona, 1984) sigue siendo su formulación clásica.

3 En especial en su *Teoría de los derechos fundamentales* (CEPC, Madrid, 1993).

teórica clásica dentro del concepto del derecho del cual ya tenían plena conciencia los juristas romanos y, con ellos, la tradición romanística y civilística: el derecho ordena de forma perentoria para lograr la coordinación de la conducta humana (mediante reglas textuales y taxativas), pero también cumple con funciones de orientación, moralización, inspiración e invita a la acomodación prudencial de intereses (mediante principios no taxativos). Esta tensión fundante y permanente de la teoría del derecho ya estaba firmemente presente en el acervo intelectual de la tradición del derecho civil pero, por diferentes razones, suele ser desplazada hacia los márgenes en las formas más tradicionales de teorización jurídica empleadas en Colombia. Al mostrar de nuevo la presencia de esta tensión en el derecho civil clásico se busca provocar un efecto paradójico en el lector: mostrar la incoherencia que existe en el hecho de que sean algunos de los civilistas (y, en general, iusprivatistas) colombianos los que hayan emprendido una lucha, más o menos firme, para rechazar la nueva principialística que la teoría del derecho les ofrece cuando, al interior de su propia tradición, la principialística constituye uno de sus elementos fundamentales desde el mismo derecho romano clásico.⁴ Se trata de una especie de esquizofrenia teórica que el presente texto busca poner de relieve. Finalmente, se tratará de reflexionar sobre las posibilidades y retos que tiene que

enfrentar esta nueva reencarnación de la “principialística jurídica” (bajo el rótulo de “nuevo derecho”) para llenar un vacío fundamental en las prácticas y teorías de la academia jurídica y del foro colombiano.

1. “IUS EST ARS BONUM ET AEQUUM”

Hay un texto del *Digesto* de Justiniano que es muy conocido; podría incluso decirse que ninguna colección de aforismos, citas o apotegmas jurídicos puede considerarse completa sin incluirlo. Su difundida popularidad, empero, tiene más que ver con su función retórica, como especie de ornamento erudito que se cuelga de alegatos y exhortaciones jurídicas, que con su papel sistemático, técnico o dogmático dentro del cuerpo del derecho romano. Tal es, además, la función que sugiere su colocación al comienzo del *Digesto* de Justiniano, como parte de una enunciación de principios generales que tienen una relación difícilmente discernible con los detalles más precisos de la normatividad del derecho civil romano. El texto dice así:

“Quien quiera ocuparse con el derecho debe primero saber de donde viene su nombre. Porque derecho *-ius-* se deriva de justicia *-iustitia-*. Como ha dicho elegantemente Celso: El derecho es el arte de lo bueno y de lo equitativo *-ius est ars bonuum et aequum-*.”⁵

Los textos introductorios de carácter filosófico o general del *Digesto* o de las *Institutas* son usualmente excluidos del estudio dogmático del *Corpus Iuris*. Thomas Watkin afirma, por

4 Esta es la actitud asumida, por ejemplo, tanto en los artículos polémicos como en los libros recientes de Javier Tamayo. Véase, por ejemplo, su libro *La decisión judicial* (Diké, Medellín, 2011) donde, a partir de una plataforma teórica a la que denomina “positivismo discrecional”, lanza vehementes críticas contra el “nuevo derecho”, el “activismo judicial” y el “derecho de los jueces”. Dentro de un horizonte similar se encuentra la obra firmada conjuntamente por Tamayo Jaramillo y Carlos Ignacio Jaramillo bajo el título *El precedente judicial en Colombia: papel y valor asignados a la jurisprudencia* (Ibáñez, Bogotá, 2011).

5 *Digesto* 1.1.1. pr.

ejemplo, que “el primer título del primer libro de los *Institutas* de Justiniano ha sido descrito como meramente introductorio, breve y dedicado a generalidades de un carácter meramente banal”⁶. Que el derecho sea el arte de lo “bueno y lo equitativo” es una afirmación con la que se puede estar fácilmente de acuerdo desde una cierta retórica política generalizada. Este sentimiento popular aspira a que el derecho sea, al mismo tiempo, una expresión de lo bueno y de lo equitativo: se exige este isomorfismo entre derecho y moral como garantía general de la legitimidad de las órdenes que el derecho le da a la ciudadanía. A esta percepción se han opuesto con argumentos técnicos y desde contextos históricos completamente diferentes los positivistas jurídicos contemporáneos que, por tanto, nunca han sido defensores de esta popular aspiración a que el derecho esté, de algún modo, aunado a lo “bueno” y a lo “equitativo”. Para los positivistas esta aspiración popular es peligrosa porque se desliza rápidamente hacia el autoritarismo: de aspirar normativamente a que el derecho deba ser también “bueno y equitativo”, se termina afirmando que, efectivamente, el derecho es “bueno y equitativo”. Con este sutil deslizamiento se le da una autoridad ideológica que no merece porque el derecho tiene una conexión apenas contingente con la moralidad e incluso peor: siendo su origen el poder del Estado y la política podría pensarse que el derecho sólo le atina de manera marginal a contenidos moralmente valiosos o buenos.

6 Watkin, Thomas Glyn. *Honeste Vivere*. 5 *Journal of Legal History* 117 (1984). En este caso, como en todos los siguientes en los que el texto que cito no está disponible en español, ofrezco una traducción propia. Watkin hace referencia al tipo de comentario que merecen estos aforismos introductorios en tratados usuales de derecho romano como, por ejemplo, los de J.B. Moyle *Institutes*, 5ª Ed. o J.A.C. Thomas, *Institutes of Justinian*.

Pero el punto fundamental que debe recordarse es el siguiente: la cultura jurídica romana no era positivista en el significado anteriormente estipulado. Ello se ve con claridad en la definición del *Digesto* 1.1.1 que se acaba de citar y cuyo sentido puede aclarar mucho el papel de la principialística dentro del derecho civil clásico. ¿Podría esta definición del *Digesto* darnos información importante acerca de la naturaleza del derecho civil como práctica social tal y como la entendían los romanos?

Este y otro puñado de textos que se encuentran al comienzo de las *Institutas* y del *Digesto* son “fundamentales” en el sentido especial de que se trata de la “gran retórica” del derecho romano, i. e., de sus más generosas y amplias generalizaciones de “principio”. Es en este entendido que nadie puede ignorarlos. Pero a la par, la indagación dogmática por los contenidos específicos de las “reglas” de derecho romano es un asunto que nada tiene que ver con estas generalizaciones introductorias. Las “reglas” son específicas y son ellas las que controlan en los conflictos jurídicos reales. Así, pues, los “principios” del derecho romano son bellos y quizás imposibles de obviar en ocasiones que exijan cierto nivel de pompa y circunstancia – quién lo duda–; pero su efectividad dogmática y normativa en la construcción e interpretación de “reglas” es harina de otro costal.⁷

7 Se distingue en este párrafo entre “reglas” y “principios” en el mismo sentido general que defiende y explica Ronald Dworkin, por ejemplo, en *Hard Cases*, 88 *Harv. L. Rev.* 1057 (1975). Esta distinción, sin embargo, era ya central en los materiales de clase de Henry Hart y Albert Sacks, *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law*, que fueron, durante años, la filosofía del derecho predominante en las escuelas de derecho norteamericanas. Estos materiales, que tuvieron amplia circulación y aceptación en su “edición tentativa” de 1958, han sido recientemente publicados, con un excelente ensayo introductorio, por William Eskridge y Philip Frickey, The Foundation

2. RIGORISMO FORMAL EN EL DERECHO ROMANO

Este análisis de la relación entre “principios” y “reglas” en derecho romano, tan común como es, no resulta de ninguna manera inexorable. Quizá una reflexión sobre el derecho romano resulte ilustrativa al respecto. Al comienzo del derecho romano su característica fundamental era el “rigor formal”. Von Jhering, en su *Espíritu del Derecho Romano*, fue quien resaltó adecuadamente en el siglo XIX la importancia esencial de la “forma” en el derecho. En efecto, von Jhering distingue entre “forma” y “fórmula”, reservando la primera para todas aquellas palabras o conjuntos de palabras que eran imprescindibles en derecho romano para que un acto jurídico tuviera validez. El derecho formal prescribía que para que un contrato o testamento fuese válido era esencial utilizar ciertas *sollemnia verba*⁸ sin las cuales el acto perdía valor. Esta idea fundamental, recogida primero en la costumbre y luego sancionada en la Ley de las XII Tablas, es parte de lo que los romanos entendían por derecho en época tempranas:

“Cuando alguien contrae una obligación legal con referencia a su propiedad, o la vende mediante un pronunciamiento verbal, esto *habrá de tener la fuerza y el efecto de la ley - así como*

Press, 1994. Una “regla”, conforme con Hart y Sacks, es simplemente “una directiva legal que requiere para su aplicación *solamente* la determinación de la ocurrencia –o de la no ocurrencia– de hechos físicos o mentales, esto es, determinación de hechos”. Hart y Sacks, *óp. cit.* pág. 139. En contraste, un “principio” “describe un resultado que se desea lograr”. Este resultado es aquel que “*debe ser logrado e incluye, expresamente o por referencia a sistemas de pensamiento correctamente interpretados, el anuncio de las razones por las cuales dicho resultado debe ser alcanzado*”, *ibidem*, pág. 142.

8 Sobre las *sollemnia verba* véase el artículo de Nicholas, Barry: Verbal Forms in Roman Law, 66 *Tulane Law Review* 1605 (1992).

la lengua se ha expresado, así serán los efectos legales.”⁹

La Ley de las XII Tablas, que se acaba de citar, no establecía el principio *pacta sunt servanda* sino el principio *verba sunt servanda*, aunque la civilística moderna se encargaría de ir deslizando este último en la dirección del primero.¹⁰ La expresión *verba sunt servanda* maximizaba la formalización del régimen privado de obligaciones y contratos, dando publicidad, precisión, rigor, santidad y justiciabilidad a las promesas de naturaleza jurídica que intercambiaban las partes. Una de las funciones básicas del derecho está íntimamente relacionada con esta “formalización” tanto del origen como del contenido de las reglas. La obsesión de los derechos modernos propios del Estado-nación ha sido la de sistematizar y formalizar la creación de derecho a través del control estatal de las fuentes del derecho. La “formalización” de la producción del derecho se expresa en la existencia contundente en el derecho moderno de una “regla de reconocimiento” en la que las prácticas sociales de aceptación de cuáles son las fuentes del derecho válido reciben un alto grado de regimentación e institucionalización. Este fenómeno no se presenta con tanta nitidez en los derechos pre-modernos donde la creación difusa del derecho (en la costumbre, en la jurisprudencia o en la doctrina, para solo mencionar algunas de las fuentes) es todavía característica. La construcción de una “regla de reconocimiento” funcional exige la compilación, sistematización e

9 Ley de las XII Tablas, V, 1.

10 Este proceso está detalladamente analizado en el libro de Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*. Oxford, Clarendon Press, 1996.

institucionalización de la creación del derecho en procesos formales y marcadamente voluntaristas e imperativistas de legislación y de codificación, como fue ocurriendo lentamente en el desarrollo del derecho romano. El derecho romano preclásico no contó con procedimientos formales para certificar el origen o pedigrí de las reglas obligatorias para todos (*erga omnes*); este déficit de formalismo en las fuentes del derecho fue parcialmente compensado con un alto formalismo en la creación privada de obligaciones (inter partes): a falta de una desarrollada doctrina de las fuentes del derecho con fuerza universal, la función formalizadora del derecho se desplazó a las fuentes de las obligaciones en las que se determina el pedigrí y el contenido de las reglas perentorias de coordinación contractual entre los co-contratantes. Así configurado el sistema, el derecho civil romano parece ser una máquina de coordinación social basada en contratos e intercambios voluntarios y menos en la orientación imperativa de reglas expedidas desde el Estado o cualquier otra forma política superior de coordinación normativa que haga sus veces. Este sistema jurídico, pues, exhibe como su pieza central a un sistema contractual formalista cuyo funcionamiento formal se resume en la máxima *verba sunt servanda*.

Las “obligaciones” así contraídas (que constituyen verdaderas “reglas” perentorias para el obligado) se fijaban literalmente en expresiones lingüísticas que se emitían dentro de ritos o procedimientos “formales”. En las condiciones performativas adecuadas, y sólo en esas, el obligado ataba su conducta a una regla que se definía, de la forma más estricta posible,

dentro del marco textual de las expresiones lingüísticas emitidas.¹¹ El rito y el estricto sentido de la expresión lingüística eran las piezas de la formalización que permitían reconocer la existencia de reglas y obligaciones. Estas “formas” en el derecho romano nacieron con toda probabilidad en el intento de articular un sistema de contratos donde la santidad de la palabra fuese el elemento fundamental; esta preponderancia de la forma dio a su vez origen a una rígida identificación entre la forma, la expresión lingüística y la regla. El cumplimiento con las funciones de coordinación básicas del derecho llevó a que estos se construyeran con altos niveles de formalismo. Aquí se entiende por “formalismo” la vinculación estrecha y perentoria entre la forma, el texto y la regla sin permitir, en términos generales, la presencia de excusas, excepciones, matizaciones o ponderaciones basadas en la consideración equitativa de las circunstancias concretas del caso. Es evidente, por otra parte, que las “reglas” no tienen que ser necesariamente entendidas de esta forma tan estricta. La “normatividad” del derecho no exige de un formalismo tan excesivo, de un autoritarismo tan acentuado: el hiperformalismo contractual romano habría de modificarse a través del tiempo. Las reglas pueden ser entendidas de forma más abierta, no como resultados inexorables de la forma y de la expresión lingüística en que están expresadas. Es esta disociación hermenéutica, precisamente, el fenómeno que queremos examinar.

11 Esta comprensión del derecho ya parece tan ajena a la sensibilidad moderna que da para que William Shakespeare la desnude y examine de forma crítica en su obra de 1596-8: *El mercader de Venecia*. La tensión general entre texto e intención se examina, desde la perspectiva de la pragmática griceana, en mi libro *La letra y el espíritu de la ley*, Legis, Bogotá, 2009.

A modo de ilustración resulta saludable discutir tres casos en los que se ve en funcionamiento esta relación rígida entre la regla y el binomio forma-texto. En un pasaje de las *Institutas* de Gayo, en el que se refleja la inercia que la "forma" ejercía todavía en el derecho clásico¹², se describe críticamente el tipo de interpretación de las leyes que resultaba del excesivo apego al texto canónico:

Estas acciones que los antiguos utilizaban eran denominadas *legis actiones* por la razón de que, o bien fueron establecidas por la ley – en ese tiempo los edictos del Pretor, por medio de los cuales se han introducido muchas nuevas acciones, no eran todavía usados– o bien porque dichas acciones seguían las palabras de la ley, y por lo tanto, como la ley misma, eran obedidas sin alteración. En consonancia, una vez se decidió que la persona que demandara a otra por cortar sus "viñedos" y en la demanda los denominara así, "viñedos", debería perder la causa, porque ha debido llamarlos "árboles" ya que la Ley de las XII Tablas, bajo cuya autoridad la demanda había sido presentada, habla en general de "árboles"¹³.

12 El excesivo formalismo del ejemplo no es, ni mucho menos, el caso promedio para la época en que escribía Gayo. Ya para entonces el derecho romano se había flexibilizado dramáticamente, pero aún dentro de la estructura general de las "formas". Las "formas" de la época republicana fueron, de lejos, las más inflexibles, mientras que la flexibilización fue fundamental en el derecho clásico. Pero esta flexibilización procedía a reconocer dentro de las "formas" solemnes palabras o frases alternativas que se consideraban suficientemente cercanas a las originales como para justificar la sanción del derecho al acto en cuestión. Este tipo de "flexibilización", sin duda muy importante en el desarrollo del derecho romano, es sin embargo excesivamente pálido y tímido a los ojos de la flexibilización basada en principios. Al interpretar este pasaje Barry Nicholas, *óp. cit.*, argumenta que aquí Gayo limita la importancia de la "forma" a las "reglas" expedidas en *leges* y que, adicionalmente, el tono de Gayo es como si se tratara de una cosa del pasado histórico.

13 *Institutas* de Gayo, 4.11.

En efecto: las *legis actiones* eran tan estrictas que un hombre que demandaba a otro porque este último había cortado un "viñedo", estaba condenado a perder el pleito porque, en todo rigor, la acción concedida por las XII Tablas hablaba de "árboles" y no de "viñedos".

Un segundo ejemplo resalta otra vez el papel del texto en la interpretación y delimitación de la regla, pero ahora el autor recogido en el *Digesto* (en este caso Salvio Juliano) se siente autorizado para criticar este procedimiento sobre la base de que es contrario a *principios de razonamiento*:

"Ya que numerosas reglas han sido establecidas por el Derecho Civil que están en oposición con los principios de razonamiento para favorecer la utilidad pública, *como puede ser probado por innumerables ejemplos*; me contentaré con solo referirme a uno de ellos. Cuando varias personas se llevan una viga que pertenece a otro con la intención de robarla, lo cual no pueden hacer individualmente, ellos deben responder por una demanda de hurto; aunque por medio de un argumento ingenioso puede decirse que ninguno de ellos es responsable –individualmente considerado– porque es verdad que ninguno de ellos se llevó solo la viga."¹⁴

El tercer ejemplo es, por supuesto, la forma prototípica del contrato romano, *stipulatio*. En este contrato, dos personas, la una en frente de la otra, reproducían un pequeño "libreto" jurídico, de cuya exactitud y fidelidad dependía la buena

14 *Digesto*, 9.2.51.2 Las implicaciones de este importantísimo texto son exploradas en detalle por Peter G. Stein, *The Roman Jurist's Conception of Law*. En Andrea Padovani y Peter Stein (editores), *The Jurist's Philosophy of Law from Rome to the Seventeenth Century*. Springer, Dordrecht, 2007, pp. 367 a 396.

fortuna del negocio que pretendían hacer. El primero preguntaba al segundo, “prometes tal o cual prestación”, utilizando forzosamente el verbo *spondere*, y el promitente respondía, con igual precisión, *spondeo*.¹⁵ El rompimiento de la promesa por parte del promitente permitía a la contraparte insatisfecha acudir a la *legis actio per iudicis postulatione*. Por este mecanismo se podía exigir el cumplimiento de la obligación prometida. El punto importante aquí es, sin embargo, que “el contenido de la promesa era juzgado solamente por las palabras usadas, y el contrato permanecía válido y efectivo incluso si la promesa había sido inducida por dolo, fuerza o error”¹⁶. De la misma manera, “cuando un acuerdo no era vertido en la forma de la *stipulatio*, entonces, sin importar qué tan serio fuese el asunto de la transacción, allí no había obligación contractual y la parte insatisfecha no tenía ningún derecho a traer una acción de incumplimiento contractual”¹⁷. En palabras de Paulo, “las estipulaciones fueron introducidas con el propósito de confirmar las obligaciones que son contraídas meramente mediante el uso de palabras; y se les denomina así [estipulaciones] porque mediante ellas la fuerza de las obligaciones es aumentada, ya que los antiguos empleaban el término *stipulum* para denotar firme.”¹⁸

15 Es cierto, por otro lado, que en la *stipulatio* podían utilizar algunos otros verbos para la formalización contractual. Véase al respecto las *Institutas* de Gayo 3, 92.

16 Véase al respecto Watson, Alan, *The Evolution of Law: The Roman System of Contracts*. Watson, Alan, (1984). Scholarly Works. Paper 496. Consultado en http://digitalcommons.law.uga.edu/fac_artchop/496

17 Watson, Alan, *Ibid.*

18 *Las Opiniones de Paulo* V, 7, 1.

El mensaje, a manera de resumen, es que el derecho puede ser entendido, como fue el caso de los romanos durante siglos, desde la perspectiva de la forma y del texto que ella produce. Esta lectura del derecho dio lugar al “derecho estricto” propio de los romanos y elementos constitutivos de su identidad y de su tradición jurídica. *Dura lex, sed lex*, pues, no es solamente la reflexión de aquel desencantado que se queja de la ceguera del derecho frente a las circunstancias particulares que parecen tornar la regla excesivamente ruda o indiscriminada. *Dura lex, sed lex*, es también el principio formal del derecho que une en indisoluble vínculo la seriedad y precisión de la palabra dada, bien sea en el acuerdo contractual o en la regla expedida por la legislatura, con las consecuencias jurídicas y sociales que de allí provienen. Las ventajas que se derivan del derecho como forma son evidentes: seguridad, certeza, previsibilidad, virilidad, santidad de la palabra, etc. Por lo tanto, no debe criticarse esta forma de pensar el derecho con excesiva ligereza. Por el contrario, esta necesidad del derecho de unir el rigor de la expresión lingüística con las consecuencias jurídicas es tan omnipresente en la reflexión jurídica que bien podría uno suponer que se trata de una de sus notas esenciales, una de sus funciones permanentes.

Vale la pena hablar sobre las ventajas que tiene esta estructura normativa desde el punto de vista de la teoría política. O podría uno, incluso, preguntarse hasta qué punto no ha sido el caso que esta conceptualización del derecho ha pasado a ser uno de los bloques estructurales de cualquier discusión política. En esta concepción

del derecho se enraízan imaginarios políticos que tienen que ver con el orden social, con la seguridad y previsibilidad del derecho y de los contratos y, por esa misma vía, con la misma noción del estado de derecho. No es posible a esta altura, ni mucho menos, presentar el derecho *qua* forma como un modelo vetusto e irracional. Muy por el contrario, es mucho lo que se puede decir en su favor y para ello nadie más autorizado que el mismo Rudolf von Jhering: para él, el formalismo en el derecho romano es parte de su valor y de su legado.¹⁹

3. FLEXIBILIZACIÓN DEL DERECHO ROMANO: EL EJEMPLO EN EL DERECHO DE LOS CONTRATOS

Pero el rigor y la certeza no son las únicas promesas del derecho. La flexibilización del derecho romano tradicional se dio mediante varios procesos concurrentes; no es posible hablar aquí de los mecanismos históricos²⁰ que ocasionaron

19 Véase su libro *El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*. Ed. Comares, Córdoba, 2011, en especial el acápito que Jhering dedica a la “predilección del Derecho romano hacia el elemento exterior” en el que examina las características que él denomina “materialismo” y “formalismo” (§ 48-57).

20 Cómo evoluciona el derecho es una pregunta que siempre ha interesado a teóricos del derecho de todas las vertientes. Recientemente, y motivada en lo fundamental por Alan Watson, se ha desatado una polémica al respecto cuyas principales líneas pueden resumirse así: la tesis predominante ha sido sostener que el derecho tiene un carácter supra-estructural y que por lo tanto reacciona en la misma dirección e intensidad de los cambios económicos y sociales que le subyacen, siendo estos últimos el verdadero motor de la transformación legal. En este sentido el derecho es parte de la conciencia que una sociedad se forja de sí misma, siempre en dependencia de las realidades primarias que le subyacen. Aunque he escogido un vocabulario de fuerte sabor marxista, esta explicación es igualmente satisfactoria para sensibilidades más liberales. L.M. Friedman, en *A History of American Law (1973)* dice que “[l]a ley es un espejo puesto en frente de la vida. Es orden; es justicia; es también miedo, inseguridad y vacío; es, en fin, lo que resulta de la planeación, delimitamiento y lucha de pueblos y grupos, en cooperación o conflicto... Una historia completa del derecho americano es, ni mas ni menos, una historia completa de la vida americana”.

este movimiento hacía la flexibilización, sino del tipo especial de conceptos que se utilizaron para descoyuntar, o al menos mitigar, esta relación inmediata entre la expresión lingüística de la norma –el texto, como lo he llamado–, de un lado, y las consecuencias jurídicas concretas de su aplicación por el otro (es decir, la regla o norma post-interpretada). La más familiar de estas transformaciones ocurrió en el derecho de los contratos, mediante la paulatina incorporación al derecho estricto de las transacciones de buena fe. La incorporación de este concepto, *bona fide*, tuvo como propósito corregir una serie de problemas que ocurrían debido al rigor de la *stipulatio*. En principio debe observarse que la *stipulatio* es la forma contractual *par excellence*; no se trata de un tipo específico de contrato, sino la forma arquetípica de contratación que podía ser utilizada para cualquier función económica y social, bien fuera el depósito, el préstamo o la venta de cosas, o cualquiera otra que el lector quiera imaginar. No obstante esta evidente multifuncionalidad, hemos ya visto que la *stipulatio* incorporaba una técnica legal mediante la cual, primero, la consecuencia jurídica se determinaba por la precisa extensión que tuvieran las promesas intercambiadas entre contratantes, es decir el *contenido de la regla era coextensivo con el texto canónico estipulado entre las*

Watson, en varios libros y artículos, ha combatido esta visión y ha señalado la inercia propia de la tradición jurídica y su peso específico en la producción de cambio. Véase en especial su libro *Society and Legal Change* y su artículo *Legal Change: Sources of Law and Legal Culture*, 131 *University of Pennsylvania Law Review*, pág. 1121 y ss. En lo que respecta al derecho romano, dice Watson: “Es claro que, aunque razones económicas y sociales exigían la introducción de cada clase [de contratos], fue la tradición legal la cual determinó la naturaleza, estructura y cronología en la que apareció cada contrato. La estructura básica del derecho contractual romano se desarrolló sin referencia y, a veces, a pesar de justificaciones sociales {...}” Véase su texto *The Evolution of Law: The Roman System of Contracts*, en *Law and History Review*, vol. 2, núm. 1, Spring 1984.

partes. En segundo lugar, sin que existiera intercambio solemne de promesas, es decir, sin que se cumpliera con la *forma* establecida no había consecuencia jurídica. Esta doble característica del derecho contractual preparó el camino para el advenimiento de un cambio fundamental en derecho romano.

Suponga el lector que un amigo cercano le pide que le guarde un cierto objeto de valor mientras se ausenta del país. Suponga el lector, además, que ambos viven en un sistema de derecho que requiere para la producción de consecuencias jurídicas un proceso altamente formal de intercambio de promesas, como por ejemplo la celebración de una escritura pública con exactamente los mismos postulados regulativos que se acaban de señalar en el caso de la *stipulatio* romana. En este contexto no es sorprendente que el amigo que pide el favor se abstenga de exigir la firma de la escritura ya que resultaría desobligante dudar de la honestidad del amigo, que además se está prestando para un favor²¹; es suficiente garantía para él la confianza que mutuamente se profesan. Desafortunadamente, y seguramente contra sus convicciones, supongamos que el lector defrauda la confianza de su amigo y se apropia de la cosa que se le ha entregado para que custodie. El derecho de este país hipotético no brinda una solución adecuada al problema. El amigo traicionado no podrá acudir a los tribunales porque, en puridad, ninguna

obligación ha nacido. Cierta forma que era indispensable para ello se omitió y no hay manera de ofrecer respaldo jurídico a la parte defraudada. Los juristas entonces proponen una solución a esta injusta situación. Debe hablarse de un nuevo tipo de contrato en el cual las obligaciones nacen por el solo hecho de haberle entregado un objeto al custodio. Se trata, pues, de un contrato *real*, en el cual las consecuencias jurídicas se derivan de la entrega de *buena fe* de una cosa, sin que haya mediado el procedimiento altamente formal de la *escritura*. Ha nacido así el contrato real de *depósito*, que no precisa que los amigos vayan a firmar la escritura pública ya que sus obligaciones serán válidas y judicialmente exigibles por el solo hecho de que el lector haya recibido un objeto para guardar.

Suponga el lector que ya reformado de sus malas costumbres y ésta vez sin ánimo de defraudar, quiere venderle un objeto a su antiguo amigo. Como ya conocemos las leyes del país y motivados quizá por el chasco que tuvieron en su anterior contrato, el lector y su amigo deciden esta vez celebrar una escritura. Quizá sea bueno recordar en este momento los elementos con que hemos definido el concepto legal de *escritura* en nuestro país hipotético: debe haber por necesidad una escritura para que haya consecuencias jurídicas y la extensión de estas últimas será determinada por las *ipssissima verba* que se hayan efectivamente inscrito en la *escritura* según las exigencias del principio *verba sunt servanda*. Recuérdese, además, que estas dos condiciones son sumamente fuertes y que de ello dependen las ventajas de seguridad y certeza que el sistema pregona. El lector y su

21 Es evidente que esta confianza entre amigos es más acentuada en el caso de una comunidad rural primitiva, como en la Roma de las XII Tablas. Pero creo que, aún en medio de una sociedad industrializada y comercial como la nuestra, el ejemplo sigue teniendo significado para nosotros. En efecto, son muchos los favores que las personas se hacen a diario sin reparar en que, detrás y casi que ocultamente, nacen contratos y obligaciones. Su mención expresa sería dudar de la *buena fe* del amigo, y eso se descuenta por adelantado.

amigo se sientan a convenir las cláusulas y muy probablemente querrán acordar el objeto, su precio, la fecha de entrega del mismo, las penas por incumplimiento, etc.; suplementariamente el amigo querrá garantías adicionales por si la cosa funciona incorrectamente o no sirve para el propósito para el cual la está comprando; exigirá igualmente garantías en el caso de que una tercera persona venga y le quite la cosa reclamándola como propia. Todas estas condiciones tienen que ser redactadas con primorosa precisión dada las reglas de nuestra ley de contratos. Cualquier ambigüedad, vacío o contradicción puede dar al traste con todo el negocio. La complejidad misma de la *escritura*, dadas las condiciones que la forma impone sobre su interpretación, hacen la tarea excesivamente compleja. Nada raro que a los juristas se les ocurra, como solución a estos inconvenientes, crear un contrato especial, en el cual los reclamos y mutuas pretensiones del lector y su amigo en caso de pleito sean prudencialmente determinadas de acuerdo con la *buena fe* de las partes. Nace así un contrato consensual, en el cual la forma y sus precisas formulaciones textuales no se requieren para dar valor a una complicada compraventa. Los juristas se habrán dado cuenta, en algún punto de la historia de nuestro país hipotético, que debían otorgar consecuencias jurídicas a aquellos contratos en los cuales, por su complejidad, la existencia de intersticios o situaciones no previstas podría ocasionar la com-

pleta frustración del negocio²². Ha nacido así, el *contrato consensual de compraventa*²³.

La división o mejor, la tipología de los contratos, tal y como tradicionalmente se presenta en la escuela de derecho, no responde al modelo estático con el que se pretende enseñarlos. Según éste, se cree que los juristas romanos tenían en frente de sí una masa indiscriminada de contratos a los cuales era preciso dar coherencia mediante una clasificación. Esta clasificación de los contratos, como la que los entomólogos hacen de los insectos, responde a características estructurales –existencia o ausencia de forma, etc.– que los “definen”. Como los dos casos que acabamos de discutir sugieren (donde nuestro país imaginario era evidentemente Roma) la creación de nuevos tipos de contrato, obedece mejor a un proceso dinámico en el que, como respuesta a los inconvenientes que la “forma” estricta presenta, los juristas proceden a la implementación de nuevos principios legales que remedian las injusticias o rigideces que el esquema original necesariamente producía. Una mirada más detallada a este proceso se justifica en este momento: en nuestro país hipotético, como en el derecho contractual romano, la obligación dependía de la existencia de la forma y del enunciado lingüístico, es decir, de una explícita manifestación que determinaba,

22 Ya ve el lector que nuestro país tiene una historia jurídica muy similar a la de los romanos. Detalles sobre esta evolución en el derecho romano pueden ser encontrados en Watson, *Roman System of Contract*, óp. cit., y The Origins of Consensual Sale: A Hypothesis *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* [Legal History Review], Vol. 32, No. 2 (1964), pp. 245-254.

23 Tanto el contrato de compraventa como el contrato de depósito al cual nos hemos referido más arriba figuran dentro del listado de transacciones de buena fe que incluyen tanto las *Institutas* de Gayo (4,62) como el *Digesto* (IV, 6, 28).

inexorablemente, las consecuencias jurídicas que se seguían. La existencia de un canon lingüístico, en el cual fuese posible corroborar la extensión del acuerdo entre las partes, era necesario por razones tanto de sustancia como de prueba. Pero este sistema, tan conveniente y bien diseñado como es, vincula de una manera demasiado estrecha la consecuencia jurídica al canon lingüístico. Lo que se pierde en esta íntima asociación es, por llamarlo así, la *justicia del intercambio*.

Los nuevos tipos de contratos, rechazando la noción de forma, se fundamentan en el principio de *buena fe*. La introducción del principio le da una nueva apariencia al derecho de los contratos, porque ahora, a diferencia de lo que ocurría con la *stipulatio*, las partes esperan que los conflictos se resuelvan según *las expectativas* que tenían al celebrar esos contratos. De manera que ahora, sin necesidad de recurrencia a la forma o al canon lingüístico del contrato, ellos esperan que los objetos que han entregado –en arrendamiento, en depósito, en mutuo, en comodato– se les devuelvan o que el objeto que han comprado o permutado se les entregue y que, en fin, satisfaga todas las expectativas que razonablemente tenían al celebrar el contrato. Todo esto sin que la forma o su canon lingüístico puedan frustrar las expectativas razonables de los co-contratantes.

El derecho de los contratos, antes dominado por el principio del valor de la forma y del canon lingüístico del acuerdo, es ahora flexibilizado por un principio de *buena fe*, que en su generalidad altera de manera radical el panorama de las

relaciones jurídicas. Ahora no sólo tienen importancia las *reglas* específicas que se acordaron en el canon textual del contrato, sino que, además, un *principio* general gravita sobre su interpretación, llegando incluso a modificar el tenor literal del acuerdo en el caso de que este último imponga condiciones cuya dureza no había sido prevista o deseada por las razonables expectativas de los contratantes. Más aún, la introducción del principio lo que hace es flexibilizar dramáticamente el antes automático paso entre forma-canon lingüístico y consecuencia jurídica.

El recurso a *principios* es el más común método para mitigar los inconvenientes que se perciben en el sistema jurídico que pone el énfasis en la *forma* y en su expresión en *textos canónicos*. En el caso romano, *bona fide* fue el principio que mayor influencia tuvo en el desvertebramiento del antiguo derecho estricto y el que con mayor dinamismo habría de difundirse en los sistemas jurídicos contemporáneos. Podría decirse que él constituye el núcleo de la tradición civilística moderna.²⁴ La intención de este recuento no ha sido precisar aquí los contornos técnicos contemporáneos del principio jurídico de *buena fe*; más bien se ha tratado de describir su utilidad como herramienta de pensamiento jurídico destinada a forzar la flexibilidad de la forma y del texto. La intención ha sido, pues, recalcar la presencia de la *buena fe* como principio fle-

24 Los romanos desarrollaron un conjunto amplio de principios adicionales al de la "buena fe". Sin embargo aquí se quiere mostrar el papel estructural de la "buena fe" como metaprincipio de flexibilización del derecho estricto y, luego, como se verá en el texto, como criterio de definición del concepto de *ius* en el derecho clásico y en el justiniano. Cicerón, de su parte, algo avanzó en construir una incipiente teoría de los principios jurídicos en su obra *De Legibus*, en particular en las secciones 1, 6, 18 y en 1, 10, 28.

xibilizador en medio de un régimen contractual altamente formalizado.

4. IUS EST ARS BONUM ET AEQUUM DE NUEVO: LA DEFINICIÓN CLÁSICA DEL DERECHO DESDE LA FUNCIÓN FLEXIBILIZADORA DE LOS PRINCIPIOS

Esta ya larga disquisición sobre el derecho romano empezó con una cita que, aunque elegante parece completamente inane: “*Ius est ars bonum et aequum*”. Sin embargo, las consideraciones que preceden arrojan nueva luz sobre el poder de este aforismo. Hemos establecido en lo que va de nuestra reflexión, que el panorama de la ley de los contratos cambia radicalmente cuando se pasa de un sistema en el que la confianza en la forma y en la expresión textual y detallada de las voluntades es la pieza fundamental de la seguridad de las transacciones a otro en el cual el cálculo de las expectativas que razonablemente pueden tener las partes cuando pactan de *buena fe* es el principio cardinal. En Roma, este proceso de flexibilización fue básicamente llevado a cabo por los pretores, quienes paulatinamente fueron concediendo acciones de *buena fe* en derogación del derecho estricto. Se sabe que además de *formas*, en el sentido hasta ahora usado, los romanos utilizaron profusamente *fórmulas* o *formularios*²⁵. Una *fórmula* es simplemente una minuta de demanda que el Pretor establecía en el edicto y que los litigantes debían usar necesariamente para

que sus pretensiones prosperaran ante el *iudex*. La *fórmula* establecía, entre otras cosas, el tipo de acción que se estaba ejerciendo y el alcance de las pretensiones que se invocaban. Pero, por mucho, uno de los elementos fundamentales en la *fórmula* era la indicación de que la acción que se pretendía estaba gobernada por la *buena fe*, por oposición a las acciones de derecho estricto. Así en la compraventa, por ejemplo, la *fórmula* rezaba:

“Dado que Aulio Agerio compró a Numerio Negidio, siendo éste el hombre por quien se presenta la presente acción, y esta es la materia de la acción, lo que Numerio Negidio debe dar o hacer para Aulio Agerio de conformidad a la *buena fe*. Si así aparece, juez, condena a Numerio Negidio o de lo contrario absuélvelo.”²⁶

Estamos ahora en condición de identificar otro elemento en este proceso de transformación del derecho contractual romano y de sus perspectivas de interpretación jurídica. La presencia de *principios* en la adjudicación de controversias contractuales o en la interpretación de las leyes genera un cambio drástico en la tarea del juez –cuyas funciones se partían en el procedimiento formulario en una intervención temprana del *praetor* y una subsiguiente del *iudex*–. En efecto, los poderes del juez se incrementaban enormemente cuando se trataba de una acción de *buena fe*. Mientras que en el derecho estricto su función estaba restringida a asegurarse que los precisos términos del contrato o de la ley

25 Al respecto véase Alan Watson: Roman Law and English Law: Two Patterns of Legal Development. The fifth annual Brendan Brown Lecture, Loyola University, Feb, 1990, en 36 *Loyola Law Review* 247 (1990).

26 Véase Otto Lenel, *Das Edictum Perpetuum: Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, pág. 299, citado por Watson (*ibidem*) pie de página 12.

fuesen respetados *sin desviación frente a las formas*, la introducción de principios lo obligaban a juzgar prudencialmente de conformidad a lo que razonablemente los ciudadanos estaban autorizados a esperar de un intercambio jurídico justo. En la historia del desarrollo de las fuentes del derecho romano éste es un fenómeno que ha sido repetidamente estudiado y discutido. Para nuestros propósitos basta con traer a colación pasajes que ilustran claramente el punto:

“Ya que en acciones de buena fe, el juez tiene pleno poder para estimar cuánto debería ser pagado al demandante justa y apropiadamente; de otro lado, él también tiene autoridad para determinar lo que el demandante debería pagar en el mismo caso y condenar al demandado por el resto.”²⁷

O de manera aún más elocuente:

“Aún más, en acciones de buena fe se le concede al juez el poder de estimar de acuerdo con principios de justicia y equidad cuánto debe pagarse al demandante.”²⁸

Estos poderes se “activaban”, por decirlo así, cuando la fórmula especificaba que el negocio en cuestión era uno de aquellos en los cuales las expectativas razonables de los contratantes de buena fe debían ser protegidas por encima de los rigores de la forma y su expresión

canónica. El punto esencial aquí es que, junto con las palabras *bona fide*, los pretores romanos concedían y asumían poderes de *buena fe* en todas aquellas acciones que contenían la expresión *ex bono et aequo*. Contratar *ex bono et aequo* era equivalente a juzgar *ex fide bona*²⁹. Estas expresiones eran la señal procesal de que el contrato en discusión debía ser entendido de acuerdo a principio y no a regla canónica; que, de igual manera, el juez debía evaluar las expectativas razonables de las partes y no solo el rigor de lo expresamente pactado en la forma³⁰. Note el lector cómo se asume aquí la teoría tradicional según la cual no existe obligación en derecho privado sin que el sujeto jurídico se la auto-imponga autónomamente mediante la expresión libre de su voluntad. Dentro de este entendido, la *buena fe* se justifica como el conjunto de cláusulas contractuales que las partes *hubieran querido* si hubiesen estado en capacidad de prever todos los accidentes, infortunios o vacíos que habrían de acontecer dentro de su relación jurídica. En este sentido, el concepto de *buena fe* es el conjunto de expectativas razonables que el juez está llamado a presuponer en la voluntad de las partes para mantener la justicia del intercambio. Pero esta conexión entre *buena fe* y voluntad contractual, apuntalada mediante el argumento de que *las partes, actuando razonablemente hubiesen llegado a un tal acuerdo*, no está, ni mucho menos, libre de

27 Gayo 4, 61. Gayo en 4, 63 también describe los poderes del juez en caso de que el pago o acuerdo se haya alcanzado antes de la sentencia. Bajo el derecho estricto, la existencia de dicho pago o acuerdo no impedía que el juez de todos modos condenara. Pero este no era el caso en transacciones de buena fe: “No corresponde al juez tener en cuenta la compensación; en efecto, ella no es prescrita expresamente por los términos de la fórmula; pero como parece en armonía con la noción de un juicio de buena fe, pasa por ser comprendida en la misión del juez.”

28 *Digesto* 4, 6, 30.

29 Evidencia adicional sobre esto puede encontrarse en Hedemann, *Die Flucht in die Generalklauseln*, págs. 1-4, 6-12, 1993.

30 Es conveniente notar a esta altura que en el texto estoy adoptando la que es, de lejos, la más cautelosa y tradicional de todas las doctrinas que pudiera uno invocar para explicar la naturaleza de la obligación contractual. Para una discusión detallada sobre el punto véase Fried, Charles. *Contract as Promise: A Theory of Contractual Obligation*. Harvard University Press, 1981.

objeciones. Esta clase de argumento, que sigue siendo dominante en la teoría liberal del contrato, está evidentemente expuesto a refutaciones de diverso calibre.

En las cortes de los Estados Unidos, por ejemplo, el mismo tipo de argumento es frecuentemente utilizado en casos de interpretación de las leyes. Ronald Dworkin ha discutido en profundidad uno de estos casos³¹. El punto central aquí consiste en el hecho de que en la interpretación de las leyes, así como en los contratos, la teoría liberal tiene la permanente tentación de ordenarle al juez que, en caso de silencio legislativo, interprete la ley en la forma como *lo hubiera hecho el legislador de haber previsto el caso*. Tal es precisamente la norma del muy admirado Código Civil suizo en su capítulo preliminar, Artículo 1: "Donde no exista provisión aplicable, el juez decidirá conforme a la costumbre y, en su defecto, de conformidad con las reglas que él hubiese decretado si el mismo fuera el legislador". La civilística francesa de comienzos del siglo XX hizo de este artículo su desiderátum último de la mano de la obra de François Gény.³² Pero esta teoría ha sido duramente criticada desde diversos flancos, y por ahora me contentaré con reportar al lector el estado de la discusión en el terreno de la obligación contractual. Recuerde el lector que la ventaja fundamental de tener una teoría cautelosa –en el sentido que no pugna radicalmente con nuestras convicciones jurídicas más enraizadas– como la que he

venido sosteniendo, consiste en que permite explicar los poderes extraordinarios que asume el juez cuando adjudica contratos de *buena fe* como una extensión natural del acuerdo razonable entre las partes. En ese sentido el principio de *buena fe* es visto como una emanación de la voluntad de las partes.

Hay al menos dos explicaciones alternativas para este fenómeno: según la primera de estas teorías polémicas, el principio de *buena fe* que el juez aplica no es una emanación del acuerdo implícito a que las partes hubieran llegado de haber previsto el conflicto jurídico en el que ahora se encuentran. El principio de *buena fe* es simplemente la autorización legal que recibe el juez para imponer al acuerdo contractual sus propias nociones sobre lo que es justo y equitativo en el contrato. De ser esto cierto, este argumento tiene una doble virtualidad: por un lado y comoquiera que el principio que aplica el juez es puramente subjetivo, *bona fide* designa tan solo la justificación para permitir la intromisión ilegítima de una voluntad externa en el acuerdo entre las partes y con el propósito exclusivo de lograr la adjudicación definitiva de controversias por *fiat* con fuerza de autoridad. Por tanto todos estos principios deben ser, si no eliminados completamente de la ley, al menos su poder sí debe ser severamente restringido³³. Para decirlo claramente, es como si el Estado, a través de un abusivo activismo judicial quisiera matar al

31 En *Law's Empire*, Harvard Univ. Press, 1986, capítulo 1. El caso es *Riggs v. Palmer*, 115 N.Y. 506, 22 N.E. 188, 1889.

32 En su libro *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*. Editorial Reus, Madrid, 1925. Esta metodología es ampliamente discutida en mi obra *La teoría impura del derecho: la transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Legis, Bogotá, 2004, cap. 4.

33 ¿No es este caso, pregunto al lector, una buena descripción de la suerte que ha corrido el art. 8° de la Ley 153 de 87 en los últimos 30 años luego de una inicial, aunque transitoria, importancia en la resolución de casos civiles? Véase el análisis al respecto en mi libro *Teoría impura del derecho: la transformación de la conciencia jurídica latinoamericana*. Legis, Bogotá, 2004, capítulo 3.

contrato sin que en realidad esa pretensión esté respaldada por el derecho.

Por el otro lado, uno puede tomar perfectamente este análisis para concluir que, si bien la actividad del juez no es ilegítima en el sentido que acabamos de apuntar, sí estamos a las puertas de una total reconceptualización de la noción de contrato tal y como tradicionalmente se ha entendido: el contrato sería pues, no tanto un acuerdo de voluntades entre las partes para auto-disciplinar sus actividades, sino, mejor, la aquiescencia de las mismas para que sus negocios jurídicos particulares sean regulados por una normatividad estatal sumamente detallada y compleja que reemplaza, para todos los efectos prácticos, su campo de autonomía privada. Allí entonces la finalidad que cumplen los contratos es la de realizar las políticas sociales y económicas que el legislador considera convenientes y no la voluntad particular de las partes. Para utilizar la jerga del derecho administrativo, el contrato pasaría de ser un negocio jurídico de derecho civil a convertirse en un *acto-condición*³⁴.

34 Son innumerables los contratos en los cuales existe toda una normatividad jurídica que procura proteger el interés público que el legislador ha establecido al tiempo que la voluntad particular queda seriamente reducida. Esos contratos, por tanto, son instrumentos de la política social y económica del Estado y no de la conveniencia privada de los contratantes. Los ejemplos vienen a la mente de todas partes: contratos de trabajo, de arrendamiento de vivienda urbana, de arrendamiento de locales comerciales, de explotación de recursos naturales, de licencia de derechos intelectuales, de seguro, laborales colectivo, bancario en todas sus modalidades, bursátiles y decenas más. Claro, por no hablar de los “contratos administrativos”. En vista de esta, en apariencia incontenible, actividad de la política estatal en la relación contractual, ¿no sería mejor abandonar por completo la fábula liberal de que el contrato es “acuerdo de voluntades” y sostener, en su lugar, una teoría más realista que explique de manera satisfactoria el papel de la ley y del reglamento en la formación y régimen de estos contratos? Esta, al menos parece ser la solución que proponen quienes suscriben esta tesis.

Más aún, en la mayoría de esos casos, el contrato sólo constaba en la entrega de una cosa o en el acuerdo consensual que las partes habían celebrado. El juez, entonces, la generalidad de las veces debía proveer las reglas que el contratante razonable y de buena fe hubiera esperado al entrar en ese acuerdo. Es evidente que en estas circunstancias el derecho debía contar con la figura del juez como uno de sus elementos fundamentales:

“Porque, como hemos dicho, es a través de aquellos que presiden sobre la administración de justicia que las cuestiones se resuelven efectivamente; ya que qué derecho habría en el estado a menos de que hubiese personas que pudieran administrarlo.”³⁵

Conocemos ya el valor para los Romanos de la expresión *ex bono et aequo*. ¿No es entonces profundamente interesante que el derecho se defina en el proemio del *Digesto* 1.1.10 como *ars bonuum et aequum*? Si ésta puede pasar por una “definición” del derecho en las fuentes del derecho romano es evidente que se trata de una conceptualización de la época clásica en que el derecho es concebido como el ordenamiento social que incorpora, además de las inflexibles reglas, de su forma y su expresión canónica, una consideración prudencial de *principios que los flexibiliza de conformidad con propósitos sociales más amplios extraídos a partir de una voluntad presunta de las partes o, si no se acepta esa teoría, de metas sociales más amplias que desbordaban tal ficción voluntarista.*

35 *Digesto* 1, 2, 2, 13.

Bona fide no fue de manera alguna el único principio que los romanos utilizaron para flexibilizar el extremo rigorismo de sus leyes y contratos. Su importancia radica en que su función en la ley de los contratos como principio flexibilizador y prudencial fue recogido, y es a veces empleado, en el derecho contemporáneo. No obstante, los romanos aplicaron otros principios de flexibilización que, por no haber sido recogidos en las sistemáticas actuales del derecho civil, son raramente considerados. Entre ellos figuran los principios de *benignitas*, por un lado y de *dignitas*, por el otro. Si bien es cierto que estos dos principios a veces estaban asociados con la buena fe, también lo es que podían ser utilizados como argumentos independientes de flexibilización de reglas. Así, por ejemplo, Celso en *Dig.* 39.5.25, al discutir un caso de servidumbre se inclina por la solución más *benigna*, en esta oportunidad en un todo concorde con la buena fe que co-contratantes razonables se deben. Aún más, prosigue Celso, el uso en el argumento del principio de *benignitas* está encaminado a atacar la excesiva *sutileza lógica* que utilizaban los juristas al interpretar los textos de manera demasiado restrictiva o literal. *Benignitas*, pues, está en clara oposición a la *nimia subtilitas* que los juristas solían utilizar.³⁶

36 Para un tratamiento más completo del tema véase Hausmaninger, Herbert. “Benevolent” and “Humane” Opinions of Classical Roman Jurists. 61 *Boston University Law Review* 1139 ss. La tesis tradicional, sostenida entre otros por Wubbe, *Benignas redivivus*, en 1 *Symbolicae Iuridicae et Historicae Martino David Dedicatae* (1968) ha sido la de sostener que en pasajes como *Dig.* 28.4.3 pr. no existe una diferencia conceptual importante entre *benignitatem interpretationem* y *humanitatem interpretationem*. Este punto de vista ha tenido tanta influencia que muchas traducciones del *Digesto* vierten ambas expresiones en una misma palabra. Hausmaninger, por el contrario, argumenta que para los juristas clásicos los principios eran muy diferentes, siendo *benignitas* un elemento tradicional del razonamiento jurídico mientras que *humanitas* fue una adición que hizo el Emperador quien, al querer amigarse con sus súbditos, “humanizaba” las leyes que eran excesivamente rigurosas. En efecto, “[h]umanitas como razón para corregir la

5. CONCLUSIÓN

Notará el lector que los juristas al hacer uso de los *principios* estaban aún, por decirlo así, dentro de los límites permitidos de la argumentación jurídica. Los problemas que ocasionaba la tiranía de la forma y del texto fueron corregidos mediante un mecanismo que no violaba las reglas fundamentales del juego llamado “derecho”. Muy por el contrario: la tradición jurídica siempre ha puesto como ejemplo imperecedero de buen hacer jurídico la introducción de los principios en el derecho romano clásico como herramienta inmejorable para satisfacer las justas pretensiones de las partes, incluso a pesar de que la estricta interpretación legal aconsejaría resultados diferentes. Este sistema, por obvio que nos parezca, no es de ninguna manera el más natural. Allí va envuelto, según me parece, un complicado balance entre estabilidad y justicia que se alcanza mediante la interrelación de *principios y reglas*³⁷. Este balance, de

ley parece haber permanecido como una prerrogativa de la jurisdicción imperial hasta durante el gobierno de Marco Aurelio. Los juristas [...] no lo usaron independientemente en su razonamiento legal. *Benignitas*, por el contrario, pertenecía al vocabulario de los juristas”. *Óp. cit.* p. 1151. Hausmaninger está dispuesto a aceptar, sin embargo, que “cierta similitud en los dos conceptos –quizá relacionada con el hecho de que ambos eran usados para corregir reglas demasiados estrictas– [...] llevó a que se hiciera uso promiscuo de ellas en literatura legal clásica tardía”. *Ibid.*, p. 1152.

37 Ya habrá notado el lector que la descripción que hago del desarrollo del derecho romano admite otras historias alternativas, pero mi versión es tan solo un apretado resumen de la que es, lejos, una de las más representativas. Esta historia será fácilmente reconocida por todos aquellos que hayan estudiado derecho romano en los primeros años de carrera. Una “narrativa” alternativa de este proceso puede encontrarse en Dixon, Suzanne, “Breaking the Law to do the right thing”: The Gradual Erosion of the Voconian Law in Ancient Rome, en *Adelaide Law Review*, May 1985. Para Dixon la “corrección del rigor de la ley” se produce cuando ésta contradice los sentimientos de justicia natural que posee la comunidad –y hasta aquí hay similitudes con la “historia” que yo he contado–. Pero la corrección de la ley mediante interpretaciones más generosas puede ser vista, y éste es el punto de vista de Dixon, como “violación de la ley”, “desconocimiento de su tenor literal”, etc. Independientemente de lo que piense el lector acerca de la cor-

otro lado, es relativamente análogo al tipo de soluciones que ha propuesto en la teoría contemporánea la nueva principialística de autores como Dworkin y Alexy. Ellos, de hecho, reclaman que sus exposiciones no son tanto innovaciones como descripciones correctas de las formas en que los abogados en la práctica ordinaria hacen uso mixto de principios y reglas en la consideración y solución de casos. Resulta paradójico, por tanto, que algunos civilistas colombianos, educados en la principialística clásica del derecho romano parezcan tener objeciones insalvables a la principialística contemporánea cuando se parecen tanto, al menos desde la perspectiva funcional que aquí se ha propuesto.

Bibliografía

Fuentes clásicas:

En el presente texto se consultaron las siguientes versiones de los textos romanos clásicos:

Del *Digesto* de Justiniano

D'ors, Álvaro, F. Hernández-Tejero, P. Fuenteseca, M. García-Garrido y J. Burillo. *El Digesto de Justiniano*. Pamplona: Editorial Aranzadi, 1968,

rección de las injusticias de la ley en *su propia época*, la opinión mayoritaria es que ese mecanismo fue, durante la evolución del derecho romano, su quintaesencia. Allí radica precisamente, como la mayoría de comentaristas señalan, el gran atractivo que el derecho romano ha ejercido imperturbablemente durante muchos siglos: "Acomodarse al cambio sin abandonar su estructura fundamental" Gilmore, *The Ages of American Law* (1977). Sobre el balance argumentativo del derecho romano entre rigor y flexibilidad, entre regla y principio, tan fundamental para su éxito posterior, véase Stein, Peter: *Logic and Experience in Roman and Common Law*. 59 *Boston Univ. Review* (1979) y por el mismo autor, *The Two Schools of Jurists in the Early Roman Principate*. 31 *Cambridge Law Journal* (1972).

García del Corral, Ildefonso L. *Cuerpo del Derecho Civil romano*. Valladolid: Lex Nova, 2004.

Mommsen, Th, Krueger, Paul y Watson, Alan. *The Digest of Justinian*. University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1985.

Moyle, J.B. *The Institutes of Justinian*. 5a edición, Oxford, Clarendon Press, 1913.

De las *Institutas* de Gayo

Di Pietro, Alfredo. *Institutas de Gayo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, [1997] [5. ed.]

Núñez de Prado, Javier. *Instituciones Jurídicas de Gayo*. Barcelona: Editorial Iberia, 1965.

De la Ley de las XII Tablas

Scott, S.P. *The Civil law, including the Twelve tables, the Institutes of Gaius, the Rules of Ulpian, the Opinions of Paulus, the Enactments of Justinian, and the Constitutions of Leo: translated from the original Latin, edited, and compared with all accessible systems of jurisprudence ancient and modern*. Cincinnati, The Central Trust Company, Cincinnati, 1932.

Valderrama, Antonio María. *Ilustración sinóptica de la historia externa del Derecho romano, fragmentos de las leyes de las Doce Tablas y sentencias del Edicto pretorio y edicilio*. Madrid, 1948

Otras

- Cicerón, Marco Tulio. *Las Leyes*. Gredos, Madrid, 2009.
- Fuentes modernas
- Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. CEPC, Madrid, 1993.
- Barry, Nicholas. Verbal Forms in Roman Law, 66 *Tulane Law Review* 1605 (1992)
- Dixon, Suzanne, "Breaking the Law to do the right thing": The Gradual Erosion of the Voconian Law in Ancient Rome. 9 *Adelaide Law Review* 519, (1985).
- Dworkin, Ronald. Hard Cases, 88 *Harvard Law Review* 1057 (1975).
- Dworkin, Ronald. *Law's Empire*. Harvard University Press, Cambridge, 1986.
- Fried, Charles. *Contract as Promise: A Theory of Contractual Obligation*. Harvard University Press, 1981.
- Friedman, Lawrence M. *A History of American Law*, 5a edición. Touchstone, New York, 2005.
- García, Leonardo. "El 'Nuevo Derecho' en Colombia: ¿entelequia innecesaria o novedad pertinente?" en *Revista de Derecho* No. 29, Ene-Jun de 2008. Barranquilla: Universidad del Norte.
- Gény, Francois. *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*. Editorial Reus, Madrid, 1925.
- Gilmore, Grant. *The Ages of American Law*. Yale University Press, New Haven, 1977.
- Hart, Henry y Sacks, Albert. *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law*. William Eskridge y Philip Frickey, The Foundation Press, 1994.
- Hausmaninger, Herbert. "Benevolent" and "Humane" Opinions of Classical Roman Jurists. 61 *Boston University Law Review*, 1139 ss.
- Jhering, Rudolf von. *El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*. Ed. Comares, Córdoba, 1998.
- Jaramillo, Carlos Ignacio y Tamayo, Javier. *El precedente judicial en Colombia: papel y valor asignados a la jurisprudencia*. Ibáñez, Bogotá, 2011.
- López Medina, Diego. *Teoría impura del derecho: la transformación de la conciencia jurídica latinoamericana*. Legis, Bogotá, 2004, capítulo 3.
- López Medina, Diego. *La letra y el espíritu de la ley*. Legis, Bogotá, 2009.
- Shakespeare, William. *El mercader de Venecia*. Edición y traducción de Vicente Molina. Anagrama, Barcelona, 2001.
- Stein, Peter G. The Roman Jurist's Conception of Law. En Andrea Padovani y Peter Stein (editores). *The Jurist's Philosophy of Law from Rome to the Seventeenth Century*. Springer, Dordrecht, 2007, pp. 367 a 396.

- Stein, Peter G. Logic and Experience in Roman and Common Law. 59 *Boston Univ. Review*, 1979.
- Stein, Peter G. The Two Schools of Jurists in the Early Roman Principate. 31 *Cambridge Law Journal*, 1972.
- Tamayo, Javier. *La decisión judicial*. Diké, Medellín, 2011.
- Watkin, Thomas G. Honeste Vivere. 5 *Journal of Legal History* 117, 1984.
- Watson, Alan. Roman Law and English Law: Two Patterns of Legal Development. 36 *Loyola Law Review* 247, 1990.
- Watson, Alan. *The Evolution of Law: The Roman System of Contracts*. 1984. Scholarly Works. Paper 496. Consultado en http://digitalcommons.law.uga.edu/fac_artchop/496
- Watson, Alan. *Society and Legal Change*. Temple University Press, Filadelfia, 2001.
- Watson, Alan. Legal Change: Sources of Law and Legal Culture. 131 *University of Pennsylvania Law Review* 1121.
- Watson, Alan. The Evolution of Law: The Roman System of Contracts, en *Law and History Review*, vol. 2, núm. 1, 1984.
- Watson, Alan. The Origins of Consensual Sale: A Hypothesis *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis [Legal History Review]*, Vol. 32, No. 2 (1964), pp. 245-254.
- Wubbe, Benignas redivius, en 1 *Symbolicae Iuridicae et Historicae Martino David Dedicatae*, 1968.
- Zimmermann, Reinhard. *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*. Oxford, Clarendon Press, 1996.