

PRINCIPIOS Y REGLAS EN LA JURISPRUDENCIA ROMANA

ASPECTOS TEÓRICOS Y EL EJEMPLO CONCRETO DE LA CLÁUSULA DE BUENA FE EN EL ÁMBITO CONTRACTUAL

ALDO PETRUCCI
RODRIGO DE LA PEZA

I. PRINCIPUM Y REGULA EN LOS TESTIMONIOS DE LOS JURISTAS ROMANOS

Los juristas de esta época hemos superado la concepción utópica de un sistema jurídico conformado únicamente por normas perfectas, absolutas, inmutables y carentes de toda contradicción; un sistema que contiene la solución a todos los problemas jurídicos que puedan plantearse. Las diversas teorías que tratan sobre argumentación jurídica, conciben la actividad del jurista, como un trabajo de ponderación de diversas reglas, normas, categorías y principios de derecho, con-

cebidos como herramientas que sirven para arribar a la solución válida y adecuada de cada problema. En este nuevo panorama, surge cada vez más el interés por conocer el funcionamiento de estas herramientas, y en especial el funcionamiento de los principios generales del derecho, cuyo empleo cobra cada vez más importancia en las resoluciones de los más altos tribunales nacionales y extranjeros, especialmente en materia de derechos humanos y de comercio internacional.

Si desde esta óptica se mira al derecho romano, sobre todo en la forma digerida que nos han legado los grandes esfuerzos de recopilación, compilación, sistematización y codificación, hechos por quienes en la historia han tenido entre sus manos la jurisprudencia romana, como materia prima; el jurista se ve impresionado, sobrecogido ante el resultado que cree vislumbrar tras la enorme evolución del pensamiento jurídico romano: un derecho de principios, que además se nos antojan atemporales, y que consideramos como verdades demostradas, si no por otra cosa, por el peso de los siglos.

Sin embargo, en la búsqueda de los orígenes históricos de los principios jurídicos, debe tenerse muy presente que en el proceso de creación del derecho romano clásico, donde principalmente fueron moldeados y aplicados, los principios de derecho, reglas o normas no se crearon de forma sistemática, esto es, no se concibieron *a priori*, como ideas dotadas de un contenido normativo determinado, para ser implementados después en la práctica, de pronto, con todas las características y cualidades con las que ahora los conocemos. La actividad creativa de los jurisprudentes no tenía como

finalidad la terminación de un ordenamiento jurídico sistemático, ni tampoco se reconocía a un buen jurista únicamente por su capacidad de elaborar construcciones teóricas abstractas.

Al estudiar el tema de los distintos conceptos jurídicos romanos, ha surgido en tiempos recientes una disputa en torno a una enunciación, en apariencia drástica, de Javoleno, según la cual¹:

Omnis definitio in iure civili periculosa est: parum est enim, ut non subverti posset

[Toda definición en el derecho civil es peligrosa: existen pocas cosas, de hecho, que no se puedan subvertir].

Es opinión comúnmente aceptada en la doctrina, respecto de este tema, que la jurisprudencia romana jamás manifestó una particular actitud teórica mediante la definición de conceptos abstractos en sí mismos considerados, prescindiendo de su reflexión práctica y concreta².

Pero esta postura no necesariamente conduce al extremo de decir, como lo ha hecho Fritz Schulz³, que

¹ D. 50.17.202 (Iavolenus, 11 *epist.*).

² Remo Martini, *Le definizioni dei giuristi romani*, Milano, 1966, pp. 1 ss.; 367 ss.

³ Fritz Schulz, *Principi del Diritto Romano*, trad. it. di V. Arangio Ruiz, Firenze, 1946, pp. 130 ss.; 296; opina que los juristas romanos no eran adeptos a las abstracciones, y evitaban la fijación de conceptos jurídicos, y en general, la elaboración de definiciones. En el mismo sentido, Max Kaser, *Römische Rechtsgeschichte*, 2. Auflage, Göttingen, 1993, pp. 165, 174 ss, quien abunda en el sentido de que los jurisconsultos no

existiera una clara aversión de parte de los juristas frente a cualquier formulación general de nociones. Por el contrario, importantes estudios⁴ demuestran la existencia de definiciones romanas en gran número de pasajes a lo largo del Digesto, constituyendo una gran aportación al conocimiento jurídico⁵.

tenían vocación para la abstracción, sino hasta la llegada del mundo griego, y mediante la dialéctica, y que sus definiciones no eran tales, sino solamente explicaciones de los términos, y que además, no tenían definiciones para determinar la esencia de muchas de sus figuras jurídicas principales.

⁴ Martini, *Le definizioni dei giuristi romani*, pp. 89 ss.

⁵ Antonio Carcaterra, *Le Definizioni dei Giuristi Romani; Metodo Mezzi e Fini*, Napoli, 1966, pp. 16, 45. Este autor señala en primer término, que la advertencia de Javoleno se refiere a las definiciones elaboradas en el derecho civil, lo cual en este caso significa el derecho positivo, compuesto por *leges, plebis scita, senatus consulta, edicta principum, decreta* y los *responsa ex auctoritate* de los juristas, pero no necesariamente "all'attività didattica e dogmatica, alla *scientia iuris*", y que por lo tanto, los juristas emitían definiciones sin temor a la advertencia expresada por Javoleno, incluso para fines científicos y didácticos, y que dichas definiciones, sí responden a lo que la ciencia moderna entiende como definición. Dicho autor opina también que los romanos tenían incluso en tiempos prehelénicos una sensibilidad jurídica aguda, y una capacidad de abstracción que les permitía elaborar conceptos genéricos, pero que por su idiosincrasia, preferían expresarlos mediante términos específicos, y que posteriormente, al heredar los conceptos dialécticos del mundo helénico (Aristóteles, Platón), los romanos adoptaron y coordinaron un concepto de *definitio* que dio nacimiento a la retórica romana (Cicerón). Señala en este sentido que si no contaban con definiciones para ciertas figuras jurídicas importantes, esto se debía en parte a la pluralidad de ordenamientos, por cuanto que un mismo término no podía ser definido de la misma manera para todos ellos, y que muchas de las figuras jurídicas no eran unitarias, sino que se trataba de muchas especies y muchos géneros, por lo que en lugar de realizar definiciones amplias, los romanos preferían elaborar definiciones parciales.

Lo que sucede es que las definiciones romanas no son sistemáticas⁶, ni tampoco son siempre convertibles, en el sentido aristotélico⁷, esto es, no siempre reflejan la esencia del concepto definido, ni establecen un axioma científico que haya sido comprobado científicamente y que haya de servir de fundamento absoluto para todas las investigaciones posteriores relativas al tema, sino que simplemente se atribuye a dicho concepto los predicados que resulten relevantes en el discurso en el cual se inserte la definición concreta.

Las definiciones de los juristas romanos, que pueden consistir en una *explicatio*, en *notationes* etimológicas, o bien definiciones elaboradas mediante *divisio, partitio, genus* o *species*⁸, son definiciones funcionales o proble-

⁶ Se hace referencia aquí, como definiciones sistemáticas, a aquellas que necesariamente describan los conceptos en forma general, abstracta o absoluta, o que puedan ordenarse en un sistema lógico de largo alcance, en una "Durchgliederung des gesamten Stoffes in ein begriffs-logisches Gebäude, in dem jede Einrichtung und jede Regel ihren notwendigen Standort hat", en palabras de Kaser, *Römische Rechtsgeschichte*, p. 165.

⁷ Para el filósofo, existen proposiciones dialécticas, que derivan de opiniones generalmente aceptadas, que son aquellas sostenidas por todo el mundo, o por la mayoría, o por los filósofos: de entre ellos todos, la mayoría, o bien los más notables e ilustrados; y dichas proposiciones se basan en uno de los cuatro materiales que propone Aristóteles: definición, propiedad, género o accidente; de manera que, cuando la proposición implique un predicado de determinado sujeto, debe ser o bien convertible con el mismo o no; si un predicado es convertible con el sujeto, será definición si expresa su esencia, si no, será propiedad; y si no es convertible, será género o diferencia específica si se refiere a uno de los términos contenidos en la definición —pues la definición consiste en género y diferencia específica— y si no, será accidente. Aristóteles, *Top.*, I, 8.

⁸ El propio Carcaterra relata la forma en que los juristas romanos construyeron definiciones siguiendo el método de Cicerón, que a su

máticas, que proporcionan al jurista herramientas necesarias para llevar a cabo su discurso, para aplicar el derecho en una forma práctica y justa⁹. Su constante ligación a la praxis los vinculaba al caso, y por lo tanto a nuestros ojos, sus discusiones carecen de sentido, por lo general, si no se les observa en el contexto en el que se encuentran, esto es, enfocados al caso concreto, y es así como encontramos como sentido congruente del razonamiento romano, el propósito de adecuar una idea de manera justa y útil a una realidad concreta.

Entendido de esta manera el funcionamiento de las definiciones romanas, resulta que su formulación prolífera por parte de la jurisprudencia romana, no necesariamente entra en conflicto con la máxima de Javoleno, pues el hecho de que toda definición sea peligrosa, no significa que no deban formularse definiciones. Javoleno advierte únicamente que, ante la presencia de una definición, no debemos olvidar que será discutible, sobre todo en la práctica jurisprudencial y jurisdiccional, y que eventualmente, podrá ser derribada. Pero para el pensamiento romano, una definición derribada en una disputa siempre puede volver a utilizarse, pues como argumento dialéctico, proporciona siempre nuevos puntos de vista útiles en el discurso. Se trata, por

vez recogió el bagaje cultural heredado por la filosofía griega. Carcatera, *Le Definizioni dei Giuristi Romani*, pp. 77 ss.

⁹ "Diese Art der Rechtsbetrachtung, die gleichermaßen auf genialer Begabung und auf erarbeiteter Lebenskenntnis beruht, erscheint den Römern als die Wissenschaft von dem, was gut und gerecht ist", Kaser, *Römische Rechtsgeschichte*, p. 176.

consiguiente, de un peligro dialéctico, en el sentido de que es problemático, opinable, discutible¹⁰.

Esto se debe a que el jurista romano no pretende construir un sistema conceptual autosustentable, y la actividad jurisdiccional no perseguía intereses meramente científicos, no buscaba el conocimiento por el conocimiento¹¹, sino que se distinguía por su constante afán por encontrar únicamente la respuesta a una cuestión muy concreta, la solución más adecuada a cada caso, y con esa finalidad, empleaban diversas herramientas dialécticas, entre las que destacan¹²:

- (i) Las argumentaciones de carácter lógico formal o gramatical.
- (ii) Las motivaciones basadas en argumentos ya utilizados por otros juristas, y comúnmente aceptados (*ius receptum*).
- (iii) Los fundamentos concebidos como reglas jurídicas, esto es, frases de formulación general, aplicables a cierto número de casos, junto con la argumentación relativa a su aplicación en el caso concreto.

Los juristas, al argumentar, se caracterizan por cierta humildad científica, de cierta influencia estoica¹³, pues

¹⁰ Debe tenerse en cuenta que el vocablo *periculum* (i, n), significa ensayo, prueba, experiencia, tentativa, riesgo; pero también significa causa, proceso, pleito.

¹¹ Kaser, *Römische Rechtsgeschichte*, p. 165.

¹² Manuel Jesús García Garrido, *Derecho privado romano*, Madrid, 1995, p. 121.

¹³ *Idem*.

agotaban su estudio jurídico al acertar en la proposición de una solución adecuada, sin incurrir en divagaciones filosóficas o teóricas que distrajeran su labor de ese solo propósito.

Las anteriores consideraciones sirven también para identificar dentro de la experiencia romana, los conceptos de "principios" y de "reglas", así como su funcionamiento.

Por una parte, el término *principium* aparece empleado en los textos normativos romanos y en las obras de los juristas, en su mayoría, en su sentido de "inicio", esto es, de una realidad que se coloca en una duración en el tiempo o en una extensión en el espacio¹⁴. Existe también, sin embargo, un pasaje en el que el vocablo asume el significado de "fundamento y criterio informador y unificador inmanente a una realidad"¹⁵, es decir, el mismo significado del cual encontramos testimonio en algunos extractos de las obras *De republica* y *De legibus* de Cicerón¹⁶. Se trata de un texto gayano, donde se afirma¹⁷:

Facturus legum vetustarum interpretationem necessario prius ab urbis initiis repetendum existimavi, non quia velim verbosos

¹⁴ Sandro Schipani, *Principia iuris. Potissima pars principium est. Principi generali del diritto. Schede sulla formazione di un concetto, in Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al Prof. F. Gallo, III, Napoli, 1997, pp. 631 ss.*

¹⁵ Cfr. Las indicaciones citadas por Schipani, *Principia iuris. Potissima pars principium est*, p. 632.

¹⁶ Para referencia de los cuales se remite a Schipani, *Principia iuris. Potissima pars principium est*, pp. 635 ss.

¹⁷ D. 1.2.1 (Gai., 1 *ad legem duodecim tabularum*).

commentarios facere, sed quod in omnibus rebus animadverto id perfectum esse, quod ex omnibus suis partibus constaret: et certe cuiusque rei potissima pars principium est...

[Al disponerme a realizar la interpretación de las antiguas leyes, he considerado que es preciso recurrir necesariamente a los inicios de la ciudad, no porque pretenda escribir comentarios prolijos, sino porque en todas las cosas advierto que sólo es perfecto aquello que conste de todas sus partes, y de ciertas o cualesquiera cosas, el principio es la parte más importante ...].

En la óptica que aquí interesa¹⁸, el punto a resaltar es que Gayo considera la interpretación de la antigua ley de las XII Tablas, no como una actividad erudita o anticuada, desprovista de relevancia concreta para un jurista, sino como actividad de la que se vale para suministrarse de "nociones y argumentos idóneos para mejor conocer y aplicar el derecho"¹⁹.

Para llevar a cabo esta interpretación, el canon metodológico sugerido por Gayo es, entonces, el de recurrir a los inicios mismos de la ciudad de Roma, en cuanto que, si se les omite o no se les comprende, no se comprende tampoco la esencia y la aplicación de su antiguo derecho. Tal canon metodológico vale, según afirma el jurista, para todo el *ius Romanum*, y no solamente para interpretar las XII Tablas, en cuanto que

¹⁸ En relación con otros aspectos se remite a Lelio Lantella, *Potissima pars principium est*, en *Studi in onore di C. Sanfilippo*, IV, Milano, 1983, pp. 290 ss.

¹⁹ Schipani, *Principia iuris. Potissima pars principium est*, p. 650.

toda interpretación, que pretenda considerarse perfecta, debe necesariamente partir de los inicios, y los inicios son parte de la misma interpretación.

Más aún, Gayo no se limita a afirmar que el *principium* es parte de la interpretación del derecho, sino que destaca que más que cualquier otra, es su parte fundamental, porque lo sostiene y lo informa, permitiendo comprenderlo plenamente. Del pasaje D.1.2.1 emerge, por lo tanto, una noción muy precisa del concepto de "principio", sea en el significado temporal (entre un primero y un después), sea en el significado funcional (entre un fundamento y una estructura), y no se trata de significados contrapuestos, sino complementarios, que permiten comprender la forma en la que, en la jurisprudencia romana (o al menos en algunos de sus sectores), pudiera haberse delineado el concepto de los principios y su papel como instrumento "para reparar en el valor estructural, y por ende actual y productivo, de los momentos fundadores del derecho, considerado como un todo y en cada una de sus instituciones"²⁰.

Se puede observar también, que este concepto de "principio" es una herramienta argumentativa muy útil y adaptable, porque sirve tanto para interpretar cada institución de derecho considerada en sí misma, buscando el principio de esa "cierta" cosa en particular, como también para encontrar una fuente y fundamento de varias instituciones de derecho, un principio común de "cualesquiera cosas" (*certe cuiusque rei*).

²⁰ Schipani, *Principia iuris. Potissima pars principium est*, p. 663.

Junto con el concepto de "principio" anteriormente expuesto, el Digesto conserva también un concepto de "regla", que se atribuye a Paulo, y que se encuentra colocado al inicio del último título (*De diversis regulis iuris antiqui*) del libro quincuagésimo²¹:

Regula est, quae rem quae est breviter enarrat. Non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat ...

[La regla es aquello que brevemente describe la cosa que es. No se asuma el derecho de la regla, sino que, del derecho que existe, hágase la regla ...].

Como se observa, para el jurista, en la esencia de la tradición de la jurisprudencia republicana y del principio, una "regla" es una formulación en términos generales de una solución jurídica válida para una serie de casos (*regula est, quae rem quae est breviter enarrat*), y que sin embargo, no está exenta de ser criticada, discutida e inaplicada, porque el derecho no proviene de la regla, sino que la regla se forma sobre la base del derecho preexistente (*non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat*). El significado de *regula*, recurrente en la jurisprudencia romana, es por lo tanto más cercano a aquel de 'máxima' (expresado también mediante los términos de *definitio* y *sententia*, muchas veces usados como sinónimos de *regula*), que al de regla jurídica, con lo que se explica por qué puede ser sometida a un

²¹ D. 50.17.1 (Paul, 16 *ad Plaut.*).

examen crítico, y eventualmente modificada²². No fue sino a partir del siglo II d.C., que en las constituciones imperiales, el vocablo cambia de significado, asumiendo el valor de norma jurídica²³.

De estos dos testimonios importantísimos, por lo tanto, puede hacerse desprender: a) que se conocía un concepto de "principios" entendido como aquellos elementos fundamentales y fundadores del ordenamiento jurídico en su conjunto y de las instituciones particulares; b) que los principios, en cuanto tales, no se encontraban establecidos en normas, sino que debían ser explorados y expuestos a la luz por parte del intérprete al examinar y aplicar el derecho; c) que las 'reglas' eran breves enunciaciones de máximas, destinadas a proveer la solución jurídica a un conjunto de casos, y, precisamente debido a esta función, eran susceptibles de crítica y de eventuales modificaciones e inaplicación en relación con la evolución de las exigencias de la sociedad.

Asimismo, los conceptos de "principio" y de "regla" en los pasajes anteriormente analizados, nos permiten vislumbrar el proceder de la argumentación jurídica en la jurisprudencia romana. La libertad argumentativa permite que una herramienta metodológica, a fuerza de ser empleada de manera reiterada, se vaya refinando y definiendo caso por caso, delineándose una

²² Martini, *Le definizioni dei giuristi romani*, pp. 83 ss.

²³ Cfr. las importantes investigaciones, hasta ahora actuales, de Leopold Wenger, *Canon in den römischen Rechtsquellen und in den Papyri*, Wien, Leipzig, 1942, pp. 53 ss.

tendencia para fijarla a lo largo del tiempo como una constante fuente de argumentos normativos, que bien pueden dejar de observarse excepcionalmente en determinados casos, lo cual permite al discurso jurídico una flexibilidad y libertad para llegar a conclusiones prácticamente útiles y justas, pero que, siguiendo una aplicabilidad general, trasciende en el tiempo como postulado de derecho y justicia.

Un ejemplo paradigmático de todo lo hasta ahora expuesto, es el del principio de la buena fe (*fides bona*), y la reconstrucción de sus orígenes, nos permite comprender cómo es que se introdujo en el ordenamiento y asumió en el mismo un carácter fundador, encontrando plena aplicación en una pluralidad de funciones, como se expone a continuación.

II. LOS ORÍGENES DEL PRINCIPIO DE *FIDES BONA*

1. *La Fides como práctica de la ética social romana*

Tras la fundación de Roma, bajo el régimen de la monarquía latina, todos los aspectos de la vida humana se encontraban permeados de un carácter religioso, y el orden de la ciudad se sustentaba principalmente en la función religiosa del *rex*, consistente en mantener y hacer respetar la *pax deorum*²⁴.

²⁴ La violación a las disposiciones del rey (y a las *leges regiae*, cuya existencia, sin embargo, es dudosa), eran consideradas como una afrenta a la *pax deorum*, y por lo tanto, constituían crímenes castigados con penas sacrales. Giuseppe Grosso, *Lezioni di Storia del Diritto Romano*, 5a.

Conviene entonces buscar el origen del término romano *fides* en su aspecto religioso; y al respecto encontramos que, según testimonio de Tito Livio (59 a. C. a 17 d. C.), Valerio Máximo (S. I a. C.) y Cicerón (106 a. C. - 43 a. C.), el pueblo romano rendía culto a la diosa *Fides* de manera importante.

Al parecer el rey Numa, sucesor de Rómulo, profesando una profunda vocación religiosa²⁵, se esforzó por varios medios, para que el pueblo romano apartara de su mente la necesidad de la guerra, y en su lugar, mediante el acercamiento a la *pietas*, encontrara la cohesión y el orden social en la paz. Su logro consistió en que el pueblo romano, imitando a su rey y obedeciendo sus designios, se convirtiera en un pueblo piadoso, a tal grado, que los pueblos vecinos, que anteriormente consideraban a Roma no como ciudad, sino como un campamento entre ellos, destinado a desestabilizar la paz de todos, comenzaran a nutrir una veneración por Roma y a considerar incluso un sacrilegio atacar un centro urbano de tal manera avocado al culto de los dioses²⁶.

Una de las medidas tomadas por Numa para este fin, consistió en ordenar la construcción de templos para rendir adoración a los dioses²⁷. Entre otros, orde-

ed., Torino, 1965, p. 37; y Aldo Schiavone (a cura di), *Storia del Diritto Romano e linee di Diritto Privato*, Torino, 2005, p. 258.

²⁵ "Inclita iustitia religioque ea tempestate Numae Pompili erat." [La justicia y religiosidad de Numa Pompilio era célebre en aquella época], Livio, *Ab Vrbe Condita*, 1, 18.

²⁶ Livio, *Ab Vrbe Condita*, 1, 21.

²⁷ Livio, *Ab Vrbe...*, 1, 19.

nó erigir un templo en el Capitolio para la diosa *Fides*²⁸, donde durante siglos se erigió su imagen expuesta ante los ojos de todos, para que todos sintieran su presencia, ostentando su diestra de manera destacada²⁹. También instituyó un culto solemne para la diosa *Fides*, prescribiendo que los *Flamini*, sacerdotes dedicados a los ritos religiosos de dioses específicos, se transportaran a este santuario con un carro cubierto tirado por dos caballos y que celebraran la ceremonia con las manos cubiertas hasta los dedos, para indicar que la *Fides* no debe ser violada y que tiene su santuario incluso en la mano derecha³⁰.

Como se observa, la mitología de *Fides* parece descansar en el simbolismo de su mano derecha, un emblema característico de la *potestas* romana, y que en la diosa

²⁸ Cicerón recuerda dicho templo, que se ubicaba junto al de Júpiter, edificado por los ancestros: "...quam in Capitolio vicinam Iovis optimi maximi, ut in Catonis oratione est, maiores nostri esse voluerunt". [a quien nuestros antepasados, como dice Catón, colocaron en el Capitolio al lado de Júpiter] *De off.*, 3, 104.

²⁹ "Cuius imagine ante oculos posita uenerabile fidei numen dexteram suam, certissimum salutis humanae pignus, ostentat. quam semper in nostra ciuitate uiguisse et omnes gentes senserunt (...)." [puesta su imagen, venerable, ante los ojos, la Fe ostenta su diestra, ciertísima prenda de la salud humana], Valerius Maximus, *Factorum et Dictorum Memorabilium*, 6.6.init.

³⁰ "Ad id sacrarium flamines bigis curru arcuato vehi iussit manuque ad digitos usque inuoluta rem divinam facere, significantes fidem tutandam sedemque eius etiam in dexteris sacratam esse". [Sus flamines debían trasladarse hacia dicho santuario, sobre una carroza de dos ruedas, bajo una cubierta cóncava, y al hacer los sacrificios debían llevar la mano cubierta hasta los dedos, con lo cual significaban, que debemos respetar la Fe y llevar su templo santificado en nuestra diestra], *Ab Vrbe...*, 1, 21.

se interpreta como la “prenda de la salud humana”, esto es, la fuente o la causa de la felicidad de los hombres³¹.

El símbolo de la mano derecha de *Fides* parece manifestarse primordialmente, en la acción de estrecharla para sujetarse voluntariamente a una promesa, para celebrar un pacto o un *iusiurandum*³². Al dar la mano se hace un compromiso de alianza o de honor, ya sea entre particulares³³ o entre pueblos³⁴, y el deber así asumido se entiende sin más ineludible, por la presencia de *Fides* en las manos estrechadas, lo cual explica la expresión de Livio, en el sentido de que en la mano derecha, la diosa tiene su templo, con lo que se indica que cada vez que se usa la diestra, debe hacerse en veneración a la diosa *Fides*³⁵.

³¹ “*certissimum salutis humanae pignus*” [ciertísima prenda de la salud humana], Valerius Maximus, *Factorum ...*, 6.6.in.it.

³² Se creía que el perjurio o violación del juramento sacral (*iusiurandum*) era castigado por Júpiter, y de ahí la estrecha relación entre las dos deidades; y posteriormente, el perjurio podía dar origen a una nota censoria de indignidad, así como a penas correspondientes a crímenes relacionados con la *fides*, como el falso testimonio, el estelionato, el *crimen maiestatis*. Álvaro D’ors, *Derecho privado romano*, Pamplona, 1991, p. 43, y Schiavone, *Storia del Diritto Romano e linee di Diritto Privato*, pp. 259 ss.

³³ Como cuando Lucrecia hace prometer a su marido y a su padre, que cobren venganza contra Sexto Tarquino, que la violentó, convirtiéndola en adúltera y privándole de su honor. Según Livio, *Ab Vrbe ...*, 1, 58.

³⁴ Así, según Livio (*Ab Vrbe ...*, 1, 1), cuando el rey latino recibió como huésped a Eneas, le estrechó la mano derecha para celebrar un tratado de alianza con los troyanos, además de concederle la mano de su hija en matrimonio, para configurar una unión entre ambos pueblos.

³⁵ “*fidem tutandam sedemque eius etiam in dexteris sacratam esse*”. [que debemos respetar la Fe y llevar su templo santificado en nuestra diestra], Livio, *Ab Vrbe ...*, 1, 21.

En el culto a la *Fides* y en su simbología relacionada con la acción de estrechar la mano, aparece que el respeto a la *Fides* no debe encontrar fundamento en la ira de los dioses, sino en su propia fuerza, por derivar de un acto voluntario. El acogimiento a la *Fides* resulta de esta manera, un concepto que convence al pueblo romano por su intrínseco valor³⁶, como si de ella dependiera el correcto funcionamiento de la sociedad, a tal grado que, según Livio, la ciudad llegó a ser gobernada más por el respeto a la solemnidad de la *fides*, que por el miedo generado por las leyes y las penas³⁷.

³⁶ Cicerón explica el incumplimiento de un juramento religioso, en el que se pone a dios como testigo, no debe hacernos temer la ira de Júpiter ni de los dioses, que no juzgan con ira; sino que el cumplimiento debe fundarse en la fuerza del propio juramento, esto es, por justicia y fidelidad, porque su incumplimiento ofende a la *fides*: “*Sed in iure iurando non qui metus, sed quae vis sit, debet intellegi. Est enim ius iurandum affirmatio religiosa; quod autem affirmate, quasi deo teste promiseris, id tenendum est. Iam enim non ad iram deorum, quae nulla est, sed ad iustitiam et ad fidem pertinet. Nam praeclare Ennius: ‘O Fides alma apta pinnis et ius iurandum Iovis.’ Qui ius igitur iurandum violat, is fidem violat (...)*” [salvo que tratándose del juramento jurídico no debe atenderse al miedo, sino a la fuerza que le es propia. Porque el juramento es una afirmación religiosa; y la promesa que se hace, como poniendo a dios por testigo, debe cumplirse. Lo que en ella debe ya considerarse no es la ira de los dioses, que no existe, sino la justicia y la fidelidad. Bien lo dijo Ennio: ‘¡Oh Fe divina, merecedora del más alto lugar del templo, eres tú el juramento de Júpiter!’ Entonces, el que viola un juramento, también viola a la Fidelidad (...)] *De off.*, 3, 104.

³⁷ “*(...) et deorum adsidua insidens cura, cum interesse rebus humanis caeleste numen videretur, ea pietate omnium pectora imbuerat ut fides ac ius iurandum [proximo] legum ac poenarum metu civitatem regerent*”; [que en los menesteres de los hombres participaba una deidad extraterrenal, que tanto llenaba sus corazones de fe, que la fidelidad y la ayuda mu-

No obstante, el significado de la *fides* se observa en otros pasajes de manera distinta, pues en ocasiones parece apartarse del concepto del pacto voluntariamente asumido y del símbolo de la mano. Sin embargo, parece que estas diversas acepciones se relacionan con la *fides publica* romana, esto es, en la actitud asumida por Roma frente a los demás pueblos, o de éstos hacia Roma. No es posible definir de manera unitaria este concepto a partir de estos ejemplos, que a veces indican una actitud de protección al desvalido, una benevolencia generosa³⁸ o inclusive un altruismo y un extremo sacrificio propio³⁹, y otras veces, indican cierta dureza en el castigo infringido a aquellos que muestran infidelidad⁴⁰. En cualquier caso, no parece existir un concepto de *fides* en aquella época, que se traduzca

tua parecían gobernar a los ciudadanos, tan eficazmente como el temor a las leyes y a las penas.], Livio, *Ab Vrbe ...*, 1, 21.

³⁸ Así por ejemplo, se indica que fue grande la *fides* de los romanos cuando perdonaron a Anón de las cadenas, cuando confiadamente acudió a los cónsules para negociar la paz entre Roma y África, a pesar de que en manos de su pueblo, el cónsul Cornelio Asina no había recibido igual trato benevolente. En este pasaje señala Valerio Máximo que el merecido castigo habría sido honorable, pero que con ese acto de *fides*, los romanos ganaron más honor. *Factorum...*, 6.6.2.

³⁹ Resulta conmovedora la anécdota de los Petelinos, que al ser invadidos por Aníbal, pidieron socorro a Roma, quien no pudo acudir en su ayuda, debido a la peste de Cannes, y les permitió hacer lo necesario para salvarse, incluso acogerse a la amistad de Cartago; pero por fidelidad a Roma, los Petelinos pelearon en la muralla hasta la muerte. Valerio Máximo, *Factorum...*, 6.6. ext. 2.

⁴⁰ Como el impuesto por Affricanus a los cartaginenses que alegaron ser embajadores sin serlo, para salvar del ataque a su nave. Valerio Máximo, *Factorum...*, 6.6.4.

en una exigencia previa de cierta conducta determinada; más bien se trata de un calificativo de admiración que se predica de personas o actos acaecidos, de manera discrecional⁴¹, que sin embargo tiene un común denominador: su finalidad es el honor y el bienestar del pueblo romano.

El significado del concepto religioso de la *fides* que se obtiene con base en el punto de vista histórico que nos brinda el testimonio de estos autores, que puede resultar impreciso, puede robustecerse con algunos textos jurídicos que parecen indicar que en la antigua Roma, existían ciertas relaciones humanas que se caracterizaban por su vínculo de fidelidad, aunque a veces no sea claro que dicho vínculo provenga necesariamente de un pacto.

Así se tiene, por ejemplo, la relación de patronato entre el paterfamilias con sus clientes, "cuyo origen ha de encontrarse, principalmente, en la necesidad del ciudadano pobre de sujetarse al poder protector del rico (*in fidem se dare*), mediante la transmisión de su patrimonio inmobiliario a favor del patrón, quien a su vez, se lo entregaba en calidad de préstamo revocable (*precarium*)". El patronato también se suscitó entre inmigrantes y poderosos terratenientes, donde el *precarium* podía contratarse a cambio de una renta. En ambos casos, los clientes pasan a formar parte de la *gens* del patrón. La misma relación de patronato surge,

⁴¹ Grosso, *Lezioni di Storia del Diritto Romano*, p. 265, n. 2, donde afirma que este elemento de discrecionalidad es el que debe considerarse como punto de partida histórico del concepto de *fides*.

posteriormente, entre esclavos liberados y su anterior dueño, donde los libertos tienen un trato análogo al de los clientes⁴².

En cualquier caso, la Ley de las XII Tablas reconoce el vínculo de *fides* que existe entre el patrono y sus clientes. El patrono debe prestar ayuda a sus clientes dentro de juicio, o cuando se encuentren en un estado de necesidad, y el incumplimiento de este deber constituye una violación a un mandato divino, que produce que el patrono merezca el calificativo de impío (*sacer*)⁴³. Por su parte, los clientes tienen también un deber de fidelidad y asistencia. La diferencia radica en que el patrono puede hacer valer su derecho incluso de manera extrajudicial, en ejercicio de una potestad patronal, además de poder denunciar la infidelidad, para efectos de que se imponga al cliente la pena de la *consecratio*; mientras que el cliente únicamente podía acudir a este último recurso⁴⁴.

Una relación de fidelidad análoga a la del patronato se crea como consecuencia de los tratados de hospita-

⁴² Kaser, *Römische Rechtsgeschichte*, pp. 28 ss. Schulz, *Principi del Diritto Romano*, p. 251 ss.

⁴³ Tab. VIII. "*Patronus si clienti fraudem fecerit, sacer esto*". [Si el patrono defraudare al cliente, sea execrado.] Aunque en el pasaje no se menciona la *fides*, consideramos correcto interpretar que son antónimos de *fides* el *dolus* o el *fraus*, siguiendo la definición de Paulo: "(...) *fides bona contraria est fraudi et dolo*". [(...) la buena fe es incompatible con el dolo y el fraude]. D.17, 2, 3, 2.

⁴⁴ *Consecratio* o *exsecratio* es la ofrenda que se hace al dios ofendido con el cuerpo del culpable, y a veces también con su patrimonio. Schiavone, *Storia del Diritto Romano e linee di Diritto Privato*, pp. 258 ss.; D'Ors, *Derecho privado romano*, pp. 45 y 51 n. 1.

lidad, que son acuerdos por los que los particulares, o incluso las comunidades entre sí, se reconocían la facultad de participar de los beneficios derivados de los ordenamientos jurídicos recíprocos, dentro del rango que permitiera la naturaleza de los derechos respectivos⁴⁵.

Otra relación que se caracteriza por la fidelidad, es la existente entre el cuestor y su cónsul o promagistrado. La magistratura menor del cuestor se remonta probablemente a la monarquía latina⁴⁶, y se basa en la *fides* que profesaba el *rex* a personas de su confianza, nombradas para ejercer dicho cargo. El cuestor debía obediencia a quien lo hubiere nombrado, *rex* o magistrado, como si fuera su *pater*, debiendo incluso aceptar sus reprensiones, ayudarlo y sostenerlo, no elevar acusaciones en su contra, entre otras cosas; y dicho deber de fidelidad no dejaba de existir con el cese en el cargo⁴⁷.

Otra institución basada en la *fides* es la tutela, en cuyos orígenes, el tutor debía administrar el patrimonio

⁴⁵ El *hospitium* es, al parecer, un pacto bastante común en los pueblos de Europa, incluso antes de la fundación de Roma, cuyo objeto es, principalmente, "el cuidado del huésped, pero se extiende además a la gestión de sus negocios, a la tutela judicial, y, en resumen, abarca en general la fidelidad". Schulz, *Principi del Diritto Romano*, p. 252.

⁴⁶ El *rex* nombraba a sus auxiliares, entre ellos, los *quaestores parricidii*, encargados originalmente de administrar los juicios criminales, específicamente en la inquisición del dolo en el parricidio. Grosso, *Lezioni di Storia del Diritto Romano*, pp. 39, 150, 192.

⁴⁷ Schulz, *Principi del Diritto Romano*, p. 252. Se observa en este ejemplo que la designación del *quaestor* no es en sí misma producto de un pacto; aunque quizá podría argumentarse al respecto, que la relación entre los *paterfamilias* y el *rex*, originalmente se basa en un pacto de sumisión.

del pupilo como un patrono, esto es, según lo que considerara más oportuno, pero siempre rigiendo su comportamiento de acuerdo con el valor de la *fides*⁴⁸.

Otra relación cuyo fundamento esencial era la *fides*, es la *fiducia*, que parece haber existido desde muy temprana época, y que es un pacto no formal, por el cual el adquirente de un bien en propiedad, se compromete a retransmitir la propiedad al transmitente, bajo ciertas condiciones⁴⁹.

Finalmente, al parecer, las relaciones de amistad también generaban vínculos morales de carácter muy fuerte entre los romanos, al grado de que una persona no dudaba en pedir al amigo que le diera consejo, hospedaje en su casa, que cuidara de sus negocios, e incluso que le prestara dinero. También era común que

⁴⁸ "[E]ra necessario che il tutore si mantenesse sempre degno del massimo affidamento, che poteva venir meno anche in assenza di vere e proprie frodi, come nei casi di grave negligenza, inettitudine o insolvenza. Nell'ultimo secolo della Repubblica si introdusse, per far valere la responsabilità del tutore, l'azione di tutela, esperibile dal pupillo a tutela finita, e diretta ad ottenere il risarcimento dei danni cagionati a causa della mala amministrazione tutoria del patrimonio pupillare". Schiavone, *Storia del Diritto Romano e linee di Diritto Privato*, p. 310. En esta relación, difícilmente podría encontrarse como fundamento un acuerdo de voluntades, sobre todo si se considera, que el tutor legítimo no puede rehusar su encargo.

⁴⁹ Gayo, I,2,60; Paul Jörs, Wolfgang Kunkel, Leopold Wenger, *Römisches Recht*, Berlin Heidelberg, 1987, pp. 104, 200. En un principio, el pacto fiduciario carecía de acción para hacerlo valer, por lo que su fundamento descansaba, exclusivamente en la *fides* de las partes. Si dicha *fides* era violada, no había forma de reclamar su cumplimiento en el *ius civile*. Sin embargo, bajo el sistema formulario se crea la *actio fiduciae*, que encabeza la serie de las acciones contractuales. Respecto de la fórmula de la acción, v. supra, n. 253.

una persona estuviere dispuesta, sin la menor reserva, a prestar caución a favor de su amigo, con lo que resulta explicable que en aquella época, las garantías personales prevalecieran sobre las garantías reales. La vida romana, desde este punto de vista, no se entendía sin un gran círculo de amigos, en los cuales se hacía descansar la *fides*⁵⁰.

Los anteriores ejemplos de relaciones de fidelidad en la antigua Roma, indican no solamente que la *fides* es un concepto esencial en el intercambio social romano, sino además, que los vínculos que de ella nacen, no producen en su origen obligaciones civiles, esto es, no están sancionadas por el derecho arcaico para su protección judicial, sino que el derecho no las regula, y de hecho regula muy pocos aspectos civiles fuera del ámbito penal, precisamente porque en aquella época se tiene cierta reticencia a limitar la actuación humana mediante reglas fijas y predeterminadas, y se prefiere dejar la rectitud de la conducta a la libertad de las personas, porque se parte de la base de que la fuerza vinculatoria de la *fides*, desprovista de sanción formalmente jurídica, guiará más eficazmente la actuación de los particulares en el desenvolvimiento de sus relaciones sociales, porque la sociedad la considera en sí misma válida. Si acaso, se teme eventualmente a la

⁵⁰ V. Schulz, *Principi del Diritto Romano*, pp. 252 ss., donde afirma que el "individualismo" romano es una leyenda, porque el derecho privado romano fue organizado confiando en el número y en la fuerza de los vínculos extrajurídicos basados en la amistad, siendo proverbial en Roma, que los amigos son más necesarios que el fuego, el agua y el pan: "Freunde tun mehr Not, als Feuer, Wasser und Brot".

imposición de una sanción de carácter religioso, y más tarde, a una nota de infamia⁵¹.

La actividad del ciudadano romano se ve limitada, en este sentido, por la red de vínculos que hemos descrito; derivados sobre todo, de la concepción moral del buen padre de familia: el *officium* y el *consilium*, o deberes de un patrono, de un tutor o de un amigo; la *reverentia*, en relaciones de supra a subordinación; la *pietas*, en la manifestación del culto divino en las relaciones sociales; el *foedus*, o firmeza de Roma frente a sus aliados; son ideas, todas ellas, que pueden resumirse en el concepto de *fides*⁵².

2. LA BONA FIDES EN EL COMERCIO INTERNACIONAL

El papel del Praetor Peregrinus y del sistema formulario

A medida que Roma se expandía por la cuenca del Mediterráneo, las relaciones comerciales entre romanos y extranjeros, y entre extranjeros entre sí, dentro de territorio romano, se iban haciendo más numerosas, complicadas, sofisticadas. El dominio militar romano fue paralelo al dominio comercial: los ciudadanos romanos, o sus armadores o esclavos, se trasladaban a todas las ciudades del mundo griego, de Egipto, del Asia Menor, donde aprovechaban el ventajoso intercambio que significaba la importación a Roma de pro-

⁵¹ V. *supra*, n. 194; e *infra*, n. 260.

⁵² D'Ors, *Derecho privado romano*, pp. 51, 61, 285, 534.

ductos alimenticios, esclavos y artículos de lujo. Tan importante y lucrativa se tornó la nueva actividad comercial internacional, que fue necesario prohibir a los senadores el comercio marítimo; y correspondió principalmente a los *equites* romanos constituir la nueva *nobilitas* romana, basada en el comercio y explotación de las provincias⁵³.

El principal problema en estas nuevas relaciones comerciales, era que en aquella época, el derecho de cada sociedad se caracterizaba por su vigencia exclusivamente personal, esto es, las soluciones a conflictos, la validez de los negocios jurídicos, y las pretensiones que podían hacerse valer con base en el orden jurídico de cierta ciudad, eran eficaces únicamente para sus ciudadanos.

Sin embargo, para el pueblo romano, la contraposición de distintos ordenamientos jurídicos no debió ser un problema nuevo ni insuperable, pues la misma fundación de Roma obedeció a los distintos movimientos e interrelaciones que existieron entre las diversas familias y *gentes*, desde la ancestral Liga Latina; y cada *gens*, y cada familia, constituían organismos políticos en sí mismos, cada uno con sus propias reglas de conducta hacia el interior, su propio derecho consuetudinario. En este sentido, las relaciones que dieron origen al *ius civile* entre los *paterfamilias* romanos, fueron muy similares a las que podrían existir entre ciudades extranjeras: una especie de derecho internacional⁵⁴.

⁵³ Vicente Arangio Ruiz, *Historia del derecho romano*, Sevilla, 1974, pp. 176 y 177.

⁵⁴ Grosso, *Lezioni di Storia del Diritto Romano*, pp. 12 ss.

De esta manera, aun desde la época en que el antiguo *ius civile* había alcanzado cierto grado de estabilidad y homogeneidad, el pueblo romano fue capaz de establecer paulatinamente un estado de buena vecindad con las comunidades con las que entró en contacto desde que empezó su expansión, que permitió las relaciones entre miembros de distintos núcleos urbanos⁵⁵.

Así, al desarrollarse el gran auge comercial con el Mediterráneo, el pueblo romano estaba preparado para encontrar el modo de relacionarse con los miembros de comunidades extranjeras. En este contexto, los comerciantes romanos desempeñaron el papel de embajadores del comercio, pues fueron ellos quienes, por interés propio, movilizaron y aceleraron las relaciones comerciales. En este éxodo, no hubiera convenido a los romanos asumir una actitud impositiva en las condiciones de sus actos comerciales, que no se podían respaldar en un carácter coercitivo de los deberes emanados de los mismos. En cambio, los romanos encuentran el fundamento de su propuesta comercial en la *fides*, concepto que como se ha visto, llevan en su herencia cultural, y que se constituye en la base para llevar a cabo tratados de intercambio.

Resulta esencial en la actitud comercial de los romanos, la imagen que proyectan ante las demás culturas, que es la de un pueblo merecedor de confianza, que sustenta el éxito de sus relaciones en su ancestral concepto de *fides*, elemento que los romanos portan orgulosamente como estandarte. La primera impresión

⁵⁵ Arangio Ruiz, *Historia del derecho romano*, pp. 173 ss.

que debieron llevarse de los romanos los demás pueblos, era que se trataba de un pueblo para el cual, la confianza era elemento esencial de la vida⁵⁶, y de todos los aspectos de la interrelación social⁵⁷; un pueblo que, auténticamente, tomaba la fidelidad muy en serio⁵⁸.

⁵⁶ "*Fidem sanctissimam in vita qui putat*" [la fidelidad es lo más santo que hay en la vida]; Cicerón, in *Verrem*, 2, 3, 3, 6. Es una constante en el pensamiento romano, que la infidelidad constituye una mancha social, una *infamia*. V. Schulz, *Principi del Diritto Romano*, pp. 243 ss.

⁵⁷ Así lo señala Cicerón, citando a Quinto M. Escévola, precisamente a propósito de los contratos arbitrarios: "*Q. quidem Scaevola, pontifex maximus, summam vim esse dicebat in omnibus iis arbitriis, in quibus adde-retur EX FIDE BONA, fideique bonae nomen existimabat manare latissime, id-que versari in tutelis, societatibus, fiduciis, mandatis, rebus emptis, venditis, conductis, locatis, quibus vitae societas contineretur; in iis magni esse iudicis statuere, praesertim cum in plerisque essent iudicia contraria, quid quemque cuique praestare oporteret*". [Quinto Escévola, pontífice máximo, decía que tenían mucha fuerza todos los contratos arbitrarios, en que se añade la cláusula de buena fe, que era de muchísima extensión, pues entra en las tutelas, sociedades, fiducias, mandatos, compras y ventas de bienes, arrendamientos, y todo en lo que consiste la vida en sociedad; y que era de un juez muy prudente, dentro de un juicio originado por una acción contraria, condenar al resarcimiento de lo que cada quien debiere prestar.], *De Off.*, 3, 70.

⁵⁸ "Entre tanto, la fama de los romanos llegó a oídos de Judas: supo que eran guerreros valerosos, se mostraban benévolos con todos sus aliados y entablaban amistad con todos los que acudían a ellos; sobre todo, se enteró de que eran guerreros valerosos. (...) En cambio, mantuvieron su amistad con sus aliados y con todos los que buscaron su apoyo. Tienen bajo su dominio a los reyes vecinos y lejanos y son temidos por todos los que oyen en hablar de ellos". Antiguo Testamento, I Macabeos, 8, 1 y 12. En el mismo sentido, Diodoro Sículo afirma que, al conocer de la ayuda que proporcionó Roma a los mamertinos para la conquista de Sicilia, durante la primera guerra púnica, el rey Hierón dijo: "Los romanos se llenaban la boca con la palabra 'buena fe', pero desde luego no deberían proteger a criminales como los mamertinos

Para analizar la manera en que, a través de la *fides*, el pueblo romano superó el problema derivado de la validez exclusivamente personal de los diversos ordenamientos jurídicos, conviene advertir que este problema se despliega en dos dificultades principales, una sustantiva y otra adjetiva.

Desde el punto de vista sustantivo, este problema radica principalmente en que para el pensamiento de aquella época, era prácticamente imposible apartarse de manera total de las formalidades y solemnidades que eran esencia misma de ciertos actos jurídicos, sin las cuales el acto no podía producir efecto, y que normalmente se encontraban reservadas a los miembros de determinada ciudad, pues a pesar de que existiera la intención de un acercamiento de buena vecindad, las relaciones entre extranjeros y romanos nunca eran consideradas del mismo modo que las existentes entre ciudadanos romanos. Lo cierto es que, ante la celebración de determinado acto, siempre existía inseguridad,

que desprecian por completo la 'buena fe' y son a todas luces hombres sin religión", y que con ello los romanos demostraban "al mundo que utilizaban la 'compasión por los que están en peligro' como una tapadera de su codicia", pues en su concepto, "deseaban apoderarse de toda Sicilia". *Bibliothecae Historicae*, 23.1.4. Independientemente del sentido claramente crítico de las palabras del rey Hierón, parece claro que la imagen que proyectaban los romanos hacia el mundo exterior era de un pueblo benigno, compuesto de hombres de buena fe, o que sentían orgullo de caracterizarse por ello. Es interesante también observar, que este concepto de buena fe, al menos en el ámbito político, también conserva en esta época una connotación de solidaridad o de "compasión por los que están en peligro"; se insiste, aunque las palabras atribuidas a Hierón sean más bien despectivas.

pues siempre podía determinarse que el acto surtiría sus efectos conforme al derecho de una ciudad, pero no conforme al de la otra.

Uno de los mecanismos que sirvieron para solucionar este problema sustantivo, fue el *hospitium*, que es un tipo de acuerdo que, como se ha visto, tiene su fundamento en la *fides*⁵⁹. Así, mediante la voluntad de relacionarse, las partes se reconocían recíprocamente el derecho de celebrar actos válidos, al menos en aquellas áreas en las que el derecho de cada una de ellas no impusiera un obstáculo.

De la misma manera, y aun en los casos en los que las reglas jurídicas establecieran obstáculos insuperables, se llegó a una solución, pues mediante el reconocimiento recíproco de la validez de un acuerdo de voluntades, podían lograrse en cierta medida los efectos esenciales perseguidos por ambas partes.

Por ejemplo, existían actos que se consideraban idóneos por su simplicidad, para celebrarse incluso con los peregrinos sin mayor formalidad, como la *traditio* o la *stipulatio*, que en las formas diversas a la *sponsio*, sí eran accesibles a los peregrinos⁶⁰. Así, la compraventa de bienes *nec mancipi*, podía celebrarse sin problemas entre romanos y extranjeros, sin necesidad de que Roma les hubiere concedido el *ius commercii* para celebrar actos con los romanos; pues tanto para su perfeccionamiento como para la adquisición de dichos bienes era suficiente la *traditio*. Es cierto que tratándose de bienes

⁵⁹ V. *supra*, n. 207.

⁶⁰ Grosso, *Lezioni di Storia del Diritto Romano*, p. 269.

mancipi, era necesario un acto formal, como la *mancipatio* o la *in iure cessio*; de manera que aun suponiendo que un romano y un extranjero llevaran a cabo dicha operación, tales actos formales no podrían surtir efecto a favor de los peregrinos. Sin embargo, se supera este obstáculo pasando por alto el problema relativo a la transmisión de la propiedad, y reconociendo la validez del contrato⁶¹, del cual deriva el deber del vendedor, de intervenir en auxilio del comprador en caso de juicio, esto es, de prestarle su *auctoritas*. Al respecto se deriva de un pasaje de la Ley de las XII Tablas, que el vendedor romano debía prestar su intervención en cualquier pretensión de un tercero en contra de su comprador, indefinidamente, cuando éste fuere extranjero, ya que con dicha calidad, éste no podía adquirir la propiedad del bien por *usucapio*⁶².

Desde el punto de vista adjetivo, el problema de la vigencia personal de los diversos ordenamientos jurídicos, se traducía en que, ante la existencia de un conflicto derivado de una relación entre romanos y extranjeros, no existían reglas determinadas para encontrar una solución pacífica.

Debe tomarse en cuenta al respecto que, en principio, los extranjeros no podían participar en el procedimiento judicial administrado por el Estado romano, que conocemos como el sistema de las acciones de la

⁶¹ El contrato consensual de compraventa existe, al parecer, desde el siglo II a.C. V. Schulz, *Principi del Diritto Romano*, p. 245.

⁶² Tab. III. "*Adversus hostem aeterna auctoritas esto.*" [En contra de un extranjero, la autoridad del dueño es eterna].

ley; pues en dichos procedimientos, las solemnidades orales (*carmina*) y demás formalidades esenciales para que el juicio pudiera llevarse a cabo válidamente, estaban reservadas exclusivamente a los ciudadanos romanos, de manera que ningún extranjero, ni siquiera un latino, era admitido en Roma para el ejercicio de una *legis actio*⁶³.

Sin embargo, tal circunstancia no es obstáculo para hipotetizar que, desde tiempos antiguos, existieron juicios entre romanos y extranjeros; y es muy probable que las partes en conflicto acostumbraran trasladarse a Roma, o a la ciudad a la que perteneciera el peregrino, y sostuvieran un juicio ante la autoridad jurisdiccional respectiva. Esta posibilidad parece derivarse de un pasaje de la Ley Decenviral, que hace referencia a la citación a juicio con un extranjero, de manera que, si no era posible continuar el juicio en otra fecha, el procedimiento debía terminar el mismo día de la citación⁶⁴.

De ser así, estos juicios debieron llevarse a cabo en todo caso, mediante formas más libres del procedimiento, que en el caso del derecho romano, inclusive podrían constituir el antecedente histórico de la *legis actio per conditionem* y de la *legis actio per iudicis postulationem*⁶⁵.

⁶³ Arangio Ruiz, *Historia del derecho romano*, p. 175.

⁶⁴ Tab. II. "(...) *morbis santicus* (...) *aut status dies cum hoste* (...) *quid horum fuit unum iudici arbitrove reove, eo dies diffensus esto.* (...)” [Enfermedad mortal (...) o bien una fecha para la cual se citó a un extranjero ... si cualquiera de los anteriores fuere un impedimento para un juez, un árbitro o un demandado, ese día ha de terminar el procedimiento].

⁶⁵ Grosso, *Lezioni di Storia del Diritto Romano*, p. 277.

Sin embargo, la solución más ventajosa, y que curiosamente constituye hasta nuestros días una de las principales vías de las jurisdicciones internacionales, debió consistir en el arbitraje. Parece que desde fines del siglo III a.C., existió una de las instituciones procesales más antiguas, la *reciperatio*, y el órgano más antiguo, el colegio de los *reciperatores*, o *recuperatores*⁶⁶, formado de uno o dos árbitros por cada ciudad, presididos por un super-árbitro designado de común acuerdo por las partes y perteneciente, de ser posible, a una ciudad neutral⁶⁷; árbitros a los que así se denominaba por la función que se les atribuía, consistente en recuperar para alguna de las partes, aquello que tuviere razón de exigir de la otra⁶⁸.

El elemento esencial que determina el éxito de las soluciones que hemos descrito, es la confianza que existe entre las partes relacionadas, en que, por el interés mutuo, las relaciones se llevarán a cabo persiguiendo el fin deseado por ellas mismas. Si se observa con detenimiento, tanto las relaciones sustantivas entre romanos y extranjeros como el funcionamiento del arbitraje ante los *recuperatores*, se basa en el antiguo concepto esencial de la *fides* romana, consistente en el respeto

⁶⁶ García Garrido, *Derecho privado romano*, p. 228.

⁶⁷ Arangiz Ruiz, *Historia del derecho romano*, p. 176.

⁶⁸ Al respecto señala Antonio Guarino, en *Storia del Diritto Romano*, Napoli, 1998, p. 302, que “[i]l giudizio dei recuperatores (o reciperatores) avrebbe dovuto essenzialmente accertare se e quale tra le parti si fosse discostata, e di quanto (...), stabilendo di conseguenza se ed in che misura una delle due parti avesse ragione di recuperare qualcosa dall'altra”.

a la palabra dada; que funciona como un elemento de comunicación entre los comerciantes de distintas naciones. La *fides* es, en este sentido, la principal aportación del pueblo romano al comercio internacional.

Esta noción del cumplimiento a lo acordado, se presenta tanto en las relaciones sustantivas de las partes, como en su sometimiento voluntario a un colegio arbitral. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que en esta época, la *fides* no constituye un fundamento propiamente jurídico, pues se encuentra desprovista de una *actio legis*, o de cualquier medio de defensa procesal que estuviera, sobre todo, al alcance de los peregrinos. Por lo tanto, salvo aquellos casos en los que los acuerdos de voluntades celebrados entre peregrinos y romanos encuadraren en alguno de los contratos conocidos por el derecho civil, al alcance de los peregrinos, dichos acuerdos son *nuda pacta*, esto es, pactos desprovistos de sanción en términos del *ius civile*⁶⁹, por lo que no están protegidos por las *legis actiones*⁷⁰. Y aun así, fue cada vez más común la celebración de pactos entre

⁶⁹ Guarino, *Storia del Diritto Romano*, pp. 154 ss., que señala que ni siquiera en el *ius Quiritium*, estaba plenamente reconocido el fenómeno económico del crédito; y que la obligatoriedad de prestaciones futuras se basaba más bien en la *fides*, o bien en el *fas*, cuando derivaran de la celebración del antiguo rito de la *sponsio*.

⁷⁰ Durante mucho tiempo, en caso de juicio, cuyo trámite entre romanos y peregrinos se explicará más adelante, estos pactos no sirven para demostrar judicialmente la existencia de un deber, sino que son acuerdos de voluntades liberadores de deberes jurídicos mucho tiempo, estos pactos no pudieron hacerse valer mediante una acción, sino en su caso, mediante una excepción. Jörs, Kunkel, Wenger, *Römisches Recht*, pp. 255 ss.

romanos y extranjeros, desplazando los negocios formales, que en principio constituían el núcleo de la actividad negocial de contratación entre romanos, como la *mancipatio* o la *stipulatio*, porque dichos negocios, por sus formalidades y solemnidades, no estaban al alcance de quienes no fueran ciudadanos romanos.

En la función de los árbitros también se nota, por otra parte, la presencia de un concepto de *fides* más sofisticado; pues al emitir su resolución, lo hacían en un principio con base en aquel derecho, al cual era presumible habían querido someterse las partes en el negocio discutido⁷¹; donde se nota un concepto de *fides* como criterio orientador y supletorio de la voluntad de las partes; y posteriormente, en virtud de que los árbitros se encuentran investidos de un *iudicium bonae fidei*, juzgan con base en la valoración de lo acordado y actuado por las partes, lo que en su concepto obedece a un comportamiento honesto y correcto en las relaciones comerciales, donde se nota la *fides* como un criterio incipientemente deontológico⁷², porque refleja cómo debería ser el comportamiento de las partes en conflicto en sus negocios y relaciones comerciales, al menos desde el punto de vista de los *recuperatores*.⁷³

⁷¹ Arangio Ruiz, *Historia del derecho romano*, p. 176.

⁷² Evolucionan en este sentido, la idea expuesta por Cicerón, en el sentido de que el actuar conforme a la *fides* es vinculativo, porque tiene un valor en sí mismo. V. nn. 198 y 199, y el texto a que hacen referencia.

⁷³ Guarino, *Storia del Diritto romano*, p. 303. Se trata todavía, sin embargo, de un concepto de *fides* íntimamente vinculado a lo pactado entre las partes.

La siguiente etapa de evolución del principio de la buena fe se debió a que, a pesar de los avances alcanzados, los rudimentarios recursos jurídicos de aquella época resultaron poco a poco insuficientes y arcaicos. Las necesidades sociales y económicas produjeron una exigencia jurídica: era papel del derecho, adecuarse a la complicada realidad que lo había rebasado.

Es en este escenario, cuando aproximadamente en el año 242 a.C., fue necesaria la creación de la nueva magistratura del *praetor peregrinus*⁷⁴, que en ejercicio de su *imperium*, tenía la facultad de ejercer jurisdicción sobre las relaciones entre romanos y extranjeros⁷⁵. Aunque

⁷⁴ En palabras de Pomponio, el nombre de "peregrino" deviene de que dicho pretor ejercía jurisdicción entre peregrinos, y su creación fue necesaria porque el pretor urbano no se daba a vasto, toda vez que también venían a la ciudad gran multitud de extranjeros. "*Post aliquot deinde annos non sufficiente eo praetore, quod multa turba etiam peregrinorum in civitatem veniret, creatus est et alius praetor, qui peregrinus appellatus est ab eo, quod plerumque inter peregrinos ius dicebat*". [Transcurridos algunos años, no siendo suficiente aquel pretor, porque acudía también a la ciudad gran multitud de extranjeros, se creó otro pretor, que se denominó peregrino, en atención a que ordinariamente ejercía la jurisdicción entre los extranjeros]. *Libri Singulari Enchiridii*, en D.1.2.2.28.

⁷⁵ La creación del *praetor peregrinus* se atribuye generalmente a una *lex Plaetoria* del 242 a.C. En contra de esta percepción, Guarino, *Storia del Diritto Romano*, pp. 300 ss., donde plantea que "bisogna tener conto che questa legge fu in realtà un plebiscito dal tribuno Marco Pletorio, e che è ben difficile che un plebiscito abbia posto una normativa costituzionale cui i comizi centuriati siano stati tenuti in séguito ad attenersi. Più verosimile è che, a partire dal 242 a.C., i comitia centuriata abbiano proceduto di propria iniziativa, su proposta dei consoli, ad eleggere due pretori, al posto di un solo pretore, per l'anno successivo. La *lex Plaetoria* intervenne perciò (così supponiamo) solo allo scopo di ottenere che dei due pretori uno fosse *urbanus*, cioè rimanesse stabil-

la intervención del *praetor* en los juicios respectivos, normalmente tramitados ante los *recuperatores*, es una facultad discrecional, la realidad social exigía cada vez más su participación, para dar seguridad e imperatividad a las decisiones de éstos⁷⁶.

Para aquellos casos en los que el pretor decidiera prestar su *imperium* para intervenir en los juicios entre romanos y extranjeros, se vio ante la difícil tarea de crear un procedimiento en el que estos últimos pudieran participar válidamente, lo cual excluye, como se ha visto, la aplicación del sistema de las acciones de la ley como tal, empleado en Roma por el *praetor urbanus*. Por lo tanto, el *praetor peregrinus* crea un nuevo procedimiento, los *arbitria honoraria* o procedimientos por fórmulas, cuyo fundamento no descansa ya en el *ius civile* antiguo, como las acciones de la ley, sino en el *imperium* del propio magistrado⁷⁷.

mente in città, assistito da due littori, al fine di assicurare la continuità dell'amministrazione della giustizia tra i cittadini".

⁷⁶ Grosso, *Lezioni di Storia del Diritto Romano*, p 268: "(...) ma per avviare una questione alla decisione dei *recuperatores* e imprimere a ciò un carattere di imperatività occorre rivolgersi al magistrato. E più in generale si può dire che alla base stava un affidamento alla discrezionalità dell'*imperium* del magistrato, dal quale come vedremo nascerà in Roma una nuova forma di processo civile".

⁷⁷ Gaius, I.4.105. Tenemos así que coexistieron en esa época, entre otros, los *iudicia legitima*, fundados en las *legis actiones*, los *arbitria honoraria*, fundados en el *imperium* del magistrado, y *officia domestica* o arbitrajes *ex compromisso*, sin intervención del magistrado. A eso se refiere Cicerón en nuestro concepto, cuando señala que "[a]t si stipulationum aut iudiciorum formulas partiare, non est vitiosum in re infinita praetermittere aliquid" [pero si divides las fórmulas de las estipulaciones y de los juicios, no es vicioso el omitir algo en un asunto casi infinito]

El procedimiento por fórmulas, que se crea a semejanza de los juicios legítimos⁷⁸, se distingue de éstos en que la determinación del derecho aplicable, ante el propio magistrado, no se basa en el cumplimiento de formalidades y solemnidades, que como se ha dicho, eran de suyo inaccesibles a los peregrinos; sino que se recurrió a medios procesales sencillos, libres, maleables, simplificados cada vez más en la práctica, donde el magistrado encauzaba las pretensiones de las partes en la fórmula escrita, redactando ésta de manera sencilla para que fuera a su vez fácil de aplicar por los *reciperatores* o el *iudex*, quienes muchas veces no conocían siquiera la lengua latina. Esta simplificación de la etapa argumentativa del procedimiento no se debe únicamente a la dificultad de hacer accesible a los peregrinos las formalidades sacramentales, que además eran de especial complejidad técnica, o a que la dificultad proviniera de la pluralidad cultural y que los argumentos tuvieran que expresarse incluso en distintas lenguas; sino que sobre todo, se advierte la voluntad del magistrado, de ofrecer el acceso a la jurisdicción, no mediante la imposición de un derecho que

(*Topica*, 33), porque aunque existan infinidad de otras especies, estas tres especies definen suficientemente el género de los procedimientos jurisdiccionales.

⁷⁸ No es de excluirse que el pretor peregrino también se haya inspirado en otros modelos de procedimiento, cuya analogía se entiende por la concepción que los romanos tenían en cuanto a la estructura lógico procesal; una de estas fuentes de inspiración pudo ser, por ejemplo, el juicio público iniciado mediante una demanda ante el senado, que a su vez instruye al magistrado a organizar el proceso. García Garrido, *Derecho privado romano*, p. 228, n. 3.

ni siquiera existía, sino mediante su buena disposición para colaborar con las partes, en cuanto lo permitiera su *auctoritas*, en la búsqueda del criterio resolutivo razonable y equitativo para solucionar el conflicto. En esta operación, el magistrado partía de las alegaciones de las partes, para determinar por un lado la conducta que pudiera ser considerada debida entre ellas, conforme a lo pactado o a su modo de actuación; por otro lado, la medida en que dicha conducta debida era acorde con la noción deontológica del derecho romano; y en tercer lugar, la regla de derecho más adecuada para el caso concreto⁷⁹.

Las partes en conflicto debieron verse cada vez más atraídas a sujetarse a un sistema jurisdiccional de esta naturaleza (que finalmente, conservaba cierta nota de arbitral, esto es, las partes se sometían a él voluntariamente), no solamente porque ofrecía la mejor posibilidad de acceso a la jurisdicción, sino porque constituyó el único sistema en el que las partes podían verdaderamente hacer valer sus propias razones, en cuanto se basaba más en el peso argumentativo de éstas, que en un derecho inflexible y previamente impuesto.

Además, destaca en la operación jurisdiccional antes descrita, la búsqueda del deber ser en las relaciones peregrinas, con base en la noción deontológica del derecho romano. Esto es, el pretor abstrae reglas de conducta del *ius civile* que ya conocía; pero se trata de una abstracción limitada, mediante la cual el pretor advierte que en cierto caso concreto, la aplicación

⁷⁹ Guarino, *Storia del Diritto Romano*, p. 302.

de determinada solución, reservada a los ciudadanos romanos, es adecuada y justa, a tal grado, que estima que la regla de la que se deriva esa solución, debe ser aplicable también a los peregrinos entre sí, o en sus relaciones con los romanos. El derecho, en este proceso, deja de tener un exclusivo ámbito estatutario de validez, para convertirse en un derecho aplicable a todos los pueblos, un derecho de gentes.

En la evolución del *ius gentium*, interviene como factor importante el concepto de la *fides*, pues versa en principio sobre negocios y acuerdos celebrados entre romanos y peregrinos; pero dicho concepto ya no se refiere únicamente al cumplimiento de lo expresamente acordado, sino que también implica una conducta que normalmente se espera de las partes en el desarrollo y cumplimiento de lo pactado, esto es, se trata de una combinación entre el deber de cumplir lo pactado y obrar honestamente⁸⁰. Es una noción de rectitud conductual que en el "*novum ius civile*" se entiende exigible tanto a romanos como a peregrinos⁸¹, y al ser exigible procesalmente en los juicios seguidos ante el pretor, la buena fe deja de ser una noción desprovista de sanción

⁸⁰ "[F]e y honestidad están tan cercanas entre sí, que la expresión *bona fides* asume también el significado de honestidad. Responder a la *bona fides* implica así no sólo mantener la palabra, sino tener un comportamiento que responda a la costumbre de la gente honrada, cumplir el propio compromiso en relación con los usos comerciales". Schulz, *Principi del Diritto Romano*, p. 248.

⁸¹ D'Ors, *Derecho privado romano*, p. 61.

jurídica, para convertirse en un elemento vinculante, en un criterio normativo de la conducta humana⁸².

Lo anterior se deduce, entre otras cosas, del empleo del lenguaje. Mientras en el sistema de las acciones de la ley, uno de los principales verbos que indicaban la afirmación de un deber netamente reconocido por el derecho civil, era el de *oportere*⁸³, resulta significativo que en los juicios llevados ante el pretor peregrino, se redactara una fórmula empleando el mismo verbo, para que en su caso, el juez condenara al demandado a todo aquello que deba dar o hacer según la buena fe (*quiquid dare facere oportet ex fide bona*). Se trata, por lo tanto, de una connotación generalmente aceptada, en el sentido de que la buena fe era generadora de un verdadero deber jurídico⁸⁴.

⁸² Grosso, *Lezioni di Storia del Diritto Romano*, p. 270. En el mismo sentido, Guarino habla de "criteri obiettivi di onestà e di correttezza commerciale usualmente riconosciuti come impegnativi nei rapporti di affari", en *Storia del Diritto Romano*, p. 302. Se discute, sin embargo, si el deber jurídico del que se habla en esta etapa histórica, se relaciona únicamente con el cumplimiento de un pacto, o si constituye un deber general de buena conducta. Cfr. Jörs, Kunkel, Wenger, *Römisches Recht*, p. 220, n. 13.

⁸³ Así es el tenor, por ejemplo, de la *carmina* que debía pronunciar el actor en la *legis actio per iudicis postulationem*: "Aio te mihi sestertiorum decem milia dare oportere: id postulo aias an negas" [Afirmo que me debes dar diez mil sestercios. Te pido que lo afirmes o lo niegues]. Arangio Ruiz, *Las acciones en el derecho privado romano*, Alviz, Madrid, 1945, p. 43.

⁸⁴ Arangio Ruiz, *Historia del derecho romano*, p. 177. En el mismo sentido, Matteo Marrone, *Manuale di Diritto Privato Romano*, Torino, 2004, pp. 13 ss.

Con el tiempo, según el testimonio de Gayo⁸⁵, el sistema procesal de las acciones de la ley fue cayendo poco a poco en desuso, incluso para la tramitación de juicios entre ciudadanos romanos, debido a su excesiva formalidad, hasta que fue sustituido por el sistema formulario, precisamente por basarse en los argumentos planteados por las partes, o *concepta verba*, y no por solemnidades sacramentales⁸⁶, al grado que el sistema de las *legis actiones* fue prohibido por la ley *Aquilia* (120 a.C.) y las leyes *Iuliae* en época de Augusto.

En cualquier caso, lo cierto es que a principios de la época clásica, los ciudadanos romanos prefirieron emplear el sistema formulario, por encima del arcaico sistema de las acciones de la ley. Debido a que el procedimiento por fórmulas es más sencillo y eficaz, por la libertad de las partes en su argumentación, y porque

⁸⁵ I.4.30-31.

⁸⁶ Al respecto, Jörs, Kunkel, Wenger, *Römisches Recht*, pp. 524 ss., donde plantea que no es históricamente clara la causa de la transición entre uno y otro sistemas procesales, ni tampoco es del todo cierto que dicha transición haya implicado un cambio trascendental, pues en esencia, en ambos procedimientos se elegía e instruía al juez para que decidiera la controversia, y muy probablemente, tanto en uno como en otro sistemas, se daba una argumentación que se llevaba a cabo de manera extrajurisdiccional, donde el magistrado informaba a las partes sobre la acción o fórmula aplicable, o bien, que no podía llevarse a cabo el juicio, con base en su facultad de conceder o denegar la acción. Sin embargo, los propios autores reconocen implícitamente, que una de las diferencias radica en que el magistrado en el procedimiento por fórmulas, puede instruir al juez para que resuelva, ya sea con base en el derecho, o bien en el derecho y la buena fe, en función de que la solución se basara en el *ius civile* o en el reconocimiento del propio magistrado en el edicto.

la determinación del derecho aplicable se basa más en el peso de los argumentos que en la validez de su tramitación, no debe extrañarnos que haya sido acogido de tan buen grado por los juristas de aquella época, que habiendo perfeccionado para entonces el arte de la argumentación jurídica, mediante el método de la *interpretatio*, estaban ya preparados para argumentar con mayor soltura y desapego al rígido *ius civile*, y para desarrollar poco a poco el método asociativo⁸⁷, que significó el fundamento de la grandeza de la jurisprudencia clásica.

Así, se tiene que en manos de los juristas preclásicos, el concepto de la buena fe se había erigido como el fundamento y pauta del contenido de las principales relaciones contractuales de la vida diaria, como la compraventa, el arrendamiento, la sociedad y las gestiones de negocios; pero estos conceptos, método y fundamentos de los preclásicos, sirvieron de apoyo a los juristas clásicos, para desarrollar y perfeccionar este concepto, llevándolo a su máximo esplendor. En la

⁸⁷ Kaser, *Römische Rechtsgeschichte*, p. 165, donde explica este método como aquél en el que el jurista parte del caso concreto y se deja llevar en la búsqueda de la solución, a partir de la observación de casos parecidos o contrarios: "Die Juristen (...) beginnen jetzt (...) begrifflich zu gliedern, sie fassen das Gemeinsame zusammen und grenzen es vom Ungleichtartigen ab. Die damit gewonnenen Begriffe setzen sie zueinander ins Verhältnis, indem sie Oberbegriffe bilden und die engeren Begriffe in diese einordnen. Den allgemeinen Gattungen (*genera*) treten ihre einzelnen Erscheinungsformen (*species*) gegenüber. (...) Diese Begriffsbildung und Begriffsordnung mittels Unterscheidung (*differentia*, διαίρεσις) und namentlich durch Analyse und Synthese bedeutet die Anwendung der dialektischen Methode, die von den Griechen entwickelt worden ist. Sie ermöglicht es, das juristisch Wesentliche klar vom Unwesentlichen zu trennen".

jurisprudencia clásica, la *bona fides* se convierte en uno de los más importantes argumentos y conceptos orientadores en la creación y aplicación del derecho, junto con los conceptos de *boni mores*, *restituere*, *interesse*; y de la misma se hace derivar una serie de principios y reglas que hasta ahora cobran aplicación⁸⁸.

Bajo la jurisdicción del *praetor urbanus*, la jurisprudencia clásica encuentra el terreno más fructífero para crear y perfeccionar el contenido y funcionamiento de las acciones de buena fe⁸⁹, que son las que aparecen en el edicto del pretor⁹⁰: (i) la *actio fiduciae*⁹¹, que parece haber sido la matriz de las demás; (ii) las acciones derivadas de los contratos consensuales: del mandato (*actio mandati*), de la sociedad (*actio pro socio*), de la compraventa (*actio empti*, *actio venditi*) y del arrendamiento (*actio locati*, *actio conducti*); (iii) la acción derivada del contrato de depósito (*actio depositi*); (iv) la *actio negotiorum gestorum*; (v) las acciones derivadas de la tutela para exigir cuentas al tutor (*actio tutelae*)⁹²; y la acción para reclamar la restitución de la dote (*actio rei uxoriae*).

⁸⁸ Kaser, *Römische Rechtsgeschichte*, pp. 81, 169 a 173.

⁸⁹ La expresión clásica de "*bona fides*", aunque tautológica (Schulz, *Principi del Diritto Romano*, p. 247), parece hacer referencia a la *fides* entre privados, y no a la *fides publica*.

⁹⁰ Jorge Adame, "El principio de buena fe en los contratos internacionales", en *Derecho privado*, Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados. IJ-UNAM, 2005, p. 325.

⁹¹ Descrita por Cicerón como "*ut inter bonos bene agier (et sine fraude)*" [se debe obrar bien como entre buenos (y sin fraude)], de *Off*, 3, 15, 60 y 61, y 3, 17, 70, *Top*, 17, 66.

⁹² V. *supra*, n. 210.

Se trata de acciones derivadas de relaciones bilaterales, esto es, relaciones en las que ambas partes resultan o pueden resultar obligadas, aunque no sean necesariamente contractuales. Son relaciones caracterizadas por cierto grado de reciprocidad, de donde puede percibirse como trasfondo, el concepto antiguo de *fides*, entendido como el respeto a una relación de mutuo cuidado y confianza.

Los juicios que inician mediante el otorgamiento de una acción de buena fe, los *iudicia bonae fidei*⁹³, tienen como característica principal que en su fórmula se instruye al *iudex* para que, en caso de que el actor demostrara los elementos de dicha acción, condenara al demandado a todo lo que debiera dar o hacer según la buena fe (*quiquid dare facere oportet ex fide bona*), lo cual permitía al juez cierta libertad para determinar el monto de la condena (*liberum officium*), para lo cual debía desempeñar una *interpretatio plenior*, un examen e interpretación más profunda y comprensiva del asunto en cuestión.

Esto no significa que el juez tenga facultades normativas, o que a su arbitrio pudiera remitirse o no a ciertas y determinadas normas éticas. Su función con-

⁹³ Se discute mucho sobre el origen y desarrollo de los juicios de buena fe; y las fuentes (Cicerón, *De Off.* 3,70; *Topica*, 66; Gayo, I,4,62; Paulo D.17,2,38) parecen establecer simplemente ejemplos y enumeraciones incompletas y hasta contradictorias. Jörs, Kunkel, Wenger, *Römisches Recht*, p. 220 n. 12. Por lo demás, la distinción entre acciones de buena fe y acciones de estricto derecho no se establece sino hasta el derecho justineano. Schiavone, *Storia del Diritto Romano e linee di Diritto Privato*, p. 302.

siste simplemente en analizar la naturaleza de la relación jurídica relatada en la fórmula, de manera que se obtenga lo que las partes pretenden, o bien, lo que es connatural a su pretensión⁹⁴. Y lo que es connatural a cada relación jurídica, no se define *a priori* ni arbitrariamente el pensamiento romano, sino que se deriva de cada caso y cada institución.

Así, por ejemplo, la referencia a la buena fe en la *intentio* de una fórmula de buena fe (*oportere ex fide bona*), permitía que las partes hicieran valer ante el juez, cualquier comportamiento doloso de la contraparte, ya sea en la relación que dio origen al conflicto (*dolus praeteritus*), o bien, durante el trámite del mismo juicio (*dolus praesens*), sin que fuera necesario haber insertado en la fórmula una *exceptio doli* expresamente. Este principio se deriva de la sencilla razón del pensamiento clásico, de que la *fides* es contraria al *dolus*⁹⁵.

Esto significa que en las relaciones que dan origen a una acción de buena fe, se entiende connatural a la obligación, que el deudor se comporte con lealtad respecto de la otra parte, de lo contrario se considera que comete *fraus*.

Posteriormente, la jurisprudencia romana amplía la aplicación de este concepto, e interpreta que obrar conforme a la *bona fides*, también significa obrar con cierto

⁹⁴ Adame, "El principio de buena fe en los contratos internacionales", p. 327.

⁹⁵ Juliano, D.30,84,5: "(...) quia hoc iudicium fidei bonae est et continet in se doli mali exceptionem." [(...) porque esta acción <la de cumplimiento de legado> es de buena fe e implica la excepción de dolo malo]. Schiavone, *Storia del Diritto Romano e linee di Diritto Privato*, p. 302.

grado de diligencia, *peritia* o *ars*. La falta de diligencia, *peritia* o *ars*, dependiendo de que sean requeridas conforme a la buena fe, se considera como culpa, mora, etcétera. En este nuevo contexto, la falta a la buena fe ya no es un delito, sino un incumplimiento de un deber, que puede dar origen a una condena por daños y perjuicios⁹⁶.

Por otro lado, se considera que en las relaciones basadas en la buena fe, las partes deberían reconocerse mutuamente, lo que recíprocamente se deben; y con base en esta idea, la jurisprudencia señala que tampoco es necesario insertar en la fórmula de *bona fides*, las cláusulas específicas relacionadas con la compensación, con el pago de intereses o de daños y perjuicios, pues todas estas prestaciones se entienden implícitas en las relaciones basadas en la buena fe, de manera que el juez deberá tomarlas en cuenta.

Dentro del sistema formulario, también se reconoce de manera trascendental la validez de los acuerdos de voluntades entre las partes, que como se ha visto, cobran eficacia originalmente con fundamento en la *fides*, cuya concepción, se desarrolla y perfecciona durante la época clásica, sobre todo en su originario significado, como el cumplimiento de lo pactado⁹⁷. La seriedad

⁹⁶ D'Ors, *Derecho privado romano*, pp. 445, 517 y 520.

⁹⁷ Así, Cicerón define la *fides* como el fundamento de la justicia, por constituir la firmeza y veracidad en las palabras y en los convenios; y recomienda que se busque la etimología de la palabra, como lo hicieron los estoicos, en el concepto de hacer lo que se ha prometido: "*Fundamentum autem est iustitiae fides, id est dictorum conventorumque constantia et veritas. Ex quo, quamquam hoc videbitur fortasse cuiuspiam durius, tamen*

con la que el pueblo romano conscientemente reconoce la vinculación que nace de los pactos, se advierte simplemente en el hecho de que, a diferencia de otras culturas, los romanos siguen respondiendo por pactos religiosos o *iusiurandum*, aún en una época en la que, por la atenuación del sentimiento religioso, había perdido ya desde hacía tiempo su significado originario, y la sanción del perjurio consiste ya únicamente en una nota censoria de infamia⁹⁸.

La fuerza vinculativa del principio de la *bona fides* en los pactos, se reconoce en el edicto del pretor, del que

audeamus imitari Stoicos, qui studiose exquirunt, unde verba sint ducta, credamusque, quia fiat, quod dictum est appellatam fidem". [El fundamento de la justicia es la fidelidad; esto es, la firmeza y veracidad en las palabras y contratos; y es muy verosímil —tomándonos el atrevimiento de imitar a los estoicos, que son escrupulosos indagadores del origen de las palabras, aunque a otros parezca afectación— que tomase su nombre de la palabra *fiat*, porque lo dicho (o prometido) se llama fidelidad]. *De Off.*, 1, 23. En otro pasaje, Cicerón señala que "*fides enim nomen ipsum mihi videtur habere, cum fit quod dicitur*" [Me parece que a la buena fe se ha dado ese nombre, porque por ella se hace lo que se dice]. *De re publica*, 4, 7, 21. En el mismo sentido, Iavolenus afirma que la buena fe exige que se cumpla lo convenido: "(...) *bona fides exigit, ut quod convenit fiat* (...)" *Libro 11 epistularum*, en D. 19, 2, 21.

⁹⁸ Schulz, *Principi del Diritto Romano*, p. 248. Cicerón sigue haciendo referencia a la regla según la cual, contra el perjurio, la pena de los dioses es la muerte, y la de los hombres, la infamia ("*Periurii poena divina exitium, humana dedecus*". *De Legibus*, 2, 22); y sostiene que el juramento debe considerarse válido, aun cuando hubiere sido coactado por violencia ("*Iuravit hoc terrore coactus Pomponius; rem ad populum detulit, docuit, cur sibi causa desistere necesse esset, Manlium missum fecit. Tantum temporibus illis ius iurandum valebat*". [Pomponio, aterrado, lo juró: hizo su relato al pueblo, dijo el motivo por el que se veía en la necesidad de desistir de la demanda, y quedó libre Manlio de la acusación. Tanta era en aquellos tiempos la fuerza de un juramento]. *De Off.*, 3, 112).

seguramente proviene el principio de *pacta sunt servanda*⁹⁹. En consecuencia, el juez debe tomar en consideración los pactos celebrados por las partes, que aunque en un principio no pueden hacerse valer mediante una acción¹⁰⁰, sí pueden insertarse en la fórmula y cobrar relevancia *ope exceptionis*¹⁰¹, y en ocasiones, de-

⁹⁹ Cláusula incluida en el edicto del Pretor: "*pacta conventa ... servabo*". [he de hacer cumplir los pactos convenidos]. D, 2.14.1. pr., donde Ulpiano concuerda con el edicto y describe la lealtad humana o *fides* como el respeto de los pactos: "*Huius edicti aequitas naturalis est. Quid enim tam congruum fidei humanae, quam ea quae inter eos placuerunt servare?*" [Es natural la justicia de este edicto, pues ¿qué cosa hay tan conforme a la lealtad humana que respetar los hombres lo que entre sí pactaron?].

¹⁰⁰ La aplicación de la *actio praescriptis verbis* como acción genérica para todos los pactos innominados, parece ser producto de la jurisprudencia postclásica. Jörs, Kunkel, Wenger, *Römisches Recht*, pp. 342 y ss.

¹⁰¹ Así según Ulpiano, en D, 2.14.7.5: "*Quin immo interdum format ipsam actionem, ut in bonae fidei iudiciis: solemus enim dicere pacta conventa inesse bonae fidei iudiciis. Sed hoc sic accipiendum est, ut si quidem ex continenti pacta subsecuta sunt, etiam ex parte actoris insint: si ex intervallo, non inerunt, nec valebunt, si agat, ne ex pacto actio nascatur. Ut puta post divortium convenit, ne tempore statuto dilationis dos reddatur, sed statim: hoc non valebit, ne ex pacto actio nascatur: idem Marcellus scribit. Et si in tutelae actione convenit, ut maiores quam statutae sunt usurae praestentur, locum non habebit, ne ex pacto nascatur actio: ea enim pacta insunt, quae legem contractui dant, id est quae in ingressu contractus facta sunt. Idem responsum scio a Papiniano, et si post emptionem ex intervallo aliquid extra naturam contractus conveniat, ob hanc causam agi ex empto non posse propter eandem regulam, ne ex pacto actio nascatur. Quod et in omnibus bonae fidei iudiciis erit dicendum. Sed ex parte rei locum habebit pactum, quia solent et ea pacta, quae postea interponuntur, parere exceptiones*". [Por lo demás, a veces forma parte de la acción misma, como en los juicios de buena fe, pues solemos decir que los pactos convenidos están incluidos en los juicios de buena fe. Pero se entiende esto siempre que los pactos hayan seguido inmediatamente y sean a favor del demandante. Si ha mediado un intervalo, no se considerarán incluidos ni valdrán para el demandante

ben ser tomados en consideración por el juez, incluso *ipso iure*¹⁰².

En la aplicación del principio de la buena fe, la jurisprudencia clásica logra también la creación o perfeccionamiento de ciertas figuras jurídicas, delineando su naturaleza y finalidad. Así por ejemplo, el fideicomiso, inspirado en el deber del fiduciario para actuar conforme a la *bona fides*, surge para poder dejar gratificar a extranjeros sin *testamentifacio*, mediante un *acto mortis causa*. También se considera que para que proceda la transmisión de propiedad mediante *usucapio*, además de cumplirse con los requisitos del antiguo *ius civile*, debe existir buena fe, entendida como la recta conciencia, en la fiel creencia de que no lesiona la propiedad

a fin de evitar que nazca acción de un pacto. Por ejemplo, se convino después del divorcio que la dote se devolvería inmediatamente y no con el plazo de dilación establecido; esto no valdrá, a fin de evitar que nazca acción de un pacto. Así escribe también Marcelo. Si en la acción de tutela se convino que se paguen intereses en cantidad mayor que la establecida, no valdrá, a fin de evitar que nazca acción de un pacto. Así pues, se consideran incluidos aquellos pactos que establecen una cláusula del contrato, es decir los que se hacen a la vez que el contrato. Lo mismo me consta que respondió Papiniano. Y si después de la compra se conviene algo fuera de la naturaleza del contrato, no se puede demandar con la acción de compra por esta causa, debido a la misma regla de que del pacto no nace acción. Lo cual también debe decirse en los demás juicios de buena fe. En cambio, por parte del demandado valdrá el pacto, porque suelen producir excepciones aquellos pactos que se agregan con posterioridad al contrato].

¹⁰² Así, por ejemplo, tratándose del pacto de renuncia a la *actio iniuriarum* y a la *actio furti*. D'Ors, *Derecho privado romano*, p. 144.

de otra persona¹⁰³. Igualmente, se considera que la *fides* se encuentra inmersa en las actuaciones de las autoridades¹⁰⁴, y en otras relaciones sociales basadas en la fidelidad¹⁰⁵.

¹⁰³ D'Ors, *Derecho privado romano*, pp. 235, 388; Schiavone, *Storia del Diritto Romano e linee di Diritto Privato*, p. 322.

¹⁰⁴ Así señala Aurelius Arcadius Charisius, en D, 1.11.1.1, respecto de la imposibilidad de apelar las resoluciones de los prefectos, debido a su lealtad: "*His cunabulis praefectorum auctoritas initiata in tantum meruit augeri, ut appellari a praefectis praetorio non possit. Nam cum ante quaesitum fuisset, an liceret a praefectis praetorio appellare et iure liceret et extarent exempla eorum qui provocaverint: postea publice sententia principali lecta appellandi facultas interdicta est. Credidit enim princeps eos, qui ob singularem industriam explorata eorum fide et gravitate ad huius officii magnitudinem adhibentur, non aliter iudicatuos esse pro sapientia ac luce dignitatis suae, quam ipse foret iudicatuos*". [La autoridad de los prefectos iniciada en tales comienzos mereció alcanzar tanto auge, que las decisiones de los prefectos del pretorio fueron inapelables. Pues aunque primero se hubiese discutido si no sería lícito apelar contra los prefectos del pretorio, y fuera lícito <como prueban> los ejemplos de quienes habían, apelaron pueblo, después por una sentencia del príncipe que fue publicada, se prohibió la facultad de apelar; porque creyó el príncipe que aquellos que por su especial competencia y dando pruebas de su lealtad y gravedad, son llamados a la altura de este ministerio no habían de juzgar de distinta manera que el mismo príncipe, dada su sabiduría y el lustre de su dignidad].

¹⁰⁵ Por ejemplo, en D, 3.2.6.5, Ulpiano justifica la infamia del mandatario que falta a la lealtad, que el adversario espera de él: "(...) *fidem, quam adversarius secutus est*". [la lealtad que esperaba el adversario]. De la misma manera Gayo, nos habla de la lealtad del procurador, en D, 3.3.46.4: "*Procurator ut in ceteris quoque negotiis gerendis, ita et in litibus ex bona fide rationem reddere debet. Itaque quod ex lite consecutus erit sive principaliter ipsius rei nomine sive extrinsecus ob eam rem, debet mandati iudicio restituere usque adeo, ut et si per errorem aut iniuriam iudicis non debitum consecutus fuerit, id quoque reddere debeat*". [El procurador debe rendir cuentas con arreglo a la buena fe lo mismo de los litigios que de

El concepto de buena fe se emplea durante la época clásica como un verdadero principio, de acuerdo con lo que se ha señalado al inicio de este estudio. La jurisprudencia lo aplica desde varios puntos de vista, para lograr argumentativamente diversos fines, y siempre con la finalidad de señalar lo más importante de la relación jurídica de que se trate. Así, se concibe a la *bona fides* como el deber de obrar rectamente, ya sea en el ámbito contractual, ya sea en el extracontractual; como un deber de diligencia, o incluso de pericia o arte; como un deber de custodia; como una característica esencial de la administración pública; y finalmente, como un deber general de obrar correctamente, omitiendo cualquier acto fraudulento, doloso o de engaño, de manera que el juez pueda anular o excluir cualquier benefi-

la gestión de los demás asuntos. Así, pues, debe restituir en virtud de la acción de mandato cuanto hubiere conseguido en el litigio, sea a consecuencia directa del mismo sea con ocasión de él, de suerte que incluso aunque hubiera conseguido lo que no se debía por error o injusticia del juez, debe igualmente entregarlo]. Paulo, por su parte, en D, 2. 13. 9. 2, nos habla del valor probatorio de los libros de los cambiarios, y su deber de exhibirlos, precisamente por derivarse de una relación de buena fe: "*Nummularios quoque non esse iniquum cogi rationes edere Pomponius scribit: quia et hi nummularii sicut argentarii rationes conficiunt, quia et accipiunt pecuniam et erogant per partes, quarum probatio scriptura codicibusque eorum maxime continetur: et frequentissime ad fidem eorum decurritur*". [Escribe Pomponio que no es injusto que también los cambistas sean obligados a comunicar las cuentas, porque también estos cambistas, como los banqueros, confeccionan sus cuentas, ya que también ellos en parte reciben dinero y en parte lo entregan, valiendo como prueba de ello sobre todo la escritura de sus libros; y muy a menudo se recurre a la fe de los mismos].

cio de quien actuó con dolo o en contra del deber general de buena fe.

III. LAS DIFERENTES APLICACIONES CONCRETAS DEL PRINCIPIO DE BUENA FE EN EL DERECHO CONTRACTUAL

Conforme a lo que acabamos de observar, es oportuno ahora analizar de manera más puntual algunos textos provenientes de la reflexión de los juristas romanos del siglo I-III d.C., que dejan vislumbrar una serie de perfiles relativos a la concreta operatividad de la *bona fides* (objetiva) en el sistema contractual de su tiempo. Sobre la base de estudios recientes, podemos identificar tres de ellos: I. La *bona fides* como parámetro para valorar determinadas modalidades de la ejecución de los contratos y de la salvaguardia del vínculo sinalagmático. II. La *bona fides* como criterio para reconstruir y actualizar la intención contractual de las partes (*id quod actum est*). III. La *bona fides* como criterio integrador de la compaginación de intereses contractuales determinado por las partes. Naturalmente, los linderos que dividen estos perfiles de operatividad, no deben entenderse en forma rígida, en el sentido de que uno de ellos excluya a los demás, sino de forma elástica, dado que en ciertos contextos, como veremos, pueden coexistir o incluso empalmarse¹⁰⁶.

¹⁰⁶ Para una profundización de los pasajes a los que a continuación se hace referencia, véase Mario Talamanca, *La bona fides nei giuristi romani en Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, vol. IV, Padova, 2003; Emanuele Stolfi, *Bonae fidei in-*

I. La *bona fides* como parámetro para valorar determinadas modalidades de la ejecución de los contratos. Si comenzamos nuestro estudio con el pasaje de los *Posteriorum libri* de Labeón, epitomado por Javoleno (D. 19, 1, 50), vemos la forma en que la regla que deriva del principio, cobra aquí aplicación con motivo del siguiente caso particular:

D. 19, 1, 50 (Lab. 4 a Iav. epit.): *Bona fides non patitur, ut, cum emptor alicuius legis beneficio pecuniam rei venditae debere desisset antequam res ei tradatur, venditor tradere compellatur et re sua careret...*

[No es compatible con la buena fe que cuando el comprador hubiese dejado de deber el precio de la cosa vendida en virtud de un beneficio de alguna ley, antes de serle entregada la cosa, sea compelido el vendedor a entregar y se desprenda de su propia cosa ...].

Celebrada una compraventa, pero antes de que las partes cumplan con sus respectivas obligaciones, interviene una providencia legislativa, que exenta al adquirente de su obligación consistente en el pago del precio (*cum emptor alicuius legis beneficio pecuniam rei venditae debere desisset antequam res ei tradatur*). Ante tales circunstancias supervenientes, la buena fe no admite, según el jurista, que se altere el sinalagma existente entre las prestaciones y que el vendedor tenga que ser por ende

terpretatio. Ricerche sull'interpretazione di buona fede fra esperienza romana e tradizione romanistica, Napoli, 2004; y Riccardo Cardilli, *Bona fides tra storia e sistema*, Torino, 2010.

obligado a entregar la cosa comprada (*bona fides non patitur, ut... venditor tradere compelletur et re sua careret*).

El texto de Gayo *Inst.* 4, 61-63 nos ofrece una aplicación del principio de la buena fe en el ámbito judicial, en relación con el cumplimiento de las obligaciones de las partes:

Gai. *Inst.* 4, 61-63: ...*continetur, ut habita ratione eius, quod invicem actorem ex eadem causa praestare oporteret, in reliquum eum, cum quo actum est, condemnari debeat.* 62. *Sunt autem bonae fidei iudicia haec: ex empto vendito, locato conducto, ...mandati, depositi, fiduciae, pro socio, ...rei uxoriae.* 63. *Liberum est tamen iudici nullam omnino invicem compensationis rationem habere: nec enim aperte formulae verbis praecipitur, sed quia id bonae fidei iudicio conveniens videtur, ideo officio eius contineri creditur.*

[...<en los juicios de buena fe> se comprende que, teniéndose en cuenta aquello que debe prestar el actor, a su vez, con base en la misma causa, debe condenarse al demandado a la diferencia remanente. 62. Son además juicios de buena fe: los que nacen de la compraventa, arrendamiento, mandato, depósito, fiducia, sociedad, constitución de dote. 63. Claro que en cualquier caso, el juez se encuentra en libertad para no tener en cuenta ninguna compensación recíproca: en efecto, ello no se encuentra establecido expresamente en las palabras de la fórmula <de la acción>, pero, toda vez que se considera conveniente en un juicio de buena fe, se cree que ello está implícito en el oficio del juez].

En las relaciones contractuales fundadas en la *fides bona* (compraventa, arrendamiento, mandato, depó-

sito, fiducia, sociedad, constitución de dote), así como en las correspondientes acciones, el juez puede decretar la compensación entre las pretensiones recíprocas de las partes que surjan *ex eadem causa* (<*in bonae fidei iudiciis*> *continetur, ut habita ratione eius, quod invicem actorem ex eadem causa praestare oporteret, in reliquum eum, cum quo actum est, condemnari debeat*). Lo anterior, sin embargo, no es una obligación del juez, sino una facultad implícita en su *officium* (*liberum est tamen iudici nullam omnino invicem compensationis rationem habere ...ideo officio eius contineri creditur*), que, aun sin estar prevista expresamente en las palabras de la fórmula, parece adecuada en una relación procesal (y originalmente contractual) fundada en la buena fe (*nec enim aperte formulae verbis praecipitur, sed quia id bonae fidei iudicio conveniens videtur*).

En el contexto hasta aquí considerado, puede hacerse referencia también al célebre texto de Trifonino, en D. 16, 3, 31, sobre la relación entre la buena fe y la equidad, no tanto por la originalidad de su contenido, sino por la influencia que cierta interpretación del mismo ha ejercido en la tradición jurídica sucesiva, con importantes reflexiones sobre las codificaciones modernas:

D. 16, 3, 31 pr. 1 (Triph. 9 disp.): *Bona fides quae in contractibus exigitur aequitatem summam desiderat: sed eam utrum aestimamus ad merum ius gentium an vero cum praeceptis civilibus et praetoriis? Veluti reus capitalis iudicii deposuit apud te centum: is deportatus est, bona eius publicata sunt: utrumne ipsi haec reddenda an in publicum deferenda sint? Si tantum naturale et gentium ius intuemur, ei qui dedit restituenda sunt: si civile ius et legum ordinem, magis in publicum deferenda sunt: nam male meritis publice, ut exemplo aliis*

ad deterrenda maleficia sit, etiam egestate laborare debet. 1. Incurrit hic et alia inspectio. Bonam fidem inter eos tantum, <inter> quos contractum est, nullo extrinsecus adsumpto aestimare debemus, an respectu etiam aliarum personarum, ad quas id quod geritur pertinet? Exempli loco latro spolia quae mihi abstulit posuit apud Seium inscium de malitia deponentis: utrum latroni an mihi restituere Seius debeat? Si per se dantem et accipientem intuemur, haec est bona fides, ut commissam rem recipiat is qui dedit: si totius rei aequitatem, quae ex omnibus personis quae negotio isto continguntur impletur, mihi reddenda sunt... Et probo hanc esse iustitiam, quae suum cuique...tribuit.

[La buena fe que se exige en los contratos requiere la máxima equidad. Pero, ¿la estimamos según el mero derecho de gentes o con arreglo a los preceptos civiles y pretorios? Por ejemplo: un reo de pena capital te depositó cien mil sestericios: fue deportado y confiscados sus bienes: ¿se le han de devolver al mismo o se han de llevar al tesoro público? Si sólo tenemos en cuenta el derecho natural y el de gentes, se han de restituir al que los dio; si el derecho civil y el orden legal, más bien han de llevarse al tesoro público, porque el castigado públicamente debe padecer necesidad para que con su ejemplo aparte a los demás de los crímenes. 1. También viene al caso esta otra consideración. ¿Debemos estimar la buena fe únicamente entre aquellos que contrataron sin atender a ningún extraño, o también respecto a otras personas a las que afecta la situación? A modo de ejemplo, un ladrón depositó en Seyo, que ignoraba la malicia del depositante, aquello de lo que me despojó. Seyo: ¿deberá restituirlo al ladrón, o a mí? Si atendemos sin más a quien da y recibe, la buena fe consiste en que reciba la cosa depositada el que la

dio: pero si atendemos a la equidad de todo el asunto que se realiza por todas las personas que intervienen en este negocio, se me ha de devolver a mí ... Y apruebo que ésta sea la justicia que da a cada uno lo suyo.]

En la frase inicial se formula una afirmación que en apariencia es de carácter general, en el sentido de que la buena fe incluye en sí misma a la equidad, y debe observarse en todos los contratos (*bona fides quae in contractibus exigitur aequitatem summam desiderat*). Sin embargo, de los ejemplos que enseguida se reportan (el depósito efectuado por un condenado, cuyos bienes han sido confiscados, y el depósito de cosa robada por parte del ladrón), se advierte que esta última referencia se hace sólo respecto de aquellos contratos de los que surge una acción de buena fe (*iudicium bonae fidei*), en tanto que la relación entre buena fe y equidad, que aquí pareciera identificarse en la sustancia, es objeto de mayor precisión al desarrollarse el estudio. En el § 1, en efecto, se distingue claramente entre la primera, que opera como criterio de valoración de la conducta de las partes contratantes, únicamente (*Bonam fidem inter eos tantum, <inter> quos contractum est, nullo extrinsecus adsumpto aestimare debemus*), y la segunda, que se configura como fuente de la cual puede extraerse la norma más adecuada a los intereses de todas las partes involucradas en el negocio (*an respectu etiam aliarum personarum, ad quas id quod geritur pertinet?*).

En cuanto criterio de valoración del comportamiento de los contratantes, también se atribuye a la buena fe, el patrón de conducta que implica la cooperación

entre los contratantes, con el fin de alcanzar los propios objetivos a través de la ejecución del contrato.

Otros tres pasajes, uno de Gayo (*Inst.* 4, 119) y dos de Paulo (D. 44, 4, 1, 1 e D. 44, 4, 8 pr.), se centran en el tema de la ejecución de las obligaciones; pero muestran una diversa óptica al acudir a la buena fe (objetiva), para sancionar, por medio de la excepción de dolo (*exceptio doli*), el comportamiento desleal e impropio de una de las partes. En efecto, tratándose de contratos tutelados por acciones que dan lugar a juicios de estricto derecho (*iudicia stricti iuris*), que se contraponen, como se ha indicado, a aquellos protegidos por juicios de buena fe (*iudicia bonae fidei*), la conducta de las partes que pudiere resultar contraria a los deberes de lealtad y rectitud se valoraba y sancionaba en términos del *dolus malus*. En el primer pasaje se establece:

Gai. *Inst.* 4, 119: ...*Nam si verbi gratia reus dolo malo aliquid actorem facere dicat, qui forte pecuniam petit quam non numeravit, sic exceptio concipitur: SI IN EA RE NIHIL DOLO MALO A. AGERII FACTUM SIT NEQUE FIAT*

[...En efecto, si por ejemplo el demandado dijera que el actor hubiere hecho alguna cosa con dolo, porque acaso hubiere reclamado una cantidad que jamás entregó, la excepción se concibe así: SI EN TAL SITUACIÓN NADA HUBIERE HECHO NI HAYA HECHO A. AGERIO POR DOLO MALO].

Se reproducen las palabras de la excepción prescrita en el edicto pretorio, que sirve para reprimir no solamente el dolo negocial del actor, esto es, el que éste hubiere cometido al momento de la celebración del ne-

gocio (*dolus praeteritus* o *specialis: SI IN EA RE NIHIL DOLO MALO A. AGERII FACTUM SIT*), sino que también aquel dolo configurado al ejercitar un derecho suyo, en presencia de determinadas circunstancias (*dolus praesens* o *generalis: ...NEQUE FIAT*), como era el caso, precisamente, de quien reclamare en la vía judicial la restitución de una suma de dinero jamás pagada (*qui forte pecuniam petit quam non numeravit*).

Los pasajes de Paulo dicen así:

D. 44, 4, 1, 1 (Paul. 71 *ad ed.*): *Ideo autem hanc exceptionem praetor proposuit, ne cui dolus suus per occasionem iuris civilis contra naturalem aequitatem prosit.*

[El pretor propuso esta excepción a fin de que a nadie pueda favorecer el propio dolo malo, por valerse del derecho civil contra la justicia natural].

D. 44, 4, 8 pr. (= D. 50.17.173.3) (Paul. 6 *ad Plaut*): *Dolo facit, qui petit quod redditurus est.*

[Obra con dolo quien reclama lo que ha de restituir].

El primero de ellos indica la *ratio* que existe en la base de la creación de tal excepción (*ideo autem hanc exceptionem <doli mali> praetor proposuit*), identificándola como la exigencia de evitar que alguno, mediante el ejercicio de un derecho que le sea reconocido por el *ius civile* (*ne cui dolus suus per occasionem iuris civilis*), pueda conseguir alguna ventaja *contra naturalem aequitatem*. El segundo, que los compiladores justinianos incluyen dentro de las *diversae regulae iuris antiqui*

(D. 50, 17, 173, 3), califica como doloso el comportamiento de quien haga valer en juicio el derecho a obtener una cosa, que deba restituir inmediatamente después (*dolo facit, qui petit quod redditurus est*). Efectivamente, tales comportamientos implican una violación de los deberes de buena fe y rectitud, que después será particularmente desarrollada por la doctrina y la jurisprudencia alemana a través de la interpretación y aplicación del § 242 del BGB.

II. La *bona fides* como criterio para reconstruir y actualizar la intención contractual de las partes: pasando ahora al segundo grupo de pasajes, en D. 19, 2, 21, atribuido a Javoleno Prisco, que vivió durante la última parte del siglo I d.C., se examina la concreta operatividad de la *fides bona*, con motivo de la reconstrucción y actualización de la voluntad contractual de las partes:

D. 19, 2, 21 (Iavol. 11 epist.): *Cum venderem fundum, convenit, ut donec pecunia omnis persolveretur, certa mercede emptor fundum conductum haberet: an soluta pecunia merces accepta fieri debeat? respondit: bona fides exigit, ut quod convenit fiat: sed non amplius praestat is venditori, quam pro portione eius temporis, quo pecunia numerata non esset.*

[Habiendo convenido al vender un fundo que, hasta el pago total del precio, el comprador tendría en arrendamiento el fundo por cierta renta ¿deberá acaso hacerse cancelación de esta renta una vez que se haya pagado el precio? Respondí: exige la buena fe que se haga lo convenido, pero no debe pagar el vendedor más que en proporción al tiempo que se difirió el pago del precio].

Aquí, al celebrarse una compraventa, se había convenido que el adquirente, a quien se había transmitido el fundo comprado, se consideraría como su arrendatario, correspondiendo al vendedor/arrendador un canon determinado, hasta el pago completo del precio (*Cum venderem fundum, convenit, ut donec pecunia omnis persolveretur, certa mercede emptor fundum conductum haberet*). La cuestión sometida al jurista consiste en determinar si, pagado el precio de venta en el transcurso de un año (los cánones para arrendamientos de fundos agrícolas solían pagarse anualmente), el canon de aquel año tendría que considerarse remitido o no (*an soluta pecunia merces accepta fieri debeat?*), y su respuesta afirmativa se funda en la necesidad derivada de la buena fe, consistente en respetar el acuerdo de las partes (*Respondit: bona fides exigit, ut quod convenit fiat*), por virtud del cual, el adquirente/arrendatario ya no habría tenido que pagar un canon después del pago total del precio (*sed non amplius praestat is venditori, quam pro portione eius temporis, quo pecunia numerata non esset*)¹⁰⁷. El acogimiento a dicho principio, por ende, lejos de representar un criterio para la modificación de la voluntad contractual expresada por las partes, se requiere en cambio para dotar a ésta de una correcta eficacia en el momento en el que el contrato debe ser cumplido.

¹⁰⁷ Para dicha interpretación se remite a Rolf Knütel, *Kauf und Pacht bei Abzahlungsgeschäften im römischen Recht*, in *Studien in römischen Recht. Max Kaser zum 65. Geburtstag*, Berlín, 1973, pp. 37 ss.; de manera sustancialmente análoga también Stolfi, *Bonae fidei interpretatio: ricerche sull'interpretazione di buona fede fra esperienza romana e tradizione romanistica*, pp. 99 ss.

Aun más claro en la delineación de la función de la *fides bona*, aquí considerada, es el texto de D. 19, 1, 11, 1 de Ulpiano, en el cual se aborda el tema relativo a las características que son conexas a la naturaleza de una acción de buena fe, de las que participa la *actio empti* (acción de compraventa):

D. 19, 1, 11, 1 (Ulp. 32 *ad ed.*): *Et in primis sciendum est in hoc iudicio id demum deduci, quod praestari convenit: cum enim sit bonae fidei iudicium nihil magis bonae fidei congruit quam id praestari, quod inter contrahentes actum est. quod si nihil convenit, tunc ea praestabuntur, quae naturaliter insunt huius iudicii potestate.*

[Y ha de saberse, en primer lugar, que en esta acción (*scil.* de la compraventa) se comprende tan sólo aquello que se convino que fuese entregado; siendo, pues, un juicio de buena fe, nada más es congruente con la buena fe que entregar aquello que se convino entre los contratantes. Pero si nada se acordó, entonces habrá de entregarse aquello que naturalmente está en el alcance de esta acción].

El jurista advierte, efectivamente, que, con motivo de la valoración judicial de las obligaciones derivadas de una compraventa, se debe considerar primordialmente aquello que las partes han convenido que se prestase (*Et in primis sciendum est in hoc iudicio id demum deduci, quod praestari convenit*), siendo totalmente congruente con la buena fe que se cumpla con cuanto se estableció en su acuerdo (*cum enim sit bonae fidei iudicium nihil magis bonae fidei congruit quam id praestari, quod inter contrahentes actum est*). Sin embargo, si

no hubieren convenido nada sobre ciertos aspectos, se tendría que haber prestado entonces todo cuanto se desprendiere de la naturaleza misma del contrato (*quod si nihil convenit, tunc ea praestabuntur, quae naturaliter insunt huius iudicii potestate*).

III. La *bona fides* como criterio integrador de la compaginación de intereses contractuales determinado por las partes: para terminar con el último grupo, el texto de Gai. *Inst.* 3, 137 se ocupa de los efectos de la buena fe en la ejecución de los contratos consensuales, pero atribuyéndole también la función integradora de aquello que fue voluntad de las partes:

Gai. *Inst.* 3, 137: *Item in his contractibus alter alteri obligatur de eo, quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet; cum alioquin in verborum obligationibus alius stipuletur, alius promittat, et in nominibus alius expensum ferendo obliget, alius obligetur.*

[Del mismo modo, en estos contratos (*scil.* los consensuales) una parte se obliga hacia la otra a aquello que cada una de ellas debe prestar frente a la otra sobre la base de lo bueno y lo equitativo, mientras que en las obligaciones <derivadas de contratos> verbales una parte se hace prometer y la otra promete, y en los créditos <derivados de los contratos literales> una parte, anotando por escrito <una suma> como debida, obliga a la otra y la otra resulta obligada].

Subraya el jurista cómo las prestaciones correlativas que nacen de ellos vinculan a las partes, una frente a

la otra, y su ejecución debe adecuarse a lo *bonum et aequum* (*in his contractibus alter alteri obligatur de eo, quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet*), de lo cual no debe hacerse derivar un criterio de origen externo que trastorne la voluntad de las mismas, sino más bien un instrumento para realizarla de la manera más correcta y conforme con los recíprocos intereses. Desde este punto de vista, Gayo contrapone los contratos en los que, en cuanto son sinalagmáticos, las posiciones de deudor y acreedor se ciernen a cargo y a favor de ambas partes; frente a aquellos, como la *stipulatio* o la *expensi latio*, que producen obligaciones a cargo de una sola de ellas (*cum alioquin in verborum obligationibus alius stipuletur, alius promittat, et in nominibus alius expensum ferendo obliget, alius obligetur*).

Resulta más explícito en esta dirección el texto de Escévola, reproducido en D. 19, 1, 48, en el que se examina el siguiente caso concreto:

D. 19, 1, 48 (Scaev. 2 resp.): *Titius heres Sempronii fundum Septicio vendidit ita: 'fundus Sempronianus, quidquid Sempronii iuris fuit, erit tibi emptus tot nummis' vacuumque possessionem tradidit neque fines eius demonstravit: quaeritur, an empti iudicio cogendus sit ostendere ex instrumentis hereditariis, quid iuris defunctus habuerit et fines ostendere. respondi id ex ea scriptura praestandum, quod sensisse intelleguntur: quod si non appareat, debere venditorem et instrumenta fundi et fines ostendere: hoc etenim contractui bonae fidei consonat.*

[Ticio, heredero de Sempronio, vendió un fundo a Septicio en estos términos: 'el fundo Semproniano, y todo aquello a que tenía derecho Sempronio, te queda com-

prado por tantas monedas'. Y entregó la libre posesión, pero no le mostró los límites de aquél. Se pregunta: ¿acaso por la acción de compra ha de ser obligado a mostrar, de conformidad con los documentos hereditarios, qué derecho había tenido el difunto, y a mostrar los límites? Respondió que habrá de prestarse según la escritura lo que se entendió que habían convenido; pero si no es claro, debe el vendedor mostrar los límites y accesorios del fundo; porque esto está en consonancia con el contrato de buena fe].

Ticio, heredero de Sempronio, vende a Septicio un fundo hereditario en la misma condición jurídica que guardaba en manos del *de cuius*, y le transmite su posesión, pero sin indicarle los límites (*Titius heres Sempronii fundum Septicio vendidit ita: 'fundus Sempronianus, quidquid Sempronii iuris fuit, erit tibi emptus tot nummis' vacuumque possessionem tradidit neque fines eius demonstravit*). Ante el planteamiento de la cuestión relativa a si el adquirente puede pretender judicialmente la exhibición de los documentos hereditarios para conocer la condición jurídica del fundo, así como sus límites (*quaeritur, an empti iudicio cogendus sit ostendere ex instrumentis hereditariis, quid iuris defunctus habuerit et fines ostendere*), el jurista responde que es necesario considerar, primeramente, la intención de las partes (*Respondi id ex ea scriptura praestandum, quod sensisse intelleguntur*), pero, que cuando de ésta nada resulte, deberá el vendedor exhibirlos e indicar los límites, porque ello es consonante con un contrato de buena fe (*quod si non appareat, debere venditorem et instrumenta fundi et fines ostendere: hoc etenim contractui bonae fidei consonat*).

Los perfiles antes delineados permanecen, gracias a la inserción de textos clásicos en el Digesto, así como en el derecho justiniano. También los dos siguientes textos, extraídos de las Instituciones de Gayo, encuentran una correspondencia en aquellas de Justiniano (I. 3, 22, 3 e I. 4, 6, 28 e 30), y su contenido recalca su forma y sustancia:

I. 3, 22, 3: *Item in his contractibus alter alteri obligatur in id, quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet, cum alioquin in verborum obligationibus alius stipuletur, alius promittat.*

[Del mismo modo en estos contratos (*scil.* los de buena fe), una parte se obliga hacia la otra por aquello que recíprocamente deban prestarse sobre la base de lo bueno y lo equitativo, mientras que en las obligaciones que nacen de los contratos verbales, una parte se hace prometer y la otra promete];

I. 4, 6, 28 e 30: *Actionum autem quaedam bonae fidei sunt, quaedam stricti iuris. Bonae fidei sunt hae: ex empto vendito, locato conducto, ...mandati, depositi, pro socio, ...commodati, pigneraticia... 30. In bonae fidei autem iudiciis libera potestas permitti videtur iudici ex bono et aequo aestimandi, quantum actori restitui debeat. In quo et illud continetur, ut, si quid invicem actorem praestare oporteat, eo compensato in reliquum is, cum quo actum est, condemnari debeat...*

[Luego, algunas acciones son de buena fe, otras de estricto derecho. De buena fe son aquellas que nacen de los contratos de ... compraventa, arrendamiento, mandato, depósito, sociedad, comodato, prenda... 30. En los juicios

de buena fe, por lo demás, se considera permitido al juez un poder libre para valorar, sobre la base de lo bueno y de lo equitativo, cuánto debe ser entregado al actor. Lo anterior implica también que, si el actor a su vez debe prestar alguna cosa, una vez hecha la compensación, el demandado deba ser condenado al remanente ...].

En el segundo texto se advierte, además, una ampliación del elenco de relaciones contractuales (y de las correspondientes acciones) fundadas en la buena fe, con la adición del comodato y de la prenda, así como una formulación más libre de los poderes del juez en la valoración de cuanto *ex bono et aequo* se deba prestar al actor, y a la vez más vinculada, en cuanto al pronunciamiento de la compensación (*in bonae fidei autem iudiciis libera potestas permitti videtur iudici ex bono et aequo aestimandi, quantum actori restitui debeat. In quo et illud continetur, ut, si quid invicem actorem praestare oporteat, eo compensato in reliquum is, cum quo actum est, condemnari debeat*).