

## ARMONIZACIÓN Y UNIFICACIÓN DEL DERECHO: DERECHO COMÚN EN MATERIA DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS EN AMÉRICA LATINA\*

Sandro SCHIPANI\*\*

SUMARIO: I. *Premisa*. II. *Los multa iura communia a romanos y extranjeros: el surgimiento del ius civile y el desarrollo del ius gentium*. III. *El derecho romano común y su desarrollo* IV. *La hegemonía del nacionalismo jurídico y del estatal-legalismo en Europa en la segunda mitad del siglo XIX y antes de la mitad del siglo XX*. V. *El derecho común y América Latina; permanencia de la presencia de aquél como derecho común y su arraigo en la identidad de ésta; la individualización del sistema jurídico latinoamericano*. VI. *Implicaciones del reconocimiento del sistema jurídico latinoamericano: la reconstrucción de los principios generales del derecho del sistema*. VII. *Implicaciones del reconocimiento del sistema jurídico latinoamericano en el ámbito de los procesos de integración regional: la necesidad de recurrir a los principios generales del sistema*. VIII. *Sistema del derecho común latinoamericano y derecho de las obligaciones*. IX. *Principios generales en materia de obligaciones evidenciados por la ciencia jurídica del derecho común latinoamericano*. X. *Códigos tipo/modelo*. XI. *Unificación del derecho a nivel regional y utilidad general*.

### I. PREMISA\*\*\*

Mi trayecto personal en la investigación, en un primer momento, me ha conducido al estudio de los grandes romanistas y codificadores latinoamericanos del siglo XIX y de sus obras: Andrés Bello, Dalmacio Vélez Sarsfield, Augusto Teixeira de Freitas; los códigos civiles del primero

\* Traducción al castellano a cargo del doctor Mario Cruz Martínez.

\*\* Profesor ordinario de derecho romano en la Universidad de Roma “Tor Vergatta”, director del Centro di Studi Giuridici Latinoamericani del ISGI (CNR).

\*\*\* La realización de este Congreso se inscribe para mí, y para algunos colegas latinoamericanos, en el ámbito de una colaboración académica que ha recibido reciente-

y del segundo, el Esboço del tercero han sido verdaderos modelos, si bien no los únicos libros importantes de derecho latinoamericano, de la recepción del derecho romano y de la independencia de América Latina. Dichas obras han sido recibidas en conjunto o articuladamente, o son inspiradores de otros códigos del continente.<sup>1</sup> Estos textos se han reflejado en los códigos más recientes. Desde el Código de Perú, que este año cumple 20 años, pasando por el de Paraguay, hasta el de Cuba.<sup>2</sup> Por último, hemos estudiado el nuevo Código de Brasil, en los días de su entrada en vigor al inicio de 2003, y su contribución al fortalecimiento del sistema<sup>3</sup>.

Durante este itinerario, también he encontrado y apreciado otra contribución específica y original de colegas juristas latinoamericanos: los “códigos tipo/códigos modelo”. En primer lugar me refiero a la experien-

mente un estímulo significativo para fortalecer la investigación jurídica. En efecto, ha sido aprobado por parte de la UE por tercera ocasión y con referencia al programa ALFA, un proyecto de máster que ve reunidas en una red (denominada en esta ocasión OMNEM) algunas de nuestras universidades entre las que destaca la que auspicia este Congreso y que tiene por tema: “Sistema jurídico romanístico, unificación del derecho y derecho de la integración: experiencia europea y latinoamericana comparadas (con particular atención a la unificación del derecho de los contratos)”. De esta manera, 24 jóvenes investigadores latinoamericanos en proceso de formación académica podrán trabajar juntos en la Universidad de Roma por cuatro semestres. Por este motivo, he venido a este Congreso con gran interés para escuchar todo aquello que se ha expuesto en las diferentes mesas de trabajo de días anteriores hasta el día de hoy; así como para agradecer desde este momento la valiosa colaboración tanto actual como futura, de aquellas personas que estén dispuestas a formar parte en la realización del curso, en las lecciones, conferencias o seminarios de la formación académica citada. Asimismo, me permitiré, dado el título global de este Congreso “Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados”, destacar sintéticamente el marco general dentro del cual se coloca nuestra perspectiva.

<sup>1</sup> Cfr. Schipani, S. (coord.), *Diritto romano, codificazioni e unità del sistema giuridico latinoamericano*, St. Sassaresi, 5, 1977-78 (1981); *id.*, “Diritto romano, rivoluzioni, codificazioni”, *Index*, 14, 1986, 1-281; varios autores, *Andrés Bello y el Derecho Latinoamericano*, Caracas, 1987; Schipani, S. (coord.), *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*, Padova, Roma e America. Collana di Studi Giuridici Latinoamericani, 1, 1988; Schipani, S. (coord.), *Dalmacio Vélez Sarsfield e il diritto latinoamericano*, Padova, Roma e America. Collana di Studi Giuridici Latinoamericani, 5, 1991.

<sup>2</sup> Fernández, C. y Schipani, S. (coords.), *El Código Civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano, trabajos presentados en el Congreso Internacional celebrado en Lima del 9 al 11 de agosto de 1985*, Lima, 1986. Progetto Italia-America Latina, Rocerche giuridiche e politiche, Materiali X”, *Il Codice Civile di Cuba e il diritto latinoamericano*, Roma, 1990.

<sup>3</sup> Cfr. *Roma e America. Diritto romano comune*, 16, 2003 (volumen dedicado a la publicación degli atti del Colloquio sul nuovo CcBras./2003).

cia del derecho penal, que si no me equivoco, inicialmente elaboró en virtud de ésta un código en los años setenta del siglo pasado, gracias a la capacidad de convocatoria de los colegas chilenos. Después, han sido ciertamente los colegas procesalistas quienes han brindado un gran empuje al mayor desarrollo de esta experiencia, a través de la elaboración en los ochenta y noventa del siglo pasado, de textos de “códigos modelo”, tanto de procedimiento civil como de procedimiento penal: les agradezco por haber colocado a lado de las discusiones internas de su Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, encuentros de estudio comunes con el Centro di Studi Giuridici Latinoamericani que dirige el de la voz.<sup>4</sup> Por otra parte, en el ámbito del derecho privado se han desarrollado con referencia a la experiencia de elaboración de códigos tipo/códigos modelo, los Coloquios de Bogotá, orientados por primera vez sobre el derecho de las personas; después de manera más constante sobre el de los contratos<sup>5</sup>.

Punto de partida, histórico y teórico, es el derecho romano común que funda nuestro sistema.<sup>6</sup>

## II. LOS *MULTA IURA COMUNIA* A LOS ROMANOS Y EXTRANJEROS: EL SURGIMIENTO DEL *IUS CIVILE* Y EL DESARROLLO DEL *IUS GENTIUM*

Para el jurista del sistema romano, y en general para todo jurista, bien pudiéndose acoger aquello que me dijo un colega chino que “el derecho

<sup>4</sup> Schipani, S. y Vaccarella, R. (coords.), *Un 'Codice tipo' di procedura civile per l'America Latina*. Padova, Roma e America. Collana di Studi Giuridici Latinoamericani, 4, 1990; Massa, M. y Schipani, S. (coords.), *Un 'Codice tipo' di procedura penale per l'America Latina*. Padova, Roma e America. Collana di Studi Giuridici Latinoamericani, 7, 1994. No quiero dejar de mencionar el debate sobre la codificación del derecho laboral como instrumento de resistencia, respecto al menoscabo de la tutela de la parte débil en la relación de trabajo: Perone, G. y Schipani, S. (coords.), *Principi per un 'Codice tipo' di diritto del lavoro per l'America Latina*, Padova, Roma e America. Collana di Studi Giuridici Latinoamericani, 6, 1993 (trad. en portugués, Sao Paulo, 1996).

<sup>5</sup> Varios autores, *La persona en el sistema jurídico latinoamericano. Contribuciones para la redacción de un código civil tipo en materia de personas*, Bogotá, 1995; varios autores, *El contrato en el sistema jurídico latinoamericano. Bases para un código latinoamericano tipo I*, Bogotá, 1998; varios autores, *El contrato en el sistema jurídico Latinoamericano II*, Bogotá, 2001.

<sup>6</sup> Schipani, S., “Los códigos latinoamericanos de la ‘transfusión’ del derecho romano y de la independencia. Hacia códigos de la ‘mezcla’ y códigos tipo”, *Fuentes ideológicas y normativas de la codificación latinoamericana*, a cura di A. Levaggi, Buenos Aires, 1992, 15 y ss. (in italiano in S. Schipani [curatore], *Dalmacio Vélez Sarsfield e il diritto latinoamericano...*, cit., nota 1, pp. 645 y ss.).

romano es patrimonio común de la humanidad”, la referencia dominante que constituye, precisamente, la piedra de toque para todas las experiencias sucesivas en materia de derecho uniforme, entre personas pertenecientes a pueblos con derechos diversos, es seguramente la del *ius genitum*.

El proceso histórico de la formación de tal derecho y de su conceptualización como “derecho de gentes”, se inserta en una concepción del derecho donde se ubicaba la suma divinidad, *Iuppiter*, como existencia inter-étnica, en el cenit de un sistema jurídico-religioso del cual eran “virtualmente” parte, “en potencia”, todos los otros pueblos, conocidos y no-conocidos, con los cuales los romanos eran, o serían, o no serían nunca puestos en contacto; pueblos cuyas relaciones eran por consiguiente concebidas como *a priori* reguladas por tal derecho; hombres y pueblos con los cuales habían, como explica Cicerón, *multa iura communa* “muchos complejos de conceptos jurídicos y normas en común” (Cic., *de Off.* 3,29,108), como el *ius fetiale*/derecho entre los pueblos, la posición del huésped, la *fides*/confianza, etcétera.

Dentro de tal concepción general, *Iuppiter*/Júpiter se ubica como cenit y como origen del ordenamiento ciudadano que viene creado: la elección divina con relación a Rómulo preexiste al ordenamiento ciudadano y lo genera poniendo a Rómulo como *Rex*, trazando el surco e individuando así una porción de tierra, y la *urbs*/la ciudad, y el primer núcleo de los ciudadanos, los *Quirites*. Intensificándose las relaciones entre los grupos que se van agrupando en la ciudad, se pone en movimiento un proceso de especialización de un derecho atingente a éstos, distinto dentro del sistema general común; un derecho, el *ius quiritum*, que viene después calificándose como derecho de tal ciudadanía/*ius civile*, y que se desarrolla a través de la obra de los juristas (primero pontífices, después laicos), las leyes y las *legis acciones*/acciones de ley (esto incluiría *patria potestas*, *meum esse*, *consortium ercto non cito*, *connubium*, *usucapio*, *commercium*, *sponsio*, *nomen transcripticium*, *ius suffragii*, acceso a cargos público, participación en las colonias, *legis acciones*).<sup>7</sup>

Esta individuación del *ius civile* atingente a los ciudadanos de Roma, se adapta a la elaboración de una más intensa comunidad de relaciones con algunos pueblos y a la inclusión vinculante de éstos, por la *foede-*

<sup>7</sup> Catalano, P., *Linee del sistema sovranazionale romano I*, Torino, 1965, pp. 65 y ss.; Schipani, S., *La codificazione del diritto romano comune*, reedición ampliada, Torino, 1999, pp. 3 y ss.

ra/tratados,<sup>8</sup> en la participación de sectores del derecho civil mismo. Como acontecía con la facultad de tomar esposa en modo legítimo/*connubium*<sup>9</sup> y de cumplir actos de transferencia de bienes, incluidos los actos solemnes de *mancipatio* (con la balanza, para pesar los pedazos de metal usados para el pago, en los primeros tiempos aún no acuñados, y por consiguiente sin un peso y valor constante y garantizado), para los bienes más preciosos/*ius mancipii nexique*,<sup>10</sup> después *commercium*,<sup>11</sup> como sucede con los latinos y, sobre todo, no menoscababa la concepción general arriba citada. Es precisamente dentro de esta concepción general de los *multa iura comuna* que se coloca, con el posterior desarrollo de la actividad comercial y la proliferación de las relaciones entre romanos y extranjeros, la elaboración de nuevas instituciones que también vienen en un primer momento reguladas en el ámbito de tratados establecidos para la solución de controversias y como forma de conclusión de los actos (sobre la base de la *publica fides*/confianza a la fe pública); posteriormente en Roma invocando, en nombre de la *fides*/confianza, la intervención del magistrado que establecía la solución de las controversias (es en este contexto que se coloca la notable creación del *praetor peregrinus*).<sup>12</sup> Principio rector, creación de los juristas, en la configuración de estos nuevos institutos es la *bona fides*/buena fe; esto es, buena fe en las relaciones comerciales. De esta manera, se desarrolla para aquel sector de las relaciones comerciales que de forma más intensa había surgido entre romanos y extranjeros, un derecho parcialmente paralelo al derecho civil, en el sentido que los mismos ciudadanos romanos podían recurrir a los instrumentos de uno o del otro para ciertas actividades negociales. Asimismo, los mismos extranjeros podrían recurrir a su propio derecho o, en su defecto, a un derecho paralelo al civil donde hubiese un magistrado romano que lo aplicase.

Dicho derecho viene conceptualizado, a partir del siglo I a. C., como *ius gentium*, distinto del *ius civile*, pero como se ha señalado, ya por siglos utilizado también por los mismos ciudadanos, y por tanto también

<sup>8</sup> Sobre la cuestión, muy discutible, *cfr.* Catalano, P., *op. cit.*, nota anterior, pp. 97-124 y ss.

<sup>9</sup> *Tituli ex corpore Ulpiani* 5, 3.

<sup>10</sup> Festo, s.v. *Sanates* 322.

<sup>11</sup> *Tit. Ulp.* 19,5 en el cual el término *commercium* viene explicado en el significado que ha adquirido en la edad clásica.

<sup>12</sup> D. 1,2,2,28.

para ellos común. Situación que consentía enuclear como fundamento, también conceptos madurados en la cultura griega, la *lex naturae*=ley de la naturaleza (Cic., *de Off.* 3,17,69). Dos siglos después, encontramos el testimonio de la elaboración de Gayo en las Instituciones (Gai. 1,1), que lo define como “aquello que la razón natural ha establecido entre todos los hombres, que viene respetado en todos los pueblos y viene llamado derecho de gentes”; y posteriormente de esto se señala que es “un derecho común de todos los hombres”; esta concepción permanece en los Códigos de Justiniano.<sup>13</sup>

Como he expuesto sumariamente, este *ius gentium* cuyo concepto se proyecta en los siglos sucesivos, se desarrolló dentro de una originaria concepción, según la cual el derecho no está encerrado dentro de la singular *civitas*, sino regula también las relaciones entre todos los hombres y los pueblos. En tal concepción se constituye un desarrollo sectorial, vinculado prevalentemente a la actividad comercial, uniforme, creado para regular las relaciones entre personas pertenecientes a pueblos diversos, pero después vigente en línea general también entre ciudadanos de la misma comunidad política.

### III. EL DERECHO ROMANO COMÚN Y SU DESARROLLO

Otra expresión de referencia central es aquella del *ius Romanum commune*. El proceso histórico del decurso conceptual del plural *iura populi Romani*/complejo de conceptos jurídicos y normas del pueblo romano al singular “derecho romano común” constituye un suceso histórico que se consolida solo al final de la edad de la formación del sistema jurídico romano.<sup>14</sup> Precisamente, aquella pasa a través del reconocimiento general del estado del ciudadano a todos los habitantes del Imperio (denominado Edicto de Caracalla del 212 d.C.), y de la posterior supresión del concepto de *peregrinus*/extranjero, por lo cual de un lado todos los hombres son ya “virtualmente” destinatarios del derecho romano. Este universalismo que procede concretamente de la historia no elimina la pluralidad y la distinción entre *ius civile* y *ius gentium*; sin embargo, a partir de la edad

<sup>13</sup> D.1,1,9. Cfr. también, 1,1,1,4-1,1,5; J. 1,2 pr.-2.

<sup>14</sup> Cfr. Catalano, P., “Ius Romanum. Note sulla formazione del concetto”, *La nozione di romano tra cittadinanza e universalità*, Nápoles, 1984, pp. 533 y ss.; Schipani, S., *La codificazione...*, cit., nota 7, pp. 83 y ss.

tardo-antigua, se sobrepone la explícita elaboración unitaria del *ius Romanum et commune* después *ius Romanum commune*, en donde tales conceptos son armónicamente reorientados a “partes” de una construcción sin contradicciones internas. Esta construcción llega a una madurez con los Códigos de Justiniano, a la producción de los cuales converge tanto la ciencia jurídica, con la autoridad que dimana de la competencia y con su método de elaboración científica del derecho como el legislador, con la potestad del pueblo que funda a su vez la relevancia de su voluntad. Además, esta construcción constituye un paso ulterior de la actividad sistemática unitaria de la ciencia jurídica, que abre el camino a la moderna explicitación de la noción de “principios generales del derecho”, y a la reconstrucción de los mismos, y ofrece una sistematización teórica a la posible variedad de derechos civiles de cada comunidad política.<sup>15</sup>

En esta construcción se inserta la elaboración del derecho común medieval que utiliza y desarrolla, aún más allá de su medida, la noción de *ius civile quasi ius proprium*/derecho civil casi derecho propio y la dicotomía *ius proprium/ius commune*: de ello dimana el particularismo jurídico medieval, en el cual el derecho romano común constituye todavía una referencia primaria para el derecho privado, que vale tanto *ratione Imperii*/como derecho del Imperio, como *imperio rationis* con fuerza de su racionalidad intrínseca,<sup>16</sup> y el *ius gentium* se enriquece de la contribución que emana del ulterior desarrollo del comercio.

La edad moderna de las grandes revoluciones ve la llegada de los códigos modernos que en Europa suprimen los residuos del particularismo medieval, y que en América Latina marcan la independencia y la renovación del vínculo con el sistema del derecho romano. Sin embargo, es un error historiográfico afirmar que los códigos constituyan una escisión respecto al derecho común y por consiguiente sean el fruto de la voluntad de los estados para monopolizar para sí la producción del derecho, del cual deben procurar la aplicación.

<sup>15</sup> Schipani, S., “Principia iuris. Potissima pars principium est. Principios generales del derecho (Apuntes para una investigación)”, *Roma e America. Diritto Romano Comune. Revista di Diritto dell’Integrazione e Unificazione del diritto in Europa e in America Latina*, 3, 1997, pp. 3 y ss; id., *La codificazione...*, cit., nota 7, pp. 83 y ss.

<sup>16</sup> Calasso, F., *Introduzione al diritto comune*, Milán, 1970; Guzmán Brito, *Prólogo. Sobre la historia de las nociones de derecho común y derecho propio*, Lira, B., *Derecho común y derecho propio en el nuevo mundo*, Santiago, 1989, pp. 1 y ss.

Estos códigos sustituyen sólo en parte al “libro” al cual recurre cotidianamente el jurista, pero no agotan la vigencia del derecho romano común, del cual los códigos mismos son inspirados, y los cuales quedan inmersos en los siguientes aspectos: tanto para la integración de sus lagunas y para la inspiración de la interpretación a través de la referencia a los “principios generales del derecho” comunes, como a través de la pre-comprensión de la realidad *sub specie iuris*/en categorías jurídicas que por parte de la doctrina viene elaborada sobre la base de la totalidad espacio-temporal del sistema.<sup>17</sup>

En la segunda mitad del siglo XIX surge una significativa diferencia entre el desarrollo del sistema romano en Europa y en América Latina.

#### IV. LA HEGEMONÍA DEL NACIONALISMO JURÍDICO Y DEL ESTATAL-LEGALISMO EN EUROPA EN LA SEGUNDA MITAD DEL SIGLO XIX Y ANTES DE LA MITAD DEL SIGLO XX

En los últimos decenios del siglo XIX, en Europa se acentúa hegemónicamente una cultura nacionalista que penetra también en la cultura jurídica (nacionalismo jurídico) y trae a dicha hegemonía, la doctrina del monopolio de la producción del derecho por parte del Estado nacional. La expresión técnicamente más completa de tal sistematización es el artículo 12 de las disposiciones prel. del Cc.it/1942. Mientras los precedentes CcAlbertino/1838 y el CcRegno d'Italia/1865 hacían referencia a los principios del derecho en el sentido arriba aclarado, el Cc. del 1942 hace referencia a los “principios generales del ordenamiento jurídico del Estado”; el ordenamiento producido por el Estado se cierra en sí mismo, como anteriormente sólo lo hacía el ALR prusiano de 1794.

Es verdad que la doctrina jurídica que sostiene tal monopolio es recurrente, y encuentra sus primeras raíces en el renacimiento.<sup>18</sup> Empero, esta

<sup>17</sup> Para profundizar sobre el particular, *cfr.* Schipani, S., *La codificazione...*, *cit.*, nota 7.

<sup>18</sup> Por ejemplo, en Italia, Giambattista de Luca (1614-1683), *Il doctor volgare*, IV, uno de los máximos juristas del siglo XVII italiano, venía elaborando tal doctrina, constatando la consiguiente particularización del derecho común: “Las mismas leyes de los romanos, las cuales consideramos comunes, en efecto, se deben decir leyes particulares de cualquier principado independiente, considerando que su necesaria observancia no nace de una sola potestad del legislador, el cual sea para todos común, conforme era en el tiempo del antiguo imperio romano, pero nace de la potestad diversa de todo príncipe el cual [advirtiase] la ha querido recibir y se alegra que se observen en su principado, con

doctrina del monopolio del Estado permanecía como una de las perspectivas presentes en la ciencia jurídica europea, y de las controversias que la recorren, y no se vuelve hegemónica en Europa hasta cuando esta se conjuga, en los últimos decenios del siglo XIX —antes de la mitad del siglo XX— con los objetivos de aquellas fuerzas sociales y políticas de las cuales han surgido las deformaciones de las culturas nacionales que han dado vida a los ‘nacionalismos’, y que posteriormente se han degenerado.

Con la hegemonía de la doctrina estatal-positivista, el Estado moderno, soberano absoluto y nacional, pretende ejercitar por sí mismo, o a través de realidades por él creadas, la producción del derecho tanto interno como internacional (que más correctamente debería ser calificado: inter-estatal). Así, por un lado aísla y disuelve el propio ordenamiento de todo límite jurídico derivado de los principios del sistema del derecho romano común y del derecho natural implícito en dicho sistema; por otra parte, nacionaliza los códigos que habían sido producidos en la lógica del sistema del derecho romano común, y se engrandece, haciendo —es verdad— propios los contenidos romanos de los mismos que usa como elementos del ordenamiento estatal, pero insertándolos en un marco extraño al derecho romano común, sobre todo porque lo disgrega y tiende a eliminar la vasta dinámica que implica. Los códigos que habían sido elaborados como factor de desarrollo del derecho común en la supresión del particularismo derivado del medioevo, se hacen instrumentos esenciales de la cerrazón de los estados nacionales y de sus ordenamientos que caracteriza la Europa del final del siglo XIX primera mitad del siglo XX. Con una reflexión crítica en relación a tal transformación, Filippo Vassalli, romanista y civilista, que en Italia participa significativamente en la conclusión de los trabajos del Cc. de 1942, observó ya a la mitad del siglo pasado:<sup>19</sup> “La codificación no fue, en su origen, obra diferente de

las moderaciones que le agradan”. Requiere ser evidenciado que la sistematización aquí señalada no coincide con aquella en virtud de la cual algunos reyes y príncipes, que no querían reconocer al Emperador, aceptaban la vigencia en sus territorios del derecho romano *imperio rationis*; es decir, por la fuerza imperativa de la racionalidad para esto intrínseca; en efecto, esta fuerza es expresión de una razón que es común a todos los hombres como el derecho que dimana de éste y por ello vigente, independientemente del hecho que sea querido por el Emperador, cuyo poder también podía de esta manera no venir reconocido, mientras la doctrina que he señalado afirma más bien, el poder del soberano de dar o restar vigencia al derecho romano mismo que después fuera efectivo en su territorio.

<sup>19</sup> Se trata del texto de dos conferencias que él impartió en Córdoba y Buenos Aires en 1951, con el título, respectivamente: “Estrastualità del diritto civile”, “Esame di cos-

aquella llevada a cabo durante siglos por los mismos jurisconsultos: por el contenido los trabajos de Cocceio o de Pothier o de Domat no difieren del *Code civil* o del Código Civil general austriaco o del *Landrecht* prusiano ... Engrandeciéndose el Estado, con las codificaciones oficiales, de la disciplina de las relaciones de derecho civil, la legislación estatal ha podido libremente actuar sobre las mismas... Pero es cierto que, a través de las fórmulas de los códigos, que se refieren a los “principios generales del derecho”... se afirma la validez de principios de derecho que atraviesan los límites de una determinada legislación positiva...”. Agregaba: “que en la conciencia de los pueblos civiles la estatalidad del derecho sea por ser antes o después superada, dejan entrever diversas señales, que el jurista debe apreciar en cuanto sean anticipaciones de la orientación de la conciencia jurídica. ...”.

Antes de él, su maestro, el grande romanista italiano de finales del siglo XIX, Vittorio Scialoja, que fue uno de los más significativos exponentes de esta “nacionalización” del derecho romano, que el defendió hasta el fin, de manera muy significativa, de unificar el ordenamiento jurídico del estado italiano apenas constituido; con su grandeza de jurista romanista fue sabedor de cuanto se había perdido a causa de una sistematización que rechazaba la permanente presencia del derecho romano común, y promovió el *Progetto italo-francese di codice delle obbligación e dei contratti*, aprobado en París, en 1927, y después inacabado por razones políticas, y ulteriormente promovió y fundó el Instituto para la Unificación del Derecho Privado-Unidroit, que todos conocemos.<sup>20</sup> Empero, este Instituto operó en el marco de las concepciones estatal-positivistas dominantes, poniéndose como objetivo final la producción de convenciones internacionales de derecho uniforme; pero podemos del mismo modo destacar, que en Unidroit está inoculada el empuje poderoso del derecho común que se vuelve a colocar sobre el horizonte de la actualidad, que ya tuve oportunidad de comentar precisamente en este

cienza di un giurista europeo” y publicadas en Vasalli, F., *Studi giuridici*, Milán, 1960 III/2 (las citas están, respectivamente, en pp. 757 y 761).

<sup>20</sup> Sobre las vicisitudes de las relaciones entre elaboración estatal del derecho civil y derecho romano en las escuelas de derecho romano de la Universidad de Roma, *cfr.* Schipani, S., “Le scuole di diritto romano nella cultura contemporanea a Roma”, *Il classico nella Roma contemporanea. Mito, modelli, memoria*, Roma, Instituto Nazionale di Studi Romani, 2, 2002, pp. 359 y ss. (igual en *Studi in onore di Mario Talamasca*, 7, Nápoles 2001, pp. 327 y ss.

sentido sobre la elaboración de los Principios de los Contratos Comerciales Internacionales.<sup>21</sup> Sin embargo, este texto en realidad me suscita diversas reservas porque se presenta en modo ambiguo. Sin embargo, creo objetivamente, que se puede calificar como expresión de un derecho no estatal y común. Esto es, el hecho que venga afirmado que algunos principios contenidos en dicho texto sean de todos modos vinculantes, implica que estos valgan *ex proprio vigore* y no en el cuadro de la aplicación del estatal derecho internacional privado. La referencia al concepto de “principios” después coloca el texto en la perspectiva del trabajo jurídico científico propio del sistema del derecho romano común actual.<sup>22</sup>

Finalmente, se puede notar que en Europa tal nacionalismo jurídico está en vía de desgaste (no que vengán suprimidas las naciones, evidentemente, pero la deformación de la referencia a estas) y el CcSp/1889, cuando aproximadamente 30 años después el Ccit/1942, con la ley de 1973 reelabora el correspondiente artículo de ley, no sigue el modelo de la cerrazón, pero señala los “principios generales del derecho” entre las fuentes del derecho español, y después precisa “Los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico”.

Sobre el particular, observa incisivamente De los Mozos: “el concepto de ‘principios generales del derecho’ no ha cambiado... ni puede cambiarle el legislador, porque se trata de una categoría ‘anterior’ a la norma concreta, y se haya arraigado en nuestra tradición jurídica”. Estas palabras se complementan con la afirmación según la cual “en la tradición romanista, interpretada, a veces, con diferencias de matiz, que no son más que variaciones de un mismo sentimiento del derecho que se concreta, en la mayor parte de los casos, en variantes de orden técnico y sistemático, dependiente de diversas circunstancias, pero que actúan unas constantes, uniformes, comunes a todos los derechos europeos... es ahí donde hay que encontrar el núcleo central de los principios generales del

<sup>21</sup> Bonell, J. y Schipani, S. (coord.), *‘Principi dei contratti commerciali internazionali’ e sistema latinoamericano*, Padova, Roma e America. Collana di Studi Giuridici Latinoamericani, 9, y ivi S. Schipani, *Unità e specificità del Sistema giuridico latinoamericano e ‘Principi di Unidroit’*, 35 y ss.

<sup>22</sup> Schipani, S., “I principi di Unidroit e il diritto romano (alcune annotazioni su favor debitoris e asimmetrie del commercio internazionale)”, *Studi in onore di Pietro Rescigno*, 1, Milán, 1998, pp. 753 y ss.

derecho”.<sup>23</sup> Estas ideas se vinculan con otras: Reinoso Barbero, aunque con algunas diferencias, derivadas del examen del modo de motivar de la jurisprudencia del tribunal Supremo, anota: “son principios generales del derecho, las máximas y reglas romanas y las aparecidas durante el derecho intermedio, así como los preceptos del derecho natural y aquellos que inspiran o se deducen del enunciado de la ley, que sin estar literalmente recogidos en los textos, vienen a salvar sus lagunas”, y posteriormente precisa: “lo que sí puede decirse es que los principios generales del derecho español vienen dados fundamentalmente por el derecho romano”.<sup>24</sup> Evidentemente, estos no contradicen la necesidad de referencia a la Constitución, pero van más allá, al hacer evidente la riqueza y límites de este fundamental documento legislativo.<sup>25</sup> Un motivo para una mejor lectura de la referencia a los principios generales del derecho por parte de la cultura jurídica española, emana por la específica comunicación entre ésta y América Latina.<sup>26</sup>

<sup>23</sup> Mozos, J. L. de los, *Derecho civil español I. Parte general, I. Introducción al derecho civil*, Salamanca, 1977, respectivamente, 502 y 484.

<sup>24</sup> Reinoso Barbero, F., *Los principios generales del derecho en la jurisprudencia del tribunal supremo*, Madrid, 1987, 297 y 121; ver también *id.*, “España y el derecho romano actual”, *Labeo*, 32, 1986, pp. 310 y ss.; *id.*, “El derecho romano como desideratum del derecho del tercer milenio: los principios generales del derecho” *Roma e America. Diritto Romano comune*, 3, 1997, pp. 23 y ss.

<sup>25</sup> *Cfr.* Battle Vázquez, M., en Alabadejo, M., *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, 1, Madrid, 1978, 58; Mozos, J. L. de los, *op. cit.*, nota 23, 1, 1,12 ed. 496 y ss.; Oppo, G., *L’esperienza privatistica*; varios autores, *I principi generali del diritto*, Roma, 1992, 220 y ss. Amerita profundización la perspectiva de la convergencia entre la problemática de los “principios generales del derecho” y la previsión a nivel constitucional de los derechos «inviolables».

<sup>26</sup> Schipani, S., “El Código civil español como puente entre el sistema latinoamericano y los códigos europeos: apuntes para una investigación sobre la referencia a los ‘principios generales del derecho’”, *Revista de Derecho Privado*, 1997, pp. 427 y ss.

Me parece que ha contribuido también sobre el particular, la relación con los derechos forales, sobre los cuales aquí no me detengo: *cfr.* Mozos, J. L. de los, *op. cit.*, nota 23, 297 y ss.; y las importantes elaboraciones de las relativas disposiciones introducidas en las compilaciones forales: artículo 1o. par. 2 Comp. De D.c. de Cataluña; artículo 2o. par. 2 Comp. De D.c. esp. de Baleares; artículo 2o. par. 2 Comp. De D.c. esp. De Galicia; artículo 1o. par. 1 y artículo 3o. Comp. De D.c. esp. De Aragón; ley 1,2,4 Comp. De D.c. foral de Navarra (Leyes Civiles Forales, Madrid, 1984).

V. EL DERECHO COMÚN Y AMÉRICA LATINA; PERMANENCIA DE LA PRESENCIA DE AQUÉL COMO DERECHO COMÚN Y SU ARRAIGO EN LA IDENTIDAD DE ÉSTA; LA INDIVIDUALIZACIÓN DEL SISTEMA JURÍDICO LATINOAMERICANO

En América Latina una similar hegemonía del estatal-legalismo no ha sido llevada hasta sus extremas consecuencias: a pesar de que por un lado dicha doctrina está presente de una manera evidente, y por la otra, la identidad de cada República es una construcción madura, parece fundado el juicio según el cual la relación de los ordenamientos legales de cada una de ellas con los principios generales del derecho ve la permanencia de los principios arraigados en el sistema, sin estar limitados dentro del ordenamiento de cada una de ellas.<sup>27</sup> Considero necesario compartir el juicio según el cual la interpretación, que sostiene que los principios del derecho son sólo aquellos nacionales, no tiene validez en América Latina donde no está el “nacionalismo jurídico que ha esclavizado Europa”. En este sentido, las Jornadas (Nacionales) Argentinas de Derecho Civil en 1987 han podido confirmar el arraigo de los ‘principios generales del derecho’ en el derecho romano.<sup>28</sup>

En el siglo XIX, agudamente Andrés Bello, había desarrollado según líneas diversas, el estudio de la historia, de la lengua, del derecho: por la primera, había subrayado su carácter particular, de estudio de hechos singulares, para conocerla en su especificidad; por la segunda, es autor renombrado tanto de una gramática de la lengua latina como de una de lengua castellana, y subrayó que quién sabe el latín, no por esto sabe castellano; no así para el derecho, para el cual él fue impulsor del estudio del derecho romano, afirmando que quien considera el derecho romano un derecho extranjero es él mismo extranjero en su patria. Es así, que hay espacios y tiempos diversos para estas tres fundamentales dimensiones de nuestra realidad cultural: el tiempo del derecho no es el mismo de aquel de la lengua y de la historia, y no hay contradicción entre el desarrollo de la variedad de la historia, la pluralidad de los pueblos y de las repúblicas y el sistema del derecho romano común: la pluralidad de

<sup>27</sup> Schipani, S., “IL diritto romano nel nuovo mondo”, en Visintini, G. (coord.), *Il diritto dei nuovi mondi*, Padova, 1994, pp. 89 y ss. (traducción española en “Cathedra. Espiritu del derecho”, 3, 5, 1999, *Homenaje a José León Barandiarán*, Lima, pp. 122 y ss.).

<sup>28</sup> Cfr. *El derecho privado en la Argentina. Conclusiones de congresos y jornadas de los últimos treinta años*, Buenos Aires, 1991, 57.

las repúblicas no produce como consecuencia necesaria el venir a menos del fondo común del derecho en América Latina, donde con la independencia del continente, evoluciona una propia capacidad autónoma de desarrollarse y ciertas aportaciones:<sup>29</sup> una “Roma americana”.

No me permito, ni es el lugar apropiado para dilucidar el problema de la identidad latinoamericana: sólo debo recordar una puntualización de un filósofo uruguayo, Arturo Ardao, relativa al nombre América Latina,<sup>30</sup> que ha encontrado adhesión también en las reflexiones del mexicano Leopoldo Zea.

Ha sido puesto en evidencia como en Europa, sobre todo en Francia,<sup>31</sup> aunque con una perspectiva supranacional, en la primera mitad del siglo pasado ha aparecido, en estudios relativos a los nuevos escenarios que se venían delineando, la referencia a la “latinidad”. A la dicotomía historiográfica romanos-alemanes a la cual se refería todavía Hegel,<sup>32</sup> se substituyó en aquellos decenios una cuatripartición latinos-alemanes-anglosajones-eslavos. Esta calificación “latino”, de base etno-lingüística, ha estado, también, presente como instrumento ideológico de los objetivos de la expansión francesa fuera de Europa.<sup>33</sup>

La referencia a la “latinidad” viene usada por los latinoamericanos con un diverso alcance.

Frente a la expansión de los Estados Unidos de Norteamérica que ocupan más de la mitad de México en 1847, y las empresas de William Walker en América Central, en Nicaragua y Costa Rica (1856), encontramos que “estas acciones originaron la reacción del Continente entero que empezó a designarse a sí mismo latinoamericano en contraposición con lo

<sup>29</sup> Schipani, S., *Antecedentes del Código Civil Andrés Bello. De las instituciones a los principios generales del derecho*, trad. de F. Hinestrosa, Bogotá, 1989.

<sup>30</sup> Ardao, A., *Génesis de la idea y el nombre de América Latina*, Caracas, 1980.

<sup>31</sup> Ardao, A., “El encuentro lingüístico y la América Latina”, en Zea, L. (coord.), *Quinientos años de historia. Sentido y proyección*, México, 1991, 48, cita a Raynouard, *Choix des poésies originales des Troubadours*, 6, *Grammaire comparée des langues de la Europe Latine, dans ses relations avec la langue des Troubadours*, París, 1821 y recuerda que la expresión era de tal autor ya usada en 1816; este autor (*Génesis de la idea...*, *cit.*, nota 30, 42 y ss) analiza del mismo modo el debate historiográfico y político de los años 1820-1840: Guizot, J. Michelet, A. Thierry.

<sup>32</sup> Lecciones sobre la filosofía de la historia universal, 1822-1830.

<sup>33</sup> Para América, la referencia más inmediata es la empresa sostenida por Napoleón III en México.

sajón de la otra agresiva América”.<sup>34</sup> Dicho empuje continental que tiene formas de unidad, bien presente desde los tiempos del Congreso Anfiteórico de Panamá convocado por Bolívar (1826), produce un debate político-institucional relativo a la creación de una Unión de las Repúblicas de América Latina (1859), Liga Latinoamericana (1861), Unión Latinoamericana (1865). En el desarrollo del debate encontramos explicitado, en los escritos del chileno Francisco Bilbao, del colombiano José María Torres Caicedo, el nombre nuevo: América Latina,<sup>35</sup> en donde ‘Latina’ no es un adjetivo sino un nombre, parte de un nombre compuesto. Ciertamente, son autores conocedores de todo lo que se dice en París, aquellos que son los primeros en usarlo; sin embargo, creo que el contenido “no racial”, “defensivo”<sup>36</sup> sea el dominante (por otra parte, el concepto de *Latinus* no está vinculado a bases genéticas o raciales).<sup>37</sup>

Después de esta autoidentificación político jurídica,<sup>38</sup> que se coloca a otras como “nuestra América”, famosa por el énfasis en ella puesta por José Martí, pero ya presente en una acepción un poco reducida en Andrés Bello, también en la ciencia jurídica emerge, gracias al brasileño Clovis Bevilacqua, la individuación de la especificidad de las ‘legislaciones’ de América. Bevilacqua en su *Resumo das Licções de Legislação Comparada sobre o Direito Privado*,<sup>39</sup> utilizando y corrigiendo el esquema propuesto por el francés Glasson, distingue entre los derechos de América Latina como aquellos que más directamente han asumido la base romana.

<sup>34</sup> Zea, L. (coord.), “El descubrimiento de América y la universalización de la historia”, *El descubrimiento de América y su impacto en la historia*, México, 1991, 13.

<sup>35</sup> Cfr. los textos de Bilbao y Torres Caicedo, J. M., en Ardao, A., *Génesis...*, cit., nota 30, 1, pp. 71 y ss., y su análisis *ivi* 65 y ss., 99 y ss.

<sup>36</sup> Vasconcelos, J., en Zea 14. Sobre el uso del término “raza” por parte de los autores en examen vale la observación del mismo Torres Caicedo: “Empleamos la palabra, aún cuando no es rigurosamente exacta, para seguir el espíritu y el lenguaje de la convención que hoy domina” (Ardao, A., *Génesis...*, cit., nota 30, 86).

<sup>37</sup> Cfr. *supra*; véase, también, la puntual precisión de Catalano, P., “El concepto de latino”, *Migraciones latinas y formación de la nación latinoamericana*, Caracas, 1983, 533; y Schipani, S., “Il diritto romano, i suoi codici, la latinità”, *La Latinité en question*, París, Unión Latina (en prensa).

<sup>38</sup> Se debe agregar por último las interesantísimas noticias de la relación de Ayala Mora, E., “El origen de la identidad latinoamericana a partir del discurso católico en el siglo XIX y su proyección hacia el siglo XX y el presente”, en varios autores, *La latinité en Question. Colloque international*, París, Du 16 au 19 mars 2004, memoria en prensa).

<sup>39</sup> 2a. ed., Bahía, 1897.

El desarrollo de esta línea de reflexión sobre la identidad y las características de los sistemas jurídicos debe todavía ser profundizado, pero en los últimos decenios esta sistematización científica puede ser ya considerada de manera orgánica: aportaciones latinoamericanas y europeas han sido convergentes (Laquis, Hinestrosa, Fernández Sessarego, Moisset de Espanés, Castán Vázquez, de los Mozos, Heichler, Catalano, el que esto escribe, etcétera), y ha sido superada la anterior perspectiva eurocéntrica. Esta precisión no afecta nada a la unidad del sistema jurídico romano, sino que consiente reconocer a los subsistemas, y en particular el subsistema latinoamericano, sin esconder el rico diálogo entre Europa Continental y América Latina en el campo del derecho, en el ámbito de la comunicación, y del mismo modo de la necesaria dialéctica dentro del sistema, con una más correcta y mejor ubicación teórica del mismo. Dicha perspectiva, consiente una reflexión que recoja la interacción entre el bloque etnocultural romano-ibérico-precolombino de América Latina y la elaboración también de principios propios del derecho latinoamericano, a cuya permanente construcción ha contribuido con específica sensibilidad.

#### VI. IMPLICACIONES DEL RECONOCIMIENTO DEL SISTEMA JURÍDICO LATINOAMERICANO: LA RECONSTRUCCIÓN DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO DEL SISTEMA

En el derecho, en el discurso jurídico todo resultado es por sí mismo prescriptivo.

El reconocimiento de la existencia del sistema latinoamericano no sólo hace pertinente, sino que impone hasta un método de interpretación “sistemático en sentido pleno”; esto es, commensurable con la existencia del sistema latinoamericano, en su completa dimensión y estructura, sin restringirlo o limitarlo a los ordenamientos singulares de las diversas repúblicas, que aunque concurren a producirlo, y ponen a disposición los aparatos que realizan tal aplicación. Esto impone en modo complementario un trabajo de reconstrucción de sus principios generales; por un lado en un cuadro de coherencia con el sistema general del derecho romano; por otro lado, receptivo a las especificidades a él propias, y que pueden convertirse del mismo modo en una contribución al sistema general.

Los principios no derivan de una estadística y mayoría de opiniones o de reglas, pero de acuerdo al mismo criterio sustancial que propone Justiniano a los juristas que realizaron sus códigos, la enucleación de estos comporta la evaluación comparativa de todos los datos existentes y la elección o elaboración de la solución mejor y más justa.<sup>40</sup> Realizar este análisis se impone por la existencia del sistema: para interpretar correctamente un concepto, un principio, una institución o una norma dentro del sistema, debe ser realizada una reconstrucción unitaria según la totalidad de su propia dimensión.

Estas necesidades científicamente fundadas han sido confirmadas por los legisladores y son impuestas también por el reenvío cumplido en la generalidad de las legislaciones latinoamericanas a los “principios generales”; reenvío que no sólo vale para colmar las lagunas de éstas, sino también para orientar la interpretación, que se refiere no sólo a algunas máximas de lógica jurídica, sino del mismo modo, a los principios relativos a las diversas ramas del derecho, a los diversas instituciones, etcétera. Estos principios pre-existen a las legislaciones singulares y se enriquecen con estas y con el trabajo permanente de la ciencia y son expresiones de la totalidad espacio-temporal del sistema en su continuo crecimiento armónico.

Existencia del sistema; su valor en la investigación y su eficacia prescriptiva de una interpretación “sistemática en sentido pleno”, confirmada por el papel del reenvío a los “principios generales”, caracterizan también de esta manera el derecho común de América Latina e imponen una reconstrucción unitaria y armonizante a nivel del sistema, llevada a cabo por la doctrina,<sup>41</sup> porque exactamente ya observaba Pomponio que el de-

<sup>40</sup> Cfr. Deo auctore. 6; me permito subrayar el valor de la comparación (*melius et aequius*) y la problemática que implica la superación de dicha comparación. Sobre el problema del *ius controversum* y de la continua superación de la pluralidad de perspectivas. Cfr. Schipani, S., “Los códigos de Justiniano y el sistema del derecho romano”, *Estudios de derecho civil. Libro homenaje a Fernando Hinestrosa 3*, Bogotá, 2003, 261 y ss.

<sup>41</sup> Schipani, S., “Codificación de los principios generales del derecho latinoamericano”, *Código Civil peruano. Diez Años. Balance y perspectivas I*, Lima, 1995, 13 y ss. (igual con el título: “Los jueces/los intérpretes deben aplicar los principios generales del derecho, particularmente los del derecho latinoamericano. Utilidad de modificar el artículo VIII del título preliminar del Cc. peruano de 1984”, *El derecho*, 33, 1995, 2 y ss. igual en italiano en Schipani, S., *La codificazione...*, cit., nota 7, pp. 175 y ss.

recho no puede estar unido si no hay juristas que cotidianamente lo mejoran.<sup>42</sup>

## VII. IMPLICACIONES DEL RECONOCIMIENTO DEL SISTEMA JURÍDICO LATINOAMERICANO EN EL ÁMBITO DE LOS PROCESOS DE INTEGRACIÓN REGIONAL: LA NECESIDAD DE RECURRIR A LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL SISTEMA

La experiencia de una integración en América Latina ha sido muy vivaz y rica de resultados, si bien no duraderos (ALALC, ALADI, SELA, Grupo Sub-regional Andino, Mercado Común Centro-Americano, CARICOM). Ahora, después de un periodo de crisis está delineándose una recuperación de aquella, en primer lugar con relación a la particular cooperación constituida por el Mercosur, que manifiesta también una notable capacidad atractiva con relación a los países inicialmente no involucrados (Chile; también Bolivia, Perú, Venezuela); y en relación a la constitución del TLCAN, también a la revivificación del Pacto Andino o al surgimiento de otros acercamientos de integración.

No es este el lugar para un análisis de las formas de estas cooperaciones, y de las normas específicas que en relación con éstas se producen, pero es cierto que todas estas intensifican la circulación de personas y de bienes en áreas más extensas que el territorio de los Estados singulares y tienden a superar, al menos en algunos sectores y por los tipos de relaciones que más frecuentemente se verifican, la pluralidad normativa. En efecto, para tales relaciones que siempre se desarrollan con una serie compleja de factores de referencia, las soluciones resultantes del DIP, con su incidencia en la aplicación de normas de derechos internos, más que dotadas de suficiente certeza, parecen no corresponder a la real naturaleza de la relación en todos sus posibles perfiles y en su sustancial unitariedad. No obstante, que las ya existentes homogeneidades y la necesaria armonización interpretativa entre los derechos de los países en consideración, arriba citada, atenúen dicha inadecuación. Pero, del mismo modo aparece inadecuada la perspectiva de considerar las relaciones jurídicas señaladas como contratos transnacionales, dado que la realidad en donde se ubican tiende, rápidamente, a ser objetivamente aquella de

<sup>42</sup> D.1,2,2,13.

una nueva dimensión unitaria de una nueva sociedad plurinacional, en la cual no se percibe la diferencia entre relaciones que se tendrían que regular en el derecho interno; esto es, por un derecho previsto por las relaciones que no tengan elementos de internacionalidad, y relaciones que tendrían que regular con otra normativa. Podemos decir que esta nueva realidad no ha sido prevista por el legislador que ha sido autor de las normas del DIP de los países interesados por dichos procesos de integración. Normas que habían sido concebidas para regular las relaciones de personas pertenecientes, a diferencia de cuanto se está produciendo, a sociedades separadas. Para esta nueva realidad, las normas del DIP son inaplicables. Por consiguiente, hay una laguna de la legislación, salvo que no haya sido producida una normatividad específica, como sucede en Europa con la Convención de Roma del 18/12/1984 sobre la ley aplicable a las obligaciones en el ámbito precisamente europeo, ley cuya aplicación presenta innumerables problemas. Frente a tal laguna, el recurso a los principios generales está previsto.

Aquellos principios, cuya enucleación sirve para orientar una interpretación armonizante de los ordenamientos, frente a nuevas realidades valen del mismo modo directamente para regular en un sentido que es estructuralmente uniforme. Del mismo modo, deriva un estímulo a traducirlos en articuladas formulaciones normativas comunes, particularmente, en aquellos sectores donde el recurso a estas puede ser más frecuente, como en materia de obligaciones, y para reconstruir un renovado *ius gentium*.<sup>43</sup>

<sup>43</sup> La “unidad social del continente” estaba fuertemente en los codificadores del siglo XIX, y en nombre de esta Manuel Ancásar, que estaba en Santiago de Chile, en la Misión de Nueva Granada en 1856, pidió a Bello diversas copias de su código para que viniese adoptado en Colombia, y a través de los códigos se facilitase su formación (esta era ‘apetecida’). Dicha unidad induce también a Ecuador a elegir el código citado. Posteriormente: la Conferencia de Lima de 1877-78 se había iniciado con la perspectiva de adoptar un derecho material uniforme, pero como en otros casos, el planteamiento que se refiere a Europa viene a prevalecer y la unificación se limitó a orientarse sobre las normas de DIP. Ciertamente, hay diferencias entre procesos de integración en acto entre países Latinoamericanos, y procesos de integración que incluyen a países pertenecientes a sistemas jurídicos, y también culturales y económicos diversos (pensemos en México en el TLCAN). Así, hay ulteriores diferencias vinculadas a los aspectos cuantitativos (pensemos en Puerto Rico, en relación con los Estados Unidos de Norteamérica); y diferencias relevantes que están vinculadas a las reglas relativas al ejercicio de la jurisdicción, y a la eficacia de los “precedentes” (pensemos a lo sucedido en Luisiana). Pero el

## VIII. SISTEMA DEL DERECHO COMÚN LATINOAMERICANO Y DERECHO DE LAS OBLIGACIONES

Por lo tanto, podemos partir del reconocimiento de la existencia de un derecho común latinoamericano, subsistema del sistema jurídico romano, del cual son inspirados los diversos ordenamientos particulares de las diversas repúblicas, cuyos principios dimanaban del derecho romano común codificado por Justiniano y posteriormente desarrollado. En este sistema está reproponiéndose con urgencia sobre el horizonte de actualidad aquel *ius gentium*, derecho común sectorial paralelo a los diversos ordenamientos que constituye una modalidad esencial de esto, de su articulación y su pluralismo.

El comparatista alemán Rauchhaupt, en la *Rabel's Zeitschrift* de 1955,<sup>44</sup> hace casi ya medio siglo, al final de un puntual pero sintético análisis de derechos de países Latinoamericanos, subrayó la mayor facilidad para su armonización, y también unificación, aunque no así para los países europeos; esto en modo particular con referencia al derecho de las obligaciones. Se abrió después un debate en torno a la idea de Mario Rotondi que como es conocido, proponía en modo bastante concreto de asumir como texto común el *Proyecto italo-francés de código de las obligaciones y de los contratos*, aprobado en París en 1927.<sup>45</sup> Sucesivamente, se han venido desarrollando los Coloquios de Bogotá que ya he recordado inicialmente. Como en tales ocasiones tuve la oportunidad de indicar, la experiencia europea mientras tanto se había puesto en movimiento con pluralidad de estimulantes iniciativas: el Proyecto Lando, el Proyecto Gandolfi, los Principios de Unidroit.<sup>46</sup> Considero que a este

*ius gentium* no fue elaborado para regular relaciones entre hombres pertenecientes al mismo ordenamiento jurídico. Fue central, y es por eso el elevado nivel de los principios que pone a disposición de todos los hombres.

<sup>44</sup> Rauchhaupt, F. W., "Vergleich-und Angleichbarkeit der Rechte Sud-und Mittelamerikas", *Rabels'Z.*, 20, 1955, 121 y ss.

<sup>45</sup> Ozores *et al.*, *Estudios sobre unificación del derecho de obligaciones*, Panamá, 1968; Rotonda, M. *et al.*, *Rev. Fac. Derecho (Univ. Central de Venezuela)*, 39, 1968, 9 y ss; 41, 1968, 9 y ss; 46, 1970, 105 y ss, y 149 y ss.; 48, 1971, 9 y ss; Rotondi, M., *Inchieste di diritto comparato*, 8. *Il progetto franco-italiano di codice delle obbligazioni*, Padova, 1980.

<sup>46</sup> Schipani, S., *El contrato en el sistema jurídico latinoamericano...*, *cit.*, nota 5, pp. 93 y ss. ( igual en *Mélanges Fritz Sturm*, Liège, 1999, 1277 y ss.).

trabajo se debe añadir la discusión científica sobre los principios generales que tendrían que haber sido aplicados, y que se deberían todavía aplicar a la deuda externa; discusión en donde la doctrina latinoamericana ha brindado una significativa aportación en el llamado particularmente de aquellos principios que valen más directamente para afrontar la tensión entre igualdad formal entre las partes y profundas asimetrías sustanciales.<sup>47</sup>

Quisiera ahora, en este punto de mi exposición, concentrarme esquemáticamente sobre tres puntos: destacar algunos ejemplos sumarios de principios comunes y para los cuales, al mismo tiempo, el derecho latinoamericano ha realizado una contribución; presentar la vía de elaboración de un “código modelo”; y finalmente, señalar la contribución que de dicho desarrollo de la doctrina latinoamericana puede derivar para el sistema.

#### IX. PRINCIPIOS GENERALES EN MATERIA DE OBLIGACIONES EVIDENCIADOS POR LA CIENCIA JURÍDICA DEL DERECHO COMÚN LATINOAMERICANO

En el Congreso Latinoamericano de Derecho Romano de Mérida (Venezuela), el colega romanista-civilista brasileño J. C. Moreira Alves, entonces presidente del Supremo Tribunal Federal de su país, puso el índice sobre el principio del *favor debitoris*.<sup>48</sup>

El *favor debitoris* es correctamente considerado como una manifestación del *favor libertatis* y en el cual encuentra su fundamento. En una realidad social dividida, en la cual el deudor es normalmente débil y sus-

<sup>47</sup> Schipani, S., “Principi generali del diritto e iniquità nei rapporti obbligatori (Primo rapporto provvisorio su una ricerca in corso sui principi istituiti e norme a tutela del contraente più debole e sulla necessità di applicazione di essi al debito internazionale dei Paesi dell’America Latina)”, *Apollinaris*, 65, 1992, 627 y ss.; bibliografía posterior sobre esta investigación en *Roma e America. Diritto romano comune*, 14, 2002, 235 y ss. Se recuerda sobre el particular, la *Carta di Sant’Agata dei Goti su debito internazionale ed usura*, cuyo texto en español se encuentra en *Roma e America. Diritto romano comune*, 9, 2000, 361 y ss.

<sup>48</sup> El texto de esta relación ha sido posteriormente profundizado: *cf.* Moreira Alves, J. C. “As normas de proteção ao devedor e o favor debitoris do direito latinoamericano”, en Schipani, S. (coord.), *Debito internazionale. Principi generali del diritto*, Padova, Roma e America. Collana di Studi Giuridici Latinoamericani, 8, 1995, 77 y ss.

tancialmente dependiente, tal fundamento clarifica el ámbito de operatividad que puede ser formulado también como *favor* de la parte débil del contrato/de la relación obligatoria. La génesis y el fundamento del *favor debitoris* adecúan su utilización cuando es a favor de un deudor débil o cuando es objeto en una posición de hegemonía.

Puede suceder que en algunos ordenamientos el *favor debitoris* se atenué o venga a menos; esto se realiza cuando se dan algunos presupuestos: por ejemplo, cuando las partes pertenecen a una clase, orden, corporación de sujetos sustancialmente paritarios en poder, competencias, etcétera (ejemplo, comerciantes de países con desarrollo análogo); o cuando una tercera entidad respecto a las partes (ejemplo Estado) media entre los grupos sociales a las cuales estas pertenecen y con instrumentos externos al contrato, y garantiza la libertad esencial del deudor, y la salvaguarda de los derechos humanos/derechos fundamentales. La necesidad de estos presupuestos, más que demostrar la superación del principio del *favor debitoris*, confirma la vigencia tanto general como particular en las relaciones internacionales o transnacionales, que son caracterizadas por referirse a una sociedad con una profunda división entre los sujetos en ellas operantes por las graves diferencias económico-sociales de estos (países industrializados-PVD), y priva del mismo modo la existencia de un gobierno mundial de la economía que reequilibre de otra manera tales diferencias.

Recuerdo que en Valencia, con motivo de la presentación de los Principios de Unidroit, la problemática de las asimetrías de las posiciones de las partes del contrato, cuando estas pertenecen a sistemas económicos de diversa envergadura, había surgido en modo incisivo y fue subrayada por el colega argentino Boggiano y señalada también por el colega uruguayo Opertit.<sup>49</sup>

El *favor debitoris* ha tenido contenidos específicos y variables. Una reinterpretación contemporánea actual al respecto (por ejemplo, sea a favor del trabajador dependiente, sea del consumidor, etcétera) se debe encontrar con la tutela de los derechos humanos/derechos fundamentales (vida y familia, salud, vivienda etcétera) a fin de evitar que la relación

<sup>49</sup> Cfr. las intervenciones de Operti Badán, D. y Schipani S., “Los Principios de Unidroit: ¿un derecho común de los contratos para Américas?”, *Congreso Interamericano, Valencia-Venezuela, 6-9 noviembre 1996*, Roma, 1998, respectivamente 29 y ss; 167 y ss; 251 y ss.

obligatoria comporte la lesión de estos. Esto se ha venido especificando del mismo modo en forma autónoma, por ejemplo, en materia de interpretación (por ejemplo, *ambiguitas contra stipulatorem*),<sup>50</sup> de responsabilidad (en los criterios de repartición del daño cuando no se siga el criterio de la culpa, pero se utilizan criterios de responsabilidad objetiva),<sup>51</sup> etcétera. La reinterpretación actual del principio del *favor debitoris* debe ser continua para extraer también las más congruentes reglas para las relaciones financieras entre países mayormente industrializados y los PVD en consideración.

Una de las explicaciones del *favor debitoris* es el *beneficium competentiae*. En general, el cumplimiento de la obligación no debe implicar la ruina personal del deudor. En el derecho romano evolucionó, con referencia a ciertos deudores, el principio según el cual en los casos donde esté prevista la ejecución sobre sus bienes viene del mismo modo contemplado un *beneficium competentiae*. Esto consistía en la imposición de un límite máximo a la posibilidad de hacer valer el crédito; límite constituido de la conservación al deudor mismo de los medios para un adecuado tenor de vida y del mismo modo para el cumplimiento de obligaciones de tal naturaleza, que lo hagan autosuficiente en relación a otras personas. La idea que se venía expresando, diciendo que el deudor no debe ser reducido a nivel de pobreza (*ne egeat*) hoy podemos señalar que converge con la tutela de los derechos humanos/derechos fundamentales<sup>52</sup> por cuanto se refiere a la alimentación, habitación, salud, instrumentos de trabajo, y esto mismo extendido a la generalidad de los hombres. Los códigos civiles de América Latina han incorporado tal *be-*

<sup>50</sup> D.45.1.38.18; D.18.1.21; D.2.14.39.

<sup>51</sup> D.19.2.15.2 (responsabilidad del sujeto que asume la iniciativa económica; brinda elementos para reflexionar sobre el punto, la contribución de Cardilli, R., "Sopravvenienza e pericoli contrattuali", en varios autores, *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato. Obligación e diritti reali*, Nápoles, 2003, 1 y ss.

<sup>52</sup> Para evitar que el deudor sea privado de todos los bienes, y para que continuase a tener aliquid *ne egeat*, en derecho romano se prevenía, en ciertos casos, que se extendieron, un límite a la posibilidad de exigir la ejecución del crédito: J.4.6,38,40; D.42.1.16-18; D.2.14.49; D.50.17.173pr., etcétera. Dicho principio ha sido recibido en códigos modernos a veces bajo la forma de la no-hipotecabilidad de algunos bienes, inescusabilidad (total) de las pensiones alimentarias, de los estipendios y mercancías, mientras paralelamente se desarrollan otras formas de tutela de los intereses vitales del deudor con formas de asistencia por parte del estado, con las cuales el principio se complementa.

*neficium*<sup>53</sup> que constituye un núcleo muy inicial de normas aplicables concretamente, cuyo principio necesita de un desarrollo interpretativo adecuado, y sería pertinente profundizar también la posibilidad de extenderlo a la realidad de la empresa por el aspecto de tutela del derecho fundamental al trabajo de quienes en ellas actúan y que debe ser globalmente garantizado (en cierto modo, la salvaguarda de los puestos de trabajo es y debe ser un objetivo ya presente en los procedimientos concursales en relación a las empresas); y más que a las empresas, también a los Estados para evitar incumplimientos graves de parte de los mismos en relación a la tutela de los derechos humanos de los propios ciudadanos.

Otra explicación de tal *favor* es la prohibición de intereses usurarios; prohibición cuya historia podemos trazar a partir de la Ley de las XII Tablas del siglo VI a.C. y que en Brasil ha recibido rango de norma constitucional. Ciertamente, el límite máximo de los intereses lícitos puede variar en relación con la causa por la cual son debidos (remuneratoria, compensatoria, riesgo y peligro, etcétera); vinculado a la prohibición de intereses usurarios es el que se refiere al anatocismo.<sup>54</sup> En el caso en el cual haya aprovechamiento del estado de necesidad, los intereses usurarios pueden constituir un ilícito contra la persona, más que contra el patrimonio.<sup>55</sup>

Pero no puedo proseguir aquí con este sumario elenco.<sup>56</sup> Ciertamente, no puedo omitir la referencia a la buena fe.

La buena fe objetiva es esencial para el valor vinculante del acuerdo en todos los contratos, comenzando por aquellos de obligaciones correla-

<sup>53</sup> CcCh./1856, artículo 1625; CcEc./1860, artículo 1668; CcCol./1887, artículo 1684; CcSalv./1859, artículo 1495; CcUrug./1869, artículo 1494; CcArg./1869, artículo 799.

<sup>54</sup> Cfr. XII (VIII, 18: Tac., *Ann.* 6.16.2; Catón, de Re rust. Praef.) y en general C. 4.32.26.2.3; C.4.32.27.1; y para la prohibición de anatocismo, D. 12.6.26.1; C. 4.32.28.1; Constit. Bras./1988, artículo 192.3, sobre el cual véase. Gasparian, F.(coord.), *A luta contra a usura. O limite constitucional dos juros anuais de 12% está em vigor* (publicación sin fecha ni lugar de edición).

<sup>55</sup> Cfr. Catón recordado por Cicerón, de *Officiis* 2.25.89: *cum ille dixisset "quid faenerari?". Tum Cato "Quid hominem-inquit-occidere?"* (Habiéndole solicitado aquél "¿Que piensas del prestar a intereses?" Catón dijo: "¿Qué piensas del matar a un hombre?").

<sup>56</sup> Cfr. un borrador en Schipani, "Principios generales del derecho para un código tipo de los contratos en América Latina", *Asociación venezolana para el estudio y difusión del derecho romano. Boletín* 4, 1997-1998, pp. 41 y ss.

tivas del *ius gentium*, y donde ha asumido un papel general: cada acuerdo vincula porque las partes se confían en la buena reciprocidad y es la buena fe/precisión con que las partes acuerdan recíprocamente el fundamento de la misma fuerza vinculante del acuerdo. Este principio es menos evidente en los casos en los cuales el contrato es perfeccionado en forma solemne pública, pero no por esto se debe prescindir de dicho principio.

Sin embargo, la buena fe objetiva corresponde a un ambiente desprovisto de un gobierno de la economía, y al cual era necesario establecer dentro de la misma formación, perfeccionamiento y cumplimiento del contrato, criterios de conservación permanente en el ámbito de aquello que es bueno y justo.

En consecuencia, la buena fe es necesaria antes del contrato (en la fase precontractual), en su interpretación, y en su ejecución; ella converge con la voluntad de las partes a determinar el contenido de la prestación, ya sea integrando o limitando lo que la misma voluntad haya querido (es decir, el deudor está obligado a cumplir *quidquid ob eam rem dare facere oportet ex fide bona*/ “cualquier cosa a causa de esto es necesario dar o hacer en base a la buena fe” y esta última determina, por tanto, los límites exactos de la prestación a la cual él se ha obligado con su voluntad).<sup>57</sup> La violación de este principio, además de las otras consecuencias en cada caso propias, puede comportar responsabilidad por daños causados.

Deseo brindar homenaje a la referencia de la buena fe realizado por Andrés Bello en su Código, en términos decididamente más profundos que los del Ccfr./1804, y que ha constituido un verdadero progreso en el cuadro de la codificación moderna.<sup>58</sup> Sin embargo, deseo también brindar reconocimiento a la capacidad de la doctrina brasileña que, aunque en ausencia de la referencia a la buena fe, ha sabido extraer importantes elementos de los principios generales del sistema, tan es así, que la inser-

<sup>57</sup> Cfr. D.44.4; Gayo.4.47; J. 4.6.30; CcomBras/1850, artículo 131; CCArgentina/1869, artículo 1198 (reformado); CcPerú/1936, artículo 1328; CcPerú/1984, artículo 1362; CcMéxico/1928, artículo 1796, etcétera.

<sup>58</sup> Cfr. Schipani, “Las definiciones del contrato del sistema jurídico latinoamericano”, *El contrato en el sistema...*, cit., nota 5, 30 ss. e n. 38; Cardilli, R., “La ‘buona fede’ come principio di diritto dei contratti: diritto romano e America Latina”, *Roma e America. Diritto romano comune*, 13, 2002, 123 y ss.

ción de la referencia a ésta en el nuevo código del 2003 no fue una adecuación porque, precisamente estaba ya vigente.<sup>59</sup>

La intervención del colega Adame, del miércoles, me exenta de una profundización. Pero, con referencia a las aportaciones del colega, quisiera del mismo modo recordar un tema que él puso sobre la mesa de discusión: esto es, que el sinalagma contractual debería ser asumido como núcleo central en una nueva discusión unificadora de la materia de los contratos.<sup>60</sup> La gran contribución de Labeón conserva, en efecto, tal fuerza dogmática que la propuesta ameritaría de ser discutida: el *ultra citroque obligatio quam Graeci synallagma dicunt* (D.50,16,19). Esta fusión entre las respectivas obligaciones de las partes, por las cuales las obligaciones mismas están estructuralmente vinculadas una de la otra, emanan de un acuerdo entre las mismas partes y están fundadas sobre la buena fe, constituye un término de referencia que amerita una profundización, tanto por la coherencia interna como por la implicación del principio de equidad que posteriormente deriva de esto.<sup>61</sup>

## X. CÓDIGOS TIPO/MODELO

No se trata de sufrir la praxis, sino dialogar con esta y discernirla sobre la base de los principios y de su fuerza intrínseca, de su valor a veces puramente dispositivo, pero a veces coactivo (diversos puntos arriba señalados son de este tipo), y sobre la base de la *prudencia*/competencia de juristas. Si en el pasado la elección estatal-legalista podía tener motivos a su favor, y capacidad hegemónica, como he señalado arriba para Europa, hoy esta no basta y se debe absolutamente recuperar el papel y la responsabilidad del jurista en el sentido más acabado. Los resultados de la cien-

<sup>59</sup> Cfr. Martins-Costa, J., *A Boa-Fé no Direito Privado. Sistema e topica no processo obrigacional*, Sao Paulo, 1999; *id.*, “A Boa-Fé como modelo”, *Roma e America. Diritto romano comune*, 13, 2002, 71 y ss.

<sup>60</sup> Adame Goddard, J., “Hacia un concepto internacional de contrato (o la interpretación de la palabra ‘contrato’ en los Principios de Unidroit)”, *Contratación internacional*, México, 1998, 15 y ss.

<sup>61</sup> Sobre el punto *cf.* además del texto citado de Ulpiano-Labeón, véase, por ejemplo, Gayo 3,137 y Paráfrasis de Teófilo 3,13,2, y fundamentalmente la contribución de Gallo, F., “Contratto e atto secondo Labeone: una dottrina da riconsiderare”, *Roma e America. Diritto romano comune*, 7,1999, 17 y ss.

cia de los juristas se fundan sobre la *auctoritas*/autoridad que deriva precisamente del reconocimiento de su *prudentia*/competencia, y no sobre la *potestas*, que es propia del pueblo y de las instituciones que ello impone. Por consiguiente, dichos resultados parecen más frágiles, pero son la vía que pueden mantener unido el derecho y cotidianamente mejorarlo;<sup>62</sup> son también la vía que puede y debe guiar los jueces, los cuales no deben sustituirla, pero que gracias a su formación, de ella son partícipes y cuyas decisiones, relativas a casos concretos singulares, van con ella analizadas críticamente, en un intercambio vivo entre el momento de la elaboración del derecho y el momento de su aplicación.

Ya he señalado la idea de “código modelo” que ha evolucionado en América Latina. Dicho código es un lugar donde los principios con su dinamismo nomogénico, vienen traducidos del mismo modo en concretas y posibles articulaciones. Este producto de la doctrina de los juristas que asumen su responsabilidad, que discuten científicamente sobre la base del derecho vigente del sistema, entendido en su completa extensión espacio temporal, producen perspectivas también entre sus alternativas, respecto a las cuales logran alcanzar una síntesis que en tanto tal, tiene un potencial efecto armonizante sobre la lectura de los diversos ordenamientos más incisivos de aquello que ya he indicado precedentemente.

Finalmente, la realización de un similar “código modelo” se inserta del mismo modo, de manera potencialmente fructífera en el ámbito de los procesos de integración en curso. Aunque con la profunda diferencia que hay entre la experiencia europea y las latinoamericanas, me parece que se debe subrayar como en América Latina la intensificación de las relaciones vinculada a los escasamente estructurados procesos de integración da vida a una nueva realidad, no prevista y para regular con base en los principios generales, como ya he señalado anteriormente. La concretización de tales principios en un “código modelo” ayudaría fuertemente su utilización trayendo una mayor definición al surgir un *ius gentium*, un derecho común sectorial, que en un primer momento sería paralelo a los derechos internos, pero podría ser preferido respecto a estos.

Del mismo modo, la realización de un “código modelo” por obra de la ciencia jurídica latinoamericana se puede inscribir en el contexto de la denominada globalización con capacidad de resistencia, respecto al

<sup>62</sup> La reflexión sobre el texto de Pomponio (D. 1,2,2,13) es siempre un punto de partida necesario en la materia.

peso del mayor poder económico de otros centros de producción de normas y con capacidad de salvaguarda del propio derecho mayores que aquellas contenidas en los ordenamientos de los países singulares, o en obras singulares de juristas, de las cuales no se haya obtenido un proyecto unitario.<sup>63</sup>

## XI. UNIFICACIÓN DEL DERECHO A NIVEL REGIONAL Y UTILIDAD GENERAL

Andrés Bello, al momento de ponerse a la obra de codificar, no tuvo duda para considerar las codificaciones de aquellos pueblos con los cuales “la independencia nos ha puesto en contacto inmediato”, y “cuya civilización es un destello de la nuestra”; de preguntarse “¿qué nos impide aprovecharnos de tantos materiales preciosos?”, y de responder a esta pregunta refiriéndose a los adelantos científicos llevados a cabo por otros, tomando en sus manos el Código Napoleón, traduciendo el *Discours Préliminaire* de Portalis, y al mismo tiempo, con una contradicción solo aparente, proponiendo de “codificar nuestras leyes cuantas existen”.<sup>64</sup> Su horizonte estaba claramente orientado por la individualización del sistema del derecho romano como base, sea de la comparación (“si tenemos la noble curiosidad de explorar las instituciones y leyes de otras naciones”), sea del “derecho de gentes”.<sup>65</sup> Su codificación nace de este “aprovechamiento”, de esta curiosidad y del fuerte conocimiento de la

<sup>63</sup> (Con referencia a la perspectiva sostenida por el colega Jaime del Arenal, según el cual la “globalización del derecho” es una “norteamericanización” del mismo, me parece que solo una intensa “latinoamericanización” puede conducir la experiencia jurídica de los diversos ordenamientos latinoamericanos a confrontarse en el contexto actual de las vicisitudes de los grandes sistemas jurídicos contemporáneos. En el ámbito de la ‘latinoamericanización’ sostengo que la elaboración de “códigos tipo/modelo” sea un instrumento técnico que obliga a la síntesis armónica y consolida el resultado de ella haciéndole plausible y fácilmente accesible tanto al interno como al externo del sistema jurídico latinoamericano).

<sup>64</sup> A. Bello, editorial en *El Araucano*, núm. 561, Santiago, 21/5/1841 y discurso por el mismo preparado por el presidente de la República dirigido a las Cámaras en la apertura del Congreso en 1834 (*Obras completas*, Caracas, XVI, 1964, 55 y ss); Lira Urquieta, *El Código Civil y su época*, Santiago, 1956, 11; Schipani, “Andrés Bello romanista-institucionalista”, *Andrés Bello...*, *cit.*, nota 1, p. 256.

<sup>65</sup> Bello, Andrés, *Latín y derecho romano*, editorial en *El Araucano*, núm. 184, Santiago, 21/3/1834, reedición en *Roma e America. Diritto romano comune*, 1, 1996, 307 y ss.

identidad de “nuestra América”, que él consiente de producir un código intensamente latinoamericano. Como él, han obrado los autores de los códigos de la transfusión del derecho romano y de la independencia, ofreciendo de esta manera una rica contribución consistente en la vicisitud del sistema jurídico del derecho romano, y al crecimiento de la capacidad de proseguir en su vocación de poner los propios esquemas jurídicos al servicio de los hombres.

Partiendo del hecho que no considero que la materia del derecho de las obligaciones sea la única por la cual una elaboración del derecho cuidadosa de la dimensión continental latinoamericana sea útil (en efecto, pienso que tal utilidad este también presente, por ejemplo, en materia de derecho ambiental, o de tutela del consumidor, o del *defensor del pueblo*, etcétera); sin embargo, considero que la elaboración de un “código tipo/modelo” de derecho de las obligaciones por parte del sistema jurídico latinoamericano sería también de una particular utilidad general. Dicho código, fundamentado en los principios generales del derecho, y alimentado del mismo modo por la reflexión jurídica sobre las razones de la experiencia que los pueblos de América Latina están padeciendo en el actual proceso de la denominada globalización, guiada por hegemónicos intereses financieros, podría constituir un punto de referencia de alta significación por la madurez técnica, su adhesión a las exigencias modernas y a los principios que lo inspirarían. En efecto, esto podría ser capaz de interpretar las exigencias internas del continente como más generalmente de todas las regiones, y particularmente de los PVD; participantes de un comercio internacional cada vez más intenso en un mundo que está marcando profundas divisiones y todavía desprovisto de instituciones capaces de gobernar la economía reequilibrando las posiciones de las partes contrayentes, realizando de esta manera una propuesta y una contribución para el crecimiento del derecho común de la humanidad, y haciendo crecer concretamente aquellas perspectivas de unificación del derecho a nivel global que de otra manera, o son abstractas utopías o se corre el riesgo de reflejar las exigencias de las partes más fuertes.

Con el decreto del 6 de abril de 1902, China, inició la renovación de su legislación y envió a Shen Jiaben, destacado jurista e historiador del derecho, y Wu Tingfang, para “examinar las leyes de países extranjeros”. Wu Tingfang se estableció en Inglaterra, en los Estados Unidos de América y Perú, y a su regreso fue nombrado ministro para la revisión de las leyes. Lo que entonces se comenzó está llegando a completarse.

Hoy, también el Código Civil de Andrés Bello ha sido traducido en chino.<sup>66</sup> El derecho mexicano es objeto de estudio por parte de romanistas-civilistas chinos.<sup>67</sup> Asimismo, un “código tipo/modelo” latinoamericano en materia de obligaciones puede ser el vehículo para un posible diálogo más intenso de América Latina con este gran país que observa con atención las codificaciones en acto en el sistema jurídico romano, mientras esta elaborando la propia.<sup>68</sup>

Esquematizando sostengo que:

- En el ámbito de los trabajos para la unificación del derecho, en materia de derecho de los contratos, con los Principios de los Contratos Comerciales Internacionales de Unidroit, y con los proyectos en curso de elaboración en Europa, con referencia a ámbitos diversos (global y del comercio internacional en un caso; regional europeo occidental en el otro) han sido realizados (o están en curso de realización), recientemente, importantes aportaciones;
- Es indispensable que crezcan igualmente elaboraciones idóneas en América Latina que tengan presente tres órdenes de factores convergentes:

<sup>66</sup> Código Civil de Chile, traducción en chino de Xu Tiyu, Wuhan, 2003, con Nota introductoria de S. Schipani.

<sup>67</sup> En el marco de nuestra colaboración, el doctor Gao Fuping ha sido precisamente huésped del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, bajo la dirección del profesor J. Adame Goddard; después de la realización de la tesis sobre el derecho mexicano, el se ha desempeñando como profesor en Shanghai.

<sup>68</sup> *Cfr.* la ley sobre los contratos, sobre el matrimonio, sobre las adopciones, sobre las sucesiones, sobre las garantías de las obligaciones, sobre el trust, en *Leggi tradotte della Repubblica Popolare Cinese*, I e II, Torino, 2002 e 2003 (trad. It. A cura di G. Terracita, M. Timoteo, A. Petrucci, L. Formichella e E. Toti). Dichas leyes vendrán a formar parte del Código que viene realizado por partes; sobre el proceso de codificación *cfr.* Jiang Ping, “Lo sviluppo della elaborazione del Codice Civile cinese e le principali controversie in dottrina in merito?”, *Diritto cinese e sistema giuridico romanistico. Materiale preparatorio al Corso di introduzione all’ordinamento giuridico cinese 2003-2004*, Roma, 2003, p. 185. Sobre la relación entre derecho romano y dicha actividad legislativa, *cfr.* Schipani, S., “Derecho romano en China. Un centro de estudios del derecho romano en Pekín, trad. española de L. Reyes González, *Homenaje a Fernando Hinestrosa, Liber amicorum: Estudios y temas*, Bogotá, 1994, 549 y ss.; *id.*, *La codificazione, cit.*, nota 7, pp. 69 y ss.; *id.*, “La nuova legge cinese in materia di contratti e il diritto romano come base di essa e della comunicazione con i codici del sistema romanistico”, *Roma e America. Diritto Romano Comune*, 8, 1999, 225 y ss.

- a. La unidad y especificidad del sistema jurídico latinoamericano, cuya individualidad puede resistir y crecer intensificando la investigación de los principios, a partir de la propia base en el derecho romano, que inspiran un desarrollo armónico aún en las diferencias;
- b. La necesidad de la elaboración de un *ius gentium* que derive de los procesos de integración en acto a nivel regional o sub-regional, y que en el caso de laguna de la ley, puede y debe encontrar una respuesta en el desarrollo de los principios mencionados, con base en una interpretación sistemática en sentido pleno;
- c. La utilidad de la traducción de la elaboración de los Principios mencionados en un “código modelo” de derecho de las obligaciones y contratos de América Latina, que se inscriba en el debate global sobre dicha materia, aportando con denuedo la voz de este continente, su elevada estatura jurídica y también los resultados de la reflexión madurada sobre las dramáticas consecuencias de la falta de respeto a los principios mencionados y reglas en la apertura del denominado mercado global.