

NEME VILLAREAL, Martha Lucía, *La buena fe en el derecho romano. La extensión del deber de actuar conforme a buena fe en materia contractual* (Bogotá, Roma e America, Diritto Romano Comune, Monografie 3, Universidad Externado de Colombia, 2010), 418 pp.

En cuanto a su estructura, la obra se divide en: una introducción (pp. 17 a 18); dos partes (I. La *fides* en el sistema jurídico religioso romano, pp.19 a 151; II. Extensión del deber de actuar conforme a buena fe en materia contractual, pp. 153 a 365); y, una conclusión (pp. 367 a 380).

Esta es una monografía seria, bien lograda y muy bien escrita. Lo cual, por cierto, constituye un gran mérito. Es sabida la dificultad de abordar esta cuestión; no sólo en el derecho romano, sino que en todo ámbito del derecho. En este caso, la a. ha optado por un trabajo de carácter expositivo circunscrito al ámbito contractual. Vale decir, no somete a examen las fuentes desde una perspectiva exegetica, sino que desarrolla una relación temática; la cual, si bien se ciñe históricamente a la experiencia jurídica romana, está finalizada según los ámbitos de interés del derecho civil moderno y, especialmente, del latinoamericano (pp. 18 y 380). Así se observa, por lo demás, en la división de la materia ofrecida especialmente a partir de la Segunda Parte (pp. 153 ss.); donde tal vez (desde esta perspectiva), falte un tratamiento de la *culpa in contrahendo* y las tratativas preliminares. Probablemente por el mismo hecho de no tratarse de un examen exegetico, la exposición no deja lugar a una progresión histórico-crítica en el plan de la obra (sólo eventualmente se da noticia de algunas de las diferencias que se puede observar en los distintos períodos de la experiencia jurídica romana). En la Primera Parte: “La *fides* en el sistema jurídico religioso romano” (pp. 19 ss.), se insiste especialmente (y tal como se anuncia en el título) en el carácter propiamente *civilis* de la *fides*. De modo que se da cuenta de su paso desde el ámbito religioso-político, al ámbito ético(-laico)-político y jurídico, especialmente dentro del marco de la evolución del *ius gentium*. En todas las materias tratadas en este punto (correctamente, reiteramos), se echa en falta las consideraciones de Amelia Castresana, *Fides-bona fides: un concepto para la creación del Derecho* (Madrid, Tecnos, 1991); y, especialmente, *Actos de palabra y Derecho* (Salamanca, Ratio Legis, 2007). Ahora, desde mi propio punto de vista, si bien es cierto que la ‘*fides*’ y la ‘*fides bona*’ ofrecen un sustrato ético, esta convergencia no puede ser exagerada en sus alcances. Este aspecto ético que es común, en realidad lo es en términos muy genéricos: más allá de la afinidad lingüística, la *fides* y la *fides bona* no establecen un mismo estándar ético, en el sentido de que (en el área jurídica) no funcionan igual, como la propia a. ha aclarado. Por lo tanto, en realidad no se ve clara la necesidad de estudiar la primera (*fides*) para comprender la segunda (*fides bona*); por ejemplo, “hacer lo que se dice” responde a la *fides* de una *sponsio*, pero no a la *fides bona* de un mandato, en que precisamente se debe hacer mucho más que lo que se dice. Es cierto, entonces, que se puede hablar de un proceso de expansión, pero no es menos cierto que el resultado de esta expansión es cualitativamente distinto. En consecuencia, jurídicamente acaso convenga distinguir algo más la *fides* originaria, y matizar la importancia de su posible contribución ética, respecto de la *fides bona* formularia, y su respectiva contribución jurídica absolutamente original. En esta misma Primera Parte, particularmente en el capítulo segundo (pp. 89 ss.), se llega a la cuestión fundamental de “El surgimiento de la ‘*fides bona*’”. En ella se alude a las condiciones ambientales: la expansión comercial, la aparición de negocios no tutelados por el *ius civile*, el abandono del formalis-

mo y la vocación universal del *ius gentium*. Según la a. (esp. pp. 102 a 104), jurídicamente la *fides* abandona su dimensión de sujeción personal (garantía) y adquiere un sentido ético y sustantivo de acuerdo al famosísimo *fit quod dicitur* ciceroniano. En el capítulo tercero, y último, de esta Primera Parte, se da lugar al punto central en el surgimiento de la *fides bona*: las fórmulas '*ex fide bona*' (pp. 127 ss.). Es oscuro cómo y por qué la *fides bona* permitió el uso de las palabras civiles (*oportere*), mientras otros *nova negotia* permanecieron bajo el amparo del pretor a través de fórmulas *in factum conceptae* (tal vez hubiese sido de provecho tomar algunos de los resultados de Cosimo Cascione, '*Consensus: problemi di origine, tutela processuale, prospettive sistematiche*', Editoriale Scientifica, Napoli, 2003). La a., siguiendo la doctrina mayoritaria, propone un origen estratificado de las acciones con fórmula *ex fide bona* (p. 135); lo cual probablemente fue así en una experiencia jurídica casuista como ésta. En el núcleo más antiguo sitúa las acciones de la tutela, la fiducia, la sociedad y el mandato. Pero aquí se cierne una verdadera cruz en las investigaciones sobre la buena fe. Resulta que la *fides bona* aparece vinculada no sólo al *ius gentium* (como se sugería hasta aquí), sino propiamente al *ius civile* (tutela y fiducia, debiendo añadirse también la *actio rei uxoriae*); lo cual es especialmente relevante respecto del antiguo instituto de la fiducia. Sobre esto A. d'Ors ofrece una amplia bibliografía. Por otra parte, la a. enlaza el surgimiento de las acciones de buena fe con la *demonstratio* de las fórmulas *ex fide bona* (indicio que permite suponer su origen en los arbitrajes privados, p. 150). Señala también, siguiendo a Arangio-Ruiz (p. 144), que esta parte de la fórmula constituye una derivación de los procesos de liquidación que antes se ventilaban a través de la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* (aunque, en esto, tal vez hay una contradicción respecto de las pp. 137 y 138, donde, ahora con Pugliese, se afirma la imposibilidad de conciliar estas fórmulas con cualquiera de las *legis actiones*). Coincidiendo con la a. (pp. 144 a 148), en cuanto a hipotizar un origen civil y no uno pretorio de las acciones de buena fe; en el sentido de que si bien la actuación del pretor ha de haber sido fundamental, esta intervención no se condujo a través de las acciones *in factum conceptae* o de una generalización a partir de un supuesto estado anterior del *edictum de pactis*. Desde mi personal punto de vista, eso sí, no hay pruebas para reconducir la cuestión (tal vez exageradamente referida por la a. al *ius gentium*, si bien está claro que éste fue su campo más fértil), a un posible origen en el tribunal de los *recuperatores*; pues en estos procesos no se observa ninguna afinidad dogmática en la forma de tratar las materias sujetas a su conocimiento con aquella de los juicios de buena fe. De cara a una reconstrucción histórica de la conformación de la buena fe, acaso la cuestión quedaría mejor enfocada poniendo el centro de la atención en la *intentio* (el *oportere*) *ex fide bona*, y no en la *demonstratio*, como en cambio ha preferido la a. Se trata de una cuestión de centro de gravedad (*demonstratio-intentio*) en el análisis de rastros que nos sirvan para una reconstrucción histórica, y no, por cierto, de rebajar la importancia de los datos que podamos obtener de la *demonstratio* en el plano histórico (a partir de la novedad que éstas introducen en las acciones romanas) o dogmático (obviamente esta parte es tan necesaria en la construcción de la fórmula como la *intentio*). Recuérdese, en primer lugar, que es la *intentio* la única parte de la fórmula que menciona la buena fe; que, segundo, esta *intentio* tiene una conformación más o menos constante para todas las acciones de buena fe, mientras la *demonstratio* es la parte cambiante; y, por último, que el contenido que se tenía que dar a la *demonstratio* debía ser funcional a la *intentio*, de modo que, en el plano histórico (esto es, en la aparición estratificada de las acciones de buena fe), en cierta forma ha debido

ser la *intentio* la que definió la *demonstratio*, y no a la inversa (es, en síntesis, una respuesta a la pregunta: a qué negocios (nuevo) les corresponda una pretensión (*prius*) según la buena fe). Vistas las cosas desde la *intentio in ius conceptae*, las acciones de buena fe adquieren una virtud técnica nueva: la *fides bona* aparece como un *oportere* nuevo y distinto (sea en el ámbito del *ius civile*, sea en el del *ius gentium*; pues la buena fe, como dije arriba, pareciera corresponder a criterios exorbitantes de estos dos órdenes individualmente considerados). Es decir, a mi juicio las acciones de buena fe nacen no tanto por la necesidad de reconocer negocios nuevos, como por la necesidad de regularlos de una cierta manera (nueva). Me explico. Si bien la *demonstratio* da cuenta del reconocimiento de un negocio (nuevo), esto, que en sí es cierto, no es lo más relevante; pues dicho reconocimiento también era perfectamente posible a través de acciones *in factum conceptae*. De hecho, de esto da cuenta la referencia al depósito de Gayo 4.47 (fuente que la a., p. 133 n. 483, sólo recuerda en la parte más marginal de su contenido: la lagunosa referencia al comodato). Si observamos que en algunos casos, como aquel del depósito, se produjo una progresiva superposición de una fórmula *in ius conceptae* a una *in factum conceptae* (y su pervivencia en paralelo), caemos en cuenta de que lo más importante es la cláusula *ex fide bona*; la cual implica un avance técnico-dogmático que supera la necesidad del simple reconocimiento de un determinado negocio. En este ejemplo, el depósito ya había sido ‘reconocido’ a través de su disciplina pretoria al momento de recibir además la disciplina civil. Así las cosas, ¿se trata de un mismo negocio con dos disciplinas?: tal vez para el observador moderno, sí; pero para un jurista romano (que observa el derecho desde las acciones y no desde el preconcepto de los negocios) se trataría de dos negocios distintos. Los juristas romanos han de haberse planteado el problema de una pretensión *ex fide bona* en ciertos casos concretos, y progresivamente deben haber ido incorporando supuestos en que esta pretensión era aceptada. En este sentido, se va, propiamente, ‘inventando’ instituciones (negocios). Desde su perspectiva procesal, por la que se preguntan, directamente, si hay o no acción, se puede afirmar que no es, por ejemplo, de la compraventa de donde surge la relación (*oportere*) de buena fe, sino que desde la buena fe se va dando contenido a la compraventa. O, volviendo al depósito, podemos decir que no es un mismo negocio aquel tutelado por acciones *in factum conceptae* que aquel tutelado por acciones *bonae fidei*; vale decir, que a partir de un mismo hecho, se elaboraron dos disciplinas o dos institutos distintos según sus distintas acciones. Así, la complejidad operativa de la buena fe (que la a. expone muy bien en la Segunda Parte), es permitida, más que reconocida, por el procedimiento, específicamente en razón del núcleo de la fórmula: la *intentio*. En este sentido, los juristas ‘crearon’ negocios, no ‘reconocieron’ negocios (hay una brecha entre el ‘ser’ del fenómeno económico y el ‘deber ser’ del fenómeno jurídico). Dicho de otra forma, es la *intentio* (donde, por lo demás, se ubica la alusión a la buena fe) la que requiere *demonstratio* y, por tanto, los negocios se fueron modelando (a manera de *demonstratio*, si se quiere) de acuerdo a los márgenes que tuvieron lugar gracias a esta nueva *intentio*. A la vez, hubiese sido adecuado distinguir el sintagma procesal ‘*fides bona*’ en la *intentio*, de su metátesis como ‘*bona fides*’ (*bonae fidei negotia*); lo cual no es tratado por la a. Este paso desde ‘*fides bona*’ hasta ‘*bona fides*’ revela un cambio (posterior) en las fuentes, que refleja la aparición de una perspectiva sustantiva de la buena fe (Castresana). Así, si es cierto que históricamente podemos constatar en las fuentes primero la aparición de la ‘*fides bona*’ (de la *intentio*) y sólo después la categorización de ciertos negocios (juicios) como ‘*bonae fidei*’, entonces puede ser que se incurra en

cierta anticipación al comenzar el análisis de la buena fe a través del punto de vista de los negocios que aparecían en la correspondiente *demonstratio*; como si hubiesen sido éstos un preconcepto sustantivo en la mente de los juristas, un mero dato fáctico ‘recibido’ (en este caso, las fuentes ofrecerían primero el sintagma negocial *bonae fidei* y sólo después el procesal *ex fide bona*). A mi juicio, esta visión implica presumir en los romanos una *forma mentis* deductiva (acaso generalizante), que aborda la cuestión a partir de categorías sustantivas más que a través del proceso; lo cual no se compadece con un derecho de acciones y casuista como el romano. Por otra parte, es cierto que las implicaciones de una *intentio* con cláusula *ex fide bona* constituye la materia subyacente a toda la Segunda Parte que nos ofrece la a. Pero ya está dicho que esta obra está excelentemente bien lograda y representa un estudio muy completo. Aquí sólo intento polemizar, con una a. muy autorizada, respecto de ciertos aspectos de su reconstrucción histórica. La a., por cierto, ha hecho una contribución de la máxima importancia a la doctrina romanista.

PATRICIO-IGNACIO CARVAJAL  
Pontificia Universidad Católica de Chile

PÉCHEUL, Armel - DESCHODT, Jean-Pierre - TZITZIS, Stamatios y otros, *Pierre-Joseph Proudhon. L'ordre dans l'anarchie* (Paris, Institut Catholique d'Études Supérieures, Éditions Cujas, 2009), 171 pp.

Han aparecido a finales de 2009 las actas del Congreso organizado el 7 de mayo de ese mismo año por el Centre de Recherches Hannah Arendt en Roche-sur-Yvon, al abrigo del Institut Catholique des Études Supérieures. Están dedicadas a Pierre-Joseph Proudhon (1809-1865), considerado como jurista universal e integrado en la obra del mismo nombre dirigida por Rafael Domingo. Sin embargo, cuando Patrick Arabeyre, Jean-Louis Halpérin y Jacques Krynen hicieron la selección de juristas galos para su Diccionario histórico no incluyeron a Pierre-Joseph Proudhon, pero sí a Jean-Baptiste-Victor Proudhon (1758-1838)<sup>1</sup>, el autor de una obra tan importante como el *Traité du domaine de propriété* (Dijon, 1839, 3 vols.), quien también aparece en *Juristas universales*.

Pierre-Joseph Proudhon, de formación autodidacta como tipógrafo, escribió miles de páginas sobre temas jurídicos. Ha correspondido a Jean-Pierre Deschodt la iniciativa de la organización del evento, en su calidad de director del departamento de Historia del Institut Catholique d'Études Supérieures. Abre la obra la introducción general del catedrático y rector el citado Instituto Armel Pécheul, quien desde un principio sitúa la idea fundamental de que Proudhon es un hombre de profundas paradojas y contrastes en su propia vida, pero sobre todo en su producción escrita.

Guillaume Bernard presentó una comunicación sobre “Poudhon et la justice” (pp. 9-27), donde resulta difícil llegar a conclusiones sobre la idea de justicia de Proudhon, ya que en la misma se entremezclan categorías y conceptos filosóficos de lo más variopinto. La obra principal de Proudhon al respecto es *De la justice dans la Révolution*

---

<sup>1</sup> Consultar CLÈRE, Jean-Jacques, “Jean-Baptiste-Victor Proudhon”, en *Dictionnaire historique des juristes français (XIX<sup>e</sup>–XX<sup>e</sup> siècle)* (Presses Universitaires de France, Paris, 2007), pp. 645a-647a.