

DEL DERECHO ROMANO A LAS CODIFICACIONES LATINOAMERICANAS: LA OBRA DE ANDRES BELLO *

PLURALIDAD DE FUENTES DEL TÍT. I DEL LIB. IV DEL "CÓDIGO
CIVIL DE CHILE" Y DE SUS PROYECTOS

SANDRO SCHIPANI
Universidad de Sassari (Italia)

1. Me propongo desarrollar aquí algunas observaciones sobre la formación del Tít. I: *Definiciones*, Lib. IV: *De las obligaciones en general y de los contratos* del *Código Civil de Chile* (CCCH). Este examen será ampliado a otros artículos del Lib. IV, en estrecha conexión con los problemas tratados en el citado título y, en particular, con la terminología y sistemática de las fuentes de las obligaciones. Sobre la materia hay dos recientes estudios de A. Guzmán Brito, a los que remitiré con frecuencia, no sin aportar algunas observaciones complementarias¹.

En estas sintéticas notas seguiré los sucesivos proyectos de CCCH que conocemos. Incluyo entre éstos al *Proyecto no completo de un código civil para Chile* (P. Pyto.) atribuido a Mariano Egaña —atribución discutida y frente a la cual prevalece la tesis, en mi opinión válida, de que también tal proyecto es de redacción de Andrés Bello. Sobre el problema, y con ocasión de la reedición, existe ahora un exhaustivo estudio al cual remito². Examinaré sucesivamente el P. Pyto. arts. 1-10, el Pyto. 1841-1845 arts. 1-10, el Pyto.

* El presente trabajo ha sido expuesto ante el Seminario de Historia del Derecho y Derecho Comparado de la Universidad-Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario (Bogotá); él se encuadra en la investigación sobre "Derecho romano y tradición romanística en la historia de los países de América Latina", promovida por el Consiglio Nazionale delle Ricerche, de Italia.

¹ GUZMÁN BRITO, A. *Para la historia de la fijación del derecho civil en Chile durante la república*; II: *Estudio sobre los antecedentes sistemáticos y terminológicos de la parte general relativa a los actos y declaraciones de voluntad del Código Civil de Chile y de sus proyectos*, en *Rev. de Estudios Histórico-Jurídicos* 2 (1977), p. 101-130; VI: *Sobre las fuentes del Tít. 1º del Lib. 4º del Código Civil de Chile y de sus proyectos*, en *Rev. de Derecho* 1 (1977), p. 11-32.

² Vid. el volumen, *El proyecto no completo de un código civil para Chile escrito por el señor D. Mariano Egaña* (Santiago de Chile, 1978), y en particular, el *Estudio histórico-crítico* de GUZMÁN BRITO, *ibid.*, p. 48 ss.

1846-1847 arts. 1-10 y 653, el Pyto. 1853 arts. 1615-1625 y 2436, el Pyto. Inéd. arts. 1615-1622, 1626 y 2436 y, finalmente, el texto del ccch. arts. 1437-1444 y 2284 (como se sabe, estos artículos corresponden a los arts. 1494-1501 y 2302 del código colombiano, y 34, ley 57 de 1887) ³.

2. El P. Pyto. trae como rúbrica del título en examen el término *Definiciones*, que no cambia posteriormente y que parece original en el sentido de no remitirse a un modelo inmediato. Sólo para este título encontramos aplicada tal denominación. El término "definición" aparece también en otros títulos, pero no del P. Pyto.: en el Pyto. de 1853, *Tít. prel.*, párr. 5: *Definición de varias palabras de uso frecuente en las leyes* (= Pyto. Inéd. = ccch.), y en el Pyto. Inéd., Lib. I, *Tít. IX*, párr. 1; Lib. III, *Tít. I* y *XXIX* (=ccch.) aparejado a "*Reglas generales*", locución mucho más difundida. Ambos términos reconocen precisas raíces en la ciencia del derecho, en aquel *ius in artem redigere* al cual Cicerón exhortaba a los juristas de su tiempo ⁴. Hay diferencias, por cierto: el término *regula* figura también en el Digesto (D. 50.17: *De diversis regulis iuris*), pero sin la connotación del adjetivo "general", que lo inscribe más rigurosamente en el filón del trabajo sistemático; el término *definitio* es más exclusivamente sistemático y a su campo nocional pertenece el proceder a través de divisiones. Me parece claro entonces que dicha denominación del título en examen expresa una específica intención sistemática, cuyo concretizarse de modo innovativo precisamente seguiremos, a sabiendas de que las innovaciones en este campo son con frecuencia lentas y circunscritas.

³ La correspondencia de cada artículo del *Código Civil de Chile* con el articulado de cada uno de los Proyectos y del *Código Civil* colombiano es la siguiente:

ccch.	Pyto Inéd	Pyto 1853	Pyto 1846-47	Pyto 1841-45	P. Pyto	cccol.
1437	1615	—	—	—	—	1494
1438	1615 a	1615	1	I,1	1	1495
1439	1616	1616	2	2	2	1496
—	—	—	3	3	3	—
1440	1617	1617	4	4	4	1497
1441	1618	1618	5	5	5	1498
1442	1619	1620	7	7	7	1499
1443	1620	1619,1621	6,8	6,8	6,8	1500
1444	1622	1622	9	9	9	1501
—	—	1623	10	10	10	—
—	—	1625	—	—	—	—
1445	1626	1626	11	II,1	11	1502
2284	2436	2436	653	—	—	2302/34

⁴ Vid. mi conferencia, *Le Istituzioni e il problema della sistematica* (Ed. Univ. Externado de Colombia, Bogotá), en prensa.

El P. Pyto. preveía 10 artículos, iniciados con la definición del contrato (art. 1); los siguientes tratan sucesivamente de la distinción entre contrato unilateral y bilateral (art. 2); de la subdivisión del segundo en bilateral perfecto e imperfecto (art. 3); de la distinción entre contrato gratuito y oneroso (art. 4), subdividiendo el segundo en conmutativo y aleatorio (art. 5); luego de la distinción entre contrato real y consensual (art. 6) y entre contrato principal y accesorio (art. 7); de la definición, finalmente, del contrato solemne. En el contrato se distinguen después los elementos esenciales, naturales y accidentales (art. 9); el último artículo, para los contratos nominados e innominados, remite a las disposiciones de los títulos sucesivos, que constituyen una normativa general sobre el contrato, y para los contratos en materias particulares, al *Código de Minería* y al *Código de Comercio* (art. 10) ⁵.

La dependencia de estos artículos respecto del código civil francés (CCFR) es notoria (Lib. III, Tít. III, cap. I: *Dispositions préliminaires*, arts. 1101-1107), pero recientemente Guzmán Brito ha puesto en claro que la dependencia formal es más bien respecto de la obra de Delvincourt, *Cours de Code Civil* (Paris 1834, *passim*).

Más específicamente, la definición del contrato (art. 1) es la traducción del art. 1101 del CCFR; el art. 2 depende de los arts. 1102-1103 del CCFR pero, formalmente de Delvincourt por lo que se refiere a la inversión del orden, de bilaterales-unilaterales del CCFR a unilaterales-bilaterales, inversión ligada a la introducción de una posterior subdivisión de los contratos bilaterales en perfectos-imperfectos, tomada de Delvincourt (y después suprimida en el Pyto. 1853); el art. 4 depende de los arts. 1105-1106 CCFR, pero formalmente de Delvincourt; el art. 5, si bien corresponde al art. 1104 CCFR, depende de Delvincourt por haber configurado esta distinción no como independiente sino como subdivisión del contrato a título oneroso; los arts. 6, 7, 8, 9 dependen de Delvincourt sin una correspondencia en el CCFR; el art. 10 depende en parte del art. 1107 y en parte de Delvincourt. En diversos casos encontramos algunos matices formales autónomos.

⁵ El texto del art. 653 Pyto. 1846-47, es el siguiente: *Las obligaciones que se contraen sin convención, nacen o de la ley o del hecho de una de las partes. Las que nacen de la ley se expresan en ella. Las que nacen de un hecho, son la materia de este título.*

Si el hecho es lícito, constituye un cuasicontrato.

Si el hecho es ilícito, y cometido con intención de dañar, constituye un delito.

Si el hecho es ilícito, pero cometido sin intención de dañar, constituye un cuasidelito.

El cuadro de dependencias y correspondencias del P. Pyto., ya determinadas con gran precisión por Guzmán Brito y así resumido, hace reconocer claramente: a) la base constituida por el CCFR; b) la mediación constituida por el comentario de Delvincourt al CCFR; c) la inserción de tal proceso en la línea de las codificaciones latinoamericanas "afrancesadas", filón que inician los casos de Haití (1835) y Bolivia (1834-35) y al cual se pueden adscribir otras numerosas codificaciones sucesivas. Pero también resulta claro que, más allá de tales precisas dependencias, este título representa, en razón de su contenido, la parte general sobre las obligaciones que registra una más larga sedimentación. Me explico: dicho título abre una parte general concerniente a la materia de las obligaciones, que en el CCFR abarca 21 títulos, correspondientes al Tít. III, Lib. III del CCFR, en el que se recoge una vasta herencia de contribuciones, desde Grocio a Pufendorff, a Domat y, finalmente, a Pothier. Herencia que, sin embargo, es el desarrollo de una sugerencia específica de la exposición de las *Institutiones* de Gayo (3.88-89) y Justiniano (Inst. 3.13).

3. El Pyto. 1841-1845 introdujo sólo marginales modificaciones a los artículos 4 y 10, las que pueden ser consideradas obra de la Comisión de Legislación constituida por ley de 10 septiembre 1840 y que trabajó en torno a este artículo en 1842. Dichas modificaciones no reclaman una mayor profundización.

4. El Pyto. 1846-1847 introduce sólo una modificación formal al art. 1. Pero hay algo más: en este proyecto, sin embargo, se completa el Libro IV del código que tenía el epígrafe *De los contratos y obligaciones convencionales*, agregando al precedente proyecto otros títulos, que de 36 devienen 43. Uno de los nuevos títulos afronta la materia *De las obligaciones que se contraen sin convención* (Tít. XXXIX, arts. 653-673), subdividida en dos párrafos: *De los cuasi-contratos* (arts. 654-666) y *De los delitos y cuasidelitos* (arts. 667-673), que importan a nuestro propósito por sus aspectos relativos a definiciones y divisiones, vale decir de contenido correspondiente al título I.

El contenido del Título XXXIX y su bipartición dependen del CCFR libro III, Título IV, subdividido precisamente en dos capítulos y coincide también con Delvincourt. En cambio, no dependen del todo en su colocación, en cuanto se encuentran después y no antes del tratamiento de cada tipo de contrato.

El art. 653 Pyto. 1846-47⁶, que ordena las fuentes de obliga-

⁶ Vid. BELLO, A., *Obras completas* (Santiago de Chile, 1887), t. XI; *Obras completas* (Caracas, 1955), t. XIII, p. 893.

ciones tratadas en este título, corresponde al art. 1370 CCFR y a Delvincourt, pero ofrece una autonomía de formulación superior a la de los arts. del Tit. arriba examinados.

El art. 1370 de CCFR, situado después del completo tratamiento del contrato, parece querer clasificar —integrando precedentes consideraciones— las restantes fuentes de obligación (“*Certains engagements se forment sans qu’il intervienne aucune convention . . .*”), distinguiendo entre ley y hecho personal y subdividiendo este último en cuasicontrato, delito, cuasidelito. El esquema lógico puede ser reconstruido como dos sucesivas biparticiones, esto es:

las obligaciones nacen	{	por convención (categoría implícita)	{	cuasicontrato delito cuasidelito ⁷
		sin convención		

Delvincourt ⁸ se da cuenta del hecho de que de este modo se apunta a una clasificación de todas las fuentes de obligaciones; la anticipa parcialmente situándola más tradicionalmente antes del tratamiento de los contratos. He aquí la clasificación que resulta:

las obligaciones nacen	{	de la ley	{	por convención	{	lícito	{	con intención
		del hecho obligatorio						

El art. 653 Pyto. 1846-47, en examen, ordena así:

las obligaciones nacen	{	por convención (categoría implícita)	{	lícito	{	con intención
		sin convención				

Tal artículo, por lo tanto, depende del art. 1370 CCFR para la primera y segunda divisiones y de Delvincourt, para la tercera y cuarta. De este último, ha incluso preferido la expresión “*hecho de*

⁷ Vid., otra posibilidad de determinación de la exacta estructura de esta clasificación en GUZMÁN BRITO (n. 1) VI, p. 16.

⁸ DELVINCOURT, *op. cit.*, p. 119.

una parte" a la del CCFR "hecho personal" y además ha utilizado el criterio de distinción entre delitos y cuasidelitos centrado en la referencia a la intención, criterio de amplia tradición por lo demás. De todos modos, la formulación resulta bastante más autónoma respecto de estos textos que en los otros arts. arriba examinados (ejemplo significativo de autonomía frente a los modelos es la referencia a la ley, sin acompañarla de ningún elenco de tales hipótesis, con clara conciencia de que constituye categoría residual y, por lo mismo, abierta).

Las divisiones sistemáticas más generales de la clasificación del art. 653 son las mismas del art. 1370 CCFR, a consecuencia de la similitud de colocación en el interior del libro, es decir, en un lugar posterior al lugar en que la materia de las convenciones/contratos había sido ya tratada, por lo cual sólo se pretende ordenar las fuentes de obligación no originadas en una convención, sin aludir a la categoría tradicional del "hecho obligatorio"⁹ pero colocando también aquí a la ley.

Enfrentemos ahora un punto más substancial. Toda la sistemática del libro III del CCFR es coherente con la perspectiva indicada en el epígrafe (*Des différentes manières dont on acquiert la propriété*) y en el art. 711, así como con la aspiración a desarrollar al máximo el dogma de la autonomía de la voluntad. Tras el examen de las donaciones y sucesiones, se atribuye al contrato una posición análoga y distinta respecto de las demás fuentes de obligaciones; el contrato, si bien encuadrado bajo el título III: *Des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, es al mismo tiempo —ambi-

⁹ Esta categoría tradicional estaba presente, incluso, en la formación cultural más remota de Bello: baste recordar HEINECCIUS, J. B., *Elementa Juris Civilis secundum ordinem Institutionum*, párr. 771 s., *Omnes obligationes ex aequitate vel lege sunt: sunt enim vinculum iuris. Sed tamen aliae immediate ex aequitate naturali vel ex lege civili nascuntur, aliae mediate, accedente facto obligatorio, e. g. pater filio obligatur ad alimenta immediate ex aequitate naturali, nullo licet accedente facto obligatorio: possessor ei, cuius interest, ad exhibendum immediate, nullo accedente facto, tenetur. At contrahentes et delinquentes immediate obligantur ex facto suo; mediate ex lege*. Análogamente en el comentario del mismo a VINNIUS, A., *Institutionum imperialium commentarius academicus et forensis*, Lib. III, Tít. XIV, 2, el cual, por lo demás, se expresaba así: *Nulla enim est obligatio, quae non ex causa aliqua... Causae seu facta obligatoria quattuor hic ponuntur a Justiniano, y, discutiendo ampliamente las diversas perspectivas sistemáticas romanas de las fuentes de las obligaciones, agregaba: caeterum esse praeterea quasdam obligationes, quae ex nulla quattuor istarum causarum proficiscuntur, sed ex sola et singulari aequitate*. Esta categoría había sido utilizada por Bello en su *Institutiones de Derecho Romano*, Lib. III, Tít. XIV: *Unas obligaciones nacen inmediatamente de la equidad natural, y otras mediante un hecho obligatorio, que puede ser o una convención o un delito* (*Obras Completas*, XIV, Caracas 1959, p. 133).

guamente— un modo de adquisición de la propiedad (como resulta en particular de los arts. 1138 y 1538, relativos a la obligación de dar y al contrato de compraventa) ¹⁰.

Es sólo con el título sucesivo, y con el art. 1370 citado, que se toman en examen la ley y los hechos siempre puramente obligatorios. Podemos decir que es a causa de la eficacia atribuida al contrato que se procede a la clasificación de las fuentes de las obligaciones sólo después de haber tratado el contrato mismo, y no antes, dejando así suficiente ambivalencia a la sistemática global.

El proyecto de Andrés Bello que examinamos, aunque limitando estrictamente la eficacia del contrato a la obligatoria, según la tradición del derecho romano y castellano —por lo cual se exige un expreso acto de transferencia de la propiedad (la tradición)—, permanece igualmente influido por el esquema expositivo del CCFR., no teniendo para ello ninguna justificación. Se puede sólo observar que la distancia respecto de la posición del CCFR. sobre los modos de transferencia de la propiedad, y, por lo tanto, sobre la eficacia de los contratos, distancia ya presente en el P. Pyto. (vid. P. Pyto., *Lib. De las cosas, y de su dominio, posesión, uso y goce*, Tít. IV, art. 1, que considera los modos de adquirir el dominio, y excluye que el contrato o la obligación lo sean, contraponiéndose al art. 711 y s. CCFR.), y que, subrayada por la misma división del código en cuatro libros, encontrará su completa profundización sólo en el Pyto. 1853 con la elaboración del Libro III: *De los bienes, y de su dominio, posesión, uso y goce* y en particular del Tít. VI: *De la tradición*. Se puede tal vez hipotetizar una cierta dificultad de adecuación de las proposiciones sistemáticas más abstractas a las orientaciones normativas escogidas desde el primer momento: se trataría de un período de elaboración de partes no completamente coherentes entre ellas, debido a la influencia de la consideración del contrato como expresión puramente obligacional de la autonomía de la voluntad, frente al carácter real que tiene en el CCFR.

5. El Pyto. 1853 introduce en el Tít. I, Lib. IV, arts. 1615-1625, algunas variaciones interesantes. El contrato viene ahora considerado sinónimo de convención y definido como "acto" (art. 1615) obte-

¹⁰ Una breve noticia sobre esta evolución de la eficacia del contrato, en: GROSSO, G., *Problemi sistematici nel diritto romano. Cose-Contratti* (ed. Giappichelli, Torino 1974), p. 165 ss.; OURLIAC, P., DE MALAFOSSE, J., *Histoire du droit privé*, I: *Les obligations*² (ed. Presses Universitaires de France, Paris 1969), p. 284 (n. 259); WESEMBERG, G., *Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte*² (ed. Schauenburg, Lahr/Schwarzwald 1969), p. 132; WIEACKER, F., *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*² (ed. Vandenhoeck-Ruprecht, Göttingen 1967), p. 297, 311, 332.

niéndose así la redacción considerada después definitiva (ccch. art. 1438); se suprime el art. 3 del precedente Pyto., relativo a las obligaciones civiles y naturales y del que se desarrollará más adelante el breve Título III: *De las obligaciones civiles y de las meramente naturales*, y el art. 1625, tendiente a excluir el juramento¹¹. En relación con el otro punto en examen, se elevan a rango de títulos los párrafos, suprimiendo el epígrafe unitario: *De las obligaciones que se contraen sin convención*, y se operan leves modificaciones al art. 653, ahora 2436.

Guzmán Brito, a cuyos fundamentales trabajos remito¹², ha profundizado el significado del cambio señalado en la definición de contrato, que de especie del género "convención" deviene sinónimo de "convención" y especie del género "acto". El colega chileno ha establecido una conexión entre estas variaciones y las sucesivamente aportadas por el Pyto. Inédito y constituidas por el art. 1615, relativo a los actos y declaraciones voluntarios, por el cambio de epígrafe del Tít. III que deviene: *De los actos voluntarios que producen obligaciones y derechos* con las consiguientes sustituciones —al interior de tal título— de las referencias al contrato por las referencias al "acto" o a la "declaración de voluntad", y por la introducción de la expresión "efectos civiles" (art. 1626). Guzmán Brito ve en estos cambios el germen de la construcción de una parte general, a partir de influencias de Savigny: en particular, advierte la influencia de la observación de Savigny, según la cual las normas reconocidas como válidas para los contratos en general eran comunes, y, por tanto, aplicables, en línea todavía más general, a los actos libres y a las declaraciones de voluntad. De dicha observación de Savigny emergería la proyectada mencionada transformación del Título *De los requisitos esenciales para el valor de todo contrato* en *De los actos voluntarios que producen obligaciones y derechos*¹³. Según Guzmán Brito, y dado el diseño global del código, tal perspectiva no podía tener éxito y Bello se plegó a la so-

¹¹ El texto del art. 1625 del Pyto. 1853, es el siguiente: *Se prohíbe el juramento en los contratos. Si se introdujere en ellos, no se tomará en consideración, sino para la pena que recaiga sobre el escribano o funcionario que lo atestigüe en la respectiva escritura.*

Acerca de la probable influencia del Proyecto de García Goyena (art. 983) sobre la introducción de este artículo: vid. GUZMÁN BRITO (n. 1) VI, p. 29 y n. 17; GARCÍA GOYENA, F., *Concordancia, motivos y comentarios del código civil español* (Madrid, 1852, reimpr. Zaragoza 1974), se remite por lo demás sobre todo a la autoridad de Sala.

¹² GUZMÁN BRITO (n. 1) II, p. 118 n.

¹³ GUZMÁN BRITO (n. 1) II, p. 117 s.

lución de una parte general: *De los actos y declaraciones de voluntad* con carácter obligatorio (Tít. II del ccch.)¹⁴.

Esta influencia de Savigny debe ser comprendida adecuadamente, poniendo en claro que tal vez empalma con un trabajo en desarrollo, o, en todo caso, que se trata de una sugerencia asumida con la inmediata preocupación de adaptarla al interior de lo que yo calificaría como consciente adhesión a una compleja tradición activamente presente.

Andrés Bello cumple el primer cambio sistemático arriba señalado en el Pyto. 1853, calificando el contrato o convención como un "acto", en una línea que no asume de este término el sentido que le atribuye Savigny.

Como se sabe, para Savigny las *iuristischen Tatsachen* (los *faits juridiques* de la traducción francesa que Bello manejaba) pueden ser *freie Handlungen* (*actes libres*), o *Zufällige Umstände* (*circostances accidentelles*); a su vez, los actos libres pueden configurarse como *Willenserklärungen/Rechtsgeschäfte* (*déclarations de volonté*) o como actos que tienen por objeto un fin no-jurídico, y a los cuales a veces el ordenamiento puede conectar efectos no buscados o no deseados (como en los cuasicontratos y en los delitos); las declaraciones de voluntad pueden ser unilaterales (testamentos) o bilaterales (contratos)¹⁵. Por lo tanto, para Savigny, son "actos libres" no sólo los negocios sino también los delitos. No así para Bello en el Pyto. 1853, que no modifica el art. 2436, esto es, que persiste en calificar como "hechos" los cuasicontratos, delitos y cuasidelitos. Al definir el contrato, Bello usa el término "acto" como Savigny usa el término "negocio/declaración de voluntad", es decir, no usa el término "acto" como lo usa Savigny.

¹⁴ GUZMÁN BRITO (n. 1) II, p. 124 n.

¹⁵ SAVIGNY, C. F., *System des heutigen römischen Rechts* (Berlin 1840), t. 3: trad. GUENOUX (Paris 1843), t. 3, p. 3 ss., párr. 104. Para precisar, se debe agregar que el término "Rechtsgeschäft" de Savigny, que no aparece traducido al francés ni en el párr. 104 cit. (*sedes materiae* de la construcción), ni en otros numerosos casos, en todos los cuales se prefiere "déclaration de volonté", o también "acte juridique" (p. ej. párr. 141, en materia de contrato; párr. 144, en materia de donación). Esta locución también suele ser usada por el traductor como los "hechos" ("Tatsachen, párr. 202), y, según parece, tiene un uso genérico. En las traducciones del alemán al francés, este cambio resulta frecuente y sería oportuno profundizar su importancia. Para mantener lo que se ha enunciado en el texto, esto es, que la definición del contrato como acto no depende directamente de Savigny, aparte del dato terminológico, hay también otras consideraciones, sobre las cuales en el texto *infra*, o sea, el tipo de trabajo que resulta en el Pyto. 1853, centrado sobre la coherencia terminológica conceptual más que sobre la construcción de partes generales, y la serie de los pasajes que después en el Pyto. Inéd., ha llevado al art. 1815, que no sale de una adquisición ya presente en Savigny.

Se podría pensar que Bello haya extendido al contrato la calificación "acto", ya usada para el testamento y la donación (arts. 1162 y 1565, Pyto. 1853). Mientras para las definiciones de testamento y donación la calificación "acto" deriva del CCFR. (arts. 894 y 895) —que por otra parte la usa también para el depósito (art. 1915), para incluir el depósito judicial, y para el mandato (art. 1894)—, la extensión operada por Bello a la definición de contrato expresa una innovación cuyo uso se carga de una intensidad particular en el marco de una coherencia terminológico-conceptual. Me parece que tal innovación expresa la intención de elaborar, operando sobre los términos-conceptos y con la máxima adherencia posible a la terminología existente, un concepto jurídico más alto y vasto, un concepto que constituya el *genus* del cual testamento, donación y contrato serían las *species*. El término *actus*, sustantivo derivado de *agere*, *quid actum*, expresaba la adhesión a una difundida tradición que arrancaba incluso de textos romanos: por ej., Mackeldy, en su conocidísimo manual de Derecho Romano (traducido también al español, aunque no me consta haya sido demostrado que Bello lo conociese), remite a D. 1.3.41: *Autem enim hoc agitur, quemadmodum quid cuiusque fiat, aut quemadmodum quis rem vel ius suum conservat, aut quomodo alienat aut amittat*; véase también a este propósito el conocidísimo D. 50.16.19, en el que Ulpiano recuerda el esfuerzo de clasificación terminológica y conceptual de Labeón¹⁶.

En este perfil constructivo, Bello operaba tal vez con una reflexión que estimo personal suya, en el sentido de no remitirla a un modelo inmediato, como sería el de Savigny, sino más bien de proyectarla como confluencia de una posible multiplicidad de tradiciones diversas, en la cual dicho estudio de Savigny —como veremos— ha podido insertarse posteriormente. El propio carácter aislado y terminológico de la primera intervención, circunscrita al artículo que contiene la definición en examen, en mi opinión, es signo de una problemática y de un método que no expresan la asunción e inserción del diseño sólidamente construido por Savigny en forma de parte general, sino la interpretación personal de una difundida tendencia. Aquí el Bello jurista y romanista se encuentra con el Bello lingüista. Es decir, me parece posible indicar —al menos como sugerencias por desarrollar, si no como demostradas raíces culturales y metodológicas de este paso— dos coincidencias en esta bús-

¹⁶ Sobre este texto de Labeón, vid. mi conferencia *Il contratto nella sistematica delle Istituzioni*. Vid. también D. 15.3.20.1; D. 27.3.1.3; D. 49.1.12 (... *actu ex lege habito* ...); D. 50.17.77 (*actus legitimi* ...), etc.

queda de coherencia constructivo-terminológico-conceptual. Por una parte, es notoria en la obra de los juristas romanos la reflexión sobre los términos, el esfuerzo para elaborar un uso técnico definido y coherente de ellos, el enraizamiento de la construcción dogmática en el término, el que no se traduce después en reagrupamiento sistemático de normas, tendiente a construir partes generales por economía expositiva, pero que no por esto carece de un cierto valor prescriptivo¹⁷. Por otra parte, es notoria igualmente la sensibilidad de Bello frente al trabajo lingüístico, al punto de ser autor de dos gramáticas, una de la lengua latina y otra de la lengua castellana, y su obra parece obedecer a una unitaria lógica "codificatoria", de la comunicación y de las relaciones intersubjetivas, que la caracteriza en modo singular.

6. En el Pyto. Inéd. vemos desarrollada esta novedad que hemos reconocido: se introduce el art. 1615 sobre las fuentes de las obligaciones¹⁸; se modifica el epígrafe del Tít. II con las variaciones consiguientes recordadas más arriba; también se modifica levemente el art. 2436 relativo a la clasificación de las fuentes de las obligaciones no originadas por contrato. En otro plano, además, se funden los arts. 1619 y 1621 en un único art. 1620 sobre los contratos reales, solemnes y consensuales, obteniéndose así la redacción definitiva (art. 1443 ccch.); se suprime el art. 1623, artículos de aplazamiento o remisorios; se promueve a título autónomo el art. 1624 sobre las obligaciones naturales; se suprime el art. 1625 sobre el juramento.

A) El art. 1615 Pyto. Inéd. propone, como se sabe, una bipartición de las fuentes de las obligaciones en "*ley*" y "*actos y declaraciones voluntarios*", estos últimos enumerados así: testamento, donación, contrato, aceptación de herencia o legado.

Las vicisitudes de la formulación de este art., resultantes del manuscrito y publicadas por Guzmán Brito¹⁹, son significativas y

¹⁷ Es éste un punto muy discutido, al cual me he referido, si bien limitándome al valor de las categorías sistemáticas de las Instituciones, en mi conferencia *Le Istituzioni e il problema della sistematica* (n. 4). Sobre este tema es clásico el trabajo de BRONDI, B., *La terminologia romana como prima dommatica giuridica. Contributo allo studio del linguaggio giuridico*, en *Studi Arangio-Ruiz* (ed. Jovene, Napoli 1953), t. I, p. 73 ss., pero la literatura mencionable sería vastísima.

¹⁸ El texto del art. 1615 Pyto. Inéd., es el siguiente: *Las obligaciones nacen o de la ley, o de actos y declaraciones voluntarias del hombre, como el testamento, la donación, un contrato, la aceptación de una herencia o legado.* (Vid. BELLO, A., *Obras Completas*, Santiago de Chile 1890, t. XIII; *Obras Completas*, Caracas 1955, t. XIII, p. 381).

¹⁹ GUZMÁN BRITO (n. 1) II, p. 122 n. 100.

merecen profundización. Tratándose de simples ensayos de trabajo variadamente corregidos por el propio Bello, deben interpretarse con elasticidad:

- a) primeramente el art. fue formulado: "*Son obligaciones voluntarias las que dependen de un hecho voluntario de alguien, como un contrato o la aceptación de un legado*", con una formulación que deja intacta el área de las "*obligaciones que se contraen sin convención*", de las cuales se trata en el art. 2436; que proyecta directamente sobre la obligación el carácter de su fuente, calificada de "*hecho voluntario*"; y que deja en duda si se quiere subrayar la inmediata destinación de la voluntad del sujeto al nacimiento de la obligación (obligación deseada no deseada) o si se quiere, en cambio, contraponer la voluntad del sujeto a eventos que le son independientes, o a la ley;
- b) luego, la formulación es corregida, surgiendo incongruencias formales, y el art. deviene: "*obligaciones y derechos nacen o de la ley o de hecho voluntario del hombre como un contrato, un delito o la aceptación de una herencia o de un legado*", con una formulación que considera efectos no sólo a los obligatorios; que incluye también a la ley y al delito y que habría conducido presumiblemente a la eliminación del art. 2436 (el cuasicontrato, ¿absorbido en la ley?); que persiste en utilizar la expresión "*hecho voluntario*", presente ya en la primera formulación, con el significado de la segunda posibilidad interpretativa que he indicado, o sea, según una contraposición ley/voluntad;
- c) en una tercera fase se elimina la referencia al delito, se inserta la referencia al testamento y a la donación, y se pasa a la terminología "*actos y declaraciones voluntarios*", con una formulación que incluye un término nuevo, "*declaración*", junto al de "*acto*", calificando ambos como voluntarios, y creando una locución que asume y adapta la de Savigny "*negocio o declaración de voluntad*" (pero no incluyendo, como resulta de la lista, a los que para Savigny son "*actos libres*");
- d) finalmente, se llega al texto del Pyto. Inéd., eliminando la referencia a la eficacia no obligatoria, y esto mientras todavía en el Tít. II se apuntaba a establecer una normativa general para los actos de eficacia "*civil*", es decir, no sólo obligatoria.

El art. 2436 permanece, no se elimina en él la referencia a la ley, que, por tanto, resulta invocada dos veces; sólo la referencia al "*hecho*" se modifica en "*hecho voluntario*", expresión que parece referirse a cuasicontratos, delitos y cuasidelitos.

En substancia, vemos aquí:

— una reflexión sobre la voluntad y sobre la posibilidad de desarrollar un sistema en el cual ella sea el único principio del que se pueden hacer depender efectos obligatorios, o, en general, jurídicos, junto a la ley, en la línea de una significativa dicotomía “*ley-hecho voluntario*”, que me parece filiación de aquella dicotomía “*ley-hecho obligatorio*” que Bello bien tenía presente en la tradición del *Usus modernus pandectarum* y en particular, de Vinnius y Heineccius, de que deriva su obra *Instituciones de Derecho Romano*²⁰;

— la inserción en un amplio filón de pensamiento que —como bien lo califica Calasso— tendía a “contemplar (la voluntad) como *in vitro*, abstrayéndola de sus concretas formas de actuación, encerrada en conceptos jurídicos generales”²¹.

Esto pasa a través de varias fases: desde un primer concepto jurídico restringido a un unitario concepto jurídico general de “*hecho voluntario*”, en el cual se explicita aquella voluntad indagada sea en las convenciones como en los delitos, que constituían el “*hecho obligatorio*”; sucesivamente, a dos conceptos jurídicos, “*hecho voluntario*” y “*acto y declaración voluntarios*”, como síntesis de varias tradiciones terminológicas, renunciando a la construcción de un concepto genérico único, como sería, por ejemplo, el de “*acto libre*” de Savigny (no por azar centrado en la libertad, no en la voluntad), y concentrando la atención sobre el acto negocial en el que la voluntad es todo, según la perspectiva puesta bien en claro por Savigny en una línea que reconoce raíces en la definición de Baldo degli Ubaldi: “*causa finalis est obiectum intellectus*”²². En relación a “*acto y declaración voluntarios*” y no a “*hecho voluntario*” se extienden las normas elaboradas para el contrato, aceptando la indicación de toda la corriente de doctrina que había trabajado y estaba trabajando sobre el negocio jurídico.

Mientras Savigny había individuado los elementos comunes a todos los “*actos libres*”, Bello se concentra sobre el “*acto y declaración voluntarios*”: lo cual resulta claro del art. 1626 Pyto. Inéd., que exige la capacidad de la persona, que el consenso no esté viciado y la licitud del objeto y de la causa, requisitos, estos últimos,

²⁰ Vid. supra n. 9. Sobre la posición de Vinnius (siglo XVII) y Heineccius (1681-1741) en el ámbito del filón cultural que califico como *Usus modernus pandectarum*, y sobre la influencia del humanismo y del jusnaturalismo sobre ellos, vid. WIEACKER, F. (n. 10), p. 169 y 223.

²¹ CALASSO, F., *Il negozio giuridico*² (ed. Giuffrè, Milano 1959), p. 340.

²² El nexos es agudamente observado por CALASSO, F. (n. 21), p. 342, que al tiempo que subraya ser éste un “punto de encuentro entre Iluminismo y Escuela histórica”, quiere también subrayar una mucho más lejana raíz de tal tendencia.

evidentemente no planteados por Savigny en relación al “*acto libre*”²³.

La aparición primero, y después la maduración de esta orientación dirigida a construir una precisa categoría del “*acto y declaración voluntarios*” que produzca efectos jurídicos en el ámbito del derecho civil, constituyen momentos no marginales en el proceso de abstracción y construcción de conceptos, definidor del trabajo de Bello.

Mientras el testamento, la donación, el contrato, así como aparecen configurados en los diversos proyectos hasta el Pyto. Inéd., constituyen categorías sistemáticas que informan tanto de la naturaleza del acto como de sus efectos, la nueva categoría configurada informa sólo de la naturaleza del acto y clasifica una serie de *fattispecie*, individualizando sus elementos comunes, pero no establece conexión con ciertos efectos que deben ser reconocidos en otra parte, en el lugar donde los casos particulares son específicamente tratados. El acto voluntario que reúna los requisitos exigidos por el art. 1626 Pyto. Inéd., no por esto tiene efecto jurídico: lo tiene si es un testamento, una donación o un contrato.

El acto voluntario puede ser calificado como “concepto jurídico general”, que alcanza configuración individual sólo posteriormente en cada institución jurídica: sólo esta última figura típica produce efectos jurídicos. Los conceptos jurídicos generales individualizan el común denominador de las diversas instituciones tomadas en consideración; son útiles para ordenar principios y normas comunes a todos, pero desenvuelven en última instancia una función prevalentemente didáctica e ideológica, son expresión de un específico método científico. Me explico: en el sistema configurado por Bello, el “contrato” existe más allá de cada uno de los diversos ti-

²³ SAVIGNY, C. F. (n. 15), p. 21 ss. (párr. 106 ss.), en relación con las “*freie Handlungen*”, plantea él la siguiente cuestión fundamental: cuáles son los presupuestos personales de la capacidad, o, más precisamente, cuáles son, por un lado, sus impedimentos y, por otro, sus extensiones artificiales (los impedimentos: edad, capacidad de comprender, interdicción, naturaleza de la persona jurídica —párr. 107-112—; las extensiones: representación —párr. 113—.) En relación con las *Willenserklärungen/Rechtsgeschäfte*, Savigny precisa que en este caso la voluntad del sujeto agente se endereza directamente a constituir o a extinguir una relación jurídica. Tres son los elementos por examinar: la voluntad, la declaración y la coincidencia entre voluntad y declaración. En relación al primero, se requiere que la voluntad exista y esto puede ser excluido por violencia o error (párr. 114-115), y, además, se deben considerar posibles limitaciones particulares: condición, término, modo (párr. 116-129). En relación al segundo, la declaración puede ser formal, informal, expresa, tácita, ficticia (párr. 118-133). En relación al tercer elemento, se examina la posibilidad de que la no coincidencia sea o deliberada o debida a error (párr. 134-139).

pos de contratos expresamente previstos por el legislador, y, por tanto, la lista de éstos no agotaría la categoría; las definiciones y divisiones del contrato desarrollan una función necesaria para orientar el reconocimiento de todos los casos particulares atípicos y para conectarles los efectos que el ordenamiento prevé precisamente para el contrato en cuanto tal; al contrario, el “*acto y declaración voluntarios*” no posee tal existencia autónoma y su utilidad es la de la economía de los enunciados a través de la construcción de partes generales, de mayor o menor alcance²⁴.

En un momento como el actual —cuando aparece en discusión el papel científico e ideológico de este método de construcción de partes generales, cuando se perfilan otras soluciones como la de los así llamados “*Lebenskomplexen*”; frente a codificaciones posteriores al propio *BGB.* y a la llamada “*pandectización*” de la ciencia jurídica, que no han seguido cabalmente esta perspectiva conceptualística— podemos, ciertamente, profundizar mejor los nexos históricos y culturales y la variedad de perspectivas²⁵.

B) En cuanto a las demás modificaciones ya mencionadas, que se sitúan en un plano diverso, quisiera al menos traer a colación una, la de la fusión de los arts. 1619 y 1621, que devienen el art. 1620 Pyto. Inéd., la cual contribuye también a destacar la reflexión sobre la voluntad y la riqueza de momentos de la tradición en que se inserta el trabajo de Bello.

Hasta el Pyto. Inéd., no se veía relación alguna entre la distinción contratos reales-consensuales, por una parte, y la categoría de los contratos solemnes, por otra. No sólo figuraban en dos arts. diversos, sino que, además, se les había intercalado un art. sobre la distinción entre contratos principales y accesorios. Me parece que la raíz de la unificación está en el polinomio de las Institucio-

²⁴ En la discusión relativa a los trabajos de reforma del *CCFR.*, en relación a la eventual composición de una parte general, J. de la MORANDIERE, *Travaux de la commission de réforme du code civil* (1945/46), p. 1471, dice: “Je ne crois pas que l’acte juridique existe en soi. Il existe des actes juridiques”. Y LOTMAR, en BRANZ *Pandekten*² (ed. Lotmar), IV, párr. 522 n. 12 observó que “así como vale el principio *nullum crimen sine lege* así deberá valer también *nullum negotium sine lege*”, para subrayar el principio del *numerus clausus* de los negocios jurídicos: vid. FLUME, W., *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Recht*, II: *Das Rechtsgeschäft* (ed. Springer, Berlin-Heidelberg-New York 1965), p. 23 ss. (párr. 2, 1). Se podría además observar que otro tanto vale, por ejemplo, para la noción de *contractus* del derecho romano. Una perspectiva más amplia consiste entonces en ver que a veces los conceptos jurídicos se transforman en instituciones, otras veces no, y esto demuestra la presencia de diferencias en el trabajo de abstracción y conceptualización operado por los juristas, que no siempre coincide ni guía del mismo modo la dinámica y el posible desarrollo de los ordenamientos.

²⁵ Consideraciones sobre este problema más general he desarrollado en mi conferencia *Le Istituzioni e il problema della sistematica* (n. 4).

nes de Gayo-Justiniano: *aut re, aut verbis, aut litteris, aut consensu contrahitur obligatio* (Gai. 3.89; Inst. 3.13.2)²⁶, polinomio seguido por Bello en su obra de derecho romano²⁷ y sin duda presente en él, a través tanto de la lectura directa de las *Institutiones* como de las obras institucionales de Vinnio y Heineccius. Basta en efecto sustituir “verbales-literales” por “solemnes” y tenemos así la secuencia reales-solemnes-consensuales que caracteriza en modo innovativo la concepción del art. 1620 del Pyto. Inéd.

Pero esta unificación se conecta también con la reflexión sobre el rol de la voluntad en el *acto y declaración voluntarios* y, en particular aquí, del consenso en el contrato: son vistos como un único problema y se quieren afrontar en un único contexto los casos en que el consenso por sí sólo no es suficiente para que se perfeccione el contrato.

7. En la redacción del texto que después será aprobado como ccch., vemos profundamente modificado el art. 1615 del Pyto Inéd., que es ahora el art. 1437, no sufriendo el título otras variaciones²⁸. Se modifican el epígrafe del Tít. II y el texto del art. 1626 del Pyto. Inéd., que deviene el art. 1445, el cual restringe al acto o declaración de voluntad obligatoria el alcance de la que se había configurado como parte general sobre los actos o declaraciones de voluntad con efectos civiles; y se retocan, consecuentemente, una serie de artículos que precedentemente habían sido modificados en sentido inverso. Ninguna modificación en el art. 2436 Pyto. Inéd. = 2284 ccch.

Permítanseme algunas observaciones sobre la primera modificación mencionada. Desde un punto de vista terminológico, cabría subrayar algunas expresiones:

— *concurso real de las voluntades*, hace pensar en una preocupación por distinguir entre un “consentimiento verdadero” y uno “presunto o fingido”, según una contraposición interna a la noción

²⁶ Un sintético examen de este polinomio he desarrollado en mi conferencia *Il contratto nella sistematica delle Istituzioni* (en prensa).

²⁷ BELLO A., *Institutiones de Derecho Romano*, Lib. III, Tít. XIV: *En los (contratos) nominados la causa puede ser la entrega de la cosa, o una fórmula de palabras, o un instrumento escrito, o sólo el consentimiento: de aquí nace una nueva división de los contratos en reales, verbales, literales y consensuales (Obras completas, XIV, Caracas 1959, p. 134).*

²⁸ El texto del art. 1437 ccch. es el siguiente: *Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasi-contratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia.*

de contrato y presente en el texto de Bello, *Instituciones de Derecho Romano*, sobre la base de Heineccius, para citar sólo el autor que le era familiar, en relación con la conciliación entre dogma de la convención y causa obligante de los cuasicontratos²⁹.

—*hecho voluntario* es la misma expresión que hemos visto formarse en las primeras versiones de este art. y después insertarse en el art. 2436, en el paso del Pyto. 1853 al Pyto Inéd., aquí juega un rol diverso que en el 2436, pues no se refiere a los delitos y cuasidelitos, como parece allí (art. 2436, inmutado en el texto definitivo del ccch art. 2284), uno que alude, aparte que a los cuasicontratos, a la aceptación de herencia o legado, que en la precedente redacción de este art., se calificaban como *actos y declaraciones voluntarios*; tal modificación repropone la contraposición del delito y cuasidelito a las otras causas de obligación, según criterio enraizado en toda la tradición clasificatoria a partir de Gayo (3.88) y que apunta, incluso, en un texto de Aristóteles³⁰ que considera la no voluntariedad de las obligaciones del delito en un texto conocido por Bello a través de Vinnio³¹; dicha modificación delimita el significado de *hecho voluntario*; pero no elimina los problemas, pues tal concepto persiste en incluir, por un lado, a las declaraciones de voluntad y, por el extremo opuesto, al pago de lo no debido³², y si bien corresponde a la noción de consenso “presunto o fingido” —del cual se trata en las *Instituciones de Derecho Romano* de Bello y en la tradición ya varias veces citada—, de tales hechos obligatorios sólo pone en claro su condición genéricamente voluntaria³³.

—*hecho que ha inferido injuria o daño*: la expresión incluye una pareja cuya raíz está en un esfuerzo de relectura sintetizante y unificante del sistema de los delitos y cuasidelitos, ora delineado

²⁹ BELLO, A., *Los contratos se dividen en verdaderos y cuasicontratos, según la naturaleza del consentimiento de las partes. Del consentimiento verdadero nacen los verdaderos contratos, del presunto o fingido los cuasi-contratos* (Obras Completas, cit., p. 133). J. B. HEINECCIUS, *Elementa*, párr. 778: *Contractus ita ineuntur, ut vel consensus verus utrinque adsit, vel ex altera parte ille ex aequitate vel comuni utilitate praesumatur...*

³⁰ ARISTÓTELES, *Ética a Nicomaco* 5, 2, 12-13: 1130 b-1131 a, sobre el cual vid. GROSSO, G., *Influenze aristoteliche nella sistematica delle fonti delle obbligazioni nella giurisprudenza romana, en Accademia Nazionale dei Lincei: Colloquio-italo-francese, La filosofia greca e il diritto romano* (Roma 1977) y una noticia breve en mi conferencia *Il contratto* cit.

³¹ VINNIUS, A. (n. 9), Lib. III, Tit. XIV. *Commentarius: Unde Sumpta sequens haec divisio?*

³² En éste el conocido caso cuya discusión ya se encuentra en Gai. 3.91 (sobre el cual, vid. mi conferencia *Il contratto* cit.).

³³ Nótese la analogía con el art. 1371 cccr., que contiene la definición de cuasicontrato, que, sin embargo, no podemos considerar como fuente de la expresión en examen, debido a la historia de este art. 1437 ccch., que hemos ya seguido en detalle.

en el *CCCH* y —como se sabe— bastante arraigado en la tradición de la antigua legislación española, ora delineado en las *Instituciones de Derecho Romano*, con una revaloración de la carga semántica del término *injuria*.

— como entre los padres y los hijos de familia constituye un ejemplo en el que la ley es directamente fuente de obligación y que, presente también en Delvincourt con otra terminología y junto a otros ejemplos, me parece más bien derivar de Heineccius³⁴, o de la tradición general.

Desde el punto de vista de las divisiones nos encontramos aquí frente a una cuatripartición exhaustiva de las fuentes de las obligaciones:

las obligaciones nacen de	}	concurso real de las voluntades
		hecho voluntario
		hecho que ha inferido injuria o daño
		ley

Esta clasificación absorbe la del art. 2436 = 2284 *ccch.*, aunque no aparece plenamente coordinada con ella.

Esta clasificación, además, es prevalentemente de instituciones jurídicas más que de conceptos jurídicos.

En el contrato, el *ccch.* realiza el principio de la autonomía o libertad contractual y, además, de la figura de cada uno de los tipos de contrato previstos y regulados específicamente por el legislador, prevé el contrato con eficacia obligatoria, que es directamente una institución general, una *causa obligationis*.

La referencia a la ley significa, de modo muy diverso al conocido texto de Modestino (D. 44.7.52. pr.), una reserva de ley, en el sentido que —más allá de las figuras directamente previstas como poseedoras de eficacia obligatoria— ningún hecho puede producir obligaciones, sino en los casos expresamente previstos por la ley³⁵. Esta configura una categoría residual, que incluye todas las figuras no incluidas en las precedentes, como se desprende, por lo demás, de su posición en el elenco, donde aparece como cuarta y última categoría.

³⁴ HEINECCIUS, J. B., *Elementa*, párr. 771 (vid. *supra* n. 9); POTHIER, R. J., *Oeuvres complètes*, 2: *Traité des obligations* (Paris 1861), párr. 123.

³⁵ Sobre este orden de problemas, vid. CANNATA, G. A., *La classificazione delle fonti delle obbligazioni: vicende di un problema dottrinario e pratico (I parte)*, en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, recogidos por TARELLO, G., (ed. Il Mulino, Bologna 1974), t. 4, p. 105 s.

La referencia al hecho ilícito oscila en realidad entre dos definiciones que no coinciden plenamente: la del art. en examen y la que resulta de la definición de delito y cuasidelito, art. 2436—2284. Como quiera que sea resuelto el problema hermenéutico de las relaciones entre ambas definiciones, la noción resultante es siempre la de una institución, de una *causa obligationis*, no la de un simple concepto general unificador de elementos que son comunes a todos los ilícitos.

El hecho voluntario, en cambio, no aparece suficientemente definido en ninguno de los artículos, y la categoría así construida (aparte posibles interpretaciones integrativas, como ha hecho la doctrina francesa en relación al art. 1371 del c.c.fr.)³⁶, constituye un concepto jurídico con función clasificatoria, como la categoría del cuasicontrato en las *Institutiones* de Justiniano (Inst. 3.27)³⁷. Como consecuencia de esta observación, las figuras reagrupadas en tal categoría constituyen *causae obligationis* sólo en cuanto típicamente previstas en otro lugar como *fattispecie* obligatorias. Dicha categoría se limita a recoger sus características comunes, pero no individua en ellas un elemento común elevándolo a rango de causa en sí obligante. Tales características —la condición de hechos genéricamente voluntarios— la diferencian bien poco de la ley que, según hemos ya señalado, desempeña en esta clasificación el rol de las *variae causarum figurae* en la clasificación de Gayo, *Res Cottidianae*, la cual no preveía, sin embargo, como se sabe, la figura contigua del cuasicontrato. Tales características, no obstante, pueden constituir la base para integraciones interpretativas que destaquen un núcleo proponible como causa en sí obligante y que transformen el concepto en institución³⁸.

³⁶ Sobre este punto, vid. CANNATA, C. A. (n. 35), p. 106 ss. Es interesante recordar como ej. las palabras de TOULLIER, G. B. M., *Le droit civil français suivant l'ordre du code*, III, 4, 20 (VI, II, ed. Bruxelles 1830): "il nous semble qu'au lieu de l'explication insignifiante que donne du quasi-contrat l'art. 1371, il faut, pour perfectionner ou compléter la doctrine du Code, transformer cet article en une disposition impérative, qui indique en même temps quels son les faits d'où nait une obligation, et auxquels il donne, la dénomination impropre de quasi-contrats, et dire en conséquence: "Tout fait licite quelconque de l'homme, qui enrichit une personne au détriment d'une autre. oblige celle que ce fait enrichit, sans qu'il y ait eu intention de la gratifier, a rendre la chose ou la somme dont elle se trouve enrichie".

³⁷ Vid. GROSSO, G. *Il sistema romano dei contratti*³ (ed. Giappichelli, Torino 1963), p. 21 ss., y una breve noticia en mi conferencia *Il contratto* cit.

³⁸ Agradezco al presidente de la sesión de este seminario, J. Cardoso Isara, por haber señalado la orientación consolidada de la doctrina y jurisprudencia en Colombia, que, a diferencia de cuanto hemos recordado en relación con Francia (supra n. 35), no ha introducido bajo la previsión de este art. el enriquecimiento injusto, sino que lo ha desplazado al art. 8 de la Ley 153 de 1887, es decir, a la aplicación de las "reglas generales de derecho": "Este es

8. Resumiendo:

- a) los arts. examinados del P. Pyto., del Pyto. 1841-45 y del Pyto. 1846-47, siguen una modalidad totalmente "afrancesada" —con todo lo que ella significa—, fundada en el *ccfr.* y, más aún, en la obra de Delvincourt, mostrando una mayor autonomía formal en las redacciones más recientes del proyecto;
- b) las modificaciones que aparecen en el Pyto. 1853, revelan una búsqueda de tradición hispánica, en parte a través del estudio del *Proyecto de Código Civil* español de F. García Goyena —del cual se extrae lo que es específico, es decir, el art. en materia de juramento—, en parte a través de una reflexión que arranca desde el nivel lingüístico-terminológico, operando sobre el término "acto", para introducir una innovación conceptual;
- c) las modificaciones que aparecen en el Pyto. Inéd., concernientes a la terminología, a las divisiones, a la tendencia, a la construcción de conceptos jurídicos, revelan un ensanchamiento de la tradición considerada, que lleva a incluir el *usus modernus pandectarum* (Vinnius y Heineccius) y la herencia del jusnaturalismo racionalista, herencia recogida y apropiada por la escuela histórica (Savigny);
- d) las últimas modificaciones que aparecen en el *ccch.* revelan una reducción de la tendencia conceptualizante y la ulterior elaboración de datos de la tradición del *usus modernus pandectarum* para la composición de un art. nuevo, clasificador de todas las fuentes de obligaciones, ausente (con ese alcance general) de otros códigos civiles, y enraizado en la tradición clásica.

Estas modificaciones son aparentemente bastante limitadas, pero hay que tener presente que el argumento en examen es un tema de elevada abstracción, de definiciones y clasificaciones, cuyas mudanzas son siempre más lentas y limitadas que las de cada norma o institución. Bien se puede advertir, en todo caso, una notable superación de la tradición afrancesada, lograda con el aprovechamiento de una pluralidad de puntos de referencia de la tradición romanística.

Es obvio que la muestra aquí examinada debe ampliarse para verificar si nuestros resultados se reproducen, de cualquier modo,

un principio universal de tradición constante, cuya sanción en el derecho romano era la acción *de in rem verso* . . . Ningún texto de la ley positiva consagra expresamente la regla general de equidad de que nadie puede enriquecerse sin derecho en perjuicio de otro; sin embargo, se la puede considerar, como lo ha aceptado la jurisprudencia universal, como si estuviera en vigor esa ley, puesto que inspira muchas de las construcciones jurídicas imperantes en la legislación universal" (Sent., S. de N. G., 6 septiembre 1935, XLII, 605).

en muchos o en la generalidad de los casos; es obvio también que los ritmos de esta superación pueden ser diversos, por los motivos ya indicados. Establecidas estas premisas y, para concluir, podríamos avanzar una hipótesis de trabajo:

— la obra codificadora de Bello es doblemente innovativa: lo es en un primer nivel como codificación frente a un sistema de derecho no codificado³⁹; lo es en un segundo nivel en cuanto se separa de la línea de las codificaciones afrancesadas, operando sobre ella la síntesis de una tradición más compleja;

— en el caso examinado reconocemos como momento de cambio, esto es, el paso al segundo nivel, en el Pyto. 1853: independientemente de tal fecha, que podría ser controlada en relación con cuanto resultase de otras muestras, se puede subrayar la necesidad de una investigación que analice, en el plano personal de Bello, su creciente confianza en el trabajo científico que se sentía en condiciones de cumplir, para el cual se nutría no de un sólo modelo, frente al cual activaba la tradición que constituía su patrimonio personal de romanista y maduraba su interpretación de la realidad latinoamericana; que, además, analice en el plano político-social, del que Bello estaba consciente al proponerse elaborar un código y no una obra de pura especulación científica, los eventuales cambios de aquel decenio en las relaciones entre las fuerzas sociales que guiaban la construcción del Estado y las culturas francesa, hispánica, europea; y que examine, finalmente, en planos diversos, las categorías ideológicas innovadoras.

³⁹ Sobre las relaciones entre codificación y sistema de derecho no codificado preexistente, y sobre el tipo y límites de la novedad representada por la codificación, véase mi conferencia *Diritto romano, codificazioni e unificazione del diritto*, (en prensa), y la literatura allí cit.; además, la conferencia del colega G. S. Pene Vidari en la precedente sesión de este seminario.