

Interpretación de los contratos

Desde Roma hasta los inicios de la codificación. *Verbas contra voluntas*

DIEGO FRANCO VICTORIA

SUMARIO: I. Premisa.- II. Derecho romano.- A. Derecho romano preclásico.- 1. Formación de los actos jurídicos en el período arcaico.- 2. Interpretación formal.- 3. Interpretación de la intención de las partes.- 4. Interpretación según el tipo de negocio.- B. Derecho romano tardo republicano y clásico.- 1. Formación de los actos jurídicos en el período clásico.- 2. Teoría retórica de la interpretación.- 3. Causa curiana.- 4. *Id quod actum est*.- C. Derecho romano posclásico (justiniano o bizantino).- 1. Formación de los actos jurídicos.- 2. El dogma justiniano de la voluntad.- 3. Espíritu del derecho romano posclásico (justiniano o bizantino) en materia de interpretación.- III. Derecho intermedio y posiciones doctrinarias anteriores a la codificación.- A. Derecho intermedio.- 1. Formación de los contratos.- 2. Interpretación objetiva y subjetiva.- 3. Criterios de interpretación del derecho intermedio.- 4. Formación consensual de los contratos.- B. Posiciones doctrinarias anteriores a la codificación.- 1. Grocio.- 2. Domat.- 3. Pothier.- 4. Savigny.- 5. Windscheid.- IV. A manera de conclusión.

I. PREMISA

Desde una perspectiva histórica, el entendimiento de los contratos tiene como protagonistas y antagonistas a la interpretación formal y a la interpretación según la intención de los contratantes. En el derecho romano, en el derecho intermedio y en los albores de la codificación, las normas jurídicas, la jurisprudencia y la doctrina, alinderan sus elaboraciones conceptuales y aplicaciones prácticas con dos hitos: *verbas* y *voluntas*.

El siguiente estudio analiza en cada época histórica, y en la visión de importantes juristas, los presupuestos de formación, reconocimiento y legitimidad de los efectos de los actos jurídicos, y la correlativa condición restringida o amplia de la interpretación.

II. DERECHO ROMANO

Para iniciar el estudio de la interpretación de los contratos en Roma, es importante señalar que al examen de los jurisconsultos romanos, como al de los órga-

nos jurisdiccionales y de la burocracia imperial, no eran sometidos los actos negociales en todos los casos. Solamente conocían de ellos cuando los sujetos jurídicamente interesados tenían dudas o entraban en controversia acerca de su utilización; si no se presentaban tales dudas o controversias, el negocio era utilizado aun cuando tuviera falencias, dado que éstas eran suplidas por la voluntad de los sujetos. En consecuencia, las fuentes jurisprudenciales no expresan el pensamiento de los juristas romanos en relación con los negocios jurídicos en general¹, sino respecto de aquellos negocios singulares que presentaban duda o controversia acerca de su exacta significación².

De manera general, se puede decir que el derecho romano siguió un proceso en la interpretación, de un estricto formalismo en sus orígenes hasta un supuesto excesivo subjetivismo en la época justiniana³.

A. Derecho romano preclásico

1. Formación de los actos jurídicos en el período arcaico

En el tema de la interpretación de los contratos en el derecho romano arcaico, es importante partir con "la idea de la 'forma', de la liturgia, de la solemnidad a la que el romano ha de sujetar sus asuntos y, singularmente, los relacionados con el obrar procesal y negocial"⁴. El simbolismo y la simplicidad, que constituyen la llamada "mística de la forma"⁵, fueron considerados por la jurisprudencia romana que apreció especialmente el valor de una declaración comprensiva, exacta, breve, y condujo su actividad hacia la elaboración de formas negociales solemnes⁶, que eran impuestas rigurosamente a las partes⁷.

1 J. IGLESIAS. "Noción, formación e interpretación del ius romamun", en *Nozione, formazione e interpretazione del diritto. Dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al Professor Filippo Gallo*, 1, Napoli, 1997, 392, hace énfasis en la casuística en los negocios jurídicos, y, desde un punto de vista más general, señala que fue característica de los romanos: "La falta de toda preocupación, en los ámbitos de lo político, de lo jurídico y de lo religioso, por la tarea codificadora".

2 A. GUARINO. *Diritto privato romano*, Napoli, Jovene, 1984, 323.

3 R. ZIMMERMANN. *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Juta & Co, Ltd Legal and Academic Publishers, South Africa, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer, Boston, Cape Town, 1992, 622.

4 IGLESIAS. Ob. cit., 393.

5 G. GANDOLFI. *Studi sull'interpretazione degli atti negoziali in diritto romano*, Milano, Università di Milano, Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza, Studi di diritto romano, n.º 2, 1966, 300 s., señala que el formalismo en las sociedades primitivas tiene como objetivos el hacer consciente al declarante de la importancia de la declaración que emite, para inducirlo a prudencia y reflexión, y asegurar la prueba del acto. También pone de presente que el concepto de solemnidad comprende una relación con las prácticas inveteradas de la comunidad, al punto que el sentido originario y principal de la locución latina "solemnis", antes que solemne, es "sólito", es decir, "acostumbrado, que se suele hacer ordinariamente".

6 P. VOGLI. "Interpretazione del negozio giuridico (dir. rom.)", *Enciclopedia del diritto*, xxii, 1972, 272.

La formación de los actos jurídicos durante la etapa preclásica del derecho romano, corresponde a un estricto seguimiento de los modelos determinados específicamente por la jurisprudencia⁸, para lograr el efecto perseguido con la realización del acto⁹. En tal sentido, se habla de la tipicidad y el formalismo negociales en el derecho romano arcaico, y de las consecuencias y efectos que esta condición tiene en el tema de interpretación¹⁰.

2. Interpretación formal

Es una opinión difundida dentro de la doctrina romanista, que la hermenéutica negocial durante la etapa preclásica se caracterizó, en seguimiento de los parámetros y directrices de la jurisprudencia para la formación de los actos, por un acentuado formalismo¹¹. Los actos jurídicos se interpretaban de conformidad con el tenor literal estricto de sus declaraciones¹², sin importar la voluntad del declarante¹³, ni la intención de las partes¹⁴.

- 7 B. ALBANESE. *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*, Palermo, Pubblicazioni del Seminario giuridico dell'Università di Palermo, 1982, 24 s.: "Típicas del *ius civile* antiguo eran las formas negociales rigurosamente impuestas (o solemnes), en virtud de las cuales el ordenamiento jurídico predisponía con sumo detalle las formas de expresión (*verba; gesta; verba y gesta* juntas) que debían usarse, so pena de nulidad del acto, para dar efecto a un determinado negocio jurídico. A los privados se limitaba sólo la libertad de incluir, en el esquema formal predispuesto, los datos concretos del negocio particular: nombres de personal, designaciones de objetos, etc."
- 8 F. SERRAO. "Interpretazione della legge (dir. rom.)", *Enciclopedia del diritto*, xxii, 1972, 239.
- 9 ZIMMERMANN. *The Law of Obligations*, cit., 622.
- 10 A. BURDESE. *Manuale di diritto privato romano*, Torino, UTET, 1998, 185: "El derecho romano conoce en sus orígenes una rígida tipicidad negocial [...] consistente en atribuir relevancia jurídica exclusivamente a los comportamientos negociales que encuadran en uno de los tipos taxativamente previstos por el ordenamiento jurídico [...] El valor de la forma es tal, que determina los efectos del negocio, sin que sea relevante considerar la voluntad negocial efectiva de los autores del acto".
- 11 E. BETTI. *Lezioni di diritto romano. Rischio contrattuale - Atto illecito - Negozio giuridico*, Roma, Ricerche, 1958-1959, 338; E. BETTI. "Interpretazione dei negozi giuridici (Diritto romano)", *Noviss. Dig. It.* t. VIII, 1957, 902; También lo manifiesta M. TALAMANCA. *Istituzioni di diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1990, 219: "En el período más remoto [...] sólo tenía influencia el significado objetivo del *verba*".
- 12 IGLESIAS. *Derecho romano. Historia e instituciones*, cit., 179, anota: "En el Derecho romano antiguo, atento a formalidades rigurosas, bien se comprende que lo de mayor significación fuese la palabra - los *verba*"; también dice: "En un principio, la voluntad queda prisionera de la forma, a la que dá vida el pronunciamiento de las palabras sacramentales"
- 13 J. MOREIRA ALVES. *Direito Romano* (vol. 1, 11.ª ed.), Rio de Janeiro, Forense, 1999, 68: "Lo que importa no es la voluntad de quien hace el acto, sino que éste sea realizado con observancia de la forma". E. BETTI. *Istituzioni di diritto romano*, 1, Padova, Cedam, 1947, 144: "El elemento subjetivo es desatendido por completo en la fase arcaica, dominada por el formalismo".
- 14 ZIMMERMANN. *The Law of Obligations*, cit., 622 s.: "No se le daba importancia a la intención de las partes, lo que era relevante era el *verba* usado por ellas". En el mismo sentido, A. BURDESE. "Note sull'interpretazione in diritto romano", *Bulletino dell'Istituto di diritto romano "Vittorio Scialoja"*, Milano, 1988, 189 s. -idéntico texto en "Interpretazione (diritto romano)", *Digesto*, Torino, UTET, 1993, 1 ss.—.

La Ley de las Doce Tablas dispuso, en Tab. 6.1, lo siguiente: "*Cum nexum faciet mancipiunq[ue], uti lingua nuncupassit ita ius esto*" (Cuando se haga un *nexum* o una *mancipatio*, la situación se produzca con arreglo a las palabras claramente pronunciadas). Esta norma se erigió como uno de los fundamentos de derecho positivo para decir que la palabra era todo, y que las consecuencias jurídicas estaban determinadas rigurosamente por las palabras pronunciadas por las partes, bien fuera en el mundo de los negocios o en los testamentos, dado que ninguna consideración de elementos externos e internos podía ser valorada¹⁵.

3. Interpretación de la intención de las partes

Otros sectores de la doctrina, si bien reconocen la manifiesta tendencia hacia el formalismo en la interpretación, señalan que no se puede llegar a pensar que era un criterio absoluto¹⁶. Por el contrario, observan que había prevención acerca de la imposibilidad que tienen las palabras para expresar en su totalidad la intención del declarante, e indican que en las fórmulas religiosas se trató por primera vez de ir más allá de la declaración verbal formal para llegar a la intención¹⁷.

Estudios realizados sobre la Tab. 6.1, que toman distancia del alcance inmediato de interpretación literal del precepto decemviral, arrojan conclusiones distintas a la generalizada de que el cometido de la norma era establecer el canon de la interpretación formal. Así, de una parte se dice que el propósito de la norma era sancionar con eficacia jurídica, y establecer en forma general y abstracta, el pleno reconocimiento de la autonomía privada¹⁸ en la introducción de cláusulas negociales a la fórmula usual de la *mancipatio*¹⁹.

15 GANDOLFI. *Studi sull'interpretazione degli atti negoziali in diritto romano*, cit., 295 cita a RICCOBONO. *Lineamenti della storia delle fonti*, 51.

16 ALBANESE. *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*, cit., 17, quien con respecto al formalismo en la interpretación señala cómo a pesar de que "aquello que más contaba era la observancia escrupulosa de las formas [...] no se debe llegar a conclusiones aberrantes al respecto. Aun en la más antigua concepción ritualista, jamás será reconocido como válido y eficaz un negocio jurídico realizado, por ejemplo, por parte de quien sólo pretendía enseñar a los otros las modalidades de realización de un acto de disposición". Al respecto GANDOLFI. *Studi sull'interpretazione degli atti negoziali in diritto romano*, cit., 306, manifiesta: "Pensar que en la época antigua se dio una interpretación para cada caso obstinadamente literal, es imaginar un ambiente en el cual todo es arbitrario e irracional, es decir, un ambiente de fábula".

17 VOCI. "Interpretazione del negozio giuridico (dir. rom.)", cit., 272, precisa: "era una experiencia de la más antigua civilidad romana, el considerar peligroso el entendimiento de una fórmula por aquello que exteriormente decía [...] en las fórmulas religiosas se buscó por primera vez superar el elemento puramente verbal: debido al temor de que las palabras no alcanzaran a describir todo lo que se pretendía decir, el declarante manifestaba expresamente que no sólo se refería a las palabras pronunciadas, sino a la intención según la cual las pronunciaba. Era un reenvío explícito a la *mens dicentis*. El uso era normalmente en los juramentos, donde se pedía que se jurara *ex sententia animi sui* con el propósito de evitar cualquier posible reserva mental". Por su parte, BURDESE. *Note sull'interpretazione in diritto romano*, cit., 194, señala que en las fórmulas religiosas expresamente se tienen en cuenta el *sentire*, *scire*, *intelligere*, *animi sententia* de quien las pronunciaba.

Ahora bien, si se entiende la Tab. 6.1 como una norma interpretativa, la crítica señala que no está dirigida a aclarar la contraposición aparente entre *verba* y *voluntas*, sino entre *verba* y el ritual, es decir, entre el significado de la fórmula empleada y el significado del *gestum*. Según la lectura de GANDOLFI, el precepto debe ser entendido en el sentido de que el valor a atribuir al negocio no es aquél abstracto y típico del *gestum*, sino aquel significado concreto, dependiente de las palabras usadas, y, por ende, correspondiente a la común intención específica de los contratantes²⁰. De acuerdo con esta concepción, durante el período preclásico del derecho romano, en los negocios tratados por el precepto comentado (Tab. 6.1) prevalecía la intención de las partes sobre la estricta formalidad, dado que se buscaba interpretar las palabras (*verba*) como reflejo de la intención (*voluntas*), y aquellas tenían preeminencia sobre el ritual de gestos solemnes (*gestum*) propio de la formalidad.

4. Interpretación según el tipo de negocio

Habida consideración de la evolución histórica de los negocios en Roma, desde el punto de vista de su propósito e importancia social, se puede decir que había dos clases de negocios²¹. Los primeros, eran aquellos que implicaban una relación jurídica absoluta, es decir, los que miraban hacia el problema de distribución de los bienes entre los asociados, tales como la *mancipatio* y la *in iure cessio* en sus aplicaciones como negocios traslativos de la propiedad, la *acceptilatio*, la *cretio*. Los segundos, de relaciones jurídicas obligatorias, que resolvían un problema de colaboración entre los asociados, en cuanto estos tenían necesidades complementarias que podían ser satisfechas con prestaciones recíprocas, como la *mancipatio dicis causa* o *fiduciae causa*. Con respecto a los primeros, no estaba permitida la imposición de condiciones y términos, sino que las partes se debían sujetar a las formas prescritas por la jurisprudencia²², mientras que en los segundos, era posible la variación de la función y del contenido del negocio con la inclusión de pactos.

Parece entonces que en el período arcaico había una visión clara y realista de la estructura de los negocios, en relación con su función social y con las exigencias correspondientes, lo cual implicaba que la interpretación de las declaraciones se hacía conforme al negocio²³. En razón a ello, procedía para los actos típicos

18 GANDOLFI. *Studi sull'interpretazione degli atti negoziali in diritto romano*, cit., 296.

19 ALBANESE. *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*, cit., 17.

20 GANDOLFI. *Ob. cit.*, 298.

21 *Ibíd.*, 303: "Es un lugar común decir que el derecho romano pasó de una fase 'estática', impuesta principalmente sobre relaciones absolutas, a una fase 'dinámica' en la cual tenían un rol más amplio las relaciones obligatorias...".

22 *Ibíd.*, 304: "Para estos actos se podría repetir que 'la autonomía privada está habilitada sólo a producirlos, no a producirlos en modo arbitrario'", citando a SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali*, 174.

23 GANDOLFI. *Ob. cit.*, 305.

y solemnes la interpretación objetiva y oficial de su función y contenido, adecuada por el formalismo y por una exigencia de publicidad; mientras que en los eventos en que se permitía la inclusión de cláusulas, el negocio se interpretaba de acuerdo con la intención de las partes.

GANDOLFI precisa, a modo de conclusión, que para la época histórica precedente al último siglo de la república, se puede considerar que no existió una directiva taxativa e indiscriminada de interpretación literal de todos los actos negociales²⁴, y afirma que la imposibilidad de interpretar cada cosa literalmente es un principio de tan elemental *buon senso*, que no podía ser rechazado *a priori* por los antiguos hombres de leyes, sino por aquellos motivos socialmente relevantes respecto de los cuales el derecho imponía una regla que aseguraba disciplina y certeza. En aquellos casos donde no estaban presentes tales motivos, el derecho en su calidad de norma social, partícipe de la variedad de la vida, no podía hacer menos que corresponder con el libre ejercicio de la mente humana, que rechaza una valoración absolutamente objetiva de sus manifestaciones²⁵.

No obstante lo anterior, es importante recordar que la posición mayoritaria de la doctrina sostiene que la interpretación en el período arcaico era formal, literal y rígida.

B. Derecho romano tardo republicano y clásico

La doctrina romanista ha considerado que durante el período clásico la jurisprudencia superó, parcialmente, el criterio formal de la época arcaica en la formación de los actos jurídicos, y por ende en la interpretación de los mismos²⁶. Como resultado de ello, tuvo relevancia hermenéutica el elemento subjetivo, y, en algunos casos, prevaleció sobre el *verba*²⁷.

Fueron decisivas para este cambio y para los desarrollos posteriores, las situaciones que se presentaron en el plano económico y social²⁸, las cuales, encami-

24 K. VISKY. "Recensione a G. GANDOLFI, Studi sull'interpretazione degli atti negoziali in diritto romano", en *Bullettino dell'Istituto di Diritto romano "Vittorio Scialoja"*, terza serie, vol. X, dell'intera collezione, vol. LXXI, Milano, Giuffrè, 1968, 261.

25 GANDOLFI. *Studi sull'interpretazione degli atti negoziali in diritto romano*, cit. 306

26 BETTI. *Lezioni di diritto romano*, cit., 338: "la fase sucesiva a la época arcaica, conlleva una reacción al formalismo, debida en la mayor parte a la jurisprudencia, tanto por vía directa, como indirecta (a través de la *iurisdictio* del pretor)".

27 IGLESIAS. *Derecho romano*, cit., 179: "Dentro ya del Derecho clásico se observa la preocupación de averiguar la *voluntas*, si bien es en el Derecho postclásico cuando triunfa decididamente el criterio de prestar mayor atención a la *voluntas*, al *animus* o *consensus*".

28 SERRAO. "Interpretazione della legge (dir. rom.)", cit., 246: "La actividad interpretativa toma mayor libertad de movimiento como resultado de las nuevas condiciones económicas que siguen a la expansión imperialista y a la explosión de las grandes actividades comerciales. El tribunal del pretor peregrino se transforma en la corte del comercio internacional: nace y se desarrolla el poderoso sistema de las instituciones del *iuris gentium*. Los dos pretores de la jurisdicción civil, junto con sus consejeros, por medio de una obra continua de interpretación evolutiva del sistema vigente, adaptan instituciones pre-

nadas por la jurisprudencia a su campo produjeron dos consecuencias especiales, con efecto en la interpretación de los contratos. La primera consistió en la creación de nuevos tipos negociales, como los contratos consensuales de la jurisdicción del pretor en el *ius gentium*, en el ámbito de los cuales hubo una nueva orientación en la interpretación negocial debido a que no estaban sujetos al formalismo y abstracción de la mayor parte de los negocios del antiguo *ius civile*²⁹. La segunda, en la interpretación de los negocios formales del *ius civile*, en donde hubo también un cambio que dio algún valor al elemento subjetivo. Es necesario advertir que este reconocimiento fue menos contundente, por cuanto el *ius civile* no admitía con facilidad la posibilidad de una discrepancia entre forma y voluntad real, dado que la función útil de la forma estaba en llamar la atención de las partes acerca de la seriedad del acto y excluir problemáticas indagaciones psicológicas³⁰.

También fue determinante para la interpretación de los negocios, de acuerdo con el sentido que las partes quisieran dar a su declaración, el principio de libertad de la prueba aplicado en el proceso por *legis actiones* y en el proceso por fórmulas³¹. Este principio implicaba que el juez, de conformidad con su apreciación personal, pudiera tener en consideración las circunstancias concretas del caso para pronunciarse al respecto, sin tener que someterse a una jerarquía en los medios de prueba. Constituían la excepción al principio, los negocios solemnes celebrados bajo las fórmulas legales, a los cuales el juez debía atribuir el sentido oficial prescrito por el ordenamiento jurídico³².

1. Formación de los actos jurídicos en el período clásico

La autonomía contractual para poder asumir la dignidad de negocio necesita del reconocimiento del orden jurídico³³, y esto se obtiene mediante la correspondencia de sus declaraciones con tipos prefijados socialmente. Así, el negocio jurídico en la época clásica se puede caracterizar como un acto de autonomía privada, que responde a tipos prefijados, a los cuales el derecho atribuye efectos jurídicos conforme a la declaración solemne (negocio formal), o a la función práctica que caracteriza el tipo (negocio causal)³⁴.

En la definición que antecede se pueden observar dos tipos de negocios, con diferente origen y régimen interpretativo, agrupados bajo el género común dispuesto por BETTI de la tipicidad negocial. Los primeros son los negocios jurídicos

existente a exigencias nuevas [...] o crean nuevas instituciones que responden a las nuevas necesidades de la sociedad".

29 M. TALAMANCA. *Istituzioni di Diritto Romano*, cit., 219.

30 E. BETTI. *Lezioni di diritto romano*, cit., 338.

31 G. GANDOLFI. *Studi sull'interpretazione degli atti negoziali in diritto romano*, cit., 247.

32 *Ibid.*, 253.

33 BETTI. *Ob. cit.*, 315.

34 *Ibid.*, 328 s.

de carácter formal y abstracto en los cuales la interpretación se ha de sujetar al tenor de la declaración solemne, y son considerados por BETTI como negocios del *ius civile* siempre que puedan ser llevados a alguno de los rituales: a) *vindicatio-cessio*; b) *interrogatio e responsio*; c) *gestum per aes et libram*³⁵. Mientras que los segundos, de carácter causal, como la *emptio venditio*, *societas*, *locatio conductio*, *mandatum*, *mutuum*, *commodatum*, *depositum*, etc., por ser negocios consensuales en su formación, tenían la posibilidad de una interpretación más libre, de acuerdo con la intención subjetiva de los contratantes.

Dentro de esta época hubo circunstancias especiales que marcaron el inicio de una nueva forma de interpretar los negocios jurídicos, entre ellas, las principales fueron la llamada teoría retórica de la interpretación y la causa curiana.

2. Teoría retórica de la interpretación

La cultura helenística influyó de manera determinante en todos los campos de la vida de los romanos³⁶. En la ciencia jurídica, a partir de la segunda mitad del siglo II a. C. es indiscutible la influencia que ejercieron la filosofía y la retórica griegas sobre los esquemas de pensamiento y los métodos argumentativos utilizados por la jurisprudencia romana³⁷.

En relación con la interpretación, parte de la doctrina, STROUX³⁸ y RICCOBONO³⁹, afirma que la llegada a Roma de la retórica griega y la consiguiente adopción del principio *summum ius summa iniuria*⁴⁰ por parte de las escuelas de derecho, fueron los

35 *Ibid.*, 318.

36 B. RUSSELL. *History of Western Philosophy*, London, 1996: "Después de las guerras púnicas, los jóvenes romanos concibieron admiración por los griegos. Ellos aprendieron el lenguaje de los griegos, copiaron la arquitectura griega, emplearon escultores griegos. Los dioses romanos eran identificados con los dioses de Grecia. Los orígenes troyanos de los romanos, fueron inventados para hacer conexión con los mitos homéricos. Los poetas latinos adoptaron las métricas griegas, los filósofos latinos tomaron las teorías griegas".

37 BURDESE. *Note sull'interpretazione in diritto romano*, cit., 191.

38 GANDOLFI. *Studi sull'interpretazione degli atti negoziali in diritto romano*, cit., 255 s., hace referencia a STROUX. "Summun ius summa iniuria", *Annali Palermo* 12, 1929, 647 ss., en los siguientes términos: "STROUX, señala que el brocardo *summum ius summa iniuria* [...] resume la evolución del derecho greco-romano, en su paso de un pedante formalismo en la interpretación del derecho a la aplicación de la equidad, cuya introducción tuvo en Roma al edicto del pretor como el instrumento adecuado".

39 GANDOLFI. *Ob. cit.*, 256, se refiere a RICCOBONO. "Introduzione allo Stroux, Summun ius, summa iniuria", *Annali Palermo* 12, 1929, 639, y respecto de la posición que asume este autor sobre el estudio de STROUX, dice: "La reacción de RICCOBONO a estas afirmaciones fue tan entusiasta como carente de espíritu crítico. Él atribuyó al influjo de la retórica toda la renovación del *ius civile vetus* por cuenta del criterio de la *aequitas*, y refutó la tradicional clasificación por períodos de la evolución jurídica romana, concluyendo que 'entre el derecho elaborado por la jurisprudencia clásica y el derecho justiniano, no existen diferencias sustanciales'".

40 GANDOLFI. *Ob. cit.*, 257: "El principio *summum ius summa iniuria*, expresaba la reacción al rígido principio formalístico, y se manifestó después de las guerras púnicas para afir-

factores que provocaron el cambio en la interpretación de los actos negociales de un rígido formalismo a un criterio que buscaba establecer la voluntad del autor.

Otros doctrinantes, por el contrario, señalan que dada la condición de la retórica como arte del *disputare de omni re in contrarias partes*, en su calidad de técnica de la argumentación y del discurso persuasivo⁴¹, no es posible concluir que ésta haya dado lugar al establecimiento de un nuevo criterio interpretativo. La retórica enseñaba a defender el *scriptum* y la *voluntas* con argumentos que eran tomados por el abogado dependiendo de la posición que favoreciera los intereses de sus clientes⁴², lo que significa que la retórica se dirigía al abogado defensor y no al juez, y que ofrecía métodos y no soluciones⁴³. Por tales razones, se ha afirmado que la retórica no tuvo influencia en la aplicación de la ley: "La cuestión jurídica acerca de cuál de las dos interpretaciones debía prevalecer, la literal o la equitativa [...] estaba simplemente por fuera del dominio de la retórica"⁴⁴.

Los juristas romanos a partir de la época republicana, ante la inexistencia de un método interpretativo propio, se valieron algunas veces de argumentos lógicos, gramaticales, etimológicos o fundados sobre juicios de valor, los cuales, al ser estudiados desde varios puntos de vista, con base en un procedimiento que no es sistemático sino tópico, prevalecían, según el caso, unos respecto de otros, de acuerdo con la solución que se presentaba como la más razonable y oportuna para el caso particular⁴⁵. De tal forma, es un progreso atribuible a la retórica que tanto el criterio interpretativo rígido y objetivo, como el amplio y subjetivo, pudieran en algún momento prevalecer⁴⁶.

De acuerdo con lo anterior, la jurisprudencia romana derivó de la retórica instrumentos clasificatorios útiles para afinar los propios procedimientos interpretativos, a través de una más adecuada sistematización conceptual, pero no tomó de ella los criterios de fondo de una nueva interpretación, los cuales se remontan a las propias experiencias antecedentes de la jurisprudencia romana⁴⁷.

marse con la retórica en el sentido de asegurar la interpretación de los actos negociales según la voluntad del autor [...] El principio, adoptado y sostenido por la retórica romana, había penetrado a través de los debates forenses en las escuelas de jurisprudencia, donde había hecho proselitismo en AQUILIO GALLO, SERVIO, TUBERÓN, CELSO, quien reconocía con ARISTÓTELES que *la mens es prior atque potentior*".

41 GANDOLFI. Ob. cit., 261.

42 ZIMMERMANN. *The Law of Obligations*, cit., 631.

43 GANDOLFI. Ob. cit., 266 s., en cuanto hace referencia a la naturaleza neutra de la retórica, y a su relación con la jurisprudencia, precisa, citando a RIPOSATI. "Problemi di retorica antica", en *Introduzione alla filosofia classica*, Milano, 1951, 662: "ARISTÓTELES observaba que la retórica es en efecto una investigación especulativa 'de los medios para producir una cosa que, indiferentemente, puede ser o no ser, y en cuyo origen está el agente creador y no el objeto creado'. Esta precisión es válida *mutatis mutandis* para las relaciones entre retórica y jurisprudencia".

44 ZIMMERMANN. Ob. cit., 632.

45 BURDESE. *Note sull'interpretazione in diritto romano*, cit., 195.

46 ZIMMERMANN. Ob. cit., 632.

47 BURDESE. *Note sull'interpretazione in diritto romano*, cit., 195.

3. *Causa curiana*

Este caso es señalado por gran parte de la doctrina como un suceso judicial de radical importancia en la historia de la interpretación de los actos negociales⁴⁸. Las características del mismo se pueden describir de la siguiente manera: en Roma, constituía uno de los deberes del *bonus paterfamilias* designar un heredero, y de tal manera evitar que la sucesión de sus bienes fuera intestada. Sucedió frecuentemente que cuando el heredero era un impúber, y por esta condición no podía testar, el testador nombraba un *substitutio pupillaris*⁴⁹ para que, en el evento en que el heredero falleciera antes de haber cumplido la mayoría de edad, recibiera la herencia y la sucesión originaria no quedara *ab intestato*. Ocurrió entonces que un testador de nombre MARIUS COPONIUS, quien no tenía hijos, pero cuya esposa estaba en embarazo, nominó como *substitutio pupillaris* a MANIO CURIONE, con tan mala fortuna que después de la muerte del testador, el heredero no nació, y como consecuencia de ello se produjo el conflicto jurídico por la herencia entre MARCO COPONIUS, quien era el pariente más cercano del *de cuius*, y el sustituto pupilar.

Las interpretaciones jurídicas que se esgrimieron acerca del testamento ante el tribunal de los *centumviri* en el año 92 a. C., aproximadamente, estuvieron a cargo de QUINTO MUCIO SCEVOLA y de LUCIO LICINIO CRASSO. El primero, en su calidad de abogado de MARCO COPONIUS, alegó, con base en una interpretación estricta y literal del acto jurídico⁵⁰, que el testamento era ineficaz por ausencia del heredero instituido⁵¹ y por inexistencia de una nominación como *substitutio vulgaris* a favor de CURIONE⁵², en virtud de la cual éste último habría podido recibir la herencia directamente del testador. El segundo, en defensa de los intereses del sustituto, propuso una interpretación subjetiva encaminada a establecer que la voluntad del testador⁵³ era, ante la inexistencia del heredero, que los bienes

48 GANDOLFI. *Studi sull'interpretazione degli atti negoziali in diritto romano*, cit. 271 ss.; R. ZIMMERMANN. *The Law of Obligations*, cit., 628 ss.; VOGLI. "Interpretazione del negozio giuridico (dir. rom.)", cit., 273; BURDESE. Ob. cit., 193 s.

49 IGLESIAS. *Derecho romano*, cit., 608: "Sustitución pupilar. Consiste en el nombramiento de un heredero al propio hijo impúber, para el caso de que éste muera antes de alcanzar la pubertad, y, consiguientemente, en un momento en que todavía no puede testar. De este modo, es decir, haciendo testamento el *paterfamilias* en lugar del *filius*, se evitará la apertura de la sucesión *ab intestato*, a lo que se llegaría si muriera el último en un estado respecto del cual no es consentida la *testamenti factio activa*".

50 BURDESE. Ob. cit., 194.

51 VOGLI. Ob. cit., 273.

52 ZIMMERMANN. Ob. cit., 629: "Una *substitutio vulgaris* no estaba contenida —*expressis verbis*— en el testamento en la causa curiana. La cuestión entonces surgía, acerca de si se podía entender comprendida en la *substitutio pupillaris*. SCEVOLA, el jurista, rechazó tal proposición, y, en efecto, desde una lectura estricta y literal de la *substitutio pupillaris*, él estaba indudablemente en lo cierto".

53 VOGLI. Ob. cit., 273: "CRASSO reprochaba a su adversario el detenerse en las palabras, y por ello, no interpretar todo el pensamiento del testador: teniendo en cuenta que no siempre se expresa todo, no se puede calificar como no querido lo que no se ha expre-

pasaran a CURIONE⁵⁴. Decía CRASSO que sobre el plano lógico inductivo, utilizando el criterio de lo que es verosímil, se podía concluir de las palabras del causante que se trataba de una sustitución vulgar implícita⁵⁵, y que, en tal virtud, habría de recibir la herencia CURIONE. Estaban en juego en esta causa las dos tendencias del problema hermenéutico⁵⁶: una tradicional, formal y conservadora que propugnaba por la interpretación literal, y la otra sensible a las nuevas visiones y orientada en el sentido de dar preeminencia a la *voluntas* respecto de los *verba*⁵⁷.

El tribunal acogió la posición CRASSO⁵⁸, y se constituyó de esta forma la causa curiana, con su decisión favorable a la concepción subjetiva, en un antecedente que de acuerdo con el sentir de algunos autores, marcó el inicio de una nueva época en la interpretación de los actos jurídicos en Roma⁵⁹. No obstante, dentro de la doctrina hay otras posiciones: unas reconocen importancia a la causa curiana, pero sin erigirla al punto de génesis de la nueva interpretación⁶⁰; BETTI la califica como un caso de interpretación general o típica en el sentido de que prescinde del análisis de las circunstancias concretas del acto, y, sobre la base de una evaluación lógica, interpreta el testamento según el *id quod plerumque accidit* (lo que generalmente sucede)⁶¹.

- sado, quien nombra dos herederos, uno para sí y otro para el hijo, ha pensado en una continuidad de la sucesión, y se le puede atribuir la voluntad implícita de que si el sustituto no puede ser heredero del hijo, lo sea al menos del padre".
- 54 ZIMMERMANN. Ob. cit., 630: "La posibilidad de que él no tuviera el hijo, evidentemente no se le ocurrió (al testador). Es bastante obvio, de todas formas, que habría preferido al sustituto para heredar sus bienes en este evento, en lugar de morir intestado".
- 55 GANDOLFI. Ob. cit., 289, IGLESIAS. *Derecho romano*, cit., 610: "Era cuestión discutida hacia fines de la República la de si la sustitución pupilar llevaba implícita la vulgar. Prevaleció la opinión afirmativa, y con la contraria, esto es, la de que la sustitución vulgar implica también la pupilar".
- 56 BURDESE. Ob. cit., 193.
- 57 VOCI. Ob. cit., 273: "En su argumentación [...] CRASSO oponía la equidad al *ius scriptum*, la voluntad al escrito, la *res* al *verba*".
- 58 TALAMANCA. *Istituzioni di diritto romano*, cit., 734: "LICINIO CRASSO, orador, hizo prevalecer, con base en la *voluntas testantis* contra el dictado del *verba*, que el sustituto pupilar tenía derecho a la herencia sobre los herederos de ley: esto se expresa diciendo que la sustitución pupilar comprende la vulgar. Hacia finales de la época clásica, esta solución es universalmente aceptada, con base en un *rescripto* de MARCO AURELIO y LUCIO VERO (recordado en D.28.6.4 pr. de MODESTINO)".
- 59 GANDOLFI. Ob. cit., 289, señala las posiciones de autores como RICCOBONO quien "... sostiene que este proceso había creado, por mérito de la retórica, un precedente de gran importancia para el triunfo de la voluntad y de la *aequitas* contra la interpretación literal"; de BIONDI precisa que "proyecta el contraste entre la interpretación literal y aquella lógica", mientras que en relación con VOCI, dice que el autor la considera como "una superación de la antigua interpretación literal por obra de la retórica [...] como un punto de partida para la nueva teoría interpretativa".
- 60 ZIMMERMANN. Ob. cit., 630: "La causa curiana, sin duda, fue solamente un grano de arena dentro de un amplio desarrollo, y la victoria de CRASSO no significó que a partir de entonces el criterio de la voluntad, de la subjetividad, hubiera superado o remplazado definitivamente la vieja y rígida interpretación literal".
- 61 BETTI. *Lezioni di diritto romano*, cit., 349 nota 1.

Al respecto es importante el análisis de WIEACKER, para quien el punto central de la controversia no radica tanto en la oposición entre *verba* y *voluntas*, ni en la victoria de la segunda, sino en el significado propiamente jurídico de las palabras usadas en la fórmula de sustitución. Traslada el debate hacia cuál es la forma como se debe determinar la *voluntas testandis*: ¿con base en las palabras expresadas por el testador, o con base en el criterio de la verosimilitud, es decir, con la deducción lógica de lo que habría hecho el testador si hubiere conocido de las circunstancias que se presentarían después de su muerte? El autor señala que QUINTO MUCIO sostenía que si la voluntad del testador hubiera sido que la *substitutio pupillaris* valiera como *substitutio vulgaris*, se habría valido de otras palabras, es decir, lo habría dicho expresamente, mientras que CRASSO deducía de la vida y del *sermo communis* que también el testador COPONIUS, aun sin haber recurrido a las palabras típicas, había querido este mismo efecto⁶².

Por su parte, GANDOLFI afirma que no existe evidencia de que CRASSO hubiera propuesto un principio interpretativo nuevo, y menos aún de que éste estuviera basado sobre presupuestos dialécticos que contrastaran las directivas tradicionales del *ius civile vetus*. De acuerdo con el autor, "Una valoración total de los testimonios reportados, comprendidos aquellos relacionados con la causa curiana, nos permite excluir que de ella se pueda deducir la prueba de un cambio en la dirección interpretativa, en el sentido de una superación de las directivas de la jurisprudencia por parte de las corrientes retóricas"⁶³.

La causa curiana representó un antecedente en materia de negocios *mortis causa* que también influyó en los negocios *inter vivos*. Las fuentes refieren una cantidad de casos de interpretación de testamentos, cuyos criterios fueron también utilizados en materia de contratos, dado que, si bien era cierto que existían diferencias entre uno y otro tipo de negocios, no se estableció una frontera dogmática estricta entre los criterios a utilizar⁶⁴.

4. *Id quod actum est*

De conformidad con la evolución jurídica presentada hasta el momento, en los negocios jurídicos, desde los últimos tiempos republicanos, la jurisprudencia se orientó hacia la reconstrucción del acto, aun cuando éste fuera solemne, a la luz de la voluntad que lo había motivado, es decir, a la determinación del *id quod actum est*⁶⁵ (aquello que se ha celebrado o convenido). Para individuar el *id quod actum est*,

62 GANDOLFI. *Studi sull'interpretazione degli atti negoziali in diritto romano*, cit., 291, cita a WIEACKER. "La causa curiana e gli orientamenti della giurisprudenza coeva", conferencia dada en la Universidad de Milán en el curso del año académico 1964-1965.

63 GANDOLFI. *Ob. cit.*, 294.

64 ZIMMERMANN. *Ob. cit.*, 632.

65 BURDESE. *Note sull'interpretazione in diritto romano*, cit., 200; al respecto TALAMANCA. *Istituzioni di diritto romano*, cit., 220, dice: "En cuanto hace referencia a los actos *inter vivos*, prevale-

el punto de partida estaba representando por el valor objetivo de la declaración, en consideración al conjunto de las circunstancias dentro de las cuales había sido emitida⁶⁶.

En el sentir de PRINGSHEIM⁶⁷, los juristas romanos al rechazar los esquemas abstractos de la retórica, no elaboraron una teoría general de la interpretación, sino que procedieron con el análisis interpretativo de la finalidad práctica que las partes perseguían con el negocio. En esta dirección, el autor define el *id quod actum est* como un procedimiento interpretativo, un criterio de indagación para determinar la voluntad de las partes. Por su parte, GANDOLFI lo considera como el propósito mismo de la interpretación y no como un criterio interpretativo⁶⁸.

Por fuera de la discusión que atañe a su calificación como criterio o finalidad de la interpretación, es claro para la doctrina romanista que el *id quod actum est* hacía referencia a la determinación de la común intención de las partes expresada en un contrato⁶⁹, de acuerdo con las circunstancias personales e individuales dentro de las cuales las negociaciones y las declaraciones habían tenido lugar⁷⁰. El significado literal de las palabras usadas por las partes y otros criterios objetivos, son

ce, a partir del fin de la República, el principio de que, en general, el significado de las declaraciones negociales se identifica sobre la base del *id quod actum est* ('aquello que se ha celebrado' o 'convenido'), lo que significa, para adoptar la terminología del artículo 1362 del Código Civil italiano, 'la común intención de las partes'".

66 TALAMANCA. Ob. cit., 220.

67 GANDOLFI. Ob. cit., 117, cita a F. PRINGSHEIM. "Id quod actum est", en ZSS78, 1961, 1 s.

68 GANDOLFI. Ob. cit., 119.

69 VOCI. *Interpretazione del negozio giuridico*, cit., 276, VOCI precisa que la primera función de la interpretación en Roma es la de reconocer el *id quod actum est*, es decir, determinar lo que ha sido realizado mediante la indagación sobre la declaración y su relación tanto con la voluntad como con la situación de hecho a la cual se refería.

70 ZIMMERMANN. *The Law of Obligations*, cit., 633. Las fuentes refieren algunos casos de búsqueda del *id quod actum est*, así: D.18,1,80,2 LABEÓN: "Se había vendido por un quinquenio un bosque de tallar; se preguntaba, ¿cuando cayese la bellota de quién sería? Sé que SERVIO respondió, que primeramente se habría de estar a lo que apareciese que se trató, pero si estuviese obscuro, la bellota que hubiese caído de los árboles, que no se hubiese cortado, era del vendedor, pero del comprador, la que hubiese estado en los árboles al tiempo que estos fueren cortados". D.18,1,40,1 PAULO. Dijo en un pacto que se habrá de comprender el agua del fundo; se preguntaba, ¿se habría comprendido también el paso para el agua? Respondió que le parecía que se trató eso y que por lo tanto debía darse al vendedor también el paso". D.18,1,78, pr. LABEÓN; Obras póstumas comprendidas por JAVOLENO, libro IV: "Se había dicho por condición que las cañerías habían de ser del comprador; se preguntaba, ¿se haría de él por accesión el depósito del cual se condujese el agua por las cañerías? Respondí, que aparece que se trató esto, que también aquel se hiciera de él, aunque no se contiene en la escritura". D.45,1,41 pr. ULPiano, Comentarios a SABINO, libro L: Es evidente, que no hay duda alguna, si el que estipula 'para las calendas de Enero' añadiera 'primeras' o 'próximas'. Mas también si dijera "segundas" o "terceras", u otras cualesquiera, dirime la cuestión. Pero si no añadiera para que calendas de Enero, es una cuestión de hecho inducir que es lo que acaso haya entendido, esto es, que sea lo tratado entre ellos; porque ciertamente nos atenemos a lo que se trató, y aceptamos aquellas calendas; mas si no apareciera cuáles fueran, se ha de decir lo que SABINO, que se ha de atender a las primeras calendas de Enero. Pero si alguno interpusiera la estipulación en el mismo día de las calendas, ¿a qué nos atenderemos? Y opino que se considera que se trató de las siguientes calendas".

relevantes siempre que ayuden a la determinación del *id quod actum est*; de otra manera serán sólo utilizadas si las circunstancias individuales se mantienen en la oscuridad.

C. Derecho romano posclásico (justiniano o bizantino)

En las compilaciones posclásicas, especialmente en la justiniana, se encuentran textos que hacen prevalecer la interpretación subjetiva. Las características generales de este período, eran (i) una tendencia general a juzgar todos los comportamientos humanos de acuerdo con la moral, más particularmente, con los estándares cristianos⁷¹, y (ii) la adopción por parte de la jurisprudencia posclásica de una interpretación individual o subjetiva del negocio en procura de la verdadera y concreta voluntad interna del agente o de los agentes, donde lo que se buscaba era el *animus* más allá de las apariencias externas y de los significados típicos⁷². De acuerdo con PRINGSHEIM, los bizantinos fueron los primeros que se encaminaron hacia la determinación y preeminencia de la intención, como medida suprema en los actos jurídicos, aun cuando ésta no hubiera sido expresada y fuera imposible de demostrar⁷³.

1. Formación de los actos jurídicos

El negocio jurídico en esta etapa se define como "un acto de autonomía privada que responde a esquemas legales libremente modificables, al cual el ordenamiento refiere efectos jurídicos presumiblemente queridos por el interesado"⁷⁴, con lo cual salta a primera vista una superación de la tipicidad negocial clásica. Se debe anotar que uno de los aspectos característicos de la concepción justiniana de negocio jurídico, consiste en escindir la clásica unidad del acto de su contenido, contraponiendo este último, entendido como *animus*, al acto mismo considerado como una mera expresión exterior⁷⁵.

2. El dogma justiniano de la voluntad

La doctrina romanista de los últimos años del siglo XIX, sostuvo que una de las principales reformas de JUSTINIANO, realizada por medio de la interpolación de numerosos textos clásicos en las Pandectas⁷⁶, fue la de establecer el primado de

71 ZIMMERMANN. *The Law of Obligations*, cit., 624.

72 GUARINO. *Diritto privato romano*, cit., 324.

73 ZIMMERMANN. Ob. cit., 624, cita a PRINGSHEIM. "Animus in Roman Law", 49 LQR, 1933, 43 ss., 379 ss.

74 BETTI. *Lezioni di diritto romano*, cit., 334.

75 *Ibid.*, 332.

76 ZIMMERMANN. Ob. cit., 624: "La predilección bizantina del *animus* es obvia e indiscutible. Es la fuente de un número considerable de interpolaciones a los textos clásicos".

la voluntad sobre la manifestación, de modo que al intérprete correspondía la tarea de averiguar la voluntad del autor de una declaración o de un comportamiento, más allá, o incluso contra el significado exterior de la misma⁷⁷. La forma como procedió JUSTINIANO con las interpolaciones a los textos clásicos, fue mediante la introducción en los textos de las cláusulas *nisi voluntas alia sit* y otras similares, que se constituían en reservas a favor de voluntad contraria, y venían a significar que la solución descrita en un texto para una situación, operaba sólo si la voluntad del agente no era otra⁷⁸.

Como consecuencia de tales modificaciones al sentido original de los textos clásicos, se produjo el llamado "dogma justiniano de la voluntad", que consistió en la asunción por parte de un sector de la doctrina de dos conclusiones principales. La primera hacía referencia a las relaciones entre la voluntad y la declaración, en virtud de la cual se dijo que si la misma declaración podía ser entendida en modos diversos, dependiendo de la voluntad de su autor, para el intérprete tendría relevancia sólo tal voluntad, y, por lo tanto, el deber del respeto de los usos comunes del lenguaje resultaba menos importante en derecho justiniano. La segunda, guardaba relación con el contenido mismo de la voluntad, y precisaba que cuando se dejaba de considerar el texto añadido por JUSTINIANO, y se veía sólo el texto clásico, la voluntad que aparecía reconocida era la general o típica, mientras que al reconocimiento de la voluntad individual se llegaba gracias a la interpolación del derecho justiniano⁷⁹.

La primera conclusión es controvertida con el argumento de que JUSTINIANO pretendía hacer una codificación, y para ello debió recurrir a los casos que de manera específica fueron resueltos por la jurisprudencia clásica; ahora bien, al cambiar la condición de un texto, de solución de un caso particular a proposición de norma general, se debía, como en efecto se hizo, introducir unas palabras que advirtieran al intérprete que en el evento en que cambiaran los presupuestos, la solución podía ser diversa. Por lo tanto, no se puede afirmar que sea una regla la inobservancia en el período justiniano de los usos comunes del lenguaje para favorecer la voluntad del declarante, como tampoco se puede decir que sea una máxima

77 VOGLI. "Interpretazione del negocio (dir. rom.)", cit., 252.

78 *Ibid.*, 275, en relación con la introducción de las cláusulas en los textos, precisa: "En concreto, esta cláusula se presenta en tres hipótesis: a) un texto expone una norma (no interpretativa), y ante la inclusión de la reserva, la norma se vuelve dispositiva; b) un texto expone una norma interpretativa de voluntad, y ante la inclusión de la reserva, la norma adquiere la naturaleza de una *praesumptio iuris tantum*; c) un texto expone una solución a un caso particular (*responsa* o *rescripta*): la reserva tiene el oficio de advertir que en la medida en que cambien los presupuestos, puede cambiar también la solución. No hay objeciones de carácter lógico a la inclusión de las cláusulas en las primeras dos hipótesis. Pero en la tercera, es claro que el *responsa* o *rescripta* está llamado a decidir el caso puesto a consideración del jurista".

79 VOGLI. *Ob. cit.*, 275.

la admisión de una voluntad diferente que atropelle el sentido objetivo de la declaración, tanto que se venga a una *voluntas* contra *verba*⁸⁰.

En cuanto hace referencia a la segunda conclusión, se controvierte afirmando que las interpolaciones incluidas en una solución clásica de un caso particular, no obedecen al propósito de dar mayor reconocimiento a la voluntad individual en relación con la voluntad general o típica, sino, sobre todo, de precisar que las soluciones de casos específicos, en presencia de circunstancias concretas diferentes, podrían ser distintas. De acuerdo con lo anterior, no se asume *per se* como regla general de aplicación la solución que la jurisprudencia clásica dio a un caso particular, a pesar de que podría pensarse en ello por haber sido incluida en una compilación de carácter legislativo⁸¹.

3. *Espíritu del derecho romano posclásico (justiniano o bizantino) en materia de interpretación*

Corresponde entonces establecer cuál es el espíritu del derecho justiniano (posclásico o bizantino) en materia de interpretación. En primer lugar, es necesario decir que sólo después de la constitución de LEÓN de 472 d. C.⁸² la interpretación de los *verba* deviene totalmente libre, y se encamina a averiguar el intento específico de los contratantes; por tal razón, es posible afirmar que durante esta época se superó el formalismo clásico en la celebración de los actos jurídicos, y se permitió la individualización de una efectiva voluntad negocial, porque no se usaron más los *verba sollemnia*⁸³. A pesar de ello, JUSTINIANO exigió en varias de sus constituciones que para interpretar un acto jurídico con base en la voluntad del declarante, esta debía ser *specialiter dicta* o *expressa* o *probata*, o bien debía ser *evidens* o *evidentissima*⁸⁴.

La creación de una jerarquía de pruebas en la época, producto de la tendencia posclásica a la burocratización del derecho⁸⁵, constituyó un cambio en relación con el período clásico en el que el juez decidía sobre la apreciación de las

80 Ídem.

81 BURDESE. *Note sull'interpretazione in diritto romano*, cit., 206; en el mismo sentido VOCI. "Interpretazione del negozio (dir. rom.)", cit., 275.

82 C. 8,37(38),10, El Emperador LEÓN, Augusto, a ERITRIO, Prefecto del Pretorio: "Tengan su validez todas las estipulaciones reconocidas por las leyes, aunque no hayan sido hechas con palabras solemnes o directas, sino con otras cualesquiera con el consentimiento de los contratantes. Dado en Constantinopla en las Calendas bajo el consulado de MARCIANO y ZENÓN".

83 BURDESE. Ob. cit., 207.

84 VOCI. Ob. cit., 276. BURDESE. Ob. cit., 207, dice que la voluntad se debía fundar "sobre pruebas claras, en especial sobre el escrito".

85 ZIMMERMANN. *The Law of Obligations*, cit., 625, acerca del proceso de burocratización, cita a KASER, quien dice: "La tendencia innata de todas las burocracias de convertir el desarrollo del derecho en monopolio de una oficina central, de codificar el derecho para asegurar y supervisar su estricta aplicación y ejecución, produjo un cambio completo en la estructura de la ciencia jurídica romana".

pruebas teniendo como base, no una serie de reglas definidas, sino su autoridad personal, y este cambio acarreó una restricción a la libre interpretación por parte del juez. Por lo tanto, JUSTINIANO, de una parte instruyó al juez para tomar en consideración la real intención de las partes, y, al mismo tiempo, dispuso que tal intención debía ser probada de acuerdo con una jerarquía especial de pruebas⁸⁶. El resultado final de esta contraposición consistió, en la práctica, en que no se dejara a la efectiva voluntad de las partes un espacio mayor del que antes había tenido en el derecho clásico⁸⁷.

III. DERECHO INTERMEDIO Y POSICIONES DOCTRINARIAS ANTERIORES A LA CODIFICACIÓN

A. Derecho intermedio

La Edad Media fue el escenario de un nuevo capítulo de la interpretación de los contratos. Tal como sucedió en Roma, este período contó con la participación del criterio interpretativo formal *verbas*, de una parte, y del criterio subjetivo *voluntas*, de la otra⁸⁸, los cuales, de la mano de los doctores medievales, recorrieron el camino de estos siglos⁸⁹.

Para el análisis de la cuestión, se reconoce desde un comienzo que la información sobre los pronunciamientos judiciales es insuficiente⁹⁰, lo cual genera un conocimiento sesgado de la aplicación de los criterios en los casos concretos⁹¹. A pesar de ello, la doctrina ha formulado tesis acerca de la forma como procedió

86 ZIMMERMANN. Ob. cit., 625.

87 BURDESE. *Manuale di diritto privato romano*, cit., 193, en donde el autor hace una síntesis acerca de la interpretación en la edad postclásica de la siguiente forma: "En la época posclásica, la desaparición del antiguo formalismo y el hecho de que las nuevas formas negociales hayan sido concebidas esencialmente con finalidades probatorias, eliminan los obstáculos a la consideración del elemento volitivo. También por la acentuada influencia del pensamiento helenístico, se afirma la interpretación individual del negocio jurídico: son numerosas las interpolaciones aportadas por los compiladores justinianos a los textos clásicos en el intento de generalizar el principio de la preponderancia de la *voluntas* sobre el *verba*; no obstante, el surgimiento de un sistema rígido de pruebas, no da mayor espacio en la práctica a la efectiva voluntad negocial que aquel que tenía antes".

88 S. CAPRIOLI. *Interpretazione nel diritto medievale e moderno*, Digesto, 4.ª ed., Torino, 1993, 22, con relación a los análisis de MANTICA. *Vaticanae lucubrationes de tacitis et ambiguis conventionibus*, 1, Roma, 1609, lib 1, tit. XVI, dice que durante la época se presentaron muchos fenómenos interpretativos diversos que fueron "unificados por una óptica que parece demasiado dominante en la reflexión de MANTICA y de aquellos que vinieron después de él: la antítesis entre *voluntas* y *verba*".

89 C. SCOGNAMIGLIO. *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, Padova, 1992, 48.

90 ZIMMERMANN. Ob. cit., 635, el autor precisa que la interpretación de los contratos durante las diferentes fases del *ius commune*, requiere el análisis de las decisiones de las cortes, y que tal tarea no ha sido aún adelantada.

91 *Ibid.*, 636.

la interpretación, con base en la información contenida en los manuales, los comentarios y los tratados académicos.

Igualmente, se debe tener presente, por cuanto es fuente de diferencias en el tratamiento de la interpretación, que una de las características principales del derecho común era la existencia, al lado de los elementos del derecho vigente, de un derecho de los *savants*, inspirado algunas veces en el derecho romano (como razón o derecho *par excellence*), y otras en la lógica o en el derecho natural. Este derecho de los *savants* tuvo una tendencia excesiva a racionalizar los datos de la experiencia y a revestirlos de conceptos, nombres y de sus propios ideales, todo lo cual frecuentemente carecía de sustento en el derecho vigente⁹². Tal posición puede afectar el análisis de los criterios de interpretación de los contratos en este período, dado que, dependiendo de la corriente de construcción histórica del derecho que se siga, algunos autores afirmarán que el criterio subjetivo o psicológico era el predominante, mientras que otros dirán que era el de la interpretación general o típica.

1. Formación de los contratos

Durante el medioevo la concepción del contrato fue formal, típica y real⁹³, por cuanto sólo tenía efectos jurídicos el acuerdo contractual que hubiera sido celebrado de conformidad con una forma especial (la *wadiatio*, la *fides facta*, la *charta* o la *traditio chartae*), o aquel que constituyera una relación de carácter restitutorio por la dación de un bien (mutuo, depósito, comodato, mandato en el cual el derecho venía transferido al mandatario), o bien, cuando se producía el vínculo jurídico mediante la ejecución de la prestación de la cual trataba el acuerdo (*res vel factum*)⁹⁴.

2. Interpretación objetiva y subjetiva

Algunos autores afirman que, en principio, el formalismo y el objetivismo presentes en la formación de los contratos rigen la interpretación durante el medioevo, con la preeminencia de la interpretación formal-literal⁹⁵, y la consiguiente irrelevancia de los motivos o presupuestos que habían llevado a las partes a obligarse jurídicamente⁹⁶. El derecho común, con base en los requisitos de forma,

92 G. GORLA. *Il contratto* (I), Milano, 1955, 47.

93 M. CASELLA. "Il contratto e l'interpretazione", *JUS*, Rivista di scienze giuridiche, Milano, Università Cattolica del Santo Cuore, 1960, 52: "Los resultados de la más reciente crítica histórica inducen a concluir que el sistema contractual medieval era de contratos típicos, reales o formales, con formas rigurosas y solemnes: y la solución a los problemas de interpretación descende inevitablemente de tales premisas".

94 GORLA. Ob. cit. 29 s.

95 SCOGNAMIGLIO. *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, cit., 48.

intentaba que las relaciones jurídicas estuvieran cobijadas por la certeza⁹⁷, lo que de suyo condicionaba la libertad en la hermenéutica contractual a favor de la tipicidad y formalidad.

Sin embargo, se considera que los motivos o presupuestos del negocio podrían tener efectos jurídicos si resultaban de cierta manera formales, es decir, con un significado objetivamente claro, y correspondían a los estándares sociales⁹⁸. En tales casos, aparecía la posibilidad de los pactos⁹⁹ y del análisis de la causa del contrato como hipótesis de un criterio interpretativo que tendía a la determinación de la voluntad de las partes. Para dar mayor fuerza a lo anterior, algunos doctrinantes plantean que el esclarecimiento de la común intención de las partes era el objetivo principal del intérprete de esta época¹⁰⁰, y que las palabras debían ser consideradas como un instrumento para la manifestación de la voluntad¹⁰¹.

En líneas generales, se puede decir que en materia de interpretación durante el medioevo, hubo una doctrina sutil y aguda que enseñó a apreciar presunciones, indicios, comportamientos significativos, pruebas de los mismos, conjeturas y usos, con base en los cuales se aclaraba y apreciaba la voluntad declarada, y, de otra parte, contemporáneamente, existió como primera preocupación de los ordenamientos positivos, aquella de dejar el campo más restringido posible al arbitrio del juez. En tal sentido, se indicaron los límites hasta donde podía extenderse la voluntad de las partes para incluir pactos que no eran propios del tipo contractual, y se indicó también cuándo la voluntad debía ceder al tipo¹⁰².

96 CASELLA. Ob. cit., 51: "En general, los motivos, presuposiciones, circunstancias o medios que hubieran podido fijar significados especiales a la declaración, eran excluidos por irrelevantes, y no podía ser de otra forma en un sistema en el cual el documento tenía por norma alcance constitutivo o de prueba legal, y en un ordenamiento procesal en el cual, frente a la exhibición de la *charta*, no había lugar a la determinación de hechos diferentes de aquellos que la *charta* objetivamente manifestaba, y el único recurso era la impugnación de falsedad".

97 GORLA. Ob. cit., 38.

98 *Ibíd.*, 35.

99 CASELLA. Ob. cit., 51, señala que para que tuviera validez la exclusión de las consecuencias típicas o normales del contrato no deseadas por las partes, se debía expresar con pactos especiales dentro del texto contractual. No bastaba el nudo consenso.

100 H. COING. *Derecho privado europeo 1*, "Derecho común más antiguo", A. PÉREZ MARTÍN (trad.), Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1996, 550, dice sobre el criterio subjetivo lo siguiente: "en el Derecho Común, el principio rector, es decir, lo primero que uno se debe preguntar en la interpretación de los contratos es qué es lo que las partes quisieron"; por su parte BUSI. *La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune*, cit., 18, indica: "es norma del derecho común [...] investigar la intención, más que la manifestación de ésta".

101 V. PIANO MORTARI. "Interpretazione (dir. interm.)", *Enciclopedia del diritto*, XXII, 1972, 281, en relación con qué es prevalente entre las palabras y la voluntad que motiva su manifestación, señala: "El carácter puramente instrumental asignado al *verba* fue relevado de manera particular por los comentaristas. La idea difundida entre los bartolistas de la posición de subordinación del *verba* en relación con la *ratio*, deriva de la consideración de las palabras como instrumentos, como simples medios materiales".

3. Criterios de interpretación del derecho intermedio

La doctrina representada por BALDO¹⁰³, y la jurisprudencia medieval, dedujeron la voluntad contractual de cuatro criterios: *a personis*, *a forma verborum*, *a facto seu materia*, *ab intentione finali disponentis*. (i) Se entendía por *a personis* el criterio interpretativo por medio del cual quien estipulaba lo hacía para sí y para sus herederos, aun cuando de estos no se hiciera mención, de manera que tenía la carga de la prueba aquel que afirmara lo contrario¹⁰⁴. (ii) Cuando se trataba de investigar cuál había sido la intención común de los contratantes, como primera medida, procedía un riguroso examen de las palabras usadas en el contrato, *a forma verborum*¹⁰⁵. (iii) En el derecho común, una interpretación *a facto seu materia* comprendía el principio según el cual el modo de ejecución que las partes han dado al contrato es elocuente manifestación de lo que ellas han querido. (iv) Al criterio de la interpretación *ab intentione finali disponentis* se arriba por medio del estudio de la llamada *causa finalis*¹⁰⁶ como criterio para la determinación de los motivos del negocio y por ende, para el esclarecimiento de la intención de los contratantes en todas las convenciones, especialmente en las tácitas o ambiguas¹⁰⁷.

Según BATTISTONI, en el principio de causa se basa esencialmente todo el sistema interpretativo de las convenciones y de los actos jurídicos: las opiniones de los doctores y de la jurisprudencia habían considerado este principio como *anima sive mens cuiuscumque dispositionis et actus*. MANTICA designaba la causa como el medio interpretativo príncipe de las convenciones tácitas y ambiguas, y RICHERI, con palabras no menos expresivas, de todas las convenciones¹⁰⁸.

102 CASELLA. *Il contratto e l'interpretazione*, cit., 53 s.

103 BUSSI. *La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune*, cit., 15 ss.

104 *Ibid.*, 16, nota 1, señala como fuente del escrito transcrito "R.R.C., De. DVII (1 febbraio 1610), n.3".

105 BUSSI. *Ob. cit.*, 16, nota 4, señala como fuente del escrito transcrito "R.R.C., De. MMXXIII (24 gennaio 1623), nn. 8 e 9".

106 E. BATTISTONI. *La causa nei negozi giuridici (Dal diritto intermedio al codice civile italiano)*, Padova, 1932, 82, se refiere de manera amplia a la entidad de la causa final en los siguientes términos: "En la práctica cotidiana de los comerciantes, las cosas no ocurren de manera muy simple; la determinación de la prestación de dar o de hacer, contemplada en el contrato, no siempre se estipula con precisión y claridad, o con palabras expresivas; en algunas oportunidades una mayor determinación no es posible, o es muy difícil, y para el cumplimiento de la obligación, se hace necesario cierto sentido intuitivo de quien debe cumplir la prestación. Se presentan así las *tacitae et ambiguae conventiones*, de las cuales MANTICA se ocupa en su obra [...] Y en estas convenciones, emergiendo en su individualidad, se revela en toda la importancia el principio de finalidad, el concepto de causa final".

107 En estos términos se refirió MANTICA a la cuestión de la interpretación de las convenciones, en su obra *Lucubrationes de tacitis et ambiguis conventionibus*, que según algunos autores merece ser recordada, no por su originalidad, sino por la forma como, con base en ejemplos, resumió el pensamiento y la vasta experiencia del derecho común.

108 BATTISTONI. *Ob. cit.*, 82 s.

4. Formación consensual de los contratos

Habida consideración de la cercanía entre los presupuestos para la formación, existencia y reconocimiento de efectos de los actos jurídicos, y su interpretación, corresponde definir el momento en que se dio lugar, en el derecho intermedio, a la formación consensual de los contratos. Se atribuye a los autores del derecho natural¹⁰⁹ el asumir las primeras posiciones acerca del poder vinculante de la voluntad, y de la consiguiente calidad de fuentes de las obligaciones del pacto nudo y de la promesa pura y simple¹¹⁰. Sin embargo, en Italia, desde finales del siglo XV y en el XVI, el consentimiento fue reconocido como vínculo generador de obligaciones en los contratos de cambio más utilizados como la venta, la permuta, el arrendamiento de cosas y de obras, los cuales fueron realizados por las personas involucradas en el comercio, quienes en su práctica comercial, siguiendo el principio de la confianza, daban valor a la promesa, con el impulso al menos teórico de las escuelas romanistas, canonistas y posteriormente iusnaturalistas¹¹¹.

La influencia del derecho canónico, que acogió muy temprano dentro de su sistema contractual el principio consensual, fue reducida, y al parecer solamente se evidenció como un impulso o justificación moral a los contratos consensuales, cuando éstos ya habían sido impuestos por el ejercicio de la práctica comercial. Por su parte, los principios del derecho romano sobre el valor del nudo consenso en los contratos consensuales típicos, en la donación y en ciertos pactos, no habían triunfado sobre la práctica y la costumbre¹¹². En cuanto hace relación al

109 T. ASCARELLI. *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Milano, 1952, 170, hace una presentación de lo que fue la escuela del derecho natural en los siguientes términos: "El movimiento del derecho natural revolucionó en el siglo XVIII la idea de estado y de derecho, y el principio de la igualdad jurídica de los ciudadanos [...] se impuso a las conciencias. Este movimiento, que hace énfasis en la exigencia de un derecho racional, naturalmente se opone al derecho tradicional; una vez habían sido expresadas, históricamente, las exigencias jurídicas de una burguesía, que ya madura, se revelaba al derecho tradicional, y se iba en contra del poder de la realeza, del cual había sido aliada precedentemente en la lucha común contra las autonomías particulares, el pasado no fue más un título de legitimidad, sino, por el contrario, símbolo de prácticas y tendencias rechazadas por la razón. Como nunca antes, la filosofía, pasó a colaborar con la actividad legislativa en la creación de un nuevo derecho. Se retomó el problema de la naturaleza del derecho y de la distinción entre derecho y mandamiento de la autoridad, y el iusnaturalismo del Siglo de las Luces afirmó con vigor la distinción; remontándose a la tradición del Renacimiento, basó el derecho sobre la razón, en contraposición, por un lado, con la autoridad del poder, y por el otro, con la concepción autoritaria del estado. El fin de la ley era entonces la garantía de aquellos que se llamaron derechos naturales, cuando hasta ese momento, había sido la conservación del derecho vigente de conformidad con la visión 'estática' preeminente en la concepción de la sociedad. Por lo anterior, a la ley se atribuye un carácter más declarativo que creativo del derecho, y aparece, simultáneamente, como instrumento jurídico superior a la costumbre".

110 CASELLA. *Il contratto e l'interpretazione*, cit., 54.

111 GORLA. *Il contratto*, cit., 44 s.

112 *Ibid.*, 46

iusnaturalismo, en el campo práctico, sus presupuestos de interpretación de los contratos, al ser sometidos a un examen superficial, llevan a pensar que no siempre los principios del derecho natural, que descendían de un particular credo filosófico o de nobles preocupaciones políticas, encontraban después puntual aplicación en la solución de problemas concretos, dado que la práctica tenía frecuentemente exigencias cotidianas, que no se conciliaban fácilmente con estos principios¹¹³.

B. Posiciones doctrinarias anteriores a la codificación

En el período que corresponde a los últimos siglos del derecho intermedio, justo antes del inicio del movimiento codificador, hubo importantes obras de juristas europeos que resultan de suma importancia en la evolución de la interpretación de los contratos.

1. *Grocio*

El autor holandés contiene dentro de su exposición del derecho privado una convivencia de los criterios de interpretación psicológico o subjetivo y formal¹¹⁴.

En su obra de teoría general del derecho holandés, divide y considera separadamente los negocios jurídicos así¹¹⁵: (i) La promesa unilateral aceptada, verbal o escrita, llamada por él "contrato expreso" y que corresponde al esquema de una *stipulatio* no formal o de un pacto no formal. En estos negocios el presupuesto de validez se fundamenta sobre la existencia de una "causa razonable" entendida como una causa tal, para inducir a un hombre razonable a hacer una promesa, una causa que otro hombre razonable, el juez, considera apta para producir una obligación en sentido jurídico¹¹⁶. (ii) Negocios típicos y aquellos que tienen una clase de forma común, en los cuales, si bien existe el acuerdo, los efectos jurídicos derivan más de la ley que de la voluntad de las partes. En estos negocios existe, antes que la causa razonable, la llamada "causa jurídica", a la cual deben los contratos su reconocimiento jurídico¹¹⁷.

113 CASELLA. *Il contratto e l'interpretazione*, cit., 55.

114 *Ibid.*, 56.

115 GORLA. *Il contratto*, cit., 49.

116 *Ibid.*, 51. Al respecto CASELLA. *Ob. cit.*, 56, precisa: "en los contratos atípicos en que falta el nombre de uso, se requiere un análisis o determinación de la 'promesa', de sus límites y de sus efectos. Pero una cierta –incluso demasiado lata– tipicidad, se encuentra en lo profundo de los mismos contratos típicos, dado que el significado de la promesa, se determina con relación al sinalagma, y, en consecuencia, a la igualdad o conmutatividad de las prestaciones (*interpretatio favorabilis*)".

117 CASELLA. *Ob. cit.*, 56: "En los contratos típicos no se 'promete', pero se enuncia un negocio que en la conciencia 'natural' –o en la práctica cotidiana de una sociedad– tiene un significado propio con efectos precisos".

Los criterios de interpretación serán distintos dependiendo del tipo de negocio que se trate. Así para los primeros, se deberá determinar la intención de las partes con base en un examen de lo declarado, mientras que en los segundos se seguirá el significado típico y normal del negocio.

El criterio subjetivo o psicológico no es acogido en su integridad por GROCIO; para él tanto la *voluntas* como el *signum voluntatis* son elementos esenciales en el proceso de formación de los contratos, y, por ende, en la interpretación de los contratos no se puede atender solamente al criterio subjetivo¹¹⁸. Se puede decir, junto con GORLA, que "GROCIO en el derecho holandés no cede a la tentación del derecho natural y al ideal de que *solus consensus obligat*"¹¹⁹. En derecho natural, para GROCIO al menos, la interpretación no tiene por objeto la intención de las partes en sentido general, es decir, sin una calificación y determinación relacionada a una declaración objetiva. El autor holandés se refiere a relaciones jurídicas con base en esquemas, que bien pueden ser genéricos (intercambio de promesas) o típicos puntuales (contratos nominados o definidos por la forma o por la entrega de la cosa o por la confianza del negocio), de lo cual deriva que, dada la relación entre formación del acto e interpretación, esta última consiste en la determinación del significado de una fórmula, en función de los efectos que el ordenamiento atribuye a tal fórmula¹²⁰.

2. Domat

Este autor trata la causa como un elemento esencial del contrato, que concurre a la formación del mismo. Con base en ella, presenta distintos géneros de convenciones (*do ut des, do ut facias, facio et facias*) en los cuales la causa del negocio reside en la contraprestación que la parte recibirá. En relación con la donación y los contratos unilaterales, precisa que la aceptación es la que da lugar a la existencia de la convención, y que la causa tiene fundamento en algún "motivo razonable y justo". Más adelante se refiere a los contratos que tienen un nombre propio y a aquellos que no, para concluir consagrando el principio genérico del puro consenso a todas las convenciones en los siguientes términos: "Todas las convenciones, sea que tengan nombre propio o no, siempre tienen su efecto, y obligan a aquello que se ha convenido"¹²¹.

En cuanto hace referencia a la interpretación de los contratos, DOMAT introdujo en la ciencia jurídica europea, con fundamento en las máximas, reglas y principios romanos, una serie de quince criterios interpretativos que fueron seguidos por las codificaciones modernas, cuya importancia radica en que reúnen, en un

118 ZIMMERMANN. *The Law of Contracts*, cit., 636.

119 GORLA. *Il contratto*, cit., 54.

120 CASELLA. *Il contratto e l'interpretazione*, cit., 50.

121 M. DOMAT. *Les loix civiles dans leur ordre naturel, le droit public, et legum delectus*, 1, Paris, 1771, 26.

solo cuerpo y en un mismo momento histórico, el saber de muchos siglos, y constituyen el punto de partida para los desarrollos modernos y contemporáneos en la interpretación de los contratos.

3. *Pothier*

Con respecto a la formación y efectos vinculantes de los contratos, POTHIER principia por definir que por ser el contrato una especie de convención, ha de establecerse primero qué se entiende por convención¹²²; luego de ello, rechaza las clasificaciones del derecho romano¹²³, y concluye que un contrato es "Una convención por la cual las dos partes recíprocamente, o solo una de las dos, promete y se obliga para con la otra a darle alguna cosa, o a hacer o no hacer tal cosa"¹²⁴.

En otro aparte POTHIER¹²⁵ acoge las teorías iusnaturalistas y a DOMAT, y consagra el principio de *solus consensus obligat*, con los efectos que ello genera para la interpretación de los contratos. Con la adopción del principio de la formación de los contratos por la voluntad de las partes, se considera que el sistema de interpretación contractual correspondiente a los siglos XVII y XVIII ha superado, al menos en apariencia, los criterios de interpretación medieval. Por lo tanto, la investigación del intento de obligarse jurídicamente es conducida con independencia de los criterios de la forma y de la *res*, es decir, se realiza entonces una interpretación libre, investigando los motivos, las circunstancias y demás del caso concreto, lo que es conforme al principio iusnaturalístico del puro consenso o de la voluntad como base de la obligación¹²⁶.

122 F. HINESTROSA. "Reconocimiento del contrato y legitimidad de sus efectos. Del contrato romano al contrato contemporáneo", en *Materiali II, Corso di Perfezionamento e di Magister in: "Sistema Jurídico Romanístico, Unificación del derecho y derecho de la integración (Con especial atención al derecho de los contratos)*, Roma, Aracne Editrice, 1998, 110, cita a R. J. POTHIER. *Tratado de las obligaciones*, 1, S. M. S. (trad.), Madrid y Barcelona, s. f., 5-8 y 16: "3. Un contrato es una especie de convención. [...] "Una convención o pacto (puesto que dichos términos son sinónimos) es el consentimiento de dos o más personas, para formar entre ellas algún compromiso, o para resolver uno existente o para modificarlo: *Duorum vel plurium in ide placitum consensus*. La especie de convención que tiene por objeto formar algún compromiso, es lo que se llama contrato".

123 HINESTROSA. Ob. cit., 110, cita a POTHIER. *Tratado de las obligaciones*: "Los principios del derecho romano sobre las diferentes especies de pactos, y sobre distinguir los contratos y los simples pactos, por lo mismo que no se fundan en el derecho natural, estando por lo contrario muy alejados de su sencillez, no se admiten en nuestro derecho".

124 HINESTROSA. Ob. cit., 110, cita a POTHIER. *Tratado de las obligaciones*.

125 Ídem: "He dicho, *prometer y obligar*, pues solo las promesas que hacemos con intención de empeñarnos, y de conceder a quien se las hacemos el derecho de exigir su cumplimiento, dan materia para un contrato o una convención. Otras promesas hay, que hacemos de buena fe, y con la voluntad actual de cumplirlas, pero sin intención de conceder a aquel a quien se las hacemos el derecho de exigir el cumplimiento [...] Esas promesas producen, sí, una obligación imperfecta de cumplirlas, con tal que no haya sobrevenido alguna causa, por la cual, si hubiera sido prevista, hubiera impedido el cumplimiento de la promesa: mas de por sí no forman una obligación, ni por consiguiente un contrato".

Finalmente, en su obra *Traité des obligations* dedica algunas partes a la interpretación de los contratos¹²⁷, donde adapta y formula, en términos de postulado normativo, principios y criterios afirmados por los más notables juristas romanos, y logra fundamentar en la fuerza de su racionalismo una concepción unitaria de doce reglas interpretativas, en las cuales el elemento voluntario y la reconstrucción de la voluntad cobran relevancia jurídica.

4. Savigny

El autor señala que el estudio de un contrato debe considerar en cada manifestación de voluntad lo siguiente: (i) la voluntad misma¹²⁸, (ii) la manifestación de voluntad¹²⁹ y (iii) la correspondencia entre la voluntad y su manifestación. En relación con este último punto, SAVIGNY indica que es necesaria la utilización de reglas generales de interpretación, luego de lo cual consagra el criterio subjetivo en las siguientes palabras: "Todos los casos de interpretación convergen hacia una finalidad común que consiste en suscitar, mediante el examen de la letra muerta, el pensamiento viviente que en ella se encuentra. Este propósito de la interpretación es aplicable a la ley, y a cualquier otro género de manifestación de voluntad"¹³⁰.

SAVIGNY desconoce, a las máximas romanas contenidas en diferentes pasajes del Digesto, la calidad de reglas generales o principios de interpretación, al decir que las sentencias de los jurisconsultos romanos relativas a esta materia tienen un carácter muy genérico y superficial, por cuanto no van más allá del examen del supuesto de hecho particular sometido a su estudio¹³¹; a pesar de lo cual las comenta dentro de su obra y hace énfasis en que para la interpretación de los contratos es conveniente seguir estos presupuestos de interpretación.

5. Windscheid

El autor trata la interpretación dentro del tema de los efectos de los negocios jurídicos¹³², y al respecto dice: "El efecto de los negocios jurídicos se determina por el contenido de la voluntad declarada. La tarea de la interpretación es deter-

126 GORLA. *Il contratto*, cit., 75.

127 R. J. POTHIER. *Oeuvres de R-J Pothier. Les Traités du droit français*, I, Bruxelles, 1829, 26.

128 F. C. SAVIGNY. *Le obbligazioni*, II, G. PACCHIONI (trad.), Torino, UTET, 1915, 174: "En relación con la voluntad, hay dos puntos para estudiar: a) su existencia, sobre la cual pueden existir dudas como consecuencia de determinados hechos que son contrarios a la voluntad como la violencia, el error, y a este último se agrega, como momento especial e importante, el dolo; b) la extensión de la voluntad que puede ser modificada por las siguientes autolimitaciones: condiciones, términos y modo".

129 Ídem: "La manifestación de voluntad puede ser solemne y no solemne, expresa o tácita, verdadera o aparente".

130 *Ibíd.*, 175.

131 *Ibíd.*, 176.

132 SCOGNAMIGLIO. *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, cit., 54.

minar esta voluntad"¹³³. En relación con el procedimiento interpretativo, precisa que se debe comenzar por el sentido literal, es decir, buscar el significado de las palabras de acuerdo con las reglas del idioma, luego de lo cual habrá de considerarse no sólo el uso especial del lenguaje del lugar en el cual se produjo la declaración, sino también el modo de hablar individual del declarante¹³⁴.

En caso de que el sentido literal no sea seguro, se debe encontrar el significado de la declaración, teniendo en cuenta la parte de la misma cuyo sentido sea claro, o aquella interpretación que produzca resultado, pero especialmente en consideración al conjunto de las circunstancias bajo las cuales se ha celebrado el negocio. Si a pesar de esto no se logra el esclarecimiento del contrato, se debe decidir con la interpretación más bondadosa y a favor de ciertas relaciones jurídicas especiales. Además de esto, WINDSCHEID precisa que se puede hacer uso de los medios interpretativos señalados cuando, a pesar de que el sentido literal de la declaración no deje dudas, se quiera hacer valer, en contra de tal sentido, la común intención de las partes¹³⁵.

IV. A MANERA DE CONCLUSIÓN

El derecho pertenece al mundo de lo inteligible y no de lo sensible. Su textura y la materia de la que está hecho atañe siempre a los pensamientos. Constituye una herramienta inmaterial, puramente ideal, que no se puede tomar con la mano sino, solamente, aproximarlo con nuestro entendimiento. En todo momento y lugar, con carácter de perennidad, lo jurídico corresponde a un contenido de pensamiento con vocación de dirigir la conducta humana, fijar su camino y determinar su posibilidad de actuar¹³⁶. Por ello, la interpretación se entroniza al centro de lo jurídico.

Es una verdad indiscutible que el proceso de entendimiento de los contratos en Roma, en el derecho intermedio, en la modernidad y en la actualidad, está determinado por los mismos problemas. El imperio de las libertades modernas, la superación de los límites geográficos, el desarrollo tecnológico, en fin, nuestra existencia en el siglo XXI, no ha dado solución al asunto del entendimiento humano, y los contratos, como elemento jurídico de colaboración entre los asociados, son susceptibles, ahora como entonces, a las más variadas discusiones para desentrañar su sentido y fijar sus efectos.

Hemos visto que la labor del intérprete en las etapas históricas estudiadas ha ido de un extremo al otro, del *verbas* al *voluntas*, sin que haya sido posible estable-

133 B. WINDSCHEID. *Diritto delle Pandette*, vol. 1, Parte 1, C. FADDA (trad.), Torino, 1902, 341.

134 Ídem.

135 *Ibid.*, 342.

136 P. AMSELEK. "L'interprétation a tort et a travers", en P. AMSELEK. *Interpretation et droit*, Bruxelles, Bruylant y Press Universitaires, D'Aix-Marseille, 1995, 13.

cer cuál de los dos extremos prevaleció en cuál época. Es bueno que así haya sido. En realidad, eso no es lo importante.

De nuevo la evolución del derecho demuestra que las fórmulas absolutas no existen, que el edén de la certeza nos es extraño, y que sólo el conocimiento y prudencia del intérprete podrá definir con acierto el debido entendimiento de lo jurídico¹³⁷. Todo lo demás, son sólo elementos para esa búsqueda.

137 VOCI. "Interpretazione del negozio giuridico (dir. rom.)", cit., 253: "El ideal de la hermenéutica, ha dicho un filósofo, consiste en interpretar al autor mejor de cuanto haya podido hacerlo él mismo. Es esto un poco lo que han hecho los juristas romanos en la búsqueda de lo verosímil y, en general, de la voluntad. En sus soluciones, han tenido frente a sí un tipo ideal de hombre: un *vir* o *diligens*, o *bonus*. Los juristas romanos ayudan, se podría decir, al hombre común, en aquello que no sabe o, simplemente, omite. Es la naturaleza deontológica del derecho que se refleja también en las cuestiones interpretativas".

