

LA BUENA FE EN LOS CONTRATOS

Por Sara BIALOSTOSKY DE CHAZÁN

Profesora de la
Facultad de Derecho de la UNAM

SUMARIO: Preámbulo. I. Concepto Romano de Fides. II. Aparición del concepto de Bona Fides. III. Función de la Bona Fides en la formación de los contratos. IV. Función de la Bona Fides en la interpretación de los contratos. V. Introducción de los Bona Fidei Iudicia. VI. Conclusiones.

Preámbulo

EL DERECHO SECULAR DE LA MATERIA OBLIGACIONAL ROMANA está ligado con el concepto de la *fides*. Bajo el lema procesal *quid quid dare facere oportet ex fide bona*, se desarrolló en Roma un interesante proceso histórico de creación de un Derecho que debía corresponder a las nuevas condiciones económico-sociales del tráfico, y a los cambios comerciales del imperio siempre más creciente. Evidentemente, con tal Derecho se rompió el limitado y severo formalismo del antiguo *ius civile quirritium*, que había nacido bajo la influencia de los ritos religiosos y tradicionales, en el cuadro de las relaciones económico-sociales de una pequeña ciudad-Estado, de agricultores y ganaderos con una economía rural incipiente. El traspaso al sistema económico monetario basado sobre el intercambio de mercancías, y el subsiguiente desarrollo del comercio nacional e internacional y el enorme engrandecimiento del imperio romano y de su poder público, tuvieron influencia decisiva en la formación de este nuevo Derecho, en el cual desempeñó un papel importantísimo la *bona fides*, punto promotor de tal sistema jurídico que a través de la recepción del Derecho romano en la Edad Media, aparece como cláusula de fe y honestidad en los códigos civiles de casi todos los Estados modernos; que, por otra parte, constituye el fundamento ético de la conducta latina implicado en la valiosa virtud caballeresca de la *honoritas*.

Si los datos que aportamos en las siguientes líneas, las más no originales, nos ayudan a reforzar la tesis antes mencionada, los *desiderata* del presente trabajo se verán cumplidos, y si además sirven para iniciar futuras investigaciones sobre tan interesante tema, nos sentiremos más que satisfechos.

Romper la *fides* llevaba a Roma a la *interessio*, dice Cicerón en Verres.

Entendiendo así la *fides romana*, muchos fenómenos jurídicos romanos se explican por sí mismos.

- II. Por lo que respecta la época de aparición del concepto de *bona fides*, problema más histórico que dogmático, nos atrevemos a afirmar que la discrepancia de fechas tan notables que encontramos en los diversos estudios de afamados romanistas se debe, creemos nosotros, a las diferentes concepciones de *fides* que las mismas sustentan y que les impiden por lo tanto alcanzar una uniformidad histórica.

No es posible tratar de encontrar una fecha que se acerque a la establecida por unos y otros autores, cuando unos y otros atribuyen a la *fides* funciones diferentes. Mismas que, creemos nosotros, efectivamente tuvo, pero en épocas distintas.

- III. La *bona fides*, en su función garantía objetiva, dando fundamento al *oportere* en aquellas relaciones que no eran reconocidas por el antiguo *ius civile*, tiene una época de aparición bastante remota, siglo III o aún IV a.C., fechas que encontramos en las fuentes históricas y literarias.

En esta época la *fides* tiene el significado de mantenimiento de la palabra y del cumplimiento de lo prometido.

- IV. La función de la *bona fides*, al darse la categoría de jurídicas a aquellas relaciones que ésta tutelaba, se transforma, toma otros cauces, y sirve para la determinación de las prestaciones; no sólo ejercitar lo que literalmente se había prometido, sino actuarlo, sin dolo, en la forma que de un *bonus vir* se espera.

El *oportere ex fidei bona* no es un residuo superfluo, sirve ya no como tutela jurídica, sino como un medio para definir el contenido de las obligaciones según los principios de honestidad.

En este sentido la *bona fides* va invadiendo todo el campo del Derecho privado, reprimiendo el dolo y pidiendo a los contrayentes un comportamiento honesto. El campo de actuación de la *bona fides* se amplía así cada vez más dándole confianza a los particulares; si bien es cierto que el juez tiene facultades para tomar en consideración todos los elementos necesarios que crea convenientes y no estarse sólo a los estrictamente pactado; las partes saben también qué esperar unas de otras, y esta mutua confianza que tiene su apoyo en la *bona fides*, creemos nosotros, fue la llave para entrar a ese mundo maravilloso de la contratación moderna.

I. Concepto romano de fides

La *fides* se definía, en época antigua, como la adhesión a la palabra:

Tanto *sit quod dicitur*, en asuntos públicos como en privados, la *fides* parecía como una virtud romana arcaica original; virtud que fue muchas veces admirada por pueblos extranjeros.

La historia de Muscio Scaevola; el templo al Dios Fidus, situado en la "Collin Muciales" —que da el nombre a la *Gens Mucio*—; el orgullo de los romanos por su *fides* —la que contrastaban con la fidelidad púnica o griega—; ¹ son algunos de los síntomas que nos muestran el aprecio tan alto que tenían por ése, uno de los principios básicos de la vida. Ser fiel, uno de los aspectos de la constancia que, era para el romano la virtud central: ² "toma un sendero y permanece en él". Cicerón afirmaba que la *fides* era lo más sagrado en la vida.

No quiere esto decir que los mismos romanos no hayan en ocasiones sido culpables de romper esa fidelidad; pero debemos reconocer que la existencia de su máxima sufrió muy pocos disturbios.

Tanto en el campo nacional como en el internacional, la vida privada y la pública, el vocablo *fides* era una palabra que tenían los romanos siempre a flor de boca.

La *fides* siendo tan importante en la vida romana, no ameritó ritos complicados para demostrarla; sólo en aquellos casos en que los hechos no fueron suficientes para presuponer la *fides* era menester la ceremonia de la mano derecha como señala Tito Livio. ³

En el orden privado, y especialmente en Derecho, encontramos un sinnúmero de características debidas, sin duda alguna, al principio de fidelidad, que se manifestó prácticamente y no sólo como figura retórica.

El prematuro reconocimiento del acto legal informal es significativo. *Fides* pedía que un hombre mantuviera su palabra, independientemente de la forma en que la hubiera expresado.

Desde época muy remota todo el aparato formalista se tambalea ante la presencia del mecanismo *fides*, que dará lugar a una serie de figuras jurídicas adaptables a las necesidades reales de aquel pueblo romano que devino en conquistar del mundo antiguo.

En materia contractual: en el matrimonio, en la transmisión de los derechos reales, en la rama testamentaria —donde hubo pan y hubo amor, entre vivos y entre muertos—, la influencia gigantesca de la *fides* se dejó sentir.

¹ *Real Encyclopedia Pauly Wissowa.*

² SCHULZ, Fritz. *Principles of Roman Law.*

³ Tito Livio, 8, 28. Opinión contraria sostiene WEISS, E. Z. S. S., 1921, p. 110.

En la rama obligacional, en contratos en especial, la *bona fides* es el fundamento medular de su dinámica, desde los puntos de vista lógico y jurídico.

Quizás no encontremos en toda la ciencia jurídica un concepto más afín de la definición de Celso *ius est ars boni et aequi*, que el de la *bona fides* como expresión del "honor latino", llevado al campo del Derecho y que nosotros hemos recibido como uno de los aspectos más valiosos de la herencia de la cultura clásica.⁴

La contratación moderna, ya no solamente la romana, y en general todo el campo del Derecho privado contractual, está saturado del concepto romano de *bona fides*. El artículo 1796 del Código Civil, al establecer dentro de su enunciado que los contratantes se obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias, que según su naturaleza, son conforme a la buena fe, al uso o a la ley; recibe este concepto dándole carta de naturalización.

II. Aparición del concepto de *bona fides*

¿Cuándo aparece este concepto? Es una pregunta que muchos romanistas han tratado de contestar.

Señalar una fecha exacta de aparición de un concepto jurídico, creemos, es tarea casi imposible. Los conceptos jurídicos como tantas otras instituciones, no nacen de la noche a la mañana como hongos salvajes después de una noche de lluvia; están sustanciadas por realidades sociales que van propiciando su desarrollo. Añadiremos a esta imposibilidad la dificultad de establecer si en la época más remota que tenemos conocimiento del concepto de *bona fides*, ésta tenía el significado que posteriormente encontramos en los clásicos. Sin embargo, las fuentes literarias y jurídicas, las investigaciones de serios romanistas e historiadores nos dan una pauta para atrevernos a formular algunas aseveraciones sobre la ya tan discutida época de aparición de este concepto y, sobre todo, destacar la importancia relevante —creemos nosotros— de que la buena fe tuvo en sus orígenes el papel de garantía objetiva, que un par de siglos después devino en el de valoración subjetiva.

Los autores que consideran que la *bona fides*, ya en el momento de su introducción en el sistema jurídico, sirviera para la determinación de las prestaciones, valoración subjetiva (papel que indudablemente tuvo en el Derecho clásico), fijan la fecha de introducción de las accio-

⁴ Ideas expuestas por el Dr. Gabriel García Rojas en la cátedra del doctorado del año 1968.

nes *bonae fidei*, por lo general tardía; algunos nada menos que en el siglo I a. C., o cuando más en el II a. C.⁵

Aquellos que afirman que la *bona fides* ya desempeñaba un papel en el siglo III, y aún en el IV a. C., sostienen que la sanción jurídica a relaciones no reconocidas por el *ius civile*, era la función de este concepto.

Se apoyan dichos autores en que el *oportere ex fide bona* no podía insertarse en las *legis actiones*. Evidentemente creemos que la función de valoración subjetiva apenas se estaba delineando, pero la primitiva función, la de garantía objetiva, es desconocida por lo visto para ellos.

En el periodo antiguo, ciertas nuevas relaciones obligacionales podrían hacerse valer por medio de la *fides bona*, ya que con fundamento a ella se daba cabida al *oportere* en aquellas relaciones que no eran reconocidas por el antiguo *ius civile*,⁶ pero precisamente en este sentido, en ésta su primitiva función de *fides bona*, desempeñó un papel de suma importancia en el periodo que procedió a Muscio Scévola y Cicerón.

Kunkel⁷ asegura que la *lex Rubria*, capítulos XX y XXI, señala la posibilidad de que las más recientes formas de estipulación que se derivaron de la *sponsio* obtuvieran su protección jurídica haciendo referencia a la *fides bona*, tanto en las relaciones entre peregrinos, como también probablemente entre ciudadanos.

Todo esto sucedía en una época realmente anterior a los siglos I y II a. C. Negarlo sólo por la razón de que tales pretensiones no podrían hacerse valer a través de las *legis actiones*, significaría, como ha observado Mitteis:⁸ *fur eine hochentwickelt Zeit der römischen Kultur eine erschreckende Rechtlosigkeit.*

Autores modernos, entre ellos Frezza,⁹ han empezado a sostener que los *iudicia bona fidei* y, por lo tanto, los negocios no formales del *ius gentium* en sus relaciones con los peregrinos, podrían hacerse valer ya en el procedimiento de las *legis actiones*.

Cuando Wlassak y Mitteis apuntan la posibilidad de la protección jurídica de ciertas relaciones sobre la base del imperio del pretor y por medio de fórmulas, aún antes de la *Lex Aebutia*,¹⁰ tanto para los peregrinos como para los ciudadanos romanos, cae ese obstáculo formal que impedía situar en tiempos más remotos la presencia de los *iudicia bona fidei* y particularmente a la compraventa consensual.

⁵ Ver PRINCSEHIM, Z. S. S., LII, 1932, afirma que Beseler las sitúa en el año 100 a.C.

⁶ ARANCIO RUIZ, Vincenzo. *Historia de Diritto Romano*, pp. 136-137. *Instituzioni de Diritto Romano*, pp. 5 y 338.

⁷ KUNKEL, W. *Derecho Privado Romano*, Barcelona, 1937, p. 36.

⁸ MITTEIS, L. *Römische Privat*, I, p. 45.

⁹ FREZZA, Paolo. *Ius Gentium*, p. 124.

¹⁰ Su fecha se fija entre 120 y 126 a.C.

Es notable que en la sociedad romana, la *fides bona* regulaba ya muchas relaciones fuera de la esfera jurídica; en su significado de mantenimiento de la palabra dada y del cumplimiento de lo prometido.

III. *Función de la bona fides en la formación de los contratos*

Trataremos en las siguientes líneas de aclarar la función del papel de la *bona fides* en la formación del Derecho obligatorio como garantía objetiva, permitiendo la sanción jurídica de los negocios del tráfico de Roma con los extranjeros por las nuevas necesidades económicas, que se manifestaron antes del periodo generalmente admitido por la moderna opinión dominante. Siguiendo a Frezza,¹¹ creemos que la protección jurídica de los contratos consensuales en base a la *bona fides* se presentó en el siglo III a. C., y no en los siglos I o II a. C. máximo, como lo sostiene la opinión dominante. En lo que disintimos del mencionado autor es que el concepto de *bona fides* en los contratos no formales del tráfico internacional romano, y más aún en las *legis actiones*, ya desde un principio haya sido el de interpretación de los contratos y de valoración de la voluntad de las partes más allá del hábito verbal.

No creemos posible que la *fides*, como un elemento del *ius gentium*, sirviera desde un principio para la valoración ética del comportamiento de los sujetos.

Besseler¹² ha demostrado que *fides* tenía en un principio el papel significativo de garantía objetiva. En época histórica, su significado fundamental consistió en la fe, la cual se manifiesta en el mantenimiento de la palabra dada: *fit quod dicitur; dictorum conventorunque constancia et veritas bona fides exigit, ut quod conveit fiat*.

En ésta, su primera y más antigua función de deber del cumplimiento de la promesa, logró llevar el reconocimiento jurídico y la posibilidad de intentar la acción en determinados contratos que no eran reconocidos por el antiguo Derecho Civil.

Entre los negocios que en un principio se basaban en la *fides* sin sanción jurídica alguna, encontramos en primera línea los contratos consensuales, y entre ellos, los primeros, la compra venta¹³ y la locación.

La necesidad del reconocimiento jurídico de estos negocios no formales, en principio fundados solamente en la *fides*, surgió primordialmente del comercio internacional entre romanos y extranjeros; respecto a los cuales no se aplicaba el *ius civile*; tales negocios obtuvieron sanción jurídica en el taller del pretor peregrino y con el tiempo penetraron en el *ius civile* como negocios *iuris gentium*.

¹¹ FREZZA, ob. cit., p. 124.

¹² BESSELER, *Betrage*. Z. S. S., XIV, p. 187.

¹³ Para mayores datos ver ZULUETA. *Roman law of sale*.

Bona fides, como concepto de deber del cumplimiento, era un medio técnico que servía a los pretores y a los juristas romanos para dar una base jurídica y sancionar a negocios que no tenían fundamento en las leyes romanas, y de los cuales no podía derivar un puro *oportere*, pero respecto al contenido, a la interpretación y a la extensión de los deberes de las partes, al juez seguían rigurosamente vinculados por el tenor de los contratos. Con esto queremos decir que la cláusula *ex fidei bona*, sirvió en un principio para solucionar la interrogante: de si acaso de cualquier contrato podría nacer una obligación jurídica (lo *portere ex fidei bona* frente a lo *portere ex iure quiritium*), pero su especial contenido se deriva estrictamente según la palabra del contrato, tal como se deriva en los contratos civiles *stricti iuris*; sólo cuando ya nadie duda que de tales relaciones nace un deber jurídico civil, la cláusula *oportere ex fidei bona* empieza a tener una nueva función, es decir ya no sirve solamente para el problema de surgimiento del deber jurídico (*oportere*); por medio de ella se empieza entonces a solucionar también el problema de la extensión de esa obligación, es decir, ella, la *bona fides*, servirá como medio para la interpretación del contrato en relación a la forma y al cumplimiento de la obligación.

Creemos que en el Derecho antiguo no podía aún existir una distinción de principio en la interpretación de las relaciones obligatorias, según que éstas fueran rigurosamente sometidas al requisito de la oralidad y no fueran condicionadas en su protección para la observancia de una forma.

La *fides*, con la aceptación en las fórmulas, compensaba la falta de formas civiles y de bases legales para la acción en estos nuevos negocios, pero respecto a su interpretación y a la función de examinar los hechos psicológicos de la voluntad, la forma del procedimiento era igual en línea de principio en ambos géneros de negocios.

El problema *verba voluntas* fue puesto a la orden del día a partir de la Causa Curiana.¹⁴

Las declaraciones de voluntad aún no se reconocían, y una interpretación psicológica y esquematizada del consentimiento no fue tampoco hecha por los clásicos.

No parece factible que el pretor peregrino procediera en forma completamente distinta del pretor urbano respecto a la interpretación de las declaraciones de voluntad. Volviendo de buena fe al juicio *ex stipulatio* el pretor trataba, creemos, no de volver posible la búsqueda del contenido más allá del mismo hábito verbal, sino de hacer posible

¹⁴ Uno de los más famosos casos entablado ante los *Centumvires* sobre sustitución pupilar.

a los peregrinos el uso de la estipulación romana, como ha demostrado Kunkel,¹⁵ siguiendo a Lenel.

Si la cláusula *ex fide bona* en las estipulaciones hubiese tenido otro fin, ella no hubiera sido desechada en el Derecho clásico; sin embargo fue abandonada porque con la nueva interpretación de la función de esta cláusula era innecesaria su inserción.¹⁶ Pero junto a esa función se guardó por mucho tiempo la otra, la del mantenimiento de la palabra dada; en este sentido es importante la decisión de Javoleno,¹⁷ que podemos interpretarla en el sentido de que la *bona fides* exige que lo que fue convenido sea exactamente ejecutado, pero esta misma *bona fides* exige que no sea reclamada la renta si la relación de *locatio* ya se hubiese extinguido.

Aquí nos encontramos con una alusión a la primitiva función de la *fides bona* en el sentido de riguroso mantenimiento de la palabra, parecido a la ciceroniana *fit quod dicitur, fit quod dictum est*, la cual se había superado por el significado clásico en el suplemento *sed non amplius*...

El problema, creemos nosotros, se resuelve si damos a la *bona fides* un significado diferente según la época a la que nos refiramos; en una, desempeña la fuerza jurídica, en ciertas relaciones no sancionadas por el Derecho Civil y, posteriormente, el de interpretación de la voluntad de las partes según los principios de honestidad.

Trataremos en líneas subsecuentes de señalar en las fuentes literarias y jurídicas base suficiente para fundamentar nuestras afirmaciones.

La *bona fides* como expresión de garantía de seguridad jurídica, que en los orígenes se dirige al juez directamente para que interprete más allá de lo estrictamente pactado en los negocios no formales, después le es oponible al contratante.

IV. Función de la *bona fides* en la interpretación de los contratos

Haciendo referencia a la *bona fides* se empieza a exigir de los contratantes (en aquellas relaciones que antes no tenían sanción jurídica y que ahora a través de la práctica y respondiendo a las necesidades reales han adquirido la "etiquetita de jurídicas"), no sólo ejercitar lo que literalmente habían prometido, sino actuarlo sin dolo y en la forma que de ellos se espera, según al criterio de las relaciones leales y honestas.

La represión del *dolus malus* en su significado principal del engaño fue el punto de partida. La evolución no se quedó ahí, a los contratantes se les pidió un comportamiento honesto y positivo y así el

¹⁵ KUNKEL. ob. cit., p. 169.

¹⁶ GARRIDO, M. *Sponsio y stipulatio*, Santiago, 1964, p. 4.

¹⁷ D. 19, 2.21.

concepto de *dolus malus* se extendió en forma relevante. Puesta ya en marcha esa maquinaria evolutiva en relación con la *bona fides*, se reconoció la relevancia de la violencia *vis ac metus*; el reconocimiento de los *pacta adiecta*, la adjudicación de intereses, frutos y erogaciones, se llegó hasta el reconocimiento de la compensación; la *bona fides* influyó sobre el desarrollo de la responsabilidad contractual, como también sobre el valor condenatorio del objeto, etcétera.

Su campo se amplió hasta invadir todo el Derecho romano privado. Con el desarrollo de tan nueva función, que a causa del procedimiento formulario quedaba confiada al *iudex* mientras más se extendía su *officium*; la cláusula *oportere ex fidei bona* se extendía también en algunas otras relaciones obligatorias, que ya no tenían ninguna relación con la primitiva función de la *fides bona* en el sentido del deber, del cumplimiento y de la concesión de la protección jurídica (*tutela, negotiorum gestio, depositu, comodatum, pignus*).

Al desaparecer el procedimiento formulario y con él la cláusula formularia *oportere ex fide bona*, en el Derecho post-clásico la *bona fides* se transformó en la cláusula general de Derecho material, que dominó todo el sistema contractual; y es ésta la razón por la cual en el Derecho justinianeo se extendió la esfera de las acciones *bona fides* y se restringió aquella de las acciones *stricti iuris*. Este cambio en la función de la cláusula formularia *oportere ex fide bona*, empieza a manifestarse desde el periodo de Quinto Muscio Scaevola, como ya demostró Kruger.¹⁸ Siguiendo a este autor, nos atrevemos a afirmar, como demostraremos más adelante, que la compraventa consensual, es decir la categoría *iudiciorum bona fides*, ya la conocían Plauto y Catón; pero entendiéndola en forma rigurosa, en el sentido del deber del cumplimiento de la promesa, y con la función más reciente entendida como represión del dolo y de la deshonestidad; lo señala así Cicerón, refiriéndose al antiquísimo catálogo de los *iudicia bona fides*, y pone en relieve que Quinto Scaevola: *summan vin esse dicevat in omnibus iis arbitrüs, in quibus adheretur ex fide bona... in iis magni esse indecis statuere, presertum quom in plurisque essente iudicia contraria, quid quenque quique prestare oporteret*.¹⁹ Cicerón no dice que los *iudicia in quibus aditur ex fide bona* hayan sido en aquel tiempo una novedad recién introducida, y tampoco como novedad la introdujo Q. M. Scaevola. El elemento nuevo consistió —creemos— en que de la *fides bona* se deducía ahora una interpretación nueva en el sentido de la represión del dolo y de la deshonestidad.

Esta nueva función de la cláusula *oportere ex fide bona*, la de poder excluir con base en ella al dolo, es para Cicerón la función principal

¹⁸ KRUGER, Hugo. Z. S. S., xi, p. 165.

¹⁹ CICERÓN, *De officiis*, 3, 17.30.

y más importante de dicha cláusula. Él mismo demuestra cómo en relación con el proceso *Centumalus Lanarius* con la acción *empti*, venía introducida la *poena reticentia*²⁰ a *iuris consultis* con referencia a la *bona fides*, y sólo para los vicios ocultos en forma dolosa en la venta de los inmuebles.²¹

Posteriormente los juristas clásicos la extendieron a todas las compraventas y a todos los contratos de buena fe.

En dicho proceso la sentencia pronunció: *huius nostri Catonis pater* (Marcus Catón, padre de Catón Utico, que vivió más o menos hasta la dictadura de Sila).

La sentencia fue una innovación porque hasta ese momento la *poena reticentiae* no se deducía de la cláusula *bona fidei*, es decir, que Cicerón no se extrañó del uso de la fórmula de la *actio empti: quid quid dare facere oportere ex fide bona*, lo que sí se hace notar es que de ella se responsabilice al vendedor en caso de dolo.

Esto quiere decir que ella, en un principio, fue interpretada estrictamente, la amplitud de la obligación, y de la responsabilidad deberían ser rigurosamente decisivas según las palabras del contrato, tal como eran en los contratos formales *stricti iuris*, en el ámbito del antiguo Derecho Civil.

Pero la regla instituida por Marcus Catón, apoyada en la cláusula *oportere ex fide bona* que con el tiempo entró en la práctica constante, era interpretada estricta y rigurosamente así como lo confirma Cicerón: *sed huius modi reticentiae iure civile omnes comprehendi non possunt: que autem possunt diligenter tenentur*.

Tal estricta y rigurosa interpretación la encontramos en el proceso *Orata-Gratidianus*,²² donde el defensor del acusado Antonio, para impedir tal injusticia, fue obligado a apegarse a la *aequitas* frente a la cláusula *ex-fide bona*.

En el proceso Lucius Fufius contra Marcus Buculeyus, descrito también por Cicerón, nos ofrece pruebas evidentes de que todavía en esa época las partes y el juez tenían que respetar rigurosamente las palabras de los contratos, también en los *iudicia bona fidei*.

Buculeyus exitosamente ejercía dichas acciones aunque fundara sus derechos sobre una estricta y hasta capciosa interpretación del contrato, lo que contrastaba con la justicia y con las concepciones ético-morales.

Cicerón describe también el caso Cánius contra Pythius, en el cual en modo alguno se hablaba de reticencia, pero sí de activas y también fraudulentas afirmaciones y maquinaciones del vendedor, con fundamento en los cuales el comprador engañado se decide por la compra del objeto. A pesar de eso a Cicerón no se le ocurre en modo alguno

²⁰ Ver ZULUETA, F. ob. cit., p. 65.

²¹ Cicerón, ob. cit., 3, 16, 65, 66.

²² Cicerón, Ob. cit.

pensar que el comprador podría protegerse con la acción *empti*, haciendo referencia a la *bona fides*, por lo que éste se quedaba sin ninguna protección, ya que en esa época no se había introducido aún la *actio* ni la *exceptio doli*.

Podemos deducir por los ejemplos citados que la *bona fides* en la *actio empti*, ni siquiera en el último siglo de la república tenía la función de reprimir el dolo, en la misma medida que la tuvo en el Derecho clásico posterior, y además creemos es evidente que el papel de la *bona fides* tutelando el comportamiento de los hombres en el comercio honrado no funcionó de pleno, sino se abrió poco a poco en una forma muy difícil.

Las comedias de Plauto demuestran que el uso vulgar y no jurídico de la *bona fides* se encontraba muy lejos de su significado primitivo y fundamental, el de la fidelidad a la palabra dada.

Es un hecho manifestado muchas veces en el Derecho romano y también en el moderno, que la terminología jurídica se distingue de la laica vulgar y muestra tendencias más conservadoras.

La brevísima reseña histórica que hemos trazado a través del tiempo desde Scaevola hasta Cicerón, demuestra —creemos— que la *bona fides* no fue introducida en el sistema jurídico con el objeto de permitir la responsabilidad del dolo o la aplicación de principios éticos en el juicio, sino que su primigenia función y su introducción en el sistema jurídico, donde era amo y señor el formalista *ius civile quiritum*, consistía, por lo contrario, en algo distinto: en el mantenimiento de la palabra dada y el cumplimiento del deber.

Por lo tanto originariamente la *fides bona*, como señalamos en el capítulo anterior, se refería a la base jurídica para el ejercicio de la acción; y sólo más tarde, cuando la posibilidad de entablar esa acción en los nuevos negocios, es inherente a ellos mismos que, indudablemente, queda implícita en la fórmula, pero no como un residuo superfluo, sino como un medio para definir el contenido de las obligaciones de las partes según los principios de honestidad y de fe en el tráfico comercial usual, y ya no según la rigurosa interpretación de las palabras y de las expresiones de voluntad.

Sin ahondar en la cuestión señalamos en este punto la trascendencia del tema para estudios no sólo en el Derecho civil, sino también en el Derecho mercantil.

La *communis opinio* —Kruger,²³ Schulz,²⁴ Kasser—²⁵ subraya la importancia ética de la *fides bona*, pero creemos que esta valoración es acertada para el Derecho clásico y posclásico, pero no para la época más antigua.

²³ KRUGER. Ob. cit., p. 169.

²⁴ SCHULZ, F. *Classical Roman Law*, Oxf., 1956, p. 223.

²⁵ KASSER, Max. Z. S. S., LIX, pp. 67 y ss.

Existen algunas tentativas para demostrar que la represión del dolo en los *iudicia bona fidei* en el periodo clásico, fuera necesario la *actio doli*, la *exceptio doli*, o la cláusula *doli*, pero este desarrollo no fue tan lento, y ni los juristas ni jueces del periodo clásico fueron tan avaros y estrictos en la interpretación de la cláusula *oportere ex fide bona*, como los jueces en la época ciceroniana.

En el Derecho clásico la cláusula formular: *ex fide bona*, se convirtió en el medio por el cual los juristas de esa época, en la valoración de intereses y obligaciones recíprocas, sabían darle el contenido suficiente para que les sirviera a ellos mismos como base para resolver muchos otros problemas, y eso sin necesidad de especiales disposiciones de ley y principios dogmáticos, de los cuales se sirven tan abundantemente las legislaciones y doctrinas jurídicas modernas.

La resolución de los problemas era el resultado de la práctica, porque el círculo de aquellas circunstancias que el juez estaba obligado a tomar en consideración con fundamento en dicha cláusula, se ampliaba constantemente en dependencia de los usos y cambios del tráfico comercial.

El contenido de la *fides bona*, es decir, lo que en base a ella se requiere de las partes, se ampliaba cada vez más; pero ya no sólo en el sentido de principios éticos abstractos, creemos nosotros, la *bona fides* requiere también de criterios objetivos que regulan la forma de actuar del hombre en los intercambios de aquel tiempo.

Para la compraventa y para el arrendamiento, en el periodo clásico y en el justiniano, son valederas las reglas del D. 19-2-22 y 19-2-2-3 y D. 4-16-4, respectivamente.

Los *iudicia bona fidei* ofrecen efectivamente en el Derecho clásico mayor libertad de valoración; pero es notable que los juristas y pretores republicanos introdujeron otro medio para la extensión de la facultad del juez en relación con su potestad de valoración, es decir, las acciones *in bonum et equum*, medio más antiguo posiblemente que los *iudicia bona fidei*, como supone Pringsheim.²⁶

Entonces podríamos preguntarnos, ¿por qué los romanos del periodo antiguo, tan avaros en la introducción de nuevos medios jurídicos, se sirven en este caso de dos medios? Una explicación a tal fenómeno —creemos— se encuentra en el hecho de que las fórmulas *bonum et equum* eran necesarias en la época en que la *fides bona*, en la fórmula, no tenía significado de la equidad y apreciación de las prestaciones, sino sólo en la función de proveer a la protección jurídica de las obligaciones no contraídas en las antiguas formas civiles; pero cuando con el tiempo la función de la *fides bona* se transformó en un medio para la aplicación del *officium iudicis*, en el sentido de determinar y mesu-

²⁶ PRINGSHEIM. F. Z. S. S., LII, pp. 95-96.

rar las prestaciones e intereses de las partes, entonces los confines entre los *iudicia bona et aequum* y los *iudicia bona fidei* ya no aparecen tan determinados, y por esta razón la *actio rei uxoriae*, concebida con el *oportere aequis melius*, empieza a ser considerada como *iudicium bona fidei*,²⁷ y también la *actio fiduciae*, que es seguramente muy antigua y fue relacionada con el comportamiento del *vir bonus (ut inter bonus bene ager oportet it sine fraudatione)*, que venía ya insertada en el elenco ciceroniano (D. Off. 3-17-70) entre los *iudicia bona fidei*, aunque probablemente nunca haya recibido la fórmula *oportere ex fide bona*.²⁸

El hecho de que desde un principio estos dos medios no estuvieran unidos, demuestra la sustancial distinción de sus primitivas funciones, lo cual por otro lado indica también la posición de ellos en la fórmula *aequum et bonum* que pertenece por principio a la *condemnatio*, mientras que la *fides bona* se relacionó al *dare, facere* y respectivamente al *praestare*.²⁹

Los negocios *bona fides* eran defendidos contra el dolo indirectamente a través del juicio, sin necesidad de que el demandado ejercitara la excepción.

Las acciones con las cuales se hacían valer *bona fidei iudicia, bona fidei acciones*, presentaban características de que el juez debía investigar las posibles relaciones entre las partes y condenar al demandado *in quid quid dare facere oportet ex fide bona*, es decir, a lo que estaba obligado a dar o a hacer en fundamento a la relación fundada sobre la *bona fides*. Consiguientemente si el juez decidía que el actor había actuado dolosamente, y que por lo tanto el negocio jurídico no estaba fundado en la buena fe, debía absolver al demandado con las consecuencias procesales y sustanciales que se derivan de la *exceptio*.³⁰

En los juicios *bona fidei* se agregaban en la *intentio* las palabras *ex fidei bona*, es decir, el magistrado encargaba al *iudex* el valuar y juzgar la relación jurídica controvertida no sobre la base exclusiva de las normas jurídicas, sino teniendo en cuenta los conceptos de equidad y buena fe. Con lo que se amplía enormemente la esfera de valoración que él tenía y la facultad de tomar en cuenta todas las relaciones ocurrientes entre las partes, aunque sólo indirectamente se conectaran con el derecho deducido en juicio.³¹

Reiteramos lo afirmado en el capítulo anterior, debido a la inserción de la cláusula *ex fide bona*, relaciones no reconocidas por el *ius civile*, con la cual obtenían indirectamente un reconocimiento procesal

²⁷ LENEL, CEP. p. 303.

²⁸ BIONDI, B. *Iudicia bona fidei*, p. 38.

²⁹ KRUGER. Z. S. S., XI, pp. 178-89.

³⁰ Ver Gayo. 4, 125.

³¹ Ver ÁLVAREZ SUÁREZ, V. *Curso de Derecho romano*, Madrid, 1955, pp. 191 y 201.

destinado a consolidarse a través de la constante práctica judicial, en forma que, con el tiempo, llegaron a ser elementos necesarios en los negocios jurídicos tituladas por tales *iudicia*.³²

El elenco de la *bona fidei iudicia* se modificó según los periodos de la historia del Derecho romano.³³

Cicerón³⁴ nos proporciona una lista que proviene de Quinto Muscio Scaevola que comprende las siguientes acciones: *empti venditi, locati conducti, mandati, pro socio, tutela y fiducia*.

Tales acciones fueron dadas tutelando los cuatro contratos consensuales, el contrato real de fiducia y de las relaciones entre tutor y pupilo.

Gayo añade las acciones *negotiorum gestorum depossitti, rei uxoriae*.³⁵

En las Instituciones de Justiniano aparecen además, entre las *bonae fidei*, las acciones *comodatti, pignoratetia, familiae aerciscundae, comuni dividundo, prescripti verbis*, la acción total *ex stipulatio* (creada por Justiniano en lugar de la suprimida *actio rei uxoriae la petitio hereditatis*.³⁶

Evidentemente muchas de estas acciones se explican con el hecho de que tal distinción en el Derecho justiniano, había perdido su primitiva importancia y función.

Es incierto que algunas acciones que las fuentes indican con el término de *bonum et aequum conceptae*, cuyo formulario concede al juez la facultad de fijar la cantidad de la condena según la equidad, constituyan una categoría distinta de aquella de los *iudicia bonae fidei*. Entre ellos, en la época ciceroniana son mencionados las acciones *negotiorum gestorum* y la *rei uxoriae*, ambas enumeradas posteriormente por Gayo entre los *bonae fidei iudicia*.

V. Introducción de los bona fidei iudicia

La fecha de introducción de los *iudicia bona fidei* es realmente remota, más aún de la compraventa consensual.

(Es notable que en el siglo III a. C. en la sociedad romana la *fides* había regulado ya muchas relaciones fuera de la esfera jurídica.) Hemos constatado en líneas anteriores cómo ya en la época de Scaevola y Cicerón se conocían tales *iudicia*, no introducidos por primera vez, y que la acción *bona fidei*, que deriva de la compra venta,³⁷ ya era conocida por Sexto Elio (Cónsul de 198 a.C.).

³² Ver mi artículo titulado: *La influencia del Proceso Civil Romano en el Mexicano*, "Revista de la Facultad de Derecho de México", xviii, 69-70.

³³ VOLTERRA, Eduardo. *Istituzioni de Diritto Privado Romano*, Roma, 1961, pp. 353 y ss.

³⁴ Cicerón de Off. 3-17-70.

³⁵ El carácter de esta última acción está en el tapete de la duda.

³⁶ Según Vinnio no es acción sino querella.

³⁷ D. 19, 1, 38.1.

En un párrafo de Catón,³⁸ donde dice que el locator que ha ordenado la construcción de una casa, tiene la obligación de pagar la *merces* como se había contratado; es decir, según el número de ladrillos empleados en la construcción. Aparece en ese párrafo la frase *fide bona solvere*, que obviamente no tiene otro significado que el deber de cumplimiento.³⁹

Más que todos estos datos (sin que en modo alguno les restemos importancia) para afirmar que la compraventa consensual *ex fide bona* es anterior a Plauto y aún a la institución del pretor peregrino (242 a.C.), debemos tomar como apoyo a nuestra tesis el desarrollo de la estructura económica, social y política de Roma entre los siglos iv y iii a. C.

El antiguo *ius civile quiritorium*, con su compraventa mancipatoria y con el riguroso formalismo y simbolismo, no podían satisfacer las exigencias del tráfico en conexión con la política expansionista de Roma, y no podía tampoco responder a las necesidades del tráfico con los extranjeros, a los cuales el formalismo del *ius civile* les era completamente ajeno e inaccesible.

No podemos sin embargo negar que los romanos ya desde tiempos antiquísimos tenían relaciones comerciales con los extranjeros. Lo demuestra ya el legendario *ponus sublicius*, sobre el cual pasaban las caravanas etruscas rumbo a la campaña.

Lo demuestra también la venta de los deudores insolventes *trans-Tiberin* (seguramente no efectuadas por medio de la *mancipatio*, sobre todo refiriéndose a esclavos). A una época muy antigua corresponden también las relaciones comerciales con Etruria y Cartago. La aparición en el siglo iv a.C. de la moneda y muchos otros índices, son pruebas suficientes del cambio de economía cerrada, rústica, hacia el sistema económico monetario, basado sobre el intercambio de mercancía que sobrepasaba los confines del mercado estrictamente nacional. Aún antes de iniciarse las guerras púnicas, los romanos tenían un tráfico comercial intenso, la guerra fue el último dique derrumbado.

VI. Conclusiones

- I. De lo expuesto en el cuerpo de este ensayo podemos afirmar que la *fides* en la conciencia romana antigua, tenía el significado *quid quod dicitur*, cuya connotación y etimología son exhaustivos, dan su significado exacto.

Los romanos se orgullecían tanto de su fidelidad que consideraban la infidelidad como un tumor social, y no era sólo una figura retórica la que veneraban, sino un principio que trataron de practicar.

³⁸ Catón. *De Re Rustica*, 14-13.

³⁹ KRUGER. *P. Z. S. S.*, xi, pp. 184 y ss. Ver también BESSELER. *Z. S. S.*, xlv, p. 425.