

LA PROTECCIÓN DEL DEUDOR EN LA TRADICIÓN ROMANÍSTICA: UNA BÚSQUEDA DE SOLUCIONES

EMILSEN GONZALEZ DE CANCINO

Nuestra intervención en este Congreso, más que una ponencia, constituye un informe y una propuesta. Informe del plan de trabajo que sobre este tema se ha propuesto desarrollar el grupo de profesores de derecho romano de la Universidad Externado de Colombia. Propuesta para los romanistas latinoamericanos de unir sus esfuerzos a los de ese grupo y trabajar para lograr un documento final articulado y de alcance general.

A. La obligación se concibe siempre y especialmente como una relación interpersonal: esta idea está implícita en la misma etimología de la palabra que expresa el concepto jurídico: atadura, ligamento, vínculo. La obligación relaciona intereses análogos o contrapuestos y los sitúa en un área común dentro de la cual deben ser analizados.

La obligación es, también y por esencia, un concepto dinámico, como dinámicas son sus fuentes: el vínculo nace por la acción de una o varias personas y la razón misma de su existencia es el cumplimiento — actuación personal — que desata y extingue el vínculo.

Relación de personas y de intereses que se mueven con sin igual fuerza jurídica, económica y dialéctica, la obligación es, por eso mismo, un campo de tensiones. Las fuerzas contrapuestas atienden, vigilan, esperan o desconfían: cuando el movimiento interno o la presión externa rompen el equilibrio,

sobreviene la crisis cuyos efectos repercuten en forma importante en los ámbitos jurídico y económico.

Teniendo en cuenta que la existencia y las posibilidades de actuación de cada uno de los sujetos de la obligación se apoya en la del otro, la visión del jurista y del legislador debe contemplarlos en su íntima tensión para lograr soluciones coherentes en los conflictos que puedan presentarse. No puede menoscabarse el derecho del acreedor sólo para "favorecer" al deudor. Y no puede calificarse "a priori" al deudor como al sujeto más débil de la relación obligacional. Por ello consideramos un alto elogio al código de Bello la opinión del profesor Knutel (Roma 1981) cuando expresa que el código en la regulación del derecho de obligaciones frecuentemente recoge una normativa paralela "en la regulación, por ejemplo de las facultades del acreedor y deudor". Y, luego de examinar en detalle el texto y los antecedentes franceses y romanos de lo artículo 1539 — art. 1596 del código colombiano (rebaja de la cláusula penal cuando se ha cumplido parcialmente la obligación principal);¹ del artículo 1504 que trata de "la indemnización de perjuicios cuando todos los objetos en la obligación alternativa perecen como consecuencia de culpa del deudor"² y el artículo 1879 (artículo 1937 del código colombiano) que se refiere al pacto comisorio calificado³ concluye:

1 "En suma, el artículo 1539 contiene una normativa paralela, a saber de la obligación principal y de la pena. Se trata de un independiente desarrollo continuado frente al artículo 1231 C. P. Este desarrollo tiene por meta favorecer la posición jurídica del deudor. La protección de este (del deudor) no depende de la discrecionalidad de juez. Por el contrario, el puede exigir al juez un pronunciamiento, a su favor para conseguir una cierta reducción de la pena."

2 "Resumamos: a través de la normación paralela de las facultades concedidas al acreedor y deudor por el Artículo 1504/2 del Código Chileno (Artículo 1561/2 del Código Colombiano) ha conseguido Andrés Bello contrariamente a otros ordenamientos, una regulación más sencilla y transparente. Esta regulación concede iguales facultades a acreedor y deudor."

3 "Allí se logra a través del 'pacto comisorio calificado' un muy interesante 'balance of powers': por una parte puede el acreedor/vendedor re-

“La paralelización sirve como expresión estilística para la simplificación y transparencia. Tiene también la función de conseguir un equilibrio y por consiguiente se dirige a la realización de la justicia conmutativa. Si Andrés Bello operaba conscientemente o si esta expresión emanaba de los perfiles de su genialidad poética, no podemos asegurarlo. Con más certeza podemos asegurar el personal desarrollo que él ha logrado en la normativa que se tiene en consideración.

“De esto recibimos la impresión que el Código que crea, es obra de una mente con amplio sentido de la proporcionalidad y equilibrada delimitación.”⁴

Como el mismo profesor lo hace notar, este manejo de las normativas paralelas trajo como consecuencia que en algunos puntos en que el Código de Bello se aparta del francés, el resultado sea más favorable al deudor y podría dar pie para pensar que el código civil chileno muestra un carácter más social que el modelo europeo. Sobra advertir que el codificador se basó en las fuentes romanas para la construcción de los artículos modificados. Independientemente de las citas de don Andrés, recordemos, por ejemplo, D. 19, 2, 15, 2 que considera paralelamente la situación de arrendadores y arrendatarios.

B. Con relación al derecho romano, de manera especial al antiguo *ius civile*, la doctrina ha hecho algunos juicios que me parecen exagerados, según los cuales el deudor no mereció la consideración y menos aún la protección del derecho que, en cambio, la otorgaba con largueza al acreedor. Así, Ernst Bloch dice con relación a tal sistema: “Ninguno más practica-

solver el contrato, por otro lado puede el deudor/comprador dejar inválida la resolución y con ello hacer válido el contrato de compraventa. ‘...’ la solución que Andrés Bello había encontrado en el C. F. recibido por parte de él una impronta personal, tendente a poner un contrapeso a favor del comprador frente al derecho de resolución del vendedor. Es decir, debilita la posición jurídica del acreedor y refuerza la del deudor.”

⁴ KNÜTEL, (ed. La Casa de Bello, Caracas, 1987) “Normativas paralelas en el Derecho de Obligaciones en el Código Civil de Andrés Bello”, ponencia presentada al Congreso Internazionale “Andrés Bello e il Diritto Latinoamericano”, Roma, 10-12 de diciembre de 1981. (appure Knuetel)

mente referido a la protección de la propiedad y casi limitado a ello. El acreedor es el objeto de protección jurídica... el edicto solo en algunos puntos aislados aportaba mejoras o innovaciones, y desde luego, ninguna extraída de la razón especulativa o del derecho natural". (Ataraxia, indiferencia e inflexibilidad, filisteísmo y hierro son algunos de los conceptos que relaciona con el Derecho Romano.)⁵

Tales reflexiones son la consecuencia de la observación del primitivo sistema de ejecución mediante la *legis actio per manus iniectioem* y, en particular, de la disposición de las Doce Tabas que permitía la división del cadáver del deudor entre los acreedores.

Sin embargo, aquí como con todos los análisis histórico jurídicos es necesario moverse con cautela.

1. De un lado está la afirmación que Aulo Gelio coloca en boca del jurista Sexto Cecilio que parece fundamentar el rigor de la ejecución de los deudores en la necesidad social de mantener a la comunidad en disposición de resolver la pasajera indigencia de algunos de sus miembros y en el carácter intimidatorio de una medida de tales proposiciones.

"Nuestros padres quisieron establecer esta buena fe, no solamente en la reciprocidad de debere, sino que también en las relaciones comerciales, y sobre todo en el préstamo, creyendo que la indigencia pasajera en que todos pueden encontrarse quedaria privada de socorros si el deudor podía, con poco riesgo, burlar al acreedor... pero es evidente que no se había establecido un castigo tan tremendo sino para no recurrir a él."⁶

2. De otro, la de Samper Polo que piensa que teniendo en cuenta la red de vínculos basados en la fides y la amistad y el sistema de garantías personales que en ellos se apoya-

⁵ BLOCH, Ernst, "Derecho natural y dignidad humana", Madrid, Aguilar, p. 19 ss.

⁶ "Noches áticas", 20, 17.

ba, la ejecución primitiva que termina con la muerte del deudor debía ser una hipótesis de muy rara ocurrencia.

3. Consideramos también la opinión de Bynkershoek, citada por Levy-Bruhl, según la cual es falsa la teoría tradicional que otorga a la fórmula *partes secanto* un sentido material porque ella se refiere a una operación puramente jurídica.⁷
4. Está también el aserto del propio Henri Lévy-Bruhl para quien la sanción recogida en la tabla tercera⁸ “no es una sanción de naturaleza jurídica, sino de naturaleza religiosa. Las palabras *partes secanto*, siguiendo su verdadero sentido natural se refieren al descuartizamiento del cuerpo del deudor, pero se trataría de una laceración de carácter místico y no material. En otras palabras, se trataría de una de esas fórmulas de maldición frecuentes en la religión y en la magia de los romanos, en las cuales se consagran o dedican a las divinidades nacedoras de maleficios las diferentes partes del cuerpo de su adversario. En resumen, no se puede adherir, sin un profundo análisis previo a la tesis que proclama la indiferencia del derecho civil romano frente al deudor basándose en instituciones arcaicas sobre las cuales, además, no existe consenso.

Tampoco podemos afirmar, sin el riesgo cierto de equivocarnos, que el *ius civile* procediera, en otras épocas, en todas las soluciones y a partir de cada una de sus fuentes, a examinar la obligación como un conjunto homogéneo de elementos de la misma importancia intrínseca y a las cuales se concediera igual peso jurídico específico.

C. En el otro extremo encontramos la hipervaloración del principio *favor debitoris*. En relación con él recordemos que no se aplicó en Roma con carácter general; se utilizó especialmente en la época postclásica como canon interpretativo espe-

⁷ LEVY-BRUHL, Henri, “Quelques problèmes du très ancien droit romain”, Paris, 1934, p. 159.

⁸ Ibidem, p. 161.

cífico y en sus inicios sólo para aquellos casos en que el negocio fuese ambiguo.⁹ Fue un remedio que surgió en consonancia con los tiempos pero coincidimos con Giuffré al afirmar que “un principio tal, concebido como genérico debe permanecer fuera del ordenamiento positivo, en el ámbito de lo meta o pre-jurídico. El juez que lo aplicara, más allá de la institución típica (*fattispecie*) tal como la regula el ordenamiento, vestiría la túnica nada aconsejable en los modernos ordenamientos codificados, de creador del derecho”¹⁰ y, añadimos nosotros, rompería a priori el tenso equilibrio de la obligación en forma antitécnica e injusta.

D. Lejos de estos dos extremos encontramos la rica experiencia jurídica de los romanos.

Los profesores José Carlos Moreira Alves, ilustre brasileño profesor de la Universidad de Brasilia y concedor de la política latinoamericana y Vincenzo Giuffré, *ordinario di Istituzioni di diritto romano* en la Universidad de Nápoles, han realizado un inventario, con las apreciaciones descriptivas y críticas correspondientes, de las principales medidas de protección al deudor en el derecho romano.

Moreira Alves¹¹ las clasifica en:

- a — Principios y normas que proporcionan al deudor mayores facilidades para el cumplimiento de la obligación, y
- b — Principios y normas que se dirigen a la defensa del deudor.

⁹ GUARINO, Antonio, “Diritto privato romano”, 6ª ed. Nápoles, 1981, p. 317.

¹⁰ GIUFFRÉ, Vincenzo, “Il ‘favor debitoris’: Araba fenice”, ponencia presentada al VI Congreso Latinoamericano de Derecho Romano, Universidad de los Andes, Mérida, Venezuela, 1987.

¹¹ MOREIRA ALVES, José Carlos. “Algunos principios e normas de defesa do devedor e seus correspondentes nos mais recentes movimentos de reforma de codigos civis latinoamericanos”, ponencia presentada al VI Congreso Latinoamericano de Derecho Romano, Universidad de los Andes, Mérida, Venezuela, 1987.

19 Explica que en ocasiones es difícil establecer una separación completa entre las dos categorías.

Vincenzo Giuffré¹² estudia el “favor debitoris” y propone su utilización con nuevas perspectivas en el derecho privado y en el internacional de nuestra época. Sabiamente va reduciendo la aplicación de tal principio a límites precisos al paso que va examinando algunas soluciones jurídicas romanas que aunque protegen al deudor no se han inspirado en el “favor del deudor”.

Sebastiano Táfaro, profesor de la Universidad de Bari,¹³ estudia separadamente:

a — Las intervenciones legislativas que, “sobre todo en el período republicano, se repiten en contra de la excesiva onerosidad de los débitos y de los intereses”;

b — Las soluciones de los juristas que mediante “una penetrante *interpretatio*, que se desarrolla en varias direcciones aseguran una más articulada tutela de las posiciones debitorias”. Entre estas señala de manera especial, la *regula* que contiene D. 50, 17, 23 y la aplicación de los criterios del interés y de la veritas en la adecuación de la condena o, de la obligación, a la realidad o efectividad de las situaciones negociables.

E. Nosotros proponemos una perspectiva más amplia que cobije el estudio de los principios e instituciones romanas que de alguna manera protegen, en la práctica, al deudor, sobre todo cuando es él la parte más débil de la relación, aunque éste no haya sido el propósito inicial.

a — Algunas de ellas surgieron a la vida jurídica con esa finalidad; por ejemplo, la liberación del deudor cuando el cumplimiento de la obligación se hace imposible por *casus*, o el principio “favor debitoris”;

¹² GIUFFRÉ, Vincenzo. Ob. cit.

¹³ TÁFARO, Sebastiano, “La situación de los deudores en Roma”, intervención en el II Encuentro Nacional de Profesores de Derecho Romano, U. Externado de Colombia, Bogotá, Septiembre de 1989.

b — Otras tuvieron como objetivo facilitar el desarrollo negocial y el trámite procesal para ambas partes, como la tipificación de los negocios de buena fe y las correspondientes acciones *bonae fidei*;

c — Unas más, por razones de técnica procesal, representaron una protección para el demandado tanto en las acciones reales como en las personales por ejemplo la *pluris petitio* y sus efectos.

d — Otras fueron disposiciones legislativas que persiguieron la malicia o el trato cruel de los acreedores; como la prohibición de la *cessio in potentio*; o, el remedio de una situación inflacionaria general como algunas normas sobre reducción de intereses o el edicto general de precios de Diocleciano.

Así tomamos como objeto de estudio instituciones y principios que nacieron en fuentes distintas y con finalidades diferentes pero que a través de la historia del derecho romano le sirvieron al deudor para mejorar su condición y tratar de desempeñar el papel, también protagónico, que le corresponde en el cuadro general de la obligación — en el ámbito jurídico — y dentro del tráfico comercial o financiero — en el ámbito económico político.

Importante papel cumplieron a la vez figuras tipificadas por la jurisprudencia, el edicto del pretor, la legislación comicial e imperial; principios interpretativos utilizados por los juristas y procesos evolutivos de viejas figuras impulsados por el pretor y la jurisprudencia. Unas se refirieron a la parte sustancial de la relación obligatoria, otras al rito procesal para exigir su cumplimiento o las indemnizaciones correspondientes. Vale la pena subrayar la contribución de la jurisprudencia con figuras tales como la buena fe, la noción del abuso del derecho y, de manera especial, la construcción del concepto de culpa sobre la base de criterios subjetivos.

Miremos algunas:

1. En el mundo de finales del siglo XX, donde la tecnología ha logrado significativos avances, considerándola en sí mis-

ma y en sus relaciones con el humanismo al que a veces parece sojuzgar, echamos de menos criterios objetivos de responsabilidad para que el derecho dé a los hombres concretos y desnudos de artificios técnicos, la posibilidad de obtener el respeto de su integridad; pero en la edad antigua la elaboración del concepto de culpa significó un progreso en la identificación del daño indemnizable y de la consiguiente responsabilidad. Veamos:

“En la lengua latina, hasta finales de la república, época en que los juristas lo usan técnicamente, el término culpa reunía condiciones de uso individualizables con precisión; se conectaba con la presentación de un hecho que constituye un malum, causado por una persona. Pero esto no bastaba: era necesario que tal persona hubiera podido comportarse de otra manera sin que se lo impidieran factores externos (*natura, deus, fatum, fortuna, casus, necessitas, aliena vis ac potestas*) o internos (*imprudencia, inscientia*, falta de previsión, *lapsus, error*), siempre que estos últimos no se pudieran remitir a la violación (por *inertia, neglegentia, fatuitas*), del modelo de comportamiento, por el cual su conducta merecía una valoración desfavorable y es en sí misma reprochable. Culpa implica, pues, siempre un reproche dirigido a una persona pero, por otra parte, no se refiere solo a comportamientos intencionales, sino también a la falta de control del propio comportamiento en relación con un modelo...

“Culpa incluye una descripción de la conducta a un elevado nivel de abstracción, reducida a algunos presupuestos estructurales del obrar, y además una calificación, un juicio. Ella conserva una profunda unidad con el término verbal *culpo*, que significa ora ‘inculpar’, ora ‘reprochar’”.¹⁴

2. El edicto del pretor logró integrar en el sistema de derecho romano considerado como totalidad, una serie de fi-

¹⁴ SCHIPANI, Sandro, “Una posible contribución de los elementos de origen romanístico a las exigencias actuales de la responsabilidad civil”. En: “Externado”, Bogotá, 1985, n. 2, p. 394.

guras cuyo desarrollo dinámico en cada caso concreto vino a favorecer a los demandados considerados ya en el comienzo de la acción como deudores — caso de las acciones personales — o posibles deudores de la *litis aestimatio* — caso de las acciones reales. Importantísimas resultan bajo este perfil las excepciones, de manera especial las de pacto y de dolo, la *exceptio quod metus causa* y la *legis Plaetoriae*, la ejecución patrimonial pretoria, el *ius retentionis* que se hacía efectivo mediante el juego de las excepciones, la restitución por entero, la actuación práctica de los efectos de la *litis contestatio*, etc. etc.

3. En el campo de los llamados negocios o *pactos pretorios*, vale la pena destacar el desarrollo del *pignus*: Inicialmente el deudor era privado de la tenencia material del objeto gravado, en beneficio del acreedor; perdía así la posibilidad de utilizarlo tanto para obtener algún producto que le ayudara a subsistir, como para buscar con mayor facilidad los medios para cumplir la obligación garantizada; la finalidad coactiva de la garantía se imponía sobre la racionalidad económica porque el acreedor *pignoraticio* tampoco podía usar la cosa so pena de cometer *furtum*. La introducción del *pignus conventum* significó en parte la avenencia entre la juridicidad y la economía práctica: el objeto que encarna la garantía permanece en manos del deudor quien está, así, en mejores condiciones de trabajar, de actuar sobre él y mejorar las posibilidades de cumplimiento; el acreedor mejora la seguridad de sus expectativas en buen número de casos.

El acreedor no puede apropiarse del *pignus* sin la autorización correspondiente, lo cual garantiza al deudor contra sorpresas y abusos. Por desgracia este ejemplo romano, basado en la técnica jurídica y no en sentimentalismos a favor del deudor que menguasen el derecho del acreedor, no se sigue a cabalidad por los acreedores de los países latinoamericanos, así tenemos la noticia de la congelación directa de fondos de países hermanos en bancos de los países prestamistas y si bien es cierto no toman posesión de los bienes en garantía de cumplimiento, entorpecen el

mercado de los mismos para aumentar el desangre de dinero por intereses llamado eufemísticamente "servicio de la deuda".

4. En las leyes romanas obtuvieron registro de nacimiento buen número de figuras jurídicas que protegieron y aún lo siguen haciendo a los deudores. La nunca bien ponderada prohibición del anatocismo, los beneficios de orden o excusión, de división, la regulación de la usura, la prohibición de dar muerte a los deudores nexi, etc. etc.

Es importantísimo este rastreo porque como lo anotaría DILTHEY¹⁵ repitiendo con mayor claridad las geniales palabras de HEGEL, un fenómeno es histórico no por lo que ha sido sino por lo que "es siendo" (*es ist seiend*), por lo que en él ha transcurrido y por cuanto ha sufrido evolución o cambio cuya condición objetiva más elemental es el transcurso del tiempo, pero no sólo él, en nuestro caso, está la influencia de regímenes políticos y concepciones religiosas diversas y el trabajo de diferentes grupos de hombres: jurisprudentes, magistrados, emperadores, etc.

Es necesario y debe ser fructífero para definir algunas luces más necesarias ahora, que nunca en los países del tercer mundo por varias razones:

1. Porque la supuesta igualdad de los hombres ante la ley es, cuando más, una fórmula de retórica jurídica porque está desprovista del fundamento económico correspondiente. Los esfuerzos del Estado — donde se realizan — han sido insuficientes para lograr un más equitativo reparto de los bienes y extender los servicios que satisfacen necesidades esenciales a la siempre creciente masa de proletarios tercermundistas.
2. La administración del Estado se empeña más en el mantenimiento del *statu quo* — estructurado por los intereses nacionales de tipo tradicional y por las crecientes exigen-

¹⁵ DILTHEY, Wilhelm, "Hegel y el idealismo", México, Fondo de C. E. sf., p. 183.

- cias de los grupos transnacionales empresariales privados y los mal llamados organismos de cooperación o desarrollo — que en la modernización de las condiciones de vida, tarea que sólo tendrá éxito cuando aquella se empeñe en la superación de los obstáculos que han impedido alcanzar el desarrollo y han dejado a los principios de libertad e igualdad como meros enunciados teóricos.
3. Porque el desarrollo de la doctrina y la práctica de los derechos humanos sufre muchos tropiezos en este sector del mundo sacudido por tantas crisis de las que rara vez es protagonista y los poderosos no están sujetos a suficientes frenos legales. Entre paréntesis, en ocasiones los ordenamientos han buscado soluciones fragmentarias con fundamentos apriorísticos — defensa del arrendatario contra el arrendador, del trabajador contra el patrono, etc.
 4. Porque si en el ámbito nacional la situación de desigualdad, agravada por la concentración de la riqueza que propician fenómenos como el tráfico de drogas y de armas, el juego de los movimientos subversivos, etc., coloca en situación desventajosa a los deudores frente a un ordenamiento que en la mayoría de sus capítulos pretende mantenerse aséptico — la normativa paralela no es suficiente —, en las relaciones económicas internacionales las relaciones acreedor-deudor entre los países industrializados y aquellos como los de América Latina no logran un punto de tensión, menos aún un punto de equilibrio sino que se muestran reiteradamente como relaciones de dependencia del país deudor con relación al país acreedor o lo que es peor, de aquel, frente a instituciones o grupos de interés de éste.

LA SITUACIÓN ACTUAL

Es claro que las instituciones romanas que podían emplearse en defensa del deudor (— magníficamente estudiadas por varios juristas, entre otros por los ya citados Moreira Alves, Giuffré, Táfaró, Schipani, Hinestrosa y los jóvenes profesores del grupo del Externado, además de muchos de los

participantes en este Congreso —) pueden emplearse, casi sin variaciones en los países de tradición romanística, para la solución de problemas que se suscitan en las relaciones obligacionales en un nivel que podríamos denominar “primario”: el de los vínculos entre acreedores y deudores individuales de parecidas condiciones socioeconómicas.

Sin embargo, este nivel que era propio del mundo antiguo es sólo una pequeña parte en el complejo mundo negocial del siglo XX.

Difícil resulta, en cambio, manejar mediante la mera adaptación de esas figuras, una relación cuyas fuerzas de tensión se descompensan cuando uno de los extremos o elementos en juego está constituido por un grupo, asociación, empresa monopolística, etc., de nivel “intermedio”, mientras el deudor sigue siendo una persona desprovista de mecanismos económico-políticos de presión o de conciliación que le permitan superar el desequilibrio.

La dificultad aumenta si pasamos al nivel “secundario”, el de las grandes magnitudes, el de las relaciones de obligación entre los organismos internacionales de financiación o los estados prestamistas, con los países en vía de desarrollo (endeudados hoy en día más allá de toda posibilidad de pago sin el sacrificio de sus propios nacionales de tal manera que parece como si, “con el fin de mantener al sistema bancario internacional robusto y sano, una gran cantidad de países y sus poblaciones tuvieran que ‘colaborar’ a costa de quedar debilitados y enfermos”).¹⁶

Para que el derecho romano pueda contribuir con un aporte significativo a la defensa de los deudores más débiles, en el nivel “intermedio”, se hace necesario, en mi opinión, estudiar la razón de ser, el origen, la finalidad y el desarrollo de las instituciones correspondientes en Roma, para buscar los principios que les permitieron actuar eficazmente, e inscribir tales principios dentro del marco de los más generales

¹⁶ MAX-NEEF, Manfred, “Un economista descalzo en Bogotá”. En: “Magazin dominical (‘El Espectador’)”, Bogotá, n. 226, 26 de Julio de 1987.

del sistema, para enriquecerlos mediante un proceso de complementación e interpretación, con el fin de emplearlos luego como fundamentos lógico-jurídicos, de remedios análogos, paralelos o contrarios, según lo aconseje el cuidadoso análisis precedente. En este sentido, es ejemplar la propuesta del profesor Sandro Schipani que resalta la necesidad de reexaminar los principios y normas sobre la justicia y aquél de la centralidad de la persona para el derecho dentro del sistema jurídico romanístico.

Un ejemplo dramático del olvido de estos principios por las grandes potencias económicas y las autoridades de nuestros propios países es el nuevo estilo de negociación que se concreta en el intercambio de deuda externa por naturaleza como una forma de defender los recursos naturales. Razón tuvo Evaristo Nugkuag, presidente de la coordinadora de la organizaciones indígenas de la cuenca amazónica cuando dijo: "En este planteamiento hay un peligro para los pueblos indígenas. Por ejemplo, la organización Conservation International que compró a cambio de un pedazo de deuda externa boliviana, el parque de los indígenas Chimanes, nunca tuvo en cuenta que allí viven cerca de ocho mil nativos. En las discusiones sobre el manejo del parque no se invitó a participar al pueblo chimane, o si se le invitó nunca se le tuvo en cuenta en las decisiones..." ("El Espectador", Bogotá, 11 de Mayo/90).

El proceso que proponemos se hace necesario dadas las características que la evolución económica y social ha impreso en el mundo y que separan abismalmente el momento romano del momento actual.

Comparemos, por ejemplo, el formalismo antiguo con el "formalismo" tecnológico:

El funcionamiento del *ius strictum*, el apego a la forma y otros elementos parecen conspirar contra la defensa del deudor; sin embargo, no debemos poner la mirada solamente en el momento del incumplimiento del ejercicio de las acciones declarativas y ejecutivas de las que podría echar mano al acreedor; opino que también puede darse protección al deudor y tal vez en forma más eficaz en el momento de la adquisición del compromiso y aquí el carácter peligroso de la forma se

equilibra con algunas de sus ventajas cuando se mueve dentro de un sistema en el que el principio de la forma se impone y maneja como necesario.

Entre los beneficios que presenta la forma podemos distinguir algunos inherentes a la forma en tanto que forma; que se presentan en todos y cada uno de los actos jurídicos formales, los llamaremos, siguiendo a Ihering,¹⁷ ventajas generales y las ventajas especiales que dicen relación a los elementos de cada forma en particular.

Ventajas generales

La primera gran ventaja que presenta la forma consiste en el hecho de que manifiesta claramente el carácter jurídico de los actos en que aparece. El formalismo facilita la tarea del juez y le da un gran margen de seguridad a su diagnóstico en los negocios puestos a su conocimiento. En ausencia de formas predeterminadas resulta verdaderamente difícil distinguir si nos encontramos en presencia de un mero acto preparatorio, o de una expresión de voluntad sin consecuencias jurídicas o, si por el contrario, se trata de un acto verdaderamente jurídico.

Ignigalable beneficio, no tanto para el juez como para las partes, dentro de un sistema formalista, lo constituye el hecho de que la forma tiene el deseado carácter de ser "el despertador de la conciencia jurídica". Es tal el impacto que la forma produce en el espíritu, que su sola mención da el toque de alerta para que aquella persona a quien se dirige, se tome el trabajo de reflexionar sobre las consecuencias jurídicas obligatorias que ese acto, desarrollado hasta entonces sin entrar en el campo estricto y vinculante del derecho, podría acarrearle si se reviste de las formalidades específicas. Desde que la palabra *spondesne* resonaba en el curso de una conversación, hasta entonces no jurídica sino amistosa y ami-

¹⁷ IHERING, Rudolf von, "El espíritu del derecho romano", Madrid, 1907.

gable, tomaba el carácter de negocio, siendo así la señal de un acto de naturaleza y significación jurídica.

Se nos presenta en este punto una disyuntiva muy interesante: Si un sistema formal rígido lleva en sí la peligrosa posibilidad de que una persona con intención de obligarse, verdaderamente interesada en comprometerse en un negocio jurídico, quede por fuera del vínculo jurídico en razón de un vicio de forma: un sistema jurídico absolutamente carente de formas nos presenta otro riesgo no menos desventajoso para el comercio jurídico: la posibilidad de que una persona cuya intención de obligarse estuvo ausente en su relación con otro individuo, resulte vinculada por un lazo jurídico absolutamente obligatorio, que lo coloca bajo esa terrible posibilidad de una acción judicial con sus severas consecuencias.

En síntesis, la mayor utilidad práctica de la forma es hacer palpable exteriormente la diferencia intrínseca de los actos jurídicos y que salte a la superficie su naturaleza íntima.

Ventajas especiales de la forma

Desde luego, la publicidad, ventaja inestimable de la forma jurídica, se hace presente en el carácter mismo de la forma considerada en general, pero se manifiesta más estrechamente unida a las formalidades escritas que a las de cualquier otro tipo.

El empleo de formas tradicionales asegura que su contenido será fácil de practicar al tiempo que evita la sorpresa por ignorancia. En este grupo de ventajas del sistema formalista podemos ubicar también su claridad y exactitud.

Es clara por su mismo carácter explícito y exacta por cuanto los esquemas formales no pueden intercambiarse ni modificarse sino al compás de las soluciones legislativas.

Dijimos que las ventajas inherentes a la forma son superiores a los inconvenientes que pueda presentar, si se usa con prudencia y técnica jurídica.

¿Goza el deudor actual de estas ventajas? ¿Vale la pena que las tenga o es imperioso buscarlas por otros medio? ¿La seguridad del crédito debe imponerse? ¿Se beneficiará el deudor de tal seguridad? El problema no es de poca monta si tenemos en cuenta la irrupción de la informática y la telemática en el terreno de los negocios jurídicos y el empleo siempre creciente de títulos valores en el comercio internacional. Un individuo, provisto de una tarjeta magnética multiusos que el banco donde tiene una pequeña cuenta corriente le ha suministrado sin instruirlo de manera conveniente para el uso de la misma, se colocará frente al cajero automático que posee varias alternativas de utilización, sin diferencias formales de acceso, pues en definitiva todas se reducen al tecleo de un par de comandos, no preceden conversaciones sobre las condiciones del negocio que se va a realizar; ningún documento se pone delante para estampar la firma, difícil pensar que en estas condiciones quien adquiere una obligación está alerta y advertido de las consecuencias jurídicas de su actuación. Menos aún en negociaciones más complejas a través de los computadores de bancos, bolsas de valores, agropecuarias o de maquinaria cuando, de nuevo, la opresión de un comando — gesto unitario y sin forma — despliega toda su fuerza creadora de efectos jurídicos y hace imposible la diferenciación entre los actos preparatorios y los verdaderamente negociables; entre la expresión de voluntad con consecuencias jurídicas y aquella que no pretende alcanzarlas.

En hipótesis como esta la protección al deudor se enfrenta con un principio muy querido por el derecho moderno — especialmente por el comercial — la seguridad del crédito. ¿Dónde hallar el punto de equilibrio? El tema ha sido la preocupación fundamental de varias reuniones internacionales y en materia cambiaria se han producido en torno a él instrumentos internacionales como el Tratado de la Haya y el Convenio de Ginebra que tienden a ofrecer más seguridad en la circulación de títulos valores en detrimento del sistema de defensa del deudor utilizando, entre otros medios la restricción de las excepciones oponibles.

En este nivel se requiere, además, que nuestra responsabilidad como ciudadanos se aune a nuestra responsabilidad como juristas y presione al estado y a los medios de comunicación para que lleven a cabo campañas de educación y orientación a favor de los usuarios de las nuevas tecnologías, de los consumidores de bienes y servicios, de quienes se comprometen por adhesión, etc., se propicie la creación de grupos de deudores para defender sus intereses y se avance en la búsqueda de medios procesales más democráticos para la solución de los conflictos.

En Colombia solo ha tenido éxito la Liga de Consumidores; una asociación de deudores del sistema UPAC, anunciada hace unos años, o no se formó, o no ha realizado una labor importante y ha permanecido en el anonimato.

En España por iniciativa del Banco Bilbao-Vizcaya, un grupo de estas instituciones creó el Defensor del Cliente que tiene carácter privado, si bien se proyecta últimamente darle un cierto refrendo oficial.

El Defensor actúa con un procedimiento no formalista. Examina las reclamaciones que le presentan los clientes descontentos con la actuación del banco con motivo de una operación concreta, procura llegar a un acuerdo amistoso y, caso de no lograrlo, dicta una resolución que es vinculante para el banco, pero no para el cliente. Si el cliente la rechaza, puede acudir a la vía judicial en defensa de sus derechos. (El reglamento se emitirá en Septiembre de este año.)

En el nivel "secundario" se impone, además, la formación de bloques y la interdisciplinariedad. Lo primero para que los débiles, unidos, sean casi tan fuertes como sus acreedores, lo segundo porque como lo afirma Manfred Max-Neef "el desarrollo a escala humana impone la síntesis ineludible de muchas disciplinas"¹⁸ porque aquí el propio acreedor no limita sus exigencias al campo patrimonial que surca el negocio crediticio correspondiente, se extiende a puntos de decisión política que afectan la soberanía y el principio de libre determinación de los pueblos.

¹⁸ MAX-NEEF, Manfred, ob. cit.

Muy a propósito vienen las siguientes reflexiones históricas:

a — En el bajo imperio la situación económica era tan difícil que amenazaba de muerte al sistema de crédito: los acreedores más fuertes que nunca, porque la necesidad de recurrir a ellos presionaba ahora mucho más, imponían su voluntad en sus relaciones con los deudores, exigían todas las garantías posibles.

La historia nos recuerda que la falta de sentido práctico de los propietarios del dinero contribuyó en gran medida a la crisis del mundo antiguo y así, como dice Rostovzeff,¹⁹ “la evolución del mundo antiguo es para nosotros una lección y una advertencia. Nuestra civilización no perdurará sino a condición de no ser la civilización de una sola clase, de una sola cultura, de una sola lengua, de una sola religión, sino la civilización de las masas, del pluralismo, de la comunidad de naciones de igual dignidad e iguales oportunidades. La historia romana nos muestra que se desarrollaron tratamientos para combatir patologías individuales, de pequeños grupos, pero no se buscó la salida que encauzara todas las variables posibles con el fin de que los propietarios del dinero — ahora también de la tecnología — y los titulares de la fuerza de trabajo y de las materias primas, pudieran trabajar de un modo más humano”.

La posibilidad de desarrollar un diálogo fecundo que apunte a una síntesis ineludible entre las disciplinas económicas, políticas, jurídicas, constituye un desafío para la comunidad internacional.

b — Así como la formación de un bloque compacto a cuya cabeza están los tribunos de la plebe permitió a los plebeyos introducir en la sociedad patricia el sentimiento de necesidad e interdependencia de las clases, así los países de América Latina deben resolverse, de una vez por

¹⁹ ROSTOVZEFF, M. “Historia social y económica del imperio romano”, Madrid, 1937, t. 2, p. 489.

todas, a formar un bloque cultural y económico unitario que subraye la presencia de un mundo en que, a pesar de todo, el comercio internacional necesita de sus materias primas y de su mano de obra más barata y numerosa.

“Desde la perspectiva de largo plazo ha de señalarse que la tendencia hacia la formación de grandes bloques económicos, como la Comunidad económica europea, los Estados Unidos con Canadá; en Asia, el de los países del Sudeste Asiático en torno al Japón, atentan hasta ahora contra la liberación del comercio en favor de los países en desarrollo en general.

Desunidos y pobres los latinoamericanos trabajamos para los grandes bloques económicos ... “Los supuestos esperados para solucionar gradualmente el problema de la deuda externa no se han dado y a la fatiga de las reiteradas renegociaciones, reescalonamientos y operaciones para formar menús aceptables, y no obstante también los reconocidos esfuerzos de los países endeudados para reajustar sus economías, ha seguido el desaliento tanto en gobiernos deudores como acreedores y en los organismos internacionales (INTAL).

La lucha de los plebeyos no se redujo al marco económico, tampoco puede hacerlo la nuestra; estamos de acuerdo con el Consejo Latinoamericano del SELA, cuya decisión 285 estableció la necesidad de otorgar un tratamiento integral a la interrelación de las finanzas, la moneda, el comercio, el desarrollo y la de reclamar la urgencia de desplegar esfuerzos de negociación paralelos en dichas áreas en todos los foros así como las acciones concertadas o conjuntas que sean pertinentes.

Desde hace varios años venimos preocupándonos por la manera de pagar la deuda más que por la forma de hacer respetar nuestra posición en los acuerdos internacionales, los casos del café y las flores colombianas son paradigmáticos, y empeñamos todos los esfuerzos internos y externos en la lucha por la preservación de las

ventajas de nuestros acreedores olvidando la satisfacción de nuestras necesidades primarias — la negociación debe ser de doble vía —; nuestros mejores hombres caen en la lucha contra el avance del fantasma del comunismo y la salida de los narcóticos hacia el mundo desarrollado que, en cambio, no se muestra enérgico con sus banqueros que se lucran con los dólares de nuestros delincuentes dedicados al narcotráfico y de los suyos dedicados a un tráfico no menos denigrante, el de las armas y los maestros de su utilización.

Si los plebeyos no hubieran hecho una suma de intereses comunes para luchar por su integración global a las civitas, los patricios hubieran perpetuado sus privilegios y la distancia entre los romanos no hubiera disminuído un tanto para permitir a más hombres una vida digna; la lección es sabia; los ciudadanos del mundo en desarrollo debemos usar la libertad de que aún gozamos de manera menos tradicional, su fundamento no es la indiferencia, tiene que ser la voluntad positiva de cambiar las cosas.

Como lo expresó en Chile la semana pasada el expresidente argentino Raúl Alfonsín, ... debemos presionar, no un diálogo entre vendedores y compradores, entre acreedores y deudores, sino un diálogo participativo entre ciudadanos, porque la soberanía de los pueblos no puede someterse a escala alguna.

Para comenzar a cambiar las cosas debemos fijarnos un plan de trabajo que contemple los siguientes puntos mínimos:

1. Reproducir y hacer circular los estudios realizados.
2. Dividirnos el trabajo.
3. Integrar al estudio a civilistas, comercialistas y otros expertos en el área jurídica.
4. Buscar la asesoría de economistas y expertos en comercio internacional.
5. Elaborar un banco de datos especializado.
6. Producir un documento final que pueda abrir caminos a la solución del problema de la deuda externa de los países

de América Latina. Ellas pueden referirse a la que hasta ahora se encuentra causada o a los compromisos futuros.

Como coda de estas reuniones se suelen declamar algunos versos del Martín Fierro que pregonan la unión de los hermanos frente a los colosos imperialistas; yo prefiero traer a colación las palabras de Goethe: "En el principio era la acción", porque la única manera de lograr que las cosas cambien a la medida del hombre latinoamericano es la actuación de éste sobre las cosas mismas, con conciencia latinoamericana.