

PRINCIPIOS Y REGLAS RELATIVOS A LA DEUDA EXTERNA. PERSPECTIVA ROMANISTA-CIVILISTA (*)

por Sandro Schipani ()**

SUMARIO. 1. La ley italiana número 209 del 28/6/2000 y su artículo 7. 2. El derecho aplicable a la deuda externa: Los principios generales del derecho y los derechos del hombre y de los pueblos, replanteamientos del derecho común. 3. Principios generales del Derecho imperativo y derechos humanos y de los pueblos que pueden haber sido violados. 4. La necesidad de un autorizado reconocimiento y de un trabajo difuso y directo.

1. La ley italiana número 209 del 28/6/2000 y su artículo 7

La ley número 209 aprobada el 28 de junio del 2000 por unanimidad del Senado Italiano, relativa a las "Medidas para la reducción de la deuda externa de los países de más bajo rédito y mayormente endeudados", después de haber regulado en términos inmediatos y directos tal finalidad, en el artículo 7 prevé:

"El Gobierno, en el ámbito de las Instituciones internacionales competentes propone la puesta en marcha de los procedimientos necesarios para el pedido de opinión a la Corte Internacional de Justicia sobre la coherencia entre las reglas internacionales que regulan la deuda externa de los países en vía de desarrollo y el conjunto de principios generales del derecho y de los derechos del hombre y de los pueblos".

Este artículo recoge sustancialmente el contenido de la moción Cherchi y otros n.1-00023, presentada el 1 de agosto de 1996 y aprobada por la Cámara de Diputados el 17 de Mayo de 1998 (moción Perlingieri y otra con importantes parecidos fue presentada al Senado en la legislatura precedente, sin llegar a ser tratada por la disolución anticipada del Parlamento). La moción Cherchi interpretaba, a nivel político y parlamentario italiano, pero con una proyección de efectos bastante grande, los resultados de un suficiente debate científico y político en el cual los juristas latinoamericanos y europeos, así como por otra parte árabes e instituciones diversas venían denunciando dudas sobre la correcta gestión

jurídica de la deuda, con referencia a principios generales y a la tutela de los derechos humanos y de los pueblos.

Ya en 1985, el Comité Económico y Social de la Comunidad Europea había elaborado una serie de puntos, que, desde la crisis desencadenada tres años atrás, en 1982 con la suspensión de pagos por parte de México, constituyen una verdadera puntual y competente lectura alternativa respecto a la entonces dominante interpretación coyuntural del problema, que lo enfrentaba como si se tratase de una falta temporal de liquidez ; del año 1986 es el documento "Un acercamiento ético a la deuda externa" de la Pontificia Comisión Iustitia et Pax.

En el VI Congreso Latinoamericano de Derecho Romano (Mérida, Venezuela, 1987), bajo mi sugerencia, fue tratada en la ponencia presentada por J.C. Moreira Alves, romanista-civilista y Presidente del Supremo Tribunal Federal de Brasil, un una reflexión de naturaleza jurídica sobre el tema "Principios generales del derecho y desigualdad en las obligaciones contractuales", con referencia a la deuda externa y al principio del favor debitoris presente en nuestro sistema; el mismo año, en la Universidad de Roma "Tor Vergata", A. Montoro, filósofo del derecho de la Universidad Católica de San Pablo y -entre otras cosas- Gobernador del Estado de San Pablo en Brasil, daba otra contribución sobre el tema, poniéndose en movimiento una investigación patrocinada por el MURST, cuyas ideas fueron expuestas en el Coloquio Europa-América Latina "Contribución de Europa a la paz en América Latina" (Milán, 4-6/2/1988) . Esta línea de trabajo sobre principios del derecho aplicables en la deuda externa se encontró inmediatamente con la contribución de la doctrina internacional latinoamericana proyectada por el Embajador M. A. Espeche Gil, autor de la propuesta aprobada por el XV Congreso IHLADI (Santo Domingo, 28/4/1989) sobre el pedido de opinión consultiva a la Corte Internacional de Justicia (*N. del E.: Ver infra, Documentos*). Otros congresos jurídicos llevados a cabo en Brasilia siguieron trabajando sobre el tema (VII Seminario Internacional Roma- Brasilia, organizado por la Asociación de Estudios Sociales Latino Americanos- ASSLA y por la UnB, sobre " Aspectos jurídicos de la deuda externa de los países latinoamericanos", 1990), en Viena (Foro científico del CEISAL- Consejo Europeo de Investigaciones

Sociales de América Latina, 1991), en Roma (con colaboración de la Universidad Lateranense, Universidad de Roma Tor Vergata, ASSLA 1992 a 1995) en Estocolmo (1994), en Foggia (1995), en Túnez (1995), en Madrid (VI Coloquio Europa-América Latina en colaboración con el CEISAL, Consejo Español de Estudios Iberoamericanos-CEEIB, Instituto de Cooperación Iberoamericana-ICI, 1996), en Caracas (1996 y 1997). El tema tratado ha interesado al mundo islámico, el cual, gracias a la coordinación del Istituto di Studi e Programmi per il Mediterraneo-ISPRM, participó en los citados Congresos llevados a cabo en Roma, organizando posteriormente un Seminario científico en Annabaha (Algeria, 1999).

En 1989 en Argentina el Senador Fernando de la Rúa (que fue también Presidente de este país) presentó en el Senado Argentino un Proyecto de declaración sobre la misma línea de la IHLADI, para que sea pedido la opinión consultiva a la CIJ en particular sobre la licitud del mecanismo de los intereses aplicados a la deuda externa; en 1991 el Senador E. Cardoso (ex Presidente del Brasil) hizo lo mismo en su país. En 1991 el Senador R. Caldera (que también después fue Presidente de ese país) desarrolló en Viena la Conferencia de apertura del Foro citado, y en 1993 puso de relieve en su programa de gobierno la promoción del pedido de opinión mencionado con una prospectiva general de consideración de los principios jurídicos a aplicar. En 1992 el Parlamento Latinoamericano creó una Comisión sobre la Deuda externa, el cual adoptó la posición por la cual se debe solicitar la opinión consultiva a la CIJ ; en 1993 la XI Conferencia interparlamentaria CE-AL aprobó por unanimidad una manifestación de la preocupación por el esfuerzo en la exportación de capitales que están realizando los países latinoamericanos para hacer frente al servicio de la deuda externa, que creó problemas como: el aumento de la pobreza, dificultades en el funcionamiento y modernización del aparato productivo e infraestructura sociales; la consideración de que a pesar de las acciones puestas en práctica para resolver el problema, la dimensión de la deuda continúa superando las reales posibilidades de devolución por parte de las economías de tales países; el pedido a los Estados miembros que pongan en estudio la propuesta según la cual la Asamblea de las

Naciones Unidas pida a la Corte Internacional de Justicia de la Haya una opinión que aclare el cuadro ético y jurídico que debe regular los préstamos internacionales” . Dos años más tarde el pedido de opinión fue repetido por la XII Conferencia de Bruxelles, y luego en 1998 por la 99ª. Conferencia Interparlamentaria Mundial de Windhoek .

En este contexto se incluyen la Carta de Sant’Agata dei Goti.”Dichiarazione su usura e debito internazionale” publicada por Mons. Pociello, Obispo de tal comunidad, en el tercer centenario del nacimiento de Sant’Alfonso M. De Liguori (1997) (*N. del E.: Ver infra Documentos*), con los Seminarios conectadas a la misma, y algunas propuestas de las conclusiones del IV World Congress on the Pastoral Care of Migrants and Refugees .

En esta perspectiva se incluyen las instituciones de un rapporteur especial que anualmente refiera a la Comisión de derechos humanos de las Naciones Unidas sobre las consecuencias negativas que la deuda externa tiene sobre el goce efectivo de los derechos humanos, así como también la frustración de las propuestas de los Presidentes arriba citados y de las tentativas no alcanzadas para obtener la discusión en la Asamblea general de las Naciones Unidas para el pedido de opinión mencionado, las cuales mostraron a quienes siguieron de cerca estos hechos, cómo el consenso al respecto debe abarcar mucho más extensamente a todos quienes aspiren a la construcción de un derecho justo.

El Parlamento Italiano, tomó una importante iniciativa, dándole al proyecto de ley de origen gubernamental una sobresaliente perspectiva que, me atrevo a decir, está a la altura de este año 2000 tan cargado de significados.

Como es notable, el proyecto de ley preveía una reducción de la deuda externa en relación con Italia por parte del grupo de países de más bajo rédito. El Parlamento no sólo ha ampliado tal intervención en forma significativa (cuya consistencia efectiva, y cuyos mecanismos no examinaré ni valoraré aquí), sino que sobre todo ha introducido una prospectiva -me refiero al art. 7- que se ubica sobre una línea completamente distinta de aquella de la remisión de la deuda, una línea de grandes obligaciones para el Gobierno, de gran potencialidad y de

carácter permanente para el desarrollo del derecho y para las relaciones entre los hombres y los pueblos.

De grandes obligaciones también para quienes ejercen el derecho.

El colega Profesor Catalano, comentando la citada Carta di Sant'Agata dei Goti, subrayó, justamente, el problema de la separación del derecho de la moral que pesa sobre nuestra cultura jurídica, y la necesidad de su superación .

El colega Dalla Torre, en un reciente Seminario en Salerno, ha también justamente recordado "la apertura del saber que caracteriza la modernidad" y "la crisis de las jerarquías", con la primacía de la política sobre la moral y de la economía sobre la política y reafirmó la necesidad de moverse para imponer con éxito reglas jurídicas .

Sostengo que, de este artículo de la ley que he recordado, se pueden distinguir tres perfiles que expresan la prospectiva acogida por nuestro legislador: a) La ley reafirmó el reconocimiento de la existencia de un cuadro de principios generales del derecho y de los derechos del hombre y de los pueblos así como la necesidad de que la deuda externa debe ser regulada. b) Acogió de un nuevo modo la duda que los pueda conducir ó reglas y prácticas de negociación de esta ó aquella institución, de hecho aplicadas y no conforme a estos principios. c) pide al gobierno que actúe en modo que promueva una opinión a la Corte Internacional de Justicia (CIJ) para que revea formalmente tales principios.

2. El derecho aplicable a la deuda externa: Los principios generales del derecho y los derechos del hombre y de los pueblos, replanteamientos del derecho común.

2.1 Es necesario repetir una precisión previa: La variedad de los sujetos (Estados, Organismos Internacionales, sujetos privados etc) y de los tipos de actos que vienen en consideración cuando se examina la deuda externa de los PVD es ciertamente relevante, tanto que esta implica el colocarse en las relaciones, en el ámbito de aquellos que habitualmente se califican por un lado de derecho internacional publico, por otro lado de derecho internacional privado y/o

derecho transnacional (a prescindir de los perfiles de derecho constitucional, fiscal etc) 26.

En verdad, con referencia a las numerosas relaciones con acreedores sujetos privados (Bancas, Consorcios Bancarios etc) se debe sin embargo precisar ulteriormente que pueden surgir serias dudas sobre la validez de las cláusulas de renuncia a la propia jurisdicción de parte de los Estados de los PVD, renuncia que estaría ligada al carácter económico de las relaciones en consideración. Esto no solo porque tal renuncia en muchos casos viola disposiciones legales o principios de los ordenamientos de los mismos Estados deudores²⁷, o por la contradicción de la permanencia de una ilimitada responsabilidad, propia de los Estados mismos y usualmente extraña en cambio a las relaciones de la actividad económica, ²⁸ y asimismo teniendo presente de un lado, que las obligaciones pecuniarias que vienen a consideración constituyen una situación deudora tal, que incide directamente sobre la libertad y los derechos fundamentales de los hombres como tales y de los pueblos envueltos en este acontecimiento, cosa que compromete directamente al Estado en el ejercicio de sus mismas funciones, esencialmente políticas de tutela de los mismos, por otra parte que tal renuncia resulta aceptada en condiciones de sustancial ausencia de libertad de la parte- Estado que la ha aceptado.²⁹ Además, cada solución que reconduce sustancialmente a la aplicación de las normas del derecho interno de un Estado en particular (con cualquier criterio que este sea elegido) situaciones que son estructuralmente transnacionales, resulta objetivamente inadecuada, tanto que en el mismo comercio internacional cotidiano los criterios del Derecho Internacional Privado, que precisamente llevan materialmente a tal resultado, son justamente sometidos a crítica y en vía de superación³⁰.

En cada caso, la presencia, en el derecho internacional público precisamente, cual fuente del mismo, también de los "principios generales del derecho", expresamente citados por el estatuto de la CIJ, art. 38.1.c), que son comunes al derecho interno, expresa la citada presencia del reconocimiento positivo de un núcleo de derecho común, que permite una consideración unitaria del derecho aplicable, a prescindir de la variedad indicada.

El primer punto que he evidenciado estar fijado por la ley en examen se inserta claramente en esta perspectiva, y reúne una fuerte re-propuesta sobre el horizonte de la actualidad del derecho común a todos los pueblos.

Es útil, en relación a este derecho, recordar brevemente algunos datos.

2.2 Va subrayada una característica fundamental de nuestro sistema jurídico romanista, algunas veces en parte olvidada u oscurecida, pero permanente; la capacidad que este tiene de incluir la dimensión del tiempo, de la historia y su vocación universalista. En esto radica ya sea la posibilidad de concebir-elaborar principios generales del derecho, ya sean los derechos del hombre y de los pueblos.

La conciencia que encontramos tanto en Cicerón como en Livio³¹ de la capacidad de Roma de *iura gentibus dare* es la conceptualización de una concepción arraigada desde los orígenes mismos, para lo cual *Iuppiter* se encuentra en el vertice y en el origen del ordenamiento de la comunidad autóctona romana, y como "existencia inter-étnica", vigila también sobre el sistema jurídico-religioso en el cual estaban ya "virtualmente" presentes también, los otros pueblos, conocidos y todavía desconocidos. ³² Tal "virtualidad" explica la aparente contradicción entre los *iura* que, de un lado deben todavía ser dados y recibidos, por otra parte vinculan ya a los romanos en sus relaciones con los extranjeros, califican jurídicamente tales relaciones, antes y a prescindir de cualquier momento convencional, al contrario, como fundamento también de ese mismo momento convencional³³. Dentro de la esfera de los originarios *multa iura communia* entre romanos y extranjeros ³⁴, se especifica después, como conocido, el *ius civile*, como derecho propio de los ciudadanos romanos, que por otra parte se integra con el *ius gentium*³⁵, ambos "suplidos o corregidos" por el *ius honorarium*³⁶, y todos, en una relación dialéctica y de reciproca crítica, "mejorados" por la interpretación cotidiana de los juristas³⁷, en el ámbito de la cual se desarrolla ulteriormente, también con el aporte de la reflexión filosófica, la idea de un *ius naturale*, con una función que puede ser también preparación para superar institutos de aquel mismo derecho de las gentes, que también es comúnmente acogido por todos los pueblos³⁸. Estas conceptualizaciones reúnen el principio

jurídico inicialmente indicado, representan reelaboraciones científicas innovadoras que acompañan y desarrollan riquísimas implicaciones. La generalización de la ciudadanía a todos los habitantes del Imperio conlleva a la superación del concepto de extranjero y, en la codificación de Justiniano, que en cierto modo concluye la fase de la formación del sistema, a la calificación del *ius Romanum* como *commune*, para lo cual se fija esta conceptualización unificadora de aquel derecho, *ius Romanum commune* precisamente propuesto para todos los hombres³⁹.

En la edad moderna de las grandes revoluciones, de la revolución de la geografía del mundo que se enriquece de una cuarta parte, "Nuevo Mundo", a las revoluciones políticas y sociales, este sistema de derecho romano común, sostenido del arraigamiento en la divinidad y/o en el ser reconocido como *ratio scripta*, se extiende a todos los hombres de América, que más tarde se llamara Latina⁴⁰, o, mas recientemente, como por ej. del Japón, y de la China ⁴¹; ésto conduce por ej. a superar la esclavitud porque "por derecho natural todos los hombres nacían libres"⁴², a intentar organizar la comunidad política como *res publica*, a concebir la ley como establecida por el pueblo, a recoger y ordenar el derecho en códigos etc.; este sistema también ha ofrecido las bases del derecho internacional.

Este mismo sistema de derecho romano común, que del racionalismo moderno ve acentuados algunos de sus caracteres, en relación con el proceso de codificación ha producido, también sobre la base de ideas antiguas y contribuciones desde la edad de los glosadores y comentadores⁴³, la remisión técnica a los "principios generales del derecho"⁴⁴ como principios presentes y de buscar en la gran codificación de Justiniano, y en sus desarrollos, de los cuales los códigos son informados, y a la luz de los cuales deben ser armonizados e integrados. Los códigos, elaborados por medio de la ciencia jurídica de ese sistema, de su desarrollo a través de la investigación y la discusión (*ius controversum*), fundados sobre tales principios, se ubican en comunicación ininterrumpida con la base del mismo, que ellos mismos desarrollan, y entre ellos; expresan la permanente vitalidad y vigencia del sistema mismo y participan de su

abierta vocación, facilitando la ulterior acogida por parte de otros pueblos⁴⁵. Es verdad que después, en Europa, el nacionalismo jurídico ha ofuscado la operatividad de esta abierta comunicante unidad, y el estatal-legalismo ha producido el cierre de los diversos ordenamientos de los estados nacionales sobre sí mismos⁴⁶, que culmina en la "miope estado-latría" que se manifiesta en la elaboración del reenvío a los "principios generales del ordenamiento jurídico del Estado" de nuestro Cc.Italiano/1942 (47). La dimensión, fundada sobre una línea de continuidad con el derecho romano y su apertura universal se mantiene, por ej. en otras áreas, como América Latina⁴⁸; ésta alimenta el permanente derecho común de la comunicación de la ciencia jurídica, y conlleva a referirse a los "principios generales del derecho" cual fuente de derecho aplicable por parte de la Corte Internacional de Justicia del Haya (también por esta referencia el estatal-legalismo busca luego readaptar los datos del sistema al propio marco teórico)⁴⁹, esta reemerge con dificultad en Europa bajo el impulso de los procesos de integración que se están desarrollando. Cuando por último Unidroit ha emitido un documento con el título: Principios de los contratos comerciales internacionales (1994), este texto es manifestación de la vitalidad y fuerza de tales concepciones. (Al prescindir del hecho de cuán adecuado en general sea el reconocimiento que tal Instituto haya cumplido de los verdaderos principios, cuando por ej. leemos, art 1.7, que "Cada parte [de un contrato] debe actuar de conformidad a la buena fe del comercio internacional. Las partes no pueden excluir o limitar esta obligación", encontramos sin duda el reconocimiento del hecho que el principio de la fides bona- corrección en los contratos- es vinculante y preexistente a cualquier momento convencional o de Derecho Internacional Privado, y lo es como principio del ius gentium, vigente y a disposición de todos. 50).

Es en este sistema del derecho romano común que era posible desarrollar, y se ha desarrollado por consiguiente la individualización de "principios generales del derecho", no por un estadístico reconocimiento de cuantas opiniones u ordenamientos convergen sobre cada uno, sino a través de la controversia y la investigación constante de la mejor solución⁵¹. En esto, tales principios son puestos a orientación en razón de su expansión, a través de los diversos

ordenamientos del sistema, y también a orientación frente a otros complejos de experiencia jurídica, que sean caracterizados por una formación diversa preponderantemente judicial, o consuetudinaria etc (como el common law, o los así llamados derechos tradicionales, etc), expresando esta lógica que filtra y asimila los diversos aportes en un derecho común que brota precisamente del aporte de muchos, como ya subrayaba Catón y ahora con mucha más razón se debería subrayar. 52 Un derecho que es completo: puede regular todas las situaciones, a las cuales preexiste y a las cuales debe ser aplicado.

Un derecho filtrado a través de sus "principios", de recobrar para un trabajo más profundo de los juristas que vaya a las raíces del sistema y las encuentre en toda su dimensión técnica positiva común, no sujeta al estatal-legalismo, pero no por esto menos traducida en los ordenamientos del sistema, y que se encuentra con el complejo de los "derechos inviolables", estos también reconocidos por los ordenamientos, e informadores de los mismos, y con los correlativos "deberes de solidaridad humana" también internacional que han sido codificados en muchas Constituciones y tratados internacionales con normas que son de puro "reconocimiento" de ellos, que no pueden ser eliminados o significativamente reducidos ni siquiera respetando el procedimiento de modificación de tales normas y que, pues, pertenecen a un sistema jurídico ni estatal ni convencional: pienso en los art. 2, 10, 11 de la Constitución Italiana, también con su función informadora del ordenamiento; a los art. 2, 55, 56 de la Carta de la ONU; a la resolución n. 2625 de 1970, adoptada por unanimidad por la AG de la ONU; a la Convención de Roma del Tratado de la Unión Europea, etc.

2.3. El primer punto indicado, relativo al artículo de la ley en examen, reconoce pues la existencia de un núcleo de derecho común arraigado y que se desarrolla a partir de las bases de nuestro sistema romanístico y universalmente abierto, reforzado por la tradición de la elaboración de los derechos fundamentales, y a medida del cual deben ser reguladas las relaciones de la deuda externa, más allá de la variedad indicada arriba. Esto se inserta sobre una línea de superación del cerrado estatal-legalismo de nuestro ordenamiento sobre sí mismo, y de adhesión a la fuerte repropuesta sobre el horizonte de la actualidad

del derecho común a todos los hombres y a los pueblos, que se está desarrollando. Actúa este reconocimiento en relación con la deuda externa, para dar una respuesta al concreto, e injusto sufrimiento de cientos de millones de hombres que viene exigiéndola, pero me parece tenga también una potencialidad general (53).

3. Principios generales del Derecho imperativo y derechos humanos y de los pueblos que pueden haber sido violados.

La ley 209/2000 retoma una duda presente en la ciencia jurídica, relativa a la falta de aplicación de principios jurídicos fundamentales o, como lo expresa la ley, a la posible incoherencia (“solicitud de opinión... sobre la coherencia...”) entre las reglas, las prácticas negociales e interpretativas que vienen actualmente aplicada a la deuda externa de los países en vía de desarrollo (PVD) y los principios generales del derecho y los derechos humanos y de los pueblos. La duda, sustancialmente radica en que la gestión acaecida de estas relaciones jurídicas y que continua siendo practicada, y las reglas utilizadas sean en contraste con imperativos principios generales del derecho y está perjudicando inviolables derechos humanos y derechos de los pueblos implicados en tales relaciones.

3.1. Orígenes del actual débito internacional de los países en vía de desarrollo.

Pido una disculpa si menciono sintéticamente el desarrollo de los hechos, que ya es conocido; pero lo considero necesario porque de ahí emana en buena medida el débito internacional de los PVD que, a través de novaciones y demás transformaciones aparentemente más complicadas, es aquello que ahora todavía está siendo pagado y con respecto al cual subsisten, como indicaré, motivos para dudar de los fundamentos jurídicos de tal obligación actual, que por lo tanto no se trataría de perdonar o condonar, sino de reconocerlo ya como total o parcialmente extinguido (cuando no nos encontremos eventualmente ante un pago de lo indebido que deba ser restituido).

Globalmente, en relación con el hecho, se debe considerar el gran giro que tomó la economía mundial, al inicio de los años 80, con el aumento de las tasas de interés del dólar norteamericano y la apreciación de éste que ha guiado el principio de ese proceso de hegemonía del sector financiero en la economía mundial, que ha dominado el decenio y todavía constituye una línea fundamental del manejo de la economía misma.

Las etapas son conocidas, y las esquematizo refiriéndome principalmente a la América Latina, que constituye, en la primera fase, la situación ejemplar:

- declaración de no conversión del dólar norteamericano el 15/agosto/1971 y consecuente fin del sistema de cambios fijos, que ha constituido la base de los acuerdos de Bretton Woods convenidos después de la Segunda Guerra Mundial;

- gran plan de inversión, a fines de los años 70, de los llamados petrodólares que no se sabía cómo usarlos y venían orientados hacia los países de América Latina, considerados aptos para acelerar su industrialización, más que otros países en vías de desarrollo, y que por ello se les ha venido sucesivamente encontrando en primera línea, incluso cuantitativamente, de frente al cambio;

- aumento, con la elección de Reagan en la presidencia de los Estados Unidos de Norteamérica, de las tasas de interés en los Estados Unidos Norteamericanos del 4-6% al 18-20% y correlativa apreciación del dólar norteamericano con respecto incluso a las monedas de los países industrializados más sólidos que el nuestro (sin embargo, en cuanto a la Lira italiana se recordará que en 1978 el cambio era de 825 Liras por dólar y en 1983 de 2300 Liras por dólar);

- combinación de la elevación de las tasas con la elevación de la moneda de referencia (las tasas de interés en valor real, tomando en cuenta a las monedas fuertes y depurando los procesos de inflación, resultan por lo tanto cercanas al 30%);

- insostenibilidad de tal aumento por parte de los países de América Latina y suspensión de los pagos por parte de México (1982), de Brasil (a inicios de 1983) etc., con suspensión inmediata del crédito a estos países;

- apertura de una crisis para los países en vías de desarrollo (producto interno bruto anual medio per capita en América Latina de \$1670 en el 1970; de \$2315 en 1980; nivel este último que, tras la caída, no había sido de nuevo alcanzado 10 años después: \$2218 en 1994;
- gravísima crisis social conexas;
- escasísima relevancia de la posterior rebaja del dólar, y de los intereses, que evidentemente no podía poner en marcha un proceso de desarrollo que había estado activo y al cual habían estado sucesivamente cambiados los términos de referencia;
- enormes exportaciones de capitales bajo la forma de pagos de deuda por parte de los países deudores que continúan precisamente pagando dicho débito y viéndolo crecer.

En la década sucesiva, siendo del todo saturada y en modo estable y ya de por sí excesivo y creciente la capacidad de endeudamiento de América Latina, que renovaba continuamente su débito convirtiéndose cada vez más oneroso (se debe tener presente, entre otro, por ejemplo, la prohibición a los deudores de tratar conjuntamente antes a los acreedores operantes en cambio en modo conjunto), por un lado los préstamos tomaban otras direcciones (primero entre toda la Europa Oriental, en relación con las cuales los factores políticos y de seguridad desarrollan un papel mucho más complejo), por otro lado se delineaba otro tipo de intervención, a través de capitales de riesgo, en un contexto de eliminación de cada posible obstáculo a la atracción de éstos sobre el mercado internacional, a la conversión en valor extranjero en cualquier momento de las utilidades de los mismos y a la reconversión en moneda extranjera del mismo capital en cualquier momento y circunstancia.

La crisis de México de fines de 1994 no sólo indicó el riesgo de un mecanismo manejado sin observar regla alguna, sino que concretamente también ha sometido a tal país a condiciones de pago gravosas de una manera única. En un primer perfil, la fuga de capitales aparece como un factor capaz de arruinar los datos fundamentales de la economía de un país, fuga en la cual hay que distinguir un momento estrechamente ligado a operaciones exclusivamente de divisas, a

muy breve término, capaz de provocar procesos de devaluación descontrolados, en un momento ligados a las mismas inversiones alarmadas por los precedentes.

A este tipo de crisis pertenece la del sudeste asiático y la del Brasil en la segunda mitad de 1990.⁵⁴

Los hechos descritos son hechos concretos; la presentación de éstos por una parte considera, de la serie de acontecimientos venidos históricamente, sólo algunos aspectos, mientras que se dejan a un lado otros que son menos representativos o menos generales, o no tan fácilmente demostrables no obstante sean jurídicamente relevantes; tampoco esta presentación considera una serie de otros hechos que comprometen a otros países, cuya situación es unas veces parecida y otras veces incluso más dramática de aquella ahora citada, por ser países de extrema pobreza.

La presentación del hecho además no toma en consideración perfiles que frecuentemente son indicados, por ejemplo aquellos relativos a los fines (a menudo se apunta, justamente, a la adquisición de armas, o de otros gastos sobre los cuales se cuestiona su prioridad), a menudo de acuerdo entre las partes, por lo cual han sido a veces usados los financiamientos obtenidos, de la escasa diligencia o peor, en el uso de los mismos, así como no toma en consideración el perfil de la legitimación de las partes a contraer etcétera; que ciertamente no son irrelevantes⁵⁵.

En esta reflexión no puedo sino buscar algunos aspectos comunes y de carácter general.

3.2. Algunos principios aplicables

En relación a estos hechos me gustaría indicar algunos principios que me parece que no han sido aplicados, y que los hechos mismos nos llevan a reexaminar, profundizar y desarrollar, preguntándonos si su aplicación habría podido o debió haber sido llevada a cabo por el pasado, y debería serlo para el futuro, constituyendo un conjunto de reglas a observarse, que ciertamente no resolverían todos los aspectos de las posibles exigencias, pero iniciarían a encuadrarlas.

Habiendo tenido el honor de colaborar en la redacción de la Carta de Sant'Agata dei Goti me permito mencionarla, como una guía, aunque ciertamente no podré sino examinar sumariamente las indicaciones que contiene.

3.2.1. Un perfil de estos hechos que salta a la vista de manera notable es aquel de las tasas de interés y de la problemática jurídica que le concierne. Esto por diversos motivos:

- por los elevados niveles que los intereses han alcanzado objetivamente;

- por lo imprevisible de tales niveles;
- por el sustancial cambio de los equilibrios contractuales convenidos que estos han provocado;
- por la combinación de éstos con el aumento de valor de la moneda de referencia, aumento del cual han sido instrumento;
- por la parte que ha controlado los acontecimientos.

a. Es un principio general de derecho el que prohíbe los intereses usurarios⁵⁶. La prohibición en nuestro sistema fue afirmada ya en las XII Tablas (VIII, 18) y después, al centro de conflictos sociales, fue ratificado por otras leyes de tutela de deudores (leges fenebres)⁵⁷; fue reconocido como un principio general y hecho valer por los romanos en relaciones con extranjeros, por la igualdad de tratamiento necesaria para evitar su elusión con préstamo de capitales a personas para las cuales tal prohibición no fuese vigente⁵⁸; sobre esto se forjó la prohibición del anatocismo⁵⁹, y la prohibición de superar con el lucro de los intereses la cantidad total dada en préstamo⁶⁰. El derecho hebraico para los hebreos, el derecho canónico, el derecho musulmán tomaron de manera radical el principio de prohibición de los intereses⁶¹. La prohibición de intereses usurarios ha sido asumida por muchos ordenamientos modernos⁶², también como expresión particular de la prohibición de lesión, y del respeto del más general principio de equivalencia de prestaciones⁶³. La praxis actualmente difundida de tasas de interés variables implica problemas de adecuación de la prohibición misma, a las cuales por ejemplo la reciente ley italiana 108/1996 da una solución que presenta también algunas dificultades, que evidencian la necesidad de ulteriores medidas científicas⁶⁴.

b. Es necesario decir que, en relación con el objetivo y la buena fe, es claro que el financiamiento del desarrollo habría debido ser y debería ser sostenido con préstamos a grandes plazos y a intereses fijos.

En efecto, mientras con tales préstamos se trata de fortalecer las estructuras económicas de un País, parece consecuente con tal propósito que los capitales prestados deban tener el tiempo para poder producir las ventajas previstas y también que los intereses no se queden anclados con cada oscilación coyuntural de la economía, sino que estén anclados a las tendencias de largos periodos de ésta, fortaleciendo la confianza de la validez del proyecto de fondo. Una reflexión sobre esta congruencia sería necesaria.

c. En consideración a los préstamos que han sido otorgados, la introducción de cláusulas de intereses variables ha sido un orientamiento diferente frente al indicado. Con tal introducción se ha querido dar atención al cambio de aquellas circunstancias que han sido previstas como mutables y tales cambios se han querido regular expresamente.

Para tales cláusulas existen requisitos imprescindibles:

- la bilateralidad del funcionamiento de los mecanismos previstos;
- la independencia del índice de referencia respecto a las partes;
- el carácter no usurario de los intereses que concretamente resultan aplicados;
- la transparencia.

Si por la bilateralidad del funcionamiento no son necesarios comentarios, la referencia a índices independientes para la determinación de los intereses solicita una puntualización, en relación con el objetivo de sustraer la determinación de la prestación al arbitrio de una sola parte y de las necesarias adaptaciones de esto en el contexto financiero internacional.

La independencia del índice de referencia en efecto va precisada teniendo presente que un índice puede ser "independiente" u "objetivo" entre algunas partes y puede no serlo entre otras. Esto no solamente cuando dependa directa o indirectamente del índice de los intereses practicados de parte de una autoridad estatal, sino también cuando sea propio de una institución o de un mercado en el

cual en general una parte y el sistema económico a la cual ella pertenece sea sustancialmente solidaria y coherente, mientras no lo sea con la otra (así por ejemplo un índice 'independiente' entre partes pertenecientes al mismo país, o al mismo grupo de países, puede no resultar 'independiente' entre partes pertenecientes una a los países industrializados y la otra a los PVD, porque se crean presiones, o redes de interdependencia y solidaridad de un sistema que hace la determinación de los intereses mismos con la ventaja prevalentemente de una de las partes).⁶⁵

El carácter no usurario de los intereses practicados en tales circunstancias no es de por sí garantizado por la referencia a un índice.

Por la transparencia en fin de una cláusula que indique un índice se precisa que ella exija la transparencia de su funcionamiento, pero también aquella de las razones por las cuales se han escogido este tipo de índice, que evidencie su idoneidad.

El reconocimiento de la ilicitud que emana de la violación de estas reglas podría implicar nulidad de las cláusulas mismas, pero, contextualizando, el efecto de ello podría ser limitado a la conversión de la cláusula y a la reducción de las tasas de intereses al nivel de las tasas no usurarias, o sea a las tasas que un procedimiento correcto habría determinado en relación con el equilibrio de intereses originariamente estipulados entre las partes. Esto sería conforme a una correcta aplicación del derecho.

En concreto, me parece que esto no habría sido marginal para el pasado, visto que ha sido con motivo de la inobservancia de estas reglas que el servicio de la deuda ha podido ser llevado, sobre la base de una iniciativa 'unilateral' proveniente del sistema de la parte acreedora, a niveles traumáticos para los equilibrios establecidos contractualmente, hasta volverse insostenible.

La Carta di Sant'Agata dei Goti, en relación con la usura, de la cual repite la prohibición, establece también que esto "señala un ilícito que, en caso de aprovechamiento de una situación de necesidad, se vuelve ofensiva no sólo contra el patrimonio, sino también contra la persona": esto indica así a nuestra reflexión

un campo de estudio ulterior en materia de ilícitos internacionales que no puede ser omitido.⁶⁶

3.2.2. Al centro de estos hechos emerge también la revaluación de la moneda de referencia, inducido mediante la política de aumento de las tasas de intereses, como antes precisado. Esta revaluación ha influido en modo excesivo sea sobre la onerosidad real de los intereses como también en la restitución del capital, causando un agravio para el deudor.

Va precisado que variaciones de los valores de la moneda son muy comunes, como también lo son las devaluaciones, en particular cuando se busca acelerar los procesos de desarrollo. El problema evidentemente no es este del fenómeno en sí mismo, es en cambio el de su dimensión. Desde algunas perspectivas, puede ser su previsión, pero de prever esto que un sujeto diligente y experto suele prever así de poderlo prever. En los préstamos a los PVD, la referencia a una de las monedas más usadas en las operaciones económicas internacionales tiene sobre todo la función de quitar a tales operaciones los procesos de devaluaciones apenas mencionados, y de buscar una referencia estable (sí supusiéramos que el acreedor hubiese previsto la valoración de la moneda de referencia, tendríamos que suponer también la previsión que la indicación de tal moneda podría ser dañosa a la contraparte).

Por muchos motivos, me parece que se habría tenido que aplicar una adecuación valorativa que dejase indemne a la parte deudora.

En primer lugar, así como la común voluntad de las partes era orientada a la individualización de una moneda estable, respecto a la moneda del deudor de la cual era prevista su devaluación, entonces que la moneda escogida no cumpla más la función de parámetro de referencia estable para lo cual ha sido escogida, el deudor puede afirmar *non in haec foedera veni*, y se debe cumplir una interpretación correctiva directa a restablecer la onerosidad que tenía la deuda para la parte deudora en el momento en el cual ha sido escogida como moneda de referencia.⁶⁷

Se ha precisado también, respecto a la buena fe, que "una similar impostación (o sea, una interpretación correctiva) podría hoy encontrar conforme en la siempre

difusa valorización del principio de la buena fe, como criterio de interpretación del contrato, y de valoración de la acción de las partes, sobre todo, en la situación en el que el poder de una de ellas se acrezca en márgenes notables de discrecionalidad, en función de reequilibrar la diferencia de fuerza de las partes".68

En segundo lugar, la excesiva e imprevisible onerosidad sobreviniente no puede ser puesta a cargo del deudor, pero habría debido ser corregida de parte de un árbitro neutral;69 contra la aplicación de tal principio, aunque se trate de obligación pecuniaria, no puede ser invocado el principio nominalístico también porque la variación ha sido presente por un evidente cambio unilateral de la política financiera de los USA, con participación de todos los países más industrializados, sin que la parte, representada por los PVD, tuviese algún vínculo con el ordenamiento monetario del gobierno del cual ha sido tomada la decisión de tal cambio70 (sería también deber de los acreedores proceder a inmediatas informaciones y volver a las negociaciones a fin de reducir la portada del hecho dañoso que el sistema al cual pertenecía había producido).71 No es el caso ahora de citar los eventos que en la tradición romanística han conducido a la maduración de las diferentes teorías de la cláusula *rebus sic stantibus*, de la presuposición (*Voraussetzung*), de la imprevisión, de la *Geschäftsgrundlage* y de la excesiva onerosidad etc.

En relación a estos dos motivos, advirtiendo que son evidentes algunas diferencias, deseo citar dos textos del Digesto.

En Digesto 13,4,3 Justiniano utiliza una parte de la obra de Gayo de comentario al edicto provincial.

D 13,4,3 Gaius l. 9 ad Ed. prov.: Ideo in arbitrum iudicis refertur haec actio, quia scimus, quam varia sim pretia rerum per singulas civitates regionesque, maxime vini olei frumenti: pecuniarum quoque licet videatur una et eadem potestas ubique esse, tamen aliis locis facilius et levibus usuris inveniuntur, aliis difficilius et gravibus usuris72

Del examen exegético de este texto he tenido la ocasión de ocuparme en otra ocasión73; en el texto, Gayo, relevada la variedad de los precios de las cosas, la

cual es destinada para tener en cuenta por el arbitrio del juez, no pone en discusión el rol que el poder del dinero desarrolla (viene recordar aquí Paolo D. 18,1 pr), pero toma una razón de duda sobre la unicidad e identidad de ésta con la observación que el dinero mismo tiene diversos costos, constituidos por la disponibilidad mayor o menor y por las diversas de tasas de interés a las cuales se puede obtener en los diversos lugares(o tiempos), y diferente puede ser entonces el esfuerzo que debe cumplir el deudor para procurárselo. Gayo, de frente a un eventual reclamo al principio nominalista que tiene claramente presente, indica entonces la necesidad de remitir a la valoración del juez la redeterminación también de una prestación pecuniaria, para cumplir la cual el deudor, por un hecho del acreedor, encuentra el dinero más costoso.

Si a las obligaciones de estricto derecho como aquella nacida de stipulatio se refiere el fragmento citado, a obligaciones perseguibles con un iudicium bonae fidei se refiere en cambio D. 19,2,15,2 en el cual Ulpiano nos recuerda una opinión del jurista Servio Sulpicio Rufo.

Ha sido con el surgir de los juicios de buena fe que ha venido madurando aquella reflexión que había traído ya Quinto Mucio a fijar como regla de esto a lo cual son tenidas las partes il culpam praestare, que después se integra con la regla casus a nullo praestantur, y se precisa en sus contenidos adscribiendo por ejemplo en la culpa la impericia, y precisando ser incluidas en el casus no sólo la fuerza mayor, sino también todos los otros acontecimientos no debidos a culpa. Se había formado así el principio cuya elaboración por parte de Ulpiano ha sido colocada por Justiniano entre las regulae iuris antiqui (D50,17,2374) De esto, salvo la hipótesis de responsabilidad por solo dolo, y salvo diverso acuerdo entre las partes con tal que no exoneren el dolum praestare, la obligación es entonces determinada dentro de los confines de la conducta diligente, experta etc. Así que no se está incumpliendo cuando el sujeto había obrado según tales modelos adecuados a las circunstancias concretas, o sea haya realizado el esfuerzo de diligencia que el contrato exigía de él.⁷⁵ Y esto se refleja sobre cualquier tipo de prestación, aunque con las necesarias distinciones⁷⁶

Considero sin embargo necesario aquí llamar el parecer de Servio, que, en el ámbito de los mismos iudicia, y entonces en el cuadro de trabajo interpretativo vuelto a determinar cual es el contenido de la *ex fide bona oportere*, abre una vía distinta de aquella ahora recordada, una vía que viene también acogida por Ulpiano y después por Justiniano, prefiriéndola, para la situación examinada, a la otra.

D.19,2,15,2 Ulp. I. 32 ad Edictum: Si vis tempestatis calamitosae contigerit, an locator conductori hoc nomine aliquid praestare debeat videamus. Servius omnem vim, cui resisti non potest, dominum colono incursum hostium fiat: si quae tamen vitia ex ipsa re orientur, haec damno coloni esse, veluti si vinum coacuerit, si raucis aut herbis segetes corruptae sint. Se et si labes facta sit omnemque fructum tulerit, damnum coloni esse, ne supra damnum seminis amissi mercedes agri praestare cogatur. Sed et si uredo fructum oleae corruperit aut solis fervore non adueto id acciderit, damnum domini futurum: si vero nihil extra consuetudinem acciderit, damnum coloni esse, idemque dicendum si exercitus preteriens per lasciviam aliquid abstulit. Sed et si ager terrae motu ita corruerit, ut nusquam sit, damno domini esse: oportere enim agrum praestari conductori ut frui possit⁷⁷

No intento aquí desarrollar tampoco la exégesis de este texto, recientemente renovada con puntualizaciones que comparto.⁷⁸ El parecer de Servio es considerado sustancialmente genuino; a él se han agregado las precisiones, que comienzan con el ejemplo del derrumbe.

Se debe destacar inicialmente que Ulpiano se plantea el problema del cual sea la extensión de la prestación del arrendador, o sea si él debe garantizar cualquier cosa al arrendatario en el caso en que haya intervenido la vis de una ruinoso tempestad⁷⁹. Para afrontar este problema, Ulpiano, que también, como se ha visto arriba, ha sintetizado en modo maduro el planteamiento emanado del parecer de Quinto Mucio, no se apoya en él, sino que lo deroga y reclama el parecer, diversamente enfocado, de Servio, un poco más joven que Mucio, que tal vez utiliza a través de la citación de otro jurista.⁸⁰

Servio había distinguido esto que obliga al propietario-arrendador y esto que obliga al colono-arrendatario, poniendo a cargo del primero también el garantizar la disponibilidad de la cosa arrendada también respecto a la violencia-factor externo al cual no se puede resistir, que viene ejemplificada en aquella de los ríos, de las cornisas, de los estorninos y de las incursiones enemigas, y poniendo a cargo del segundo los vicios alteraciones que surgían de la cosa misma, en el proceso productivo de ella, que venían ejemplificados como el vino que se acidifica, los frutos que se dañan a causa de ciertos gusanos o de hierba infestante. Servio parece querer alejar de cada valoración, no sólo subjetiva, sino también inmersa en la investigación de la misma relación de causalidad con la conducta de los contratantes, él se concentra sobre el tipo contractual, sobre el rol de cada contratante, esto es, que la buena fe implica que cada uno deba garantizar en el cuadro de una correcta individualización de las respectivas prestaciones, definiendo que el que da un fundo en arrendamiento para que sea cultivado debe garantizarlo también frente a la *vis quid resisti no potest*, mientras que el que cultiva debe cargar con los vicia que *ex ipsa re oriantur*, así que él remite al juez solo la tarea de subsumir los eventos concretos para los cuales ofrece ejemplos de una y otra categoría. Algunas dificultades conexas a tal subsunción están después a la base de las integraciones que siguen el parecer de Servio, a veces corrigiéndolo un poco, como incluyendo en la *vis* el derrumbe del terreno que haya destruido la cosecha, o la enfermedad que haya arruinado las olivas o el calor del sol, si supera lo previsto, o el terremoto, mientras no se encuentra *vis* si el calor del sol no está fuera de lo usual o tropas (no enemigas) de paso realizan robos.

Ulpiano entonces, de frente a un caso, o en el examinar un ejemplo de un colono que tuvo intempestivamente la destrucción del cultivo a causa de la violencia de una ruinosa tempestad, utiliza una autorizada cita que tenía señalado una línea interpretativa que era consolidada, e introduce la general distinción mencionada, de la cual obtiene la conclusión que es el arrendador el que tiene que garantizar la disponibilidad de la cosa, incluyendo en tal disponibilidad la garantía

de poder fruir el fundo, esto es, el fundo para cultivar y las condiciones externas de la cultivación, la capacidad productiva del fundo mismo.⁸¹

Con base en el texto de Gaio, hecho propio por Justiniano, se debe reconocer un principio de readecuación de la relación de crédito en relación con las mutantes y más gravosas circunstancias en las cuales el cumplimiento de una deuda pecuniaria, no menos de esto en otras cosas ciertas y fungibles, debe efectuarse. Con base en la perspectiva de Servio Ulpiano, también ella hecha propia por Justiniano se debe decir que, en el ámbito de los juicios de buena fe relativos a cosas fructíferas que una parte, después de haber pagado, coloca a disposición de otra que con la actividad productiva obtiene frutos, esta parte debe acogerse a las consecuencias dañosas derivadas de causas endógenas a la propia actividad, el acreedor todas las otras⁸². Y no se puede no subrayar que, ya en el inicio del proceso de codificación moderna, ya todos los juicios son de buena fé⁸³, aunque si se debe enfatizar cuando más amplia respecto de la diversas formulaciones de artículos de códigos sea la perspectiva puesta al principio de nuestro sistema en la expresión de las antiguas formulas: *quidquid dare facere oportet ex fide bona*.

En concreto, en relación con los prestamos recibidos, los países en vía de desarrollo deben acogerse las consecuencias de cuanto tiene origen en su actividad, o en el sistema al que pertenecen; el acreedor en cambio, País industrializado o ente del sistema financiero internacional, todas las otras, y en primer lugar, por la cuestión en examen, las consecuencias del sobreviniente sustancial incremento del valor real de los intereses pactados sobre los prestamos efectuados, así como aquello del capital a restituir, que, sea que hayan sido queridos por el acreedor, sea que hayan dependido de caso fortuito, no pueden hacer pagar al deudor⁸⁴. Esto me parece del todo coherente con el rol (y entonces también la responsabilidad) del manejo de la economía mundial que se quiere por algunos países realizar, también a través de las instituciones financieras internacionales.

La Carta de Sant'Agata es puntual al indicar la "necesidad de adecuaciones valorativas del principio nominalista"⁸⁵

3.2.3 De la Carta de Sant'Agata dei Goti quisiera mencionar, como punto conclusivo, todavía una observación para señalar una otra prospectiva, que mueve de un diagnóstico de la sociedad internacional: ser ésta "una sociedad caracterizada de graves desequilibrios socio-económicos". Este diagnóstico relativo a la comunidad internacional converge con diversas clasificaciones normativas y/o momentos organizativos que de vuelta en vuelta vienen elaborados, y distinguen "Países en vías de desarrollo" (PVD), "Países a más bajo rédito y mayormente endeudados" (HIPC. Heavily Indebted Poor Countries), o viceversa "Países más industrializados", etc.; "Norte" y "Sur". El fundamental principio de cada sociedad, de igualdad de todos sus miembros, propio también de la sociedad internacional, viene sostenido e integrado por el reconocimiento de la relevancia de las diferencias socio-económicas, y ello para superarlas y portar el primero a su auspiciable, pero todavía incompleta, congrua realización.

En el caso específico, el reconocimiento de estos desequilibrios es puesto de relieve a propósito de los sujetos de la relación deudora, para mencionar el favor debitoris⁸⁶. Este principio, que es expresión del favor libertatis que del mismo orienta la operatividad, es radicado en la fase de la formación de nuestro sistema romanístico, y se pone como el fundamento que ha estado reconocido estar a la base y 'unificar' una serie de normas maduradas con base en una propia específica ratio, en el curso de un largo desarrollo en el que la concreta persona del deudor es emblemáticamente la parte débil de la relación, que ve limitada su libertad (nexus, ob-ligatus), que arriesga de tener que sufrir tasas de intereses usurarios, de ser reducido a la pobreza, o de faltarle la liquidez necesaria para solver el vínculo obligacional y ser opreso por actos de abusivo ejercicio del propio derecho por parte del acreedor, de ver la deuda cedida a potentiores, y a socorro de la debilidad del cual vienen puestas las leyes limitadoras de los intereses (a partir de las XII Tablas) y la prohibición del anatocismo (usuras usurarum), la ley de liberación de los nexi, la ejecución patrimonial y no personal, el beneficium competentiae para garantizar la satisfacción de sus necesidades esenciales, la prohibición de lex commissoria, la prohibición de usar violencia para satisfacer el propio crédito, la prohibición de lesión enorme, la configuración del

límite del uso de la normal diligencia en el cumplimiento y de una general equa distribución del periculum, la *datio in solutum* necesaria, la concesión de moratorias, la prohibición de unos tipos de cesión de créditos, etc.⁸⁷

De frente a los graves desequilibrios de orden económico y social, para ordenar del deber de su superación hoy existen afirmaciones más extensas y más comprometedoras, como por ejemplo el art. 3 de nuestra Constitución, o los Pactos internacionales sobre los derechos económicos y sociales, etc. Para la *circumscripta* materia del derecho de las obligaciones, en relación a aquellos sectores del derecho interno en los cuales una parte es considerada ordinariamente más débil, tenemos después una normativa particular que la tutela (pienso al derecho del trabajo, a la tutela del consumidor, etc.) y en otros sectores existen tipos de intervenciones articuladas de gobierno de la economía que garantizan, en una cierta medida, la igualdad y la libertad de hecho de las partes.⁸⁸

Me doy cuenta que los colegas civilistas Italianos, que niegan la presunción del principio del favor debitoris están atentos y se sienten empeñados más que nada en poner a luz las disposiciones legislativas de nuestro ordenamiento del Estado, su peculiaridad y las específicas *rationes* antiguas o más recientes que las inspiran, pero me parece que propio también por esta vía, que conduce necesariamente a adecuar tales normas del ordenamiento a los principios generales del sistema, madure un diálogo constructivo. Pienso sin embargo que el esfuerzo de individuación, más que de las específicas *rationes*, requiere de un principio unitario que realice un incisivo rol de orientación de la tutela de las personas y de los pueblos concretos en el cuadro del reemergente derecho común; que socorra allí donde las normativas más extensas rebelen una naturaleza prevalentemente programática, y los desequilibrios entre las partes son graves.

Al interno de esta perspectiva considero que se coloque, en la Carta, por ej. la referencia al *beneficium competentiae*⁸⁹, con el que se indica el instituto elaborado en el derecho romano para no privar al deudor de un mínimo de medios de subsistencia (*aliquid sufficiens ne egeat*)⁹⁰, y se fija el principio según el cual

debe ser tutelada la conservación de una situación patrimonial idónea a no poner en peligro la vida, la salud, a defender la libertad real y la dignidad de la persona-deudor, que podría configurarse también como inexigibilidad de una prestación cuyo cumplimiento sería peligroso para el deudor, como límite al sacrificio del deudor en que los intereses vitales de estos se extiendan a los presupuestos patrimoniales esenciales para su tutela⁹¹. La falta de respeto a este límite viene entonces a configurar un abuso de derecho, y un abuso todavía más se delinea en la eventual aplicación de sanciones o retorsiones en el confornte del deudor que pida el respeto de tal límite⁹².

Este beneficium propio del derecho de las obligaciones, tradicional y que se debe adecuar constantemente, converge, en los Estados contemporáneos, con la configuración de la tutela del derecho fundamental a un "nivel de vida suficiente a garantizar la salud y el bienestar propio y de la propia familia, con particular atención a la alimentación, a la vestimenta, a la habitación, a las curas médicas y a los servicios sociales necesarios"⁹³, en que la segunda enriquece y refuerza el primero. Y, más que una convergencia de dos líneas de elaboración del derecho distintas, se podría ver una transferencia al ámbito público de una tutela madurada en el ámbito de las relaciones entre personas. Pero tal transferencia no puede devenir motivo para que, en el ámbito internacional donde la tutela de la seguridad social de parte de las instituciones es menos incisiva que al interno (de una parte) de los Estados contemporáneos, no se inicie de este principio de la tutela, que impide de privar al deudor del mínimo necesario.

En el contexto internacional en examen, emerge por tanto además el deber de los Estados, delineado en la Carta, de garantizar el derecho predicho, ello es "una obligación de resultado cuyo cumplimiento requiere la adopción de medidas nacionales y de medidas de cooperación internacional, que puede ser enumerado entre las obligaciones erga omnes. La masiva violación de este principio, en la cual pueden concurrir factores externos que condicionan en modo determinante el cumplimiento por parte de los Estados, constituye un crimen internacional de parte de los Estados titulares de la obligación, así como de cuantos hacen imposible a los Estados su cumplimiento"⁹⁴.

En esta doble perspectiva, el beneficium del límite al sacrificio que es impuesto al deudor y del cual el deudor debe poder gozar, ne egeat, constituye un núcleo inicial mínimo, referido evidentemente a las personas concretas pertenecientes al Estado deudor mismo. Y en esta perspectiva emerge además la necesidad de una validez erga omnes del derecho fundamental en examen, que debe poder ser tutelado en el confornte de cualquiera que lo viole directamente o indirectamente, y debe ver buscados a tal fin los instrumentos procesales disponibles.

3.2.4. De estas observaciones, desciende una conclusión diversa de la acostumbrada. Comúnmente se consideran los Países acreedores como la parte dañada por la falta de pago de la deuda de parte de los PVD, y se enmascaran las políticas de solución del problema en términos humanitarios o de ayuda, de remisión de la deuda. Al contrario, como ya se ha señalado y como debería ser adecuadamente evaluado por parte de los Países acreedores, existen motivos para una consideración jurídica del problema que haría fundada la necesidad de un recálculo global de la deuda del cual puede surgir también la eventualidad que la deuda haya sido enteramente ya pagada. Con el artículo de la ley en examen, nuestro legislador ha hecho propio esta duda.

4. La necesidad de un autorizado reconocimiento y de un trabajo difuso y directo.

Como es importante profundizar las implicaciones de los principios y derechos del hombre y de los pueblos, es importante además suscitar la reafirmación con valor general, en la comunidad internacional. Es deber tener una conducta virtuosa, pero está bien que todos sean a ello llamados, también por una exigencia de paridad de reglas según las cuales se opera.

Es patrimonio de esta ciudad de Roma el reconocimiento de un derecho de las gentes, de un derecho común a todos los pueblos, eso es patrimonio común de nuestro País, de Europa. En ausencia de un legislador supranacional que pueda reforzar los principios y traducirlos en artículos con la potestad del pueblo, el derecho de las gentes y común se desarrolla a través de la prudencia de una

paciente elaboración según la razón, con un método dialógico, en el cual se corrigen e integran dialécticamente las posiciones. La ciencia jurídica y los tribunales de más elevado nivel donde se sientan juristas de grande prestigio concurren a tal elaboración. El sistema de las organizaciones supranacionales tiene, en la posibilidades de pareceres de la Corte Internacional de Justicia de la Haya, una mecanismo de reconocimiento del derecho existente y de aplicar, mecanismo que quiere ser distinto de la decisión de controversias determinadas, y de la mediación de intereses de partes en conflicto. Un parecer de la Corte constituiría una contribución de grande valor al crecimiento del derecho común. Un parecer relativo a los principios según los cuales debe ser regulada la deuda internacional, también particularmente aquélla con los PVD que, por la diferencia sustancial de poder entre las partes y los sistemas en los cuales operan, presenta, como se ha experimentado, graves dificultades a ser gestionado solo según las praxis de la parte más industrializada y financieramente potente del globo, constituiría una guía importante, cuya relevancia sería por otra parte diferenciada (dejo a los internacionalistas la precisión de estos perfiles). El deber que la ley fija para el Gobierno Italiano de proponer el requerimiento de un tal parecer de la Corte Internacional de Justicia es digna integración del acto concreto de la remisión de algunas deudas, que la ley misma prevé. Eso va sostenido. Y hay que esperar que también otros países se adhieran a este enfoque.

(*) Este artículo tuvo origen en una ponencia presentada en el Congreso de la Unión de los Juristas Católicos Italianos, Roma 2000. Ha sido traducido al castellano por: Virginia Abelenda, Helena Peralta Calvo, Maria de la Paz Agudin, Cindy Montiel, Juan Carlos Prado y Juan Carlos Guayacán.

(**) Profesor Ordinario de la Facultad de Derecho de la Università degli Studi di Roma "Tor Vergata". Director del Centro de Estudios Jurídicos Latinoamericanos del Consejo Nacional de Investigaciones (C.N.R.). Doctor *honoris causa* de la Universidad de Buenos Aires.

1. Comité Económico y Social de la Comunidad Europea, sesión plenaria n° 230, Orientamenti per rafforzare le relazioni tra la Comunità e l'America Latina ("América Latina", EXT/48, 31 de octubre doc.COM (44) 105 def.), par. 7 "El Comité económico y social se da cuenta que, a pesar de la ligera mejora de los últimos meses, la situación de endeudamiento continúa siendo un obstáculo estructural y que pesa de un modo insostenible sobre las posibilidades de desarrollo de los países de América Latina. Tal fenómeno, favorecido por la financiación internacional no siempre cauto, agravado por enormes fugas de capital, y que margina -por otra parte- una mano de obra a buen mercado, se hizo más complejo por circunstancias imprevisibles que la crisis económica

internacional, la sobre valoración del dólar que duplicó en el curso de los últimos cinco años su valor en relación a la monedas europeas estables, además de las exorbitantes tasas de intereses”.

2. Una ampliación de tal ponencia, fue realizada en un ciclo de lecciones llevadas a cabo en la Universidad de Roma”Tor Vergata” y fue publicada en *Debito Internazionale, Principi generali del diritto*, corregida por Sandro Schipani, Padova, 1995,77ss.

3-A.F. Montoro, *Sotto la scure del debito estero*, en *Coscienza*, Roma, 1988, 4, 8 ss. (publicado por segunda vez con el título original *Aspetti giuridici, etici e sociali del debito estero del’America Latina*, en *Debito Internazionale cit.*, 57 ss.)

4-Cfr. S. Schipani, *Principios, Institutos y normas a tutela del deudor*, en *Mundo Nuevo*, 42,1988 (Caracas), 328 ss.

5-Cfr. M.A. Espeche Gil, *Deuda Externa-Ilicitud del alza unilateral de los intereses*, en *Criterio*, Buenos Aires, 24/11/1988.

6-Cfr. M.A. Espeche Gil, *Ilicitud del alza unilateral de los intereses de la deuda externa*, 1989

7-Cfr. CEISAL-Grupo de trabajo de jurisprudencia, *La deuda externa de los países Latinoamericanos. Perfiles Jurídicos, Económicos y Sociales*, Sassari,1991.

8-Cfr. D. J. Andrés-S. Schipani (compiladores), *Debito Internazionale. Principi generali del diritto*. Corte Internazionale di Giustizia. *Atti del Seminario giuridico internazionale 1992*, Roma, 1993; D. J. Andrés-S. Schipani (compiladores), *Debito Internazionale. Principi generali del diritto*, *Atti del II Convegno 1995*, Roma, 1998; Schipani, *Debito Indebito (Se si rifacessero i conti del debito internazionale applicando i principi generali del diritto, il debito sarebbe già pagato? Un appello ai governi perché richiedano un parere alla Corte internazionale di Giustizia)*, en *Apollinaris*, 68, 1995 (ma 1998), 725 ss.

9- La opinión fue expresada en el 48° Congreso Internacional de Latinoamericanistas, en Roma e América. *Diritto romano comune*, 1,1996, 271.

10-Cfr. S. Tafaro (compilador), *L’usura ieri ed oggi*. Convegno 1995, Bari, 1997.

11-Cfr. *Déclaration de Tunis*, 25/11/1995 en *Les zones protégées en Méditerranée. Actes de Colloque*, Túnez, 1995.

12-Cfr. A. Colomer Viadel (compilador), *La Deuda externa de América Latina. Dimensión jurídica y política*. Madrid, 1999.

13-Ver aportes de G. M. Piccinelli, Fouad Zaim, Ga’far ‘Abd al-Salam, Mohamed Frioui, Mahmoud Hassen, H’mida Ennaifer, A. Akl en los dos volúmenes de *Atti de los Congresos de Roma* mencionados.

14-Cfr. R. Caldera, *Deuda externa de América Latina: Desafío a los juristas*, en *Debito internazionale cit.*, 69 ss.

15-Cfr. *Antecedentes sobre la posición del Parlamento Latinoamericano*, en *Roma e America. Diritto romano comune*, 1996, 266 ss. Cfr. También *A divida externa/La deuda externa*, en *Cuadernos do Parlatino/Cuadernos del Parlatino*, 2, 1994, y, por último, el VII Coloquio América Latina-Europa, organizado en San Paolo por el Parlamento Latinoamericano, por el CEISAL-Grupo de Trabajo de Jurisprudencia y por la Faculdade de Direito de la USP, 24-25/5/2001 el cual trató de hacer posible que el art. 7 de la ley italiana sea adoptado también por otros cuerpos legislativos.

16-Cfr. el texto en *Roma e America. Diritto romano comune*, 1, 1996, 265 n.1.

17-Cfr. el texto en *Roma e America. Diritto romano comune*, 1, 1996, 265 (citado también en otras indicaciones bibliográficas) . A esta postura se adhirió la Comisión Exterior de la Cámara de Diputados del Brasil, el 9/8/1995.

18-Resolución adoptada el 10 de abril de 1988 que subraya por un lado la permanente gravedad de la crisis económica que golpea los países deudores y cuyos efectos son agravados por las líneas impuestas por las instituciones financieras internacionales las que tienen”conséquences particulièrement néfastes sur les enfants, les femmes, les

populations autoctones et les minorités”, y subraya que” dans un monde touché par la mondialización, plus d’un milliard des personnes vivent dans la pauvreté absolue et sont marginalisées dans la société”, y que el servicio de la deuda”absorbe un porcentaje excesivo de leurs recettes annuelles en devise, privant ainsi les initiatives économiques et le développement humain des fonds dont ils auraient besoin”; y obliga a la Asamblea General de Naciones Unidas a”envisager de solliciter de la Court Internationale de Justice de La Haye un avis consultatif sur la maniere dont une partie de la dette a été contractés” (cfr. Roma e America. Diritto romano comune, 5, 1998, 315 ss).

19-Ed. Publicada por la Fondazione Sant’Alfonso Vescovo, Sant’Agata dei Goti, 1997; republicada también en Aggiornamenti sociali, 2/1999, 63 ss.; trad. Español en Roma e America. Diritto romano comune, 9, 2000, 361 ss.

20-Cfr. Diritto alla vita e debito estero, por P. Catalano, Napoli, 1997. Por último, la UGCI del Arquidiócesis de Salerno realizó un Congreso sobre”Remisión de la deuda a los países en vías de desarrollo”, en el cual la Carta fue parte de la discusión; cfr. las Actas, Quaderni UGCI Salerno, 2, 2001.

21-Pontifical Council for the Pastoral Care of Migrants and Itinerant People, Migration at the Threshold of the Third Millennium, Vaticano, 1988, 358 ss Conclusions, B.1.2.1.

22-Cfr. la Resolución 1998/24 de la Comisión en la cual, se subraya”la relación entre la pesada carga de la deuda internacional y el considerable aumento de la pobreza que se observa a nivel mundial y adquiere especial gravedad en Africa”; se indican como factores de un”orden económico internacional justo e igual, que garantice en los países en vías de desarrollo, entre otras cosas la estabilidad de tipo cambiario y de intereses”; se afirma”que los derechos fundamentales de la población de los países deudores a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la salud y a un ambiente sano no pueden ser subordinados a la aplicación de políticas de reestructuración económica originadas por la deuda”; se establece un Relator especial por tres años que recoja los datos relativos” a las consecuencias negativas que la deuda internacional tiene sobre el goce efectivo de los derechos económicos, sociales y culturales e los países en vías de desarrollo también para las políticas adoptadas para hacer frente a la deuda”. (cfr. Roma e America. Diritto romano comune, 5, 1988, 317 ss.).

23-También el Consejo Nacional de Economía y del Trabajo-CNEL expresó una posición análoga en una opinión relativa a la deuda internacional de los Países del Mediterráneo: cfr. A.A.V.V., La dette contre le droit (en actual impresión).

24-P. Catalano, A propósito della Carta di S. Agata dei Goti”Dichiarazione e su usura e debito internazionale”, en Studia moralia, 36, 1998, 285 ss.

25-Cfr. G. Dalla Torre, Intervento, en P. Stanzone, Remissione del debito ai Paesi in via di sviluppo, Quaderni del UGCI Salerno, Salerno, 2001, 77 ss.

26 Cfr. En este sentido ya Schipani, Principi generali del diritto e iniquità nei rapporti (Primo rapporto provvisorio su una ricerca in corso sui principi, istituti e norme a tutela del contraente più debole e sulla necessità di applicazione di essi al debito internazionale dei Paesi dell’ America Latina) en Apollinaris, 65, 1992, 627 ss. ; Id., Principios generales del derecho e inequidad de las obligaciones: perfiles jurídicos de la deuda internacional latinoamericana, en Derecho Económico actual. Homenaje al profesor M. A. Laquis, Buenos Aires, 1992, 815 ss.

27 Cfr. J Samtleben, Deuda y Soberanía, en Debito Internacional cit., 305 ss.

28 En el ámbito de las actividades económicas es regla que la responsabilidad de la parte deudora sea de todos modos y en cualquier forma limitada a la cabida del patrimonio del deudor, y a partir de este logra que quien ha concedido imprudentemente financiamiento, crédito, etc., o hasta inducido culposamente al deudor al endeudamiento, vea tal conducta sancionada del hecho mismo que el deudor será inobservante y el quedara insatisfecho. La ausencia de tal limite en cambio, induce y ha de hecho inducido- cfr. Infra- al acreedor

a una inadecuada diligencia en la conclusión de los actos de concesión de crédito, financiamiento, etc, sin la correlativa sanción, pero, al contrario, instaurando mecanismos de control sobre el deudor y también en ámbitos ajenos a la relación obligatoria.

29 Cfr. J. Samtleben, *Deuda y Soberanía*, en *Debito Internazionale cit.*, 324 s.

30 Clásico en este sentido RB. Schlesinger-H.I Gundish, *Allgemeine Rechtsgrundsätze als Sachnormen in Schidsgerichtsverfahren*, en *Rabels Z.*, 28, 1964, 7 ss. Amplísima la literatura que se podría citar en estos años en los cuales la investigación de instrumentos de derecho supranacional uniforme esta experimentando una asi evidente aceleración, de las cuales son expresión obras como los Principios de Unidroit.

31 Cic., de *Legibus* 2,14, 35; Liv. 30, 31, 4; 30, 32, 1-2.

32 La radical apertura del derecho romano encuentra expresión desde sus mismos orígenes también en la familia en la cual podía ser *filiusfamilias* también una persona no nacida en esta, así como en la *civitas* en la cual podía ser hecho *civis* también un *servus manumitido*, o un extranjero (cfr. La impresión que esto tenia sobre los griegos en las reflexiones de Dion. Halic. 1, 9, 3).

33 Cfr. S. Schipani, *La codificazione del diritto romano comune*, Turin, 1999, 3 ss.; Id., De los 'códigos latinoamericanos de la transfusión del derecho romano y de la independencia' hacia 'códigos de la mezcla' y 'códigos tipo', en A. Levaggi (compilador), *Fuentes ideológicas y normativas de la codificación latinoamericana*, Buenos Aires, 1992, 18.

34 Cic. De Off. 3, 108 Cfr. P. Catalano, *Lineas del sistema supranacional romano*, I, Turín, 1965, 41 ss.

35 Gai. 1,1; D. 1,1,9.

36 D. 1,1,7.

37 D. 1,2,2,13.

38 D. 1,1,1,2-4. ss.; J. 1,2 pr-2. Mas que la vasta literatura sobre el punto, me permito subrayar la atención prestada a a esta prospectiva por Yang Z., *La tradizione filosofica del diritto romano e del diritto cinese antico e l'influenza del diritto romano sul diritto cinese contemporaneo*, en *Index*, 21, 1993, 525 ss.; para tal dinámica entre los varios complejos de normas, por todos, G. Grosso, *Problemi generali del diritto attraverso il diritto*, 2 ed., Turín, 1967.

39 P. Catalano, *Ius Romanum*. Note sulla formazione di un concetto, en Id., *Diritto e persone*, Turín 1990, 53 ss.; S. Schipani, *La codificazione cit.*, 27, 28 ss.; Id., De los códigos latinoamericanos cit., 41 ss.

40 Sobre el enlace entre expansión del derecho romano y la Bula pontificia *Sublimis Deus* del 1537, cfr. mis observaciones S. Schipani, *Il diritto romano nel "Nuovo Mondo"*, en *Il diritto dei nuovi mondi*, a cargo de G. Visintini, Padova 1994, 64 ss. (trad. esp. en *Cathedra. Espiritu del Derecho. Homenaje a J. L. Barandiarán*, 5, Lima, 1999, 107 ss.).

41 S. Schipani, [La cultura giuridica romana nella Cina Popolare] I temi, le prospettive, en *Index*, 16, 1988, 363 s.: Id., *Derecho romano en China. Un centro de estudios del derecho romano en Pekin*, (trad. esp. de L. Reyes González), en *Homenaje a Fernando Hiestrosa*, 2, *Liber amicorum: Estudios y Temas*, Bogotá, 1994, 549 ss.; Id., *La codificazione cit.*, 69 ss.; Id., [Giappone e diritto romano] I temi, le prospettive, en *Index*, 20, 1992, 363 s.

42 D. 1,1,4; J. 1,2,2; pero también la extensión a todos los hombres de la ciudadanía romana y el principio según el cual un ciudadano no puede ser sometido a servidumbre al interno de la comunidad de ciudadanos, sobre el cual se modela la prohibición para los cristianos de someter en servidumbre a otros cristianos (1179).

43 Es de Azon por ej. la indicación que en la *Instituciones de Justiniano* se encuentran *principia et radices super quibus regulariter constituitur fundamentum* (*Azonis Summa Inst.*, Proem., par. 2). Ya Ciceron había creado la expresión *principia iuris* (Cic., *De Leg.* 1,6,18; 1, 10, 28) en el contexto de una reflexión en la cual había hecho hincapié sobre la

recta ratio, y del mismo modo sobre los principia naturae, tomando una posición en la controversia viva en sus tiempos sobre el punto si la natura o la opinio funda la justicia, y mas en general el juicio de aquello que es honestum o turpe, y buscando en tales principia iuris el punto de referencia para evaluar las leyes, los edictos del pretor, etc. (De Leg. 1,15,2-1,17-46). Al mismo tiempo el subrayaba como el derecho de Roma, fruto del ingenium de muchos, consolidado por el usus y por la vetustas fuera optimo y razonablemente tuviera valor para todos (De Leg. 2, 10, 23; 2, 14, 35), abriendo un camino a las posteriores reflexiones sobre el fundamento del universalismo del derecho romano, como ratio scripta (cfr. S. Schipani, Principia iuris. Potissima pars principium est. Principi generali del diritto. Note sulla formazione di un concetto, en Nozione, formazione e interpretazione del diritto dall'eta romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate a F. Gallo, 3, Nápoles, 1997, 631 ss.; y en La codificazione cit., 83 ss., partic. 92 ss. (trad. esp. en Roma e America. Diritto Romano Comune, 3, 1997, 3 ss.).

44 La expresión "principios generales del derecho" madura en la comparación de enfoques diversos que pueden ser sistemáticamente rellamados: la autointegración del código prevista por el ALR/1794, par 49 Intr. prevé el reenvío a "in dem Gesetzbuche angenommenen allgemeinen Grundsätzen / los principios generales acogidos en el código"; y la heterointegración del C. Napoleón/1804, art.4 prevé libre recurso al derecho romano común; aquella del ABGB/1811, par 7 prevé el recurso a los "natürlichen Rechtsgrundsätzen / principios de derecho natural" y finalmente la heterointegración aquí en examen, introducida por primera vez por el Cc.albertino/ 1838, art 15, y después mas generalmente acogida: cfr., S. Schipani, El Código civil español como puente entre el sistema latinoamericano y los códigos europeos: apuntes para una investigación sobre la referencia a los 'principios generales del derecho', en Revista de Derecho Privado, 1997, 427 ss. (it. en Rivista di Diritto Civile, 40, 1994, 359 ss., y en S. Schipani, La codificazione cit., 119 ss.).

45 No es solo la gran recepción de los códigos la que marca la vocación no nacional de ellos, sino la ulterior acogida en países de otra experiencia, desde aquellos de derecho musulmán, al Japón. Es interesante notar que la China, en el re-encausamiento del proceso de la codificación del derecho propio, parte de una ley determinada precisamente a través del concepto de "principios" (Principios generales de las leyes civiles, del 1986).

46 Que los Cc no sean el fruto del estatal-legalismo, sino de una ciencia jurídica común, y que por el contrario sea el estatal-legalismo que los haya utilizado, es un dato histórico que logra con dificultad ser reconocido, no obstante, la evidencia (observaba Bobbio que, el C. Napoleónico es "una síntesis del pasado que no debía haber excluido la supervivencia y la aplicación del derecho precedente", y que serán en cambio los interpretes a transformarlo en el inicio de un periodo totalmente nuevo: cfr. Il positivismo giuridico, Turin 1961, 80). No se quiere ciertamente sostener que la voluntad de estatalizar la producción del derecho no estuviera ya presente desde los orígenes de la codificación moderna, y mejor dicho, desde antes, pero sostengo que esta no hegemonizaba la producción de los códigos mismos y la de la ciencia jurídica al menos hasta la segunda mitad del 800, y que los códigos venían concebidos como inmersos en el sistema, de los cuales reformulaban las normas para sectores extensos.

47 La expresión "miope estado-latría", como es sabido, es de Del Vecchio, Le basi del diritto comparato e i principi generali del diritto, en Riv. Intern. Fil. Dir., 32, 1960, 700 ss. En Italia, el momento crucial se ubica entorno al 1880-1900, cuando logra la hegemonía, en el cuadro de la construcción del Estado Unitario, la cultura jurídica que consideraba los "principios generales del derecho" como principios deducibles de las "disposiciones de las leyes", "abstrayendo de concepto a concepto siempre mas generalizado" y que, "la reclamación al derecho romano" está subordinada al hecho que los principios han sido adoptados por el legislador, que en consecuencia adopta también" las consecuencias

lógicas del mismo”, perfeccionando así el modelo de la autointegración del ordenamiento del Estado (cfr. Fadda y Bensa, Notas a B. Windsheid. Diritto delle Pandette, trat. It. Del mismo, Turin-Roma-Nápoles, 1902, nt. 2 al par 23, p. 128 ss). Contra este planteamiento, cfr. F. Serafini, F. Buonaiuti, etc.: para ellos “se deben sacar de las leyes romanas aquellos principios generales del derecho citados por el art. 3 y idóneos a bien juzgar una controversia”, y sobre esta última línea me parece se puede ubicar C. Ferrini, para el cual el derecho romano, era “no un resto arqueológico, sino un organismo vivo [...] que todavía nosotros sentimos palpitar al fondo de nuestros institutos jurídicos, e infundir a estos de aquella perenne juventud”, Lezioni di diritto romano, recogidas de los estudiantes A. Chiavelli, A. Damiani, G. Reggiori, Pavia, 1898-899, p. 5). Cfr. señales sobre este giro en S. Schipani, La codificazione cit., 155 ss.; Id., Le scuole di diritto romano nella cultura contemporanea a Roma, en St. Talamanca (en proceso de impresión).

48 Aunque si es verdad que también en esta área las tendencias estatal-legalistas son, por último, bastante fuertes, cfr. por ej. el voto de las Jornadas Nacionales [Argentinas] de Derecho Civil de 1987: “(III) la referencia del legislador a los principios generales del derecho remite fundamentalmente a la obra de los jurisconsultos romanos, a la “*iurisprudentia*”, en la que se apoyan las modernas legislaciones. Ello es inexcusable con relación a los Códigos Civiles latinoamericanos, por ser todos ellos de base romanista”.

49 Cfr. ya en el art 73 de la Convención de La Haya del 1907 sobre la institución del Tribunal Arbitral (y a diferencia de la Convención de 1899, art 48 que hablaba de “principios de derecho internacional”); el art. 39 n.3 del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional del 1920, en el cual la referencia a los “principios generales del derecho” remonta a la autoridad de Lord Phillimore (The Permanent Court of International Justice, 1920-1942, 195 y n.56). En la amplísima doctrina, cfr. todavía, para aquella italiana, las obras clásicas de M. Scerni, I principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili nella giurisprudenza della Corte Permanente di Giustizia, Padua, 1932, 47; G. Balladore Pallieri, I “principi generali del diritto riconosciuti dalle nazioni civili” en el art. 38 del estatuto de la Corte permanente de justicia internacional de la Haya, Turin, 1931; Id., Diritto internazionale pubblico, 6 ed., Milan, 1952, 82 ss; M. Miele, Diritto Internazionale, 3 ed., Padova, 1972, 34 ss., G Bosco, Lezioni di Diritto internazionale, rist. 2 ed., Milan, 1987, 56 ss., 204 ss.

50 Cfr. S. Schipani, I Principi di Unidroit e il diritto romano (alcune annotazioni su favor debitoris e asimmetrie del commercio internazionale), en Studi Resigno, 1, 1998, 757 ss.

51 Ya Justiniano Const. Deo Aut. 5-6, había encargado a los juristas a los cuales había confiado la realización de sus códigos a no seguir un criterio numérico, de la mayoría de adhesiones que puede haber tenido una solución, según el cual en cambio había estado anteriormente prescrito por la cd. Ley de las Citas (CTh. 1,4,3: potior numerus vincat auctorum), ni de seguir un criterio fundado sobre la autoridad del autor, pero de juzgar aquello que fuese melius et aequius, o sea más conforme al derecho, según la definición de Celso del mismo D. 1,1,1pr.

52 Por Catone, cfr. Cic., De republica 2,1,2. En relación con el tema específico de la deuda, y con referencia a la actual elaboración, la productividad de la comparación con el derecho musulmán se viene delineando claramente, por ej. en relación con el perfil de la usura, sobre la cual infra (cfr. las contribuciones cit. supra n.13); para la comparación con el common law, donde el primer punto de referencia, desequilibrado en la apertura a esta, está constituido por los Principios de Unidroit, resulta interesante la consideración de la excesiva onerosidad sobreviniente y del hardship, sobre los cuales infra (cfr. por ej. Principios cit., art 6.2).

53 No es este el lugar para analizar en que medida de esta norma puede emanar una indicación llevada mucho más generalmente, relativa al ausplicable superación de nuestro

art. 12 Disp. Prel. Cc. "principio generales del ordenamiento del Estado", a favor del cual, en via interpretativa sobre la base del sistema, me he permitido expresar en otro lugar: cfr. S. Schipani, *El código civil español cit.*, 451 (it. cit., 396 s. o 172 s).

54 Cfr. R. Panizza, *L'impatto delle politiche monetarie degli anni ottanta sul debito estero dei Paesi in via di sviluppo*, in *Debito internazionale cit.*, 13 ss.; F. Forte, *Debito internazionale dell'America Latina: origini e sviluppi*; R. Panizza, *Politiche neoliberaliste, finanziarizzazione dell'economia mondiale e problema del debito estero del Terzo Mondo*; M. Osandon, *Deuda externa, ajuste y comercio en América Latina*, in *Debito internazionale...Atti cit.*, rispettivamente 17 ss., 33 ss., 123 ss.; R. Panizza, *Condizionamenti esogeni ed endogeni sull'accresciuta posizione debitoria dell'America Latina: i termini di una discussione*; M. Bagella, *Integrazione finanziaria, movimento dei capitali e debito estero: lezioni dall'America Latina*; C. Marichal, *La nueva crisis de la deuda externa mexicana (1994/95)*; R. Pérez Miranda, *La nueva crisis de la deuda externa en México*, in *Il debito internazionale... Atti II cit.*, rispettivamente 31 ss., 307 ss., 371 ss., 387 ss. e lett. *ivi. cit.*

55 Cfr. ad. es. J. Schatan, *América Latina. Deuda externa y Desarrollo, un enfoque heterodoxo*, México, 1985, 73 ss.; o la recente sentenza del 13/7/2000 (cfr. *Deuda pública: Deuda externa - Control parlamentario* (Juzg. Nac. Crim. Y Corr. Fed., n. 2, 13/7/2000, con notas de S.M.Lozada, *La deuda externa y el derecho*, in *Jurisprudencia Argentina*, N. 6231,31/1/2001, P. 26 ss.) relativa a un procedimento iniziato in 1982, para una serie de 477 hechos generados en Argentina en el periodo 1976-1982 (la disposición concluye con el archivo por prescripción de la acción y la remisión al Parlamento nacional por el ejercicio de su función de control).

56 Cfr. S. Tafaro (curador), *L'usura ieri e oggi*. *Convengo Foggia 1995*, Bari, 1997 passim; C. Gamba, *Natura, proprietà e usura secondo lo ius comune*, in *Diritto alla vita cit.*, 99 ss.

57 Tacit., Ann. 6,16; Cato, *De re rust. Praef.*; Liv., 7,27,3;7,42,1 ecc.: *lex (?) de semunciaro faenore del 347 a.C.*; *lex Genucia del 342*; *lex Porcia fenebris del 118*; *lex Marcia del 104*; *lex Cornelia dell'88 a.C.*

58 Cfr. Livio, 37,5 relativo al plebiscito Sempronio del 193 a.C., sobre el cual S. Schipani, *Intervento conclusivo*. Livio 35,7; Gaio D.13,4,3 e il problema del debito internazionale, in S. Tafaro (curador), *L'usura ieri e oggi cit.* 279 ss. Eugenio Pacelli, *La personalità e la territorialità delle leggi specialmentew nel diritto canonico*, Roma, 1912, citaba este plebiscito Sempronio del 193 a.C. como ejemplo de ley obligatoria también para los no-ciudadanos.

59 Cfr. D. 12,6,26,1; D. 42,1,27; C. 4,32,28.

60 Cfr. D. 12,6,26,1; C. 4,32,10; C. 4,32,27.

61 Cfr. C. Semeraro, *La Chiesa e il debito internazionale*. *Appunti di storia della cultura e del pensiero cristiano di fronte al denaro e all'usura*; T. Bertone, *Uso del denaro e dei beni terreni*. *Giustizia sociale-indebitamento internazionale: aspetti canonistici e magisteriali piú resenti*, in *Debito internazionale cit.*, 205 ss. Y 259 ss.; D. Andrés Gutiérrez, *Ivon de Chartres, un jurista medieval contra la usura cruel, inicua y delictiva*; M. Ceschini, *La dottrina alfonsiana su usura e interese*, in *Il debito internazionale... Atti II cit.*, 403 ss. y 415 ss.; M. Fabri dos Anjos, *Sant'Alfonso e l'usura. Una rilettura latinoamericana*; V. Ferrandino, *Credito ed usura al tempo di Sant'Alfonso Maria de' Liguori*; R. Coppola, *Appartenenza dei beni ed usura nell'insegnamento e nel diritto della Chiesa cattolica*, in *Diritto alla vita cit.*, rispettivamente 29 ss., 53 ss., 75 ss.; H'mida Ennaifer, *La riba en Islam. Histoire e actualité*, in *Il debito internazionale...Atti II cit.*, 439 ss.; G.M. Piccinelli, *Rapporti creditori e debitori senza interessi: gli strumenti operativi del sistema bancario islamico*, in *Debito internazionale... Atti cit.*, 215 ss.

62 Cfr. B. Kunicka-Michalska, *La deuda externa latinoamericana y el delito de usura*, en

Debito internazionale cit., 221 ss.; Id., La usura como el problema jurídico penal de la deuda externa en *Il debito internazionale...* Atti II cit., 427 ss.

63 Sobre la conexión con la lesión cfr. ad es. BGB., par. 138; Progetto di Codice delle obbligazioni e dei contratti (italo-francese), Roma, 1928, art. 22; C. pen. It./1930, art. 644 (y Relazione ministeriale sul progetto del codice penale, II, 467).

64 Como es notable, la Constitución de Brasil/1988, estatuyendo la prohibición de la usura, art. 192 VIII par. 3, adoptó el método de imponer un límite fijo según el cual los intereses reales no puedan ser superiores al 12% anual (límite máximo ya fijado por Justiniano); cfr. F. Gasparian, *A Luta contra a Usura. O limite constitucional dos juros anuais de 12% está em vigor*, San Paolo, s.d.

65 Es evidente que también al interno del mismo país pueden formarse decisiones relativas a los índices de intereses que puedan producir una ventaja para una de las partes, o a una categoría de ellas (cfr. Las clásicas observaciones de T. Ascarelli, *Obbligazioni pecuniarie*, in *Commentario al Codice civile*, a cura de A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1959, 265 que simplifica indicando "nacionales y extranjeros; empresarios y ahorristas; áreas más desarrolladas y ricas de capitales y áreas menos desarrolladas importadoras de capitales"), pero esto se realiza con base en una fundada competencia a gobernar el ordenamiento financiero de los países (por el rol de la moneda, cfr. E. Quadri, *Principio Nominalistico*, en N. Irti-G. Giacobbe, *Dizionario del Diritto Privato. Diritto Monetario*, Milano, 1987, 556).

66 Cfr. Carta cit., VII. Por el excesivo desequilibrio de las prestaciones, Cfr. Carta cit. VI; por la equidad, V; y por la libertad contractual, la violación de la cual resulta también involucrada, cfr. Carta cit., II.

67 Cfr. S. Schipani, *Sobre el marco ético y jurídico conforme al cual debe ser regulada la deuda externa*, en *Externado. Revista Jurídica*, 7, Bogotá, 1995, 40 (it., en *I diritti dell'uomo. Cronache e battaglie*, 4/2, 1993, 10).

68 Cfr. E. Quadri, *Riferimento ad una moneta straniera, mutamento delle circostanze e controllo dell'autonomia contrattuale nei rapporti creditizi interessanti Paesi in via di Sviluppo*, in *Debito internazionale...* Atti cit., 202ss.

69 Cfr. S. Schipani, *Sobre el quadro cit.*; A. Serra, *Responsabilità del debitore e limiti alla pretesa del creditore (alcune riflessioni sul debito dei paesi latinoamericani)*, in *Debito Internazionale cit.*, 191 s; *Principi di Unidroit*, 1993, art. 6.2.2 e 6.2.3.

70 Cfr. S. Schipani, *Tasas de intereses y valor del dolar como moneda de pago*, en *Mundo Nuevo. Revista de Estudios Latinoamericanos*, 19, 1996, 363 ss. (it., en *Diritto alla Vita cit.*, 238 ss.).

71 Visto que en Italia hemos tenido y discutido una experiencia cuasi análoga, quisiera, como entre paréntesis, recordarla para indicar algunos puntos de contacto, que tal vez, por la concreta cercanía que tienen, encenderán problemáticas y contrastos, pero que me dan la oportunidad de notar la presencia de todos modos de dos substanciales diferencias que resultan evidentes.

En Italia todos se acuerdan de los mutuos en ECU y las controversias que han causado sobretodo de la "llamada" salida de Italia del sistema monetario europeo-SME (1992), de por sí abstractamente previsible como la denuncia de cualquier acuerdo internacional, pero que representó la fractura de una línea de política, a la cual se puso remedio años después, y que ahora se ha querido volver más difícil a través la moneda única. Todos se acordaron que, en seguida de tal salida, que había implicado una fuerte valoración del ECU respecto a la Lira Italiana, quién había estipulado mutuos en ECU se encontraba a tener que pagar tasas mucho más onerosas de lo previsto. Creo que tal salida del SME haya constituido un hecho que nadie se lo habría esperado, que ha hecho excesivamente onerosa la prestación para el deudor mucho más allá del riesgo del negocio (me parece que se pueda retener que el riesgo normal del contrato de mutuo en ECU no pueda que

referirse a las oscilaciones consentidas por el sistema monetario europeo, y no incluya las eventuales consecuencias de la denuncia unilateral del Gobierno de la participación de Italia al Sistema mismo: no todo aquello que en abstracto es posible y consentido es también en concreto previsible y entra en el riesgo normal del contrato i el contrato se vuelve aleatorio por el hecho que el sistema monetario al cual pertenece un ordenamiento puede ser denunciado o puede realizar una devaluación o revaloración en seguida de un grupo de factores graves que terminan en un intervención extraordinaria), y en la cual la parte dotada de específicas competencias, la banca, no haya cumplido la actividad, a ella posible en el ámbito de una normal diligencia, de información de las posibles alternativas que se presentaban al deudor (por ejemplo de inmediata conversión del mutuo en ECU en mutuo en Liras) para reducir el daño que se venía produciendo.

En todo caso esto que se puede aquí notar es que las partes tenían una efectiva posibilidad de escoger entre el mutuo en liras italianas y el mutuo en ECU, y que la decisión italiana relativa al SME, típico ejemplo de *factum principis*, ha sido acogida al interno del ordenamiento monetario del país, de parte de la autoridad competente a acogerlo y a operar, a través decisiones del género, escogencias políticas de gobierno de la economía por el buen funcionamiento del ordenamiento del cual ambas las partes del contrato han participado, aunque si después se perfeccionan los extremos de la excesiva onerosidad.

Lo que se debe notar ulteriormente es que en la deuda internacional por la parte deudora-PVS el uso de la moneda extranjera era impuesto, y además que la autoridad que ha intervenido en la moneda es del todo extraña al deudor y solidaria en cambio con el acreedor el cual de consecuencia no me parece pueda pretender de dar al deudor las consecuencias de un cambio de política monetaria decidido por el gobierno del ordenamiento al cual él solo pertenece (o con el cual el ordenamiento al cual él pertenece armoniza sus decisiones).

72 Esta acción [de eo quod certo loco dari oportet/de lo que se debe dar en un lugar cierto] es remitida al arbitrio del juez, porque sabemos que los precios de las cosas, y principalmente del aceite y del trigo pueden variar según las ciudades y las regiones. Si bien, después, el poder adquisitivo de la moneda es considerado único e invariable por doquier, no obstante en algunos lugares el dinero se encuentra más fácilmente y las tasas de los intereses más leves, mientras en otros lugares con mayor dificultad y con tasas de interés más gravosas).

73 Cfr. S. Schipani, *Intervento conclusivo* cit, 285 ss.

74 Ulpianus I. Vigensimo nono ad sabinum: *Contractus quidam dolum malum duntaxat recipiunt, quidam et dolum et culpam....animalium vero casus mortisque, quae sine culpa accidunt, fugae servorum qui custodiri non solent, rapinae, tumultus, incendia, aquarum magnitudines, ímpetus praedonum a nullo praestantur* (Ciertos contratos admiten solamente el dolo, ciertos el dolo y la culpa..... Ninguno garantiza por el caso de animales, la muerte que acaezca sin culpa, la fuga de los siervos que no estaban habitualmente controlados, los asaltos, los tumultos, los incendios, las inundaciones, las agresiones de los bandidos) Con referencia a cuanto se ha dicho, se nota en ese texto el llamamiento, como hipótesis de casus que excluye la garantía de responder, además del terremoto, los vientos fuertes, el naufragio, que son ejemplos típicos de fuerza mayor, también a los otros acontecimientos que no son hipótesis de fuerza mayor, y que terminan por definirse por la ausencia de culpa.

75 Cfr S. Tafaro, *Regula e ius antiquum* in D. 50,17,23. Investigación sobre la responsabilidad contractual. Bari 1984; R. Cardilli, *Las obligaciones de "praestare" y la responsabilidad contractual en derecho romano* (II sec. aC. II sec. dC.), Milano 1995, 415 ss.

76 Cfr. La visión moderna de la categoría de la "imposibilidad de la prestación", sus

dificultades y su reabsorción y obra de la regla en examen: R. Cardilli, *Il ruolo della dottrina nella elaborazione del sistema: L' esempio della responsabilità contrattuale*, in Roma e América. *Diritto Romano Comune*, 1,1996,79ss.

77 Si ha intervenido la violencia de una tempestad ruinosa, veamos si el arrendador debía garantizar alguna cosa al arrendatario. Servio afirma que el propietario debe ser garante frente al arrendatario por cada violencia que no se pueda resistir, como aquella de los ríos, de las cornejas, de los estorninos y si ha ocurrido cualquier cosa semejante, o si los enemigos llevan a cabo una incursión: si en cambio los vicios provienen de la cosa misma, estos son a cargo del arrendatario, como si el vino se ha acidificado o si recogido se ha arruinado por los gusanos o la hierba infestante. Pero si un derrumbe se ha llevado todos los frutos, el daño no es del arrendatario, a fin de que, mas el daño por las cosechas perdidas, no sea tenido también el pago del canon. Pero si la enfermedad había arruinado la oliva, o si ha habido un insólito calor de sol, el daño será del propietario; en cambio si no ha intervenido algo diverso de lo normal, el daño será del arrendatario. Y lo mismo se deberá decir de las tropas de paso que hayan llevado cualquier cosa por prepotencia. Pero si el fondo ha sido arruinado por terremoto de no ser más como tal, el daño es del propietario: Él es obligado a garantizar el fundo al conductor, para que pueda ser disfrutado.

78 R. Cardilli, *L' obbligazione cit*, 233 ss.

79 Se nota que no aparece aquí el problema de la remisión del cuidado del cual se trata después en otros textos: D. 19,2,15,3-5 C.4,65,8;4,65,19.

80 Cfr.F. Wieacker, *Textstufen klassischer juristen*,Göttingen, 1960,256.

81 Esta frase, correspondiente a lo afirmado en general en D.19,2,115pr.-1, está presente en la conclusión de la entera reflexión.

82 A nivel de historia de las ideas, debemos a Turgot(1727-1781), sobre la misma línea del iusnaturalismo laico(Grozio,Pufendorf, Christian Wolf), la penetración en el derecho civil de la nueva concepción que trae a considerar el préstamo a interés"un comercio... en el cual quien presta vende el uso de su dinero y quien toma un préstamo lo adquiere; exactamente como el propietario de un terreno y su arrendatario venden y adquieren respectivamente el uso del fundo arrendado", y que determina la formulación del art 584 del código civil francés, que considera también frutos civiles los rendimientos financieros (sobre estos problemas y sobre la relación entre noción jurídica de"Fruto" y rendimiento del capital cfr. R. Cardilli, *Dalla regola romana dell' usura pecuniae in fructu non est agli interessi pecuniari come frutti civili nei moderni codici civili*, in Roma América. *Diritto romano comune* 5, 1998,3 ss., en particular pp 45 ss; Id, *La noción jurídica de frutos*, Napoli 2000).

83 Cfr.ad.es el Codice Civile di Napoleone il grande col confronto delle leggi romane Ad uso delle Università e dei Licei del Regno d'Italia, 2, Milano, 1811, art 1134-1135 p 826s., donde leemos"El principio por el cual era ya de largo tiempo entre nosotros quitada una tal distinción [entre contratos de buena fe y contratos de estricto derecho] y todos los contratos se interpretaban ex bono et aequo, y obligaban también a esto que en ellos no había sido expreso, cuando así lo exigían la equidad, el uso y la costumbre.En el C.Ch/1856 codice di Andrés Bello que, con pequeñas variaciones ha sido recibido y está en vigencia también en Ecuador/1861, y Colombia 1858-1887), encontramos una notable contribución en relación a la determinación de los efectos del contrato, porque en el art 1546 precisa:"Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella"; L. Claro Solar, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, vol 11, Santiago, 1936, 495ss, comenta:"No cabe duda de que la extensión que deba darse a los contratos es una distinción romana entre los contratos bonae fidei y los contratos stricti iuris". (Cfr. por

ultimo, sobre la buena fé, A. Martins-Costa, *A Boa-Fé no direito Privado*, Sao Paulo, 1999, y reseña de Cardilli, en *Roma e America*, 8, 1999, 287 ss.).

84 Es interesante destacar que los principios de Unidroit, al definir el hardship, al cual reconocen una importancia para algunos perfiles diversos, indican entre los requisitos en el art 6.2.2 c) "The events are beyond the control of disadvantaged party".

85 Cfr. Carta cit., punto IX.

86 Cfr. Carta Cit., punto X.

87 Cfr. M. Kaser, *Das Römische Privatrecht*, 2, 2, ed., München, 1975, 327; J. C. Moreira Alves, *As normas de proteção ao devedor e o favor debitoris do direito latinoamericano*, in *Debito internazionale cit.*, 77 ss. (en este artículo también los desarrollos de estas reglas en el derecho ibérico y en América Latina hasta los códigos).

88 Es ciertamente de señalar la importancia reconocida al principio tradicional en F. Pocar, *La protection de la partie faible en droit international privé*, en *Academie de Droit International. Recueil des Cours*, 188, 349 ss.

89 Cfr. Carta cit., punto XII.

90 En el derecho romano ello era inicialmente circunscrito a un limitado ámbito de personas, que se ha venido después alargando; venía realizado a través de una *taxatio* predispuesta en la fórmula, con que se fijaba el importe límite más allá del cual el convenido no podía ser constreñido a pagar: cfr. A. Guarino, *La condanna nei limiti del possibile*, Napoli, 2 ed., 1978; cfr. también R. De Ruggiero, *Istituzioni di diritto civile*, 2, 3 ed., Napoli, 1923, 159 s.

91 Cfr. L. Díez-Picazo y Ponce de León, *Libertad y responsabilidad contractuales e intereses vitales del deudor*, en *Debito internazionale cit.*, respectivamente 198 s.

92 La Carta cit., XI coloca el abuso de derecho en una perspectiva más bien amplia, a la cual, por razones de espacio, no es aquí posible hacer referencia.

93 Así la Carta cit., punto XIII.

94 Así la Carta cit., punto XIII.
