

Algunas reflexiones sobre la definición de Contrato en el Código Civil y Comercial de la Nación (*)

Some thoughts on the definition of the Contract in the Civil Code and Commercial of the Nation



Roberta Marini



Doctora en Derecho por la Universidad de Roma "Tor Vergata". Profesora en la Universidad de Roma "Tor Vergata". Directora del Centro de Latinoamericano de Estudios Legales, de la Universidad de la Universidad de Roma "Tor Vergata".

SUMARIO: I. Observaciones preliminares.— II. La definición de contrato en el Código Civil y Comercial de la Nación: influencia del "modelo" italiano y "identidad jurídica" latinoamericana.— III. Reflexiones finales.

Resumen: La identificación del contrato con su fundamento consensual (el acuerdo) es una realidad de los derechos civiles actuales, estrictamente funcional al protagonismo reconocido a la autonomía privada. Este "modelo monolítico" es muy diferente de la "pluralidad de modelos" atestiguada por las fuentes romanas y tiene su fundamento histórico en dos momentos esenciales de relectura conceptual: el iusnaturalismo y la pandectística alemana. En este panorama, la nueva codificación argentina —también en diálogo con la italiana— se convierte a los ojos del estudioso del derecho romano en un punto de reflexión histórico-dogmático privilegiado sobre la noción de contrato.

Abstract: Identifying the contract with its consensual foundation ("the agreement") is a reality of current civil rights, strictly functional to the recognized role of private autonomy. This "monolithic model" is significantly different from the "plurality of models" attested by Roman sources. It has its historical foundation in two essential historic moments of conceptual rereading: School of Natural Law and German pandectism. In this panorama, the new Argentine Codification —also in dialogue with the Italian one— becomes a privileged point of historical-dogmatic reflection on the notion of contract.

I. Observaciones preliminares

El *Código Civil y Comercial de la Nación argentina*, que entró en vigor el 1 de agosto de 2015 (1) en sustitución del anterior *Código Civil* de Dalmacio Vélez Sarsfield de 1869 (2), es

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(*) Publicado aquí, en versión revisada para la prensa y acompañado de notas, el texto de las reflexiones realizadas en el seminario internacional "La codificación argentina: influencia europea y particularmente italiana", que tuvo lugar el 19 de octubre de 2023, en el "Centro de Studi Giuridici Latinoamericani" (CSGLA) de la Universidad de Roma Tor Vergata, en colaboración con el Máster de II nivel "Diritto Romano e Sistemi Giuridici Contemporanei".

(1) Véase la *Presentación al Código Civil y Comercial de la Nación* realizada por el presidente de la *Comisión de Reformas* (decreto 191/2010, integrada por HIGHTON DE NOLASCO, Elena - KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída), LORENZETTI, Ricardo Luis, contenida en *Código Civil y Comercial de la Nación*, Ed. Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2014.

(2) Sobre la citada codificación argentina, véase A. GUZMÁN BRITO, "La Codificación civil en Iberoamérica", *Siglos XIX y XX*, Santiago, 2000, ps. 446 y ss.

(3) Sobre la relación entre códigos y tiempo, es fundamental CARDILLI, R., *Nuovo Codice argentino e Sistema Giuridico Romanistico*, en R. CARDILLI, R. - ESBORRAZ, D. F., *Nuovo Codice Civile Argentino e Sistema Giuridico Latinoamericano*, Milano, 2017, ps. 766-768.

(4) Tanto es así que, como se viene informando desde hace mucho tiempo en la doctrina, la autonomía privada representa esencialmente la "única e vera fonte di obbligazioni" como ASTUTI, G., s.v. *Contratto (Diritto intermedio)*, en ED, IX, Milano, 1961, p. 760. Ahora capta perfectamente el "rinnovato slancio" de la autonomía privada en un sis-

a todos los efectos y por diversas razones una codificación "hija de su tiempo" (3).

Desde el punto de vista específico del tema de la noción de contrato, es significativo observar cómo el *Código actual* hace una elección importante de política del derecho como la —generalizada y probada en el ámbito de los derechos civiles actuales— de reconocer al acuerdo contractual una aplicación de campo amplio, no limitada a la función de "crear" sino también a la de "regular, modificar, transmitir o extinguir las relaciones jurídicas patrimoniales", como lo prevé, expresamente, el art. 957 del Cód. Civ. y Com. argentino (año 2015).

Este planteamiento [el art. 1321 del Cód. Civil Italiano (año 1942) es un modelo perfecto] representa una herramienta estrictamente funcional para el protagonismo de la voluntad privada en los derechos actuales (4).

La elección realizada no tiene poca importancia, especialmente si se compara con el enfoque anterior, y llega a adquirir un valor significativo a los ojos del estudioso del derecho romano por diferentes razones.

En primer lugar, porque es resultado de diversos momentos de relectura histórica que, aunque con aportaciones diferenciadas, condicionaron ideológicamente su surgimiento dentro de la tradición civil fundada en el derecho romano.

En este proceso es bien conocido el papel tanto de las doctrinas del derecho natural (5) como del sistema de derecho privado desarrollado por la pandectística alemana (6).

tema económico globalizado, IUDICA, G., *L'influenza della globalizzazione sul diritto italiano dei contratti*, in *Derecho moderno, Liber Amicorum Marcos M. Córdoba*, II, Santa Fe, 2014, ps. 27 y ss.

(5) Véase, emblemáticamente, GROTIUS, Hugo, *De iure belli ac pacis tres in quibus ius naturae et gentium item iuris publici praecipua explicantur*, Parisiis 1625 (rist. Aalen, 1993), Lib. II, Caput, XI *De promissis*, p. 326 y ss.; Sobre este punto, permítanme referirme a lo especificado recientemente en MARINI, R., *Consensus e contractus tra continuità terminologica e discontinuità concettuale*, in CARDILLI, R. - FORMICHELLA, L. - MARINI, R. - SANGERMANO, F. (a cura di), *Aspetti e problemi dell'autonomia negoziale tra continuità terminologica e discontinuità concettuale. Dialogo interdisciplinare*, Torino, 2024, ps. 29 y ss.

(6) En el que se relee el contrato a través del lente del negocio jurídico bilateral. Sobre la metodología de la relectura pandémica del derecho romano, véase CARDILLI, R., *Das römische Recht der Pandektistik und das römische Recht der Römer*, en HAFERKAMP, H. P. - REGEN, T. (Hg.), *Wie pandektistisch war die Pandektistik?*, Tubinga, 2017, ps. 83-99.

(7) Cabe señalar que el artículo fundamenta la definición de obligación con la de contrato, sacrificando la primera en favor del segundo y consagrando así un enfoque conceptual que se expresará de diferente manera en la tradición jurídica posterior; sobre la recuperación del esquema jurídico de la *obligatio* como una de las máximas expresiones de la ciencia jurídica romana, para todos CARDILLI, R., *Damnatio e oportere nell'obbligazione*, Napoli, 2016.

(8) Como es sabido, el derecho contractual francés modificado recientemente (año 2016) el citado artículo en el sen-

Dentro de la tradición de los códigos, ciertamente debe recordarse el texto del art. 1101 del *Code Napoléon* de 1804 ["une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose" (7)] que al definir el contrato como "une convention" marcará, de manera casi indisoluble, el vínculo estructural del contrato con su fundamento consensual, conservando al mismo tiempo una relevancia exclusivamente constitutiva en cuanto a sus efectos (8).

Pese a ello y a pesar de la formulación literal del citado artículo, este será, desde los primeros comentaristas del *Code*, entendido en un sentido "amplio".

Emblemática, en este sentido, es la crítica al art. 1101 de uno de los máximos exponentes de la *École de l'exégèse*, Victor-Napoléon Marcadé (1810-1854), que estigmatizó el planteamiento —profundamente inexacto a su juicio— entre la definición del "contrat" como "une convention" y luego la delimitación de los efectos de estos al perfil constitutivo únicamente.

"La définition que cet article donne du contrat, et qui lui aurait convenu (à peu près) autrefois, est profondément inexacte et beaucoup trop étroite dans le système du Code, qui a élargi singulièrement le sens du mot contrat, et l'a fait devenir synonyme du mot convention [...] d'après le système du Code, on appelle contrat, ou convention, l'accord arrêté entre plusieurs personnes, soit pour former une ou plusieurs obligations, soit pour éteindre ou modifier des obligations déjà existantes, soit enfin pour opérer un transport immédiat de propriété ou de droits" (9).

tido de que "Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations"; destaca rápidamente la "significativa sostituzione dell'originario 'convenzione'" con "accordo di volontà", CARDILLI, R., *Considerazioni conclusive: il negozio giuridico nella storia*, in CARDILLI, R. - FORMICHELLA, L. - MARINI, R. - SANGERMANO, F. (a cura di), *Aspetti e problemi dell'autonomia negoziale tra continuità terminologica e discontinuità concettuale. Dialogo interdisciplinare*, Torino, 2024, p. 195 nt. 16.

(9) Véase V. MARCADE, *Explication théorique et pratique du Code Civil contenant l'analyse critique des auteurs et de la jurisprudence* (7e édition augmentée de plusieurs questions et des lois et arrêts récentes), IV, Paris, 1873, 352 y ss. Sobre este punto, permítanme referirme a lo observado en MARINI, R., *Contrarius consensus*, Milano, 2017, ps. 167 y ss.

(10) Hecho para caer dentro de la formulación amplia de "regular", cf. por ejemplo RESCIGNO, P. (a cura di), *Codice civile*, Milano, 2022, I (art. 1-1677), con il coordinamento di CIRILLO, G. P. - CUFFARO, V. - ROSELLI, F., ps. 2515 y ss.

(11) Como no lo habían hecho los códigos civiles anteriores a la unificación, ver. MARINI, R., *Consensus e contractus tra continuità terminologica e discontinuità concettuale*, ob. cit., p. 31 nt. 9.

(12) Es difícil creer que las doctrinas de la *École de l'exégèse* pudieran haber tenido un peso insignificante en este enfoque. Según G. TARELLO, G., *Cultura giuridica e politica del diritto*, Bologna, 1988, p. 98 "la prima generazione civilistica dell'Italia unita può considerarsi come una sorta di appendice della Scuola dell'Esegesi".

(13) Se hace excepción, por la sustitución de la referen-

Sin embargo, habrá que esperar al *Código Civil Italiano* (año 1865) para ver la eficacia extintiva y modificatoria del acuerdo incluido en la definición de contrato (10).

El "Codice Pisanelli", aunque generalmente atento y respetuoso de las opciones dogmáticas contenidas en el *Código Civil Francés* (año 1804), se desviará de ellas en este punto específico (11), optando por codificar una noción de contrato que lo identifique con su fundamento consensual, pero que reconoce explícitamente los mismos efectos que no solo son constitutivos de la obligación.

Art. 1098 del Cód. Civil Italiano/1865 "Il contratto è l'accordo di due o più persone per costituire regolare o sciogliere fra loro un vincolo giuridico" (12).

Este planteamiento, reproducido sin cambios significativos en el art. 1321 del actual Cód. Civil Italiano (año 1942) según el cual "il contratto è l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale" (13), representará "un modelo" a este respecto nunca verdaderamente abandonado en las codificaciones civiles, en Europa y más allá (14).

Los datos relevados no están exentos de consecuencias ya que evidentemente implican una ampliación del perímetro contractual (15), por lo que es adecuado incluir en él también figuras jurídicas no necesariamente imputables al ámbito contractual, como por ejemplo la del "mutuo disenso", que es una institución jurídica que tiene sus raíces en el derecho romano "contrarius consensus" pero que en la experiencia jurídica romana nunca

cia a la noción romana de 'vincolo giuridico' (que evoca la definición contenida en l. 3.13 pr. "Obligatio est iuris vinculum...") por la de "relazione giuridica patrimoniale" que es evocado en la reflexión del jurista la solución alemana del "Rechtsverhältnis" surgida en SAVIGNY, F. C., *System des heutigen römischen Rechts*, III, Berlin, 1840 (rest. anast. Aalen 1981), p. 309.

(14) Un ejemplo significativo de este enfoque es el art. 464 del reciente CcRPC/2021 según el cual "Il contratto è l'accordo diretto a costituire, modificare o estinguere un rapporto giuridico tra soggetti di diritto [...]" (tomo prestada aquí la traducción de MEILING HUANG contenida en el *Codice Civile della Repubblica Popolare Cinese*, editado por O. DILIBERTO, O. - DURSI, D. - MASI, V, Pisa, 2021, p. 105), de manera sustancialmente similar a lo que señala el art. 2 de la *Legge sui contratti* de 1999 decía ("Ai fini di questa legge per contratto si intende un accordo per costituire, modificare o estinguere rapporti civili di tipo obbligatorio tra persone fisiche, persone giuridiche od altre organizzazioni, in qualità di soggetti paritari", como prestada aquí la traducción contenida en FORMICHELLA, L. - TOTI, E., (ed.), *Leggi tradotte della Repubblica Popolare Cinese. Legge sui contratti*, Torino, 2002. Para una correcta comprensión de las peculiaridades del derecho privado chino y de su desarrollo histórico, es importante el análisis de S. Porcelli, Hettong y contractus. *Per una riscoperta dell'idea di reciprocità nel dialogo tra diritto cinese e diritto romano*, Torino, 2020.

(15) La orientación "ideológica" que la doctrina autorizada ha comprendido desde hace mucho tiempo, véase vd. DE NOVA, G., en SACCO G. - DE NOVA, R., *Il contratto*, II, in *Trattato di diritto civile*, Torino, 2004, p. 730 que destaca la

fue arrastrado al “contrahere”, permaneciendo en el ámbito de la “pacisci” (16).

De hecho, de la reflexión sobre el tema contractual de la jurisprudencia romana emerge una particular complejidad y riqueza de construcciones conceptuales que no pueden superponerse a las experiencias jurídicas modernas que parecen proyectadas hacia un “modelo monolítico”.

Aunque la experiencia jurídica romana se caracterizó por un sistema contractual muy típico (17) en el que el *contractus* era instituido por los juristas en el marco sistemático de las fuentes de las obligaciones (18), esto no les privó de una fructífera reflexión sobre el complejo tema de la noción general de contrato perfectamente insertado —como se sostiene con autoridad (19)— dentro de la dialéctica *synallagma* y *conventio* (reciprocidad y acuerdo) y nunca allanado en la identificación de esta con su único componente consensual (20).

II. La definición de contrato en el Código Civil y Comercial de la Nación: influencia del “modelo” italiano y “identidad jurídica” latinoamericana

Recientemente se ha aceptado en el Código Civil y Comercial de la Nación argentina una noción de contrato —evocadora del modelo descrito hasta aquí— que reconoce su amplia y no solo constitutiva eficacia, que en este punto difiere del anterior Código Civil redactado por Dalmacio Vélez Sarsfield.

Como es sabido, el *Código Civil* del año 1869 contenía en el art. 1137 una definición de contrato según la cual “Hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos”.

En la *nota* correspondiente al artículo citado (21) la primera referencia es evidentemente a las ideas desarrolladas por Savigny en su *Sys-*

tem des heutigen römischen Rechts (22), aunque Vélez en la misma nota se cuida de precisar cómo el jurista brasileño Augusto Teixeira de Freitas (1816-1883) “es más claro en la materia” (23) al decir que “habrá contrato, cuando dos o más personas acordasen entre sí alguna obligación u obligaciones recíprocas a que correspondan derechos creditorios” (24).

Aún más abajo en la nota considerada se hace referencia a Ch. Mayns (“contratos son aquellas manifestaciones de voluntad, que tienen por objeto crear o extinguir obligaciones”) y a Domat.

Pese a la ley romana a la que se refiere el caso del art. 1137 es la conocida fuente de Ulpianus en la que se recuerda la teoría de la “inderogabilidad de la *conventio*” en Pedius (D.2.14.1.3 Ulp. l. 4 ad ed.) (25) emerge en los argumentos del gran jurista y codificador argentino la conciencia de que “los jurisconsultos distinguen los contratos de los convenios, aun cuando en el uso común llaman convenios a los contratos” en esta perspectiva “todo contrato es un convenio; sin embargo, no todo convenio, aunque tenga efectos civiles, es un contrato” ya que “la palabra convenio es un término genérico, que se aplica a todo tipo de negocio o cláusula que las partes tengan en mente”; tal como dice la Ley Romana.

Es decir, Vélez parece tener una comprensión clara de la relación que caracteriza *conventio* y *contractus*, hasta el punto de no nivelar este último con el primero y demostrar así una correcta interpretación de la fuente ulpiana referida.

Sin embargo, al igual que ocurrió en otras experiencias ya mencionadas y más allá del dato literal codificado, la noción de contrato contenida en el art. 1137 “con una formulazione solo aparentemente amplia” (26) ha sido objeto de una interpretación “ampliada” por la doctrina (27) y la jurisprudencia (28), encaminada a reconocerle una función que no es

exclusivamente constitutiva de obligaciones. Es evidente que, como consecuencia de esta interpretación, no resulta difícil reconocer al “distracto” según el art. 1200 del Cód. Civil argentino (año 1869) (“Las partes pueden por mutuo consentimiento extinguir las obligaciones creadas por los contratos, y retirar los derechos reales que se hubiesen transferido; y pueden también por mutuo consentimiento revocar los contratos, por las causas que la ley autoriza”) el papel del “acto jurídico bilateral extintivo de obligaciones” al que “todas las disposiciones de la ley relativas a los actos jurídicos, y sea por analogía, o sea por considerarlo también un contrato, las de los contratos en general” (29).

Junto a este enfoque, sin embargo, no faltaron interpretaciones que abogaban por un ámbito de aplicación “más estrecho” del perimetro contractual limitado exclusivamente al perfil constitutivo (30).

Por otro lado, y esto también hay que subrayarlo, la interpretación sustancial que realiza la doctrina y jurisprudencia argentina del citado art. 1137 de la Cód. Civil argentino (año 1869) se ubica dentro de un debate más amplio y antiguo sobre los “límites” para atribuir al ámbito de aplicación del contrato (31) y, en particular, a la oportunidad de reconocer a este una capacidad amplia y no exclusivamente generativa, reconocida como más adecuada y coherente a las necesidades jurídicas de nuestras sociedades (32).

Tan cierto es esto que el Código Civil y Comercial argentino aborda claramente este punto, que en el art. 957 establece: “Contrato es el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales”.

En realidad, este enfoque ya se encuentra en el art. 899(a) del Proyecto de Reformas al Código Civil del año 1998, que definió el con-

trato como “acto jurídico mediante el cual dos o más partes demuestran su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales”.

La influencia del “modelo” contractual italiano tuvo una relevancia inesperada en esta elección (33). A diferencia de los anteriores proyectos de reforma del *Código Civil* (34), el Proyecto del año 1993 de la Comisión nombrada por el Poder Ejecutivo Nacional (P1993PEN) ya proponía sustituir la definición allí contenida calificando el contrato como “[...] el acto jurídico bilateral que considera constituir, regular o extinguir inmediatamente las relaciones jurídicas patrimoniales” (art. 850) para luego precisar en una *nota* cómo el “texto propuesto sigue la orientación del art. 1321 del Código italiano y coincide con la posición de importante doctrina nacional”.

III. Reflexiones finales

Al final de estas breves reflexiones me parece que es posible llamar la atención sobre dos aspectos en particular.

El primero es el hecho no evidente sino a veces obliterado, por el cual la elección de reconocer o no el contrato con un amplio campo de aplicación, encaminado no solo a la creación sino también a la modificación o extinción de relaciones jurídicas patrimoniales, es evidentemente una elección de política del derecho, que fue [para la experiencia jurídica italiana con el Código Civil (año 1865) y con el actual Código Civil (año 1942)], y es [para la experiencia jurídica argentina con el Código Civil y Comercial (año 2015)], perfectamente adaptada y funcional al rol reconocido al esquema contractual —como el primer y más importante acto jurídico— dentro del derecho actual. En esto no hay duda de que las experiencias jurídicas de los dos países (en este punto como en muchos otros aspectos) pueden considerarse similares.

“lectura ideológica” que nos empuja a considerar el diseno mutuo como un contrato.

(16) Sobre este punto, permítanme referirme a lo que había observado en MARINI, R., *Contrarius consensus*, ob. cit., ps. 167 y ss., sobre el importante “cambio de paradigma” que afecta a la tradición civil basada en el Derecho romano en este punto.

(17) Sobre el punto esencial GROSSO, G., *Il sistema romanom dei contratti*, 1945, I ed., Torino.

(18) Ver D. 46.3.80 Pomp. l. 4 ad Q. *Muc. Prout quidque contractum est, ita et solvi debet: ut, cum re contraxerimus, re solvi debet: veluti cum mutuum dedimus, ut retro pecuniae tantundem solvi debeat. Et cum verbis aliquid contraximus, vel re vel verbis obligatio solvi debet, verbis, veluti cum acceptum promissori fit, re, veluti cum solvit quod promisit. Aequae cum emptio vel venditio vel locatio contracta est, quoniam consensu nudo contrahi potest, etiam dissensu contrario dissolvi potest, y el enfoque desarrollado en la corriente institucional que ve el conocido paso en términos de fuentes de obligaciones de una simple bipartición (Gai. 3. 88 *Nunc transeamus ad obligationes, quarum summa diuisio in duas species diducitur: omnis enim obligatio uel ex contractu nascitur uel ex delicto*) a una tripartición (D. 44. 7. 1 pr. -1 Gaius l. 2 *aur. Obligationes aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris. 1. Obligationes ex contractu aut re contrahuntur aut verbis aut consensu*) y finalmente a una cuatripartición (l. 3.13.2 *Sequens diuisio in quattuor species deducitur: aut enim ex contractu sunt aut quasi ex contractu aut ex maleficio aut quasi ex maleficio. prius est, ut de his quae ex contractu sunt dispiciamus. harum aequae quattuor species sunt: aut enim re contrahuntur aut verbis aut litteris aut consensu. de quibus singulis dispiciamus*); a punto para todos GROSSO, G., *Il sistema romano dei contratti*, Torino, 1963, ps. 1-27 (Cap. I “Il *contractus* nella sistematica delle fonti delle obbligazioni”).*

(19) Sobre este punto para todos GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto. Ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne*, I, Torino, 1992. Para una perspectiva histórica de la dialéctica que dentro de la noción de contrato tiende a favorecer respectivamente la “conventio” o la “synallagma”, cuyo principio se puede encontrar respectivamente en Pedius D. 2.14.1.3 Ulp. l. 4 ad ed.: [...] *adeo autem conventionis nomen generale est, ut eleganter dicat Pedius nullum*

esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re sive verbis fiat: nam et stipulatio, quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est, y en Labeo D. 50.16.19 Ulp. l. 11 ad ed. [...] contractum autem ultra citroque obligationem, quod Graeci συνάλλαγμα vocant, veluti emptionem venditionem, locationem conductionem, societatem [...]

(20) Sobre la “sineddoche” utilizada en materia contractual para todos SACCO, R., *Il contratto, in VASSALLI, F.*, (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Torino, 1975 y MONATERI, P. G., *La sineddoche. Formule e regole nel diritto delle obbligazioni e dei contratti*, Milano, 1984.

(21) Sobre las ‘Notas’ de Vélez al Código Civil Argentino, véase MOISSET DE ESPANÉS, L., “Reflexiones sobre las notas del Código Civil Argentino”, en *Studi Sassaresi, V. Derecho Romano. Codificaciones y sistema jurídico latinoamericano*, Milán 1981, 445 y ss.; OSVALDO COBAS, M. - ZAGO, J. Alberto, “La influencia de las ‘Notas’ del Código Civil en la ciencia del Derecho argentino y latinoamericano”, en Schipani, S. (ed.), (a cura di), *Dalmacio Vélez Sarsfield e il diritto latinoamericano*, Padova, 1991, ps. 141 y ss.

(22) La referencia es al tercer volumen, §140 [ver en la obra original SAVIGNY, F. C., *System des heutigen römischen Rechts*, III, §140, (309)], que el Codificador argentino había utilizado en la traducción al francés realizada por Ch. Guenoux; sobre la bibliografía consultada por D. Vélez Sársfield durante la elaboración del Código Civil Argentino (1869), cf. VÁZQUEZ, H. - MICIELI, L. - BAZÁN, M. E., - CALVO LEAL, M. A., “El Derecho romano en la Biblioteca del Dr. Vélez Sarsfield”, Córdoba, 1998.

(23) Véase LLAMBIAS, J. J. - ALTERINI, A. A., “Código civil anotado. Doctrina-Jurisprudencia”, (Arts. 1137 a 1433 - *Contratos en general, Sociedad conyugal, Compraventa*), Buenos Aires, 1982, t. 3, vol. A, p. 12.

(24) Véase Esboço, art. 1830: *Haverá contrato quando duas ou mais pessoas gação, ou obrigações recíprocas, a que correspondem direitos creditorios; ou a modificação de tais obrigações.*

(25) Ulp. l. 4 ad ed. *Conventionis verbum generale est ad omnia pertinens, de quibus negotii contrahendi transigendique causa consentiunt qui inter se agunt: nam sicuti convenire dicuntur qui ex diversis locis in unum locum colliguntur et veniunt, ita et qui ex diversis animi motibus in unum consentiunt, id est in unam sententiam decurrunt. adeo autem conventionis nomen generale est, ut eleganter dicat Pedius*

nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re sive verbis fiat: nam et stipulatio, quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est.

(26) Así SCHIPANI, S., *Le definizioni del contratto nel sistema giuridico latinoamericano*, en CARPINO, B. (a cura di), *Scritti in onore Giovanni Galloni*, II, Roma, s.d., p. 1119 para la cita y sobre el punto en general ps. 1119 y ss., donde se destaca claramente cómo si bien el art. 1137 se refiere de manera general a “reglar sur derechos”, la nota pertinente en la que Vélez luego “precisa la diferencia tra ‘convenzione’ e ‘contratto’ con citazioni di Savigny, Freitas, Aubry-Rau e Durandon, e il dato sistematico costituito dall’epigrafe della Sezione e della materia effettivamente trattata” nos hacen creer que el contrato es solo el que genera obligaciones (p. 1120 nt. 61).

(27) Véase a modo de ejemplo lo observado en MOSSET ITURRASPE, J., “Contratos”, Santa Fe, 1998, p. 48: “todo lo destinado a producir efectos jurídicos, a regular derechos, es contrato: es preciso que el objeto sea susceptible de opresión pecuniaria (art. 1169), lo que lo limita al ámbito patrimonial, en el ámbito de la obligación (art. 1168), con el alcance de crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar tales relaciones jurídicas con los acreedores (art. 944). Quedando excluye la posibilidad de establecer o transmitir, inmediatamente, relaciones jurídicas reales (art. 577 y conscs.)”, en el mismo sentido entre otros LORENZETTI, R. L., “Tratado de los contratos. Parte General”, Santa Fe, 2004, 170 y ss. Por otra parte, ya RIPERT, G. - BOULANGER, J., “Tratado de Derecho Civil según el Tratado de Planiol, IV-1”, Buenos Aires, 1964, § 55, 50 y ss. “El contrato tiene por efecto la creación, transformación, transmisión o extinción de una obligación”.

(28) Véase, a modo de ejemplo, la sentencia de 31 de julio de 1973 de la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina, en la que se especifica como “Por contrato” debe entenderse como “el acto jurídico bilateral y patrimonial que se realiza en presencia de dos partes, que formula una declaración de voluntad común directamente relacionada con relaciones patrimoniales y que se traduce en crear, conservar, modificar, transmitir o extinguir obligaciones”, ver El Derecho, Buenos Aires, 1973, t. 49, p. 483 y ss.

(29) Véase LVALLE COBO, J. E., en BELLUSCIO, A. C. - ZANNONI, E. A. (ed.), “Código Civil y leyes complementarias. Comentado, notado y concordado”, Buenos Aires, 1984, Tomo V, Autores, p. 947.

(30) Véase, a modo de ejemplo, LAFAILLE, H., “Tratado de los contratos”, Buenos Aires, 1953; ABELANDA, C. A., “Teoría general de los contratos”, Corrientes, 1984. Este planteamiento “más estrecho” tiene sus raíces en el derecho romano, como también lo ha señalado la doctrina autorizada, cf. LVALLE COBO, J. E., en BELLUSCIO, A. C. - ZANNONI, E. A. (ed.), “Código Civil y leyes complementarias. Comentado, notado y concordado, V”, ob. cit., p. 947; ALTERINI, A. A. - AMEAL, O. J. - LÓPEZ CABANA, R. M., “Derecho de obligaciones civiles y comerciales”, Buenos Aires, 1997, p. 652 (“Pensamos que el contrato a que se refiere el Libro II, Sección III del Código Civil es *generador de obligaciones*”).

(31) Al respecto, véase lo señalado en relación con la doctrina argentina en ALTERINI, A. Aníbal, “Contratos, civiles-comerciales-de consumo. Teoría general”, Buenos Aires, 1998, ps. 8-9, quien distingue una *tesis amplia* (según la cual “mediante el contrato es posible crear, modificar, transferir o extinguir cualquier clase de derecho patrimonial”, p. 8), una *tesis restrictiva* (“considerar...que el contrato sólo tiene la capacidad de crear obligaciones”, p. 9) y una tesis intermedia (por la cual “el contrato no sólo puede crear, sino también modificar, transferir o extinguir obligaciones, pero no otros derechos patrimoniales”, p. 9).

(32) Permítanme referirme a lo que había observado en MARINI, R., *Il contrarius consensus nel diritto latinoamericano*, en CARDILLI, R. - ESBORRAZ, D. F. (a cura di), *Nuovo Codice Civile argentino e sistema giuridico latinoamericano*, Milano, 2017, ps. 503 y ss.

(33) Por otra parte, Fernando Hinestrosa, ya en julio de 1998, observaba cómo “las actuales tendencias legislativas, expresadas en los códigos vigentes: el Código de Comercio de Colombia, el de Bolivia, el Código Civil del Perú, el Código Civil del Paraguay, las reformas y proyectos de reforma del Código Civil de Argentina, denotan una orientación y postura similar, por decisiones uniformes, espontáneas —tal vez esta aproximación al modelo del Código Civil italiano de 1942 no haya sido concertada—, pero no por nada menos evidente”, como HINESTROSA, F., “Liminar”, en *El contrato en el Sistema jurídico latinoamericano, Bases para un código latinoamericano Tipo*, Bogotá, 1998, p. 2.

(34) Para los diferentes proyectos ver ESBORRAZ, D. F., “Los alcances del contrato en el subsistema jurídico latinoamericano”, en *Roma e America. Diritto romano comune*, 33/2012, p. 245, nt. 216.

El segundo tampoco es obvio, pero muchas veces poco considerado, por lo que, sí es cierto que este nuevo Código opta por codificar una noción “amplia” de contrato en términos de efectos, lo devuelve al género

(35) Ya había utilizado eficazmente, en relación con la experiencia jurídica latinoamericana, la categoría de “definición por género próximo y diferencia específica”, SCHIPANI, S., *Le definizioni del contratto nel sistema giuridico latinoamericano*, ob. cit., p. 1098 [“Numerosi codici civili latinoamericani formulano esplicitamente una definizione sintetica del contratto per genere prossimo e differenza specifica, e questa riguarda i presupposti e/o gli effetti, relativi al tipo di vicenda del rapporto giuridico a cui dà luogo (costituire, modificare, regolare, estinguere) e/o al tipo di rapporto giuridico interessato (diritto reale, obbligazione)”].

del “acto jurídico”, al que el contrato como especie pertenece (35).

Este enfoque, que no es nuevo dentro del derecho contractual latinoamericano — pensemos,

(36) “Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas”, sobre lo que ahora CARDILLI, R., *Considerazioni conclusive: il negozio giuridico nella storia*, ob. cit., p. 194, nt. 14, que identifica “il modello archetipico definitorio” del contrato como acto jurídico bilateral precisamente en el *Código Civil* chileno de Andrés Bello.

(37) Véase D. 50.16.19 Ulp. *I.11 ad ed. Labeo libro primo praetoris urbani definit, quod quaedam “agatur”, quaedam “gerantur”, quaedam “contrahantur”: et actum quidem generale verbum esse, sive verbis sive re quid agatur, ut in sti-*

por ejemplo, en el art. 1438 de CcCh/1855 (36)— cobra un valor particular a los ojos del estudioso del derecho romano al evocar la conocida *definición* de contrato de Labeo (37) y convertirse en uno de los “elementos de resistencia” (38) recu-

pulatione vel numeratione: contractum autem ultra citroque obligationem, quod Graeci συνάλλαγμα vocant, veluti emptionem venditionem, locationem conductionem, societatem: gestum rem significare sine verbis factam, sobre este punto son fundamentales las aclaraciones de Filippo Gallo “Così facendo, Labeone inaugurò una tendenza variamente sviluppatasi, ma mai venuta meno nella posteriore tradizione romanistica: ancora oggi, nella nostra e in altre esperienze, il contratto è, tra gli atti giuridici, la figura eminente nel codice e nella elaborazione dottrinale”, F. GALLO, F., *Contratto e atto secondo Labeone: una dottrina da riconsiderare, in Roma e America. Diritto romano comune*, 7, 1999, p. 23.

rrentes del derecho romano dentro del derecho latinoamericano.

Cita online: TR LALEY AR/DOC/2476/2024

(38) Sobre este aspecto fundamental CATALANO, P., “Identidad jurídica de América Latina: derecho romano y sistema latinoamericano” (Informe presentado en el Foro Científico sobre “Identidad y América Latina: instituciones, migraciones, culturas. Miradas europeas y sus críticas-XI Asamblea CEISAL- Consejo Europeo de Investigaciones Sociales sobre América Latina, publicado en Viena, el 22 de octubre de 1987), en *Elementi di unità e resistenza del sistema giuridico latinoamericano. II. Problemi di diritto commerciale* (CNR, Progetto Italia-América Latina), Sassari, 1990, ps. 1-17; *Idem, Diritto e persone*, I, *Studi su origine e attualità del sistema romano*, I, Torino, 1990, ps. 121 y ss.

El estudio comparado de la historia del derecho como herramienta para la internacionalización de las ciencias jurídicas (*)

Comparative legal history as a tool for the internationalization of legal science



Agustín Parise

Doctor en derecho, Universidad de Buenos Aires (Argentina). Magíster en Derecho, Universidad Estatal de la Luisiana (EE. UU.). Doctor en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Maastricht (Países Bajos).

SUMARIO: I. Introducción.— II. Marco proporcionado por la internacionalización de las ciencias jurídicas.— III. Herramienta proporcionada por el estudio comparado de la historia del derecho.— IV. Perspectiva proporcionada por el uso de la herramienta en el marco específico.— V. Reflexiones finales.

Resumen: Esta nota alerta al lector sobre la utilidad de analizar las dimensiones espacial e histórica ante la necesidad de comprender acabadamente la internacionalización de las ciencias jurídicas. En primer lugar, la nota contextualiza la internacionalización de las ciencias jurídicas. En esa parte se brinda atención a la globalización y a la circulación de paradigmas legales. En segundo lugar, la nota aborda el estudio comparado de la historia del derecho. Allí se elabora sobre los dos pilares brindados por el derecho comparado y la historia del derecho, al tiempo que se presenta una conceptualización de la disciplina. En tercer lugar, la nota ofrece perspectivas sobre el uso de la disciplina en el marco de la internacionalización de las ciencias jurídicas, compartiendo algunos de los desafíos y los beneficios de esa herramienta.

Abstract: This note alerts readers on the usefulness of analysing the spatial and historical dimensions in light of the need to fully understand the internationalization of legal science. First, the note contextualizes the internationalization of legal science. In this part, attention is devoted to globalization and to the circulation of legal paradigms. Second, the note addresses comparative legal history. There, attention is devoted to the two pillars provided by comparative law and

legal history, while offering a conceptualization of the discipline. Third, the note shares perspectives on the use of the discipline within the framework provided by the internationalization of legal science, sharing some of the challenges and benefits of this tool.

Palabras clave: Derecho comparado, globalización, historia del derecho, paradigmas legales.

Key words: Comparative law, globalization, legal history, legal paradigms.

I. Introducción

Las ciencias jurídicas experimentan un proceso de internacionalización. Ese proceso puede visualizarse mediante el uso de diversas herramientas y contemplando múltiples perspectivas. Hay una necesidad de “conocer[se] más” y de involucrarse en una “labor interdisciplinaria de evaluación”, tal como sostuvo Héctor Alegria, ya en el año 2013 (1). El estudio comparado de la historia del derecho es una de las herramientas que se encuentran a disposición del jurista para estudiar el proceso de internacionalización a través del tiempo y del espacio.

Esta nota se divide en tres partes y responde a la necesidad de adquirir conocimiento y de forjar una labor interdisciplinaria a través

del tiempo y del espacio. En primer lugar, se propone contextualizar la internacionalización de las ciencias jurídicas. En esa parte se brinda atención a la globalización y a la circulación de paradigmas legales. En segundo lugar, se aborda el estudio comparado de la historia del derecho. Allí se elabora sobre los dos pilares brindados por el derecho comparado y la historia del derecho, al tiempo que se presenta una conceptualización de la disciplina. En tercer lugar, se ofrecen perspectivas sobre el uso de la disciplina en el marco de la internacionalización, compartiendo algunos de los desafíos y los beneficios de esa herramienta. Ante todo, esta nota alerta al lector sobre la utilidad de contemplar la dimensión espacial e histórica del derecho ante la necesidad de comprender acabadamente el fenómeno de la internacionalización.

II. Marco proporcionado por la internacionalización de las ciencias jurídicas

La internacionalización requiere una aproximación que no se limite al ámbito local y vernáculo, prestando especial interés por conocer el estado de las ciencias jurídicas incluso en períodos pretéritos. La internacionalización de las ciencias jurídicas se explica como parte de un movimiento mayor que abarca el fenómeno de la globalización. Asimismo, el contexto brindado por la internacionalización es

palpable cuando se estudia la circulación de paradigmas legales.

II.1. Globalización

La globalización se ha extendido desde la economía alcanzando la cultura, política, ciencia, tecnología, ideología y el derecho (2). Este fenómeno afecta al derecho y motiva esfuerzos de armonización (3). La armonización por su parte requiere coordinación de políticas entre jurisdicciones: requiere cooperación (4). La armonización es exitosa cuando se alcanza un grado de acuerdo entre las disposiciones de las distintas jurisdicciones (5). Se ha afirmado —ya hace un tiempo— que el mundo se está convirtiendo en una aldea global, como defendió el filósofo canadiense Marshall McLuhan (6). Si bien en ocasiones se considera que “globalización” es un término genérico que todo lo abarca (7), no debe negarse que el contexto actual requiere soluciones que brinden una *lingua franca* para las relaciones jurídicas (8). Se torna necesario dejar atrás la aproximación tradicional conforme la cual las ciencias jurídicas deben ser consideradas puramente nacionales, ignorando lo que sucede en otras latitudes (9) y tiempos. En efecto, está surgiendo un régimen mundial de abogados académicos, tal como sostuvo en el año 1998 Ole Lando (10). En un mundo tan influenciado por la globalización, se torna imperioso manejar con holgu-

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(*) Esta nota incorpora aspectos presentados por el autor en PARISE, A., “Comparative Legal History”, en SMITS, J. M. et al. (eds.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2023, 2ª ed., p. 357; MAROTTA, J. - PARISE, A., “El aprendizaje basado en problemas (ABP) en la educación jurídica y su aplicación en un ámbito multicultural”, *Revista Academia*, 2022, 19:38, p. 115; PARISE, A., “Legal Education in Argentina: A Plea for Comparative Law in a Multicultural Environment”, *Louisiana Law Review*, 2021, 81, p. 1275; PARISE, A., “Armonización del derecho privado en Amé-

rica Latina y el afloramiento de códigos de tercera generación”, *Revista de Derecho Puertorriqueño*, 2021, 60, p. 363; PARISE, A., “Derecho comparado e historia del derecho: amalgama de dos pilares fundamentales para el desarrollo de la ciencia jurídica”, en ABERASTURY, P. (coord.), *Estudios de Derecho Comparado*, Eudeba, Buenos Aires, 2016, p. 181; y PARISE, A., *Ownership Paradigms in American Civil Law Jurisdictions: Manifestations of the Shifts in the Legislation of Louisiana, Chile, and Argentina (16th-20th Centuries)*, Brill Nijhoff, Leiden, 2017.

(1) ALEGRIA, H., “El Derecho Privado hoy y la innovación jurídica”, *LA LEY*, 2013-C, 1020.

(2) ALTERINI, A. A., “¿Hacia un geoderecho?”, *LA LEY*, 2005-E, 1258.

(3) PEREÑA VICENTE, M., “Unificación del derecho contractual: convergencia de los principios UNIDROIT y de los principios del derecho europeo de contratos”, *Responsabilidad Civil y Seguros*, 2005, 8, p. 115.

(4) DREYZIN DE KLOR, A., “Hacia el ordenamiento jurídico del Mercosur”, *LA LEY*, 1996-C, 1189.

(5) ALTERINI, A. A., “Derecho internacional de los contratos”, *LA LEY*, 2009-A, 671.

(6) Véase, en general, MCLUHAN, M., *The Gutenberg Galaxy: The Making of Typographic Man*, University of

Toronto Press, Toronto, 1962. Véase también PAMPILLO BALIÑO, J. P., “La integración jurídica americana. Génesis, desenvolvimiento y futuro”, *La Ley - Suplemento Actualidad*, 25 de septiembre de 2014, p. 1.

(7) PARISE, A., “Private International Law and the Challenge of Uncontested Dogmas”, en PARISE, A. y POPOV, E. (eds.), *Globalisation and Private International Law*, Publishing Group Jurist, Moscú, 2019, p. 117.

(8) ALTERINI, *supra* nota 5.

(9) ALTERINI, *supra* nota 5.

(10) LANDO, O., “Homo Judicans”, *Uniform Law Review*, 1998, 3, p. 537.