

ESTUDIOS DE DERECHO CIVIL
EN MEMORIA DE FERNANDO HINESTROSA

EMILSSEN
GONZÁLEZ DE CANCINO
ÉDGAR
CORTÉS MONCAYO
FELIPE
NAVIA ARROYO
EDITORES

ESTUDIOS DE DERECHO CIVIL
EN MEMORIA DE FERNANDO HINESTROSA

TOMO I
DERECHO ROMANO Y TRADICIÓN CIVIL
PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO
PERSONAS Y FAMILIA
OBLIGACIONES
RESPONSABILIDAD CIVIL

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Estudios de derecho civil en memoria de Fernando Hinestrosa. Derecho romano y tradición civil ; Principios generales del derecho ; Personas y familia ; Obligaciones ; Responsabilidad civil / José Luis Benavides ... [et al.] ; editores Emilssen González de Cancino, Édgar Cortés Moncayo, Felipe Navia Arroyo. — Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2014.

794 p. ; 24 cm. — (Estudios de derecho civil en memoria de Fernando Hinestrosa ; v. 1)

Incluye bibliografía.

ISBN: 9789587721164

1. Hinestrosa, Fernando, 1931-2012 — Homenajes póstumos 2. Derecho civil 3. Derecho romano 4. Responsabilidad civil 5. Derecho de familia 6. Obligaciones (Derecho civil) Personas (Derecho) I. Benavides, José Luis II. Cortés Moncayo, Édgar, editor III. González de Cancino, Emilssen, editor IV. Navia Arroyo, Felipe, editor V. Universidad Externado de Colombia VI. Serie

346

SCDD 15

Catalogación en la fuente — Universidad Externado de Colombia. Biblioteca

Febrero de 2014

ISBN 978-958-772-116-4

© 2014, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
Calle 12 n.º 1-17 Este, Bogotá
Teléfono (57 1) 342 0288
publicaciones@uexternado.edu.co
www.uexternado.edu.co

Primera edición: marzo de 2014

Diseño de cubierta: Departamento de Publicaciones
Composición: Marco Robayo
Impresión y encuadernación: Xpress Estudio Gráfico y Digital S.A.
Tiraje: de 1 a 1.000 ejemplares

Impreso en Colombia
Printed in Colombia

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad de los autores.

JOSÉ LUIS BENAVIDES	ALEJANDRO GUZMÁN BRITO
JOSÉ ALEJANDRO BONIVENTO FERNÁNDEZ	JUAN IGLESIAS-REDONDO
LUCIANA CABELLA PISU	AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI
MARÍA ELISA CAMACHO L.	MILAGROS KOTEICH KHATIB
RICCARDO CARDILLI	PHILIPPE LE TOURNEAU
HERNÁN CORRAL TALCIANI	FELIPE NAVIA ARROYO
ÉDGAR CORTÉS MONCAYO	MARTHA LUCÍA NEME VILLARREAL
JOSÉ FÉLIX CHAMIE	PIETRO RESCIGNO
JUAN ESPINOZA ESPINOZA	CATALINA SALGADO RAMÍREZ
FABIO ESPITIA GARZÓN	SANDRO SCHIPANI
ANTONIO FERNÁNDEZ DE BUJÁN	CLAUDIO SCOGNAMIGLIO
CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO	LAURA TAFARO
EMILSSEN GONZÁLEZ DE CANCINO	SEBASTIANO TAFARO
GIOVANNA VISINTINI	

CONTENIDO

Fernando Hinestrosa: <i>in memoriam</i>	13
---	----

DERECHO ROMANO Y TRADICIÓN CIVIL

La influencia del derecho italiano en Colombia <i>Édgar Cortés Moncayo</i>	19
---	----

Ciencia y consciencia del derecho público romano. Cuestiones de método <i>Fabio Espitia Garzón</i>	33
---	----

Esencia del derecho romano a la luz de la perspectiva histórica <i>Juan Iglesias-Redondo</i>	69
---	----

Releer y traducir los Digestos. A propósito de la traducción de <i>ius y lex</i> . Observaciones introductorias para una relectura de limpieza terminológico-conceptual <i>Sandro Schipani</i>	89
---	----

Antiche e nuove fonti del diritto civile attuale <i>Laura Tafaro</i>	119
---	-----

PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

Enriquecimiento sin causa y contratos públicos <i>José Luis Benavides</i>	149
--	-----

I paradossi della traduzione giuridica: la buona fede e il diritto europeo dei contratti <i>Luciana Cabella Pisu</i>	193
--	-----

‘ <i>Vir bonus</i> ’ e ‘ <i>bona fides</i> ’ <i>Riccardo Cardilli</i>	213
--	-----

“ <i>Fraus omnia corrumpit</i> ” <i>José Félix Chamie</i>	237
--	-----

El papel de la buena fe en los pactos, arbitrajes y contratos <i>Antonio Fernández de Buján</i>	269
--	-----

Principios, cláusulas generales y estándares como orientadores del sistema jurídico <i>Martha Lucía Neme Villarreal</i>	303
---	-----

PERSONAS Y FAMILIA

Prisión por deudas y compensación económica en caso de divorcio. A propósito de una sentencia del Tribunal Constitucional chileno <i>Hernán Corral Talciani</i>	323
Breves apuntes sobre el “proyecto de vida” y su protección jurídica <i>Carlos Fernández Sessarego</i>	363
Maternidad por encargo <i>Emilssen González de Cancino</i>	397
El impacto de los convenios de unión civil en la familia matrimonial <i>Alejandro Guzmán Brito</i>	415
<i>Infanticidium</i> <i>Sebastiano Tafaro</i>	429

OBLIGACIONES

Apuntes sobre intereses civiles y comerciales <i>José Alejandro Bonivento Fernández</i>	453
Algunas reflexiones en torno a la transferencia del crédito <i>María Elisa Camacho L.</i>	493
Aplicación de la nueva ley y los plazos de prescripción en curso <i>Aída Kemelmajer de Carlucci</i>	525
Variaciones sobre la dación en pago <i>Felipe Navia Arroyo</i>	545

RESPONSABILIDAD CIVIL

La responsabilidad civil pre-contractual <i>Juan Espinoza Espinoza</i>	581
Los criterios de imputación de la responsabilidad contractual: una mirada a los códigos y sus fuentes romanas <i>Milagros Koteich Khatib</i>	641
De la falsedad del concepto de “responsabilidad contractual” <i>Philippe Le Tourneau</i>	673

Consenso informato e medicina narrativa <i>Pietro Rescigno</i>	711
Breve introducción a la responsabilidad precontractual en la teoría de Rudolf von Jhering <i>Catalina Salgado Ramírez</i>	721
Danno ambientale e funzioni della responsabilità civile <i>Claudio Scognamiglio</i>	759
Causalità e danno <i>Giovanna Visintini</i>	777

Rendir tributo a la memoria de FERNANDO HINESTROSA es un placentero deber para la comunidad externadista. ¡Cuánto nos debemos a su genialidad, a su dedicación y a su devoción por nuestra Casa de Estudios!

El Maestro HINESTROSA fue un ilustre humanista que trataba con igual propiedad temas de derecho, educación, historia, arte, filosofía, música –no se puede olvidar su pasión por la ópera–, literatura o economía, y de tantas otras disciplinas que formarían una lista interminable. Su mente privilegiada era modelo del espíritu renacentista caracterizado por esa cosmovisión que considera que la inteligencia, para ser aguda y completa, debe abarcar la mayor cantidad de áreas del conocimiento y el pensamiento, es decir, ser interdisciplinar, como se dice ahora.

Gran continuador de la obra de su padre y de los abuelos radicales, el profesor HINESTROSA dedicó su vida al estudio que lo forjó como uno de los mejores juristas y humanistas de la historia de Colombia, a más de consolidar la reputación académica de su Casa de Estudios en todo el continente y fuera del mismo, dándole dimensión internacional.

Toda palabra, texto o recordatorio referido a su vida y obra no puede ser más que una aproximación siempre imprecisa e incompleta a un decurso vital incomparable. Quienes tuvimos el privilegio, además del placer, de compartir con él, de leerlo y escucharlo, sabemos que era un ser respetable y admirable. Un ser humano ejemplar y a la vez irrepetible que entregó su vida a la educación y al derecho, y que servirá de paradigma para las generaciones futuras.

Su existencia transcurrió entre dos familias: la consanguínea y la externadista. En la primera, al lado de su adorada CONSUELO, compañera inseparable de su vida y de sus viajes –hasta aquel que lo llevó a la muerte–, se entregó como padre y abuelo sabio y amoroso, transmitiendo en lenguaje coloquial los principios que acompañaron su vida. Y, como es propio de los seres humanos guiados por la rectitud y la coherencia, la manera de ser y los valores encarnados y promovidos en la vida íntima y familiar se reflejaron inevitablemente en la vida social en la cual, para nuestra fortuna, estuvo presente desde su infancia la familia externadista. En esta dejó esculpidos, con el talante de su vida intachable, principios republicanos y radicales como la tolerancia, el pluralismo, la educación en cuanto forma de superación social, el laicismo estatal y educativo, el federalismo –de allí su profundo respeto

por la provincia—, el librepensamiento y la aceptación de la divergencia, el reconocimiento del otro, el individualismo exigente consigo mismo, sin excluir la solidaridad hacia los demás, principios todos regidos por una ética irreprochable.

FERNANDO HINESTROSA fue un demócrata en el genuino sentido de la palabra, con vocación auténtica por el servicio público, como se expresa en las múltiples facetas de su vida. Como Ministro de Justicia nos legó normativas tan importantes como el Estatuto de Registro del Estado Civil, el Estatuto Notarial, el Código de Comercio o la Ley 75 de 1968 sobre filiación, cuyas ideas de avanzada siguen inspirando la legislación actual. En su calidad de Ministro de Educación fue decisivo para reabrir la Universidad Nacional que había sido cerrada por huelgas estudiantiles y profesoras. Como embajador de Colombia ante la Santa Sede reiteró con su conducta y labor la separación Iglesia-Estado. Como magistrado de la Corte Suprema de Justicia, a pesar de su breve paso por la misma, produjo sentencias y salvamentos de voto notables en diversas áreas, como la responsabilidad civil o la reparación de daños. En su labor educativa, de otro lado, se encargó de consolidar hasta un punto de no retorno todas las enseñanzas del Olimpo Radical bajo el lema de “Educación para la Libertad”, que ha marcado y seguirá marcando el derrotero en la formación de nuestros estudiantes.

Por eso, rendir tributo a su memoria es un privilegio que nos enaltece y nos compromete a perseverar en el cultivo de su legado, porque la mejor forma de honrar la obra de un maestro no es la tristeza por su ausencia, sino el auténtico respeto de su ejemplo. FERNANDO HINESTROSA fue maestro y sabio a la vez, porque al maestro lo distingue la ética y al sabio la erudición, y ambas cualidades las personificó él a cabalidad.

Mucho de sus principios se formó gracias a su avidez por conocer el mundo y entrar en contacto con las más diversas culturas. Cuando se recorre el mundo con la perspicacia de quien no tiene prejuicios es imposible ser dogmático. Ello ocurrió con nuestro Maestro, quien en sus viajes —que lo llevaron a visitar más de cincuenta países— amplió inconmensurablemente su percepción del mundo y del ser humano, dejándose impresionar, viendo la diversidad y, con frecuencia, haciendo conocidos entre aquellos con quienes tenía trato académico, para transitar en veces a la amistad más sincera y profunda. Creo que en ello estará de acuerdo cada uno de los eminentes profesores que en esta obra escriben, y que bien podrá recordar una conversación en la *rue Soufflot* en París o en el *Café de Roma*, o una grata

tertulia en la Muralla China, sin contar los diálogos sostenidos en nuestro continente y en nuestra propia universidad.

La ventaja que supone conocer varios idiomas, que el Maestro HINESTROSA aprendió con la disciplina de un autodidacta —empezando por el castellano, que manejó con la limpidez de un literato, y siguiendo con el latín, el italiano, el francés, el alemán y el inglés—, no solo le franqueó el acceso a diversas culturas, sino la lectura directa de los textos en su idioma original, lo cual se refleja en la precisión y tersura de sus propios escritos. Destaquemos las diferentes traducciones realizadas del italiano y del alemán para permitir que el público hispanoparlante gozara de obras que de otra forma hubieran tardado en ser conocidas en nuestro medio.

El orgullo que siento al presentar esta obra es el mismo que sienten quienes colaboran en ella con sus escritos, y aun quienes por problemas de agenda no pudieron hacerlo.

El libro nace de una propuesta originaria del Consejo Directivo de nuestra Universidad, a los pocos días del fallecimiento de quien fuera para nosotros, a la vez, Rector y Maestro, y se incluye dentro de una serie de conmemoraciones que tendrán lugar durante el mes de marzo de 2014. También con esta obra se pretende entonces exaltar la memoria de FERNANDO HINESTROSA para revalidar lo imperecedero de su magisterio: fue así como se invitó a profesores amigos a escribir sobre temas que a él le eran caros. Ahora bien, el primer problema que surgió fue el de la escogencia de los temas afines a nuestro Maestro, puesto que, como ya lo he dicho, su mente era universal y, por ende, inabarcable. ¿Incluir temas de educación, de historia, de derecho, de arte...? ¿Restringirnos a lo jurídico? Y, en caso afirmativo, de nuevo, ¿a qué áreas? Difícil decisión, frente a la cual se optó finalmente por una solución sencilla: solicitar escritos que tuvieran relación con los temas jurídicos más tratados por el homenajeado. La coordinación de la obra estuvo a cargo de la profesora EMILSEN GONZÁLEZ DE CANCINO y de los profesores FELIPE NAVIA ARROYO y ÉDGAR CORTÉS MONCAYO quienes, con la ayuda del Departamento de Publicaciones de la Universidad, realizaron traducciones, ajustaron estilos y clasificaron los artículos recibidos. En la obra se recuerda entonces al Maestro, de manera especial, como profesor de derecho privado, de derecho romano y de historia del derecho.

De este modo la obra, dividida en dos tomos, presenta 47 trabajos que, en una perfecta progresión, nos llevan desde el derecho romano hasta las discusiones más actuales en materia de responsabilidad y de contratos. En

efecto, luego de que los primeros artículos se encargan de recordar cómo el derecho romano está en la base de nuestra tradición civil, en la siguiente sección se muestra cómo esa tradición afirmó una serie de principios –dentro de los que sobresale hoy la buena fe– que han dado solidez a las construcciones dogmáticas modernas, de tal suerte que ese juego entre tradición cultural y sociedad contemporánea constituye el marco perfecto para hablar luego, por ejemplo, ya de maternidad por encargo o de uniones civiles –dentro de la sección dedicada al derecho de personas y familia–, ya de intereses o de prescripción –en la sección que se ocupa del derecho de obligaciones–; todo lo anterior, unido a la sección dedicada a la responsabilidad, en donde se discuten temas que van de la responsabilidad precontractual al daño ambiental, integra el tomo I, mientras que el tomo II, consagrado exclusivamente a la materia de los contratos, pone en evidencia ese *nuevo* derecho de contratos que, con base en criterios éticos de solidaridad, trata de darles una nueva dimensión a esos principios tradicionales –como el de *pacta sunt servanda* o el de relatividad–, dentro de una moderna visión de contrato que, más que como un acto que resuelve intereses contrapuestos, lo entiende como un acto de colaboración, fulcro jurídico de la disposición cooperativa que preside la actividad humana y el sentido más profundo y enaltecido de la vida asociada.

Tiene el lector en sus manos un libro que cumple con el objetivo de rendir homenaje a un Maestro con el rigor académico que lo caracterizó. Es por ello que debo renovar mi agradecimiento a cada uno de quienes hicieron posible que esta obra saliera a la luz, convirtiéndose desde ya en referencia obligada respecto de los temas que acá se estudian.

JUAN CARLOS HENAO

Rector

Universidad Externado de Colombia

Bogotá, D. C., marzo de 2014

DERECHO ROMANO Y TRADICIÓN CIVIL

ÉDGAR CORTÉS MONCAYO*

*La influencia del derecho italiano en Colombia***

SUMARIO: Premisa. 1. La recepción de la cultura jurídica europea. 2. Primeras noticias del derecho italiano. 3. El ‘otro’ derecho se abre paso. 4. El trabajo del jurista. 5. Las afinidades electivas. 6. Temas y personajes. Conclusión.

Hablar del derecho italiano en Colombia es hablar de FERNANDO HINESTROSA; este breve escrito fue hecho pensando en él y está dedicado a su memoria.

PREMISA

El derecho de América Latina ha sido, aun desde antes del proceso de independencia que llevó al nacimiento de las nuevas naciones y del movimiento codificador del siglo XIX, un derecho de raigambre romano-germánica: “nos formamos en él, y lo hemos seguido viviendo, independientemente de qué tan genuinamente”¹; la historia de nuestro derecho moderno se remonta al mismo momento del nacimiento de la tradición romanista, con los glosadores que estudiaron los códigos de JUSTINIANO, y no a la recepción o influencia de los códigos europeos en el siglo XIX². La expresión derecho continental europeo es equivalente a la expresión derecho latinoamericano, expresiones que no describen otra cosa que un dato puramente geográfico.

Esto para decir que el origen del derecho (privado) latinoamericano no es original o diferente; existen sí particularidades propias, ya por el modo en el que se recibió la tradición romana, ya por las circunstancias especiales del proceso de codificación³ que le dan una identidad política y cultural, pero

* Profesor de Derecho Civil de la Universidad Externado de Colombia. Contacto: edgar.cortes@uexternado.edu.co

** Este escrito recoge, con algunas modificaciones y adiciones, el texto que fue presentado en el Congreso organizado por la *Società Italiana per la Ricerca in Diritto Comparato (SIRD)*, sobre la influencia del derecho italiano en el mundo, que se llevó a cabo en la ciudad de Siena, Italia, en septiembre de 2012. Una versión en italiano se publicó en la Memoria del Congreso.

1 F. HINESTROSA, “El derecho romano y la formación del jurista en la perspectiva del nuevo milenio”, en *Reflexiones de un librepensador*, Bogotá, 2001, p. 416.

2 Cfr., por ejemplo, C.A. CANNATA, *Historia de la ciencia jurídica europea*, Madrid, 1996, p. 142 ss.

3 S. SCHIPANI, *El contrato y el sistema jurídico latinoamericano. Bases para un código latinoamericano tipo*, Bogotá, 1998, p. 93 ss.; ID., “I codici latinoamericani della ‘transfusión’ del diritto romano e dell’indipendenza”, en *Dalmacio Vélez Sarsfield e il diritto latinoamericano*, Padova, 1990, p. 645 ss. Cfr. además, B. BRAVO LIRA, “Difusión del código civil de Bello en los países de derecho castellano y portugués”, en *Andrés Bello y el derecho latinoamericano*, Caracas, 1987, p. 343 ss. Más recientemente, D.F. ESBORRAZ, “La individualización del subsistema jurídico latinoamericano como desarrollo interno propio del subsistema jurídico romanista: (1) La labor de la ciencia jurídica brasileña entre finales del siglo XIX y principios del siglo XX”, en *Roma e America. Diritto Romano*

no de contenidos. América Latina no hizo parte el movimiento de codificación del siglo XIX por imitación o por casualidad: América Latina participó, idealmente, de los mismos postulados del Iluminismo y de la Revolución Francesa, y de la misma búsqueda de unidad nacional por medio de la unidad jurídica⁴; de ahí que hubiera resultado natural que luego de la expedición de los códigos propios la doctrina jurídica europea circulara naturalmente, pues nunca se la consideró como una doctrina jurídica extraña.

En efecto, una vez promulgados los códigos, la falta de una producción doctrinaria local, debido principalmente a que los recursos y las mentes estaban concentrados en la consolidación de las nuevas y frágiles repúblicas, hizo que ese vacío se llenara con la literatura jurídica europea, principalmente francesa y, con el tiempo y en menor medida, italiana, alemana, española; literatura que desde entonces ha estado presente y que aún hoy circula, a la par, y quizá incluso con cierta ventaja sobre la local⁵.

Así, una reflexión que pretenda trazar un panorama general del derecho italiano en América Latina, y en particular en Colombia, debe tener en cuenta estas consideraciones, que no son nada distinto que otra manera de afirmar que un derecho nunca es puramente nacional⁶ (y hoy se diría que cada vez menos).

I. LA RECEPCIÓN DE LA CULTURA JURÍDICA EUROPEA

Una cosa, entonces, es cierta: el jurista latinoamericano, y en particular el civilista, se ha formado con la doctrina europea que siempre ha privilegiado en sus estudios; sin embargo, esta *recepción* no siempre se ha hecho con una postura crítica, de tal suerte que, no pocas veces, se ha forzado la interpretación de las normas con el solo ánimo de consentir la utilización de una doctrina extranjera, siempre bien recibida en las Cortes. El problema, pues, no ha sido tanto uno de imitación de la cultura europea; el problema, más

Comune, 21/2006, Modena, p. 5 ss.; ID., “(II) La contribución de la ciencia jurídica argentina en la primera mitad del siglo XX”, en *Roma e America. Diritto Romano Comune*, 24/2007, Modena, 33 ss.

4 Cfr. A. GUZMÁN BRITO, *La codificación civil en Iberoamérica*, Santiago de Chile, 2000.

5 HINESTROSA, *El derecho romano y la formación del jurista en la perspectiva del nuevo milenio*, cit., p. 417.

6 A. GAMBARO y R. SACCO, “Sistemi giuridici comparati”, en *Tratt. Dir. comp.*, RODOLFO SACCO (dir.), Torino, 2002, p. 45 ss.

bien, ha sido la forma en que se ha asimilado esa cultura⁷, si se entiende asimilación como comprensión de lo que se aprende para incorporarlo a los conocimientos previos⁸, como aprendizaje fructífero de nociones y de conceptos. ¿Hay recepción o influencia sin asimilación?, ¿sin crítica? La asimilación requiere de una fuerza cultural del receptor capaz de acoger o no conscientemente lo que le llega.

Bien se ha dicho que la posibilidad de comparar normas y ordenamientos de países con una base económica diferente es posible⁹, pero quizá, cuando se trata de verificar la influencia de un ordenamiento en otro, la reflexión también deba tener en cuenta la realidad subyacente, el contexto económico, cultural y social que condiciona cada decisión; “llegar a la autonomía y a la creatividad presupone madurez e implica una robustez política, económica y cultural que va más allá de los deseos”¹⁰.

2. PRIMERAS NOTICIAS DEL DERECHO ITALIANO

En el caso colombiano la doctrina italiana comienza a llegar regularmente pasada la Segunda Guerra Mundial, en parte por la expedición del *codice civile* italiano de 1942 y en parte, quizá, por la importancia económica que cobraba Italia en Europa. Antes, durante el período que se siguió a la adopción del Código Civil de ANDRÉS BELLO en 1858 y hasta la primera mitad del siglo XX, la influencia doctrinaria preveleciente es de origen francés, no solo por lo que representaba Francia en el concierto mundial¹¹, sino, principalmente, por la gran huella que había dejado el *Code civil* en los códigos latinoamericanos. La promulgación del Código de Bello en Colombia no significó una producción doctrinal propia que comentara la novedad legislativa, y así la reflexión jurídica local quedó confiada a la jurisprudencia, que se convirtió en la espina dorsal de la ciencia jurídica nacional, con las consecuencias propias de una situación tal: una cierta dispersión e incertidumbre debida a la ausencia de construcciones doctrinarias que explicaran las decisiones.

7 R. GUTIÉRREZ GIRARDOT, *Hispanoamérica, Imágenes y perspectivas*, Bogotá, 1989, p. 39.

8 Diccionario de la Real Academia Española.

9 R. SACCO, “Introduzione al diritto comparato”, en *Tratt. Dir. comp.*, RODOLFO SACCO (dir.), cit., p. 21.

10 HINESTROSA, *El derecho romano y la formación del jurista en la perspectiva del nuevo milenio*, cit., p. 417.

11 Cfr. F. MARINELLI, *La cultura del Code civil*, Padova, 2004, p. 3 ss.

La doctrina francesa se usaba entonces no como una referencia de derecho comparado, sino como elemento para fundar directamente las decisiones, es decir como doctrina local, algunas veces, incluso, a pesar de las diferencias de la solución legislada del Código francés frente al de Bello.

En lo que hace a Italia y en lo que se refiere al

... derecho civil relativo al Código de 1865, se tiene noticia por medio de las traducciones de las *Istituzioni di diritto civile* de DE RUGGIERO, 1944, de las *Istituzioni di diritto civile* de BRUGI, 1946, de *La dottrina generale del diritto civile* de COVIELLO, 1949, curiosidades perdidas entre las colecciones de tratados de civilistas franceses en voga, sin que el respectivo editor diera noticia del hecho de que para esa época se había promulgado y había entrado en vigencia un nuevo código civil.

Solo en la mitad del decenio de los años cincuenta comenzó a tenerse noticia del código de 1942. El nuevo derecho civil italiano tardó en ser descubierto, estudiado y apreciado. La primera obra que llegó entonces a nuestro continente fue la traducción de la *Dottrina generale del contratto*, de F. MESSINEO (1952), a la que siguió la traducción del *Manuale di diritto civile e commerciale* (1954), cuyo primer volumen contenía una versión del *codice civile* en español. Las *Istituzioni di diritto privato* de CANDIAN fueron traducidas y publicadas en 1961.

De la misma época fue la traducción de la *Teoria generale del negozio giuridico*, de E. BETTI (1954). En 1955 llegó el *Contributo alla teoria del negozio giuridico* de R. SCOGNAMIGLIO (1955). Poco después vendrían las traducciones de *Il negozio giuridico*, de CARIOTA-FERRARA (1956) y de la *Teoria del Negozio Giuridico* de G. STOLFI (1959), y para la misma época comenzaron a llegar la *Rivista di diritto civile*, de W. BIGIAVI y la *Rivista di diritto e procedura civile* de T. CARNACINI, y aparecieron en las librerías algunas pocas copias de la *Enciclopedia del Diritto*¹².

3. EL ‘OTRO’ DERECHO SE ABRE PASO

Es necesario decir, sin embargo, que la llegada de esa literatura no se debe imaginar como un movimiento masivo, popular, que irradiara todo el sistema. Es decir, mientras que la doctrina francesa que se usaba en Colombia había sido traducida y sus autores gozaban de reconocimiento no solo en

¹² F. HINESTROSA, “Proyección del derecho italiano de los contratos en el derecho colombiano”, ponencia con ocasión de la presentación de la traducción al español (de F. Hinestrosa y É. Cortés, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009) de la obra *Diritto civile*, 3, *Il contratto* de C.M. BIANCA (Roma, 2008), p. 2.

la academia sino también en el foro, por las constantes citas que hacía la jurisprudencia de ellas, la primera doctrina italiana fue cosa de pocos, curiosos y privilegiados, que podían acceder a más obras de aquellas que se habían traducido, y que se aventuraron en la comprensión de ese derecho hasta entonces desconocido en su estilo y en sus contenidos. El derecho italiano entonces fue visto, especialmente en materia de derecho privado, como el ‘otro’ derecho, respecto del francés, carácter que en alguna medida ha mantenido.

La promulgación en 1971 de un nuevo Código de Comercio colombiano, que en su libro IV de contratos siguió muy de cerca el libro IV del *codice civile*, consolidó la influencia y la hizo, se podría decir, más realista, pues no se trataba ya de estudiar una doctrina por puro ánimo de erudición sino que, por el contrario, con ella se podía entender mejor un ordenamiento nuevo, fresco y que introducía muchas novedades frente a lo que eran las codificaciones del siglo XIX.

La presencia del derecho italiano, así, fue creciendo paulatina y un poco circunstancialmente, pero, salvo por aquellos que lo cultivaban, esa difusión no comportó un conocimiento de su historia, de su evolución, de sus escuelas y de sus representantes más importantes. A mediados de los años setenta visitan el país los primeros profesores italianos, y a partir de ese contacto personal se incrementa la curiosidad y comienza el diálogo, hoy consolidado, que poco a poco le da sentido y coherencia a esa presencia y que logra por fin, ya al acabar el siglo, que el derecho italiano deje de ser considerado como una novedad.

A partir de los años ochenta se hace también regular el viaje de estudiantes a Italia, para conocer principalmente la tradición romanista del derecho privado, pero también el derecho público en general (se estudia principalmente en Roma, pero también en Bolonia, Pisa y Génova), lo que sirvió finalmente, y en lo que aquí importa, para completar el cuadro histórico-geográfico italiano, identificar las escuelas, mantener actualizada la bibliografía y dar paso a la traducción.

Así pues, la presencia del derecho italiano se hizo sólida, permitió conocer un estilo de pensar el derecho diferente al francés, reafirmó nuestra pertenencia a la tradición romano-germánica y, en esa misma medida y por su propensión a la comparación, sirvió paradójicamente de puente para confrontar los diferentes ordenamientos latinoamericanos, sus orígenes y sus desarrollos.

4. EL TRABAJO DEL JURISTA

Colombia no fue un país en donde la inmigración italiana fuera significativa. ¿Cuáles, entonces, las razones de esa persistente penetración de la doctrina y aun de la jurisprudencia italianas? La respuesta quizá la podamos encontrar en el trabajo de los juristas. Como se dijo, fueron algunos pocos juristas y sus convicciones, los que comenzaron a leer a los autores italianos y crearon esa afinidad emotiva y cultural que después transmitieron al sistema.

El proceso partió, entonces, de un trabajo individual, si se quiere solitario, de juristas cultos que desde sus posiciones propias, principalmente en la academia, fueron dando a conocer los nombres de los autores italianos, nombres que a la postre se tornaron familiares. Mientras la doctrina francesa desde un comienzo había sido elemento para la interpretación del Código Civil, y por ende material de apoyo del abogado que recurría a ella para fundamentar su caso práctico, el derecho italiano, conocido en principio solo indirectamente por obra de aquellos juristas locales que lo citaban, no dio el salto a la práctica sino una vez y en buena medida decantado.

Eso definió el carácter de la presencia del derecho italiano, que tuvo en su origen y conserva una marcada vocación universitaria, con todo lo que ello comporta, un estudio pausado, ajeno a los afanes de la práctica, un elemento de apoyo en la didáctica, y, en fin y sobre todo, una fuerte influencia en la fuente doctrinaria nacional.

5. LAS AFINIDADES ELECTIVAS

Habiendo sido una influencia de jurista a jurista y de ahí al ordenamiento, de por medio hubo una cuestión de estilo. No resulta fácil definir el estilo jurídico de un determinado derecho, pero se podría decir que “resulta, en efecto, más sencillo reconocer los elementos que determinan el estilo de un ordenamiento jurídico extranjero, que del propio”¹³; ¿qué aspectos resultaron atractivos al jurista colombiano?, ¿las convicciones, los valores, los modos de la práctica que inspiran el derecho civil italiano? Quizá se podría decir, si se piensa en el derecho privado, y más allá de la paradoja, que el momento definitivo para la identificación de un estilo que sirvió de enlace

13 K. ZWEIGERT y H. KÖTZ, *Introduzione al Diritto Comparato*, I, Milano, 1998, p. 84.

para la recepción lo dio el texto constitucional italiano de 1948: el papel de la República de “remover los obstáculos (...) que al limitar de hecho la libertad y la igualdad (...) impiden el pleno desarrollo de la persona humana”, como lo establece de forma simple y definitiva el artículo 3, y luego, la solidaridad (ya presente en el *codice civile*), la dignidad, los derechos de la personalidad, que definen una forma de concebir la sociedad, el derecho y el Estado, y pasan a convertirse en elementos fundamentales del derecho privado moderno¹⁴.

Si el estilo procede de la ideología no hay necesidad de buscar en otro lado las que podríamos llamar las ‘afinidades electivas’; un derecho que influye, que se recibe, debe ser compatible, en el contenido, en su ser, sin duda, pero también en el estilo, en su forma de ser, en su modo de ver el mundo. Además, la identidad de estilos evita preguntarse sobre si lo que llega es realmente lo que se necesita (cuestión pregnante cuando se piensa en el influjo del *common law*), pues tal cuestión está definida previamente en el momento de determinar la afinidad.

Gracias entonces a esta plataforma ideológica y científica común, y a la reafirmación de la ascendencia romanista¹⁵, se ha logrado esa sintonía con el derecho italiano; su carácter social, la promoción de los derechos de la personalidad, la fe en el derecho como instrumento, y no como fin en sí mismo, para lograr una sociedad mejor; tales convicciones crearon esa *simpatía*, en el sentido filosófico del término, que se transformó en lazos y en afán de emulación.

6. TEMAS Y PERSONAJES

En cuanto a temas y personajes y dentro de este marco, se puede decir en concreto que en la primera mitad del siglo XX ya se conocía alguna doctrina italiana que se revelaría influyente: vale citar, además de la doctrina clásica del derecho penal aun anterior y que modeló la materia, la influencia de la doctrina procesalista que por obra de F. CARNELUTTI marcó los pocos pero muy influyentes y aún vigentes tratados y manuales de la teoría general del proceso y del derecho procesal civil en Colombia. Esa influencia del derecho procesal vendría a quedar plasmada en algunas figuras (ejemplo notable, el de

¹⁴ Cfr. por ejemplo, C.M. BIANCA, *Il contratto*, Milano, 2000, p. 32 ss.

¹⁵ HINESTROSA, *Proyección del derecho italiano de los contratos en el derecho colombiano*, cit., p. 10.

la intervención de los terceros en el proceso) del Código de Procedimiento Civil colombiano de 1971.

La doctrina civilista, sin duda la más significativa y con un influjo mayor en el ordenamiento colombiano, llegó en los años cincuenta, como se señaló atrás, con MESSINEO, CALASSO, COVIELLO, CANDIAN, STOLFI, BETTI, CARIOTA-FERRARA, SCOGNAMIGLIO. Así, la teoría del negocio jurídico, lejana de las predilecciones de nuestra formación francesa, empezó a abrirse paso hasta convertirse en motivo de estudio y poner en discusión las teorías voluntaristas sobre el contrato que tardaban en superarse.

En 1971, redactado por una comisión, se expidió un nuevo Código de Comercio, código que en su libro cuarto dedicado a los contratos sigue el modelo italiano, en algunos casos con transcripción literal de artículos, en otros con una redacción distinta pero adoptando la idea, y en muchos haciendo caso omiso de las críticas que algunos de esos artículos ya habían suscitado en la misma doctrina italiana, en una ocasión perdida de corregirlos, cosa que es bastante dicente.

Esa actualización técnica, y por qué no social, que significó el *codice civile* de 1942 en la tradición del derecho continental, y que se introdujo en el derecho colombiano por vía legislativa, supuso una verdadera renovación de la materia contractual al introducir temas hasta entonces ajenos a la tradición heredada del Código Civil de ANDRÉS BELLO: cuestiones como la etapa de formación del contrato, la responsabilidad precontractual, la revisión por excesiva onerosidad, la interpretación del contrato, la representación, por citar solo algunas, comenzaron a estudiarse sin más.

Fue así como el interés por la doctrina italiana creció y la manualística sobre las obligaciones y los contratos fue llegando poco a poco hasta llegar a ser conocida, si bien no masivamente, sí de manera importante; entre ellos y a riesgo de olvidar involuntariamente alguno, TRABUCCHI, NATOLI, BIGLIAZZIGERI, RESCIGNO, OPPO, RODOTÀ, LIPARI, TRIMARCHI, GALGANO, BUSNELLI, BRECCIA, BIANCA, SACCO, IRTI, DI MAJO, ALPA, ROPPO, BATISTA FERRI, a los que se suman una gran cantidad de autores de monografías, presentes en las bibliotecas y consultados principalmente con ánimo de investigación.

Mención especial para la difusión del derecho italiano en América Latina le cabe al Centro di Studi Giuridici Latinoamericani della Università di Roma “Tor Vergata”, que con el trabajo de SANDRO SCHIPANI, quien se unió al esfuerzo que ya había emprendido PIERANGELO CATALANO, ha servido de verdadero lazo de unión permanente entre los juristas, jóvenes y mayores,

de Italia y de América Latina. Desde allí se ha impulsado el conocimiento del derecho romano común, lo que ha permitido estudiar y profundizar en las semejanzas, las influencias, las diferencias del derecho en estas dos partes del mundo.

Así pues, en materia de obligaciones y contratos la doctrina italiana se difundió entre los estudiosos y de ahí entró lentamente en la jurisprudencia, en alguna jurisprudencia, la más atenta, que usa citar abundante doctrina para soportar sus fallos. A manera de ejemplo y como dato puramente estadístico, en la casación civil, en los últimos diez años, hay cerca de 50 sentencias en que se cita al menos un autor italiano.

Pero también en lo que hace a la responsabilidad civil la influencia ha sido importante y quizá más concreta. La Corte Suprema ya en 1968 hablaba del daño a la vida de relación, enmarcado dentro de un genérico daño a la persona y a los bienes de la personalidad¹⁶, con inspiración del libro sobre el daño moral de R. SCOGNAMIGLIO traducido en Colombia y el del daño de A. DE CUPIS de traducción española; de ahí a poco, en 1971, en un decreto que regularía lo relativo al estado civil de las personas, se consagró la posibilidad de pedir tutela aquiliana por los daños causados a los bienes de la personalidad.

Sin embargo solo sería en los años noventa cuando el tema se retomaría; en el entretanto se difundieron los trabajos que de Génova a Pisa trazaron la línea del daño a la salud: se conoció, en la academia, la discusión que llevó a la consagración del daño biológico, la aparición del daño existencial, la forma de liquidación de los perjuicios por medio de las tablas de la jurisprudencia y, en general, el debate, aún abierto, sobre la reparación de los daños a la persona. Todo este debate, con nombre propio, fue recogido por el Consejo de Estado colombiano desde el año 1993^[17] en un movimiento pendular que todavía no ve su punto final. Se ha llegado a afirmar el daño a la salud, según el ejemplo italiano, en sentencias recientes de 2011, sin que hasta ahora esa posición logre consenso¹⁸. Como sea, la discusión, con los matices propios y específicos naturales, sigue la huella italiana. En este recorrido también son usuales las citas de la jurisprudencia italiana, consultada directamente, pero traída por las referencias que de ella hace la doctrina.

16 Corte Suprema de Justicia. Sent. 4 de abril de 1968.

17 Consejo de Estado. Sent. 4 de mayo de 1993.

18 Cfr. por ejemplo, Consejo de Estado. Sent. 8 de octubre de 2011.

Y en fin, no se puede dejar de señalar como un dato definitivo la presencia de la doctrina italiana del derecho público en las sentencias de la Corte Constitucional colombiana en materia de principios, de valor de la Constitución dentro del ordenamiento, de garantías, en una citación que se ha vuelto recurrente y que tiene, esta sí, un gran efecto difusor del pensamiento jurídico italiano por el peso que las sentencias de esta Corte poseen en el ámbito jurídico nacional.

CONCLUSIÓN

En conclusión, el derecho italiano llegó en la mitad del siglo XX a un ordenamiento jurídico colombiano en proceso de formación y en busca de madurez. Su llegada significó, sin duda, una gran novedad, en especial para los privatistas acostumbrados a trabajar con los moldes de la tradición francesa, y supuso también confrontarse con un estilo nuevo que fue recibido paulatinamente y sin prevenciones.

Puede decirse que el uso de la literatura iusprivatística italiana ha ido cambiando en su forma y en su razón de ser: lo que fue una simple forma de llenar las lagunas, los vacíos de la propia tradición, hoy es un instrumento fundamental para fortalecer el sistema, pero no para completarlo. Las obras traducidas son vistas ahora con ojo crítico, y si bien enriquecen y profundizan el debate, no lo condicionan. Esta literatura se lee en los términos que lo permita el estado de nuestra ciencia jurídica, sin que eso comporte la necesidad de hacer una lectura *dialettale*¹⁹.

Así como los varios trabajos de unificación del derecho que se adelantan, no solo en Europa, comportan un necesario proceso de mejoramiento del derecho, todo fenómeno de recepción debe conllevar una consecuencia igual²⁰; la recepción del derecho italiano en Colombia ha sido una recepción querida, e incluso se podría decir que meditada en su origen, si se recuerda su carácter docto; esto es, el tránsito que hizo a través de juristas conocedores de la historia y la cultura italianas y, por supuesto, de su tradición jurídica. Y a diferencia de las obras francesas que llegaron directamente, las más de las veces traducidas (en parte también como negocio de librerías), la doctrina

19 La expresión es de R. SACCO. Sobre la traducción jurídica cfr. R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, cit., p. 27 ss.

20 S. RODOTÀ, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, ESI, Napoli, 2007, p. 32.