REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)



Artículo: La buena fe como principio general del derecho. Particular análisis de sus implicancias en el subsistema latinoamericano
Revista: Nº229-230, año LXXIX (En-Dic, 2011)
Autor: Javier Humberto Facco

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

REVISTA DE DERECHO 229-230: 51-68, 2011 ISSN 0303-9986

LA BUENA FE COMO PRINCIPIO GENERAL DEL DERECHO. PARTICULAR ANÁLISIS DE SUS IMPLICANCIAS EN EL SUBSISTEMA LATINOAMERICANO

JAVIER HUMBERTO FACCO
Profesor de Derecho Civil
Universidad Nacional de Rosario

1. ACEPCIONES DEL TÉRMINO PRINCIPIO: DIMENSIÓN DIACRÓNICA-TEMPORAL Y SINCRÓNICA-ESTRUCTURAL

En la antigüedad –enseña el profesor Schipani– es Cicerón quien utiliza por primera vez la expresión "principios del derecho", y los encuentra en la "recta razón insita en la naturaleza", concibiéndolos como "fundamentos del derecho" (*De legibus* 1, 6, 18[1]; 1, 10, 28[2]). Por su

[1] Cicero, *De legibus* 1, 6, 18. *Qvintvs. Alte uero et, ut oportet, a capite, frater, repetis quod quaerimus, et qui aliter ius ciuile tradunt, non tam iustitiae quam litigandi tradunt uias. Marcvs.- Non ita est, Quinte, ac potius ignoratio iuris litigiosa est quam scientia. Sed hoc posterius: nunc iuris principia uideamus. Igitur doctissimis uiris profficiisci placuit a lege, haud scio an recte, si modo, ut idem definiunt, lex est ratio summa, insita in natura, quae iubet ea quae facienda sunt, prohibetque contraria. Eadem ratio, cum est in hominis mente confirmata et perfecta, lex est.* [Quinto. A sus más profundas fuentes, como debe ser, vas a buscar, querido hermano, la respuesta a nuestras cuestiones. Quienes utilizan otro método para la enseñanza del derecho civil, enseñan no tanto el camino de la justicia como el del litigio. Marco. No es así, Quinto. Más bien es la ignorancia del derecho la que gusta de litigar y no su conocimiento. Pero de esto hablaremos más tarde; ahora veamos los principios del derecho. Pareció bien a los más sabios de los hombres comenzar por la ley; no sé si con razón; depende de si, como ellos mismos definen, la ley consiste en la razón suprema, grabada en nuestra naturaleza, que nos ordena qué es lo que debe hacerse y prohíbe sus contrarios. Esa misma razón cuando está firmemente desarrollada en el alma del hombre constituye la ley].

[2] Cicero, *De legibus* 1, 10, 28. *Atticvs. Di immortales, quam tu longe iuris principia repetis! atque ita ut ego non modo ad illa non properem, quae exspectabam a te de iure ciuili, sed facile patiar te hunc diem uel totum in isto sermone consumere. Sunt enim haec maiora, quae aliorum causa fortasse*

Artículo: La buena fe como principio general del derecho. Particular análisis de sus implicancias en el subsistema latinoamericano
Revista: Nº229-230, año LXXIX (En-Dic, 2011)
Autor: Javier Humberto Facco

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

parte, el jurista Gayo afirma que de cada cosa "el principio es la parte más autosuficiente [potissima pars] de todas las otras" (D. 1,2,1[3]). Más tarde, en la Edad Media, el jurista Azón se referirá a las Instituciones de Justiniano como "Principios y elementos del derecho"[4].

Desde el punto de vista de su etimología inmediata, es decir su última procedencia, el vocablo 'principio' proviene del latín *principium*, y éste a su vez –indagando su etimología primitiva, o sea el origen racional y natural de la voz– deriva del griego *arché*. Como puede apreciarse, al igual que otras tantas nociones que en el ámbito jurídico convocaron el interés de los juristas y literatos romanos por haberlas heredado del pensamiento helénico, se trata de un concepto que está en la raíz misma de las reflexiones de los primeros filósofos presocráticos, quienes como es sabido centraron su atención en la búsqueda de aquellos elementos de los que se componen todas las cosas, o sea en la determinación de la causa originaria o esencia última de las mismas[5].

conplecteris, quam ipsa illa, quorum haec causa praeparantur. Marcvs. Sunt haec quidem magna, quae nunc breuiter attinguntur. Sed omnium quae in hominum doctorum disputatione uersantur, nihil est profecto praestabilius, quam plane intellegi, nos ad iustitiam esse natos, neque opinione sed natura constitutum esse ius. Id iam patebit, si hominum inter ipsos societatem coniunctionemque perspexeris. [Atico. ¡Dioses inmortales! ¡Qué lejos vas tú a buscar los fundamentos del derecho! Así es que no sólo no voy a sentirme impaciente por lo que esperaba saber de ti sobre el derecho civil, sino que con gusto aguantaré incluso que consumas todo el día hablando sobre este tema; pues tiene mayor importancia los que has abordado casualmente y a raíz de los otros que incluso ese para el que estos otros sirven de introducción].

[3] D. 1, 2, 1 *Gaius libro* I. *ad legem* XII. *Tabularum. Facturus legum vetustarum interpretationem necessario prius ab urbis initiis repetendum existimavi, non quia velim verbosos commentarios facere, sed quod in omnibus rebus animadverto id perfectum esse, quod ex omnibus suis partibus constaret. Et certe cuiusque rei potissima pars principium est. Deinde, si in foro causas dicentibus nefas, ut ita dixerim, videtur esse, nulla praefatione facta iudici rem exponere, quanto magis interpretationem promittentibus inconveniens erit, omissis initiis atque origine non repetita atque illotis, ut ita dixerim, manibus protinus materiam interpretationis tractare? Namque nisi fallor, istae praefationes et libentius nos ad lectionem propositae materiae producunt, et quum ibi venerimus, evidentiorem praestant intellectum.* [Habiendo de interpretar las leyes antiguas, he juzgado necesario remontarme antes a los principios de Roma, no porque pretenda escribir dilatados comentarios, sino porque considero que en todas las cosas es perfecto lo que consta de todas sus partes. Y en verdad, el principio es la parte más principal de cualquier cosa. Además, si parece que no es lícito, por decirlo así, a los que en el foro defienden causas exponer al juez el asunto sin haber hecho ningún exordio, ¿cuánto más inconveniente será para los que prometen una interpretación, tratar desde luego la materia de la interpretación, omitiendo los comienzos, sin hacer mención del origen, y, por así decirlo, sin haberse lavado las manos? Porque, si no me engaño, estos prefacios nos llevan con más gusto a la lectura de la materia propuesta, y cuando a ella llegamos, facilitan su más clara inteligencia].

[4] En la *Suma Codicis* de Azón se llama la atención en torno a los *Principia et Radices* [principios y raíces] en cuanto constituyen el *fundamentum* [fundamento] de toda ciencia. Cfr. F. Calasso, *Medioevo del diritto*, I, Milán, 1954, Giuffrè, p. 568.

[5] Así pues los presocráticos concebían el *arché* como: a) principio temporal, es decir como realidad

Artículo: La buena fe como principio general del derecho. Particular análisis de sus implicancias en el subsistema latinoamericano
Revista: Nº229-230, año LXXIX (En-Dic, 2011)
Autor: Javier Humberto Facco

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

En concordancia con los trazos delineados por la filosofía griega, Schipani ha precisado que el significado del término *principium* se desarrolla en dos direcciones: a) por un lado como "inicio en sentido fuerte" u "origen" que orienta y guía aquello que continua en el tiempo y en el espacio, y antes de lo cual no hay nada; b) y, por otro lado, como "elemento primario de una estructura"[6]. La primera de las acepciones corresponde a la dimensión diacrónica, es decir al orden del tiempo (como equivalente a 'primero'), mientras que la segunda concierne a la dimensión sincrónica, esto es a la índole constitutiva o estructural del vocablo (con un significado análogo a 'principal')[7]. Ambos significados, tal como será examinado en el parágrafo que sigue, han tenido una especial ascendencia en la elaboración de la categoría jurídica de los principios generales del derecho.

2. VIRTUALIDAD DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO EN ORDEN A LA UNIDAD Y CONTINUIDAD DEL SISTEMA JURÍDICO ROMANISTA

La síntesis de ambas acepciones permite colocar a los principios generales en un sitial de preferencia, como criterios informadores del derecho

situada en el principio de los tiempos, a partir de la cual se generó todo lo existente; b) componente constitutivo último de lo real, en tanto elemento que se encuentra en todas las cosas, por tanto común a todas ellas; decimos de carácter constitutivo y "último" por cuanto no se constata en la "superficie" de las cosas, en lo visible o susceptible de ser experimentado a nivel sensorial; c) elemento que determina el ser propio de cada ente, pues las características y procesos a los que está sometido todo objeto están determinadas por el principio del cual está compuesto. Así, por ejemplo Tales de Mileto, consideraba que el agua era el principio de todas las cosas, existiendo un solo substrato material para todos los entes pertenecientes al mundo físico. Luego, Anaximandro, identificará el *arché* con el *ápeiron*, es decir con lo 'indeterminado' proponiendo una relación de neutralización entre los cuatro 'elementos' fundamentales (agua, fuego, aire, tierra). Anaxímenes, elabora una síntesis entre los dos pensadores anteriores, estableciendo que el aire es el principio (*arché*) material de todas las cosas que hereda la propiedad del *ápeiron*, y constituye el alma del mundo.

[6] Cfr. S. Schipani, "I Principi di Unidroit e il diritto romano", *(Alcune annotazioni su favor debitoris e asimmetrie del commercio internazionale)*, en AA.VV., *Studi in onore di Pietro Rescigno, I (Teoria generale e storia del diritto)*, Milán, 1998, Giuffrè, p. 761 ss; Id., Los principios de Unidroit y el Derecho romano (algunas anotaciones sobre el favor debitoris y las asimetrías del comercio internacional), traducción de J. H. Facco, en AA.VV., bajo la coordinación de D. F. Esborraz, *Sistema jurídico latinoamericano y derecho de los contratos*, México, 2006, Porrúa, p. 205 ss.

[7] S. Schipani, *La codificazione del Diritto Romano Comune*, Turín, 1999, Giappichelli, p. 85 ss., quien profundiza sobre el punto en los siguientes términos: "Con riferimento al significato di principium, in un recente studio sono state enucleate tre direttrice": tale termine tenderebbe a designare rispettivamente: -l'inizio, cioè la parte temporalmente più remota; -l'origine, qui da intendersi come "l'inizio in senso forte" ovverosia tale da governare il seguito del processo; -l'elemento, ovverosia il componente costitutivo. I primi due sensi appaiono collocati sull'asse del tempo; il terzo invece è sull'asse della struttura. Vale a dire: i primi due significati attengono alla diacronia mentre il terzo attiene alla sincronia.

Artículo: La buena fe como principio general del derecho. Particular análisis de sus implicancias en el subsistema latinoamericano
Revista: Nº229-230, año LXXIX (En-Dic, 2011)
Autor: Javier Humberto Facco

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

privado, integradores de las lagunas legislativas o contractuales y rectores de la actividad de los magistrados[8]. La noción de principio de tal modo concebida hace posible la construcción de un sistema caracterizado por las notas de unidad-coherencia y apertura-ductilidad[9].

Es oportuno recordar sumariamente que en la doctrina se han propuesto dos concepciones radicalmente distintas en torno a qué debe entenderse por "principios generales del derecho". Por un lado, para la dirección positivista (estatal-legalista) se trataría de normas obtenidas mediante un proceso lógico inductivo de generalización y decantación de las leyes. Serán entonces "principios científicos" o "principios sistemáticos" que resultan por vía de sucesivas abstracciones del conjunto de las normas particulares. En cambio, según la dirección iusnaturalista (con sus diversas variantes y matices), los principios generales del derecho equivalen a las normas del derecho natural, y éstas, a su vez, pueden ser consideradas como "razón natural", "naturaleza de las cosas" o "verdades objetivamente derivadas de la ley divina", que no han encontrado formalización ni su validez depende de la sanción estatal[10].

[8] A este respecto F. Hinestrosa, "De los principios generales del derecho a los principios generales del contrato", en AA.VV., *Sistema jurídico latinoamericano y derecho de los contratos*, bajo la coordinación de D. F. Esborraz, México, 2006, Porrúa, p. 190, hace mención a la "variedad de funciones que cumplen los principios", relevando las siguientes: a) integradora, por cuanto sirven para colmar las lagunas del ordenamiento normativo; b) interpretativa, pues ofrecen al juez un instrumento para la subsunción de los supuestos fácticos en un enunciado amplio; c) productora, dado que promueven valores sobre los cuales se asienta todo el ordenamiento. En el mismo sentido cfr. G. Alpa, *I principi generali, en Tratatto di diritto privato*, bajo el cuidado de G. Iudica y P. Zatti, Milán, Giuffrè, 1993, p. 13.

[9] El empleo que efectuamos de los dos binomios para calificar la noción de 'sistema' es deliberado. Así, pues, por un lado la 'unidad-coherencia' del sistema significa que las diversidades de los ordenamientos que lo componen pueden integrarse armónicamente en una unidad superior; y ello, a su vez, sin que signifique la presencia de contradicciones internas insalvables, por cuanto la posibilidad de remitirse a un mismo y común sistema de referencia permite superar los eventuales desacoples entre los ordenamientos. Por otro lado, la 'apertura-ductilidad' alude al carácter permeable y dinámico del sistema que le consiente de entablar una comunicación con otros sistemas y también de adaptarse a los cambios y a las variables circunstancias que el devenir del tiempo conlleva.

[10] Cfr. J. Mosset Iturraspe – M. A. Piedecasas, *Contratos. Aspectos generales,* Santa Fe, 2002, Rubinzal Culzoni, p. 258. Sobre el punto resultan de interés las agudas observaciones de F. Hinestrosa, "De los principios generales del derecho", cit., p. 187 s., cuando se pregunta dónde se encuentran los principios e intenta dar respuesta al interrogante –siguiendo a Betti– afirmando que los mismos se infieren de la relación social y de la experiencia jurídica, y que el intérprete los extrae de la conciencia social mediante un proceso de abstracción y generalización. Coincidimos con la argumentación del autor cuando asevera que aunque algunos de estos principios se encuentren explícitos en la legislación, no por ello se puede sostener que su individualización sea reducible a una simple extensión de aquellos enunciados, toda vez que otros tantos igualmente pueden tener una vigencia implícita como resultado del trabajo del intérprete dirigido a recoger –más allá de los dictados del legislador– las orientaciones y las líneas de tendencia del ordenamiento.

Artículo: La buena fe como principio general del derecho. Particular análisis de sus implicancias en el subsistema latinoamericano
Revista: Nº229-230, año LXXIX (En-Dic, 2011)
Autor: Javier Humberto Facco

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Por nuestra parte, desde la perspectiva que reseñamos en el parágrafo anterior según la cual se le reconocen dos acepciones fundamentales a la locución *principium* (diacrónica-temporal y sincrónica-estructural), coincidimos con quienes afirman que el concepto técnico de "principios generales del derecho" asume el significado de elementos constitutivos de una realidad configurada por el sistema jurídico romanista el cual, entonces, resulta identificado con una estructura que comprende asimismo la dimensión del tiempo –o sea, el sentido del origen– a su vez fundante de todo el devenir. En efecto, los principios generales del derecho se encuentran 'esencialmente' plasmados en el *Corpus Iuris Civilis*, es decir en el sistema por él codificado y, además, en las obras maduradas a partir del mismo que han permitido desarrollarlo[11]. Ello no obsta a que ciertos principios –como por ejemplo el de 'razonabilidad'– reconozcan un origen inmediato diverso al plexo de fuentes que configuran el Sistema jurídico romanista[12].

Entre las virtudes más relevantes que pueden asignársele a esta perspectiva 'principial', tenemos que de tales postulados emana el criterio de integración de las lagunas de los códigos y del resto de la legislación, y de su interpretación en conjunto. Asimismo, allí pueden encontrarse las coordenadas del sistema de derecho común a las cuales acudir para subvenir a las necesidades que resultan de los procesos de integración europea y latinoamericana[13]. Con todo ello viene confirmada la relación de los

[11] Cfr. S. Schipani, "Los principios de Unidroit y el Derecho romano", cit., p. 206, para quien la remisión a los principios generales del derecho que realizan los códigos modernos importa la referencia a los "elementos primarios del derecho romano y a sus desarrollos", al "Derecho romano en sus elementos estructurales y constitutivos del Sistema", expresándose de esta manera la 'permanencia' del Sistema del derecho romano en común en los actuales ordenamientos normativos .

[12] En efecto, el principio de 'razonabilidad' ha sido acuñado en el *common law*, para luego ser reconocido expresamente en algunos proyectos de unificación y armonización legislativa (cfr. art. 1:302 Proyecto de la comisión Lando), y finalmente terminó siendo receptado, a nivel legislativo o jurisprudencial al menos, por algunos derechos que pertenecen a la familia del derecho romano continental.

[13] Sobre el reconocimiento de la existencia de un particular subsistema jurídico latinoamericano como parte integrante del más amplio y general sistema del derecho romano común, y el importante papel que para la reconstrucción unitaria e identificación del mismo juega el reenvío a los "principios generales", puede verse S. Schipani, "Armonización y unificación del derecho: Derecho común en materia de obligaciones y contratos en América Latina", traducción de M. Cruz Martínez, en AA.VV., bajo la coordinación de J. Adame Goddard, *Derecho Privado. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, México, 2005, UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 680 s.: "El reconocimiento de la existencia del sistema latinoamericano no sólo hace pertinente, sino que impone hasta un método de interpretación sistemático en sentido pleno; esto es, conmensurable con la existencia del sistema latinoamericano, en su completa dimensión y estructura, sin restringirlo o limitarlo a los ordenamientos singulares de las diversas repúblicas, que aunque concurren a producirlo, y ponen a disposición los aparatos que realizan tal aplicación. Esto

Artículo: La buena fe como principio general del derecho. Particular análisis de sus implicancias en el subsistema latinoamericano
Revista: Nº229-230, año LXXIX (En-Dic, 2011)
Autor: Javier Humberto Facco

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

códigos modernos con el derecho romano instituido por Justiniano en sus cuerpos normativos y sus desarrollos posteriores, poniéndose de realce el reconocimiento de la identidad y continuidad del sistema a nivel legislativo[14].

En igual sentido –sobre la virtud que tienen los principios generales para asegurar la continuidad del sistema– en nuestra doctrina latinoamericana se ha dicho que los mismos "[...] vienen a ser como la bocanada de aire que requiere el sistema para poder conservar su validez y vigencia; hacen posible la flexibilización de este último. Hay una relación de interdependencia entre las normas y los principios generales: éstos intervienen en la creación de aquéllas (las normas son un reflejo de lo que es y lo que debe ser una sociedad, y para ello debe recogerla) y, luego, se debe acudir a ellos a fin de interpretarlas. Esta relación entre el principio general y el caso concreto no debe considerarse simplistamente como la subordinación lógica de lo particular a lo general. Es como un circuito de retroalimentación inductivo-deductivo"[15].

3. *EL CARÁCTER DE PRINCIPIUM DE LA BUENA FE: SIGNIFICACIÓN TEMPORAL Y ESTRUCTURAL*

Desde el punto de vista diacrónico, se constata la presencia de la *fides* ya desde el *principium* de los tiempos[16]. Así lo advierte Cicerón (*De Officiis*

impone en modo complementario un trabajo de reconstrucción de sus principios generales; por un lado en un cuadro de coherencia con el sistema general del derecho romano; por otro lado, receptivo a las especificidades a él propias, y que pueden convertirse del mismo modo en una contribución al sistema general".

[14] S. Schipani, "La codificazione del Diritto Romano Comune", cit., p. 117.

[15] R. Jiménez Vargas-Machuca, "La unidad del principio general de la buena fe y su trascendencia en el derecho moderno", en AA.VV., *Contratación Privada. Contratos predispuestos. Contratos conexos. Código Europeo de contratos*, Lima, 2002, Jurista Editores, p. 75.

[16] El primer testimonio que le atribuyó cierta valencia técnica a la *fides* en las instituciones jurídicas romanas está contenido en una antigua norma de las XII Tablas (8,21: Serv. ad. Aen. 6,609), según la cual: *patronus si clienti fraudem fecerit, sacer esto*. Como se advierte en la norma no figura el vocablo *fides* [fe, confianza], sino la palabra *fraus* [fraude] que expresa el disvalor polarmente opuesto al valor que representa la *fides*, el cual como es sabido constituye el núcleo normativo de la institución de la clientela. Si bien la tradición recogida por Diógenes de Alicarnaso (2,10) atribuye esta norma al mismo fundador de la ciudad, con lo cual sería tan antigua como la institución de la clientela y, por lo tanto, verosímilmente puede afirmarse que sería más antigua inclusive que la propia ciudad (civitas), en tanto ordenamiento unitario y centralizado. Cfr. P. Frezza, *Fides bona. Studi sulla buona fede*, en Scritti, III, bajo el cuidado de F. Amarelli y E. Germino, Roma, 2000, Pontificia Universitas Lateranensis, Mursia, p. 3. Otro documento de edad arcaica, en cuya virtud la *fides* constituye el fundamento de una obligación surgida –según la terminología moderna– ya no de un contrato de derecho privado sino de un contrato internacional, está dado por el primer tratado celebrado entre

Artículo: La buena fe como principio general del derecho. Particular análisis de sus implicancias en el subsistema latinoamericano
Revista: Nº229-230, año LXXIX (En-Dic, 2011)
Autor: Javier Humberto Facco

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

1, 7, 23[17]) cuando enseña que la noción de justicia en el orden contractual se funda en la *fides* (*fundamentum est iustitiae 'fides'*), articulándose este aserto con la concepción del derecho –según la universalmente aceptada definición celsiana[18]– como el arte de lo bueno y de lo justo (*ius est ars boni et aequi*, cfr. D. 1, 1, 1 pr.[19]; D. 1, 1, 11[20]).

La perspectiva sincrónica-estructural también permite visualizar a la *bona fides* en su segunda acepción, esto es como 'elemento fundante del sistema'. En efecto, a partir de la superación de la clásica distinción entre

Roma y Cartago, del cual Polibio nos aporta precisas noticias sobre su contenido (3,22,9). Por este tratado, cada una de las partes contrayentes promete en base a la propia fe (fe pública: o sea la fe que liga la colectividad al respeto de las convenciones libremente estipuladas) la asistencia del ciudadano de la otra parte, para la protección de intereses derivados de negocios de derecho privado. Cfr. P. Frezza, *Fides bona. Studi sulla buona fede*, cit., p. 4.

[17] Cicero, *De Officiis* 1, 7, 23. *Fundamentum autem est iustitiae fides, id est dictorum conventorumque constantia et veritas. Ex quo, quamquam hoc videbitur fortasse cuipiam durius, tamen audeamus imitari Stoicos, qui studiose exquirunt, unde verba sint ducta, credamusque, quia fiat, quod dictum est appellatam fidem.* [El fundamento de la justicia es la fidelidad, es decir, la sinceridad de las promesas y de los convenios y su pura observancia. Por lo cual me siento inclinado a creer con los estoicos, que tanta diligencia ponen en la derivación de las palabras, que *fides* se deriva de fit ("se cumple, se hace")].

[18] Sobre los alcances de la definición celsiana de Derecho recordada por Ulpiano puede consultarse S. Riccobono, "La definizione del ius al tempo di Adriano", en Bulletino dell'Istituto di Diritto romano "Vittorio Scialoja", Nuova Serie, vol. XII-XIII, vol. LIII-LIV de la colección, Milán, 1948, Giuffrè, p. 5 ss.; y F. Gallo, "Sulla definizione celsiana di Diritto", en *Studia et documenta historiae et iuris*, 53, Roma, 1987, Pontificia Universitas Lateranensis, p. 7 ss.

[19] D. 1, 1, 1 pr. Ulpianus libro I. *Institutionum. Iuri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat. Est autem a iustitia appellatum; nam, ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi.* [Conviene que el que haya de estudiar el derecho, conozca primero de donde proviene la palabra *ius* (derecho). Llamase así de iustitia (justicia); porque según lo define elegantemente Celso es el arte de lo bueno y equitativo]

[20] D. 1, 1, 11 Paulus libro XIV. ad Sabinum. *Ius pluribus modis dicitur. Uno modo, quum id, quod semper aequum ac bonum est, ius dicitur, ut est ius naturale; altero modo, quod omnibus aut pluribus in quaque civitate utile est, ut est ius civile; nec minus ius recte appellatur in civitate nostra ius honorarium. Praetor quoque ius reddere dicitur, etiam quum inique decernit, relatione scilicet facta non ad id, quod ita Praetor fecit, sed ad illud quod Praetorem facere convenit. Alia significatione ius dicitur locus, in quo ius redditur, appellatione collata ab eo, quod fit, in eo, ubi fit; quem locum determinare hoc modo possumus: ubicunque Praetor salva maiestate imperii sui salvoque more maiorum ius dicere constituit, is locus recte ius appellatur.* [Dícese derecho en varias acepciones. En una, cuando se llama derecho, lo que es siempre equitativo y bueno, como es el derecho natural; en otra, lo que en cada ciudad es útil para todos o los más, cual es el derecho civil; y no menos rectamente se llama derecho en nuestra ciudad el derecho honorario. Dícese también que el pretor administra derecho, aun cuando decide injustamente, atendiéndose, por supuesto, no a lo que de tal manera hizo el pretor, sino a lo que convino que el pretor hiciera. En otra significación, llámase derecho al lugar en que se administra el derecho, aplicando el nombre de lo que se hace al lugar donde se hace; cuyo lugar podemos determinar de este modo: donde quiera que el Pretor, salva la majestad de su jurisdicción y salva la costumbre de los mayores, determina pronunciar derecho, este lugar se llama con razón *ius* (derecho)].

Artículo: La buena fe como principio general del derecho. Particular análisis de sus implicancias en el subsistema latinoamericano
Revista: Nº229-230, año LXXIX (En-Dic, 2011)
Autor: Javier Humberto Facco

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

negocios de buena fe y de estricto derecho, la *bona fides* pasó a ser una cualidad intrínseca de todo género de negocios[21].

Con tales alcances cabe reconocer a la buena fe como un "[...] verdadero trasfondo del derecho, un principio básico del mismo, que debe admitirse y reconocerse como supuesto de todo el ordenamiento jurídico"[22]; en otras palabras, es un principio cumbre del cual se derivan las demás disposiciones que rigen la materia de los contratos[23]. Nótese, sin embargo, que en tal carácter de principio rector, la buena fe informa no sólo al derecho privado patrimonial, sino que ilumina a la totalidad del sistema de derecho aflorando en múltiples y diferentes normas, en las cuales muchas veces el legislador se ve precisado a aludirla en forma intergiversable y expresa[24]. Por lo demás, la función integradora de la buena fe sirve para colmar el ordenamiento donde presenta lagunas e hipótesis no previstas que desmienten el carácter de completo del sistema jurídico[25].

[21] Ya con Justiniano en el Sistema de derecho romano común plasmado en el Corpus *iuris civilis* se aprecia una generalización del principio de buena fe objetiva. Cfr. S. Schipani, "Los principios de Unidroit y el Derecho romano", cit., p. 208, nt. 12, quien propone como ejemplo de tal generalización el fragmento conservado en J. 4,6,30. En efecto, la sustitución del proceso *per formulas* por la *cognitio extra ordinem,* como única tipología de procedimiento para todas las acciones, explica lógicamente que fuera perdiendo razón de ser la distinción que otrora rigiera entre los diversos tipos de *iudicia* en base a la mayor o menor apertura que ofrecían las respectivas fórmulas. El sentido de conservar una categoría de acciones caracterizadas por el *oportere ex fide bona* contenido en la *intentio* de la fórmula era prácticamente nulo frente a la desaparición del procedimiento formulario. La amalgama de los sistemas procesales hasta entonces vigentes significó que quedaran englobadas las diversas especies de juicios (o acciones) en las acciones de buena fe, con la exclusión solamente de las acciones de estricto rigor reservadas en teoría al mutuo y a la *stipulatio* (pues en la práctica el demandado podía hacer valer la *exceptio doli* inclusive en estos procesos, según puede inferirse del citado texto contenido en J. 4,6,30). Cfr. además B. Brugi, *Istituzioni di Diritto Romano (Diritto privato Giustinianeo)*, Turín, 1926, Utet, p. 163.

[22] J. M. Gastaldi, "La buena fe en el derecho de los contratos", en AA.VV., bajo la dirección de M. M. Córdoba, T*ratado de la Buena Fe en el Derecho*, I, Buenos Aires, 2004, La Ley, p. 302 s. El autor utiliza la elocuente expresión "principios fundacionales del contrato", refiriéndose primeramente a la autonomía de la voluntad que se vería complementada con otros dos: la fuerza obligatoria del contrato (*pacta sunt servanda*) y el efecto relativo. No obstante, estos principios que son aceptados como pilares de los contratos, deben necesariamente enmarcarse en el estándar de la buena fe, que abona una concepción ética del contrato, además de la económica y jurídica que tradicionalmente se le ha reconocido (p. 303 s.).

[23] Así, se pronuncia F. Wieacker, *El principio general de la buena fe*, p. 53, para quien la buena fe "[...] es el primer y más alto principio de todo el Derecho de las obligaciones del que, en esencia, deberían derivarse todas las demás prescripciones legales".

[24] Cfr. E. E. Borga, voz Buena fe, en Enciclopedia jurídica Omeba, II, Buenos Aires, 1955, Editorial Bibliográfica Argentina, p. 404.

[25] D. Corradini, *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato*, Milán, 1979, Giuffrè, p. 385. Al respecto cabe tener presente que: "Según Carnelutti (1879-1966) los métodos para colmar

Artículo: La buena fe como principio general del derecho. Particular análisis de sus implicancias en el subsistema latinoamericano
Revista: Nº229-230, año LXXIX (En-Dic, 2011)
Autor: Javier Humberto Facco

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

De este modo es posible distinguir, por un lado, la buena fe como mero concepto técnico-jurídico que sirve para describir o delimitar un elemento de un supuesto de hecho en una multiplicidad de normas, y, por otro lado, como principio general que –en cuanto tal– engendra una norma jurídica completa y se eleva al rango de postulado general del derecho, en cuya virtud "[...] todas las personas, todos los miembros de una comunidad jurídica deben comportarse de buena fe en sus recíprocas relaciones".

Los numerosos preceptos legales que, directa o indirectamente, hacen referencia a la aplicación de este principio reflejan que es concebido como una de las ideas fundamentales que inspiran todo el régimen contractual, y su formulación amplia –en tanto ha de ser observado en los diversos estadios del ciclo vital del contrato y abarca la totalidad de sus funciones[26]– deja en claro que cada parte debe conducirse de buena fe y con lealtad negocial aun en ausencia de una norma específica que lo prescriba[27]. Por lo tanto, se ha sostenido su incontrovertible jerarquía de principio general del derecho torna superflua la referencia legal y su incorporación a los ordenamientos normativos sólo denotaría el imperio irrestricto que, en tal marco, se le atribuye como culminación de un proceso de jerarquización legislativa en el terreno del derecho comparado, al que no han escapado los sistemas dogmáticos[28].

lagunas pueden dividirse en dos grupos: 1) métodos de heterointegración, según que el órgano esté habilitado para buscar la solución fuera del orden jurídico; sobre la base de concebir el orden jurídico como un sistema de textura abierta (Hart); sea con base en el Derecho consuetudinario o costumbre; atendiendo a los méritos del caso o según las normas que el mismo establecería si fuera legislador (Código de las Obligaciones suizo); o bien, como hemos visto, atendiendo a los principios generales; y 2) métodos de autointegración, si el relleno de la laguna se logra manteniéndose dentro de los confines del ordenamiento; recurriendo a los principios generales del orden positivo o Derecho vigente, o atendiendo al argumento por analogía" (J. Mosset Iturraspe – M. A. Piedecasas, *Contratos*, cit., p. 396).

[26] Es posible articular el carácter de principio 'general' de la buena fe con su aplicación en las diversas etapas de la vida del contrato y las múltiples funciones que cumple. Así se ha dicho que pueden distinguirse dos ámbitos de extensión de la buena fe. Un primer ámbito que podemos denominar 'horizontal' y que comprende las etapas anteriores a la celebración del contrato (negociaciones precontractuales) y las fases posteriores a su terminación (efectos poscontractuales). En el segundo ámbito, el 'vertical', se observa cómo el principio de la buena fe objetiva se desarrolla y concretiza por medio de la interpretación e integración del contrato en el curso de su ejecución o cumplimiento. Cfr. H. Corral Talciani, "La aplicación jurisprudencial de la buena fe objetiva en el ordenamiento civil chileno", en AA.VV., bajo la dirección de M. M. Córdoba, *Tratado de la Buena Fe en el Derecho*, II, Buenos Aires, 2004, La Ley, p. 207 ss.

[27] Cfr. comentario § 1 al art. 1.7. de los Principios de Unidroit en *I Principi Unidroit nella pratica. Casistica e bibliografia riguardanti i Principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali*, bajo el cuidado de Michael Joachim Bonell, Milán, 2002, Giuffrè, p. 84.

[28] Cfr. A. Reyes Terra, *El principio de la buena fe en la práctica judicial civil, Montevideo*, 1969,

Artículo: La buena fe como principio general del derecho. Particular análisis de sus implicancias en el subsistema latinoamericano
Revista: Nº229-230, año LXXIX (En-Dic, 2011)
Autor: Javier Humberto Facco

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

4. PARTICULAR SIGNIFICACIÓN 'ESTRUCTURAL' DE LA BUENA FE COMO CARACTERÍSTICA PROPIA DEL SUBSISTEMA CONTRACTUAL LATINOAMERICANO

Es un dato objetivo de sencilla comprobación la influencia que ha tenido la codificación europea (en particular francesa y alemana) en Latinoamérica. No obstante, los códigos latinoamericanos presentan particularidades respecto a los del viejo continente que les confieren una identidad propia[29].

En relación a la materia que nos ocupa en esta sede[30], en la doctrina actual Esborraz ha caracterizado al contrato como acto o negocio jurídico de buena fe que obliga recíprocamente a las partes; y en ello –asevera con perspicacia este autor– estribaría otra *differentia specifica* de la institución contractual en el subsistema jurídico latinoamericano. En virtud de este principio, entonces, el contenido del contrato quedaría integrado y, por consiguiente, no sólo obligaría a las partes por lo expresamente convenido, sino también por todo aquello que 'implícitamente' deriva de la buena fe, de la equidad, de la naturaleza del contrato, de los usos y costumbres y de la ley[31].

El mismo autor ha señalado que a nivel legislativo el primer cuerpo legal latinoamericano autóctono que habría generalizado el principio de buena fe en el ámbito de las obligaciones de fuente contractual habría sido el

Fundación de Cultura Universitaria, p. 18 ss. En una posición análoga se enrola el pensamiento de F. Hinestrosa, "De los principios generales del derecho", cit., p. 188, cuando hace alusión a los principios 'implícitos' en el ordenamiento (supra nt. 10).

[29] En este sentido, colocando en su justa medida los términos de esta influencia, se ha dicho que "[...] de la Europa continental, el fenómeno de la codificación pasó a América Latina, primero bajo la guía intelectual francesa y, después, bajo la alemana. Estas influencias se ejercieron en cuanto al método y a la técnica legislativa, más que a los principios y las soluciones concretas, ya que en estos aspectos el Derecho tradicional mantuvo una presencia importante en la generalidad de los textos" (A. Levaggi, *Manual de historia del derecho argentino*, I, Buenos Aires, 1987, Depalma, p. 192).

[30] Con respecto a otros rasgos característicos más generales (apertura, universalidad, anti-individualismo, etc.) del subsistema latinoamericano, o al modo que ha adoptado de disciplinar cuestiones pertenecientes a otras ramas del derecho civil (así, como ejemplo paradigmático, la problemática del inicio de la existencia de la persona desde la concepción: el *nasciturus*) que consienten delinearlo con una fisonomía propia y diferenciarlo de los códigos europeos, remitimos –por exceder los límites del presente trabajo– con provecho a las reflexiones de P. Catalano, *Diritto e persone*, Turín, 1990, Giappichelli, pp. 114 ss., 121 ss., 208 ss.

[31] D. F. Esborraz, *Contrato y sistema en América Latina*, Buenos Aires, 2006, Rubinzal Culzoni, p. 122.

Artículo: La buena fe como principio general del derecho. Particular análisis de sus implicancias en el subsistema latinoamericano
Revista: Nº229-230, año LXXIX (En-Dic, 2011)
Autor: Javier Humberto Facco

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Proyecto de Código Civil para la República Oriental del Uruguay, redactado por Eduardo Acevedo entre los años 1847 y 1849, cuya norma pertinente reproducimos[32].

Art. 1343: "[...] Todas [las convenciones] deben ejecutarse siempre de buena fe, sea cual fuere su denominación, es decir, obligan no sólo a lo que se expresa en ellas, sino a todas las consecuencias que la equidad, el uso, o la ley atribuyen a la obligación, según su naturaleza".

Sin embargo, fuerza reconocer que más allá de este antecedente, los primeros códigos civiles que entraron en vigencia en América Latina luego del proceso de independencia –replicando el texto del Code francés– circunscribieron la esfera de acción del principio a un simple parámetro de valoración de la conducta de las partes en el momento de la ejecución de las obligaciones que reconocían su fuente principal en la convención; admitiendo marginalmente como fuentes subsidiarias a la equidad, los usos y la ley, pero sin mencionar en absoluto a la buena fe[33]. Una excepción saludable a esta tendencia representó el Código Civil chileno del año 1855, que fue el primer texto legal latinoamericano genuinamente autóctono que ha consentido la actuación de la buena fe con todos los alcances de un verdadero principio general, otorgándole una función integradora de primordial importancia, tal como lo veremos en el parágrafo siguiente.

[32] D. F. Esborraz, *Contrato y sistema*, cit., p. 123, nt. 132, quien expresa que el autor de este proyecto habría llevado la misma operación sintetizadora de hacer confluir en una misma norma los contenidos de los artículos. 1134 y 1135 del Code francés. Por lo tanto, puede reconocérsele originalidad al jurista uruguayo, atento a que la obra de Bello es posterior a su Proyecto y tampoco existen pruebas de que haya conocido y utilizado para la preparación de este último la obra de Delvincourt. Cfr. J. Peirano Facio, "El codificador Eduardo Acevedo", nota introductoria a la edición conmemorativa dispuesta por el Consejo Nacional de Gobierno del Proyecto de Código Civil para la República Oriental del Uruguay publicado en Montevideo en 1852, Montevideo, 1963, Ministerio de Instrucción Pública y Previsión Social, p. LXV.

[33] Otros códigos civiles latinoamericanos directamente optaron por preterir el principio de buena fe de sus enunciados normativos. Así, tanto el Código Civil argentino sancionado en el año 1869 y redactado por Dalmacio Vélez Sársfield como el Código Civil brasilero que elaborara Clovis Bevilaqua y se aprobara en 1916, omitieron toda referencia a la buena fe objetiva. No puede sorprender el temperamento adoptado por estos codificadores, pues fue simplemente un corolario del marcado individualismo político-económico que imperaba entonces como concepción ideológica.

Artículo: La buena fe como principio general del derecho. Particular análisis de sus implicancias en el subsistema latinoamericano
Revista: Nº229-230, año LXXIX (En-Dic, 2011)
Autor: Javier Humberto Facco

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

5. LA 'INNOVACIÓN' INTRODUCIDA POR EL CÓDIGO CIVIL CHILENO DE 1855 EN ORDEN A LA FUNCIÓN INTEGRADORA DE LA BUENA FE

En el ámbito del subsistema latinoamericano el despliegue de todo el potencial de la buena fe –que su naturaleza de principio general presupone– mediante el reconocimiento de un papel integrador, se presenta inauguralmente en el Código Civil de Chile (1855) redactado por el jurista venezolano Andrés Bello. Se ha dicho que gracias al mismo la buena fe dio en nuestro subsistema un "[...] verdadero salto de cualidad; al destacar el papel de principio general del Derecho de los contratos en su doble función de patrón de conducta y de fuente de integración del negocio contractual"[34]. Ciertamente, a partir de este momento la buena fe logró adquirir una fuerza 'jurígena' propia, desempeñando una función de principio normativo coadyuvante con la voluntad de las partes en la determinación de los efectos del contrato, que anteriormente –en virtud del escaso despliegue que le consentía el texto del Código Civil francés– no era factible preconizar[35].

La disposición respectiva se ubica bajo el capítulo de los efectos del contrato, inmediatamente después de la regla que instituye elípticamente el postulado del *pacta sunt servanda*[36]. De esta manera, en el Código Civil chileno, el valor de la voluntad de los particulares no asume el rango de un dogma ni se concibe al acuerdo con una intangibilidad absoluta; por el contrario, se atemperan las consecuencias de dicho postulado, al disponerse:

Art. 1546: "Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo 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".

[34] D. F. Esborraz, *Contrato y sistema*, cit., p. 125.

[35] A este propósito subraya la importancia del Código chileno de Andrés Bello en un doble aspecto R. Cardilli, *"Bona fides" tra storia e sistema*, Turín, 2004, Giappichelli, p. 74 s.: "Da un lato la scelta di esprimere in modo consapevole e più chiaramente del CN [Codice francese] la stretta connessione tra l'esecuzione del contratto secondo buona fede e l'esistenza di prestazioni ulteriori a quelle volute, coerenti alla natura dell'obbligazione nata dal contratto. D'altro lato, la contestualizzazione storica, nel processo di codificazione latinoamericana, della soluzione che Bello ritiene di seguire".

[36] Art. 1545: "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales".

Artículo: La buena fe como principio general del derecho. Particular análisis de sus implicancias en el subsistema latinoamericano
Revista: Nº229-230, año LXXIX (En-Dic, 2011)
Autor: Javier Humberto Facco

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Es factible advertir cómo el ordenamiento civil chileno innova sustancialmente en la materia[37], ya que, aunque no efectúa una expresa mención a la función integradora de la buena fe, presenta una característica diferencial respecto al precedente del Code francés, cuyas normas (arts. 1134 ap. 3 y 1135) sólo habrían servido de inspiración al codificador chileno, el cual modificó su estructura lógica con implicancias de suma relevancia desde el punto de vista jurídico[38].

En efecto, el art. 1546 unifica las normas del Code, conjugándolas en una relación de dependencia (o de derivación consecuencial) mediante la expresión "y por consiguiente", pudiendo así deducirse de la buena fe la necesidad de integrar el contrato –más allá de lo expresamente pactado– con todo aquello que emana de la naturaleza de la obligación, de la ley o de la

[37] En este aspecto la obra de Bello le confiere al subsistema jurídico latinoamericano una peculiar impronta que la distingue de los modelos europeos. Por lo demás, la propagación y repercusión del Código Civil chileno en Latinoamérica ratifica la peculiaridad y unidad del grupo de países que conforman este subsistema, y abren la vía para un enfoque latinoamericano céntrico de la disciplina contractual. Sobre la unidad del subsistema jurídico latinoamericano véase P. Catalano, 'Diritto e persone', cit., p. 114 ss.: "L'individuazione dei principali fattori di unità del sistema giuridico latinoamericano (nella prospettiva storica comparativa) nonché delle zone di differenziazione (prima e dopo le codificazioni) fa ritenere definitivamente superata la tesi eurocentrica che nega l'unità di detto sistema. La base culturale dell'unità deve vedersi in un "bloque" romano-iberico-precolombino. Il sistema ha ricevuto la sua forma dal diritto romano (attraverso il "derecho común americano" e poi la "transfusión" nelle codificazioni) ma anche dal "mestizaje" della tradizione romanistica con le istituzioni indigene precolombiane. Le differenziazioni dipendono in parte da vicende anteriori alla codificazioni (conquista spagnola e portoghese, e, sopratutto, maggiore o minore permanenza di istituzioni precolombiane o comunque indigene), in parte dalle tendenze centrifughe degli stati indipendenti e delle codificazioni ("codici civili del Pacifico" o delle Ande, sotto l'influenza del Código di A. Bello; "codici civili dell'Atlantico meridionale", sotto l'influsso dell'Esboço di Teixeira de Freitas e del Código di Vélez Sársfield), in parte dalle influenze dei vari codici europei".

[38] Sobre la 'relativa' influencia del Code francés sobre el Código Civil chileno, y las variadas fuentes que ha tenido en consideración Bello para la elaboración de este último, véase A. Guzmán Brito, "La buena fe en el Código Civil de Chile", en AA.VV., bajo el cuidado de L. Garofalo, *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporánea* (Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese), IV, Padua, 2003, CEDAM, p. 292. Idem en *Estudios dogmáticos de derecho civil*, Valparaíso, 2005, Ediciones Universitarias de Valparaíso, p. 84: "Por lo ordinario, el Código chileno aprovecho al francés sólo como modelo general y como fuente de temas o tópicos legislativos por tratar. Para darle contenido, Bello acudió directamente a las fuentes, como el Código castellano medieval de las Siete Partidas, que en el Chile de la época representaba la principal fuente de su derecho privado, y también el *Corpus iuris civilis*. Además, se inspiró en la doctrina, tanto antigua (como Pothier), cuanto moderna de los primeros comentaristas del Code (como Delvincourt). Para ciertas materias recurrió al romanista Savigny. Por lo demás, no dejó de consultar los otros códigos de su tiempo (de Prusia, de Austria, de Holanda, de Cerdeña, de la Luisiana)".

Artículo: La buena fe como principio general del derecho. Particular análisis de sus implicancias en el subsistema latinoamericano
Revista: Nº229-230, año LXXIX (En-Dic, 2011)
Autor: Javier Humberto Facco

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

costumbre[39]. De lo expuesto puede comprenderse que se trata de una relación de causa (buena fe) y efecto (integración del contrato) entre los términos que conforman la fórmula del art. 1546 del Código Civil chileno[40].

Cabe destacar que en la formulación de Andrés Bello tuvieron especial incidencia las interpretaciones de E. C. Delvincourt (uno de los principales exegetas del Code francés), quien revalorizó el papel de la buena fe como principio de integración del contenido contractual, apartándose netamente de la posición dominante en la doctrina francesa de su tiempo. A esta conclusión arribó el comentarista francés merced a una combinación de los preceptos contenidos en los arts. 1134 y 1135 del Code, afirmando que entre los efectos de las convenciones el último es el de reclamar siempre la buena fe en la ejecución "c'est-à-dire qu'elles obligent non seulement à ce qui y est exprimé [art. 1134], mais encore à tout ce que l'équité, l'usage, ou la loi exigent, d'après la nature de l'obligation [art. 1135]"[41].

En la doctrina chilena se había advertido la operación de síntesis cristalizada en la norma del art. 1546, argumentándose que Andrés Bello ha reunido "[...] en este artículo el inciso tercero del art. 1134 y el art. 1135 del Código francés [...] No cabe duda de que la extensión que deba darse a los contratos es una obligada consecuencia de la buena fe con que deben ejecutarse. Por consiguiente la reunión que de una y otra norma hace el art. 1546 es preferible a la separación con que el Código francés las presenta [...] La expresión 'de buena fe' está tomada de la antigua distinción romana entre los contratos *bonae fidei* y los contratos *stricti juris* [...] Hoy todos los contratos deben ser interpretados de buena fe".

[39] A. Guzmán Brito, *La buena fe en el Código Civil de Chile*, cit., p. 293: "El Code, como se ve, separa la ejecución de buena fe de las convenciones, por un lado (artículo 1134 inciso 3º), y el círculo de obligaciones que ellas imponen más allá de lo expresado por sus partes, por otro (artículo 1135). Esto último no aparece como una consecuencia de la buena fe. El Código chileno, en cambio, considera que el círculo de obligaciones que asigna un contrato más allá de lo manifestado en él, es una consecuencia (por consiguiente) de la buena fe con que deben ejecutarse".

[40] Recordemos que un enunciado prácticamente idéntico contenía el proyecto de Código Civil para el Estado Oriental del Uruguay (art. 1343) elaborado por E. Acevedo, que hemos referido precedentemente.

[41] E. C. Delvincourt, *Istitutes de Droit civil français*, II, París, 1810, Fournier Frères, p. 268. En orden a esta influencia de Delvincourt sobre la lectura que hizo Andrés Bello del Codigo Civil francés cfr., en general, A. Guzmán Brito, *La codificación civil en Iberoamérica*. Siglos XIX y XX, Santiago de Chile, 2000, Editorial Jurídica de Chile, p. 371; y, en particular sobre el punto en cuestión, R. Cardilli, "La buona fede come principio di diritto dei contratti: diritto romano e America Latina", en *Roma e America. Diritto romano comune*, 13, Módena, 2002, p. 175.

Artículo: La buena fe como principio general del derecho. Particular análisis de sus implicancias en el subsistema latinoamericano
Revista: Nº229-230, año LXXIX (En-Dic, 2011)
Autor: Javier Humberto Facco

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

6. LA ÍNDOLE IMPERATIVA DEL PRINCIPIO GENERAL DE LA BUENA FE: ALCANCES Y CONSECUENCIAS

Para finalizar abordaremos el tema del carácter imperativo de la buena fe –dada la relación de inherencia que guarda con su índole de principio general– y las implicancias que pueden deducirse de ello. Tal como hemos tenido oportunidad de apuntar, la doctrina es prácticamente conteste en sostener que la buena fe es un principio supremo del ordenamiento jurídico. Por tal razón, en primer lugar es dable postular su vigencia con independencia de que haya sido consagrado por una norma positiva[42]. Además, como principio supremo y, por ende de carácter informador –en cuanto ilumina e inspira el ordenamiento jurídico en su integridad– no puede ser renunciable por los particulares. Se colige, entonces, que escapa a la autonomía de las partes pretender abrogar el principio, o bien –con alcances menos absolutos– restringir la aplicación de cualquiera de los deberes inherentes al mismo[43].

Así, en el ámbito de los proyectos de armonización legislativa del derecho de los contratos, los *Principios de Unidroit* en el Capítulo I relativo a las reglas generales han proclamado el deber de actuar de buena fe, conjugándolo con la lealtad negocial[44]; y ambos principios –prescribe el texto– han de ser observados imperativamente por las partes en el ámbito de la contratación comercial internacional[45]. Igualmente los Principios de

[42] J. González Pérez, *El principio general de buena fe en el derecho administrativo*, Madrid, 1999, Civitas, p. 77.

[43] Cfr. para el derecho argentino J. C. Rezzónico, *Principios fundamentales de los contratos*, Buenos Aires, 1999, Astrea, p. 530: "El principio de buena fe, así como su concreta textualización en el art. 1198, párr. 1° del Cód. Civil, no pertenece al derecho dispositivo sino al orden coactivo". Añade este autor en relación al supuesto de derogación parcial, o sea de alguno de los deberes que emanan de la buena fe, que "[…] es indudable que la derogación de los deberes de buena fe por medio de un contrato –de manera directa o indirecta– contradice el sentido y fin del orden jurídico. Y si ello es inadmisible que se materialice a través de un contrato negociado, menos aún resultaría aceptable por medio de condiciones negociales generales" (p. 531).

[44] Consideramos que la expresión "lealtad negocial" es la traducción al español más adecuada del término italiano *correttezza*. Así resulta de la versión española de los principios de Unidroit, realizada por el Prof. A. M. Garro con la colaboración de juristas provenientes de diversos países de lengua española. Cfr. *Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales*, editado por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), Roma, 1995.

[45] Art. 1.7: "Buena fe y lealtad negocial. (1) Las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional". El inciso segundo establece el carácter cogente del principio de buena fe, disponiendo que las partes contratantes no pueden excluir o limitar esta obligación. A este respecto se ha puntualizado que entre los principios imperativos que se enuncian adquiere especial relevancia el de buena fe, y que dada su amplitud el texto se refiere tanto a la conclusión como a la ejecución de los contratos (A. Kemelmajer de Carlucci, "Adecuación de los principios generales de los contratos

Artículo: La buena fe como principio general del derecho. Particular análisis de sus implicancias en el subsistema latinoamericano
Revista: Nº229-230, año LXXIX (En-Dic, 2011)
Autor: Javier Humberto Facco

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

derecho contractual europeo (Proyecto de la Comisión Lando) sientan categóricamente el principio imponiendo el deber genérico de las partes de actuar respetando dicho imperativo (§ 1:201)[46]; mientras que el inciso 2° del § 1:201 declara la índole imperativa del apartado 1°, vedando a las partes del contrato de pactar una exclusión del deber de actuar conforme a la buena fe e inclusive de pretender modificar sus alcances[47]. En cambio el Código Europeo de los Contratos (Proyecto de la Academia de los Iusprivatistas Europeos con sede en la ciudad de Pavía) –a diferencia de los mencionados anteriormente– no contiene una norma que consagre genéricamente la imperatividad del principio de buena fe[48].

En la doctrina se ha destacado –como una de las características del principio de buena fe al estar positivizado– que las normas que lo recogen son de índole imperativa[49] (*ius cogens*), y, por tanto, pueden ser aplicadas aun

de Unidroit para la armonización del régimen interno de los contratos en un código latinoamericano tipo", en Roma e America. *Diritto romano comune*, 7, Modena, 1999, Mucchi, p. 243).

[46] Art. 1:201: "Buena fe contractual. (1) Cada parte tiene la obligación de actuar conforme a las exigencias de la buena fe. (2) Las partes no pueden excluir este deber ni limitarlo".

[47] Esta disposición refuerza el carácter de principio basilar que se le ha reconocido a la buena fe en el contexto normativo del Proyecto, y según la –Comisión redactora– está dirigido a "dar actuación a las conveniencias sociales, a la lealtad y razonabilidad en las relaciones comerciales (*rectius*: contractuales), pudiendo por lo tanto asumir una prioridad sobre otras previsiones contenidas en los mismos Principios cuando una adherencia literal a éstos conduciría a resultados manifiestamente injustos".

[48] No obstante, a lo largo de su articulado la buena fe fundamenta una variedad de institutos y aspectos concernientes al orden de las relaciones negociales, constituyendo –por tanto– indudablemente un postulado rector e informante de la entera disciplina contractual con carácter inderogable (*vide* arts. 6, 20, 30 § 5, 32 inc. 1, 39 § 4, 44, 57 § 2, 75, 94 § 2, 104 § 1, 106 § 4, 108, 162 § 4).

[49] Sobre el significado y alcance de las normas imperativas cfr. F. Wieacker, *El principio general de la buena fe*, cit., p. 94, nt. 102: "[...] entendemos este concepto [Derecho imperativo] en su sentido tradicional como suma de proposiciones jurídicas que no pueden ser modificadas mediante negocios jurídicos, esto es, como limitaciones legales a la autonomía privada". En el derecho argentino, el art. 21 del Código Civil dispone que: "Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres". De acuerdo a la opinión de R. M. Salvat, *Tratado de derecho civil argentino*. Parte general, actualizado por J. M. López Olaciregui, Buenos Aires, 1964, Tipográfica Editora Argentina, estas leyes –dentro del derecho privado– normalmente se refieren a materias que interesan más especialmente a la sociedad que a los individuos, tales como lo relativo al estado y capacidad de las personas, la organización de la familia tanto en su aspecto personal como patrimonial, y el régimen de bienes, en particular de los inmuebles (p. 257 s.). Este autor entiende por orden público al "[…] conjunto de principios de orden superior, políticos, económicos, morales y algunas veces religiosos, a los cuales una sociedad considera estrechamente vinculada la existencia y conservación de la organización social establecida" (p. 245). En la especie –y siempre dentro del derecho positivo argentino– por ser la buena fe un principio cardinal del sistema, contenido en el Código en el art. 1198 primera parte, resulta éste un precepto irrenunciable así como las consecuencias derivadas de su aplicación, en tanto las partes no podrán 'disponer' dejarlo sin efecto mediante una estipulación particular, que en consecuencia ha de ser reputada nula conforme lo establece el art. 19 de dicho cuerpo legal.

Artículo: La buena fe como principio general del derecho. Particular análisis de sus implicancias en el subsistema latinoamericano
Revista: Nº229-230, año LXXIX (En-Dic, 2011)
Autor: Javier Humberto Facco

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

de oficio por el juez y no resulta admisible que sean excluidas por la voluntad de las partes[50]. Además, se ha sostenido que esta circunstancia distingue al principio general de la buena fe de la equidad, pues –a diferencia de lo que sucede cuando se invoca la primera– una sentencia no puede estar basada exclusivamente en esta última, salvo cuando la ley expresamente lo permita. Por último –como ya hemos visto– la buena fe es aplicable no sólo a las relaciones jurídicas reguladas por el derecho civil, sino que se extiende su actuación a todas las ramas del ordenamiento jurídico[51].

Ahora bien, el carácter imperativo del principio de la buena fe[52] se puede entender en dos sentidos: a) en el primer caso, cuando se refiere a otro precepto legal con el cual entra en contradicción; y b) la segunda hipótesis se configura cuando la buena fe no condice con una cláusula de origen convencional que excluye su aplicación. La regla es que en ambos casos debe primar la observancia de la buena fe, sea que otra disposición normativa de carácter especial pretenda desplazarlo o bien cuando a través de una estipulación contractual se persiga su derogación total (supresión lisa y llana del principio) o parcial (restricción de sus alcances). En este último supuesto, en virtud de la inderogabilidad del principio de buena fe, sería nulo el pacto que proclamase su inaplicabilidad[53].

[50] En doctrina se registran algunas opiniones que le asignan a la norma que recoge el principio de buena fe y a las soluciones que de la misma derivan un carácter subsidiario, aplicables por tanto solamente en el caso de carencia de una norma especial. En este sentido puede verse el comentario de R. O. Larroza, "La buena fe contractual", en AA.VV., bajo la dirección de R. S. Stiglitz, *Contratos. Teoría general*, II, Buenos Aires, 1993, Depalma, p. 242 s.

[51] J. M. Miquel, voz 'Buena fe', en Enciclopedia Jurídica Civitas, I, Madrid, 1995, Civitas, p. 833.

[52] Una cuestión de fundamental importancia es la de establecer si la imperatividad y consecuente inderogabilidad del principio de buena fe tiene que ver con razones fundadas en el interés general (como ocurre con todas las normas de orden público), o si –en cambio– se inspira en factores atinentes a la estructura de cada tipo contractual (contribuyendo de tal guisa a la "resistencia del tipo"); cabiendo, inclusive, la posibilidad que el fundamento radique en uno u otro aspecto según el caso. Sobre el punto puede consultarse con provecho el enjundioso trabajo de R. Cardilli, *Il problema della resistenza del tipo contrattuale nel diritto romano tra natura contractus e forma iuris*, en AA.VV., al cuidado de R. Fiori, *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, 3, Nápoles, 2008, Jovene, passim.

[53] Es en este sentido que parecen entender la inderogabilidad de la buena fe F. Messineo, *Dottrina generale del contratto*, Milán, 1952, Giuffrè, p. 3 s.; A. Di Majo, *La fideiussione 'omnibus' e il limite della buona fede*, en Foro Italiano, 1989, I, c. 2758 (cfr. A. D'Angelo, *La tipizzazione giurisprudenziale della buona fede contrattuale*, en *Contratto e impresa*. Dialoghi con la giurisprudenza civile e *commerciale*, N° 1, Padua, 1990, CEDAM, p. 721, nt. 89).

Artículo: La buena fe como principio general del derecho. Particular análisis de sus implicancias en el subsistema latinoamericano
Revista: Nº229-230, año LXXIX (En-Dic, 2011)
Autor: Javier Humberto Facco

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

En consecuencia, podemos colegir que más allá de que las partes hayan establecido expresamente la manera en que deben ejecutarse las prestaciones derivadas del contrato, y aunque no exista una norma legal específica al respecto, puede concluirse que el principio de buena fe debe regir coactivamente toda la actividad de las partes y, del mismo modo, orientar la tarea del juez para que actúe como eventual intérprete del contrato[54].

[54] Con ello se advierte que el derecho objetivo, con un sentido tuitivo, a veces disciplina la actuación de los individuos, recortando en alguna medida su libertad que es la regla en el ámbito contractual. Para esclarecer los alcances de las normas legales que componen la noción "derecho imperativo" [forzoso o coactivo] dentro de las relaciones jurídicas iusprivatistas, sugerimos consultar la obra de A. Von Thur, *Derecho civil. Teoría general del derecho civil alemán*, traducción de T. Ravà, Buenos Aires, 1946, Depalma. En ella el jurista alemán explica que: "Algunas normas jurídicas no pueden ser modificadas por voluntad de los interesados; éstas constituyen el derecho imperativo: *ius cogens*. En estas normas se comprueba una reglamentación inspirada en el interés público; sin embargo, pertenecen al derecho privado, por tratarse de relaciones jurídicas de los individuos entre sí y no con el Estado [por eso, el principio romano *ius publicum privatorum pactis mutari non potest*, es poco exacto en cuanto se lo quiera aplicar también a las normas imperativas del derecho privado]; pero puede haber interés público en que ciertas relaciones privadas se ordenen de una manera determinada" (p. 42 s.); y en cuanto concierne al especial campo del derecho obligacional precisa que éste "[…] sólo excepcionalmente comprende normas imperativas para proteger al contratante más débil por su situación social o económica" (p. 43).