

RESEÑA HISTÓRICO COMPARATIVA DEL PRINCIPIO GENERAL DE BUENA FE EN EL SUBSISTEMA JURÍDICO LATINOAMERICANO

Javier Humberto Facco

Sumario: I. *Noticia etimológica y acepciones del término ‘principio’: dimensión diacrónica-temporal y sincrónica-estructural.* II. *Virtualidad de los principios generales del derecho en la configuración del sistema jurídico romanista. Su valor en orden a la unidad y especificidad del subsistema latinoamericano.* III. *El carácter de principium de la buena fe: significación temporal y estructural.* IV. *El convencimiento de la doctrina latinoamericana sobre el carácter estructural de la buena fe en materia contractual.* V. *El despliegue estructural de la buena fe como característica propia del subsistema contractual latinoamericano.* VI. *La innovación introducida por el Código civil chileno en mérito a la función integradora de la buena fe.* VII. *Razones e implicancias de la índole imperativa del principio general de la buena fe. Su recepción en los proyectos de armonización legislativa en materia contractual.*

I. NOTICIA ETIMOLÓGICA Y ACEPCIONES DEL TÉRMINO “PRINCIPIO”: DIMENSIÓN DIACRÓNICA-TEMPORAL Y SINCRÓNICA-ESTRUCTURAL

En la antigüedad —enseña el profesor Schipani— Cicerón emplea la locución “principios del derecho” (*principia iuris*) en dos fragmentos conservados en su obra *De legibus* (1,6,18; 1,10,28). En el primero de estos textos el Arpinate individualiza los *principia iuris* en la *lex*, siempre que se entienda por ésta la *ratio summa insita in natura* (“la ley consiste en la razón suprema, grabada en nuestra naturaleza, que nos ordena qué es lo que debe hacerse y prohíbe sus contrarios”); en el contexto del segundo fragmento citado, los *principia iuris* vienen concebidos como “fundamentos del derecho”. Por su

parte, el jurista Gayo afirma que de cada cosa “el principio es la parte más autosubsistente [*potissima pars*] de todas las otras” (D. 1,2,1), aquella que encierra en sí el significado más pleno y auténtico, que supone algo *perfectum* en el sentido de completo (= consta de todas sus partes).¹

Permita el lector valernos de estas autorizadas citas para adentrarnos en el análisis que motiva el presente trabajo. Las mismas han sido escogidas en razón de representar emblemáticamente, sobre el objeto aquí tratado, el pensamiento *iusprivatista* clásico, cuya contribución ha sido el más grande legado que dejara Roma a la historia del derecho, manteniendo inclusive las enseñanzas que de aquel pueden recogerse una viva actualidad en nuestro tiempo.

Ahora bien, en un plano más general, desde el punto de vista etimológico la palabra ‘principio’ (al igual que sus semejantes en las demás lenguas romances, e incluso en inglés) proviene del latín *principium*, y este a su vez deriva del griego *arché* (ἀρχή).² Del mismo modo que otras tantas nociones que 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 de las reflexiones de los filósofos griegos, quienes —como es sabido— centraron su atención en la búsqueda de aquellos elementos de los que se componían todas las cosas, en la determinación de la causa originaria o esencia última de las mismas.³

En concordancia con los trazos delineados por la filosofía griega, el profesor Schipani ha precisado que el significado del término *principium* se desarrolla en dos direcciones: *a*) por un lado como “inicio en sentido fuerte”, que orienta y guía el resto del *processum*, y antes de lo cual no hay nada; *b*) y, por otro lado, como elemento primario o componente constitutivo de una estructura. La primera de las acepciones corresponde a la dimensión diacrónica, es decir al orden del tiempo (como equivalente a “primario” o “primero”), mientras que la segunda concierne a la dimensión

¹ Cfr. Schipani, Sandro, “I Principi di UNIDROIT e il diritto romano (alcune annotazioni su *favor debitoris* e asimmetrie del commercio internazionale)”, *Studi in onore di Pietro Rescigno, I (Teoria generale e storia del diritto)*, Milán, Giuffrè, 1998, p. 761. En idioma español (versión que citaremos en lo sucesivo): “Los principios de Unidroit y el derecho romano (algunas anotaciones sobre el *favor debitoris* y las asimetrías del comercio internacional)”, trad. de Javier Humberto Facco, en Esborraz, David Fabio (coord.), *Sistema jurídico latinoamericano y derecho de los contratos*, México, Porrúa, 2006, p. 206.

² *Ibidem*, p. 205.

³ Aristóteles, *Metafísica*, libro primero, III, *Obras filosóficas de Aristóteles*, vol. X, trad. de Patricio de Azcárate, Madrid, Medina y Navarro Editores, 1875, p. 58.

sincrónica, esto es a la índole constitutiva o estructural del vocablo (análogo a “principal”).⁴

En última instancia, se observa entre las dos acepciones una convergencia sustancial al indicar una ‘primacía de rango’, sea temporal o estructural.⁵ En este sentido, ambos significados han tenido especial ascendencia en la elaboración de la categoría jurídica de los principios generales del derecho.

II. VIRTUALIDAD DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO EN LA CONFIGURACIÓN DEL SISTEMA JURÍDICO ROMANISTA. SU VALOR EN ORDEN A LA UNIDAD Y ESPECIFICIDAD DEL SUBSISTEMA LATINOAMERICANO

La noción de principio así concebida es coherente con la consideración del Sistema jurídico romanista como un complejo de soluciones jurídicas caracterizado por las notas de unidad-coherencia y apertura-ductilidad.

El empleo que efectuamos de los dos binomios para calificar la noción de Sistema jurídico romanista es deliberado. Así, pues, por un lado su “unidad-coherencia”, significa que las diversidades de los ordenamientos que sincrónicamente lo componen pueden resolverse armónicamente remitiéndose de manera diacrónica a una unidad superior, y ello, a su vez, sin que signifique la presencia de contradicciones internas insalvables, por cuanto la posibilidad de reenvío a un mismo y común sistema de referencia permite comprender y superar los eventuales desacoples. Por otro lado, la ‘apertura-ductilidad’ alude al carácter permeable y dinámico del sistema, que se presenta desde los orígenes universalmente disponible para todos los hombres y para siempre (*ad omne aevum*). Y ello habilita además que en la búsqueda crítica de la solución “mejor (en el sentido de técnicamente idónea) y más justa” pueda recurrirse al rico repertorio que ofrece el entramado de experiencias jurídicas que configuran (diacrónica y sincrónicamente) el sistema jurídico romanista, comprendiendo el origen y todo su devenir, sin ceñirse a los estrechos (y tantas veces insuficientes) márgenes del derecho de producción estatal. Asimismo, la característica de apertura del sistema implica su potencialidad de entablar una comunicación con los demás sistemas.

Es oportuno recordar sumariamente que en la doctrina se han propuesto dos concepciones radicalmente distintas en torno a qué debe entenderse por

⁴ Schipani, Sandro, *La codificazione del diritto romano comune*, Turín, Giappichelli, 1999, p. 85.

⁵ Schipani, Sandro, *op. cit.*, nota 1, p. 205.

“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 orientación *iusnaturalista* (con sus diversas variantes y matices), los principios generales del derecho tendrían un sustento extra-normativo. Ellos equivalen a las normas del derecho natural, y estas, a su vez, puede 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.⁶

Por nuestra parte, desde la perspectiva que reseñamos en el párrafo anterior a partir de 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 igualmente 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 codificado por Justiniano y sus juristas en el siglo VI d. C., y en las obras maduras a partir del mismo que han permitido desarrollarlo.⁷

Es un dato interesante tener presente que desde hace más de dos décadas este temperamento ha sido objeto de una expresa toma de posición en el ámbito del derecho científico argentino, y que admite ser legítimamente proyectado a escala latinoamericana.

En efecto, en las XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en Buenos Aires en 1987, la Comisión núm. 9 se ocupó sobre “Principios generales del derecho: sistema latinoamericano”. En su primer despacho se delinearón las dos funciones fundamentales que absuelven los principios generales del derecho, resolviéndose que en los códigos civiles latinoamericanos los mismos vienen impuestos “como pautas integradoras o interpreta-

⁶ Cfr. Mosset Iturraspe, Jorge y Piedecasas, Miguel Alberto, *Contratos. Aspectos generales*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2002, p. 258.

⁷ Cfr. Schipani, Sandro, *op. cit.*, nota 1, p. 206, para quien la remisión a los principios generales del derecho que realizan los códigos modernos importa el reenvío a los “elementos primarios del derecho romano y a sus desarrollos”, y, al mismo tiempo, al “derecho romano en sus elementos estructurales y constitutivos del Sistema”.

tivas de las leyes”.⁸ En segundo lugar se aclaró la vigencia implícita de tales principios en nuestras legislaciones y su operatividad de carácter orgánico en los siguientes términos: “Los principios generales del derecho son normas axiológicas que, aún inexpresadas, tienen función similar a la de otras y valen para toda una materia (negocios jurídicos, propiedad, familia, responsabilidad civil, etcétera), para toda una rama del Derecho (civil, penal, administrativo, constitucional, etc.), o directamente para toda la esfera de las relaciones jurídicas”.

En dicha oportunidad finalmente se discutió acerca de la proveniencia de los principios propios del subsistema latinoamericano, formándose convicción sobre su innegable prosapia romanista, especialmente como producto del *ius controversum* de fuente jurisprudencial. Así, textualmente se dispuso que:

La referencia del legislador a los principios generales del derecho remite fundamentalmente a la obra de los jurisconsultos romanos, a la “jurisprudencia”, en la que se apoyan las modernas legislaciones. Ello es inexcusable con relación a los Códigos civiles latinoamericanos, por ser todos ellos de base romanista.⁹

III. 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 los orígenes de la *urbs*, desde el *principium* de los tiempos.¹⁰ Así lo advierte Cicerón (*De Officiis* 1,7,23) cuando enseña que la justicia en el orden contractual se funda en la *fides* (*fundamentum est iustitiae fides*), articulán-

⁸ Y en este sentido se recordaron, a título de ejemplo, las referencias a los principios generales del derecho que reportan los códigos civiles de algunos países latinoamericanos, a saber: argentino (artículo 16), uruguayo (artículo 16), colombiano (artículo 32), guatemalteco (artículo 2430), mexicano federal (artículo 10), brasilero del año 1916, ya derogado (artículo 4o.), panameño (artículo 13), peruano (artículo VIII del Título Preliminar), paraguayo (artículo 6o.) y venezolano (artículo 4o.).

⁹ Igualmente se recomendó, en caso de una eventual reforma del Código civil argentino, que el actual artículo 16 sea redactado de la siguiente forma: “Si el caso no pudiera ser resuelto por las palabras, ni por el espíritu de al la ley, se tomarán en cuenta su finalidad, las leyes análogas, los usos y costumbres, los principios generales del derecho y preferentemente del sistema jurídico latinoamericano, conforme e las circunstancias del caso”.

¹⁰ *Cfr.* Frezza, Paolo, “*Fides bona*. Studi sulla buona fede”, en Amarelli, Francesco y Germino, Emilio (coord.), *Scritti*, Roma, Pontificia Università Lateranense, 2000, t. III, p. 3.

dose este aserto con la concepción del derecho —según la universalmente aceptada definición celsiana—. ¹¹ como el arte de lo bueno y de lo justo (*ius est ars boni et aequi*, *cfr.* D. 1,1,1 pr.; D. 1,1,11).

A tenor de lo narrado por Servio (*Commentarii in Vergilii Aeneidos libros*, 6,609), el primer testimonio que le atribuyó cierta valencia técnica a la *fides* en las instituciones jurídicas romanas está contenido en una antigua ley de las XII Tablas (450-451 a.C.), según la cual (8,21): *patronus si clienti fraudem fecerit, sacer esto* (si el patrono comete fraude [= quebranta la fidelidad, desampara] a su cliente, sea maldito). ¹² Como se advierte, en esta norma no figura el vocablo *fides* [fe, confianza], sino la palabra *fraus* [fraude] que expresa el disvalor polarmente opuesto al valor que representa aquella (el cual como es sabido constituye elípticamente el núcleo normativo de la institución de la clientela). En este ámbito la *fides* surgiría del voto hecho solemnemente por el patrono a los dioses, con respecto a quienes aquel contraería la obligación de obrar *sine fraudatione* [sin defraudar la confianza del cliente].

Otro documento de edad arcaica en cuya virtud la *fides* constituye el fundamento de una obligación surgida —empleando la terminología moderna— de un convenio internacional, está dado por el primer tratado (*foedus*) celebrado entre Roma y Cartago, del cual Polibio nos aporta precisas noticias sobre su contenido (*Historiae*, 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 al ciudadano de la otra parte para la protección de sus intereses. ¹³ Consiguientemente, los negocios del mercader cartaginés realizados en zona de influencia romana, o viceversa del mercader romano en área cartaginesa, dejan de pertenecer a las relaciones ignoradas por el

¹¹ *Cfr.* Riccobono, Salvatore, “La definizione del *ius* al tempo di Adriano”, *Bulletino dell’istituto di diritto romano “Vittorio Scialoja”*, Milán, Nueva Serie XII-XIII, núm. 53-54, 1948, pp. 5 ss., y Gallo, Filippo, “Sulla definizione celsiana di Diritto”, *Studia et documenta historiae et iuris*, Roma, núm. 53, 1987, pp. 7 y ss.

¹² Sin embargo, la tradición recogida por Dionisio de Halicarnaso (*Antiquitates Romanae*, 2,10,1-3) atribuye esta norma al mismo fundador de la ciudad (*civitas*).

¹³ De acuerdo a la posición prevaleciente en doctrina, tales tratados entre Roma y Cartago habrían sido probablemente suscritos en el IV siglo a.C.; en cambio, según el mencionado testimonio de Polibio, la fecha se remontaría a los inicios de la república (509 a.C.). *Cfr.* Grosso, Giuseppe, *Lezioni di Storia del Diritto Romano*, Turín, Giappichelli, 1965, p. 263.

derecho propio, para ingresar en la esfera de los negocios que la autoridad pública hace coercibles.¹⁴

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 contratos de buena fe y de estricto derecho, la *bona fides* pasó a ser una cualidad intrínseca, un componente constitutivo de todo género de negocios.

Con la sustitución del proceso *per formulas* por la *cognitio extra ordinem*, como única tipología de procedimiento para todas las acciones,¹⁵ se 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 *formula* 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 preexistentes en las *actiones* 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 texto contenido en J. 4,6,30).¹⁶

Así, al quedar desprovisto del sentido que antaño tuviera el *oportere ex fide bona*, en el derecho romano posclásico la *bona fides* pierde su valor puramente adjetivo y se transforma en una suerte de cláusula general de derecho material que domina todo el sistema contractual. El desplazamiento operado (que va de un punto de vista procesal a otro de derecho sustantivo) importa —en esencia— que la *actio* ahora deriva del *contractus*, o más precisamente la *actio* y el *iudicium* nacen de la buena fe del contrato en cuanto

¹⁴ Así, por ejemplo, tanto en Sicilia como en Cerdeña (regiones de dominio cartaginés en dicha época) los ciudadanos romanos podían otorgar negocios mediante acto público en razón de encontrarse protegidos por la mencionada *publica fides* (Polibio, *Historiae* 3,22 ss.). Con ello, la garantía ofrecida por la *fides* privada venía reforzada por la *fides* pública derivada del *foedus* internacional, con el objeto de asegurar adecuada tutela a quienes comerciaban fuera de su propio territorio.

¹⁵ Según una constitución de los emperadores Constanzo y Constante (año 342 d.C.).

¹⁶ Con Justiniano, en el sistema de derecho romano común plasmado en el *Corpus iuris civilis* se aprecia una generalización definitiva del principio de buena fe objetiva (Schipani, Sandro, *op. cit.*, nota 1, p. 208). Cfr. además en este sentido, Brugi, Biagio, *Istituzioni di diritto romano (diritto privato giustiniano)*, Turín, UTET, 1926, p. 163.

ha sido violada (*rupta*).¹⁷ Y será a partir de Justiniano que la buena fe deja de contemplarse simplemente como un modo de juzgar en determinadas acciones y se convierte en una regla de derecho material prescriptiva de la conducta de los particulares.¹⁸

IV. EL CONVENCIMIENTO DE LA DOCTRINA LATINOAMERICANA SOBRE EL CARÁCTER ESTRUCTURAL DE LA BUENA FE EN MATERIA CONTRACTUAL

La amplitud de las virtudes de la buena fe pueden ser mejor apreciadas desde un escorzo estructural, a partir del cual se reputa a la misma uno de los extremos de la noción misma de contrato, es decir uno de sus componentes o elementos constitutivos.

En la doctrina latinoamericana se ha tomado particular conciencia al respecto, afirmándose que los despliegues más significativos de la buena fe se encuentran en el negocio jurídico (especialmente en el contractual), donde tiene enorme trascendencia: “[...] porque es un elemento de la estructura misma de la noción de contrato, aunque por lo común aparezca cumpliendo sólo una función interpretativa”, y se añade que “[...] otras nociones, como las de obligación, proceso o dominio, y otros conceptos jurídicos pueden expresarse sin referencia a la buena fe, aunque se enriquecen si se incorpora. En cambio, resulta cada día más difícil construir la noción de contrato sin tomarla en consideración”.¹⁹

¹⁷ En este sentido *cfr.* Adame Goddard, Jorge, “El principio de la buena fe en los contratos internacionales”, *Roma e America. Diritto Romano Comune*, Módena, Mucchi, 2005, núm. 19-20, p. 554: “Otro cambio en que se manifiesta esa conversión de la buena fe, de método de juicio a principio rector de conducta es la sustitución de la expresión juicios o acciones de buena fe, por la de contratos de buena fe (*bonae fidei contractus*). La buena fe es entonces el principio que rige los contratos y la acción contractual es una consecuencia de la ruptura de la buena fe”.

¹⁸ Como tal, aparece sustantivada en textos posclásicos en los que se afirma que la buena fe “aconseja, urge o no tolera determinados comportamientos”. Así, por ejemplo, en D. 8,4,13 pr. (*bona fides contractus...exposcit*); D. 16,3,11 (*bonae fidei convenit*); D. 19,1,11,1 (*bona fides congruit*); D. 3,5,5,6 (*bona fides patitur*).

¹⁹ *Cfr.* Nicolau, Noemí Lidia, “El rol de la buena fe en la moderna concepción del contrato”, en Córdoba, Marcos M. (dir.), *Tratado de la buena fe en el derecho*, Buenos Aires, La Ley, 2004, t. I, p. 323. Entre los autores clásicos argentinos puede advertirse una insinuación de este abordaje “estructuralista” en Lafaille, Héctor, *Derecho civil. Contratos*, Buenos Aires, Ediar, 1953, p. 329, núm. 277, quien se anticipó en la estimación de la buena fe “[...] como un deber inherente a las relaciones entre los hombres e incluido en los extremos que

Así, la buena fe viene a ser un elemento necesario para construir el concepto de contrato del cual no es posible prescindir, erigiéndose como criterio normativo que coadyuva con la voluntad de los particulares a la hora de fijar el contenido vinculante del negocio.

Sabemos que con el paso del tiempo la autonomía de la voluntad fue perdiendo su pretendido protagonismo hegemónico, y, consecuentemente, de acuerdo a la tendencia que se vislumbra lo esencial es investigar si la relación jurídica se construyó teniendo como eje a la buena fe, entendida fundamentalmente como una idea de ‘cooperación’, en aras de satisfacer los valores involucrados de la justicia y la utilidad.²⁰

De esta manera cabe reconocer a la buena fe como un principio cardinal del cual se derivan la mayor parte de las disposiciones que rigen la materia de los contratos.²¹ (Nótese, sin embargo, que en su carácter de principio rector, la buena fe ilumina a la totalidad del sistema, y no se circunscribe solamente al derecho privado patrimonial, si bien en éste tiene su campo de acción más fecundo). Ahora bien, los numerosos preceptos legales que, directa o indirectamente, hacen referencia a la aplicación de este principio no significan que con ellos queden agotadas sus posibilidades de aplicación; por el contrario —a nuestro juicio— cada parte debe conducirse de buena fe y con lealtad negocial aun en ausencia de una norma específica que lo prescriba.²² De aquí —se ha sostenido— su incontrovertible jerarquía de principio general del derecho tornaría, en definitiva, superflua la referencia legal.²³

constituyen el acto jurídico”. Si bien este autor se refirió al acto jurídico, su reflexión es perfectamente aplicable a los contratos, en tanto constituyen una especie particular de aquel género mayor.

²⁰ Cfr. Nicolau, Noemí Lidia, *op. cit.*, p. 328.

²¹ Así se pronuncia Wieacker, Franz, *El principio general de la buena fe*, 2a. ed., trad. de José Luis Carro, Madrid, Civitas, 1986, 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”.

²² Hinestrosa, Fernando, “De los principios generales del derecho a los principios generales del contrato”, en Esborraz, David Fabio (coord.), *Sistema jurídico latinoamericano y derecho de los contratos*, México, Porrúa, 2006, pp. 187 y ss.

²³ Cfr. Reyes Terra, Alberto, *El principio de la buena fe en la práctica judicial civil*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1969, pp. 18 y ss.

V. EL DESPLIEGUE 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 América Latina. No obstante, los códigos latinoamericanos denotan particularidades respecto a los del viejo continente que les confieren una identidad propia.²⁴

En relación con la materia que nos ocupa en esta sede,²⁵ recientemente en nuestra doctrina 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 a lo expresamente convenido, sino además a todo aquello que ‘implícitamente’ puede deducirse de la buena fe, la equidad, la naturaleza del contrato, los usos y costumbres, y la ley.²⁶

El mismo autor pone de resalto, a nivel de textos legislativos, el Proyecto de Código civil para la República Oriental del Uruguay, redactado por Eduardo Acevedo entre 1847 y 1849, como el primer antecedente latinoamericano auténtico que (si bien no llegó a entrar en vigencia en su versión originaria) habría generalizado el principio de buena fe en el ámbito de las obligaciones de fuente contractual. A continuación reproducimos en lo pertinente la norma en cuestión.

Artículo 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.²⁷

²⁴ Según Levaggi, Abelardo, *Manual de historia del derecho argentino*, Buenos Aires, Depalma, 1987, t. I, p. 192, estas influencias se ejercieron en relación al método y a la técnica legislativa, más que a los principios y las soluciones concretas.

²⁵ Con respecto a otros rasgos característicos más generales del subsistema latinoamericano, remitimos a Catalano, Pierangelo, *Diritto e persone*, Turín, Giappichelli, 1990, pp. 114 y ss., 121 y ss., 208 y ss.

²⁶ Esborraz, David Fabio, *Contrato y sistema en América Latina*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2006, p. 122.

²⁷ En la *Nota* núm. 9 de esta norma se aclara que “[...] con el objeto de proscribir absolutamente la antigua división de los contratos en *bonae fidei* y *stricti iuris*, se declaran

Se ha señalado que Acevedo habría llevado la 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 Andrés Bello (que examinaremos seguidamente) es posterior a su proyecto y tampoco existen evidencias certeras de que haya conocido y utilizado para la preparación de éste último el trabajo del exégeta francés Delvincourt.²⁸

Sin embargo, a diferencia 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 (artículo 1134)— circunscribieron la esfera de acción del principio de buena fe 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; dejando aparte —en otra norma— como fuentes subsidiarias de integración a la equidad, los usos y la ley.²⁹

Una excepción saludable a esta tendencia representó el Código civil chileno sancionado en 1855. El mismo, de tal guisa fue el primer texto legal latinoamericano genuinamente autóctono que entró en vigencia y ha consentido la actuación de la buena fe con todos los alcances de un verdadero principio general, habilitando una función integradora de primordial importancia.

VI. LA INNOVACIÓN INTRODUCIDA POR EL CÓDIGO CIVIL CHILENO EN MÉRITO A LA FUNCIÓN INTEGRADORA DE LA BUENA FE

En el ámbito del subsistema jurídico 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 concreta en el

todos de buena fe. V. La Serna y Montalbán [*Elementos de derecho civil y penal de España*, Madrid, 1840, L. 4, tít. 2] sec. 3a.” (véase Acevedo, Eduardo, *Proyecto de un Código civil para el Estado Oriental del Uruguay*, Montevideo, Imprenta de “La Constitución”, 1852). Cfr. Esborraz, David Fabio, *op. cit.*, p. 123.

²⁸ *Ibidem*, p. 125. Cfr., sobre el punto, Peirano Facio, Jorge, *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, Ministerio de Instrucción Pública y Previsión Social, 1963, p. XV.

²⁹ Cfr. Esborraz, David Fabio, *op. cit.*, p. 124, quien recuerda enrolados en esta línea los códigos civiles de Oaxaca de 1827 (artículos 931 y 932) —que fue una mera copia del *code* francés, al igual que el de Haití de 1825—, Bolivia de 1830 (artículos 725 y 726) y Costa Rica de 1841 (artículos 728 y 729).

Código civil de Chile redactado por el jurista venezolano Andrés Bello y que tuvo una dilatada circulación por América Latina.³⁰

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”.³¹ Ciertamente, a partir de este momento la buena fe logró adquirir una fuerza jurídica propia, desempeñando la función de principio concurrente con la voluntad de las partes en la determinación de los efectos del contrato.

La disposición respectiva se ubica sistemáticamente dentro del capítulo dedicado a la eficacia del contrato, inmediatamente después de la regla que instituye elípticamente el postulado del *pacta sunt servanda* (artículo 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”). 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:

Artículo 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.

El ordenamiento civil chileno innova sustancialmente en la materia,³² ya que, aunque no efectúa una expresa mención a la función integradora de la

³⁰ Este modelo se ha propagado en Ecuador (1858), Colombia (1886), El Salvador (1859) y Honduras (1906), que han adoptado casi sin variaciones su texto. Sin perjuicio de otros países en los que durante un interregno el código civil de Bello se encontró vigente, quedando a la postre su impronta (tal es el caso de Venezuela, Nicaragua y Panamá). Y, finalmente, resta mencionar aquellos ordenamientos que en cierta medida han recibido igualmente su influencia: Uruguay (1868), México Distrito Federal (1928), Puerto Rico (1930) y Bolivia (1975). En este sentido, los códigos civiles de El Salvador (artículo 1417), Ecuador (artículo 1589), Colombia (artículo 1603), y Honduras (artículo 1546), conservaron intacta la fórmula del artículo 1546 del texto legal diseñado por Andrés Bello. Esta fórmula se repite —aunque con pequeñas (pero no significativas) variaciones de redacción— en los artículos 1160 y 1109 de los códigos civiles de Venezuela (1982) y Panamá (1916), respectivamente. El modelo chileno también coincide sustancialmente con el enunciado de los códigos civiles de Uruguay (artículo 1291), México Distrito Federal (artículo 1796), Puerto Rico (artículo 1210) y Bolivia (artículo 520).

³¹ Esborraz, David Fabio, *op. cit.*, p. 125.

³² En este aspecto la obra de Bello le confiere al subsistema jurídico latinoamericano una propia identidad que la distingue de los modelos europeos. Por lo demás, la amplia difusión

buena fe, presenta una característica diferencial respecto al precedente del *Code* francés, cuyas normas (artículos 1134 apartado 3 y 1135) sólo habrían servido de inspiración al codificador chileno, el cual modificó su estructura lógica introduciendo incidencias de suma relevancia desde el punto de vista jurídico.³³

En efecto, el artículo 1546 unifica las normas del *Code*, conjugándolas en una relación de dependencia (o de derivación consecucional) 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 costumbre.³⁴ 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 artículo 1546 del Código civil chileno.

Cabe destacar que en la formulación de Andrés Bello tuvieron especial gravitación las interpretaciones de Delvincourt, 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 artículos 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.³⁵

del Código civil chileno en Latinoamérica ratifica la peculiaridad y unidad del grupo de países que conforman este subsistema, y abre la vía para un enfoque *latinoamericano-céntrico* de la disciplina contractual. Cfr. Cardilli, Riccardo, “*Bona fides*” *tra storia e sistema*, Turin, Giappichelli, 2004, pp. 74 y ss.

³³ En orden a 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 (en particular, el *Corpus iuris civilis* y las *Leyes de las Siete Partidas*), véase Guzmán Brito, Alejandro, *La buena fe en el Código Civil de Chile*, en Garofalo, Luigi (coord.), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell’esperienza giuridica storica e contemporanea (Atti del convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese)*, Padua, CEDAM, 2003, t. IV, p. 292.

³⁴ *Ibidem*, p. 293.

³⁵ Delvincourt, Claude-Étienne, *Istitutes de Droit civil français*, Paris, Fournier Frères, 1810, t. II, p. 268: “[...] *c’est-à-dire qu’elles obligent non seulement à ce qui y est exprimé [artículo 1134], mais encore à tout ce que l’équité, l’usage, ou la loi exigent, d’après la nature de l’obligation [artículo 1135]*”. En relación a esta influencia de Delvincourt sobre la intelección que hizo Andrés Bello del código civil francés cfr., en general, Guzmán Brito, Alejandro, *La codificación civil en Iberoamérica. Siglos XIX y XX*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2000, p. 371.

La doctrina chilena ya se había percatado de la operación de síntesis cristalizada en la norma del artículo 1546, argumentándose que Andrés Bello ha reunido:

[...] en este artículo el inciso tercero del artículo 1134 y el artículo 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 artículo 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.³⁶

VII. RAZONES E IMPLICANCIAS DE LA ÍNDOLE IMPERATIVA DEL PRINCIPIO GENERAL DE LA BUENA FE. SU RECEPCIÓN EN LOS PROYECTOS DE ARMONIZACIÓN LEGISLATIVA EN MATERIA CONTRACTUAL

En este último apartado abordaremos sucintamente el tema del carácter imperativo de la buena fe y su captación en los proyectos de armonización legislativa del derecho de los contratos.³⁷ La naturaleza imperativa de la buena fe guarda una relación de inherencia derivativa con su índole de principio general, pues aquello que ‘prima’, es decir que tiene primacía (*infra* I), no tolera ser fácilmente desplazado.

La buena fe es un principio fuertemente enraizado diacrónicamente y sincrónicamente en el sistema jurídico romanista y de esta circunstancia se desprenden dos consecuencias fundamentales. En primer lugar, es dable postular su vigencia con independencia de que se encuentre expresamente previsto en una norma positiva.³⁸ En segundo lugar, no puede ser renunciable por

³⁶ Claro Solar, Luis, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1979, t. XI-2, pp. 495 y ss. *Cfr.* además sobre los alcances y aplicaciones del artículo 1546 del código civil chileno, Fuego Laneri, Fernando, *Instituciones de derecho civil*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1990, pp. 143 y ss.; Alessandri Rodríguez, Arturo, *De los contratos*, Santiago, Jurídica de Chile, 1993, pp. 206 y ss.; López Santa María, Jorge, *Los contratos. Parte general*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998, t. II, pp. 394 y ss.

³⁷ Sobre el derecho imperativo o coactivo en general dentro de las relaciones jurídicas *iusprivatistas* remitimos a Von Thur, Andreas, *Derecho civil. Teoría general del derecho civil alemán*, trad. de Tito Ravà, Buenos Aires, Depalma, 1946, pp. 42 y ss.

³⁸ González Pérez, Jesús, *El principio general de buena fe en el derecho administrativo*, Madrid, Civitas, 1999, p. 77.

los particulares, en tanto escapa a la autonomía de las partes pretender, mediante un pacto, abrogarlo totalmente, restringirlo o excluir la aplicación de cualquiera de los deberes que le son inherentes.³⁹ Y, en el supuesto de otorgarse semejante pacto, éste sería nulo.⁴⁰

Los *Principios de Unidroit para los contratos comerciales internacionales*, en el capítulo I relativo a las reglas generales, proclaman el deber de actuar de buena fe, conjugándolo con la lealtad negocial. Ambos postulados —prescribe el texto— han de ser observados imperativamente por las partes en el ámbito de la contratación comercial internacional, sin que les esté permitido excluir o limitar esta obligación (artículo 1.7).

Igualmente los *Principios de derecho contractual europeo* (Proyecto de la Comisión presidida por Ole Lando) sientan categóricamente el principio de buena fe imponiendo el deber genérico de las partes de obrar conforme a sus exigencias, y a renglón seguido se declara su índole imperativa al vedar la posibilidad de pactar una exclusión de tal deber o una modificación restrictiva de sus alcances (artículo 1:201).

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 de manera genérica la imperatividad del principio de buena fe. No obstante, a lo largo de su articulado, ésta fundamenta una variedad de institutos y aspectos concernientes a las relaciones negociales, de lo cual indudablemente se infiere su carácter de principio rector inderogable de la entera disciplina contractual.⁴¹

Para concluir, reiterando la propuesta que fuera el fruto de nuestra investigación realizada con motivo del curso de *magister* en “Sistema Jurídico Romanístico, Unificación del Derecho y Derecho de la Integración”,⁴² en miras a la elaboración de un código tipo de obligaciones y contratos para América Latina, pensamos que sería conveniente seguir el criterio adoptado por los Principios de *Unidroit* o bien por el proyecto de la Comisión ‘Lando’, fijando expresamente el carácter imperativo/inderogable del principio

³⁹ Cfr. Rezzónico, Juan Carlos, *Principios fundamentales de los contratos*, Buenos Aires, Astrea, 1999, pp. 530 y ss., quien precisa que tal derogación es menos aceptable en los contratos celebrados a condiciones generales.

⁴⁰ Messineo, Francesco, *Dottrina generale del contratto*, Milán, Giuffrè, 1952, pp. 3 y ss.

⁴¹ Cfr. artículos 60., 20, 30 § 5, 32 inc. 1, 39 § 4, 44, 57 § 2, 75, 94 § 2, 104 § 1, 106 § 4, 108, 162 § 4.

⁴² Organizado por la *Università di Roma II ‘Tor Vergata’*, en el marco del *Programma ALFA - Red OMNEM A.A. 2004-2006*, bajo la coordinación del profesor Sandro Schipani.

general de buena fe y sustrayéndolo así del margen dispositivo que —por regla— titularizan las partes en materia contractual. Dejando bien aclarado que esta convicción encuentra su fundamento dogmático no en el mero enunciado normativo (que es sólo el medio técnico utilizable en la coyuntura actual para su aplicación inmediata) sino en el fuerte arraigo que el *principium* de buena fe tiene en el sistema jurídico romanista y en particular en nuestro subsistema latinoamericano.